

Entrepreneur as aggrieved party in criminal proceedings

(against the background of Art. 49 § 1 and 2 CCP)

In the article the author discusses the possibility of an entrepreneur participating in criminal proceeding as an aggrieved party. The key importance from that point of view should be attributed to the definition of aggrieved party expressed in Article 49 § 1 and 2 of the Code of Criminal Procedure (CCP). *De lege lata* that provision seems in part problematic, because it does not expressly state if the entrepreneur being an organizational unit with no legal personality but which is granted legal capacity under the law could act as an aggrieved party in criminal proceedings. Numerous persuasive arguments support an affirmative answer to the above question. The article also critically assesses the amendment to Article 49 § 2 CCP proposed by the Codification Committee, which amendment includes an organizational unit with no legal personality, but having legal capacity under the law, in the definition of aggrieved party. That amendment generally deserves acceptance, because it eliminates potential doubts concerning the status of the above-mentioned units. Nonetheless, it is not clear why the Commission decided at the same time to exclude state, self-government and social institutions from the definition of aggrieved party.

● POLEMIKI

O prawie do kontaktów z dzieckiem – w odpowiedzi na polemikę*

W grudniowym numerze „Państwa i Prawa” ukazała się recenzja, pióra M. Goettela, opublikowanej przeze mnie monografii¹, natomiast w majowym – polemika M. Koska, ograniczona wprawdzie do warstwy komparatystycznej, jednakże na tyle krytyczna, że nie można pozostawić jej bez odpowiedzi.

Uderzająca w polemice jest jej wybitna jednostronność i wybiórczość. Autor zdecydowanie i niezwykle konsekwentnie gra do jednej bramki, wytwarzając w efekcie obraz całkowicie zafałszowany. Posługuje się metodą wydobywania najdrobniejszych usterek, wyolbrzymiania ich oraz multiplikowania albo wręcz kreowania, przy całkowitym przemilczeniu zalet pracy. Odpowiednio do tego dobierane jest nawet słownictwo. Stwarza to w rezultacie obraz niezwykle jednostronny, nieodpowiadający rzeczywistości, a w szczególności niezgodny z zasadami obiektywizmu i uczciwości akademickiej.

Na pierwszej stronie polemiki sformułowano zarzut, że jedna z autorek, N. Schulze, cytowana jest zbyt często (gdyż ponad 80 razy w całej pracy²), a także (6 razy) nie tylko w związku z jej wywodami dotyczącymi prawa niemieckiego, lecz również belgijskiego, francuskiego oraz holenderskiego. Nie wiadomo, dlaczego miałyby to być niewłaściwe. Krytyk wyjaśnia, że w pracach „aspirujących do miana cennych dla nauki i praktyki” jest to niedopuszczalne, i odwołuje się do rzekomo znajdującej się na okładce książki notki, która aspiracje takie *expressis verbis* wyraża³.

Już w tym miejscu trudno powstrzymać się od refleksji dotyczącej zasadniczo odmiennych kryteriów, którymi Polemista posługuje się, oceniając dorobek własny i cudzy. Otóż w niedawno opublikowanej pozycji, której jest współautorem, znaleźć można również pewne odniesienia prawnoporównawcze. Twierdzenia o uregulowaniach amerykańskich są tam formułowane niemal bez wyjątku

* Odpowiedź na polemikę M. Koska: *O prawie do kontaktów z dzieckiem raz jeszcze*, PiP nr 5/2012.

¹ T. Justyński: *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011 (rec. M. Goettel, PiP nr 12/2011).

² W mojej pracy łącznie ujętych jest 690 cytowań.

³ Na egzemplarzu posiadanym przeze mnie takiej informacji brak. Nie jest to może istotne, ale świadczy o poziomie rzetelności Polemisty, który różnymi metodami rozbudowuje swoją krytykę.

na podstawie opracowania polskiego autora oraz przywołanych „za nim” autorów amerykańskich⁴.

Polemista wyraża następnie zdziwienie, że odesłania do monografii N. Schulze „nie mają charakteru polemicznego, a jedynie informacyjny” – a zatem, że przywołują tę autorkę w miejscach o charakterze informacyjnym, nie wdając się w polemikę z jej poglądami. Nie uwzględnia jednak dwóch ważnych okoliczności.

Po pierwsze, praca N. Schulze ma głównie walor i charakter informacyjny. Mało (żeby nie powiedzieć: prawie w ogóle) jest tam jej własnych, autorskich poglądów. Chodzi bowiem o opracowanie bardzo analityczne i wybitnie kompilacyjne⁵.

Po drugie, dla stworzenia tła prawnoporównawczego niezbędnego do rozważenia problemów prawa polskiego nie było potrzeby wdawać się w polemikę z autorami obcymi. Chodziło jedynie o odtworzenie (w głównych zarysach) stanu prawa obcego, bez ambicji wniesienia czegokolwiek do ewentualnych dyskusji toczonych w tych krajach. Celem monografii było przecież prawo polskie – został on w książce wyraźnie sformułowany⁶. Uregulowania zagraniczne mają stanowić jedynie tło, pozwalające lepiej rozważyć kwestie wynikające w prawie polskim.

Takie rozłożenie akcentów ma i ten skutek, że inny jest charakter wywodów w ramach rozważań dotyczących prawa polskiego, a inny w części traktującej o rozwiązaniach zagranicznych (choć ze względu na założoną strukturę pracy wywody te przeplatają się, a nierzadko przenikają). W partiach dotyczących prawa polskiego rozważania są w najwyższym stopniu pogłębione, polemiczne, nierzadko krytyczne⁷. W partiach poświęconych prawu zagranicznemu cel był inny: chodziło o uzyskanie obserwacji syntetycznych, zarysowujących główne linie, które dadzą polskiemu czytelnikowi najwięcej korzyści, bez wprowadzania go w marginalne spory. Brakuje tu zatem na ogół polemiki, zaś krytyka poglądów podejmowana jest jedynie o tyle, o ile jest to niezbędne w ramach uczciwej prezentacji spornego stanu rzeczy. W centrum uwagi stają natomiast

⁴ Zob. W. Stojanowska, M. Kosek: *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r.*, Warszawa 2010. Na 5 stronach tekstu (s. 79–83), w punkcie zatytułowanym „Plan wychowawczy rozwodzących się rodziców w prawie amerykańskim na przykładzie jego stosowania w stanie Waszyngton”, polski autor omawiający rozwiązania amerykańskie przywołany jest 11 razy, a łatwo dostępne opracowania dwóch autorów amerykańskich nie bezpośrednio, ale „za nim”.

⁵ Monografia jest pracą doktorską, liczy 450 stron (dla porównania – moja monografia ok. 250, z tego 120 dotyczy prawa obcego).

⁶ Jak wskazałem na s. 16: „Celem pracy będzie możliwie wszechstronne rozważenie prawa do kontaktów z dzieckiem (uregulowanego od niedawna szczegółowo w polskim Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym). Ponieważ jednak prawo do styczności z dzieckiem jest wartością chronioną przez akty prawa międzynarodowego (przede wszystkim przez europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Konwencję praw dziecka oraz Konwencję w sprawie kontaktów z dziećmi przyjętą w Wilnie) nie byłoby właściwe, a nawet możliwe, zrezygnowanie z płaszczyzny międzynarodowej oraz zagranicznej. Ta ostatnia pozwoli na uwypuklenie wielu podstawowych – a nie zawsze widocznych z perspektywy pojedynczego, krajowego systemu prawa – kwestii”.

⁷ Dotyczy to również pracy W. Stojanowskiej i M. Koska, jw. Poglądy W. Stojanowskiej zostały tu 18 razy krytycznie przywołane.

poglądy utrwalone już w piśmiennictwie zagranicznym (a zatem przez wielu autorów powtarzane).

Następnie M. Kosek zarzuca, że „bezpośrednie odesłania do monografii N. Schulze nie zawsze są rzetelne” (s. 95).

Jako przykład wskazuje mój wywód poświęcony tzw. opiece naprzemiennej. Swoje stanowisko w kwestii takiego ukształtowania kontaktów z dzieckiem obszernie prezentowałem w publikacji ogłoszonej na łamach czasopisma „Rodzina i Prawo”⁸. Uważam, że również w świetle obowiązującego w Polsce prawa dopuszczalne jest jej orzeczenie⁹. Krótki wywód umieściłem także w mojej monografii¹⁰. Odwołałem się w niej do stanowiska N. Schulze w celu zasygnalizowania, że taki sposób orzeczenia jest coraz częściej stosowany przez sądy zagraniczne, co wiąże się przede wszystkim z regułą pozostawiania obojgu rozwodzącym się rodzicom pełnej władzy rodzicielskiej (s. 240). Jako że chodzi o fakt powszechnie znany, a także niemający waloru zasadniczego z punktu widzenia mojego wyvodu, nie uważałem, by konieczne było jego dowodzenie. Polemista, odwołując się do innego fragmentu monografii N. Schulze, wskazuje natomiast, że autorka ta, omawiając kwestię częstotliwości i czasu trwania kontaktów (s. 222), wyraziła pogląd, iż sposób ich ukształtowania nie powinien prowadzić do „stworzenia dziecka drugiego domu”. Na tej podstawie dochodzi do wniosku, że N. Schulze jest przeciwniczką orzekania opieki naprzemiennej, ja zaś przypisałem jej swój własny pogląd. Nie jest to prawda. Otóż wypowiedź N. Schulze, ulokowana we fragmencie poświęconym regulowaniu przez sąd „czasu” spotkań, dotyczyła wyłącznie tzw. zwykłych przypadków, w których sądy nie orzekły opieki naprzemiennej i dziecko ma miejsce zamieszkania u jednego z rodziców (a przecież przy opiece naprzemiennej dziecko mieszka u obojga). Również w Niemczech opieka naprzemienna stanowi jednak wyjątek (wymagający zaistnienia specjalnych warunków). Regułą natomiast jest orzekanie zamieszkania dziecka z jednym z rodziców. Jeśli zatem opieka naprzemienna nie została wyraźnie ukształtowana, sądy nie powinny tak regulować czasu i miejsca spotkań, aby powstała sytuacja „dwóch domów”. Trudno wyciągnąć z tego wniosek, jak to czyni M. Kosek, że autorka jest przeciwna opiece naprzemiennej.

Innych przypadków rzekomej nierzetelności w przywoływaniu poglądów N. Schulze Polemista nie przytacza, nie sposób zatem do nich się odnieść. Stwarza jednak wrażenie, posługując się liczbą mnogą („nie zawsze są rzetelne”), jakoby one istniały.

Podsumowując zawartość rozdziału pierwszego, krytyk świadomie wprowadza czytelnika w błąd, wywiera bowiem na nim wrażenie, że ta część pracy została opracowana wyłącznie na podstawie monografii N. Schulze. Czytamy tu mianowicie, że „wszystkie jedenaście akapitów, w których Autor omawia wspomniane zagadnienie, ma swe odpowiedniki w monografii N. Schulze. W żadnym z nich T. Justyński nie wykracza w sensie merytorycznym poza zakres, w jakim problematyka ta została przedstawiona w monografii N. Schulze, poza je-

⁸ T. Justyński: *W sprawie opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo” nr 19/2011, s. 5 i n.

⁹ Zdecydowanym przeciwnikiem tej instytucji jest w Polsce W. Stojanowska (jw., s. 46).

¹⁰ Zob. pkt 7 w rozdziale IX („Opieka naprzemienna jako sposób na uniknięcie sporów o kontakty”), s. 240–242.

dynie wzmianką o »Konwencji Wileńskiej« z 2002 r.» (s. 96). Czytelnik musi odnieść wrażenie, że cały mój rozdział I jest „odpowiednikiem” rozdziału z pracy N. Schulze¹¹. Tymczasem rozdział pierwszy mojej monografii liczy 51 akapitów, z czego Polemista wskazuje 11.

Podobnie M. Kosek ocenia zawartość rozdziału II, jednak już bez wiązania się konkretną liczbą akapitów. Niekorzystne wrażenie pogłębia umieszczenie w przypisie 11 (tym razem bez szczegółowej analizy) obszernego wyliczenia zagadnień, przy ocenianiu których „rzecz przedstawia się podobnie”. Krytyk podaje tu jedynie strony, o które chodzi. Dopiero po uważnym podsumowaniu tego zestawienia można zaobserwować, że łącznie obejmuje ono 11 stron (!). Polemista zakłada chyba – być może słusznie – że nikt liczyć nie będzie, a wrażenie, wywołane długim wyliczeniem, pozostanie.

W tym miejscu czas na dwie refleksje. Otóż, po pierwsze, M. Kosek celowo formułuje wnioski w taki sposób, aby czytelnik odniósł wrażenie, że chodzi o całą część komparatystyczną mojej monografii. Tymczasem w rzeczywistości chodzi o niewielkie fragmenty obejmujące ok. 20% pracy, którym można przypisać jakikolwiek związek z monografią N. Schulze. Czyżby krytyk nie dostrzegł pozostałych 80%?

Po drugie, M. Kosek zdaje się prezentować kuriozalne wprost stanowisko, że korzystanie z cudzych prac (już opublikowanych) jest w ogóle niedozwolone; jak się wydaje, chciałby, aby każdy autor zaczynał od początku. Skoro zatem N. Schulze pisała o „celach prawa do kontaktów”, to ja już nie mogę. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że N. Schulze nie była ani jedyną, ani tym bardziej pierwszą autorką, która napisała o tej kwestii. W Niemczech opublikowano bardzo wiele opracowań, zarówno monograficznych, jak i przyczynkarskich, poświęconych temu zagadnieniu. Jedynie tytułem przykładu warto odesłać czytelnika do monografii, która ukazała się na 23 lata przed opracowaniem N. Schulze i w całości została poświęcona właśnie celom prawa do kontaktów. Chodzi o pracę H.-P. Simon¹², której całe partie wypełniły m.in. rozdział IV pracy N. Schulze, zatytułowany analogicznie: „*Wesen des Umgangsrecht*”.

Następnie Polemista formułuje zarzut: „Autor posługuje się metodą polegającą na tłumaczeniu (mniej lub bardziej wiernym) wybranych fragmentów (akapitów) monografii N. Schulze, przy czym jako źródło przywoływani są w przypisach autorzy, na których powołuje się autorka monografii, z zachowaniem pełnej zgodności co do tytułów dzieł, roku wydania, numerów stron, a nawet – w wielu przypadkach – umiejscowienia w treści poszczególnego przypisu” (s. 96).

Otóż, po pierwsze, żaden fragment mojej monografii nie jest tłumaczeniem. Zdaje sobie z tego sprawę także Polemista, dodaje bowiem, że chodzi

¹¹ *Nota bene*, Polemista, zarówno w tym miejscu, jak i w dalszych uwagach, pomija zupełnie fakt odmiennego układu obu prac. Nie ma dla niego znaczenia, czy informacje zawarte w kwestionowanych akapitach zostały zebrane z jednego czy dziesięciu rozdziałów, tworząc nową całość.

¹² H.-P. Simon: *Das Wesen des Umgangsrecht*, Stuttgart 1978. Przyjrzenie się tej właśnie pracy umożliwiłoby odmienną ocenę tego, co w książce N. Schulze stanowi jej własny wkład, a co jest dorobkiem pokoleń; pozwoliłoby też na refleksję, że postęp w nauce buduje się w ten sposób, iż każdy badacz dodaje własną cegiełkę do tego, co już wcześniej wypracowano.

o „mniej lub bardziej wierne” tłumaczenie. U czytelnika zakodowuje się jednak termin bez dookreślenia, czyli „tłumaczenie”. Zapewne z intencją pogłębienia tej asocjacji Polemista używa również określenia „odpowiedniki akapitów”. Tymczasem można tam mówić co najwyżej o pewnej zbieżności treściowej.

Na marginesie, posługując się tym zarzutem, można zdyskredytować do wolną pracę o charakterze prawnoporównawczym. Materiały, na których są one oparte, funkcjonują przecież w językach obcych¹³. Natomiast pisząc o wypowiedziach poszczególnych autorów oraz przytaczając wyroki i akty prawne, nie robi się tego w języku obcym. Łatwo zatem o skojarzenie z „tłumaczeniem” (tym bardziej opatrzonym dodatkiem: „mniej lub bardziej wiernym”).

Po drugie, M. Kosek ubolewa i piętnuje, że powołuję tych samych autorów, do których dzieł sięga N. Schulze. Nie zauważa tego, że niezwykle analityczna i bardzo obszerna praca N. Schulze zawiera w zestawieniu literatury olbrzymią liczbę publikacji – 542. W zakresie prawa niemieckiego jest to zestawienie kompletne (304 pozycje). Nie ma tu zatem praktycznej możliwości korzystania z innych opracowań niż te, które przywołała N. Schulze (jeśli chodzi o publikacje sprzed 2000 r.). Bardzo obszerny jest wykaz literatury szwajcarskiej (67 pozycji), francuskiej (75) oraz belgijskiej (56). Tak bogata literatura nie była konieczna do przygotowania opracowania syntetycznego w zakresie prawa obcego, toteż zgromadziłem i wykorzystałem ok. 150 pozycji zagranicznych. Części z nich nie przywołałem, gdyż powtarzały te same treści; nie dążyłem do maksymalizacji ilości cytowanej literatury, tak zagranicznej, jak i polskiej. Siłą rzeczy, były to te same prace (gdy chodzi o wydane przed 2000 r.), do których dotarła N. Schulze. Niezwykle łatwo zatem powiedzieć, jak to czyni M. Kosek, że zachodzi pełna zgodność przywoływanej literatury co do tytułów, dat i miejsc publikacji. Otóż zdecydowana większość przywołanej literatury to opracowania opublikowane jeden raz (artykuły, glosy, recenzje). Zatem zgodność co do tytułu dzieł, roku wydania jest oczywistością. Również występująca czasem zbieżność numerów stron nie może dziwić, gdyż autorzy poszczególnie swoje ważne stwierdzenia lokują właśnie na jednej konkretnej stronie, nie zaś na wielu.

Po trzecie, M. Kosek dostrzega istniejącą „w wielu miejscach w obu monografiach zgodność w zakresie treści poszczególnych przypisów”. Podaje sześć przykładów „odpowiedników przypisów” (zob. przyp. 12). Rzecz jest kuriozalna dla kogoś, kto widzi obie monografie i może je porównać. W pracy N. Schulze przypisy obejmują regularnie pół, a nierzadko 3/4 strony, natomiast w mojej zwykle są bardzo oszczędne¹⁴.

¹³ Dla przykładu, posługując się terminologią Polemisty, można powiedzieć, że „metoda tłumaczenia” napisany został prawnoporównawczy fragment pracy W. Stojanowskiej i M. Koska (jw., s. 78 i n.). Co więcej, nawet obszerne wywody T. Sokołowskiego przytaczane są tu *in extenso* bez cudzysłowów i bez zmian sformułowań.

¹⁴ Przykładowo, odpowiednikiem ma być przypis 23 na s. 65 pracy N. Schulze oraz przypis 14 na s. 25 mojej monografii. Przypis N. Schulze przedstawia się następująco: „*Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, § 53 III 1, S. 828 (anders 4. Auflage); *Horstmann*, Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen (1967), S. 124; *Becker*, Anmerkung zu LG Hamburg, FamRZ 1971, 587 ff., FamRZ 1971, 589 (589); *Darkow*, Haben Großeltern ein Recht auf Umgang mit ihren Enkelkindern? JR 1953, 333 (333); *Giesen*, Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Personen- und Sorgeberechtigtem, NJW 1972, 225 (227); *Holzhauser*, Verwandtschaftliche Elternstellung, ver-

Po czwarte, M. Kosek zastanawia się, czy możliwe jest, aby dwóch autorów „niezależnie od siebie, korzystając z tych samych opracowań (...) odwoływało się do tych samych poglądów oraz aby rozwój głównego wątku treściowego (kolejność omawianych zagadnień) w wielu miejscach publikacji był aż tak podobny” (s. 97). Dochodzi do wniosku, że nie jest to możliwe. Wniosek to przewrotny, gdyż – jak zauważa sam Polemista – wielokrotnie odwołuję się do pracy N. Schulze i korzystam z niej, dokumentując to.

Praca N. Schulze miała dla mnie dość szczególne znaczenie. Uzasadnienie jest prozaiczne. Otóż najpierw dotarłem do niej, na jej podstawie zgromadziłem literaturę zagraniczną i w efekcie często wykorzystywałem w konstruowaniu prawnoporównawczej części mojej monografii (stąd więcej przywołań tej właśnie książki). Również ta autorka przywoływała w swej pracy wiele poglądów doktryny niemieckiej i zagranicznej, które już od lat są ustalone i nie budzą wątpliwości. Co więcej, u wielu autorów powtarzają się dokładnie te same sformułowania (słowo w słowo). N. Schulze, wykorzystując je, przytaczała nierazdo absolutnie dosłownie te właśnie treści¹⁵. W takich przypadkach należało, zgodnie z prawdą, przywoływać rzeczywistego, wcześniejszego autora wypowiedzi. Stąd właśnie występująca czasem zbieżność nazwisk przywołanych w przypisie. Jeśli mimo to autorce można było przypisać jakąś „nowość” jej poglądu, jej nazwisko było również dołączane do treści przypisu. Tam gdzie było inaczej, ostawiali się rzeczywisti twórcy poszczególnych pomysłów.

W dalszym ciągu M. Kosek uporczywie konstruuje i powtarza nieprawdziwą tezę, że część komparatystyczna monografii została opracowana, co do zasady, na podstawie jednej tylko pracy zagranicznej, a mianowicie monografii N. Schulze. Sam wprawdzie przywołuje również inne wykorzystane przeze mnie opracowania, nie dostrzega w tym jednak sprzeczności. Ja zaś w pracy wykorzystałem 26 opracowań zagranicznych opublikowanych po 2001 r.¹⁶ (a więc takich,

fassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, 109 (107 f.); *Lohmann*, Das Recht des geschiedenen nicht sorgeberechtigten Ehegatten, GruchB 61 (1917) 22 (26 ff.); *Nowka*, Kindesgefährdung durch das „Verkehrsrecht“ gemäß § 1634 BGB n.F., FamRZ 1960, 218 (219); *Roth-Stielow*, Die Regelung des Verkehrs mit Kindern im Scheidungsprozess, NJW 1956, 289 (289), der jedoch auch von dem Besuchsrecht al seiner Ausübung eines Grundrechts spricht; in diesem Sinne wohl auch *Strätz*, Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie, FamRZ 1975, 541 (545). Nach *Staudinger/Göppinger* 10./11., Vorbem § 1666 Rn. 37, ist die Umgangsbefugnis eine »aus dem Eltern-Kind-Verhältnis hervorgehende Befugnis, aber auch und vor allem Restbestandteil der elterlichen Gewalt (dh des Personensorgerechts)«. Tymczasem treść mojego przypisu to: „Zamiast wielu por. J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, wyd. 3, München 1980, s. 828. W czwartym wydaniu autor zrezygnował już z tego uzasadnienia”. Na marginesie, informacja o zmianie poglądów J. Gernhubera podawana jest w wielu opracowaniach niemieckich. Chodzi bowiem o autora bardzo znaczącego.

¹⁵ Jedyne tytułem przykładu zob. przywołany przeze mnie W. Fthenakis (*Elternverantwortung und Kindeswohl*, Bad Boll 1984, s. 27): „Als Charakterisierung einer Situation, die aus dem normalen Tagesablauf herausfällt und unter besonderen Bedingungen abläuft” i powtarzająca jego słowa N. Schulze: „Die aus dem normalen Tagesablauf herausfallende und unter besonderen Bedingungen ablaufende Situation des Kontakts zwischen Nichtsorgeberechtigten und Kind” (s. 26).

¹⁶ Stanowi to ponad 1/5 wszystkich opracowań zagranicznych wykorzystanych w mojej pracy.

które nie mogły znaleźć się w opracowaniu N. Schulze), przywołując je 83 razy¹⁷, zatem dokładnie tyle, ile pracę N. Schulze – co Polemista uważa za liczbę niezwykle dużą.

Również wszystkie wskazane przeze mnie materiały „starsze” (a więc opublikowane przed 2001 r.) miałem w ręku i analizowałem je bezpośrednio¹⁸. M. Kosek mógł się co do tego zorientować, gdyż w przypadku rzeczy publikowanych kilkakrotnie (często orzecznictwo) nierazdo przywoływałem inne miejsce ich publikacji lub też zapis wykazywał inne różnice¹⁹.

Nasuwa się tu pewna refleksja. Otóż M. Kosek zdaje się wyznawać pogląd, że skoro jakieś opracowanie zostało przywołane przez N. Schulze, to nie można do niego sięgnąć bezpośrednio. Tak jednak nie jest.

Polemista dostrzega wprawdzie, że w mojej monografii omawiam zagadnienia, które w pracy N. Schulze nie są analizowane. Jednak, jak twierdzi, są to tylko dwie kwestie (s. 99, przyp. 34), dlatego zdania nie zmienia. Tymczasem, mimo że N. Schulze miała również ambicje całościowego przedstawienia prawa do kontaktów, w mojej monografii znalazły się liczne kwestie, którym nie poświęciła ona uwagi²⁰.

Oczywiście, istnieją pewne podobieństwa między moją monografią a pracą N. Schulze. Skoro przecież przywołuję ją ponad 80 razy, przytaczam w wielu miejscach stan faktyczny licznych orzeczeń, skoro wreszcie w obu monografiach zastosowany został klasyczny układ badania instytucji cywilnoprawnej: pojęcie, podmioty, treść i charakter prawny oraz „osobliwości” – pewne fragmenty muszą budzić asocjacje. Wystarczy jednak otworzyć dowolny komentarz do § 1684 niemieckiego k.c., aby odnieść podobne wrażenie²¹.

¹⁷ Zob. cytowania na stronach: 31, 32, 45, 81, 81, 93, 118, 119, 125, 139, 139, 140, 140, 140, 140, 141, 141, 143, 151, 157, 157, 159, 162, 163, 163, 164, 164, 165, 166, 167, 167, 168, 168, 168, 169, 169, 170, 170, 171, 171, 177, 189, 190, 195, 197, 198, 206, 206, 207, 207, 208, 208, 209, 209, 210, 211, 213, 213, 213, 214, 214, 215, 216, 216, 217, 218, 218, 218, 218, 219, 229, 231, 231, 231, 232, 232, 232, 232, 233, 233, 235, 236, 240.

¹⁸ M. Kosek wskazuje trzy pozycje przywołane w zestawieniu literatury i niezacytowane w pracy. Rzeczywiście, mogło się tak stać ze względu na usunięcie pewnych fragmentów opracowania już po sporządzeniu zestawienia literatury. Trzeba jednak dodać, że w monografii znajdują się również „dodatkowe” prace nieujęte w wykazie literatury przez przeoczenie (zob. np. glosę C. Doeer, NJW 1989, s. 692 – przywołaną w przyp. 103 na s. 142; glosę A. Lebrun do orzeczenia *Cour de cassation*, DP: 1939 I, 73).

¹⁹ Por. np.: 1) mój zapis, s. 105, przyp. 59: „Postanowienie AG Mergentheim z 19.12.1996 r. (1F 143/95), NJW 1997, s. 3033 i n.”; zapis N.S.: „AG Bad Mergentheim, NJW 1997, 3033 f.”; 2) mój zapis, s. 107, przyp. 63: „postanowienie OLG Schleswig z dnia 21 kwietnia 1998 r. (12 WF 46/98), NJW 1998, s. 3127”; zapis N.S.: „OLG Schleswig NJW 1998, 3127 (3127)”; 3) mój zapis, s. 107, przyp. 64: „OLG Zweibruecken, postanowienie z dnia 5 lutego 1998 r. (ZUF 230/97), FamRZ 1998, s. 1432”; zapis N.S.: „OLG Zweibruecken NJW-FER 1998, 145 (145)”.

²⁰ Oprócz syndromu PAS oraz reformy prawa francuskiego z 2007 r. chodzi w szczególności o: znaczenie woli dziecka, obowiązek lojalności rodziców, *Ordnungsgeld* i *Ordnungshaft* w prawie niemieckim, konwencje wileńska i wiele innych bardziej szczegółowych kwestii (np. zagadnienia związane z kształtowaniem prawa do kontaktów przez sąd lub jego ograniczaniem).

²¹ Zob. też układ pracy L.-M. Peschel-Gutzeit: *Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kinde*, Berlin 1989.

Nieprawdziwy jest zarzut, jakobym oprócz warstwy informacyjnej pracy N. Schulze w dwóch przypadkach wykorzystał autorską argumentację zawartą w jej monografii i przypisał ją sobie.

W pierwszym z tych przypadków, argumentowania przeciwko stanowisku łączącemu *ratio legis* kontaktów z przeciwdziałaniem redukowaniu rodzica do roli „płatnika alimentów” (zob. s. 46), argumentacja N. Schulze jest śladowa. Obejmuje jeden akapit (8 wersów) i już samo jej porównanie z wywodem zawartym w mojej monografii (33 wersy) musi nasuwać poważne wątpliwości co do ich „identyczności”. Krytyk zauważa wprawdzie, że można tu mówić o „pewnym rozwinięciu” (co jest nieprawdą; chodzi o argumentację znacznie poszerzoną merytorycznie). Jednak, mimo rzeczywistego mojego własnego wkładu, jako pierwotną autorkę stanowiska wyraźnie przywołałam L.-M. Peschel-Gutzeit, która pogląd ten przedstawiła 12 lat wcześniej, w 1989 r. (zob. przyp. 36 i 37). Dodatkowo, aby nie było żadnych wątpliwości, że argumentacji tej nie przypisuję sobie, w tekście wyraźnie zazaczyłem, iż chodzi o pogląd przyjęty w doktrynie niemieckiej²². Skrajny brak obiektywizmu w ocenie nie wymaga tu komentarza. Podobnie rzecz się ma z drugą sytuacją.

Dla wzmocnienia efektu wprowadzony został wątek niewłaściwego wykorzystania również innej monografii niemieckiej. Chodzi mianowicie o pracę K. Prüm²³, przywołaną przeze mnie czterokrotnie na s. 138–144, w ramach punktu „Obowiązek rodzica sprawującego pieczę na co dzień umożliwienia kontaktu drugiemu rodzicowi”. Także tu Polemista przekonuje, że w rzeczywistości korzystałem z niej znacznie częściej „w postaci wolnych tłumaczeń” oraz przywoływałem „w przypisach literaturę i orzecznictwo, na które powołała się K. Prüm” (s. 97). Nie dodając już wprawdzie, że chodzi o zachowanie „pełnej zgodności tytułów, dat i miejsc wydania”, ale zapewne to ma na myśli. Nie wiadomo także, co miałyby oznaczać „wolne tłumaczenie”. Może jakiś niższy stopień „tłumaczenia mniej lub bardziej wiernego”? Dość powiedzieć, że oba wywody różnią się zasadniczo nie tylko co do formy i treści, ale też co do struktury. Warto natomiast zwrócić uwagę, że na tych 5 stronach przywołałem łącznie 12 orzeczeń sądów niemieckich (z czego 9 niewystępujących u K. Prüm²⁴) oraz głosę przez nią nieprzywołaną²⁵. Krytyk traci tu wszelkie proporcje, dążąc do przypisania mi szczególnej „metody warsztatowej”.

²² Zob. fragment akapitu: „Stanowisko takie, jakkolwiek niepozbawione *prima facie* pewnej atrakcyjności, jest na ogół, w moim przekonaniu słusznie, odrzucane (szereżaj na ten temat L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, s. 301). Z całą pewnością celem prawa do kontaktów nie jest uniknięcie wspomnianej redukcji. Przeciwno kompensacji w tym ujęciu przemawia dostatecznie wiele argumentów w pełni aktualnych również w świetle prawa polskiego”. Jak widać, „jest odrzucane” (a więc przez innych – przeze mnie tylko dodatkowo, bez przypisywania sobie autorstwa). Ponadto chodzi o argumenty aktualne również z perspektywy „prawa polskiego”, a więc skonstruowane pierwotnie (przez autorów niemieckich) dla potrzeb prawa niemieckiego.

²³ K. Prüm: *Die Folgen der Verletzung des Umgangsrechts*, Hamburg 2006.

²⁴ Zob. BGH, FamRZ 1990, s. 392; OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, s. 201; OLG Köln, FamRZ 1972, s. 572; OLG München, DA Vorm 2000, s. 337; Oldenburg, FamRZ 1980, s. 78; Düsseldorf, FamRZ 1979, s. 765; BGH NJW 1987, s. 893; BGH, FamRZ 1990, s. 392; Koeln, FamRZ 1972, s. 572.

²⁵ Zob. przyp. 103 – C. Doerr, NJW 1989, s. 692.

Zupełnie nieporozumieniem jest zarzut, że przedstawienie zagadnienia prawa do kontaktów w prawie obcym nie jest wyczerpujące. Celem moich wyśiłeków badawczych (deklarowanym wprost we wprowadzeniu) nie było przecież wyczerpujące przedstawienie stanu prawnego obowiązującego w poszczególnych krajach. Dlatego też m.in. zrezygnowałem z odrębnej części prawnoporównawczej i systematycznego omawiania prawa różnych krajów. Zagadnienia zagranicznego stanu prawnego były przedmiotem zainteresowania jedynie przy rozpatrywaniu poszczególnych kwestii merytorycznych. Nie towarzyszył temu zamiar przedstawienia kompletnego stanu prawnego obowiązującego w którymkolwiek z krajów – poza Polską. Wyśiłek był podporządkowany naświetleniu konkretnych problemów, i to tylko tych aktualnych z perspektywy prawa polskiego.

Narzekając na niewyczerpujący charakter wywodów w zakresie prawa obcego, M. Kosek nawiązuje również do nowelizacji prawa niemieckiego z 17 XII 2008 regulującej postępowanie w sprawach rodzinnych. Ustawie tej poświęciłem w mojej monografii oddzielny pkt 5 w rozdziale dotyczącym możliwości przymuszenia do realizacji prawa do kontaktów (s. 237–238 – dwie pełne strony). W oczach Polemisty fragment ten zasłużył jedynie na określenie „T. Justyński wspomina o nowelizacji” (s. 99), ze stosownym wskazaniem w przypisie jednej jedynie strony (jak można się domyślać, dla pogłębienia wrażenia, że chodzi o niewiele znaczącą wzmiankę). Ten – wydawałoby się, nieistotny – fakt warto zasygnalizować, gdyż dobrze charakteryzuje on podejście Polemisty do zadania oceny albo raczej krytyki (części komparatystycznej) mojej monografii. Znamienne jest, że podobnie postępuje w wielu innych przypadkach, co w efekcie wywiera na czytelniku określone wrażenie. Przykładowo, używa sformułowań: „wzmianka o nowelizacji francuskiego prawa rodzinnego z 2007 r.” (s. 99, przyp. 34), „poza wzmianką o Konwencji Wileńskiej z 2002 r.” (s. 96).

Absolutnie nieuprawniony jest również zarzut, jakoby opracowanie w zakresie prawa obcego nie mogło być uznane za aktualne. Polemista buduje ów zarzut w szczególności na nieuwzględnieniu dwóch orzeczeń niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego oraz zbyt słabym – jego zdaniem – uwzględnieniu orzecznictwa niemieckich sądów krajowych z okresu po 2001 r. Otóż znowu przypomnieć należy, że celem pracy nie było szczegółowe analizowanie poszczególnych systemów prawnych (z uwzględnieniem wszystkich najdrobniejszych ich elementów, tak jak się to robi wówczas, gdy badany jest pojedynczy system prawny), lecz znalezienie wspólnych głównych linii, pomocnych do analizy problemów powstających na tle prawa polskiego. Chodziło o opracowanie w miarę możliwości syntetyczne. Linie te zostały znalezione, a wskazany stan prawny jest w każdym przypadku aktualny (!). Uwzględniono zarówno najnowsze reformy prawa francuskiego z 2007 r., jak i niemieckiego z 2009 r., a także konwencję wileńską z 2002 r. Jeśli nastąpiła istotna zmiana kierunku orzecznictwa wpływająca na analizowane problemy merytoryczne, również ona znalazła odbicie w pracy. Nie wszystkie natomiast judykaty (niewpływające na istotę rzeczy) mogły znaleźć się w opracowaniu syntetycznym. Takie są przecież prawa syntezy, odróżniające ją od obszernych opracowań analitycznych.

Pisanie zatem o „dziesięcioletniej luce domagającej się wypełnienia” musi być uznane za niedorzeczne. *Nota bene*, M. Kosek nie wskazuje żadnego przykładu poglądu lub faktu, który miałyby utracić aktualność.

Kończąc wywód, Polemista formułuje ogólny wniosek – powtarzając za M. Goettelem – że praca może być uznana za szczególnie cenną dla nauki oraz praktyki. Od siebie dodaje jednak, że nie jest to zasługą moją, ale N. Schulze. Jest to wniosek ogólny, obejmujący – w odbiorze czytelnika – zarówno warstwę dotyczącą prawa polskiego (na którego temat w swej polemice M. Kosek nie porzucił nawet jednej uwagi), jak i obcego. Co ciekawe, w jego postawieniu nie przeszkodził ani rzekomy brak aktualności wywodów dotyczących prawa obcego (który to zarzut podniesiony został kilka wersów powyżej), ani też niewyczerpujący ich charakter, ani także to, że N. Schulze żadnych kwestii dotyczących prawa polskiego w swej pracy nie poruszała (tymczasem są one podstawowym celem i obejmują blisko 60% mojej pracy), podobnie jak wielu zagadnień dotyczących prawa obcego.

Po osobie duchownej, a w szczególności pracowniku uniwersytetu noszącego imię kard. S. Wyszyńskiego, można byłoby spodziewać się zdecydowanie więcej uczciwości, także w wymiarze naukowym.

Na zakończenie nasuwa się refleksja. Otóż zastanawiające jest, skąd ta niezwykle ostra krytyka ze strony młodego badacza, niemającego w swym dorobku zbyt wielu publikacji, w szczególności z zakresu prawa rodzinnego. Trudno oprzeć się wrażeniu, że chodzi o względy pozamerytoryczne. W ostatnim czasie publikowałem polemiczne artykuły dotyczące przekonań naukowych W. Stojanowskiej (przełożonej M. Koska); krytyczne spostrzeżenia umieściłem również w recenzowanej przez M. Goettela monografii. Dodam, że moje poglądy w kwestii prawa do kontaktów z dzieckiem różnią się krańcowo od przekonań W. Stojanowskiej, znanej ze skrajnie restryktywnego podejścia do praw ojców (a przecież w praktyce głównie o ich prawa tu chodzi). Być może formalna jedynie polemika M. Koska jest swoistą odpowiedzią, zastępującą merytoryczną dyskusję, która do dziś nie nastąpiła. Może też mieć na celu zdyskredytowanie mojej monografii, już bardzo dobrze przyjętej w doktrynie²⁶ i w praktyce sądów rodzinnych.

Tomasz Justyński

On the right to contacts with child. Response to the polemic

In the article, the arguments used by M. Kosek in his polemic are dismissed as untrue. It is a fallacious objection that the monograph lacks comprehensive presentation of the foreign law on the right of a parent to contact the child. The monograph was not intended to do so. Instead of devoting a separate part of the work to comparative law and a systematic presentation of the foreign law, the author made efforts to highlight the most recent problems arising from the perspective of Polish law.

²⁶ Zob. recenzje: G. Nauki, „Rodzina i Prawo” nr 19/2011; M. Goettela, PiP nr 12/2011; R. Reiwera, „Na Wokandzie” nr 4/2011.

Similarly, it is improper to say that the monograph lacks actuality in the presentation of the foreign law as all the reforms and amendments have been presented (the French law of 2007, the German law of 2009 and the Vilnius Convention of 2002), as well as the judgments that contribute to finding common links and help analyse problems arising against the background of Polish law.

The aim of the monograph was a synthesis rather than a detailed analysis of the foreign law. The argument that T. Justyński's monograph is based only on one German book by N. Schulze is completely unfounded. The monograph contains ample references to foreign subject literature: 26 works published after 2001 were cited 83 times.