

II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

ZBIGNIEW RADWAŃSKI, ROBERT ZEGADŁO

REFLEKSJE NAD PRACĄ TOMASZA JUSTYŃSKIEGO *PRAWO DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM W PRAWIE POLSKIM I OBCYM**

Jest to pierwsza w polskim piśmiennictwie prawniczym monografia poświęcona wyłącznie kontaktom z dziećmi. Inny – mniej analityczny, a bardziej praktyczny charakter miały wydane w latach 2010-2011 opracowania Roberta Zegadło¹ oraz Jacka Ignaczewskiego².

Monografia została wydana po wprowadzeniu materialnoprawnej regulacji kontaktów do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (co dokonało się ustawą z 6 listopada 2008 r., która weszła w życie 13 czerwca 2009 r.), ale przed wprowadzeniem do Kodeksu postępowania cywilnego regulacji dotyczącej wykonywania orzeczeń w sprawach kontaktów z dziećmi – chodzi o nowelizację Kodeksu postępowania cywilnego z 26 maja 2011 r., która weszła w życie 13 sierpnia 2011 r.

Monografia Tomasza Justyńskiego w szerokiej mierze uwzględnia regulacje prawne kontaktów z dzieckiem przyjęte w obcych systemach prawnych – przede wszystkim w prawie niemieckim, a także francuskim, belgijskim, szwajcarskim i w skromniejszym zakresie w prawie anglosaskim oraz w prawie międzynarodowym. Fakt ten bezwzględnie zasługuje na aprobatę, podnosząc wartość recenzowanej pracy, co zresztą zostało już docenione w recenzji Mieczysława Goettla³. Autor monografii trafnie uzasadnia takie podejście do rozważanego tematu, wskazując, że „prawo do styczności z dzieckiem jest wartością chronioną przez akty prawa międzynarodowego [...] i 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”⁴.

Deklaracja ta wskazuje, że zamiarem Autora było napisanie monografii poświęconej polskiej instytucji kontaktów z dzieckiem i temu celowi miały służyć jego odniesienia do obcych systemów prawnych. Tak określony cel rozprawy leży w kompetencji Autora i jest uzasadniony, należy go uszanować

* T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.

¹ R. Zegadło, w: J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dziećmi. Komentarz*, Warszawa 2010.

² J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2011.

³ M. Goettel, „Państwo i Prawo” 2011, z. 12, s. 107: „warstwa komparatystyczna stanowi niezaprzeczalną zaletę opracowania”.

⁴ T. Justyński, op. cit., s. 16.

przy ocenie pracy. Wynika z niego, że Autor nie ma obowiązku prowadzenia twórczych badań nad treścią obcych systemów prawnych, wystarczy, iż powoła się na opracowania obce prezentujące ten stan prawny.

Otóż recenzowana monografia niewątpliwie tak właśnie formułuje odniesienia do obcych systemów prawnych. Na szczególne uznanie zasługuje zarazem, że Autor nie poszedł w tym względzie łatwiejszą drogą polegającą na referowaniu stanu prawnego obcych systemów prawnych w odrębnych rozdziałach poświęconych poszczególnym systemom prawnym, lecz lokuje je w obrębie rozdziałów wyróżnionych wedle podziału rzeczowego. Ta komparatystyczna warstwa monografii T. Justyńskiego została poddana krytyce w publikacji Mirosława Koska⁵, z którą z kolei polemizował Autor⁶.

Wstępnie należy zauważyć, że M. Kosek wyraźnie zastrzegł, że przedmiotem jego polemiki jest „tylko prawnoporównawcza warstwa monografii i zakres wykorzystania zagranicznych źródeł”⁷. Takie ograniczenie przedmiotu polemiki jest oczywiście zawsze dopuszczalne, ale nie może stanowić podstawy krytyki całego dzieła, ponieważ nie uwzględnia pozostałych jego części. Formalnie więc M. Kosek prawidłowo formułuje swą ogólną ocenę monografii T. Justyńskiego, iż „można by zgodzić się ze stwierdzeniem M. Goettla, że recenzowana publikacja jest cenna dla nauki i praktyki”, opatrzonym wszakże zastrzeżeniem: „jednakże pochwała ta – w zakresie prezentacji prawa do kontaktów z dzieckiem w prawie obcym – należy się M. Schulze, nie zaś T. Justyńskiemu”⁸. Ten ostatni fragment zawiera ukryty zarzut plagiatu i dlatego wymaga szczególnego rozważenia.

Znaczną w tym względzie pomocą może okazać się artykuł Joanny Sieńczyło-Chlabicz i Zofii Zawadzkiej poświęcony ogólnej refleksji nad twórczymi i nietwórczymi elementami dzieła naukowego⁹. Rozważania te opierają się na oczywistym założeniu, że w dziele naukowym pojawiają się nie tylko elementy twórcze, lecz także i nietwórcze, które nie są kreowane, a jedynie odkrywane czy ujawniane i dlatego nie podlegają ochronie autorskiej. Twórczy charakter takich wypowiedzi informacyjnych może przejawiać się jedynie w odniesieniu do oryginalnej formy tych wypowiedzi, a nie ich treści.

W recenzowanej tu monografii informacje o obcych systemach prawnych mają niewątpliwie charakter nietwórczy, nie są bowiem przez jej autora „stwarzane i kreowane”, a jedynie „odkrywane czy ujawniane”. Dlatego nie można uznać za uzasadniony zarzut M. Koska, że Autor monografii w głównej mierze korzystał z jednego opracowania prawnoporównawczego, nieobejmującego zresztą prawa polskiego. Tym bardziej nieuzasadniona byłaby sugestia, że z tego względu popełnił plagiat lub że sam powinien dokonywać ustaleń treści powoływanego prawa obcego.

Natomiast powinien rzetelnie je prezentować, wskazywać autorów, na których poglądy się powołuje, a jeżeli cytuje ich dosłownie, opatrywać cytaty

⁵ M. Kosek, *O prawie do kontaktów z dzieckiem raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 5, s. 94-100.

⁶ T. Justyński, *O prawie do kontaktów z dzieckiem – w odpowiedzi na polemikę*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 7, s. 89-99.

⁷ M. Kosek, op. cit., s. 94.

⁸ Ibidem, s. 100.

⁹ Ogłoszony w „Przeglądzie Ustawodawstwa Gospodarczego” 2012, nr 5, s. 25-32.

cudysłowami. Mirosław Kosek wskazuje przypadki niedochowania przez Tomasza Justyńskiego tych reguł. Jednakże z zarzutami tymi rzeczowo polemizuje Autor we wskazanej wyżej polemice – niepotrzebnie tylko zakończoną uwagami natury osobistej, co częściowo tłumaczyć należy tym, że uraził go zarzut plagiatu.

Twórczy charakter monografii T. Justyńskiego wyraża się w jego rozważaniach poświęconych prawu polskiemu, o czym poniżej.

Wprowadzając kompleksową regulację kontaktów z dzieckiem, ustawodawca polski musiał odpowiedzieć na szereg zasadniczych pytań, poczynając od kwestii pojęcia i zakresu jego desygnatów. Musiał też rozstrzygnąć podstawowy spór o to, czy prawo do kontaktów ma być związane z władzą rodzicielską, czy też ma być odrębnie uregulowane – czyli niezależnie od władzy rodzicielskiej.

Tym kwestiom poświęcone są dwa pierwsze rozdziały monografii, to jest pojęciu (rozdz. I) oraz celom prawa do kontaktów z dzieckiem (rozdz. II). Rozważania zawarte w tych rozdziałach zdają się potwierdzać słuszność przyjętych w prawie polskim rozwiązań. W szczególności dotyczy to szerokiego rozumienia pojęcia kontaktów. Przed nowelizacją z 6 listopada 2008 r. zarówno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie dominowało określenie „kontakty” jako bardziej pojemne i adekwatne semantycznie, podczas gdy art. 113 k.r.o. w ówczesnym brzmieniu posługiwał się pojęciem „osobista styczność”. Wprawdzie przyjmowano, że oba pojęcia miały jednakowy zakres znaczeniowy i obejmowały nie tylko widywanie się (przebywanie ze sobą), lecz także różnorodne formy pośredniego kontaktowania się w formie korespondencji, w tym elektronicznej, a także rozmów telefonicznych, niemniej jednak tak szerokie rozumienie pojęcia „osobista styczność” nie całkiem odpowiadało znaczeniu semantycznemu tego określenia.

O ile szerokie rozumienie prawa do kontaktów jest powszechne w przywoływanych przez Autora obcych systemach, o tyle bardziej złożony jest problem relacji prawa do kontaktów do władzy rodzicielskiej. Jednakże i tu zagraniczne rozwiązania nie odbiegają zasadniczo od polskich. Autor zwraca jednak uwagę, że na przykład w Niemczech orzecznictwo wyraźnie zaznacza, iż prawo do kontaktów nie może służyć ingerowaniu rodzica, który ma prawo do kontaktów, ale nie wykonuje władzy rodzicielskiej, w wychowanie dziecka przez rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem.

Rozdziały III i IV dotyczą kręgu podmiotów, którym może przysługiwać prawo do kontaktów z dzieckiem, rozdział V zaś poświęcony jest rozważaniom nad zróżnicowaniem źródeł uprawnienia poszczególnych podmiotów. Z nawiązania do obcych systemów prawnych wynika, że z reguły inne podstawy i charakter mają w tym zakresie prawa rodziców (te wszędzie istnieją co do zasady *ex lege*), a inne podstawy mają prawa innych osób. Co do tych innych osób wchodzi w grę przyznanie własnego uprawnienia (prawa podmiotowego), wtedy prawo do kontaktu z dzieckiem jest regułą, tak jak w wypadku rodziców, a wykluczenie kontaktów wyjątkiem, wymagającym wykazania ich szkodliwości dla dziecka. Słabsze jest uprawnienie uwarunkowane zgodnością z dobrem dziecka – to uprawnienie nie jest automatyczne, powstaje z mocy orzeczenia. Najslabsze uprawnienie wymaga stwierdzenia niedostatku wykonywania władzy rodzicielskiej.

Krąg osób uprawnionych innych niż rodzice może być otwarty lub zamknięty, jak w prawie polskim. Warto w tym zakresie odnotować ciekawy, aczkolwiek kontrowersyjny pogląd Autora, że wprowadzie katalog osób wymienionych art. 113⁶ k.r.o. jest zamknięty, niemniej jednak inne niewymienione tam osoby mogłyby uzyskać uprawnienie na tej ostatniej zasadzie na podstawie art. 109 k.r.o. w wyniku dezaprobaty dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej.

Tomasz Justyński rozważa sytuację prawną poszczególnych grup osób spokrewnionych, wyszczególniając dziadków, rodzeństwo, ciotki i wujów, kuzynostwo, a także rozpatruje pozycję powinowatych. Wspólną cechą wszystkich analizowanych obcych ustawodawstw jest szczególnie silna pozycja dziadków. Niefortunne jest umieszczenie w tym samym rozdziale zatytułowanym „Dalszy krąg osób uprawnionych” problemu porozwodowego prawa do kontaktów ze zwierzętami domowymi, które było przedmiotem poważnej dyskusji w Niemczech i Francji. Ostatecznie koncepcja przyznania takiego prawa spotkała się tam ze zdecydowaną krytyką. Być może inaczej jest w judykaturze anglosaskiej, ale brak jest informacji na ten temat. Problem ten był przedmiotem wcześniejszego artykułu T. Justyńskiego¹⁰.

Autor omawia też, jako odrębne zagadnienie, pozycję prawną rodziców, którzy oddali dziecko do adopcji, oraz żądanie biologicznego ojca, którego ojcostwa nie ustalono prawnie. Co się tyczy pierwszych, ukazanie się monografii T. Justyńskiego zbiegło się z dokonaną przez polskiego ustawodawcę korektą w regulacji dotyczącej skutków tak zwanej zgody blankietowej na przysposobienie. Artykuł 119¹ § 1 k.r.o. w brzmieniu nadanym ustawą z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. Nr 149, poz. 887) i obowiązującym od 1 stycznia 2012 r. przewiduje utratę prawa do kontaktów z mocy samego prawa przez rodziców, którzy wyrazili zgodę na przysposobienie swojego dziecka bez wskazania przysposabiającego.

Prawo polskie nadal nie mówi nic o prawie rodziców do kontaktów z ich dzieckiem po jego przysposobieniu pełnym lub niepełnym. Zdaniem Autora wątpliwości nie może budzić wykluczenie kontaktów w przypadku adopcji pełnej i nierozwiązywalnej oraz adopcji pełnej. Stanowisko to jest powszechne w piśmiennictwie. Inaczej, według Autora, należałoby odnieść się do tej kwestii na tle adopcji niepełnej.

Stanowisko T. Justyńskiego zasługuje na aprobatę. Utrzymanie lub wygaśnięcie prawa do kontaktów jest związane ze skutkami adopcji. Ponieważ zgodnie z art. 121 § 3 k.r.o. w wypadku adopcji pełnej ustają prawa i obowiązki dziecka wobec rodziców i rodziców wobec dziecka wynikające z pokrewieństwa, więc tym samym prawo do kontaktów nie może już znajdować oparcia w art. 113 k.r.o. Ustanowienie kontaktu między rodzicami i dzieckiem po adopcji pełnej mogłoby w wyjątkowych wypadkach być oparte na art. 113⁶ k.r.o. Natomiast po adopcji niepełnej skutki prawne pokrewieństwa nie ustają (art. 124 § 1 k.r.o.),

¹⁰ T. Justyński, *Znak czasu. Porozwodowe prawo do styczności z domowymi czworonogami*, „Rodzina i Prawo” 2010, nr 14-15, s. 96 i n.

a więc prawo rodziców do kontaktów pozostaje. Sąd może jedynie je ograniczyć lub ich zakazać, jeżeli zachodzą do tego podstawy.

Co się tyczy żądania biologicznego ojca, którego ojcostwa nie ustalono prawnie, analiza obcych systemów prawnych nie wskazuje, aby analizowane systemy przyznawały takie uprawnienie. Zdaniem T. Justyńskiego, niewykluczone byłoby natomiast skorzystanie przez sąd polski z konstrukcji nadużycia władzy rodzicielskiej (art. 109 k.r.o.) do ustanowienia kontaktów z ojcem biologicznym. Chodziłoby jednak o wyjątkowe przypadki, w których więź między biologicznym ojcem a dzieckiem już istnieje i jest na tyle silna, że warto ją dla dobra dziecka pielegnować, i dotyczyłoby to wyłącznie sytuacji, w których ustalenie ojcostwa nie jest prawnie możliwe (np. adopcja pełna), a dodatkowo dziecko ma świadomość swego pochodzenia, ewentualnie także przypadków, w których postępowanie zmierzające do ustalenia rzeczywistego pochodzenia dziecka jest w toku. Ten problem wymaga dalszej analizy, zwłaszcza że Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim najnowszym orzecznictwie nie wyklucza omawianego uprawnienia¹¹.

Rozważania o charakterze prawnym uprawnienia do kontaktu z dzieckiem koncentrują się najpierw wokół relacji między władzą rodzicielską a prawem do kontaktów. Dalsze rozważania prowadzą do zakwalifikowania tego prawa jako uprawnienia rodzinnoprawnego, a nie dobra osobistego (pojawiające się w polskiej doktrynie koncepcje nawiązujące do dobra osobistego Autor zdecydowanie krytykuje). Następnie Autor stwierdza na tle innych systemów prawnych oryginalność polskiego ustawodawcy, który potraktował kontakty z rodzicami jako obowiązek dziecka. Niemniej jednak dostrzega walory tego rozwiązania.

Kolejne dwa rozdziały poświęcone zostały kształtowaniu treści prawa do kontaktów i ingerencji sądu w to prawo. To pierwsze polega na pozytywnym ustaleniu sposobu kontaktowania (form i terminów), co może dokonywać się przed, jak i poza sądem. To drugie to w istocie ograniczenie lub zakaz kontaktów. Zdaniem Autora, rozróżnienie pomiędzy sądowym uregulowaniem a sądową ingerencją w prawo do kontaktów ma, również z perspektywy prawa polskiego, istotne znaczenie. Chodzi bowiem o to, że przy regulowaniu oraz ingerencji ograniczającej sąd zobowiązany jest kierować się różnymi kryteriami i uwzględniać różne uwarunkowania. O ile przy regulacji sąd powinien wziąć pod uwagę i właściwie wyważyć interesy wszystkich uczestniczących osób, a więc nie tylko dziecka i uprawnionego, lecz także rodzica wychowującego dziecko, o tyle przy ograniczeniu chodzi wyłącznie o dziecko i jego dobro.

Ingerencja sądu kojarzy się z zagadnieniem procesowym działania z urzędu, a w tym zakresie Autor zauważa, że w prawie polskim mamy do czynienia z obowiązkiem rozstrzygnięcia o kontaktach w wyroku rozwodowym i ocenia to pozytywnie. Zagadnienie potrzeby i zakresu działania z urzędu, a także zakresu regulacji prawnej tej sfery wymagałoby być może szerszego omówienia, gdyż budzi ono kontrowersje na tle obecnej regulacji polskiej.

¹¹ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 15 września 2011 r. w sprawie *Schneider przeciwko Republice Federalnej Niemiec* (skarga nr 17080/07).

W rozdziale dotyczącym ingerencji sądu przedstawione zostało orzecznictwo sądów zagranicznych dotyczące zakazu oraz ograniczenia styczności z dzieckiem. Wprawdzie w tym zakresie sądy polskie będą sięgać do orzecznictwa polskiego Sądu Najwyższego, niemniej jednak również dorobek obcego orzecznictwa może być przydatny, zwłaszcza gdyby sprawa miała charakter precedensowy. Wyszczególnione zostały takie potencjalne przesłanki zakazu lub ograniczenia kontaktów, jak przyczyny w osobie dziecka, choroba uprawnionego, naganny styl życia uprawnionego, napięcia między rodzicami, zakłócanie wychowania dziecka, niepłacenie alimentów, dążenie do integracji dziecka w nowej rodzinie.

W dwóch ostatnich rozdziałach omówiono najtrudniejsze chyba kwestie, szczególnie dla praktyki, a mianowicie związane z egzekucją kontaktów, czy ściślej – przymusowym wykonywaniem orzeczeń oraz innymi możliwościami przymuszania do respektowania prawa. W tych rozdziałach Autor omawia między innymi kwestię znaczenia woli dziecka, wspomina o problemie *Parental Alienation Syndrome* (PAS), a także wskazuje na kontrowersje wokół dopuszczalności stosowania przymusu fizycznego do egzekucji prawa do kontaktów. Krytyczne stanowisko Autora wobec tegoż przymusu podzielił ostatecznie też polski ustawodawca, choć wcześniej Sąd Najwyższy w kontrowersyjnej uchwale z 28 sierpnia 2008 r. dopuścił zastosowanie przepisów o przymusowym odebraniu dziecka¹². Kontrowersje te skłoniły ustawodawcę do podjęcia prac nad projektem szczegółowej i kompleksowej regulacji problematyki wykonywania orzeczeń o kontaktach z dziećmi. Prawie roczne prace sejmowe są dowodem tego, jak niełatwo jest uregulować omawianą problematykę. W końcu zostały one sfinalizowane uchwaleniem ustawy z 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 144, poz. 854), która weszła w życie 13 sierpnia 2011 r.

W zakresie wykonywania orzeczeń w sprawach kontaktów z dziećmi polski stan prawny musiał być przez Autora ujęty w stanie przejściowym. Wydanie monografii nastąpiło bowiem tuż przed zmianą stanu prawnego, Autor musiał w tym zakresie oprzeć się na dotychczasowym orzecznictwie oraz projekcie nowelizacji.

W ostatnim rozdziale wskazane zostały pozostałe instrumenty mające skłonić do respektowania prawa do styczności. Chodzi tu na przykład o zmianę orzeczenia o władzy rodzicielskiej, środki karnoprawne, redukcję alimentów pobieranych na dziecko przez rodzica utrudniającego kontakty. Autor aprubuje zmianę orzeczenia o władzy rodzicielskiej, natomiast opowiada się przeciwko ostatnim dwóm spośród wymienionych sposobów reakcji na utrudnianie realizacji kontaktów. Przyznaje jednak, że w niektórych analizowanych ustawodawstwach funkcjonują środki karnoprawne.

Monografia T. Justyńskiego wypełnia lukę w polskiej literaturze prawniczej, ponieważ problematyka kontaktów z dzieckiem nie była dotychczas w Polsce przedmiotem większych opracowań, w szczególności uwzględniających obce rozwiązania prawne. Publikacja ta powinna zapoczątkować w polskim piśmien-

¹² III CZP 75/08, OSNC 2009, Nr 1, poz. 12.

nictwie szerszą refleksję nad problematyką kontaktów z dzieckiem. Autor zajął już w tej dyskusji stanowisko i dostarczył do niej bardzo obszerny i wartościowy materiał prawnoporównawczy. Godne podkreślenia jest, że T. Justyński podjął w ostatnich latach nie tylko tematy z zakresu kontaktów z dzieckiem, lecz także z zakresu władzy rodzicielskiej, a w szczególności kwestię tak zwanej pieczy naprzemiennej¹³.

prof. dr Zbigniew Radwański
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

mgr Robert Zegadło
Sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego

¹³ T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19, s. 5 i n.

