

**Katarzyna Kamińska**

Uniwersytet Śląski  
e-mail: katarzynakaminska@us.edu.pl

ORCID: 0000-0002-4438-0127

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.04

## **Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemiennej (*joint physical custody*)<sup>1</sup>**

### **ABSTRAKT**

Celem niniejszego artykułu jest określenie charakteru prawnego i treści pieczy naprzemiennej (*joint physical custody*) w polskim prawie rodzinnym, ze szczególnym uwzględnieniem doświadczeń amerykańskich związanych ze wspólną opieką rodziców nad dzieckiem (*joint custody*). Instytucja pieczy naprzemiennej nie została *expressis verbis* uregulowana w polskim prawie rodzinnym, jednak obowiązujące przepisy nie wykluczają *de lege lata* takiego sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu. Samo pojęcie „pieczy naprzemiennej”, choć niewymienione w tekście Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, pojawia się w ustawie o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci, jednak bez jakiegokolwiek definicji czy dookreślenia. Ponadto, w regulacjach Kodeksu postępowania cywilnego mowa jest o „orzeczeniu, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”. Należy domniemywać, że przepisy te, wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r., dotyczyć mają właśnie pieczy naprzemiennej, jednak trzeba podkreślić, że także w tym kodeksie nie zapisano takiego określenia. Tym samym w materii tej panuje obecnie duża niepewność prawna, prowadząca do różnego traktowania obywateli przez sądy i organy administracji publicznej. Tak zakreślony cel był realizowany metodą analizy treści przepisów art. 58 § 1 i art. 107 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz metodą porównawczą pojęć,

<sup>1</sup> Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2019/33/N/HS5/00284 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

m.in. pojęć „pieczy naprzemiennej” i „naprzemiennej władzy rodzicielskiej”. Starano się także wyjaśnić, dlatego pojęcie „piecza naprzemienna” jest bardziej odpowiednie niż „opieka naprzemienna”. W artykule pochyłono się nad standardem najlepiej pojętego interesu dziecka, którego polskim odpowiednikiem jest dobro dziecka. Standard ten nie jest tak prosty jak mogłoby się wydawać. W tym kontekście, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie toczyła się dyskusja nad wprowadzeniem dwóch heurystyk, funkcjonujących na zasadzie domniemań prawnych: „wrażliwych lat” i pierwszoplanowego opiekuna. Opierając się na amerykańskiej literaturze prawniczej, omówiono następujące formy pieczy naprzemiennej: „długoterminową”, „krótkoterminową”, „gniazdową” i „uznaniową”. Co więcej, zebrano i uporządkowano najbardziej znane w Stanach Zjednoczonych harmonogramy sprawowania pieczy naprzemiennej. Analiza wybranych orzeczeń sądów amerykańskich miała wykazać, że piecza naprzemienna nie jest instytucją jednolitą i może implikować problemy z rozstrzygnięciem o niej w sądach. W tym kontekście odniesiono się również do domniemania prawnego tzw. *approximation rule*. Hipoteza główna artykułu brzmi następująco: piecza naprzemienna nie oznacza wyłącznie układów symetrycznej opieki nad dzieckiem, a jej poprawne stosowanie przez sądy wymaga rozważenia przez sąd wielu indywidualnych czynników.

### ABSTRACT

#### The evolution of parental care with emphasis on joint physical custody (joint physical custody)

The article is intended to determine the legal character and substance of joint physical custody in Polish family law, with a special focus on American experiences with joint custody. To this date, the institution of joint physical custody has not been regulated *expressis verbis* in Polish family law. However, current provisions do not preclude *de lege lata* such a manner of exercising parental authority. The term *joint physical custody*, although not mentioned in the text of the Family and Guardianship Code, does appear in the text of the State Aid for Child Support Act, but without a definition or any specification. Furthermore, provisions of the Code of Civil Procedure make reference to *a judgment, in which the court deemed that the child would reside with each of the parents over recurring periods of time*. It is appropriate to presume that these provisions, introduced by the Act of 25 June 2015, are intended to apply to joint physical custody, although it should be stressed that the term in question is not used in the provisions of the Code of Civil Procedure, either. Hence, the matter in question is surrounded by considerable legal uncertainty, causing citizens to be treated differently by courts and public administration authorities. The above-mentioned general objective was achieved through method of analysis of the content of Article 58 § 1 and Article 107 § 1 of the Family and Guardianship Code, as well as method of conceptual analysis – analysis of the following concepts: “joint physical custody” and “alternating parental authority”. Furthermore, it has been explained why a concept of

„joint physical custody” is better than „joint physical care”. In the article, the standard of the „best interest of the child” (which is an American equivalent of the „child welfare”) was discussed. This standard is not easy as it might seem. In this context, there has been intense discussion in case law and legal literature on implementation of two heuristics: „tender years presumption” and „primary care-taker preference”. Based on American legal literature, the following types of joint physical custody have been discussed: long-term block time, alternating short-term block time, birdnest and free access. Furthermore, most popular in the United States joint physical custody schedules were collected and collated. An analysis of the selected American case-law was dedicated to ascertain that institution of joint physical custody is not uniform and may cause problems in the courts. This problem was also dealt with in the context of approximation standard, otherwise known as *past caretaking standard*. The main research hypothesis is as follows: joint custody does not denote only symmetrical child care arrangements, and its correct application by courts is contingent upon courts taking into account a number of individual factors.

**Słowa kluczowe:** piecza naprzemienna, władza rodzicielska, plan wychowawczy, rozwód, opieka nad dziećmi

**Key words:** joint physical custody, parental authority, parenting plan, divorce, child care

## Pieczka naprzemienna w prawie polskim

Fakt, że rodzice żyją w rozłączeniu, nie musi mieć wpływu na wspólne wykonywanie przez nich władzy rodzicielskiej. Jednym ze sposobów uregulowania wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub przez rodziców z innych powodów żyjących w rozłączeniu nad ich wspólnymi małoletnimi dziećmi jest piecza naprzemienna<sup>2</sup>. Została ona wprowadzona do ustawodawstwa niektórych państw Europy oraz w Stanach Zjednoczonych na przełomie lat 80. i 90. XX w.<sup>3</sup> Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w dokonujących się w poszczególnych społeczeństwach przemianach, które nie ominęły i Polski, aczkolwiek problem pieczy stał się przedmiotem szerszej dyskusji dopiero po nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej jako: k.r.o.)<sup>4</sup> z dnia 6 listopada 2008 r.<sup>5</sup> Po wejściu w życie tej nowelizacji w polskiej doktrynie pojawiły

<sup>2</sup> Zob. J. Ignaczewski, [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2015, s. 68.

<sup>3</sup> Zob. J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, s. 505 i nast.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2086 z późn. zm.).

się odmiennie stanowiska na temat dopuszczalności ustalania takiego sposobu opieki. Część przedstawicieli doktryny uznała takie rozstrzygnięcia za dopuszczalne<sup>6</sup>, a inni optowali przeciw wspomnianemu rozwiązaniu<sup>7</sup>. Natomiast warto zauważyć, że w literaturze zagranicznej spór nie dotyczy właściwie tego, czy rodzice mogą się porozumieć i dobrowolnie wprowadzić pieczę naprzemienną, co uważane jest za oczywiste, ale czy takie rozwiązanie może im być narzucone<sup>8</sup>. Z pieczę naprzemienną łączy się niekiedy kwestia tzw. władzy naprzemiennej, która polega na tym, że dziecko przebywa okresowo raz u jednego, raz u drugiego rodzica i w tym czasie ten rodzic wykonuje władzę rodzicielską<sup>9</sup>. W doktrynie panuje zgoda, że taki czasowy podział wykonywania władzy rodzicielskiej nigdy nie był i nie jest nadal dopuszczalny w polskim prawie<sup>10</sup>.

Samo pojęcie „pieczy naprzemiennej” nie zostało jak dotąd zdefiniowane w k.r.o., ani też nie ma w tym kodeksie o nim wzmianki<sup>11</sup>. Uprzedzając jednak dalszy wywód należy przesądzić, że brak w przepisach k.r.o. wyraźnej regulacji pieczy naprzemiennej nie oznacza niedopuszczalności jej orzeczenia<sup>12</sup>. Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej rozwodzących się rodziców czy też z innych powodów żyjących w rozłączeniu w postaci ustanowienia pieczy naprzemiennej

5 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. 2008 nr 220, poz. 1431).

6 Zob. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz pieczy naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 17-18 (dalej: RiP), s. 13.

7 Zob. W. Stojanowska, *Rozdział II, Rozwód*, [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – wykładnia- komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, s. 67 i nast.; eadem, „Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia, [w:] *Acta Iuris Stetinensis 6 Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821, s. 306 i nast.

8 Zob. M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, nr 25, s. 105.

9 Zob. J. Ignatowicz, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątowski, Wrocław 1985, s. 900-901; H. Haak, *Ustanie małżeństwa. Komentarz*, Toruń 1998, s. 77; B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 500; M. Manowska, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 530; J. Ignaczewski, [w:] *Rozwód i separacja. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2016, s. 91; A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016, s. 90.

10 Zob. B. Czech, *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, RiP 2009, nr 12, s. 26; J. Ignaczewski, [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014, s. 255; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1952 r., sygn. akt C 414/52, OSN 1952, Nr 2, poz. 47.

11 Zob. T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, RiP 2011, nr 19, s. 6; J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, RiP 2011, nr 19, s. 32; por. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 maja 2017 r. (IV.7021.91.2017 MK).

12 Zob. M. Habdas, *The Evolution of Joint Parenting in Poland: the Legal Perspective on Lessons Learned and Still to Be Learned*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2019, t. 33, nr 3, s. 358-359.

jest rozwiązaniem, które mieści się obecnie w dyspozycji art. 58 § 1 i 1a oraz 107 § 2 k.r.o.<sup>13</sup> Forma pieczy naprzemiennej jest możliwa w zawartym przez nich pisemnym porozumieniu o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem (planie wychowawczym). Orzeczenie pieczy naprzemiennej jest możliwe zarówno w przypadku przedstawienia przez rodziców porozumienia zawierającego zgodny wniosek dotyczący takiego rozstrzygnięcia, jak również w razie braku takiego wniosku. W doktrynie prawa rodzinnego pojawiają się też głosy przeciwne co do możliwości ustanawiania przez sądy pieczy naprzemiennej na gruncie aktualnych uregulowań k.r.o.<sup>14</sup> Potwierdzenie istnienia pieczy wynika z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (dalej jako: k.p.c.)<sup>15</sup>, aczkolwiek także i w tym kodeksie nie posłużono się pojęciem „pieczy naprzemiennej”. W art. 582<sup>1</sup> § 4 k.p.c., art. 598<sup>22</sup> k.p.c. oraz art. 756<sup>2</sup> § 2 k.p.c. posłużono się formułą „mieszkania dziecka z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”, a w art. 756<sup>2</sup> § 1 pkt 3 k.p.c. jest mowa o pieczy nad dzieckiem polegającej na mieszkaniu z każdym z rodziców w powtarzających się okresach. Każde z tych unormowań nawiązuje do pieczy naprzemiennej<sup>16</sup>.

W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (dalej jako: u.p.p.)<sup>17</sup>, wprowadzono do obrotu prawnego pojęcie „opieki naprzemiennej”. W uchylonym już art. 2 pkt 16 u.p.p. regulowano sytuację, w której dziecko, zgodnie z orzeczeniem sądu, znajduje się pod opieką naprzemienną obojga rodziców rozwiedzionych lub żyjących w rozłączeniu. *De lege lata*, art. 5 ust. 2a u.p.p. stanowi, że gdy dziecko, zgodnie z orzeczeniem sądu, jest pod opieką naprzemienną obojga rodziców rozwiedzionych, żyjących w separacji lub żyjących w rozłączeniu sprawowaną w porównywalnych i powtarzających się okresach, kwotę świadczenia wychowawczego ustala się każdemu z rodziców w wysokości połowy kwoty przysługującego za dany miesiąc świadczenia wychowawczego. Pojęcie „opieki naprzemiennej” nie zostało jednak zdefiniowane na potrzeby u.p.p., co może rodzić wątpliwość organów administracyjnych, czy przepis ten należy stosować literalnie, odmawiając przyznania świadczenia wychowawczego rodzicowi faktycznie sprawującemu opiekę naprzemienną nad dzieckiem, o której jednak nie orzekł sąd rodzinny<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Zob. K. Czekał-Czapła, M. Kucharska, B. Wartenberg-Kempka, *Komentarz do art. 5 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci*, [w:] *Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Komentarz*, red. J. Blicharz, J. Glumińska-Pawlic, L. Zacharko, LEX/el., 2019, numer: 10844.

<sup>14</sup> Por. J. Słyk, [w:] *Meritum prawo rodzinne*, red. G. Jędrejek, Warszawa 2017, s. 824-825.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2217 z późn. zm.).

<sup>16</sup> Zob. J. Gajda, [w:] *Kodeks...*, s. 508.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2407 z późn. zm.).

<sup>18</sup> Por. P. Fiedorczyk, *Attempts at redefining the family in contemporary Polish Law*, “International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2012, t. 3, s. 367-369.

Jak dowodzi M. Sondej, pomocne nie są przy tym też sądy administracyjne, które zajmują w tej sprawie różne stanowiska<sup>19</sup>.

Ponadto użycie przez ustawodawcę pojęcia „opieki naprzemiennej”, zamiast „pieczy naprzemiennej”, nie wydaje się być trafne. Z omawianą instytucją mamy do czynienia tylko w sytuacji, gdy obojgu rodzicom dziecka przysługuje nad nim władza rodzicielska. Na władzę rodzicielską, zgodnie z art. 95 § 1 k.r.o. składa się ogół praw i obowiązków względem dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenie jego interesów. Obejmuje ona w konsekwencji w szczególności: pieczę nad osobą dziecka, zarząd jego majątkiem i reprezentowanie dziecka<sup>20</sup>. Opieka nie stanowi instytucji prawa rodzinnego, lecz instytucję osobowego prawa cywilnego<sup>21</sup>. Dziecko nie może jednocześnie podlegać władzy rodzicielskiej i opiece; pieczę sprawuje rodzic, a opiekę ustanowiony przez sąd opiekun. Argumenty te przemawiają za posługiwaniem się jednolitym pojęciem „pieczy naprzemiennej”, jednak także w piśmiennictwie można spotkać się z nazywaniem tej instytucji „opieką naprzemienną”<sup>22</sup>.

W literaturze przedmiotu pojawiła się także definicja „pieczy podzielonej”, która polega na tym, że dziecko przebywa okresowo u każdego z rodziców, a ci w ten sposób wykonują przysługującą im nadal władzę rodzicielską, mając możliwość kontaktowania się z dzieckiem w równym stopniu<sup>23</sup>. Niektórzy autorzy posługują się również pojęciem „opieki równoważnej”<sup>24</sup>. Wątpliwość budzić może jednak brzmienie użytego w definicji „pieczy podzielonej” zwrotu: „w równym stopniu”. W tym miejscu należy podkreślić, iż instytucja pieczy naprzemiennej nie oznacza wyłącznie układów symetrycznej opieki nad dzieckiem, a jej poprawne stosowanie przez sądy wymaga rozważenia przez sąd wielu indywidualnych czynników<sup>25</sup>. Trafnie bowiem zauważyło Samorządowe Kolegium Odwoławcze, że istotą pieczy naprzemiennej jest zapewnienie każdemu z rodziców

<sup>19</sup> Tak: M. Sondej, *Orzeczenie sądu o sprawowaniu opieki naprzemiennej, jako podstawa wypłaty świadczenia wychowawczego na rzecz rodzica sprawującego taką opiekę*, LEX/el. 2018, (07.02.2020).

<sup>20</sup> Por. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 232-233.

<sup>21</sup> Tak: T. Smyczyński, [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, red. T. Smyczyński, t. 12, Warszawa 2011, s. 834n.

<sup>22</sup> Zob. np. D. Mróz-Krysta, *Komentarz do ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2015 r., poz. 1062)*, LEX/el. 2016 (30.01.2020); A. Grabowska, *Zmiany w zasadach orzekania o władzy rodzicielskiej przy rozwodzie wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, [w:] *Prawo – rodzina – praca*, red. M. Andryszczak, R. Badowiec, D. Gęsicka, Toruń 2017, s. 104; ponadto błędem jest traktowanie obu tych pojęć synonimicznie, por. K. Kędziera, M. Stępień, *Pieczna naprzemienna w polskim prawie rodzinnym*, „Palestra” 2018, nr 3, s. 27.

<sup>23</sup> Zob. J.F. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 181.

<sup>24</sup> Zob. M. Andryszczak, *Dwa domy, dwa życia – czyli o tzw. pieczy naprzemiennej*, [w:] *Prawo – rodzina...*, s. 87.

<sup>25</sup> Por. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 368.

możliwości spędzania z dzieckiem porównywalnej, co niekoniecznie oznacza równej ilości czasu<sup>26</sup>.

Na potrzeby niniejszego artykułu najbardziej przydatne jest pojęcie „pieczy naprzemiennej” i to zgodnie z definicją zaproponowaną przez M. Domańskiego, zgodnie z którą piecza naprzemienna dotyczy sytuacji, gdy obojgu rodzicom pozostawiono pełnię władzy rodzicielskiej i jednocześnie nastąpiło równomierne (w sensie zrównoważone) podzielenie w czasie elementu bezpośredniej opieki nad dzieckiem<sup>27</sup>. Zgodnie z takim rozstrzygnięciem, w określonych okresach, zmienia się rodzic sprawujący pieczę nad dzieckiem, co naturalnie łączy się ze zmianą miejsca przebywania dziecka lub rodziców. W dużym uproszczeniu można określić pieczę naprzemienną jako element władzy rodzicielskiej, w ramach którego oboje rodzice zajmują się dzieckiem w jednakowym stopniu, w środowiskach wychowawczych stworzonych przez każdego z rodziców z osobna, przy czym owa piecza sprawowana jest przez porównywalne okresy przez każdego z rodziców<sup>28</sup>. Mogłoby się wydawać, że istotą pieczy naprzemiennej jest czasowy podział związany z miejscem pobytu dziecka. Jest to jednak rozwiązanie o charakterze technicznym, a od miejsca pobytu ważniejsze wydają się być zgodne relacje rodziców, którzy wzajemnie – mimo rozstania – respektują swe prawo i obowiązek do równoważnego współuczestnictwa w wychowywaniu dziecka. Równoważność rodzicielska jest pojęciem bardziej złożonym, ponieważ jej istotą nie jest organizacja czasu, lecz założenie współpracy rodzicielskiej i zaangażowanie obojga rodziców w opiekę nad dzieckiem<sup>29</sup>. Najpełniej wyraził to J. M. Łukasiewicz: „jest to swoistego rodzaju przywilej rodzicielski (np. w przeciwieństwie do kontaktów z dzieckiem, które stanowią obowiązek rodzicielski), któremu moc nadać można wyłącznie na podstawie zgodnego konsensusu rodzicielskiego”<sup>30</sup>.

Niezależnie od powyższego, w odpowiedzi na pojawiające się w doktrynie poglądy o braku podstawy prawnej do ustanawiania pieczy naprzemiennej, wobec faktu, że żaden z przepisów materialnoprawnych k.r.o. nie przewiduje wprost

<sup>26</sup> Zob. decyzja Samorządowego Kolegium Odwoławczego we Wrocławiu z dnia 19 września 2016 r. (SKO 4318/296/16); por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt I OSK 878/17; wyr. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Bk 741/18.

<sup>27</sup> Zob. M. Domański, *Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka*, „Przegląd Sądowy” 2016, listopad-grudzień, s. 118.

<sup>28</sup> Zob. M. Bieszczad, *Piecza naprzemienna w przypadku braku pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktu*, [w:] *Prawa dziecka - perspektywa prywatnoprawna i społeczna*, red. D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Wedeł-Domaradzka, b.m.w. 2019, s. 115-116.

<sup>29</sup> Zob. J. Ignaczewski, [w:] *Komentarz...*, s. 257-258.

<sup>30</sup> Tak: J. M. Łukasiewicz, *Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2 (46), s. 58.

takiego rozwiązania, trwają prace nad nowelizacją kodeksu, w wyniku których ma zostać dodany art. 58 § 1aa k.r.o. w brzmieniu: „sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach” oraz art. 107 § 2a k.r.o. w brzmieniu: „sąd może pozostawić wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”<sup>31</sup>. Ostatnia wzmianka z prac sejmowych pochodzi z dnia 2 lipca 2019 r.<sup>32</sup>, jednak proces legislacyjny w dalszym ciągu nie został zakończony<sup>33</sup>.

Dotychczas usiłowano naszkicować problem pieczy naprzemiennej w prawie polskim. Można powiedzieć, że piecza naprzemienna jest instytucją nową dla rozwiązań prawnych dla zapewnienia opieki nad dziećmi w Polsce, przynajmniej jeżeli chodzi o samą nazwę. Podobne formy istniały już wcześniej, jednakże nie przybierały tak zorganizowanej formy. Rozwiązanie to jest znane już od bardzo dawna w Stanach Zjednoczonych i krajach skandynawskich. W polskich sądach orzeczenia o naprzemiennej pieczy zapadają jednak rzadziej<sup>34</sup>. Z dostępnego na stronie Wymiaru Sprawiedliwości opracowania *Rozwody – opieka nad dziećmi w latach 2003–2018* wynika, że w 2018 r. wydano w sumie 36214 orzeczeń o rozwodach małżeństw posiadających małoletnie dzieci na utrzymaniu, z czego w 20955 orzeczeniach wykonywanie władzy rodzicielskiej powierzono wspólnie obojgu rodzicom. Dla porównania, w 2003 r. liczba ta była dwukrotnie niższa, wynosiła bowiem 9487<sup>35</sup>. Być może wynika to z faktu, że wiele spośród rozwodzących się par jest ze sobą tak mocno skonfliktowanych, że nie są w stanie wypracować kompromisu co do sprawowania opieki nad dziećmi<sup>36</sup>.

Dalsze rozważania będą dotyczyć doświadczeń amerykańskich związanych ze wspólną opieką rodziców nad dzieckiem, ponieważ są one dobrze poznane i zbadane w praktyce, jak również opisane w literaturze naukowej. Ujęcie to wzbogaca rozważania na temat wprowadzenia regulacji – materialnoprawnej czy procesowej – pieczy naprzemiennej jako podstawowej formy opieki nad dzieckiem rozwodzie lub w sytuacji rozłączenia rodziców w innych krajach (w tym także Polsce).

<sup>31</sup> Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 lutego 2019 r., druk nr 3254, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E6E4F16B8-BE6C428C12583AE00523F12/%24File/3254.pdf>, (07.02.2020).

<sup>32</sup> Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, [http://www.sejm.gov.pl/S\\_ejm8.nsf/druk.xsp?nr=3564](http://www.sejm.gov.pl/S_ejm8.nsf/druk.xsp?nr=3564), (07.02.2020).

<sup>33</sup> Przebieg procesu legislacyjnego – druk nr 3254, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3254>, (07.02.2020).

<sup>34</sup> Zob. np. wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ca 352/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt IV C 1212/17.

<sup>35</sup> Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, opracowania wieloletnie, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>, (07.02.2020).



## Geneza wspólnej opieki rodziców nad dzieckiem w prawie amerykańskim

Na przestrzeni dziejów można zaobserwować postępujący rozwój amerykańskiego prawa rodzinnego<sup>37</sup>. Początkowo opierało się ono na wzorach angielskiego prawa rodzinnego *common law*, aby następnie kojarzyć je ze wzorami europejskiego prawa rodzinnego stanowionego. Obecnie oba te wzorce współlistnieją w amerykańskim prawie rodzinnym na zasadach koegzystencji w amerykańskim systemie prawnym *common law* z prawem stanowionym, a ich treści, struktury i funkcje zmieniają się pod wpływem różnych czynników społecznych<sup>38</sup>. To samo dotyczy instytucji władzy rodzicielskiej, wspólnej opieki rodziców nad dzieckiem (*joint custody*) i pieczy naprzemiennej (*joint physical custody*). Należy podkreślić, że władza rodzicielska nie jest czymś stałym i raz na zawsze ukształtowanym. Ewoluuje od rzymskiej *patria potestas* z jej *ius vitae ac necis* na czele<sup>39</sup>, do uzyskania przez kobiety równouprawnienia, stała się władzą obojga rodziców. Dziecko z przedmiotu tej władzy stało się podmiotem praw i obecnie władza rodzicielska ma charakter przede wszystkim opiekuńczo-wychowawczy.

W drugiej połowie XX w. w Stanach Zjednoczonych zaczęła gwałtownie zwiększać się liczba rozwodów, w tym osób mających wspólne małoletnie dzieci. W rezultacie, od początku lat 80. XX w. zwiększyła się liczba sporów, w ramach których sądy stawały przed koniecznością rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej<sup>40</sup>. Zachodzące wówczas przemiany społeczne, które były głównie konsekwencją rosnącej aktywności zawodowej kobiet, rozwoju ruchu feministycznego i organizacji broniących praw ojców, dały asumpt do dyskusji. Okazało się, że istniejący system prawny wymaga naprawy. Przedmiotem rozważań w tej części pracy będzie rozwój władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub rodziców z innych powodów żyjących w rozłączeniu, od XIX w. do chwili obecnej. Przegląd historycznych form i modeli wykonywania władzy pozwoli pokazać, jak prawo i filozofia dostosowywały się do zmieniających się czasów<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Por. A. Dudak, *Samotne ojcostwo*, Kraków 2006, s. 39-48.

<sup>37</sup> W rozważaniach posłużono się ogólnym sformułowaniem „prawo amerykańskie”, aczkolwiek stanowi to pewne uproszczenie; każdy amerykański stan ma własne ustawodawstwo w zakresie prawa rodzinnego; często pozostaje ono jednak pod wpływem regulacji modelowej, jaką jest jednolita ustawa dotycząca małżeństwa i rozwodu (*Uniform Marriage and Divorce Act*) i dlatego przyjmowane w poszczególnych stanach rozwiązania prawne są często podobne.

<sup>38</sup> Tak: R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 109.

<sup>39</sup> Na treść władzy ojcowskiej składał się wiele uprawnień, wśród których najbardziej drastyczne było *ius vitae ac necis* czyli prawo ojca do uśmiercenia własnego dziecka, zob. B. F. Wierzbowski, *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym. Władza nad osobami dzieci*, Toruń 1977, s. 23-24.

<sup>40</sup> Zob. J. Kosińska-Wiercińska, op. cit., s. 13-14.

<sup>41</sup> Zob. H. Jacob, *Silent revolution: the transformation of divorce law in the United States*, Chicago 1988, s. 127 i nast.

Początków prawa opiekuńczego upatruje się w angielskim *common law* i wyłącznej – absolutnej i nieograniczonej – władzy ojca nad dziećmi, które były uważane za jego własność<sup>42</sup>. W okresie kolonialnym i czasach wczesnej republiki prawo amerykańskie podążało za angielskim *common law*, w którym ojciec był nazywany „*master of the family*” i posiadał kontrolę nad całą rodziną, w myśl rzymskiej doktryny *pater familias*<sup>43</sup>. Według J. Folberg, domniemanie władzy ojcowskiej w Stanach Zjednoczonych w XIX w. nie było jednak tak surowe jak w swej pierwotnej angielskiej wersji<sup>44</sup>. Niemniej jednak, w sporach o władzę rodzicielską, to ojcu było przyznawane prawo do opieki nad dzieckiem<sup>45</sup>. Ingerencja sądu w naturalne prawo ojca do opieki mogła mieć miejsce tylko w uzasadnionych przypadkach „moralnego upadku ojca”. Z czasem zauważono, że dziecko nie jest ani własnością ojca, ani żadnej innej osoby, ale stanowi odrębną jednostkę zasługującą na uwzględnienie jej potrzeb<sup>46</sup>. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w dokonujących się przemianach ekonomicznych i społecznych w XIX w., które miały istotny wpływ na tradycyjne postrzeganie rodziny. Industrializacja, przejście do pracy najemnej, oddzielenie miejsca pracy od miejsca domu, które „ulokowało” mężczyzn w fabrykach, a kobiety w domach – to wszystko wpłynęło na zmianę dynamiki rodziny.

W doktrynie i orzecznictwie zaczęto zwracać uwagę na najlepiej pojęty interes dziecka (*best interest of the child*). Pierwszym orzeczeniem, w którym zastosowano ten standard był wyrok Sądu Najwyższego Pensylwanii z 1813 r., w którym sąd przyznał władzę rodzicielską matce, mimo że popełniła ona cudzołóstwo<sup>47</sup>. Zasada nadrzędnego interesu dziecka rozszerzyła granice dyskrecyjnej władzy sędziowskiej do tego stopnia, że część doktryny określiła to mianem „reżimu władzy sędziowskiej”<sup>48</sup>. Jak wskazuje A. M. Caulley, szeroka

42 Zob. M. Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America (Studies in Legal History)*, “The University of North Carolina Press” 1985, s. 235-239.

43 Por. I. Żeber, *Expositio infantis (porzucenie dziecka) w antycznym Rzymie*, [w:] *Dziecko i jego pozycja prawna w dziejach*, red. A. Pasek, Kolonia Limited 2014, s. 31, 34-35.

44 Tak: J. Folberg, *Custody Overview*, [w:] *Joint custody and shared parenting*, red. J. Folberg, New York – London 1991, s. 3-5.

45 Zob. K.T. Graham, *How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations*, “Duke Journal of Gender Law & Policy” 2001, t. 8, s. 324.

46 W stanie Maryland zakazano używania pojęcia dziecka w kategoriach własności ojca, a sądy oparte na prawie słuszności (*equity courts*) zaczęły stawiać sobie za cel – najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka, zob. *McAndrew v. McAndrew*, Court of Special Appeals of Maryland, 39 Md. App. 1, 382 A.2d 1081 (1978), cytując: *Ross v. Hoffman*, Court of Appeals of Maryland, 280 Md. 172, 175, 372, A.2d 582 (1977).

47 Zob. A. Rosen, *A brief history of „best interests”*, <https://www.avramrosen.com/blog/2011/may/a-brief-history-of-best-interests->, (07.02.2020).

48 Zob. M. Gossberg, *A judicial...*, s. 289-307.

swoboda sędziowska łączyła się z postulowanym wówczas działaniem sądu w ramach *parens patriae*<sup>49</sup>. Model ten zakładał, że w sporach o władzę rodzicielską to sędzia ma najlepszą perspektywę dla oceny faktów, a nie skonfliktowani rodzice. Na najlepiej pojęty interes dziecka zaczęto powoływać się w XIX w., a obecnie w większości stanów, z mocy prawa lub precedensu, znajduje on swoje zastosowanie<sup>50</sup>. Wiele z nich uchwaliło katalogi przesłanek, które sąd bierze pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia o władzy rodzicielskiej<sup>51</sup>.

Zagadnienie *best interest of the child* reguluje także jednolita ustawa dotycząca małżeństwa i rozvodu (*Uniform Marriage and Divorce Act* [dalej: UMDA]) z 1970 i 1973 r.<sup>52</sup> Została ona przyjęta przez Narodową Konferencję Komisarzy do Spraw Ujednolicania Prawa Stanowego (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) jako wzorzec dla ustawodawstw poszczególnych stanów. UMDA nie jest jednak aktem prawa federalnego; została przyjęta częściowo w niektórych stanach, a 8 wprowadziło do swoich porządków prawnych jej podstawowe zasady odnoszące się do rozpadu małżeństwa. Tym niemniej, był to ważny instrument polityczny wyznaczający nowy kierunek w prawie rozwodowym, a dotyczący m.in. zniesienia przesłanki winy w rozwodzie<sup>53</sup>. Zgodnie z § 402 UMDA, sąd orzekając o władzy rodzicielskiej kieruje się najlepszym zabezpieczeniem interesów dziecka. W tym celu sąd rozważa wszystkie ważne przesłanki, wśród nich: (1) życzenia rodziców w kwestii opieki nad dzieckiem; (2) życzenia dziecka co do opieki nad nim; (3) relacje dziecka z rodzicami, rodziną oraz z innymi osobami bliskimi; (4) przystosowanie się dziecka do

49 Zob. A.M. Caulley, *Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations*, "Boston University Public International Law Journal" 2018, t. 27, s. 410; *parens patriae* to łaciński termin oznaczający „ojca narodu”; zgodnie z doktryną *parens patriae*, państwo jest najwyższym opiekunem dziecka, które podlega jego jurysdykcji, a sądy stanowe mogą ingerować w wykonywanie władzy rodzicielskiej w celu zabezpieczenia interesu dziecka, gdy jego dobro zostało zagrożone przez konflikt rodziców, zob. R. Longley, *What Is Parens Patriae? Definition and Examples*, 2019, <https://www.thoughtco.com/parens-patriae-definition-examples-4588615>, (07.02.2020).

50 W Stanach Zjednoczonych system federalny umożliwia stanom zachowanie władzy ustawodawczej, która nie jest przekazana na szczebel ogólnokrajowy; w tym systemie wiele zagadnień odnoszących się do prawa rodzinnego pozostało w gestii poszczególnych stanów, a w konsekwencji szczegółowe zagadnienia doznały się odmiennych regulacji w różnych stanach, por. K. A. Collins, *Federalism's Fallacy: The Early Tradition of Federal Family Law and the Invention of States' Rights*, "Cardozo Law Review" 2005, t. 26, s. 1762.

51 Zob. np. § 20-124.3 Code of Virginia (2019); § 518.17 Minnesota Statutes (2019).

52 Uniform Marriage and Divorce Act (1970, zmieniona w 1973 r.).

53 W prawie amerykańskim do drugiej połowy XX w. nie znano rozwodu bez orzekania o winie; rozwód bez orzekania o winie wprowadzono po raz pierwszy w Kalifornii w latach 70. XX w., por. E. Rayne, *California's No Fault Divorce Law*, <https://info.legalzoom.com/californias-fault-divorce-law-25049.html>, (07.02.2020).

nowych warunków (domu, szkoły, środowiska); (5) zdrowie i stan psychiczny wszystkich osób zainteresowanych<sup>54</sup>.

Na pierwszy rzut oka omawiany standard nie wydaje się być skomplikowany, jednak w praktyce okazał się być dla sądów nie lada wyzwaniem. Jak wyjaśnia D. L. Chambers, decyzje oparte na elastycznych standardach odbierane są jako zbyt arbitralne, a samym sędziom często zarzuca się, że nie kierują się prawem, lecz osobistymi poglądami i wyznawanymi wartościami; że ulegają własnym uprzedzeniom; że nie korzystają z dorobku innych dziedzin nauki, takich jak np. psychologia dziecięca<sup>55</sup>. Sąd musi rozstrzygnąć nie tylko co jest, ale również co będzie najlepszym zabezpieczeniem interesów dziecka w przyszłości<sup>56</sup>. Trudno jednak o konsensus co do tego, jakie wartości rodzinne powinny być uważane za „najlepsze”, stąd omawiany standard może być postrzegany jako bliżej nieokreślony i spekulatywny. Jako ciekawostkę historyczną można podać, że niektórzy sędziowie twierdzili, że o władzy rodzicielskiej może zadecydować rzut monetą i rodzic, który wygrał losowanie, otrzymywał prawo opieki nad dzieckiem, np. w okresie świąt Bożego Narodzenia<sup>57</sup>.

Remedium na sygnalizowane wcześniej problemy miały być ukształtowane w orzecznictwie heurystyki, które funkcjonowały na zasadzie domniemań prawnych<sup>58</sup>. Pierwsza z nich, znana jako domniemanie „wrażliwych lat” (*tender years presumption*) oznaczała, że w interesie małego dziecka, niezależnie od jego płci, leży oddanie go pod opiekę matki. Do „małych dzieci” zaliczono niemowlęta (*infants*) oraz dzieci uczące się chodzić (*toddlers*)<sup>59</sup>. Sąd w Nowym Jorku w 1973 r. wyraził pogląd, że ojciec ma takie samo prawo do opieki i kontaktów z dzieckiem jak matka, jednak w 90% spraw, to jej była przyznawana opieka. Sąd dodał także, że faworyzowanie roli macierzyńskiej narusza prawo Nowego Jorku<sup>60</sup>. Narastająca krytyka społeczna dotycząca doktryny „wrażliwych lat” spowodowała, że większość ustawodawstw zaniechała jej stosowania, a w sądach dominował pogląd, że narusza klauzulę równej ochrony, będącej częścią XIV

54 Katalog z § 402 UMDA tworzy więc 5 ogólnych przesłanek, które nie mają wiążącego charakteru, ale mogą być źródłem inspiracji dla projektodawców ustaw stanowych; co ciekawe, po 50 latach od ich ustanowienia nadal zachowują swoją aktualność, co świadczy o pewnych niezmiennych wartościach dotyczących ochrony standardu najlepiej pojętego interesu dziecka.

55 Zob. D.L. Chambers, *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, „Michigan Law Review” 1984, t. 83, s. 480-486.

56 Zob. C. E. Schneider, *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, „Michigan Law Review” 1991, t. 89, nr 8, s. 2219.

57 Zob. D. Ashenfelter, *Coin toss could backfire on judge*, „Detroit Free Press” 2002, <https://www.chron.com/news/nation-wor/ld/article/Coin-toss-could-backfire-on-judge-2060948.php>, (01.02.2020).

58 Na temat heurystyk w orzecznictwie: E. Peer, E. Gamliel, *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, „Court Review (The Journal of The American Judges Association)” 2013, t. 49, nr 2, s. 114-118, <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2.pdf>, (07.02.2020).

59 Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1952 r., sygn. akt C 1814/52, OSNCK 1953/3/92.

60 *Watts v. Watts*, New York Family Court (1973).

poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych z powodu dyskryminacji ze względu na płeć<sup>61</sup>.

Druga heurystyką było domniemanie pierwszoplanowego opiekuna dziecka (*primary care-taker preference, primary caregiver preference*), czyli osoby sprawującej całkowitą lub częściową, ale i tak przeważającą część bieżącej opieki nad dzieckiem. Jeżeli matka udowodni, że to ona była dotychczasowym pierwszoplanowym opiekunem dziecka, to prawdopodobnie jej sąd powierzy dalsze sprawowanie opieki. To samo dotyczy ojca. Sąd w Wirginii Zachodniej zauważył, że nie sposób wymienić wszystkich przesłanek przesądzających, który z rodziców był w życiu dziecka na pierwszym planie, a kto na drugim. Istnieją jednak pewne kwestie, do których powinien odnieść się sąd, np., kto przygotowywał i planował dziecku posiłki; kto kąpał, czesał i przebierał dziecko; kto robił zakupy, sprzątał i dbał o ubiór dziecka; kto dowoził dziecko do domów kolegów; kto kładł dziecko do łóżka i doglądał w środku nocy; kto dziecko budził; kto odpowiadał za dyscyplinę i edukację dziecka (religijną, kulturalną, społeczną)<sup>62</sup>.

Podobnie jak w przypadku domniemania „wrażliwych lat”, druga heurystyka była także krytykowana przez środowiska walczące o prawa ojców za dyskryminujący, ich zdaniem, charakter<sup>63</sup>. Odnosząc się do tego zarzutu można stwierdzić, że na pierwszy rzut oka wydaje się być neutralna ze względu na płeć. Jednak, biorąc pod uwagę rzeczywistość społeczną i rodzinną w XIX w. i pierwszej połowie XX w. w Stanach Zjednoczonych (pracujący ojciec, niepracująca matka zajmująca się domem), prowadziła ona do przyznania opieki nad dzieckiem matce. Początkowo domniemanie pierwszoplanowego opiekuna spotkało się z powszechną aprobatą głównie ze względu na cechę przewidywalności treści wyroku o władzy rodzicielskiej, której brakowało przy orzekaniu w oparciu o zasadę najlepiej pojętych interesów dziecka. Domniemanie to wprowadzono w dwóch stanach, tj. Wirginii Zachodniej oraz Minnesocie, ale obecnie nie znajduje zastosowania w żadnym ustawodawstwie.

Do lat 70. XX w. zasadą było powierzenie władzy rodzicielskiej wyłącznie jednemu z rodziców (*sole custody*). Z czasem kobiety, bo to im najczęściej przyznawano władzę, przestały akceptować model jednostronnej opieki nad dzieckiem głównie z uwagi na ciężar obowiązków i brak wsparcia ze strony mężczyzn, towarzyszących samotnemu rodzicielstwu<sup>64</sup>. Z drugiej strony mężczyźni buntowali się przeciwko istniejącym stereotypom „dobrego” macierzyństwa i „złego”

<sup>61</sup> United States Constitution (1787), amend. XIV, sec. 1.

<sup>62</sup> *Garska v. McCoy*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 278 S.E.2d 357 (1981).

<sup>63</sup> Por. S. Solangel, *Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent*, “University of Pennsylvania Law Review” 2005, t. 153, nr 921, s. 923-924.

<sup>64</sup> Zob. D. Sheff, *If It's Tuesday, It Must Be Dad's House*, <https://www.davidsheff.com/if-its-tuesday-it-must-be-dads-house>, (07.02.2020).

ojcostwa, które prowadziły do alienacji rodzicielskiej<sup>65</sup>. Wspólna opieka rodziców nad dzieckiem miała być remedium na sygnalizowane problemy. Pojawił się postulat odejścia od tradycyjnego sposobu orzekania o władzy rodzicielskiej na zasadzie wygrany-przegraný rodzic (*win-lose*) na rzecz wygrany-wygrany (*no-lose, both win*)<sup>66</sup>. W konsekwencji w dużej mierze pod wpływem organizacji broniących praw ojców, w 1979 r. w Kalifornii, jako pierwszej, wprowadzono ustawowe rozwiązania umożliwiające przyznanie wspólnej opieki nad dzieckiem po rozwodzie (*joint custody*)<sup>67</sup>. W drugiej połowie lat 90. wszystkie ustawodawstwa, oprócz Karoliny Południowej, dopuszczały możliwość wydania takiego rozstrzygnięcia<sup>68</sup>. Dla porównania, w podobnym czasie została wprowadzona wspólna opieka nad dzieckiem po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu w krajach skandynawskich<sup>69</sup>.

Powołując się na wyniki badań przeprowadzonych przez E. E. Maccoby i R. H. Mnookina wśród rozwodzących się małżonków w latach 90. XX w. można stwierdzić, że chociaż przepisy przewidywały domniemanie *joint custody*, to i tak w 70% spraw bieżąca piecza nad dzieckiem była przyznawana matce<sup>70</sup>. Jednym z kontrowersyjnych, szeroko komentowanych wyroków, był ten wydany w Dakocie Północnej, w którym Sąd Najwyższy oceniał kompetencje rodzicielskie przez pryzmat umiejętności zaplatania dziecku warkoczy<sup>71</sup>. Do podobnych wniosków doszła J. E. Artis, która dowiodła, że sądy w stanie Indiana faworyzowały doktrynę „wrażliwych lat”, pomimo że została prawnie zakazana lata wcześniej<sup>72</sup>. Szczegółowa analiza problemu wskazuje na to, że większość amerykańskich sądów rodzinnych nadal faworyzuje rolę macierzyńską.

<sup>65</sup> Zob. M.S. Melli, zob. M. S. Melli, *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, "Northern Illinois University Law Review" 2005, t. 25, s. 351-353.

<sup>66</sup> Zob. C.L. Starnes, *Lovers, Parents, and Partners: Disentangling Spousal and Co-Parenting Commitments*, "Arizona Law Review" 2012, nr 54, s. 219-221.

<sup>67</sup> California Civil Code § 4600 i 4600.5 (1980); por. N. K. Lemon, *Joint Custody As a Statutory Presumption: California's New Civil Code Sections 4600 and 4600.5*, "Golden Gate University Law Review" 1981, t. 11, nr 2, s. 485-489; B. W. Ferreira, *Presumption of Joint Custody: A Family Policy Dilemma*, "National Council on Family Relations" 1990, t. 39, nr 4, s. 420.

<sup>68</sup> Zob. M. Halla, *The Effect of Joint Custody on Marriage and Divorce*, "IZA Discussion Paper" 2009, nr 4314, s. 24.

<sup>69</sup> W Szwecji w 1976 r., w Norwegii w 1981 r., w Finlandii w 1983 r., w Danii w 1985 r. i na Islandii w 1992 r., zob. G. B. Eydal, T. Rostgaard, [w:] *Fathers, Childcare and Work: Cultures, Practices and Policies (Contemporary Perspectives in Family Research*, t. 12), red. R. Musumeci, A. Santero, United Kingdom – North America – Japan – India – Malaysia – China 2018, s. 262.

<sup>70</sup> Zob. E. E. Maccoby, R. H. Mnookin, *Dividing the child: social and legal dilemmas*, Cambridge (MA) 1992, s. 268.

<sup>71</sup> *Dalin v. Dalin*, Supreme Court of North Dakota, 512 N.W.2d 685, 691 (N.D. 1994).

<sup>72</sup> Zob. J.E. Artis, *Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine*, "Law & Society Review" 2004, t. 38, nr 4, s. 771.

Zainteresowanie opieką wspólną datowane jest na lata 80. XX w., głównie za sprawą środowisk walczących o prawa ojców. Środowiska te nie do końca jednak potrafiły zdefiniować pojęcie „*joint custody*”, dlatego początkowo oznaczało jednakowy czas spędzany z dzieckiem przez każdego z rodziców, a dopiero później ewoluowało w istotny (*meaningful*), ale mniej wymiaru czasu. Różnica między *joint custody* a *visitation*, co można przetłumaczyć jako „kontakty z dzieckiem”, polegała na tym, że *joint custody* i *unequal division of shared time* zapewniały rodzicowi więcej czasu z dzieckiem niż te 15-20% przy *visitation*. Dodatkowo, w ramach *joint custody* dziecko mogło nocować także u tego z rodziców, z którym spędzało mniej czasu<sup>73</sup>.

Amerykańska koncepcja *joint custody* jest instytucją niejednorodną i można wyróżnić jej dwa główne rodzaje: *joint legal custody*, czyli władzę (*legal authority*) i odpowiedzialność (*responsibility*) za podejmowanie decyzji w ważnych sprawach dotyczących dziecka oraz *joint physical custody*, tj. wspólną pieczę fizyczną nad dzieckiem (pieczę naprzemienną). Przyjęcie modelu pieczy naprzemiennnej oznacza, że każdy z rodziców spędza z dzieckiem porównywalną ilość czasu (*relatively equal time with the child*) i oboje rodzice wzajemnie konsultują decyzje w bieżących sprawach dziecka<sup>74</sup>. Warto także nadmienić, że Amerykański Instytut Prawa (*The American Law Institute*, dalej jako: ALI) rekomendował zmianę pojęcia „*physical custody*” na określenie „*custodial responsibility*”<sup>75</sup>, co wynikało z krytyki teorii wygrany-przegrany rodzic (*win-lose*) oraz podziału na rodzica pierwszoplanowego i drugoplanowego. W zamian ALI postulowało ujednoczenie ról oraz zrównanie praw i obowiązków rodzicielskich, niezależnie od ilości czasu spędzanego z dzieckiem przez każdego z rodziców po ich rozstaniu<sup>76</sup>. W związku z powyższym jedną z rekomendacji było zastąpienie tradycyjnych pojęć na takie, które nie będą piętnować i stygmatyzować rodziców<sup>77</sup>.

73 Zob. M. S. Melli, op. cit., s. 351-353.

74 C.L. Starnes, op. cit., s. 223.

75 ALI jest wiodącą i niezależną organizacją, która publikuje kompilacje, czyli nieoficjalne kodyfikacje prawa (*restatements of the law*), wzorcowe ustawy (*model codes*) i zasady prawa (*principles of law*), które mogą mieć wpływ na władzę sądowniczą i ustawodawczą w Stanach Zjednoczonych, zob. *The American Law Institute*, <https://www.ali.org/about-ali>, (07.02.2020); odpowiednikiem ALI w Europie jest ELI, czyli Europejski Instytut Prawa (*European Law Institute*), którego jednym z głównych celów jest działanie na rzecz integracji systemów prawnych w Europie, zob. *The European Law Institute*, <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (07.02.2020).

76 A. M. Caulley, op. cit., s. 422.

77 ALI zaproponowało również zmianę pojęcia „*custody arrangement*” na „*parenting plan*” oraz pojęcia „*legal custody*” na „*decision-making responsibility*”, zob. *The American Law Institute, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation. As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington D.C. May 16, 2000, Saint Paul 2002.*

W piśmiennictwie wyróżnia się trzy główne rodzaje pieczy nad dzieckiem (*physical custody*)<sup>78</sup>. Co do zasady, samodzielna piecza nad dzieckiem (*sole physical custody*) oznacza, że dziecko ma podstawowe miejsce pobytu z jednym z rodziców, z którym spędza więcej niż połowę czasu i tego rodzica określa się wtedy mianem „*custodial parent*”<sup>79</sup>. Orzeczenie *sole physical custody* łączy się z prawem drugiego rodzica do kontaktów z dzieckiem (*visitation, time-sharing*). Drugim rodzajem pieczy jest piecza naprzemienna, która najczęściej oznacza wspólne sprawowanie bieżącej pieczy nad dzieckiem w porównywalnych okresach. W zależności od wieku dziecka, rodzice mogą przyjąć model pieczy, w którym będą zmieniać się co tydzień lub wybrać inny, niestandardowy harmonogram opieki. Trzeci rodzaj, zwany „*split custody*” w praktyce występuje rzadko i dotyczy rozdzielenia rodzeństwa na osobne miejsca zamieszkania. Może to wynikać np. z dużej różnicy wieku między rodzeństwem albo gdy dzieci są związane w różnym stopniu z rodzicami.

## Rodzaje i istota pieczy naprzemiennej

*Joint physical custody, shared custodial responsibility, shared physical custody* - wszystkie te pojęcia dotyczą sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu, obejmującego wspólną bezpośrednią, bieżącą pieczę fizyczną nad dzieckiem w określonych, powtarzających się okresach. Co do zasady wiąże się to ze zmianą miejsca pobytu dziecka: z domu matki do domu ojca, i odwrotnie. *Joint physical custody* podobnie jak odpowiadająca jej polska instytucja pieczy naprzemiennej (o czym była już mowa), nigdy nie oznaczały i nie oznaczają wyłącznie układu symetrycznej opieki nad dzieckiem, co ma swoje uzasadnienie w następujących przykładach. W 2007 r. w stanie Wisconsin 1/3 rozwodzających się małżonków posiadających wspólne małoletnie dzieci ustaliła, w drodze porozumienia rodzicielskiego, równy podział czasu, w którym dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców (*50-50 shared parenting plan*), a 1/4 małżonków – przynajmniej 25% (*25% time share*)<sup>80</sup>. W 2008 r. w stanie Waszyngton sądy zatwierdziły ponad 4 tysiące porozumień, w których połowa dzieci miała mieszkać z każdym z rodziców w wymiarze czasu nie niższym niż 35%<sup>81</sup>. W stanie Arizona natomiast, połowa małżonków, która

<sup>78</sup> *Child Custody in Hawaii*, <https://www.diehlundweger.com/child-custody-hawaii>, (01.02.2020).

<sup>79</sup> Por. *What are the Different Types of Custody in Indiana?*, <https://www.hainsfamilylaw.com/blog/2016/october/what-are-the-different-types-of-custody-in-indiana>, (07.02.2020).

<sup>80</sup> W badanej grupie znalazły się także niemowlęta (*infants*) i małe dzieci (*toddlers*), stanowiące 42% wszystkich dzieci; ponadto równie liczna była grupa dzieci w przedziale wiekowym 6-10 lat, tj. 46%, zob. J. Bartfeld, *Shared placement: An overview of data in Wisconsin*, Madison, Wisconsin 2011, s. 680.

<sup>81</sup> T. George, *Residential time summary reports filed in Washington from July 2007 – March 2008*, Washington State Center for Court Research 2008, <http://www.courts.wa.gov/subsite/wccr/docs/residentialtimesummaryreport2008.pdf>, (31.01.2020).



w 2002 r. wniosła pozew o rozwód, zawarła ze sobą porozumienia rodzicielskie, na podstawie których dziecko miało mieszkać z każdym z rodziców w przedziale czasowym 20-32%; 15% małżonków ustaliło natomiast przedział 33-50%<sup>82</sup>. Z przytoczonych danych wynika, że rodzicom przysługuje swoboda w określeniu czasu, który każdy z nich będzie poświęcać na sprawowanie pieczy nad dzieckiem.

W literaturze przedmiotu wyróżniono następujące formy pieczy naprzemiennnej:

- 1) „długoterminową” (*long-term block time*), gdy dzieci spędzają:
  - 1.1. rok z każdym z rodziców na przemian,
  - 1.2. rok szkolny z jednym rodzicem, a wakacje z drugim;
- 2) „krótkoterminową” (*alternating short-term block time*), gdy dzieci spędzają:
  - 2.1. miesiąc z każdym z rodziców na przemian,
  - 2.2. tydzień z każdym z rodziców na przemian,
  - 2.3. połowę tygodnia z jednym z rodziców, drugą połowę z drugim,
  - 2.4. dzień z każdym z rodziców na przemian,
  - 2.5. połowę dnia z jednym z rodziców, drugą połowę z drugim;
- 3) „gniazdową” (*birdnest*), oznaczającą, że dzieci zostają w jednym domu a rodzice wprowadzają się do niego i wyprowadzają w różnych okresach;
- 4) „uznaniową” (*free access*), oznaczającą, że dzieci „kursują” między domami rodziców w dowolnych okresach czasu<sup>83</sup>.

Natomiast poniżej zebrano i uporządkowano najpopularniejsze w Stanach Zjednoczonych harmonogramy sprawowania pieczy naprzemiennnej<sup>84</sup>:

- 1) *60/40 custody schedule*: np. dziecko mieszka z jednym z rodziców w tygodniu (60%), a z drugim w weekendy (40%);
- 2) *70/30 custody schedule*: najpopularniejsza wersja tego rodzaju pieczy polega na tym, że dziecko mieszka zasadniczo z jednym z rodziców (70%), a z drugim przez cały trzeci tydzień każdego miesiąca (30%), w innej wersji może też mieszkać z drugim rodzicem przez każdy weekend (30%);
- 3) *75/25 custody schedule*: dziecko mieszka z jednym z rodziców 5 dni w tygodniu (75%), a z drugim pozostałe 2 dni (25%);
- 4) *80/20 custody schedule*: dziecko mieszka 80% czasu z rodzicem A (dalej jako: A) i 20% z rodzicem B (dalej jako: B), np. dziecko mieszka z B przez pierwszy, drugi i piąty weekend każdego miesiąca albo przez drugi, czwarty i piąty weekend każdego miesiąca;

<sup>82</sup> S.L. Braver, M.E. Lamb, *Marital Dissolution*, [w:] *Handbook of Marriage and the Family*, red. G. W. Peterson, K. R. Bush, New York 2013, s. 492 i przywołana tam literatura.

<sup>83</sup> Zob. A.E. Atwell, U.S. Moore, E. Nielsen, Z. Levite, *Effects of Joint Custody*, “The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law” 1984, t. 12, nr 2, s. 151.

<sup>84</sup> Więcej przykładów: *Custody and Visitation Schedules: 22 Common Examples*, <https://www.custody-change.com/examples/schedules>, (07.02.2020).

5. *2-2-3 rotation (two-week schedule)*: dziecko mieszka 2 dni z A, kolejne 2 dni z B i następne 3 dni z A, a kiedy tydzień się kończy – następuje zmiana kolejności, ten rodzaj pieczy pozwala dziecku spędzać weekendy na przemian z każdym z rodziców;
6. *2-2-5-5 custody schedule (two-week schedule)*: dziecko mieszka 2 dni z A, kolejne 2 dni z B, następne 5 dni z A i kolejne 5 dni z B, ten rodzaj pieczy pozwala dziecku spędzać niedzielę i poniedziałek z jednym rodzicem, wtorek i środę z drugim, natomiast czwartek, piątek i sobotę na przemian;
7. *3-3-4-4 custody schedule (two-week schedule)*: dziecko mieszka 3 dni z A, kolejne 3 dni z B, następne 4 dni z A i kolejne 4 dni z B; w tym układzie dziecko przebywa z jednym z rodziców od soboty od wtorku, z drugim od środy do piątku z drugim, natomiast soboty spędza na przemian;
8. *4-3 custody schedule*: dziecko mieszka z A przez 4 dni (weekendy i niektóre dni powszednie) i przez 3 dni (powszednie) z B;
9. *alternating weeks custody schedule (7 on 7 off)*: dziecko mieszka przez 7 dni z A, a przez kolejne 7 dni z B;
10. *alternating weekends custody schedule (every other weekend)*: dziecko mieszka zasadniczo z A, a co drugi weekend każdego miesiąca z B;
11. *midweek visitation*: zastrzeżenie najczęściej przy *alternating weeks custody schedule*, które oznacza, że dziecko może widzieć się w tygodniu z rodzicem, z którym, zgodnie z ustalonym harmonogramem, w tym tygodniu nie mieszka;
12. *midweek overnight*: zastrzeżenie najczęściej przy *alternating weeks custody schedule*, które oznacza, że dziecko może nocować w tygodniu u rodzica, z którym, zgodnie z ustalonym harmonogramem, w tym tygodniu nie mieszka.

Z analizy zebranego materiału badawczego wynika, że nie istnieje jedna spójna, ogólnie przyjęta definicja pieczy naprzemiennej. Przejawia się ona w amerykańskim ustawodawstwie stanowym, a jej granice są redefiniowane w sposób ciągły na przestrzeni dziejów. Piecza naprzemienna nie musi być regulowana ustawowo, a nawet jeżeli jest, to w różny sposób. Gdy chodzi o terminologię, to znakomita większość ustawodawców posługuje się pojęciem „*joint physical custody*”, rzadziej „*shared physical custody*” (Massachusetts<sup>85</sup>, Pensylwania<sup>86</sup>) czy „*joint physical care*” (Iowa)<sup>87</sup>. W stanie Michigan *joint custody* może oznaczać pieczę naprzemienną, ale też wspólne decydowanie w ważnych sprawach dziec-

<sup>85</sup> 208 § 31 Massachusetts General Laws (2018).

<sup>86</sup> § 5322 Pennsylvania Consolidated Statutes (2019).

<sup>87</sup> § 598 Iowa Code (2019).

ka<sup>88</sup>. W trzech stanach nazewnictwo pieczy naprzemiennej podkreśla element mieszkania dziecka z każdym z rodziców w powtarzających się okresach: „equal residential responsibility” (Dakota Północna)<sup>89</sup>, „residence time with both parents” (Kansas)<sup>90</sup> i „shared primary residential care” (Maine)<sup>91</sup>. W praktyce problematyczne okazuje się być pojęcie „parenting time”, ponieważ niekiedy dotyczy pieczy naprzemiennej, a czasami pojawia się w ustawie obok *physical custody* i oznacza prawo do utrzymywania kontaktów z dzieckiem, niezależne od innych rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej (Minnesota)<sup>92</sup>. Dość skomplikowana sytuacja jest w stanie Tennessee, ponieważ zgodnie z prawem, sąd może powierzyć opiekę nad dzieckiem jednemu lub obojgu rodzicom w ramach *joint custody* albo *shared parenting*<sup>93</sup>. Pojęcia te nie zostały jednak w żaden sposób zdefiniowane przez ustawodawcę. Z analizy języka przepisu i na podstawie celu, jaki ma on realizować można wywnioskować, że w tym stanie piecza naprzemienne to *joint physical custody*.

Z analizy przepisów wynika również, że kilkanaście stanów nie wprowadziło w ogóle regulacji prawnych pieczy naprzemiennej. Niepewność prawną potęguje także brak bliższych regulacji dotyczących instytucji władzy rodzicielskiej, jak np. w skonsolidowanym prawie Nowego Jorku, które nie zawiera nawet definicji *custody*<sup>94</sup>. Należy przy tym zauważyć, że brak definicji ustawowej (Alaska, Connecticut, Hawaje, Illinois, Kansas, Kentucky, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nowy Meksyk, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Vermont, Waszyngton, Wisconsin) czy ogólnie brak regulacji prawnej dotyczącej pieczy naprzemiennej nie oznacza niedopuszczalności jej orzeczenia. Przykładem jest tutaj kodeks stanu Montana, w którym § 40-4-212 może być podstawą naprzemiennego sprawowania pieczy, w zawartym przez rodziców porozumieniu, które sąd ocenia pod kątem zgodności z najlepszym interesem dziecka na podstawie ustawowych przesłanek (wyliczenie przykładowe)<sup>95</sup>.

Przechodząc do omówienia treści omawianej instytucji, na uwagę zasługuje regulacja prawna pieczy naprzemiennej w stanie Utah, gdzie ustawodawca po pierwsze zdefiniował samo pojęcie pieczy naprzemiennej, a po drugie zrobił to w sposób jasny i wyczerpujący. Zgodnie z kodeksem Utah, piecza naprzemienna może polegać na tym, że dziecko nocuje u każdego z rodziców więcej niż 30%; może też oznaczać równe albo porównywalne okresy bieżącej pieczy nad dzieckiem, a nawet zakładać stałe miejsce zamieszkania dziecka przy jednym

<sup>88</sup> § 722.26a Michigan Compiled Laws (2018).

<sup>89</sup> § 14-09-00.1 North Dakota Century Code (2017).

<sup>90</sup> § 23-3202 Kansas Family Law Code-Revised (2017).

<sup>91</sup> § 1653 Maine Revised Statutes (2018).

<sup>92</sup> § 518.003 Minnesota Statutes (2019).

<sup>93</sup> § 36-6-101 Tennessee Code (2018).

<sup>94</sup> § 240 New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law (2019).

<sup>95</sup> Montana Code Annotated (2019).

z rodziców<sup>96</sup>. Jak wynika z przeprowadzonych badań, w żadnym akcie prawnym nie wskazano, że pieczę naprzemienną można wykonywać wyłącznie w równych okresach; podobnie, że orzeczenie *joint legal custody* oznacza automatycznie orzeczenie *joint physical custody*. Ponadto, w niektórych stanach sąd nie wyda orzeczenia o pieczy naprzemienną, jeżeli rodzicom nie przysługuje *joint legal custody*, tak jak w stanie Iowa, jednak tutaj ustawodawca stawia znak równości między pojęciami „joint legal custody” i „joint custody”. Zasadniczo instytucja pieczy naprzemienną odnosi się do rodziców jako uprawnionych i zarazem zobowiązanych do sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. Wyjątkiem od tej zasady jest ustawodawstwo Pensylwanii, gdzie każdy, komu przysługuje *shared physical custody* ma prawo do sprawowania bezpośredniej pieczy fizycznej nad dzieckiem (*physical custodial time*).

Jak już zostało wspomniane, piecza naprzemienna nie jest instytucją jednorodną, co może implikować problemy z rozstrzygnięciem o niej w sądach. Dla przykładu można podać przepisy kodeksu Dystryktu Kolumbii, w którym brak jest definicji *joint custody*<sup>97</sup>, a zamiast tego ustawodawca wskazuje różne warianty opieki nad dziećmi: od wyłącznego prawa jednego z rodziców do decydowania w ważnych sprawach dziecka, przez samodzielną pieczę fizyczną nad dzieckiem, pieczę naprzemienną, wspólne decydowanie w ważnych sprawach dziecka, a na kombinacji powyższych wariantów kończąc, gdy sąd uzna, że najlepiej zabezpieczą interes dziecka. Mając to na uwadze, warto pochylić się nad sprawą *Hutchins v. Compton*<sup>98</sup>, w której sąd powierzył pieczę fizyczną nad dzieckiem matce z prawem do kontaktów dla ojca (bieżąca piecza nad dzieckiem przez co drugi weekend; w każdy czwartek w nocy i w piątek rano przed szkołą; przez połowę sierpnia; w czasie świąt i wakacji – po równo). Sąd zasądził nadto wspólne podejmowanie decyzji w sprawach dziecka, jednak z głosem decydującym przy matce. Sąd wyższej instancji, rozpatrując apelację od tego wyroku, utrzymał go w mocy i stwierdził, że przez to, że ustawodawca nie definiuje takich pojęć, jak: „*sole physical custody*” i „*joint physical custody*”, sąd zachowuje swobodę i elastyczność w wydawaniu wyroków, kierując się jedynie nadrzędnym interesem dziecka. W omawianej sprawie ojciec podniósł zarzut, że sąd niższej instancji zignorował wynikające z kodeksu wzruszalne domniemanie prawne *joint custody* i orzekając *sole physical custody*, zamiast *joint physical custody*, przekroczył swoje uprawnienia. W odpowiedzi sąd, powołując się na § 16-914 kodeksu wskazał, że wydane orzeczenie spełnia postulat „stałego kontaktu dziecka z obojgiem rodziców, podziału obowiązków związanych z wychowaniem oraz dba o relacje między dzieckiem a rodzicami” i wynika z dyskrejonalnej władzy sądu.

<sup>96</sup> § 30-3-10.2 (1) Utah Code (2018).

<sup>97</sup> § 16-914 (a) (1) (A) District Columbia Code (2019).

<sup>98</sup> *Hutchins v. Compton*, District of Columbia Court of Appeals, 917 A.2d 680 (2007).

Ponadto sąd, powołując się na sprawę *Taylor v. Taylor*<sup>99</sup> stwierdził, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie pojęcie „joint physical custody” tłumaczy się szeroko, w związku z czym decyzja, która zapadła w sprawie *Hutchins v. Compton* jest zasadna. Piecza fizyczna nad dzieckiem obejmuje prawo i obowiązek zapewnienia dziecku miejsca zamieszkania oraz podejmowanie decyzji w drobnych bieżących sprawach życia codziennego dziecka. Wspólna piecza fizyczna nad dzieckiem jest *de facto* dzielona lub podzielona; może, ale nie musi być symetryczna (w proporcji 50/50). Najczęściej sprowadza się do bieżącej pieczy nad dzieckiem przez jednego z rodziców w czasie roku szkolnego i przez drugiego w czasie wakacji, albo podziału na dni tygodnia i weekendy, albo też podziału na dni i noce. Na uwagę zasługuje w szczególności następujący fragment orzeczenia: między rozstrzygnięciami o pieczy fizycznej nad dzieckiem sprawowanej samodzielnie przez jednego z rodziców z prawem do kontaktów dla drugiego (*sole physical custody with rights of visitation*) a pieczą naprzemienną (*joint physical custody*) może nie być różnicy, poza nazwą oczywiście. W innej sprawie (*Estopina v. O'Brian*) sąd wyraził pogląd, że wyłączna piecza fizyczna nad dzieckiem połączona z prawem do kontaktów dla drugiego z rodziców jest jedną z form wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem<sup>100</sup>. Powyższa refleksja skłania do następnej, ponieważ w sytuacji, gdy miejsce pobytu dziecka określane jest stale, przy jednym z rodziców, ale jednocześnie orzekane są szerokie kontakty z drugim z rodziców (z możliwością zabierania dziecka np. na weekendy do swojego miejsca zamieszkania, czy też spędzania z nim ferii), w istocie dochodzi do podzielenia w czasie wykonywania pieczy nad dzieckiem. Możliwość realizacji kontaktów z dzieckiem poza kontrolą drugiego z rodziców zawsze wiąże się z czasowym sprawowaniem pieczy nad dzieckiem.

Omawiana problematyka łączy się jeszcze z innym zagadnieniem – *approximation standard*, określanym też jako *past caretaking standard*. Jest to jeden z postulatów wyrażonych przez ALI, a dotyczy orzekania o władzy rodzicielskiej w sposób możliwie w pełni odpowiadający proporcji czasu jakie dziecku poświęcał każdy z rodziców w okresie przed rozpadem związku, tj. w czasie, gdy rodzina funkcjonowała „prawidłowo”<sup>101</sup>. Jedynym stanem, który wprowadził domniemanie prawne *approximation standard* była Wirginia Zachodnia<sup>102</sup>. Do 2017 r. § 48-9-2016 kodeksu Wirginii Zachodniej miał następującą treść: „jeżeli rodzice nie zawarli porozumienia i nie jest to ze szkodą dla dziecka, sąd orzeka o władzy rodzicielskiej w ten sposób, żeby proporcja sprawowania

<sup>99</sup> *Taylor v. Taylor*, Court of Appeals of Maryland, 508 A.2d 964, (1986).

<sup>100</sup> *Estopina v. O'Brian*, District of Columbia Court of Appeals, 68 A.3d 790 (2013).

<sup>101</sup> Zob. J. Shoshanna Ehrlich, *Family Law for Paralegals*, New York 2017, s. 200.

<sup>102</sup> W 2018 r. znowelizowano przepisy dotyczące władzy rodzicielskiej i obecnie sąd orzekając o *custodial time*, rozważa listę przykładowych przesłanek przewidzianych w ustawie, zob. § 48-9-2016 (a) (6) Code of West Virginia Code (2019).

bieżącej pieczy nad dzieckiem przez każdego z rodziców odpowiadała proporcji sprawowania przez nich funkcji opiekuńczych przed rozpadem związku”<sup>103</sup>.

## Podsumowanie

Podsumowując, można stwierdzić, że doktryna amerykańska, a w ślad za nią orzecznictwo przez ostatnie 50 lat „zatoczyły krąg” od jednej do drugiej skrajności, odrzucając najpierw w latach 70. niemal całkowicie potrzebę udziału w wychowaniu dziecka rodzica niewykonującego bezpośrednio pieczy nad dzieckiem, by w latach 90. radykalnie zmienić to zapatrywanie. Przejawiło się to, w najbardziej skrajnym ujęciu, w postulatcie symetrycznej pieczy naprzemiennej. W związku z powyższym, podzielić należy pogląd T. Sokołowskiego, że zarówno pierwsze, jak i drugie podejście wynika w istocie z archaicznego nadal pojmowania instytucji regulujących stosunki między rodzicami i dziećmi bardziej w kategoriach osobistego interesu rodziców, a nie dobra dziecka<sup>104</sup>.

Pieczą naprzemienną ma być remedium na nowy kształt ról w rodzinie. Z jednej strony występują ojcowie, którzy po rozpadzie związku chcą pozostawać zaangażowanymi w życie dziecka, z drugiej oczekiwania kobiet, które pragną spełniać się nie tylko w roli matek, ale również efektywnie realizować swoje obowiązki zawodowe. Należy jednak pamiętać, że każda rodzina i każdy rozwód jest inny; różnią się też relacje dzieci z rodzicami. Model pieczy naprzemiennej nie zawsze jest optymalnym rozwiązaniem i nie nadaje się do zastosowania w każdej sprawie, jednak sąd powinien ją rozważyć przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej. Tylko takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić dziecku równie lub prawie równie intensywny kontakt z obojgiem rodziców po ich rozstaniu.

Doświadczenia amerykańskie wskazują na różnorodność możliwości ukształtowania bieżącej pieczy fizycznej nad dzieckiem. Może to obejmować duże bloki czasu, np. rok z jednym rodzicem, krótsze naprzemienne bloki, np. tydzień z każdym z rodziców, bądź też tzw. teorię gniazda. Istotą wspólnej opieki rodziców nad dzieckiem jest to, że oboje rodzice zajmują się dzieckiem w jednakowym stopniu, w środowiskach wychowawczych stworzonych przez każdego z nich z osobna, przy czym owa opieka sprawowana jest przez porównywalne okresy przez każdego z rodziców. Konsekwencją tego modelu jest jednakowe prawo rodziców w sprawowaniu bieżącej pieczy nad dzieckiem. Jednakowe nie oznacza jednak identyczne. Równość nie musi być jednoznaczna z identycznością. Marta Jadczak-Żebrowska uważa, że prawo może i nawet powinno różnico-

<sup>103</sup> Code of West Virginia Code (2017).

<sup>104</sup> T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 455.

wać, z uwagi na pewne cechy indywidualne, pewną konkretną sytuację<sup>105</sup>. Jeszcze raz warto podkreślić, że amerykańska koncepcja *joint physical custody*, jak i odpowiadająca jej polska instytucja pieczy naprzemiennnej nigdy nie oznaczały i nadal nie oznaczają wyłącznie układów symetrycznej opieki nad dzieckiem, w proporcji 50/50, jak mogłoby się wydawać. Co do zasady, rodzice mogą swobodnie określić czas, który każdy z nich będzie poświęcać na sprawowanie pieczy nad dzieckiem, zgodnie z zasadą dobra dziecka. Zasada ta stanowi bowiem materialnoprawną przesłankę orzekania w przedmiocie władzy rodzicielskiej, a jej ocena powinna być decydująca, jeżeli chodzi o kierunek rozstrzygnięcia.

Jak zasygnalizowano na początku, sądy w Polsce coraz częściej orzekają o wspólnej opiece rodziców nad dzieckiem po rozwodzie, w tym również w formie naprzemiennnej. Do głównych przyczyn wzrostu jej popularności należą wejście kobiet na rynek pracy i ewolucja w zakresie ról rodzicielskich oraz chęć mężczyzn do sprawowania pełniejszej roli w wychowaniu dzieci. We współczesnym polskim społeczeństwie coraz częściej zarówno kobieta, jak i mężczyzna podejmują trud ekonomicznego zaspokajania potrzeb rodziny i wychowania dzieci<sup>106</sup>. To też pokazuje jak wielkie zadania stoją przed sądami, profesjonalnymi pełnomocnikami czy mediatorami, jeżeli chodzi o właściwe ukształtowanie pieczy naprzemiennnej. Muszą oni bowiem dokładnie zbadać stan faktyczny i dopasować go do potrzeb dziecka i jego sytuacji rodzinnej. Istotnym elementem okazuje tutaj się wiek dziecka, ponieważ w doktrynie pojawiają się głosy krytyczne, że wspólna opieka rodziców negatywnie oddziałuje na niemowlęta i małe dzieci<sup>107</sup>. Powodzenie pieczy naprzemiennnej zależy również od tego, jakie relacje panują między rodzicami. Wydaje się, że nie rozwód – sam w sobie – uniemożliwia współpracę rodzicielską, lecz silny konflikt poprzedzający rozstanie rodziców. Warto też odnotować, że piecza naprzemienna nie jest czymś stałym i raz na zawsze ukształtowanym. Prawdopodobnie będzie ona wymagała zmian w miarę jak będą zmieniać się wraz z wiekiem potrzeby dziecka, a także sytuacja rodziców po ich rozstaniu<sup>108</sup>. Piecza naprzemienna nie jest uniwersalnym rozwiązaniem i może nie nadawać się do zastosowania w każdym przypadku, jednak sąd powinien ją rozważyć orzekając o władzy rodzicielskiej, ponieważ tylko takie rozwiązanie może zapewnić dziecku równie lub prawie równie intensywny kontakt z obojgiem rodziców.

<sup>105</sup> M. Jadczyk-Zębrowska, *Prawa i obowiązki małżonków*, Warszawa 2017, s. 63-64.

<sup>106</sup> Tak: R. Kucharski, *Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA, w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych*, „Rodzina i Prawo” 2012, nr 23, s. 35.

<sup>107</sup> M. Habdas, op. cit., s. 353.

<sup>108</sup> J. Kosińska-Wiercińska, op. cit., s. 32.

## **Bibliografia**

### **Akty prawa polskiego**

- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2086 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2217 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. 2008 nr 220, poz. 1431).
- Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2407 z późn. zm.).

### **Akty prawa amerykańskiego**

- California Civil Code (1980)
- Code of Virginia (2017, 2019).
- District Columbia Code (2019).
- Iowa Code (2019).
- Kansas Family Law Code-Revised (2017).
- Maine Revised Statutes (2018).
- Massachusetts General Laws (2018).
- Michigan Compiled Laws (2018).
- Minnesota Statutes (2019).
- Montana Code Annotated (2019).
- New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law (2019).
- North Dakota Century Code (2017).
- Pennsylvania Consolidated Statutes (2019).
- Tennessee Code (2018).
- Uniform Marriage and Divorce Act (1970, zmieniona w 1973 r.).
- United States Constitution (1787).
- Utah Code (2018).

### **Orzecznictwo polskie**

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1952 r., sygn. akt C 1814/52, OSNCK 1953/3/92.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1952 r., sygn. akt C 414/52, OSN 1952, nr 2, poz. 47.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ca 352/13.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt IV C 1212/17.



Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt I OSK 878/17.

Wyrok Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Bk 741/18.

### **Orzecznictwo amerykańskie**

*Dalin v. Dalin*, Supreme Court of North Dakota, 512 N.W.2d 685, 691 (1994).

*Estopina v. O'Brian*, District of Columbia Court of Appeals, 68 A.3d 790 (2013).

*Garska v. McCoy*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 278 S.E.2d 357 (1981).

*Hutchins v. Compton*, District of Columbia Court of Appeals, 917 A.2d 680 (2007).

*McAndrew v. McAndrew*, Court of Special Appeals of Maryland, 39 Md. App. 1, 382 A.2d 1081 (1978).

*Ross v. Hoffman*, Court of Appeals of Maryland, 280 Md. 172, 175, 372, A.2d 582 (1977).

*Taylor v. Taylor*, Court of Appeals of Maryland, 508 A.2d 964, (1986).

*Watts v. Watts*, New York Family Court (1973).

### **Literatura polska**

Andryszczak M., *Dwa domy, dwa życia – czyli o tzw. pieczy naprzemiennnej*, [w:] *Prawo – rodzina – praca*, red. M. Andryszczak, R. Badowiec, D. Gęsicka, Toruń 2017.

Bieszczad M., *Pieczy naprzemienna w przypadku braku pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktu*, [w:] *Prawa dziecka – perspektywa prywatnoprawna i społeczna*, red. D. Jaroszewska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Wedeł-Domaradzka, b.m.w. 2019.

Czech B., *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 12.

Czech B., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011.

Czekaj-Czapla K., Kucharska M., Wartenberg-Kempka B., *Komentarz do art. 5 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci*, [w:] *Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Komentarz*, red. J. Blicharz, J. Glumińska-Pawlic, L. Zacharko, LEX/el. 2019 (07.02.2020).

Domański M., *Orzekanie o pieczy naprzemiennnej w wyrokach rozwodowych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, nr 25.

Domański M., *Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka*, „Przeгляд Sądowy” 2016, listopad-grudzień.

Dudak A., *Samotne ojcostwo*, Kraków 2006.

Fiedorczyk P., *Attempts at redefining the family in contemporary Polish Law*, „International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2012, t. 3.

Gajda J., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018.

- Grabowska A., *Zmiany w zasadach orzekania o władzy rodzicielskiej przy rozwodzie wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, [w:] *Prawo – rodzina – praca*, red. M. Andryszczak, R. Badowiec, D. Gęsicka, Toruń 2017.
- Haak H., *Ustanie małżeństwa. Komentarz*, Toruń 1998.
- Ignaczewski J., [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014.
- Ignaczewski J., [w:] *Rozwód i separacja. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2016.
- Ignaczewski J., [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2015.
- Ignatowicz J., [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątowski, Wrocław 1985.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
- Jadczyk-Żebrowska M., *Prawa i obowiązki małżonków*, Warszawa 2017.
- Justyński T., *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19.
- Kędziera K., Stępień M., *Pieczna naprzemienna w polskim prawie rodzinnym*, „Palestra” 2018, nr 3.
- Kosińska-Wiercińska J., *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19.
- Kucharski R., *Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA, w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych*, „Rodzina i Prawo” 2012, nr 23.
- Łukasiewicz J. M., *Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej*, „Forum prawnicze” 2018, nr 2 (46).
- Manowska M., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014.
- Mróz-Krysta D., *Komentarz do ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2015 r., poz. 1062)*, LEX/el. 2016 (07.02.2020).
- Słyk J., [w:] *Meritum prawo rodzinne*, red. G. Jędrejek, Warszawa 2017.
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014.
- Smyczyński T., [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, red. T. Smyczyński, t. 12, Warszawa 2011.
- Sokołowski T., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.
- Sondej M., *Orzeczenie sądu o sprawowaniu opieki naprzemiennej, jako podstawa wypłaty świadczenia wychowawczego na rzecz rodzica sprawującego taką opiekę*, LEX/el. 2018 (07.02.2020).
- Stojanowska W., *„Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Acta Iuris Stetinensis 6 Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821.

- Stojanowska W., *Rozdział II, Rozwód*, [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – wykładnia- komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011.
- Strzebinczyk J. F., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
- Tokarczyk R., *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011.
- Wierzbowski B. F., *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym. Władza nad osobami dzieci*, Toruń 1977.
- Zegadło R., *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 17-18.
- Zieliński A., *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozvodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016.
- Żeber I., *Expositio infantis (porzucenie dziecka) w antycznym Rzymie*, [w:] *Dziecko i jego pozycja prawna w dziejach*, red. A. Pasek, „Kolonial Limited” 2014.

### Literatura zagraniczna

- Artis J.E., *Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine*, „Law & Society Review” 2004, t. 38, nr 4.
- Atwell A.E., Moore U. S., Nielsen E., Levite Z., *Effects of Joint Custody*, „The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law” 1984, t. 12, nr 2.
- Bartfeld J., *Shared placement: An overview of data in Wisconsin*, Madison, Wisconsin 2011.
- Braver S.L., Lamb M. E., *Marital Dissolution*, [w:] *Handbook of Marriage and the Family*, red. G. W. Peterson, K. R. Bush, New York 2013.
- Caulley A. M., *Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations*, „Boston University Public International Law Journal” 2018, t. 27.
- Chambers D.L., *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, „Michigan Law Review” 1984, t. 83.
- Collins K. A., *Federalism's Fallacy: The Early Tradition of Federal Family Law and the Invention of States' Rights*, „Cardozo Law Review” 2005, t. 26.
- Eydał G. B., Rostgaard T., [w:] *Fathers, Childcare and Work: Cultures, Practices and Policies (Contemporary Perspectives in Family Research*, t. 12), red. R. Musumeci, A. Santero, United Kingdom – North America – Japan – India – Malaysia – China 2018.
- Ferreiro B. W., *Presumption of Joint Custody: A Family Policy Dilemma*, „National Council on Family Relations” 1990, t. 39, nr 4.
- Folberg J., *Custody Overview*, [w:] *Joint custody and shared parenting*, red. J. Folberg, New York – London” 1991.
- Graham K. T., *How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations*, „Duke Journal of Gender Law & Policy” 2001, t. 8.

- Grossberg M., *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* (Studies in Legal History), "The University of North Carolina Press" 1985.
- Habdas M., *The Evolution of Joint Parenting in Poland: the Legal Perspective on Lessons Learned and Still to Be Learned*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 2019, t. 33, nr 3.
- Halla M., *The Effect of Joint Custody on Marriage and Divorce*, "IZA Discussion Paper" 2009, nr 4314.
- Jacob H., *Silent revolution: the transformation of divorce law in the United States*, Chicago 1988.
- Lemon N. K., *Joint Custody As a Statutory Presumption: California's New Civil Code Sections 4600 and 4600.5*, "Golden Gate University Law Review" 1981, t. 11, nr 2.
- Maccoby E. E., Mnookin R. H., *Dividing the child: social and legal dilemmas*, Cambridge, (MA) 1992.
- Melli M. S., *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, "Northern Illinois University Law Review" 2005, t. 25.
- Peer E., Gamliel E., *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, "Court Review (The Journal of The American Judges Association)" 2013, t. 49, nr 2.
- Schneider C.E., *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, "Michigan Law Review" 1991, t. 89, nr 8.
- Shoshanna Ehrlich J., *Family Law for Paralegals*, New York 2017.
- Solangel S., *Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent*, "University of Pennsylvania Law Review" 2005, t. 153, nr 921.
- Starnes C.L., *Lovers, Parents, and Partners: Disentangling Spousal and Co-Parenting Commitments*, "Arizona Law Review" 2012, nr 54.
- The American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation. As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington D.C. May 16, 2000*, Saint Paul, (MN) 2002.

### **Strony internetowe**

- Ashenfelter D., *Coin toss could backfire on judge*, „Detroit Free Press” 2002, <https://www.chron.com/news/nation-world/article/Coin-toss-could-backfire-on-judge-2060948.php>, (07.02.2020).
- Child Custody in Hawaii*, <https://www.diehlundweger.com/child-custody-hawaii>, (07.02.2020).
- Custody and Visitation Schedules: 22 Common Examples*, <https://www.custodyexchange.com/examples/schedules>, (07.02.2020).
- George T., *Residential time summary reports filed in Washington from July 2007 – March 2008*, Washington State Center for Court Research 2008, <http://www.courts.wa.gov/subsite/wscrr/docs/residentialtimesummaryreport2008.pdf>, (07.02.2020).

- Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, opracowania wieloletnie, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>, (07.02.2020).
- Longley R., *What Is Parens Patriae? Definition and Examples*, ThoughtCo. 2019, <https://www.thoughtco.com/parens-patriae-definition-examples-4588615>, (07.02.2020).
- Przebieg procesu legislacyjnego – druk nr 3254, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3254>, (07.02.2020).
- Rayne E., *California's No Fault Divorce Law*, <https://info.legalzoom.com/californias-fault-divorce-law-25049.html>, (07.02.2020).
- Rosen A., *A brief history of „best interests”*, <https://www.avramrosen.com/blog/2011/may/a-brief-history-of-best-interests->, (07.02.2020).
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 lutego 2019 r., druk nr 3254, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E6E4F16B8BE6C428C12583AE00523F12/%24File/3254.pdf>, (07.02.2020).
- Sheff D., *If It's Tuesday, It Must Be Dad's House*, <https://www.davidsheff.com/if-its-tuesday-it-must-be-dads-house>, (07.02.2020).
- Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3564>, (07.02.2020).
- The American Law Institute*, <https://www.ali.org/about-ali>, (07.02.2020).
- The European Law Institute*, <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (07.02.2020).
- What are the Different Types of Custody in Indiana?*, <https://www.hainsfamillylaw.com/blog/2016/october/what-are-the-different-types-of-custody-in-india>, (07.02.2020).

## Inne

- Decyzja Samorządowego Kolegium Odwoławczego we Wrocławiu z dnia 19 września 2016 r. (SKO 4318/296/16).
- Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 maja 2017 r. (IV.7021.91.2017 MK).

## STRESZCZENIE

### Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemiennnej (*joint physical custody*)

Pieczna naprzemienna najogólniej oznacza sposób sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu, który polega na tym, że rodzice sprawują bieżącą pieczę fizyczną nad dzieckiem w porównywalnych okresach. Taka forma opieki dopuszczona jest przez regulacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, lecz nie wprost, tylko jako element tzw. planu wychowawczego, czyli pisemnego porozumienia rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. Wykładnia przepisów art. 58 § 1 i 107 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego pozwala stwierdzić, że taki model wykonywania władzy rodzicielskiej rodzice mogą poniekąd wypracować sobie sami, sięgając właśnie do instrumentu prawnego jakim jest tzw. plan wychowawczy. Nie należy przy tym utożsamiać pojęcia „pieczy naprzemiennnej” z terminem „władza naprzemienna”, który w polskim prawie nie występuje. Władza naprzemienna polegałaby na tym, że dziecko przebywałoby okresowo, np. co pół roku albo cały rok, raz u jednego z rodziców, raz u drugiego i w tym czasie każde z rodziców sprawowałoby wyłącznie i samodzielnie władzę rodzicielską. Natomiast w przypadku pieczy naprzemiennnej, to nie władza jest podzielona, lecz przebywanie dziecka u rodziców, którym w każdym czasie przysługuje pełnia praw i obowiązków rodzicielskich. W judykaturze Sądu Najwyższego zakaz „naprzemiennego” sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem przez rozwiedzionych rodziców został sformułowany już w orzeczeniu z 22.04.1952 r. (sygn. akt: C 414/52, OSN 1953, poz. 47). Jak wynika z najnowszego raportu Wymiaru Sprawiedliwości *Rozwody – opieka nad dziećmi w latach 2003–2018* w 2018 r. wydano w sumie 36 214 orzeczeń o rozwodzie małżeństw posiadających małoletnie dzieci na utrzymaniu, z czego w 20 955 orzeczeniach wykonywanie władzy rodzicielskiej powierzono wspólnie obojgu rodzicom. Wśród orzeczeń, w których sprawowanie władzy rodzicielskiej powierzono obojgu rodzicom, coraz więcej odnotowuje się tych, które stanowią o pieczy naprzemiennnej. Jeszcze kilka lat temu takie wyroki były sporadyczne. Od połowy lat 90. XX w. we wszystkich stanach, z wyjątkiem Karoliny Południowej, dopuszcza się możliwość orzeczenia *joint custody* – na mocy ustawy lub na podstawie *case law*. Współcześnie jest to dominujący w USA sposób uregulowania wykonywania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem po rozstaniu rodziców. Amerykańska koncepcja *joint custody* nie jest instytucją jednolitą i można wyróżnić jej dwa główne rodzaje, tj. *joint legal custody*, czyli władzę (*legal authority*) i odpowiedzialność (*responsibility*) za podejmowanie decyzji w ważnych sprawach dotyczących dziecka oraz *joint physical custody*, tj. wspólną pieczę fizyczną nad dzieckiem (pieczę naprzemienną). W piśmiennictwie wyróżnia się trzy główne rodzaje pieczy nad dzieckiem (*physical custody*). Co do zasady, samodzielna piecza nad dzieckiem (*sole physical custody*) oznacza, że dziecko ma podstawowe miejsce pobytu z jednym z rodziców, z którym spędza więcej niż połowę czasu i tego rodzica określa się wtedy mianem „*custodial parent*”. Orzeczenie

*sole physical custody* łączy się z prawem drugiego rodzica do kontaktów z dzieckiem (*visitation, time-sharing*). Drugim rodzajem pieczy jest piecza naprzemienna, która najczęściej oznacza wspólne sprawowanie bieżącej pieczy nad dzieckiem w porównywalnych okresach. Przykładami harmonogramów opieki przy pieczy naprzemiennej są: naprzemienne weekendy, kilka dni w tygodniu czy wakacje. Inny rodzaj opieki, *split custody*, w praktyce występuje rzadko i polega na tym, że jeden z rodziców sprawuje pieczę nad dzieckiem, a drugi rodzic nad rodzeństwem dziecka. Z analizy zebranego materiału badawczego wynika, że nie istnieje jedna spójna, ogólnie przyjęta definicja opieki wspólnej. Przejawia się ona w amerykańskim ustawodawstwie stanowym, a jej granice są redefiniowane w sposób ciągły na przestrzeni dziejów.

## SUMMARY

### **The evolution of parental care with emphasis on joint physical custody (*joint physical custody*)**

In the most general terms, joint physical custody means a method of exercising parental authority following divorce or separation, which requires children to share their time with parents on a more or less equal basis. This form of guardianship is permitted by provisions of the Family and Guardianship Code, however not explicitly, but as a part of the so-called parenting plan, i.e., a written agreement between the parents as to exercising parental authority and maintaining contact with the child. The interpretation of provisions of Art. 58 § 1 and 107 § 1 of the Family and Guardianship Code permits the conclusion that parents can in a way work out such a model of exercising of parental authority on their own, resorting to the legal instrument known as the aforementioned parenting plan. In this regard, it is important that the term „joint physical custody” is not equated with the term „alternating parental authority”, which is not present in the Polish legal system. In the case of alternating parental authority, a child would spend some time, e.g., half a year or a whole year, with one of the parents, and during that period of time that parent would exercise sole and independent parental authority. On the other hand, in the case of shared physical custody, it is not the parental authority that is shared, but the time that a child lives with either of the parents, both of whom have all parental rights and obligations all the time. In the judgments of the Supreme Court, prohibition of the „alternating” manner of exercising custody over a child by divorced parents was formulated as early as the judgment of 22 April 1952 (case file nr C414/52, OSN 1953, item 47). As the latest report „Divorces among married couples with minor children to provide for, according to court’s decision on the exercise of parental authority in the years 2003–2018”, drawn up by the Justice Institute, reveals, in divorce cases heard in 2018, a total of 36 214 judgments were issued, of which the exercise of parental authority was awarded jointly to the mother and father – in 20955 cases. Among the judgments where the exercise of parental authority was awarded to both parents, there is an increasing number of those, where joint physical custody over a child is

adjudicated. Until a few years ago, such judgments were few and far between. In the second half of the 1990s all state legislatures in the USA, except for South Carolina, permitted joint custody – either statutorily or under case-law. In the USA, it is now the prevailing method of regulating parental authority over a child after the divorce of its parents. The American concept of joint custody is not uniform and two principal types can be distinguished: joint legal custody and joint physical custody. In joint legal custody, both parents share decision-making rights concerning matters that may have an impact on their children's lives. In joint physical custody, the child lives an equal amount of time with both parents or for considerable amount of time with each parent. Most of the literature refers to three main types of physical custody. Sole physical custody, as a general rule, is an arrangement where a child lives only with one parent, called the custodial parent, more than 50% of the time. In such cases, the non-custodial parent is granted visitation time. In a joint physical custody arrangement, a child resides with both parents. Some examples of joint physical custody schedules are: alternate weekends, days during the week and summer vacations. Another type of physical custody is split custody, which occurs rarely and means that one parent has sole custody of one or more children while the other parent has sole custody of the remaining siblings. This analysis indicates that there is no one definition of joint custody. It is expressed in various ways in the US legislatures, and the boundaries of this concept are constantly amended through history.