

Justyński Tomasz
monografia
LEX 2011
Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym.

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

k.c. – - ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.c.belg. - kodeks cywilny belgijski
k.c.fr. - kodeks cywilny francuski z 1804 r.
k.c.n. - kodeks cywilny niemiecki z 1896 r. (BGB)
k.c.szw. - kodeks cywilny szwajcarski z 1907 r.
k.k. – - ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
k.k.belg. - kodeks karny belgijski
k.k.fr. - kodeks karny francuski z 1992 r.
k.k.n. - kodeks karny niemiecki w oficjalnej wersji z 1987 r.
k.k.szw. - kodeks karny szwajcarski z 1937 r.
k.p.c. – - ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
k.r. – - ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz. U. Nr 34, poz 308 z późn. zm.)
k.r.o. – - ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm.)

Periodyki

AcP - Archiv für civilistische Praxis
AJP - Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
BBI. - Bundesblatt
BGBI. - Bundesgesetzblatt
BGE - Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung
BGHZ - Bundesgerichtshof in Zivilsachen, Orzecznictwo Sądu Najwyższego RFN w sprawach cywilnych
BGHSt - Bundesgerichtshof in Strafsachen, Orzecznictwo Sądu Najwyższego RFN w sprawach karnych
BT-Druck. - Drucksachen des Deutschen Bundestages
Col. L.Rev. - Columbia Law Review
D. - Dalloz
DA Vorm. - Der Amtsvormund
DÄBI. - Deutsches Ärzteblatt
Dz. U. - Dziennik Ustaw
Fam. Pra. ch. - Die Praxis des Familienrechts (Bern)
FamRZ - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR - Familie, Partnerschaft, Recht
Gaz. Pal. - Gazette du Palais
JA - Juristische Arbeitsblätter
J.C.P. - Juris Classeur périodique (La semaine juridique)
J.O. - Journal Officiel
JR - Juristische Rundschau
JuS - Juristische Schulung
JZ - Juristenzeitung
KPP - Kwartalnik Prawa Prywatnego
L.Rev. - Law Review
MDR - Monatschrift für Deutsches Recht
MedR - Medizinrecht
M.L.R. - Modern Law Review
M.Praw. - Monitor Prawniczy

NJW - Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR - Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs – Report – Zivilrecht
NP - Nowe Prawo
N.Y.S. - New York Supplement
OSA - Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSN - Orzecznictwo Sądu Najwyższego
OSP - Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika - Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK - Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
Pal. - Palestra
PiP - Państwo i Prawo
PPA - Przegląd Prawa i Administracji
Prok. i Pr. - Prokuratura i Prawo
Prz. Sejm. - Przegląd Sejmowy
PS - Przegląd Sądowy
PUG - Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RdJ - Recht der Jugend
Rev. trim. dr. fam. - Revue trimestrielle de droit famille
RGBI. - Reichsgesetzblatt
RGZ - Reichskammergericht in Zivilsachen, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Rzeszy w sprawach cywilnych
RPEiS - Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny
RTD civ. - Revue Trimestrielle de Droit civil
SC - Studia Cywilistyczne
SI - Studia Iuridica
SJZ - Schweizerische Juristen Zeitung
SP - Studia Prawnicze
Stb. - Staatsblad (Holandia)
VersR - Versicherungsrecht
Wok. - Wokanda
WPP - Wojskowy Przegląd Prawniczy
ZBIJugR - Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZBJV - Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfJ - Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZfV - Zeitschrift für Versicherungsrecht
ZNUJ - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego
ZNUŁ - Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego
ZR - Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZVW - Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich)

Organy orzekające

AG - Amtsgericht
Bay VerfGH - Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BGer - Bezirksgericht (Szwajcaria)
BGH - Bundesgerichtshof, Sąd Najwyższy RFN
LG - Landgericht
OG - Obergericht (Szwajcaria)
OLG - Oberlandesgericht
Pa.Super - Superior Court of Pennsylvania
SN - Sąd Najwyższy
TK - Trybunał Konstytucyjny

SŁOWO WSTĘPNE

Rozwód stanowi wprawdzie zakończenie bytu małżeństwa, nie oznacza jednak rozwiązania samej rodziny. Spostrzeżenie to jest tyleż oczywiste, co zaskakujące. Ta ostatnia zmienia jedynie swój kształt.

Cierpią na tym przede wszystkim dzieci, które na ogół całe swoje dotychczasowe życie, a przynajmniej jego znaczną część, spędziły z obojgiem rodziców. Właśnie dalszemu utrzymaniu oraz pogłębieniu powstałych w tym czasie więzi opartych na zaufaniu służy prawo do kontaktów z dzieckiem (*Umgangsrecht, Besuchsrecht, Verkehr, bezoek, visite, visit*).

W zagranicznym, a także polskim piśmiennictwie prawniczym z zakresu prawa rodzinnego, kontakty z dzieckiem powszechnie uznawane są za najbardziej konfliktogenny obszar stosunków między żyjącymi w rozłączeniu rodzicami. Zarówno w przypadku małżeństw rozwiedzionych, jak i w relacjach pomiędzy rodzicami dziecka pozamałżeńskiego, w ramach sporu o prawo do odwiedzin często wpływają dotychczas nierozwiązane spory i narosłe konflikty. Dziecko wykorzystywane jest jako swoisty środek nacisku umożliwiający rodzicom rozgrywanie własnych interesów.

Właśnie z tego powodu prawo do kontaktów z dzieckiem staje się coraz częściej w zagranicznych porządkach prawnych przedmiotem precyzyjnej regulacji prawnej. Tak jest na przykład w prawie niemieckim¹, gdzie zostało ono wyraźnie oraz stosunkowo szczegółowo unormowane. Oprócz tego zostało także w znacznym stopniu sprecyzowane przez judykaturę. Potrzebę wyraźnej regulacji ustawowej dostrzegł również polski prawodawca. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przygotowała kompleksowy projekt zmian prawa rodzinnego. Został on uchwalony ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431) i wszedł w życie z dniem 13 czerwca 2009 r.

Problematyka prawa do kontaktów z dzieckiem zadziwiająco długo pozostawała poza głównym nurtem systematycznych i pogłębionych badań oraz refleksji. Zupełnie niezastudzone. Występuje tu przecież wiele bardzo złożonych jurydycznie kwestii wymagających, wbrew rozpowszechnionej opinii, nie tylko (a nawet nie przede wszystkim) rozumienia uwarunkowań społecznych oraz psychologicznych ale również znacznej wiedzy prawniczej.

Podzielić należy wyrażony w piśmiennictwie polskim pogląd, zgodnie z którym problematyka styczności z dzieckiem napotyka na trudności również dlatego, że wadliwie określane są jej kontury prawne². Można oczywiście spierać się czy powinna być lokowana w ramach regulacji odnoszących się do dóbr osobistych, a więc w części ogólnej prawa cywilnego, czy też wyłącznie prawa rodzinnego. Osobiście jestem zdania, że w aktualnym stanie prawnym chodzi o zagadnienie przede wszystkim rodzinnoprawne, mające jednak swój ogólny, sięgający dóbr osobistych, aspekt. Bez niego trudne jest zrozumienie natury rodzinnoprawnego prawa do styczności z dzieckiem. Często niestety pozostaje on poza sferą uświadomienia.

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 wolności³, Konwencję praw dziecka⁴ oraz Konwencję w sprawie kontaktów z dziećmi przyjętą w Wilnie⁵) 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. Wprawdzie podzielić należy funkcjonujące w polskim piśmiennictwie rodzinnoprawnym przekonanie, że prawo rodzinne pozostaje pod bezpośrednim wpływem panujących poglądów moralnych, religijnych oraz obyczajów. Dlatego też cechą charakterystyczną prawa rodzinnego jest jego względna autonomia w ramach systemu prawa⁶. Nie może to jednak oznaczać zamykania się na zagraniczne i międzynarodowe tendencje rozwojowe widoczne już "gołym okiem" również w społeczeństwie polskim.

Szczególna uwaga w rozważaniach prawoporównawczych poświęcona zostanie rozwiązaniom funkcjonującym w prawie niemieckim. Nie bez powodu. Prawodawca polski wprowadzając w 2008 r. reformę Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wzorował się w dużym stopniu właśnie na prawie niemieckim. Uregulowania przyjęte w obu krajach w zakresie kontaktów z dzieckiem są więc bardzo zbliżone. W Niemczech jednak funkcjonują one zdecydowanie dłużej (w obecnym kształcie od 1997 r.). Zatem siłą rzeczy, zarówno doktryna, jak i judykatura, miały już czas na ustosunkowanie się do wielu trudnych kwestii i wypracowanie rozwiązań, które sprawdziły się w praktyce. Ich przybliżenie może znacznie ułatwić i przyspieszyć znalezienie odpowiednich rozwiązań judykaturze polskiej. A tu już pojawiają się, nierzadko bardzo kontrowersyjne, problemy.

Nie oznacza to jednak, że pominięte zostaną rozwiązania funkcjonujące w innych krajach. Także one będą przedmiotem zainteresowań. Chodzi w szczególności o prawo francuskie, szwajcarskie, belgijskie oraz holenderskie. W mniejszym stopniu (ze względu na różnice systemowe) prawo brytyjskie oraz

amerykańskie.

W konstrukcji pracy zrezygnowano z wyodrębnienia części historyczno- oraz prawnoporównawczej. Rozwiązania zagraniczne oraz międzynarodowe, zarówno w ujęciu statycznym jak i, w miarę potrzeby, z uwzględnieniem ich historycznej ewolucji, pojawiać się będą zgodnie z porządkiem merytorycznym, tj. przy analizie poszczególnych problemów. Taka metoda wydaje się bardziej pożyteczna, pozwala bowiem lepiej uwypuklić, złożone kwestie jurydyczne.

W rozważaniach szczególny nacisk położony zostanie na kwestie konstrukcyjne figury prawnej prawa do styczności z dzieckiem. Wydaje się, że właśnie one mają podstawowe znaczenie, a przy tym obserwacja części piśmiennictwa prowadzi do wniosku, że wiele zależności konstrukcyjnych nierzadko pozostaje nieuświadomianych.

Praca podzielona została na dziewięć stosunkowo samodzielnych rozdziałów. Ich uporządkowanie jest wynikiem swoistego kompromisu pomiędzy sekwencją przyjętą przez prawodawcę polskiego na potrzeby praktycznego stosowania konstrukcji - z jednej strony, a z drugiej - teoretyczną zawartością tej figury prawnej wyłaniającą się nie tylko z polskiego, ale również z zagranicznych rozwiązań prawnych.

Rozważania otwierają dwa rozdziały poświęcone pojęciu (rozd. I) oraz celom prawa do kontaktów z dzieckiem (rozd. II). Wbrew pozorom już samo pojęcie, a w szczególności jego zakres, może wywoływać trudności nie tylko teoretycznej natury. W różnych porządkach prawnych występują tu, niekiedy dość istotne, różnice. Pewne wątpliwości w tym kontekście pojawiają się już w piśmiennictwie polskim. Natomiast zarysowanie celów, jakim służyć ma prawo do styczności z dzieckiem, pozwala na lepsze uchwycenie istoty tej bardzo specjalnej pozycji prawnej. W piśmiennictwie, a także judykaturze zagranicznej, tworzone są precyzyjne katalogi celów (prym wiedzie tu judykatura niemiecka). W literaturze polskiej, jak na razie, refleksji w tym zakresie nie można uznać za pogłębioną.

Dwa kolejne rozdziały (III i IV) dotyczą kręgu podmiotów, którym może przysługiwać prawo do kontaktów z dzieckiem. Również tu występują, w ujęciu prawnoporównawczym, pewne - w tym również doniosłe - różnice. Rozważania będą dotyczyły, z jednej strony, poszukiwania konkretnych podmiotów uprawnionych a więc zarysowania ich kręgu, który zwykle oddaje stan stosunków społecznych i wyobrażenia o modelu rodziny w danym kraju, a z drugiej, co szczególnie istotne z praktycznego punktu widzenia, wskazania sytuacji, w których ich uprawnienie - mimo formalnego zaliczenia do kręgu osób uprawnionych - nie powstanie lub z jakichś powodów gaśnie. I nie chodzi tu o przypadki zakazu lub ograniczenia styczności, tym poświęcony zostanie odrębny rozdział, ale przykładowo o wpływ adopcji wnuka na uprawnienie dziadków, czy zaprzeczenia ojcostwa na prawo rodzica. Wiele z tych właśnie techniczno-konstrukcyjnych kwestii jest nowych z perspektywy prawa polskiego, a zostało już dobrze uporządkowanych w prawie obcym.

Charakter prawny, w tym również zróżnicowane źródła uprawnienia poszczególnych podmiotów, będą przedmiotem rozważań w rozdziale V. Natomiast w rozdziale VI pojawią się kwestie związane z kształtowaniem treści prawa do kontaktów. Wprawdzie uprawnienie rodziców powstaje *ex lege*, jednak w praktyce konieczne jest wyznaczenie jego treści i granic w drodze porozumienia stron lub orzeczenia sądowego. Jeśli dochodzi do sporu o prawo do kontaktów z dzieckiem zwykle jego treść reguluje sąd. W judykaturze zagranicznej wypracowano ważne, warte przybliżenia zasady kształtowania styczności w orzeczeniu sądowym.

Ingerencja sądu w prawo do styczności z dzieckiem, a w szczególności sprawa jej dopuszczalności, przesłanki, zakres oraz ukształtowane w judykaturze generalne reguły jej podejmowania zostaną naświetlone w rozdziale VII. W jego ramach przedstawiony będzie również praktyczny dorobek orzecznictwa zagranicznego w zakresie poszczególnych powodów zakazu oraz ograniczenia styczności z dzieckiem, jednak tylko ten o walorze uniwersalnym, który może mieć znaczenie również z perspektywy polskiej.

Kolejne dwa rozdziały poświęcone zostaną problemom praktycznego przymuszenia do umożliwienia wykonywania kontaktów. Jest to sprawa niezwykle trudna. Zarówno w zagranicznych porządkach prawnych, jak i w prawie polskim poszukiwane są właściwe środki. Wiele na tym obszarze dzieje się, trudno jednak przyjąć, aby gdziekolwiek wypracowano już sprawnie działający mechanizm, dobrze chroniący nie tylko interes uprawnionego do kontaktów, ale przede wszystkim uwzględniający dobro dziecka. W rozdziale VIII przybliżone zostanie niezwykle trudne zagadnienie sądowej egzekucji prawa do styczności z dzieckiem oraz całe bogactwo wiążących się z tym szczegółowych kwestii. W tym m.in. wypracowane już reguły oceny znaczenia woli dziecka oraz wzbudzający, głównie za granicą, dyskusję problem znany pod anglojęzycznym terminem *Parental Alienation Syndrome* (PAS), a także kontrowersje wokół dopuszczalności stosowania wobec dziecka przymusu fizycznego dla egzekucji prawa do

kontaktów. Z kolei w rozdziale IX zebrane zostały pozostałe instrumenty mające skłonić do respektowania prawa do styczności. W prawie obcym poszukiwano ich w różnych kierunkach, w tym także, może niezbyt szczęśliwie, na obszarze regulacji prawa karnego.

ROZDZIAŁ I

POJĘCIE I FORMY PRAWA DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM

1. POJĘCIE PRAWA DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM I ZAGRANICZNA TERMINOLOGIA

Prawo do kontaktów z dzieckiem (innymi osobami) na ogół w dawniejszej literaturze tłumaczone było jako prawo do regularnego spotykania się w określonej formie z dzieckiem (czy inną osobą), bez stałego zamieszkiwania u tej osoby. Obecnie zostało ono zdecydowanie rozszerzone, o czym będzie jeszcze mowa.

Punktem wyjścia do dalszych rozważań będzie zagraniczna terminologia. Warto poświęcić jej nieco uwagi, mimo iż często jest mocno związana z subtelnościami natury językowej. Czasem wręcz niemożliwe wydaje się znalezienie precyzyjnego, oddającego wszystkie niuanse znaczeniowe, odpowiednika polskiego. Jednak z całą pewnością możliwe jest, mimo przywołanych trudności, zaobserwowanie pewnych prawidłowości pozwalających na lepsze uchwycenie poglądów na istotę prawa do kontaktów z dzieckiem.

W piśmiennictwie zagranicznym, a także w zagranicznych aktach prawnych, używana jest różniąca się, niekiedy dość znacznie, terminologia. W poszczególnych krajach przechodziła ona długą ewolucję, na ogół powiązaną ze zmieniającymi się poglądami na istotę oraz treść prawa do kontaktów. Dlatego też, nierzadko w ramach jednego porządku prawnego, używanych jest, czasem zamiennie, często jednak z odmiennym ładunkiem treściowym, równolegle kilka określeń.

Stosunkowo rozpowszechnione w piśmiennictwie prawniczym, a w szczególności w języku potocznym, jest określenie odwiedziny lub wizyta (*droit de visite*, *visit*, *bezoek*, *Besuchsrecht*). Zdaniem niektórych autorów, szczególnie dobrze oddaje ono naruszający normalny porządek dnia oraz w szczególności przebiegający w wyjątkowych warunkach kontakt pomiędzy rodzicem niesprawującym pieczy na co dzień oraz dzieckiem¹. Odwiedzać to przecież przybyć do kogoś dla zobaczenia się z nim².

Termin "prawo do odwiedzin" (*Besuchsrecht*) kontestowany był natomiast w Niemczech i w rezultacie nie przyjął się w niemieckim porządku prawnym. W latach 70. XX wieku, kiedy to zaczęto przygotowywać w Niemczech reformy prawa małżeńskiego, w Komisji pracującej nad projektem zwyciężyło bowiem trafne stanowisko, że jest on zbyt wąski. Już wtedy uważano, że w ramach pojęcia muszą mieścić się nie tylko wizyty dziecka u rodzica, ale nawet kontakt pisemny, telefoniczny, a także obdarowywanie prezentami³.

Jest on natomiast powszechnie używany w judykaturze francuskiej, która przeforsowała i ugruntowała pojęcie *droit de visite* w prawie francuskim. Zauważyć jednak należy, że we Francji od samego początku termin ten używany był i jest w daleko szerszym, niż wynikałoby to z jego dosłownego brzmienia, znaczeniu. Otóż powszechne jest stanowisko, że obejmuje także przynajmniej wizyty dziecka w domu uprawnionego do kontaktów⁴. Ustawodawca francuski przejął wypracowany przez judykaturę termin (zob. art. 288 oraz 374 ust. 4 k.c.fr.) i podniósł go, obok określenia *hébergement*, do rangi ustawowej, co powoduje czasem wątpliwości odnośnie wzajemnej relacji obu pojęć.

Również w Belgii jeszcze w XIX wieku judykatura i doktryna wypracowały pojęcie *visite*. Było ono uważane za w pełni wystarczające gdyż, stosownie do panujących ówczesnie poglądów, kontakty pomiędzy dzieckiem a rodzicem nie sprawującym opieki na co dzień ograniczały się wtedy jedynie do kilku godzin spotkania w miejscu zamieszkania dziecka, lub ewentualnie w miejscu neutralnym. Początkowo zatem również ustawodawca belgijski używał (zamiennie) terminów *bezoek* oraz *visite*⁵. Wraz z ewolucją pojęcia w XX wieku określenie również w Belgii przestało być wystarczające. Zaprzeczało przecież istocie prawa do kontaktów z dzieckiem, które w świetle współczesnych, nowoczesnych przekonań, powinny odbywać się właśnie w miejscu zamieszkania rodzica niesprawującego na co dzień opieki. Dodatkowo wskazywano że określenie jest zbyt wąskie. Nie obejmuje bowiem takich istotnych składników prawa do kontaktów jak przykładowo noclegi dziecka⁶. W rezultacie ustawodawca belgijski, przygotowując w 1995 r. pierwszą kompleksową regulację prawa do kontaktów z dzieckiem, odrzucił oba terminy jako już mocno przestarzałe.

W krajach niemieckojęzycznych używany był, a w niektórych jak Austria i Szwajcaria używany jest do dziś, termin *Verkehr* (obcowanie). W pierwotnej wersji niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB) w § 1636

mowa była właśnie o uprawnieniu do osobistego obcowania z dzieckiem⁷. Jeszcze dziś, jakkolwiek sporadycznie, spotkać można w literaturze niemieckiej pogląd o wyższości tego określenia nad przyjętym obecnie terminem *Umgang*⁸.

Ustawodawca (zachodnio)niemiecki, przy okazji szerszej reformy prawa władzy rodzicielskiej⁹ w 1979 r. wprowadził do kodeksu cywilnego nowe określenie; mianowicie *persönlicher Umgang* (osobiste obchodzenie się). Pewną ciekawostką może być to, że jako podstawową przyczynę zmiany wskazywano potrzebę ujednoczenia terminologii z używaną przez ustawodawcę NRD. Oczywiście dodatkowo, ale jednak na drugim planie, zwracano także uwagę na zalety nowego określenia. Otóż w porównaniu do wcześniej używanego terminu "*Verkehr*" określenie "*Umgang*" miało lepiej charakteryzować **wzajemność** relacji między dzieckiem a rodzicem. Z kolei krytycy byli zdania, że termin ten może dobrze opisywać relacje dziecka i świata zewnętrznego, nie pasuje jednak do opisu relacji pomiędzy najbliższymi osobami, czyli dzieckiem i rodzicem¹⁰. Analogiczny termin *omgang* używany jest w Holandii, a także w części piśmiennictwa oraz judykatury belgijskiej¹¹.

W piśmiennictwie, judykaturze oraz ustawodawstwie zagranicznym rozpowszechniony jest również termin, który można przetłumaczyć jako: "**relacje osobiste**" (stosunki osobiste). Ustawodawca francuski w 1970 r. wprowadził, najpierw do art. 371-4 k.c.fr., pojęcie "*relations personnelles*", a następnie w 1996 r. powtórzył je w art. 371-5 k.c.fr., regulując prawo do kontaktów pomiędzy rodzeństwem.

Również w Konwencji Narodów Zjednoczonych o Prawach Dziecka z 1989 r. mowa jest m.in. o "stosunkach osobistych" (choć obok tego posługuje się ona także określeniem "kontakt"). Artykuł 9 ust. 3 Konwencji formułuje prawo dziecka do regularnych "relacji osobistych" z obojgiem rodziców.

Określenie "*relations personnelles*" występuje w szwajcarskim kodeksie cywilnym (w jego francuskojęzycznej wersji) w art. 273.

Od czasu wspomnianej już reformy z 1995 r., również ustawodawca belgijski posługuje się formułą "*persoonlijk contact*" lub odpowiednio (we francuskiej wersji) "*relations personnelles*" nawiązując w ten sposób zarówno do Konwencji Narodów Zjednoczonych, jak i francuskiego kodeksu cywilnego.

Dość szeroko rozpowszechnione jest także określenie "**kontakt**" lub "**prawo do kontaktu**". Używa go, obok Konwencji Narodów Zjednoczonych o Prawach Dziecka i Konwencji Wileńskiej z 2002 r., także np. ustawodawca brytyjski. W *Children Act* z 1989 r. uregulował m.in. możliwość zarządzenia *contact orders*. Pojęcie "kontakt" jest jednak, nie bez racji, krytykowane z powodu swej jednostronności. Jak słusznie zauważa wielu autorów, prawo do kontaktu służy ze swej istoty konkretnej, zindywidualizowanej osobie. Charakterystyczna natomiast dla relacji pomiędzy rodzicem a dzieckiem jest jej obustronność.

Określenia "kontakty z dzieckiem" używa obecnie także ustawodawca polski. Cały, dodany w ramach nowelizacji w 2008 r., oddział 3 w rozdziale II tytułu II Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zatytułowany został właśnie "Kontakty z dzieckiem". Wcześniej używane było inne określenie. Otóż, przepis art. 113 k.r.o., w jego dawnej redakcji, odwoływał się do terminu "osobista styczność". Miał on zdecydowanie węższy zakres¹². Pojęcie "kontakty z dzieckiem" obejmuje przecież, obok osobistej styczności z dzieckiem, także inne postaci styczności wyliczone *expressis verbis* w art. 113 § 2 k.r.o. (w jego obecnym brzmieniu), oraz nie wskazane tam formy kontaktu, gdyż egzemplifikacja ma jedynie charakter przykładowy. W rezultacie określenia "osobista styczność" oraz terminu "kontakty", lub "kontakty z dzieckiem" nie sposób w dalszym ciągu używać zamiennie, jak to miało miejsce w dawniejszym piśmiennictwie.

2. POGŁĄDY NA ISTOTĘ PRAWA DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM

2.1. PRAWO DO KONTAKTÓW JAKO SKŁADNIK LUB "POZOSTAŁOŚĆ" WŁADZY RODZICIELSKIEJ

W piśmiennictwie oraz judykaturze zagranicznej aż do końca lat 70. XX wieku dominował pogląd, w świetle którego prawo do kontaktów z dzieckiem stanowi **pozostałość** władzy rodzicielskiej. Było ono mianowicie postrzegane jako "reszta" służącej niegdyś temu rodzicowi władzy rodzicielskiej, obejmującej przecież także, co oczywiste, prawo do kontaktów z dzieckiem.

We Francji oraz w Belgii prawo do kontaktów z dzieckiem określano na ogół jako *démembrement de droit de garde* czyli właśnie pozostałość (ewentualnie: *accessoire du droit de garde* lub też *substitut de droit de garde*)¹³. Prawo do kontaktów z dzieckiem służące rodzicowi, który nie posiada władzy rodzicielskiej, uzasadniano tam zwykle dalszym trwaniem - przynajmniej w jakimś zakresie, nawet jeśli szczątkowym - obowiązku wychowywania dziecka.

Również w Niemczech prawo do kontaktów z dzieckiem (*Umgangsrecht*) uważane było długi czas za *Restbestand des Personensorgerechts*¹⁴. Było tak aż do 1997 r., kiedy to nastąpiła zasadnicza modernizacja istotnej części prawa rodzinnego. W ustawie z dnia 16 grudnia 1997 r. (BGBl. 1997 I 2942) o reformie prawa dziecięcego (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) ustawodawca niemiecki przesądził mianowicie, że prawo do kontaktów z dzieckiem **przysługuje** obojgu rodzicom, a zatem również temu z nich, któremu władza rodzicielska nadal służy. Odtąd mówi się raczej o "składniku" lub "części" niż o "pozostałości" władzy rodzicielskiej.

Sporym problemem dla zwolenników tego stanowiska jest uzasadnienie prawa dziadków do osobistych kontaktów z dzieckiem¹⁵. Na ogół panuje zgoda co do tego, że ich prawo nie może być w ten sposób tłumaczone. Dziadkom nie służy przecież władza rodzicielska, nie mają też obowiązków wychowawczych względem wnuków.

Ciekawą próbę rozciągnięcia tego uzasadnienia również na prawo dziadków spotkać można w piśmiennictwie francuskim. Warto przywołać ten pogląd, mimo iż opiera się na konkretnych, specyficznych rozwiązaniach francuskiego prawa rodzinnego, mniej aktualnych z perspektywy prawa polskiego. Otóż niektórzy autorzy próbują, w drodze analogii do władzy rodzicielskiej rodziców, konstruować pozycję prawną dziadków, na którą składają się pewne uprawnienia przyznane im na wypadek śmierci rodziców. Chodzi przede wszystkim o zgodę na małżeństwo (art. 150 k.c.fr), sprzeciw wobec zamierzonego związku małżeńskiego (art. 170 k.c.fr) czy prawo opieki (art. 402 k.c.fr). To potencjalne, analogiczne w pewnym stopniu do władzy rodzicielskiej, prawo dziadków daje niektórym autorom podstawę do tłumaczenia również kontaktów z wnukami właśnie "pozostałością" (przyszłej!) pozycji prawnej dziadków (*démembrement de la puissance paternelle*)¹⁶.

Pogląd ten spotkał się z uzasadnioną i przekonującą krytyką w literaturze francuskiej. Wskazywano, że analogia jest tu stanowczo zbyt daleko posunięta. Trudno też mówić o **przyszłej** pozycji jako o "pozostałości" prawnej, która miałaby uzasadniać **obecne** prawo do kontaktów z wnukami¹⁷.

Istotną wadą "koncepcji pozostałości" są także trudności w objaśnieniu również niektórych przypadków rodzicielskiego prawa do kontaktów. Nie sposób przecież nie dostrzec tego, że niektórym rodzicom nigdy nie przysługiwała władza rodzicielska, a przecież mimo to nie odmawia się im, o czym będzie jeszcze mowa¹⁸, prawa do kontaktów z dziećmi. Chodzi tu nie tylko o osoby ubezwłasnowolnione, ale też np. o ojców, którym po sądowym ustaleniu ojcostwa sąd nie przyznał władzy, czy też biologicznych rodziców nie będących jednocześnie prawnymi. W tych wszystkich przypadkach trudno byłoby, bez zastosowania jakichś szczególnie wyrafinowanych konstrukcji logicznych, mówić o pozostałej "reszcie" władzy rodzicielskiej.

Niemożność przekonującego, a w szczególności jednolitego, objaśnienia źródeł prawa do kontaktów z dzieckiem dla wszystkich kategorii rozszerzającego się katalogu uprawnionych, jest, w moim przekonaniu, istotną słabością koncepcji "pozostałości prawa" skłaniającą do jej odrzucenia.

2.2. TEORIA NATURALNEGO PRAWA RODZIELSKIEGO

Zdecydowanie najczęściej źródeł prawa do osobistej styczności z dzieckiem poszukuje się w naturalnej relacji pomiędzy rodzicem a dzieckiem. Autorzy prezentujący ten, obecnie w wielu krajach dominujący, pogląd, zwykle poprzestają na dość ogólnym zarysowaniu swego stanowiska umieszczając je pod "wspólnym dachem" naturalnego prawa rodzicielskiego. Przy tym ich poglądy, mimo używanej wspólnej nomenklatury, różnią się niekiedy dość znacznie. W tym kontekście można wyróżnić cztery grupy uzasadnień.

Po pierwsze, pewna grupa autorów pojmuje naturalne prawo rodzicielskie w istocie jako **sumę wszystkich** przysługujących rodzicom względem dzieci **praw**¹⁹. Wprawdzie jest to stanowisko bardzo klarowne, trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że niczego nie objaśnia, gdy chodzi o istotę prawa do kontaktów z dzieckiem.

Dość znaczna grupa autorów utożsamia naturalne rodzicielstwo z **węzłem pokrewieństwa**. Prawo do kontaktów jest w tym biologicznym ujęciu konsekwencją istnienia pomiędzy uprawnionym i dzieckiem więzów krwi. Ujęcie to wraz z upływem czasu, a w szczególności łączącym się z tym rozszerzeniem kręgu podmiotów uprawnionych do kontaktów także na osoby krewnymi nie będące, ujawniło swe słabe strony. Stąd próbowano je następnie modyfikować wskazując na rodzicielstwo socjologiczne, jako źródło uprawnienia, co miało ten skutek, że pozwoliło uzasadnić prawo tych osób, które potrafiły wykazać wystarczającą więź z dzieckiem²⁰.

Szeroko rozpowszechniony, szczególnie w Niemczech, jest pogląd, zgodnie z którym przez naturalne prawo rodzicielskie rozumieć należy naturalne, **chronione przez konstytucję rodzicielstwo**.

Równie wielu zwolenników we Francji, Belgii, Szwajcarii, ale też w Niemczech ma pogląd, wedle którego naturalne prawo rodzicielskie należy lokować **w płaszczyźnie prawa natury**. Konstytucja jedynie uznaje i przyznaje ochronę już istniejącym prawom rodzicielskim mającym byt pierwotny, przedprawny. Tego rodzaju legitymacja prawa do kontaktów podnosi jego rangę i powoduje m.in. ten skutek, że zasługuje ono na szczególną ochronę. A co za tym idzie, jego ograniczenie wymagałoby spełnienia zdecydowanie wyższych przesłanek, niż gdyby chodziło o ograniczenie prawa do kontaktów pojmowanego jako zakotwiczone w ustawach zwykłych "pozostałości władzy rodzicielskiej".

2.3. DOBRA OSOBISTE (OGÓLNE PRAWO OSOBISTOŚCI) JAKO ŹRÓDŁO PRAWA DO KONTAKTÓW

Sporadycznie zdarza się, że nie tyle rodzina, co jednostka i jej prawa stawiane są w centrum i brane pod uwagę jako uzasadnienie prawa do styczności. Prawo do kontaktów wywodzone bywa z dóbr osobistych, albo odpowiednio z ogólnego prawa osobistości. Takie stanowisko dominuje współcześnie na tle regulacji prawnych obowiązujących w Szwajcarii. Prawodawca szwajcarski unormował bowiem prawo do kontaktów z dzieckiem nie w ramach przepisów dotyczących władzy rodzicielskiej, ale samodzielnie (w art. 273-275 k.c.szw.) w oddziale I tytułu ósmego kodeksu cywilnego.

Marginalnie koncepcja ta zaistniała również w Niemczech. Chodziło o uzasadnienie własnego prawa dziecka oraz prawa dziadków jeszcze przed ustawowym ich uregulowaniem. Ostatnio konstruowana jest również na gruncie prawa polskiego²¹. Z tego właśnie względu będzie przedmiotem szczególnej uwagi w dalszych rozważaniach poświęconych charakterowi prawnemu prawa do kontaktów²².

2.4. DOBRO DZIECKA JAKO UZASADNIENIE PRAWA DO STYCZNOŚCI

Zdarza się również, iż uzasadnienie dla prawa do kontaktów poszukiwane jest w dobru dziecka. Zdecydowanie nie chodzi jednak o prawo rodziców. Natomiast coraz częściej dyskutowane jest w tym kontekście własne prawo dziecka do kontaktów z rodzicami, a także prawo dziadków oraz bliskich osób trzecich²³.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że koncepcja ta łączy się z wyraźną zmianą podejścia do prawa do kontaktów z dzieckiem. Otóż, o ile dawniej rozpatrywano je wyłącznie z perspektywy ochrony interesów rodziców, o tyle obecnie problem postrzegany jest także w aspekcie prawa samego dziecka oraz jego stanowiska w sprawie kontaktu z rodzicem²⁴.

2.5. PRAKTYCZNA DONIOSŁOŚĆ DYSKUSJI

Wbrew poglądom wyrażanym niekiedy w literaturze zagranicznej²⁵, poszukiwanie istoty prawa do kontaktów z dzieckiem nie jest pozbawione praktycznej doniosłości. Nie może być wątpliwości, że od tej właśnie kwestii zależą przynajmniej dwie sprawy podstawowej wagi.

Po pierwsze, ma ona wpływ na kształt kręgu osób uprawnionych do styczności z dzieckiem. Jeśli bowiem np. prawo do kontaktów wynikałoby z pokrewieństwa to, o czym już wspomniano, krąg musiałby być ograniczony wyłącznie do osób spokrewnionych.

Po drugie, wyznacza ona rangę prawa do kontaktów, a tym samym określa poziom wymagań wyznaczających dopuszczalność ingerencji w prawo. Co dość oczywiste, im wyższa ranga, tym trudniejsze jest restryktywne traktowanie prawa do styczności z dzieckiem. A zatem tym trudniejsze ograniczenie oraz zakazanie styczności. Kontakty uzasadnione z odwołaniem się do prawa natury mogą być ograniczone z zastrzeżeniem wyższych wymogów, niż te wywiedzione ze zwykłych ustaw pozytywnego porządku prawnego (jako "pozostałość władzy rodzicielskiej"). Podnoszony czasem w literaturze kontrargument, zgodnie z którym władza rodzicielska wywodzi się z naturalnego prawa rodzicielskiego, a zatem prawo do kontaktów jako "pozostałość władzy rodzicielskiej" ma udział (pośredni) w tymże naturalnym prawie i uzyskuje tę samą rangę, jest słusznie odrzucany²⁶. Nierównorzędnosc obu pozycji prawnych, zachodząca także w takim ujęciu, jest dobrze widoczna wtedy, gdy dochodzi do ich kolizji np. w przypadku emigracji wraz z dzieckiem rodzica sprawującego władzę rodzicielską²⁷. Wówczas prawo wywiedzione jedynie z władzy rodzicielskiej musiałoby ustąpić prawu "podstawowemu", jako niepełne i wobec niego pochodne. Jeśli natomiast prawo do kontaktów, identycznie jak władza rodzicielska, wywiedzione byłoby z naturalnego prawa rodzicielskiego, konkluzja taka nie musiałaby być oczywista.

3. POŚREDNIE I BEZPOŚREDNIE FORMY KONTAKTÓW

3.1. TREŚĆ PRAWA DO KONTAKTÓW W PRAWIE OBCYM

Przez prawo do kontaktów z dzieckiem rozumie się obecnie, inaczej niż dawniej, nie tylko rzeczywistą, osobistą, a więc **bezpośrednią styczność**, czyli "bycie z dzieckiem". Aktualnie w piśmiennictwie, a w szczególności w orzecznictwie zagranicznym, powszechnie uznaje się również **pośrednie formy kontaktu** za mieszczące się w ramach pojęcia prawo do kontaktów z dzieckiem.

Ewolucja podejścia w tym kontekście szczególnie wyraźnie zaznaczyła się w prawie niemieckim, gdzie doprowadziła nawet do, wspomnianej już, zmiany terminologii ustawowej. Otóż aż do 1997 r., a więc do czasu przywołanej reformy prawa dziecięcego, spierano się w piśmiennictwie niemieckim o to, czy prawo do osobistych kontaktów z dzieckiem obejmuje także **kontakt listowny** i **rozmowy telefoniczne**. Zdania były podzielone. Aby ostatecznie przeciąć spór ustawodawca posunął się do rezygnacji z dotychczas używanego określenia *persönliches Umgangsrecht* na rzecz szerszego, gdyż pozbawionego precyzującego dookreślenia, terminu *Umgangsrecht*. Obecnie w § 1684 i n. k.c.n. nie ma już mowy o "kontaktach osobistych" a jedynie o "kontaktach". Zmiana przyjęta została ze szczególną aprobatą przez przeciwników rozszerzającej interpretacji dotychczasowych sformułowań ustawowych. Wskazywano, że kontakty pośrednie mogą mieć szczególne znaczenie wówczas, gdy (np. z powodu dużej odległości, choroby lub innych przeszkód) styczność bezpośrednia nie jest możliwa lub jest utrudniona. Ta forma kontaktu zapewnia przynajmniej pewne minimum kontaktu²⁸.

Szerokie pojmowanie prawa do kontaktów z dzieckiem nie wzbudzało na ogół większych wątpliwości w innych krajach. We Francji, Belgii, a także w Szwajcarii powszechne jest stanowisko, zgodnie z którym prawo do kontaktów rozciąga się także na formy styczności pośredniej²⁹.

Natomiast, co ciekawe, we Francji (oraz w Belgii) wypląnął inny problem związany z formami kontaktu osobistego (bezpośredniego). Otóż intensywnie dyskutowano czy w ramach kontaktów z dzieckiem (*hébergement*) mieszczą się także **noclegi u uprawnionego** do kontaktów. Sprawa była wyraźnie ustawowo przesądzona jedynie gdy chodzi o noclegi u uprawnionego rodzica. Przepis art. 288 k.c.fr., wskazując uprawnienie rodzica, wywoływał jednak zasadnicze wątpliwości odnośnie treści prawa innych uprawnionych (w tym przede wszystkim dziadków). Początkowo odrzucono prawo dziadków do tej formy kontaktów z wnukami. Argumentowano, że prawo do noclegów stanowiłoby zbyt poważną ingerencję w prawa rodzicielskie. Sporadycznie odwoływano się również do dawnej redakcji art. 374 k.c.fr., zgodnie z którą dziecko nie mogło opuszczać domu rodziców bez zgody ojca. Z czasem przywołana opytka uległa zasadniczej zmianie. Pod wpływem postępów psychologii uświadomiono sobie bowiem nie tylko to, jak wielką rolę odgrywają w życiu dziecka kontakty osobiste z innymi niż rodzice bliskimi, ale też jak bardzo noclegi dziecka wzmacniają więź z uprawnionym. Dzisiaj zatem sprawa nie budzi już wątpliwości. Powszechnie przyjmuje się, że prawo do noclegów może mieścić się, stosownie do okoliczności, w ramach prawa do kontaktów z dzieckiem służącego każdemu uprawnionemu, nie tylko rodzicowi³⁰.

Nie budzi natomiast żadnych wątpliwości w literaturze oraz judykaturze zagranicznej twierdzenie, że w ramach prawa do kontaktów mieści się prawo **obdarowywania** dziecka **prezentami**. Dyskutowany jest ewentualnie dopuszczalny zakres. Na ogół, o czym będzie jeszcze mowa³¹, przyjmuje się, że obdarowywanie powinno mieścić się w pewnych granicach wyznaczonych celem wychowawczym³².

Warto jeszcze zasygnalizować sprawę **wglądu w świadectwa szkolne** uzyskiwane przez dziecko oraz możliwość domagania się **zdjęć dziecka**. Obie kwestie będą w dalszych rozważaniach przedmiotem bardziej szczegółowych uwag, w tym miejscu wywody należy ograniczyć do przesądzenia zasady. Otóż, na ogół uznaje się, że rodzicowi służy szersze uprawnienie, a mianowicie **prawo do informacji** o sprawach osobistych dziecka. W tych porządkach prawnych, które zawierają wyraźną regulację prawa do kontaktów z dzieckiem na ogół znaleźć można również osobną, mniej lub bardziej szczegółową, regulację prawa do informacji o dziecku. Dla przykładu w Niemczech prawo do informacji unormowane zostało *expressis verbis* w § 1686 k.c.n. Uprawnia on każdego z rodziców (mającego w tym słuszny interes) do domagania się informacji o sprawach osobistych dziecka, o ile nie sprzeciwia się temu dobro dziecka. Przyjmuje się, że w pewnych sytuacjach (np. w przypadku odrzucania przez dziecko zarówno kontaktów osobistych, telefonicznych jak i listownych; przy dużych odległościach dzielących miejsca zamieszkania dziecka oraz uprawnionego, itd.³³) prawo do informacji może być jedynym praktykwalnym surogatem kontaktów osobistych. Powszechne jest stanowisko, że w ramach tego prawa mieści się także wgląd w świadectwa szkolne³⁴ oraz składanie półrocznych sprawozdań dotyczących rozwoju dziecka z

załączeniem jednego zdjęcia³⁵.

Także w Szwajcarii, przy okazji reformy kodeksu cywilnego (ZGB), stworzono wzorem ustawodawcy niemieckiego, obszerną regulację prawa rodzica do informacji (art. 275a k.c.szw.)³⁶. W świetle prawa belgijskiego rodzic, któremu nie przysługuje władza rodzicielska może domagać się od drugiego (lub innych osób) informacji potrzebnych do czuwania nad rozwojem i wychowaniem dziecka (art. 374 ust. 4 zdanie czwarte k.c.belg.). Natomiast we Francji rodzic, któremu nie powierzono władzy rodzicielskiej powinien być informowany o wszystkich ważnych, z punktu widzenia interesów dziecka, decyzjach drugiego rodzica (art. 288 ust. 1 zdanie pierwsze k.c.fr.).

Oczywiście wobec wyraźnej, w pewnym stopniu oddzielnej, regulacji prawa do informacji może powstać wątpliwość, co do wzajemnych relacji pomiędzy prawem do kontaktów, a prawem rodzica do informacji o sprawach dziecka. Tym bardziej, że w dawniejszej literaturze spotkać można również pogląd, zgodnie z którym prawo do informacji służy także rodzicom **nieposiadającym** z różnych powodów prawa do kontaktów z dzieckiem³⁷. Takie podejście lokowałoby prawo do wglądu w świadectwa oraz uzyskania zdjęcia dziecka poza treścią prawa do kontaktów, właśnie w ramach prawa do informacji. Z perspektywy polskiego prawa rodzinnego problem ten, wobec braku osobnej regulacji prawa do informacji (zawierającego się w prawie do kontaktów lub wykraczającego poza jego granice), jest mniej doniosły. Z perspektywy prawa obcego natomiast decydujące znaczenie dla takiej lub innej kwalifikacji wzajemnych relacji obu pozycji prawnych należałoby przypisać wyznaczeniu zakresu prawa do kontaktów. Przy wąskim ujęciu, ograniczającym to prawo jedynie do kontaktów osobistych, ewentualnie innych form porozumiewania się z dzieckiem, prawo do informacji musiałoby uzyskać byt niezależny. Aktualnie za granicą dominuje, o czym była już mowa, szerokie pojmowanie prawa do kontaktów. Nie ma zatem powodów, dla których w prawie do informacji należałoby dostrzegać osobną pozycję prawną rodziców.

Reasumując można przyjąć, że w systemach zagranicznych prawo do kontaktów z dzieckiem obejmuje na ogół **wszelkie** formy kontaktów, a więc zarówno pośrednie, jak i bezpośrednie, w tym werbalne na równi z niewerbalnymi.

3.2. OTWARTY KATALOG POSTACI KONTAKTÓW W PRAWIE POLSKIM

Prawodawca polski w treści art. 113 § 2 k.r.o. sformułował wyraźny katalog form kontaktów z dzieckiem. *Expressis verbis* wskazane zostały dwie postaci należące do kategorii kontaktów bezpośrednich, tj. przebywanie z dzieckiem i bezpośrednie porozumiewanie się z nim oraz dwie zaliczane do form pośrednich, tj. utrzymywanie korespondencji oraz korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej.

Przebywanie z dzieckiem, czyli widywanie się z nim, słusznie uważane jest za najważniejszy przejaw kontaktów³⁸. Stosownie do treści art. 113 § 2 k.r.o. przebywanie obejmuje trzy wyraźnie wymienione formy: odwiedziny, spotkania oraz zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu.

Pewną dezorientację w piśmiennictwie prawnorodzinnym wywołało określenie "bezpośrednie porozumiewanie się"³⁹. Warto poświęcić mu zatem nieco więcej uwagi, tym bardziej, że nie można zgodzić się z zaproponowanym jego rozumieniem.

Otóż pojawił się pogląd, zgodnie z którym "porozumiewanie się dokonywane jest w sposób bezpośredni, czyli w czasie rozmowy z fizycznie obecną osobą"⁴⁰. Chodzić miałyby o porozumiewanie się mające miejsce "zarówno w mieszkaniu dziecka lub lokalu drugiego rodzica lub jego rodziny, jak i w świetlicach, lokalach szpitalnych, rozmównicach koszarowych, a nawet więzieniach, jeżeli pozwalają na to okoliczności, a zwłaszcza wiek i stopień rozwoju dziecka"⁴¹.

Stanowiska tego nie sposób, z wielu powodów, podzielić. Przy bezpośrednim porozumiewaniu się chodzić musi ewidentnie o komunikację przy użyciu: telefonu, wideofonu, radia, czy narzędzi informatycznych takich jak ICR (porozumiewanie się z użyciem kamery internetowej). Tym, rzeczywiście dość niefortunnie użytym i niejednoznacznym sformułowaniem, ustawodawca określa sytuacje, w których "strony są oddalone od siebie, ale komunikują się za pomocą urządzeń działających w ten sposób, że proces komunikacji nie jest podzielony na wyraźnie odrębne i rozłożone w czasie zespoły czynności każdej ze stron, a komunikat jednej strony w chwili jego wysyłania (lub niezauważalnie później) dociera do drugiej"⁴². Strony pozostają zatem przy kontakcie na odległość w takiej interakcji, która zbliża je do kontaktu osób jednocześnie obecnych. Takie pojmowanie "bezpośredniego porozumiewania się" zostało wypracowane w doktrynie na tle innych regulacji prawa cywilnego, w tym np. art. 66 k.c., i nie ma powodów do odstępowania od już przyjętych reguł. Tym bardziej, że zapewnia ono spójność przepisu art. 113 § 2 k.r.o. W przeciwnym razie rozróżnienie przebywania z dzieckiem i bezpośredniego porozumiewania się nie byłoby możliwe. Trudno przecież wyobrazić sobie odwiedziny bez

porozumiewania się i porozumiewanie się - warunkiem, którego miałyby być fizyczna obecność osób - bez spotkania. A zatem odwołanie się przez ustawodawcę do tak rozumianego bezpośredniego porozumiewania się byłoby jedynie zupełnie zbędnym zabiegiem (*superfluum*). Nieprzekonującą próbę rozróżnienia obu form kontaktu opierającego się na kryterium fizycznej styczności (dotyku)⁴³, które miałyby być konieczną cechą pobytu z dzieckiem, należy zdecydowanie odrzucić.

Kontakty pośrednie stanowią: korespondencja - którą należy chyba rozumieć, jako tradycyjną, a więc listowną - oraz inne środki porozumiewania się na odległość. Przy tym określenie "inne środki porozumiewania się na odległość" należy interpretować w odniesieniu do bezpośredniego porozumiewania się. A zatem inne niż środki bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Będzie więc chodziło w szczególności o: telefoniczne krótkie wiadomości tekstowe (sms), internetową pocztę elektroniczną (e-mail), telefoniczną pocztę głosową itd.

Przywołany katalog ma charakter otwarty. Również w prawie polskim możliwe są kontakty realizowane w innych formach. Będzie o tym jeszcze mowa w dalszych rozważaniach. W tym miejscu warto jedynie zasygnalizować prawo do obdarowywania dziecka prezentami oraz przede wszystkim prawo do informacji o dziecku. To ostatnie, mimo iż wyraźnie niewspomniane w nowej regulacji prawa do kontaktów⁴⁴, stanowi jego istotną treść uzasadnioną celem (*ratio legis*) prawa do styczności z dzieckiem. A jest nim m.in. wyrobienie sobie obrazu rozwoju i wychowania dziecka⁴⁵.

ROZDZIAŁ II

CELE PRAWA DO KONTAKTÓW

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W literaturze socjologicznej, psychologicznej, ale także prawniczej, niemal powszechne jest przekonanie o szczególnej wadze kontaktów z dzieckiem, w tym przede wszystkim kontaktów rodzica, który nie sprawuje nad dzieckiem stałej pieczy. Od mniej więcej dwudziestu lat przedmiotem dyskusji nie jest to, czy mają one swoje uzasadnienie i czy służą dobru dziecka¹, ale raczej to jakie jest to uzasadnienie. Jest tak, w zasadzie niezależnie od tego, czy w danym porządku prawnym prawo do styczności z dzieckiem znalazło odbicie w postaci wyraźnej, mniej lub bardziej szczegółowej, regulacji prawnej, czy też nie. Oczywiście, poszukiwanie *ratio legis* prawa do kontaktów łatwiejsze jest wówczas, gdy uregulowania takie istnieją.

Uzasadnienie prawa do kontaktów nie może być jednolite. Co dość oczywiste, różni się ono przede wszystkim w zależności od tego, jakiemu podmiotowi prawo służy. Dlatego celowe wydaje się jego poszukiwanie w ramach trzech podstawowych kategorii: ochrony interesu dziecka, interesu rodziców oraz interesu pozostałych osób bliskich.

Nierzadko chodzi o zbieżne interesy dziecka oraz rodziców. Stąd dalsze rozważania warto rozpocząć właśnie od naświetlenia wspólnych dla rodziców i dziecka powodów przyznania prawa do kontaktów. Dopiero w dalszej kolejności przybliżone zostaną ekskluzywne interesy wyłącznie poszczególnych uprawnionych.

2. OCHRONA INTERESÓW WSPÓLNYCH DLA DZIECKA ORAZ RODZICA UPRAWNIONEGO DO KONTAKTÓW

2.1. PIELĘGNOWANIE WZAJEMNEJ MIŁOŚCI

Najbardziej podstawowym i znaczącym celem, któremu służyć ma prawo do kontaktów, jest pielęgnowanie wzajemnej miłości (*gegenseitige Liebe, innere Verbundenheit, child - parent bond, liens affectifs*) rodzica i dziecka². Absolutnym truizmem, ale jednak trudnym do uniknięcia w tym miejscu, będzie stwierdzenie, że doświadczanie miłości ze strony rodzica, ale także, chociaż oczywiście w mniejszym stopniu, ze strony innych osób bliskich uprawnionych do kontaktów, ma dla prawidłowego rozwoju dziecka trudne do przecenienia znaczenie. Ten niezwykle ważny składnik dziecięcej uczuciowości powinien być zatem w miarę możliwości zabezpieczony także w tych przypadkach, w których rodzina nie jest spójna³.

Nie jest też rzeczą przypadku akcentowanie w piśmiennictwie wzajemności miłości rodzica i dziecka. Zwraca się uwagę na to, iż zabieg ten ma na celu lepsze wyeksponowanie tego, że to nie tylko dla

dziecka ważne jest, aby rozwód rodziców nie przekształcił się dodatkowo w rozbitcie samej rodziny. Także rodzic niesprawujący na co dzień opieki nad dzieckiem ma, na ogół, silną potrzebę utrzymania kontaktu z własnym dzieckiem⁴.

2.2. KULTYWOWANIE ZWIĄZKÓW RODZINNYCH (FAMILIENBANDE)

O ile w podtrzymywaniu wzajemnej miłości między rodzicem i dzieckiem postrzegana jest w piśmiennictwie prawnorodzinnym przede wszystkim płaszczyzna społeczna. Pielęgnowanie tej więzi służyć ma i akcentuje przecież relacje społeczne między dwojgiem ludzi. O tyle kultywowanie związków rodzinnych (poczucia przynależności do rodziny - *Familienbande*) służyć ma przede wszystkim ochronie więzi biologicznej⁵. Prawo do osobistej styczności powinno zapewnić dziecku, a także rodzicowi niesprawującemu opieki oraz dziadkom i innym krewnym uprawnionym do kontaktów, możliwość umacniania poczucia przynależności do tej samej grupy rodzinnej połączonej więzami krwi. Z jednej strony chodzi tu o zaspokojenie instynktownej potrzeby dziecka znajomości swego pochodzenia, własnych korzeni i identyfikacji z nimi, z drugiej zaś, również o uwzględnienie potrzeby rodziców i starszej generacji kontynuacji, a więc rozwijania założonej rodziny i przedłużania jej bytu⁶.

W związku z tą funkcją prawa do kontaktów, w literaturze niemieckiej zasygnalizowano dodatkowy, warty odnotowania, aspekt. Otóż niektórzy autorzy łączyli z nią szczególnie element w postaci dążenia do ponownego scalenia rodziny i umożliwienia dziecku powrotu na jej łono. Argumentowano, że w przypadku rozwodu zadaniem państwa - wynikającym, w realiach niemieckich, z art. 6 ust. 2 konstytucji niemieckiej⁷ - jest uczynienie możliwie wszystkiego, aby dziecko mogło powrócić do rodziny⁸.

3. ZABEZPIECZENIE POZOSTAŁYCH INTERESÓW DZIECKA

3.1. ZAPEWNIENIE NIEZAKŁÓCONEGO ROZWOJU DZIECKA

Zgodnie z aktualnymi poglądami oboje rodzice mają zasadnicze znaczenie dla prawidłowego rozwoju dziecka. Wbrew dawniejszym przekonaniom obecnie uważa się, że w sytuacji rozwodu rodziców, dla dziecka wcale nie ma pierwszoplanowego znaczenia osiągnięcie spokoju oraz stabilizacji, które może mu zapewnić wyłączna opieka jednego z rodziców. Dla jego prawidłowego rozwoju zdecydowanie ważniejsze jest, aby rozwód rodziców nie pociągał za sobą również utraty jednego z nich⁹. Także w judykaturze oraz w zagranicznej doktrynie prawniczej podkreśla się, że to właśnie regularne, harmonijne, a w szczególności odbywające się w niekonfliktowej atmosferze kontakty umożliwiają właściwy emocjonalny oraz kognitywny rozwój dziecka.

Dominuje również pogląd, że dzieci zdecydowanie lepiej znoszą wywołaną rozwodem rodziców konieczność przestawienia się na funkcjonowanie w ramach rodziny niepełnej, jeśli istniejące wcześniej więzi rodzinne mogą być, w możliwie najszerszym zakresie, utrzymane. Dziecko bowiem szybciej oswaja się z nową sytuacją oraz koniecznością zaakceptowania związanych z nią obciążeń, jeśli nie może jej wyprzeć poza swą codzienność, gdyż zapobiegają temu m.in. kolejne terminy odwiedzin¹⁰.

Jego osobowość zostanie wzmocniona, jeśli dziecko przezwycięży trudności związane z nową sytuacją życiową. Dodaje się także, że utrzymywanie kontaktów oszczędza dziecku, przynajmniej w pewnym zakresie, frustracji związanej z utratą zaufanej osoby bliskiej, która w przeciwnym razie musiałaby być wymazana z jego życia¹¹.

Regularny kontakt z rodzicem niesprawującym pieczy na co dzień ułatwia dziecku życie w zdekompletowanej rodzinie. Zapewnia mu personalną kontynuację, co pozwala m.in. na uzyskanie niezbędnego w sytuacjach kryzysowych wsparcia psychicznego od każdego z rodziców¹².

Zauważa się również, że wychowanie przez rodzica, któremu powierzona została władza rodzicielska, a co za tym idzie stała piecza nad dzieckiem, jest we właściwy sposób uzupełniane obecnością również drugiego rodzica. To z kolei jest szczególnie ważne dla rozwoju dziecka, które, jak się obecnie uważa, w równym stopniu potrzebuje doświadczania zarówno miłości matczynej, jak i ojcowskiej¹³. Zwraca się przy tym uwagę chociażby na to, że męski pierwiastek identyfikacji nie da się zastąpić żeńskim i odwrotnie. Nie bez znaczenia jest także obserwacja, że stosunkowo często małżonkowie (rodzice) dobierają się na zasadzie przyciągania się przeciwieństw. Kontakt umożliwia zatem pełne wykorzystanie przy wychowaniu dziecka mocnych stron każdego z rodziców przy złączeniu ich słabości¹⁴.

3.2. ZABEZPIECZENIE "RODZICA REZERWOWEGO"

Utrzymywanie regularnych kontaktów z rodzicem niesprawującym na co dzień opieki ma również na celu zapewnienie swego rodzaju zapasowego lub, jak piszą inni, rezerwowego rodzica. Jeśli bowiem zdarzy się, że z różnych zresztą powodów, zarówno faktycznych, jak też prawnych, rodzic dotychczas nieopiekujący się dzieckiem na co dzień zmuszony będzie opiekę przejąć, to zdecydowanie lepiej jest, jeśli już będzie miał właściwe, bliskie relacje z dzieckiem. Dziecko, w tej na ogół niezwykle trudnej również dla niego sytuacji, trafi bowiem nie do kogoś obcego, ale do osoby, którą darzy już zaufaniem¹⁵.

W literaturze zagranicznej spotyka się również rzadziej występujące inne, daleko szersze, rozumienie celu w postaci zapewnienia rodzica rezerwowego. Otóż prawo do kontaktów ma, w tym ujęciu, zapewnić dziecku możliwość dokonania zmiany rodzica¹⁶. Zwraca się bowiem uwagę na to, że w różnych fazach swego rozwoju dziecko potrzebuje bardziej jednego lub drugiego rodzica. Po fazie identyfikacji z rodzicem sprawującym na co dzień opiekę może nastąpić faza nawet znacznego dystansowania się od niego. Jeśli więzi z drugim z rodziców będą dostatecznie silne, dziecko będzie mogło, stosownie do swoich potrzeb, mieszkać raz z jednym, a raz z drugim z rodziców. W skrajnych przypadkach może to oznaczać nawet bardziej definitywną zmianę rodzica. Dla przykładu w świetle badań przeprowadzonych w Wielkiej Brytanii około 16% dzieci stale zamieszkujących tylko z jednym z rodziców przed ukończeniem 16. roku życia dokonuje zmiany rodzica, czyli decyduje się na stałe zamieszkiwanie z drugim¹⁷.

Także kontakty z innymi osobami bliskimi mają dla dziecka ten istotny walor, że obok rodzica sprawującego opiekę ma ono jeszcze inne osoby, które darzy zaufaniem. Również one mogą być postrzegane jako swoiści opiekunowie *in spe*. Zwraca się uwagę na to, chociaż oczywiście zachodzą tu pewne różnice w uregulowaniach prawnych różnych krajów, że sąd rodzinny ustanawiając opiekuna, ma obowiązek wziąć pod uwagę również więzi pokrewieństwa oraz powinowactwa z przyszłym podopiecznym. Tak jest m.in. w świetle rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę polskiego. Zgodnie z treścią art. 149 § 2 k.r.o., jeśli niepozbawieni władzy rodzicielskiej rodzice dziecka nie wskazali opiekuna, sąd winien w pierwszej kolejności powierzyć opiekę właśnie komuś z kręgu krewnych lub innych osób bliskich.

Oczywiście, uwzględniając niewielką, jak się wydaje, ilość przypadków, w których dzieci rzeczywiście potrzebują ustanowienia rodzica zastępczego (opiekuna, kuratora), trudno odmówić słuszności spostrzeżeniu, iż ten ostatni aspekt jest raczej swego rodzaju pozytywnym efektem ubocznym, niż pierwszoplanowym celem prawa do kontaktów z dzieckiem¹⁸.

3.3. DODATKOWY BODZIEC DLA RODZICA ALIMENTUJĄCEGO

Rodzic niesprawujący na co dzień opieki na ogół zobowiązany jest do świadczenia alimentów na rzecz dziecka.

W piśmiennictwie zagranicznym zwraca się zwykle uwagę na to, że zapewnienie prawa do kontaktów - i oczywiście ich prawidłowy przebieg - może mieć zdecydowanie pozytywny wpływ na gotowość wypełniania obowiązku alimentacyjnego, a także zwiększanie rozmiarów świadczeń na rzecz dziecka¹⁹. Spostrzeżenie odnoszone jest w pewnym stopniu również do uzasadnienia prawa do kontaktów służącego dziadkom. Na ogół bowiem, również w zagranicznych porządkach prawnych, nawet jeśli w drugiej kolejności, dziadkowie jako krewni w linii prostej, zobowiązani mogą być do świadczeń alimentacyjnych na rzecz wnuków (art. 128 k.r.o.).

W tym kontekście zdecydowanie podzielić należy pogląd, że nie chodzi tu o osobny cel prawa do kontaktów, ale raczej o swego rodzaju praktyczny efekt uboczny, wyraźnie obcy naturze prawa do kontaktów. Kontakty z dzieckiem oraz obowiązek alimentacyjny to dwie odrębne instytucje prawne, które nie powinny być łączone. W przeciwnym razie może powstać niedobre wrażenie, że do rangi celu podnoszone jest "kupowanie" kontaktów przez rodzica uprawnionego (dziadków)²⁰.

3.4. OCHRONA REALISTYCZNEGO WIZERUNKU RODZICA

W interesie dziecka leży zachowanie prawdziwego, odpowiadającego rzeczywistości obrazu również tego rodzica, który nie sprawuje na co dzień opieki. Kontakty mogą temu dobrze służyć. Jest to szczególnie ważne wówczas, gdy rodzic wychowujący dziecko próbuje stworzyć negatywny obraz drugiego rodzica, co w efekcie może poważnie odbić się na poczuciu własnej wartości u dziecka.

Mimo to, na ogół ochrona wizerunku rodzica niesprawującego opieki nie jest podnoszona do rangi celu prawa do kontaktów. Na uzasadnienie przytacza się spostrzeżenie, że kontakty w sytuacjach

konfliktowych mogą łączyć się z napięciem u dziecka i nie dawać szansy na faktyczne osiągnięcie tego celu. Zatem sama ochrona wizerunku rodzica nie może być właściwym, a w szczególności wystarczającym, ich uzasadnieniem²¹.

4. INTERESY RODZICA UPRAWNIONEGO DO KONTAKTÓW

4.1. PRAWO DO KONTAKTÓW JAKO REKOMPENSATA UTRATY WŁADZY RODZICIELSKIEJ

W literaturze zagranicznej nierzadko prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym prawo do kontaktów z dzieckiem stanowi swego rodzaju kompensatę związaną z utratą - w świetle prawa polskiego należałoby raczej mówić o ograniczeniu - władzy rodzicielskiej²². Nie bez racji przywołuje się argument, że przecież sądy ograniczając (odbierając) władzę jednego z rodziców po rozwodzie i powierzając ją drugiemu nie dokonują jednocześnie wartościowania rodziców. Zwykle nie chodzi przecież o odebranie uprawnień rodzicowi "złemu" i przekazanie ich "dobremu". Najczęściej różnice są minimalne, a mimo to opiera się na nich pozytywną bądź negatywną decyzję sądu. Zatem, zdaniem wielu autorów, powstająca ewidentnie niesprawiedliwość kompensowana jest właśnie poprzez przyznanie prawa do kontaktów. Funkcję tę podnoszą do rangi jednego z istotnych jego celów.

Stanowisko takie z kilku powodów nie wydaje się słuszne.

Po pierwsze, należy pamiętać o tym, że prawo do kontaktów z dzieckiem nie służy wyłącznie, ani nawet przede wszystkim, interesom uprawnionego rodzica. Natomiast podnoszenie funkcji kompensacyjnej do rangi celu pociąga za sobą niebezpieczeństwo postrzegania tego prawa właśnie przez pryzmat interesów rodzica.

Po drugie, nie można nie dostrzegać również tego, że prawo do kontaktów z dzieckiem dotyczy nie tylko samych rodziców. Zarówno w Polsce, jak i za granicą, powszechnie uznawane jest prawo innych osób (dziadków, rodzeństwa, konkubentów itd.) do styczności z dzieckiem. W tych jednak przypadkach w ogóle nie ma mowy o władzy rodzicielskiej, a tym bardziej o jej odejmowaniu. Nie ma zatem miejsca na kompensację.

I po trzecie, na ogół przyjmuje się, chociaż oczywiście zależy to od konkretnej, mniej lub bardziej wyraźnej regulacji prawnej, że prawo do kontaktów z dzieckiem przysługuje obojgu rodzicom. Także temu, który na co dzień sprawuje pieczę. W prawie niemieckim stanowi tak wyraźnie § 1648 ust. 1 k.c.n. Również na tle prawa polskiego wątpliwości, w moim przekonaniu, nie pozostawia treść art. 113 § 1 k.r.o.

Zatem kompensacja w tym ujęciu, a więc postrzegana jako rekompensata związana z utratą władzy rodzicielskiej, nie może stanowić *ratio legis* przyznania prawa do osobistej styczności. Kompensacja, jako cel prawa do kontaktów, mogłaby być jednak dostrzeżona w nieco innej płaszczyźnie. Mianowicie tak, jak to się nierzadko czyni w literaturze francuskiej. Prawo do kontaktów z dzieckiem jest tam czasem pojmowane jako kompensacja braku wspólnoty codziennego życia.

4.2. UCZESTNICZENIE W ŻYCIU DZIECKA I OBSERWACJA JEGO ROZWOJU

Jednym z istotnych aspektów prawa do kontaktów z dzieckiem, zaliczanym do jego podstawowych celów, jest umożliwienie rodzicowi, który nie pozostaje z dzieckiem we wspólnym gospodarstwie domowym, uczestnictwa w jego życiu oraz obserwacji jego rozwoju²³. W niektórych porządkach prawnych aspekt ten znajduje wyraźne odzwierciedlenie w przepisach prawnych w postaci m.in. *expressis verbis* wyartykułowanego prawa do informacji. Była już o tym mowa w rozdziale I. W prawie polskim regulacji takiej wprawdzie brakuje, jednak nie może być wątpliwości, że również w świetle postanowień Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego cel ten jest w pełni aktualny. Świadczy o tym m.in. szeroki katalog pośrednich form kontaktu (art. 113¹ k.r.o.).

4.3. WPŁYW NA WYCHOWANIE

Niemiecki Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*) konsekwentnie odmawia rodzicowi uprawnionemu do kontaktów z dzieckiem prawa do jego wychowywania²⁴. Ściślej rzecz biorąc, uprawnionemu do kontaktów rodzicowi, któremu nie służy władza rodzicielska. Powinien mieć jedynie możliwość przekonania się o rozwoju dziecka; wyrobienia sobie zewnętrznego tego obrazu. Prawo do kontaktów nie może natomiast służyć ingerowaniu w wychowywanie dziecka przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską.

Również w niemieckim piśmiennictwie rodzinnoprawnym akceptowany jest pogląd, że celem prawa do odwiedzin dziecka nie jest możliwość jego wychowywania w czasie odwiedzin według własnych

wyobrażeń (*Ersatzerziehung im eigenen Stil*)²⁵. Słusznie podkreśla się, że rozwód rodziców oznacza zakończenie wspólnoty życia i wychowania pomiędzy dzieckiem oraz rodzicem z nim niezamieszkującym i redukcję ich relacji do "wspólnoty spotkań"²⁶. W rezultacie zadania wychowawcze oraz decydowanie o dziecku należą do rodzica sprawującego na co dzień pieczę nad dzieckiem. Próby urzeczywistnienia własnych wyobrażeń wychowawczych przez rodzica uprawnionego do styczności z dzieckiem musiałyby osłabiać autorytet rodzica sprawującego władzę rodzicielską oraz utrudniać jego zadanie wychowania dziecka²⁷. Dodatkowo, nie bez pewnej racji, wskazuje się, że brak konsekwencji i spójności wychowawczej mógłby prowadzić do dezorientacji dziecka²⁸.

Wydaje się jednak, że kategoryczne wykluczenie prawa do wychowania zaprzeczałoby naturze i realiom kontaktów. Odwiedziny są bowiem w oczywisty sposób połączone z wpływem na wychowanie dziecka. Wychowanie to przecież wzajemne oddziaływanie pomiędzy rodzicami i dzieckiem. A zatem dochodzi do niego przy każdych odwiedzinach.

Niektórzy autorzy niemieccy podchodzą do tego zagadnienia odmiennie. Zgadzają się, iż rzeczywiście nie może być mowy o prawie do wychowywania dziecka jako o celu kontaktów, jednak cel taki dostrzegają we wspieraniu wychowania podejmowanego przez rodzica sprawującego pieczę poprzez nierozzerwalnie związane z kontaktami wpływy wychowawcze uprawnionego do kontaktów. Stanowisko takie jest wyprowadzane, z jednej strony, z akceptacji dla wychowawczej rzeczywistości związanej z odwiedzinami, z drugiej zaś, z jej ograniczenia wynikającego w prawie niemieckim z przepisu § 1684 ust. 2 k.c.n. nakazującego rodzicowi poniechanie wszystkiego, co utrudniałoby wychowanie dziecka przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską²⁹.

Podobnie rzecz należałoby ocenić z perspektywy prawa polskiego. A zatem dopuścić wychowanie dziecka w trakcie odwiedzin³⁰, jednak jedynie takie, które nie utrudnia - czyli przede wszystkim nie stoi w rażącej sprzeczności - z wychowywania dziecka przez rodzica stale z nim zamieszkującego. W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wprowadzić brak jest normy będącej odpowiednikiem § 1684 ust. 2 k.c.n., jednak podobny sens można wyprowadzić z bardziej ogólnych regulacji, w tym w szczególności dotyczących sprawowania władzy rodzicielskiej. Skoro bowiem rodzice, którym przysługuje władza rodzicielska zobowiązani są do współdziałania w jej wykonywaniu (art. 97 § 2 k.r.o.) oraz dbania o dobro dziecka (art. 95 § 3 k.r.o.), to do takiego współdziałania i respektowania dobra dziecka - ograniczającego własne wyobrażenia o kierunkach wychowania - tym bardziej musi być zobowiązany rodzic, którego władza rodzicielska została ograniczona lub, który w ogóle jej nie posiada.

4.4. KONTROLA SPRAWOWANIA WŁADZY RODZIELSKIEJ

W zagranicznej literaturze rodzinnoprawnej spore kontrowersje wywoływał pogląd, zgodnie z którym jednym z celów przyznania rodzicowi prawa do osobistych kontaktów z dzieckiem jest umożliwienie czuwania nad sposobem wykonywania władzy rodzicielskiej przez drugiego z rodziców.

We Francji, a także w Belgii, stanowisko takie znajduje wyraźne oparcie w przepisach ustawy i nie jest kontestowane. Artykuły 288 k.c.fr. oraz 374 k.c.bel. *expressis verbis* przyznają rodzicowi, który nie wykonuje władzy rodzicielskiej prawo czuwania nad wychowaniem dziecka przez drugiego z rodziców. W piśmiennictwie podkreśla się, że prawo do kontaktów z dzieckiem ma uczynić nadzór bardziej bezpośrednim i efektywniejszym³¹.

Z kolei w Niemczech zdecydowanie przeważa zapatrywanie odmierne. Zgodnie z dominującym obecnie poglądem, prawo do kontaktów nie służy kontroli rodzica sprawującego władzę. Nadzór byłby w tej relacji absolutnie niepożądany. Z jednej strony, stymulowałby mieszanie się do sposobu wychowania dziecka przez drugiego z rodziców, który przecież jednoosobowo dźwiga ciężar wychowania dziecka), a przez to powodował konflikty³². Z drugiej zaś, nie bez racji zwraca się uwagę również na to, że przecież kontrola wymaga obiektywizmu. Natomiast uprawniony do kontaktów rodzic, niesprawujący na co dzień opieki, niezwykle rzadko będzie rzeczywiście neutralnym obserwatorem. A tym samym nie będzie nadawał się do czuwania nad sposobem sprawowania władzy rodzicielskiej przez drugiego z rodziców. Regułą przecież jest, że obserwuje on dziecko jedynie wyrwykowo, w sytuacjach wyjątkowych, nawet jeśli kontakty są regularne i intensywne, nie zaś w jego codzienności³³.

Dodatkowo wskazuje się także na brak odpowiedniego przygotowania rodziców-laików do prawidłowego rozpoznania, a w szczególności oceny, zależności przyczynowo-skutkowych w obszarze psychologii dziecka³⁴. W konsekwencji niemal powszechnie wyklucza się kontrolną funkcję prawa do kontaktów z dzieckiem, wskazując, że chodzi tu jedynie o swego rodzaju efekt uboczny.

Stanowisko dominujące w literaturze niemieckiej nie przekonuje. Wprawdzie trudno odmówić słuszności twierdzeniu, że ustawodawca przyznając prawo do kontaktów z dzieckiem nie stworzył dla

uprawnionego jakiegś szczególnej pozycji instancji kontrolnej. Nie sposób chyba jednak zaprzeczyć temu, że rodzic uprawniony obserwując dziecko podczas kontaktów jest szczególnie predystynowany do tego, aby zauważyć nieprawidłowości zarówno w jego wychowaniu, odżywieniu, jak i w zaopatrzeniu - często niedostrzegalne dla innych. Może więc odpowiednio do sytuacji reagować, np. na gruncie prawa polskiego, sygnalizować sądowi rodzinnemu potrzebę wydania stosownych zarządzeń dotyczących sprawowania władzy rodzicielskiej albo nawet domagać się zmiany rozstrzygnięcia w sprawie powierzenia władzy rodzicielskiej. Zatem istniejąca *de facto*, zupełnie naturalna kontrola sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, albo lepiej czuwanie nad tym sposobem, nie wydaje się być jedynie niedostrzeżonym przez ustawodawcę efektem ubocznym regulacji. Chodzi jednak o ważny aspekt tego prawa należący do *ratio legis*. Rodzic powinien przecież mieć możliwość ustrzeżenia dziecka przed niebezpieczeństwami związanymi z nieprawidłowym sprawowaniem władzy rodzicielskiej³⁵.

Przy takim rozumieniu kontrolnego celu prawa do kontaktów należy go jednak przesunąć do grupy unormowań służącej ochronie interesów dziecka. Nie chodzi tu przecież o stworzenie pozycji prawnej mającej na celu zabezpieczenie interesu uprawnionego do kontaktów rodzica.

4.5. UNIKNIĘCIE REDUKCJI DO ROLI RODZICA-PŁATNIKA (ZAHLVATERSCHAFT)

W zagranicznym piśmiennictwie prawnorodzinym od dawna funkcjonuje interesujący, chociaż dyskusyjny pogląd, zgodnie z którym prawo do osobistych kontaktów z dzieckiem ma również na celu, szczególnie w przypadkach ojców dzieci pozamałżeńskich, zapobieżenie zepchnięciu rodzica do roli płatnika alimentów. W tym ujęciu obowiązek alimentacyjny kompensowany byłby właśnie przez prawo do osobistej styczności z dzieckiem³⁶.

Stanowisko takie, jakkolwiek niepozbawione *prima facie* pewnej atrakcyjności, jest na ogół, w moim przekonaniu słusznie, odrzucane³⁷. Z całą pewnością celem prawa do kontaktów nie jest uniknięcie wspomnianej redukcji. Przeciw kompensacji w tym ujęciu przemawia dostatecznie wiele argumentów w pełni aktualnych również w świetle prawa polskiego.

Najważniejszego wydaje się dostarczać spostrzeżenie, że przecież ustawodawca wyraźnie rozdzielił prawo do kontaktów od obowiązku alimentacyjnego. Chodzi o w pełni niezależne pozycje prawne, o czym świadczą chociażby różny krąg podmiotowy w obu przypadkach, albo też różne przesłanki powstania. Rozdzielenie to nie może budzić wątpliwości także na tle polskiego prawa rodzinnego.

Dodatkowo warto również przywołać argument ogólniejszej natury. Otóż prawo rodzinne w jego części dotyczącej relacji rodzice-dzieci (tzw. prawo dziecięce), w tym oczywiście także prawo do kontaktów z dzieckiem, podporządkowane jest dobru dziecka i jego interesom. Rodzicom przyznane zostały pewne prawa względem dzieci jako strażnikom interesów dzieci. Ich własny interes nie ma tu pierwszoplanowego znaczenia. Dlatego też nie sposób postrzegać w prawie do osobistych kontaktów z dzieckiem, które przecież ustanowione zostało właśnie przede wszystkim w dobrze pojętym interesie dziecka, swoistej zapłaty za obciążenie alimentacyjne. W przeciwnym razie trzeba byłoby dojść do wniosku i zaprzeczyć tym samym powszechnemu w literaturze zagranicznej pogładowi, że prawo do styczności z dzieckiem nie ma służyć jego dobru, ale raczej, a przynajmniej przede wszystkim, interesom rodziców. Być ich zapłatą.

5. INTERESY POZOSTAŁYCH OSÓB UPRAWNIONYCH DO KONTAKTÓW

Także racjonalizacja prawa do kontaktów z dzieckiem przysługującego innym osobom mieści się w ramach wskazanych dotychczas celów. Wyjątkiem jest tu szczególne uzasadnienie pozycji prawnej dziadków.

Otóż w piśmiennictwie zagranicznym spotkać można próby formułowania szczególnego interesu dziadków, a nawet podnoszenia go do rangi jednego z celów prawa do styczności. Wprawdzie trudno podzielić pogląd, jakoby chodziło o dodatkowe *ratio legis* prawa do kontaktów. Jest to raczej pewien pozytywny, ale jednak uboczny efekt. Mimo to warto go zasygnalizować.

Oczywiście, trudno przecenić z perspektywy uprawnionych dziadków znaczenie kontaktów pomiędzy generacjami. Styczność z wnukami oznacza dla nich nie tylko poczucie kontynuacji, ale też daje szansę na ożywienie własnego dzieciństwa oraz rodzicielstwa. Kontakty chronią dziadków przed samotnością (szczególnie dotkliwą w starszym wieku); są dla nich źródłem zadowolenia, a także wzmacniają poczucie własnej wartości oraz przydatności. Styczność z wnukami wnosi, co równie istotne, dodatkowe urozmaicenie codzienności starszych ludzi³⁸.

Szczególnie ciekawe jest jednak inne spostrzeżenie. Otóż więź z wnukami tworzy podstawę swego

rodzaju prywatnego, rodzinnego systemu opiekuńczego, z którego dziadkowie w określonych sytuacjach będą zmuszeni - albo raczej będą mogli - skorzystać³⁹.

6. ZABEZPIECZENIE INTERESÓW RODZICA SPRAWUJĄCEGO OPIEKĘ

Prawo do kontaktów z dzieckiem służące rodzicowi sprawującemu na co dzień opiekę nad dzieckiem ma niewielkie praktyczne znaczenie. Odgrywa rzeczywistą rolę jedynie wówczas, gdy dziecko dłuższy czas przebywa u drugiego rodzica, np. przy opiece naprzemiennej, lub u innych osób. *Ratio legis* przyznania również temu z rodziców prawa do kontaktów z dzieckiem pokrywa się w zasadzie z celami, którymi uzasadnia się prawo rodzica niesprawującego opieki. Chodzi zatem przede wszystkim o możliwość pielęgnowania wzajemnej miłości oraz podtrzymywanie związków rodzinnych.

W tym miejscu nie chodzi jednak o uzasadnienie własnego prawa do kontaktów, które może służyć również rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską. W literaturze wskazuje się również na to, że przyznanie prawa do styczności innym osobom może leżeć także w interesie rodzica sprawującego pieczę.

Otóż, nie bez racji, zwraca się uwagę na to, że podtrzymywanie kontaktów dziecka z drugim z rodziców lub z uprawnioną osobą trzecią, leży w interesie rodzica sprawującego opiekę, gdyż w takim układzie może on zwykle liczyć na różnego rodzaju **pomoc** z ich strony. Podkreśla się, że szczególnie w pierwszym okresie po rozwodzie, wsparcie ze strony bliskich osób trzecich ma trudne do przecenienia znaczenie. Łagodzi bowiem trudności wychowawcze powstające z reguły po rozwodzie, a więc wówczas, gdy potencjał wychowawczy samego rozwiedzionego rodzica jest na ogół obniżony⁴⁰.

Podtrzymywanie kontaktów chroni także przed zarzutem niszczenia właściwej relacji z drugim rodzicem, oraz tworzenia niewłaściwego, zafałszowanego obrazu "rodzica wroga"⁴¹.

Zdaniem niektórych autorów, nie bez znaczenia jest również to, że kontakty dziecka z innymi osobami dają rodzicowi niezbędny czas wolny potrzebny dla przełamania izolacji wywołanej rozwodem i zbudowania nowych relacji towarzyskich i osobistych⁴².

ROZDZIAŁ III

RODZICE I DZIECI JAKO ŚCISŁY KRĄG PODMIOTÓW UPRAWNIONYCH DO KONTAKTÓW

1. UWAGI OGÓLNE. TENDENCJA ROZSZERZANIA KRĘGU PODMIOTÓW UPRAWNIONYCH

Analiza zagranicznych regulacji prawnych oraz w szczególności judykatury sądów obcych pozwala na wyodrębnienie, w ramach kręgu podmiotów uprawnionych do kontaktów, trzech grup osób. Do identycznych rezultatów doszedł ostatnio ustawodawca polski nowelizując w 2008 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Chodzi mianowicie o: rodziców, osoby bliskie oraz samo dziecko.

Początkowo w kontekście prawa do kontaktów lokowano wyłącznie rodzica niesprawującego na co dzień opieki nad dzieckiem. Dopiero znacznie później - wraz z dyskusją nad charakterem prawnym prawa do styczności z dzieckiem - przysła refleksja, że musi ono służyć również drugiemu rodzicowi, czyli sprawującemu władzę, nawet jeśli na ogół nie ma większego praktycznego znaczenia poza sytuacjami wyjątkowymi. Następnie stopniowo zaczęto uwzględniać również interes innych osób. Najszybciej dalszych krewnych: dziadków, pradiadków oraz rodzeństwo; znacznie później także innych, niespokrewnionych osób bliskich - głównie współmałżonka lub konkubenta rodzica.

Stosunkowo szybko dostrzeżono, że rozszerzanie kręgu osób uprawnionych może mieć także istotny efekt negatywny. Może mianowicie znacznie utrudniać sprawowanie władzy rodzicielskiej przez rodzica oraz wychowywanie przez niego dziecka. Nie sposób przecież zapominać o tym, że uprawnieni powołują się na swoje prawo w sytuacji konfliktu z rodzicem. Dlatego prawo innych osób kształtowane jest przez ustawodawców zwykle jako zdecydowanie słabsze od uprawnienia służącego rodzicom. Mianowicie nie jako bezwzględne lub obiektywne, ale jako uzależnione od okoliczności konkretnej sprawy, wyznaczanych każdorazowo: dobrem lub interesem dziecka¹.

Od początku lat 80. XX wieku zaczął dokonywać się kolejny przełom. Coraz powszechniej zaczęto akceptować również własne prawo samego dziecka.

Kolejne dwa rozdziały (III oraz IV) poświęcone zostaną rozważeniu podmiotowego zasięgu uprawnienia do kontaktów. W piśmiennictwie zagranicznym trafnie wyróżnia się na tym tle dwa kręgi osób uprawnionych. Ścisły, obejmuje rodziców oraz dzieci a ich uprawnienie jest podstawowe oraz najbardziej

intensywne (dlatego przybliżone zostanie w pierwszej kolejności). Oraz dalszy, uwzględniający słabsze prawo pozostałych osób.

Podział ten stał się ostatnio również podstawą konstrukcji przyjętej przez ustawodawcę polskiego przy regulacji prawa do styczności. Wyraźnie rozróżnione zostało prawo rodziców i dzieci (art. 113 i 113¹-113⁵ k.r.o.) oraz uprawnienia innych podmiotów (art. 113⁶ k.r.o.).

2. RODZICE JAKO NIEJEDNOLITA KATEGORIA PODMIOTÓW UPRAWNIONYCH

Wbrew pozorom, krąg osób zaliczanych do kategorii uprawnionych do kontaktu rodziców nigdy nie był, a także nie jest obecnie, niesporny. Jednak o ile dawniej podstawowym dyskutowanym w literaturze zagranicznej problemem była kwestia uprawnienia rodzica - w praktyce wyłącznie ojca - pozamałżeńskiego, dziś niebudząca już na ogół wątpliwości. O tyle aktualnie miejsce to zajęła dyskusja na temat różnic w pozycji prawnej rodziców biologicznych, prawnych oraz socjologicznych.

W związku z tym ewolucję doktryny oraz judykatury zagranicznej podzielić można na dwa, dość wyraźnie wyodrębnione, etapy. Pierwszy, w którym wykrystalizowało się stanowisko, co do uprawnienia rodziców naturalnych, a także sytuacji, w których może się ono aktualizować. Oraz drugi, związany z dostrzeżeniem doniosłości różnic pomiędzy rodzicielstwem biologicznym, prawnym oraz socjologicznym, a w szczególności możliwą ich kolizją wówczas, gdy, wbrew regule, nie spotykają się w jednej osobie.

Rozważania poświęcone aktualnie dyskutowanym kwestiom warto poprzedzić wywodem dotyczącym pierwszego etapu ewolucji. Mimo pewnej archaiczności niektórych "dawniejszych" problemów, w tym m.in. związanego z rozróżnieniem rodzicielstwa małżeńskiego i pozamałżeńskiego, niesłuszne byłoby ich pominięcie w dalszej analizie. Ich zarysowanie jest tym bardziej istotne, że w prawie polskim, z oczywistych, historycznie uwarunkowanych powodów, wiele kwestii nie zaistniało. Ustawodawca natomiast, korzystając m.in. właśnie z dorobku zagranicznego, przeskoczył pewne etapy ewolucyjne.

Szczególnie ciekawy jest w tym kontekście rozwój poglądów doktryny, judykatury, a w końcu także prawodawcy niemieckiego. Właśnie on stanowić może dobry punkt wyjścia do dalszych rozważań. Ze względu na szczególne podobieństwo stanu prawnego obowiązującego w Niemczech, zaobserwowanie w jaki sposób ustawodawca niemiecki dochodził do obecnych uregulowań, wydaje się szczególnie pożyteczne.

W dalszej kolejności przybliżone zostaną specyficzne, szczegółowe problemy wiążące się z coraz częstszym obecnie rozszczepieniem trzech płaszczyzn rodzicielstwa. O ile dawniej rodzicielstwo biologiczne, prawne oraz socjalne nie tylko z reguły, ale niemal bezwyjątkowo, łączyło się w tej samej osobie, o tyle obecnie coraz częściej jest inaczej. Coraz częściej wobec tego powstają nieznanne, a przynajmniej niedostrzegane dawniej, problemy wynikające z ich kolizji. Wbrew pozorom sprawy nie da się skwitować wskazując na prymat rodzicielstwa prawnego. Powstaje tu wiele szczegółowych problemów. Chodzi w szczególności o relacje związane z adopcją dziecka - a więc spór na tle ewentualnego istnienia oraz kształtu uprawnień postadopcyjnych rodziców naturalnych, kwestię momentu nabycia uprawnień przez przyszłych rodziców adopcyjnych - czy również związane z biologicznym, niepotwierdzonym prawnie ojcostwem albo chociażby o rodzicielstwo wyłącznie socjologiczne, a więc m.in. ewentualne uprawnienie macochy lub ojczyma.

3. POZYCJA RODZICÓW BIOLOGICZNYCH I JEDNOCZEŚNIE PRAWNYCH

3.1. EWOLUCJA OD WYJĄTKOWEGO DO POWSZECHNEGO UPRAWNIENIA RODZICÓW NATURALNYCH W NIEMCZECH

Przed wejściem w życie BGB, czyli niemieckiego kodeksu cywilnego z 1896 r., w Niemczech na ogół uznawano jedynie prawo małżeńskiego rodzica do kontaktów z dzieckiem. Jakiegokolwiek prawo rodzica pozamałżeńskiego (i to nie tylko, co bardziej zrozumiałe, ojca, ale też matki - jeśli nie sprawowała władzy rodzicielskiej) nie wchodziło w grę. Co więcej, nawet prawo rodzica małżeńskiego pojawiało się tylko w określonej sytuacji. Chodziło o konstrukcję prawną pierwotnie ściśle powiązaną z rozwodem. Prawo do styczności, pojmowane jako roszczenie, przyznawane było wyłącznie temu z rodziców, który w związku z rozwodem nie uzyskiwał władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. W pozostałych przypadkach, a więc wówczas, gdy do rozwodu nie dochodziło, prawo nawet małżeńskiego rodzica nie było uznawane przez sądy. Mówiono, co najwyżej, o prawie zwyczajowym (*Sittengesetz*) albo raczej zwyczajowym obowiązku rodzica, pod którego pieczęć dziecko pozostawało, umożliwienia kontaktów, uzależnionym od oceny ich

zgodności z dobrem dziecka².

Tak ukształtowany krąg uprawnionych rodziców rozszerzony został po raz pierwszy dopiero, po z górą półwieczu, w 1958 r., poprzez ustawę o równouprawnieniu mężczyzny i kobiety (*Gleichberechtigungsgesetz*³). Norma regulująca prawo do kontaktów została wtedy przesunięta z grupy przepisów regulujących rozwód do działu dotyczącego władzy rodzicielskiej. Zmiana ułożenia nie miała jedynie charakteru techniczno-porządkowego. Spowodowała, że dotychczasowe, jedynie zwyczajowe prawo nierozwiedzonego rodzica, przekształciło się w chronione prawem roszczenie⁴. A zatem prawo do styczności zaczęło służyć nie tylko rodzicowi rozwodzającemu się, ale każdemu małżeńskiemu rodzicowi, który, z takich czy innych powodów, nie sprawował władzy rodzicielskiej, albo nie zamieszkiwał z dzieckiem.

Kolejna istotna zmiana wiązała się z ustawą o dzieciach pozamałżeńskich (*Nichtehelichengesetz*⁵) z 1969 r. Nakazała ona mianowicie odpowiednie stosowanie przepisów o władzy rodzicielskiej, a więc również o styczności z dzieckiem, do dzieci pozamałżeńskich. W związku z tym prawo do kontaktu z dzieckiem uzyskały pozamałżeńskie matki, ciągle jeszcze wyłącznie wówczas, gdy nie służyła im władza rodzicielska. Umocniona została również pozycja ojca pozamałżeńskiego, jakkolwiek nie w tym samym stopniu co matek. Dotychczas, zgodnie z pierwotną redakcją k.c.n., nie tylko nie służyło mu prawo do styczności z dzieckiem, ale nie był z nim nawet, z prawnego punktu widzenia, spokrewniony. Jedyną więzią, jaką uznawano, było roszczenie alimentacyjne dziecka przeciwko swemu pozamałżeńskiemu ojcu⁶. W 1969 r. nabył on wreszcie dość słabe uprawnienie. Mianowicie, stosownie do treści § 1711 ust. 2 k.c.n. w jego dawnej redakcji, sąd opiekuńczy mógł mu przyznać prawo do styczności, ale jednak wyłącznie wówczas, gdy służyło to dobru dziecka. Był to, mimo wszystko, milowy krok naprzód. Odtąd przestano bowiem dyskutować czy ojciec pozamałżeński jest uprawniony do kontaktu, a zaczęto kontestować dość wstrzemięźliwe ukształtowanie jego prawa⁷.

W 1979 r., w ustawie o władzy rodzicielskiej, *Sorgerechtsgesetz*⁸, prawodawca niemiecki przesądził inną ważną, od dawna dyskusowaną w doktrynie kwestię. W § 1634 ust. 4 k.c.n., w jego dawnej redakcji, przyłączył się mianowicie do dominującego już w judykaturze i doktrynie stanowiska, że prawo do kontaktów służy także rodzicom wspólnie sprawującym władzę rodzicielską, jednak faktycznie nie zamieszkującym razem. Odtąd nie było już wątpliwości, że uprawnienie to ma także rodzic sprawujący władzę rodzicielską na co dzień. Orzecznictwo wkrótce myśl tę sprecyzowało i rozwinęło. Wyjaśniło mianowicie, że uprawnienie do kontaktów przysługuje nie tylko nierozwiedzionemu rodzicowi, któremu służy władza rodzicielska, a na skutek okoliczności formalnych lub faktycznych nie zamieszkuje z dzieckiem, ale też: 1) rodzicowi, któremu po rozwodzie przyznane zostało wspólne sprawowanie władzy rodzicielskiej⁹, a nawet 2) rodzicowi wyłącznie uprawnionemu do sprawowania władzy rodzicielskiej¹⁰.

Rezultaty ewolucji pojmowania terminu "rodzice" zostały w 1997 r. utrwalone przez ustawodawcę niemieckiego w nowym brzmieniu § 1684 k.c.n. (*Kindschaftsrechtsreform*). Obecnie uprawniony do kontaktu ze swoim dzieckiem jest *jeder Elternteil* czyli każdy rodzic, niezależnie od tego, czy ma status małżeński oraz bez względu na to, czy służy mu jednocześnie władza rodzicielska. Wprawdzie w niemieckim kodeksie cywilnym próżno szukać definicji "rodzica", wyjaśnione zostały jednak określenia "matka" oraz "ojciec", co uważane jest za w pełni wystarczające. I tak, stosownie do treści § 1591 k.c.n. matką jest kobieta, która urodziła dziecko, ojcem natomiast, w świetle § 1592 k.c.n. jest mężczyzna: 1) będący jej mężem w czasie gdy urodziła dziecko, 2) który uznał ojcostwo lub 3) którego ojcostwo zostało ustalone sądownie.

3.2. POWSZECHNE UPRAWNIENIE RODZICA W PRAWIE POLSKIM

Na tle obowiązujących w Polsce regulacji prawnych rezultaty, do których doszedł w wyniku długiej, ponad stuletniej ewolucji prawodawca niemiecki, są w pełni aktualne.

Również w świetle art. 113 k.r.o. można mówić o powszechnym uprawnieniu służącym każdemu rodzicowi naturalnemu, którego rodzicielstwo zostało, ustalone. Bez znaczenia jest zatem małżeński albo pozamałżeński status rodzica. A więc to, czy rodzice dziecka pozostawali kiedykolwiek w związku małżeńskim. Prawo polskie od dawna nie rozróżnia pozycji dzieci pochodzących z małżeństwa i pozamałżeńskich, w tym także w zakresie ich relacji z rodzicami. Nie czyni tego również, gdy chodzi o status rodziców¹¹.

Podobnie jak w prawie niemieckim, prawo do styczności nie jest efektem rozwodu i może przysługiwać również rodzicom pozostającym nadal w związku małżeńskim. W takim przypadku wystarczającą w tym kontekście przesłanką powstania uprawnienia jest faktyczne rozłączenie z dzieckiem. Nie ma przy tym znaczenia, czy żądającemu ustanowienia kontaktów służy władza

rodzicielska. Także w Polsce nie ma bowiem wątpliwości co do tego, że rodzicielskie prawo do styczności z dzieckiem oraz władza rodzicielska to dwie samoistne, chociaż, o czym będzie jeszcze mowa, nie w pełni niezależne od siebie¹², pozycje prawne.

Wreszcie bez znaczenia jest także to, w jaki sposób ustalone zostało ojcostwo (ewentualnie macierzyństwo). Jakkolwiek oczywiście to, czy chodzi o ustalenie dobrowolne czy też przymusowe, mogłoby w konkretnym przypadku, przy uwzględnieniu pozostałych okoliczności, odegrać istotną rolę dla oceny kontaktów z punktu widzenia dobra dziecka. A więc w rezultacie złożyć się nawet na odmowę ich ustanowienia.

3.3. STYCZNOŚĆ RODZICÓW NATURALNYCH W OKRESIE PREADOPCYJNYM (W PRAWIE POLSKIM)

Ustawodawca polski nie uznał za stosowne modyfikowania prawa rodziców do osobistej styczności z dzieckiem w okresie preadopcyjnym, czyli w czasie bezpośrednio poprzedzającym przysposobienie dziecka przez inne osoby. Co do zasady zatem, aż do momentu uprawomocnienia się orzeczenia o przysposobieniu, obojgu rodzicom służy prawo do kontaktu z dzieckiem, o ile nie zostali pozbawieni tego prawa przez sąd (w trybie art. 113³ k.r.o.)¹³.

Jednak mimo braku wyraźnej regulacji prawnej do odmiennych wniosków należałoby dojść w przypadku postępowania dotyczącego adopcji pełnej i nieodwołalnej. Jest ona uzależniona od wyrażenia przez rodziców tzw. zgody *in blanco*, a więc zgody na przysposobienie dziecka w przyszłości, bez wskazywania osoby przysposabiającego. Wprawdzie samo udzielenie zgody nie wywiera jeszcze żadnych skutków w zakresie prawa do osobistej styczności z dzieckiem, jednak pojawiają się one, w moim przekonaniu, już w momencie wszczęcia postępowania o przysposobienie - nie zaś dopiero w chwili jego pozytywnego zakończenia, jakby się *prima facie* mogło wydawać). Wykonywanie przez rodziców ich prawa do kontaktów z dzieckiem byłoby bowiem nie do pogodzenia z celem adopcji *plenissima*¹⁴. Założony przez ustawodawcę stopień integracji dziecka z rodziną adopcyjną wymaga m.in. zachowania jej ścisłej tajemnicy¹⁵ (już na etapie postępowania). Dlatego rodzice po wszczęciu postępowania adopcyjnego nie mogą odwołać swej zgody (art. 119¹ § 1 k.r.o.), nie są wzywani na rozprawę, ani nie mogą brać udziału w postępowaniu o przysposobienie (art. 586 § 3 k.p.c.). Należałoby zatem przyjąć, że właśnie cel tego rodzaju przysposobienia pozbawia rodziców możliwości wykonywania ich prawa do kontaktów z dzieckiem oddawanym do adopcji, już od momentu wszczęcia sądowego postępowania adopcyjnego, chociaż nie oznacza jeszcze definitywnej utraty tego prawa. Ta nastąpi dopiero w momencie uprawomocnienia się orzeczenia o oddaniu do adopcji.

W literaturze dotyczącej dawnego stanu prawnego, w zakresie kontaktów z dzieckiem wyrażone zostało zapatrywanie, zgodnie z którym możliwe byłoby pozbawienie rodziców przez sąd prawa do osobistej styczności z dzieckiem w okresie preadopcyjnym na podstawie przepisu art. 113 § 2 k.r.o.¹⁶ Chodzić miało o sytuację, w której sąd powierzył przysposobianego pieczy przysposabiającego (art. 120¹ k.r.o.). Taka decyzja sądu miałaby powodować zaistnienie wyjątkowego przypadku, o którym mowa była w art. 113 § 2 k.r.o. (w jego dawnej redakcji). Druga przesłanka pozbawienia rodzica prawa do osobistej styczności w postaci ograniczenia władzy rodzicielskiej miała być spełniona poprzez potraktowanie ustanowienia pieczy w trybie art. 120¹ k.r.o. analogicznie do zarządzenia o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej na podstawie art. 109 § 2 k.r.o. O ile w dawnym stanie prawnym pogląd ten należałoby odrzucić - ustanowienia pieczy analogicznej do umieszczenia w rodzinie zastępczej w trybie art. 120¹ k.r.o. nie można było traktować jako formalnego ograniczenia władzy rodzicielskiej - o tyle paradoksalnie w obecnym, wobec rezygnacji przez ustawodawcę z obu przywołanych przesłanek, zyskał na aktualności.

Należy również podzielić wyrażony w literaturze pogląd, zgodnie z którym wszczęcie postępowania o przysposobienie dziecka nie może być uznane za przeszkodę dla ewentualnego wystąpienia przez rodzica pozbawionego prawa osobistej styczności z żądaniem jego przywrócenia, w sytuacji ustania przyczyn pozbawienie takie uzasadniających¹⁷.

3.4. POZYCJA RODZICA DZIECKA Poddanego OPIECE, UMIESZCZONEGO W RODZINIE ZASTĘPCZEJ LUB PLACÓWCE OPIEKUŃCZO-WYCHOWAWCZEJ

Na tle aktualnie obowiązującego w Polsce stanu prawnego, nie może ulegać wątpliwości, iż rodzice naturalni dziecka oddanego pod opiekę prawną utrzymują prawo do kontaktów z nim. To samo dotyczy dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej albo placówce wychowawczej.

Do takiego wniosku prowadzi już spostrzeżenie, że inaczej niż przy adopcji dziecka, celem ustanowienia opieki, umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej nie jest zerwanie więzi z naturalną rodziną dla stworzenia nowego środowiska rodzinnego¹⁸.

Wniosek taki wynika obecnie także z treści art. 113¹ k.r.o. Wprawdzie chodzi tu jedynie o określenie sposobu utrzymywania kontaktów z dzieckiem w sytuacji, gdy stale przebywa ono tylko z jednym z rodziców (art. 113 § 1 k.r.o.) i odpowiednie stosowanie tej regulacji do sytuacji, w której dziecko nie przebywa u żadnego z rodziców, gdyż pieczę nad nim sprawuje opiekun lub zostało ono umieszczone w rodzinie zastępczej albo placówce opiekuńczo-wychowawczej (art. 113 § 2 k.r.o.). Jednak skoro ustawodawca za właściwe i potrzebne uznał wyraźne uregulowanie tego, w jaki sposób i przez kogo, również w tej sytuacji, określane mają być zasady utrzymywania kontaktu z dzieckiem, to trudno byłoby argumentować, że rodzicom w takich przypadkach prawo do styczności nie służy.

Warto również zasignalizować, iż spostrzeżenie dotyczy także rodziców, którzy pozbawieni zostali władzy rodzicielskiej¹⁹.

4. RODZICE WYŁĄCZNIE BIOLOGICZNI

4.1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Niekiedy zdarza się, że rodzicielstwu biologicznemu nie towarzyszy status formalnoprawny. W praktyce doniosłe są w związku z tym dwie sytuacje.

Chodzi, z jednej strony, o pozycję prawną rodziców, którzy oddali dziecko do adopcji. Wbrew pozorom sprawa nie jest oczywista i budzi pewne kontrowersje zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze zagranicznej. Oczywiście, wiele zależy od samej regulacji prawnej przysposobienia w danym systemie prawnym. Sprawa nie jest klarowna także na tle polskiego porządku prawa rodzinnego.

Z drugiej natomiast strony, sądy czasem stawiane są przed koniecznością orzeczenia o styczności na żądanie biologicznego ojca o nieustalonym formalnoprawnym statusie ojcowskim. *Prima facie* rzecz wydaje się nie wywoływać wątpliwości. W pierwszej kolejności należałoby wyklarować stan prawny, a zatem w ten lub inny sposób ustalić ojcostwo, następnie w dalszej kolejności orzekać o kontaktach. Sprawa przestaje być tak oczywista, gdy zważyć, że nie zawsze jest to możliwe. Niemal w każdym porządku prawnym, w tym również polskim, występują regulacje prawne wykluczające ustalenie ojcostwa w stosunku do dziecka np. adoptowanego lub o ustalonym już, choćby niezgodnie z rzeczywistym pochodzeniem, ojcostwie.

Oba przypadki skłaniają do poświęcenia im uwagi.

4.2. PRAWO NATURALNEGO RODZICA DO KONTAKTU Z DZIECKIEM ODDANYM DO ADOPCJI

4.2.1. POZYCJA PRAWNA RODZICÓW W PRAWIE OBCYM

Istnienie bądź brak prawa do styczności z dzieckiem po oddaniu go przez rodziców do adopcji zależy w pierwszym rzędzie od samego kształtu oraz skutków prawnych jakie wywołuje ona w konkretnym porządku prawnym. Występują tu dość istotne różnice. Da się jednak zaobserwować pewne prawidłowości.

W świetle prawa niemieckiego adopcja dziecka prowadzi po stronie naturalnych rodziców do utraty prawa do kontaktów z dzieckiem (§ 1755 k.c.n.). Jej skutkiem jest bowiem wygaśnięcie więzi wynikających ze stosunku pokrewieństwa, a co za tym idzie wygaśnięcie wszelkich praw i obowiązków z niego wynikających, w tym również prawa do osobistych kontaktów. Przy tym ustawodawca niemiecki precyzyjnie reguluje nawet moment utraty prawa do kontaktów. Wyznacza go mianowicie już samo wyrażenie zgody na adopcję (§ 1751 ust. 1 zdanie pierwsze k.c.n.). Jeśli natomiast adopcja zostanie rozwiązana, stosunek pokrewieństwa odżywa, co nie oznacza jeszcze automatycznego powrotu prawa do osobistych kontaktów. Sąd opiekuńczy musi bowiem orzec o ewentualnym powrotnym przyznaniu naturalnym rodzicom władzy rodzicielskiej; przyzna ją jeśli nie będzie to sprzeczne z dobrem dziecka). Zgodnie z powszechnym w piśmiennictwie niemieckim poglądem, aż do czasu decyzji w tej sprawie prawo do kontaktów nie może być wykonywane²⁰. Chodzi o to, aby przez tymczasowe uregulowanie kwestii kontaktów nie zakłócać stosunku adopcji dopóki nie zostanie ona definitywnie i prawomocnie rozwiązana. Z tych właśnie powodów wykonywania prawa do kontaktów nie dopuścił sąd krajowy w Düsseldorfie (OLG

Düsseldorf) podczas toczącej się jeszcze sprawy, w której chodziło o unieważnienie zgody na adopcję²¹.

Także w prawie szwajcarskim utrata prawa do kontaktów wobec adopcji dziecka przez osobę trzecią została *expressis verbis* uregulowana. Zgodnie z treścią art. 274 ust. 3 k.c.szw.²² prawo do styczności wygasa już w momencie odebrania dziecka w celu adopcyjnym, jeśli jest zgoda rodziców lub nawet bez jej udzielenia, gdy nie jest w konkretnej sytuacji wymagana. Również tu utrata prawa do kontaktów postrzegana jest jako naturalna konsekwencja rozwiązania stosunku rodzicielstwa²³. Zwraca się przy tym uwagę na to, że ewentualne uregulowanie przeciwnie, a więc dopuszczające dalsze kontakty naturalnych rodziców mimo adopcji, godziłoby w naturę adopcji. Kontakty mogłyby bowiem utrudniać lub w ogóle zakłócać kształtowanie się pożądanego relacji pomiędzy dzieckiem i jego rodzicami adopcyjnymi²⁴. Przy tym dalsza styczność byłaby dodatkowo nie do pogodzenia z obowiązującą w Szwajcarii zasadą tajemnicy adopcji. Zgodnie z treścią art. 268b k.c.szw. rodzice naturalni nie mogą być poinformowani o tożsamości przyszłych rodziców adopcyjnych, jeśli ci ostatni nie udzielili na to wyraźnej zgody. Marginalnie pojawia się jednak pogląd, zgodnie z którym tajemnica adopcji jest ograniczona w czasie. Obowiązuje mianowicie jedynie do momentu zrealizowania celu, któremu służy, czyli do czasu pełnej i niezakłóconej integracji dziecka w nowej rodzinie. Potem przyznanie kontaktów rodzicom byłoby znowu możliwe, jeśli wykażą oni istnienie szczególnej więzi z dzieckiem. A więc na zasadach ogólnych dotyczących wszystkich osób trzecich (art. 274a k.c.szw.)²⁵.

W prawie francuskim, znacznie zbliżonym w tym zakresie do polskiego, rozróżnia się natomiast pomiędzy adopcją pełną (*adoption plénière*) oraz adopcją zwykłą (*adoption simple*). Jedynie przy adopcji pełnej, stosownie do treści art. 356 k.c.fr., dziecko całkowicie przestaje "przynależeć" do swojej dotychczasowej, naturalnej rodziny i podlega pełnej integracji z rodziną adopcyjną. Wyklucza to oczywiście kontakty rodziców biologicznych. Wbrew pozorom nie inaczej jest również przy adopcji zwykłej. Wprawdzie ten rodzaj przysposobienia nie powoduje zerwania więzi wynikających z naturalnego pokrewieństwa; dziecko w dalszym ciągu pozostaje związane ze swoją biologiczną rodziną. Jednak więzi te ustępują w zakresie, w jakim zastępują je relacje pojawiające się w rodzinie adopcyjnej. I tak, zgodnie z dominującym obecnie poglądem, również przy adopcji zwykłej rodzice biologiczni tracą nie tylko władzę rodzicielską, ale też prawo do osobistych kontaktów z dzieckiem (stosownie do treści art. 365 ust. 1 k.c.fr.)²⁶.

Prawu belgijskiemu, podobnie jak francuskiemu, znane są dwa rodzaje adopcji. Chodzi o przysposobienie zwykłe oraz adopcję pełną. Podejście ustawodawcy, a także judykatury i doktryny do możliwości kontynuacji kontaktów jest jednak zasadniczo odmienne. Przy tym, co może zaskakiwać, dotyczy obu przypadków przysposobienia. Przy adopcji pełnej wygasają wprawdzie wszelkie relacje wynikające z naturalnego pokrewieństwa, a zatem również rodzicielskie prawo do kontaktów oparte na art. 374 ust. 4 k.c.belg., nie oznacza to jednak, aby dalsze kontakty były absolutnie wykluczone. Zarówno w piśmiennictwie²⁷, jak i w judykaturze, zdecydowanie utrwalone jest stanowisko potwierdzające możliwość przyznania naturalnemu rodzicowi prawa do kontaktów w oparciu o normę art. 375bis ust. 1 k.c.belg., czyli potraktowania go jako osoby trzeciej. Oczywiście prawo do styczności będzie w takim przypadku uzależnione od wykazania, że kontakty leżą w interesie dziecka i służą jego dobru. Chodzi bowiem o uprawnienie zdecydowanie słabsze. Natomiast w przypadku adopcji zwykłej, więzi wynikające z naturalnego pokrewieństwa utrzymują się nadal (art. 364 i 365 k.c.belg.). Dlatego judykatura belgijska od dawna, jeszcze przed wprowadzeniem wyraźnej regulacji prawnej w tym zakresie, uznawała dalsze trwanie uprawnienia rodziców naturalnych²⁸. Jedynie w szczególnych przypadkach mogli zostać pozbawieni prawa do styczności z dzieckiem. Do stanowiska tego przyłączył się następnie ustawodawca belgijski wyraźnie przesadzając w art. 374 ust. 4 k.c.belg. dalsze utrzymanie prawa rodziców naturalnych w przypadku adopcji prostej.

4.2.2. KONTAKT POSTADOPCYJNY W PRAWIE POLSKIM

Ustawodawca polski nie reguluje *expressis verbis* kontaktu postadopcyjnego. Sprawa nie była dotąd również przedmiotem szczególnego zainteresowania doktryny i orzecznictwa. Ze względu na funkcjonowanie w polskim prawie rodzinnym aż trzech istotnie różniących się modeli przysposobienia niemożliwe a w szczególności niewłaściwe wydaje się udzielenie odpowiedzi jednolitej.

Wątpliwości nie może, jak się wydaje, budzić wykluczenie kontaktów w przypadku adopcji pełnej i nierozwiązywalnej (*adoptio plenissima*). Całkowite i nieodwracalne zerwanie więzi wynikających z naturalnego pokrewieństwa (art. 121 k.r.o.), w połączeniu z celem tego rodzaju przysposobienia utwierdza w przekonaniu, że kontakty rodziców naturalnych z dzieckiem byłyby zdecydowanie niepożądane. Dodatkowo za stanowiskiem takim przemawia obowiązująca w tym przypadku ścisła tajemnica adopcji.

Wniosek ten można i należy, w moim przekonaniu, rozciągnąć także na adopcję pełną (*adoptio plena*). Również tu założony przez ustawodawcę stopień integracji z nową rodziną adopcyjną oraz jej zdecydowanie trwały charakter (mimo dopuszczonej, ale jednak na zasadzie odstępstwa od reguły, rozwiązywalności) przekonuje, że utrzymanie prawa rodziców naturalnych do styczności z dzieckiem godziłoby w *ratio legis* tego rodzaju przysposobienia. Stanowisko to jest powszechne w piśmiennictwie.

Inaczej, jak sądzę, należałoby odnieść się do tej kwestii na tle adopcji niepełnej (*adoptio minus plena*). Wprawdzie w dawniejszej literaturze prezentowane było stanowisko, zgodnie z którym również w tym przypadku dochodziło do utraty rodzicielskiego prawa do kontaktów²⁹. Obok tego dość szybko pojawił się jednak pogląd, początkowo ostrożnie wyrażony³⁰, że przysposobienie niepełne nie wyłącza prawa rodziców naturalnych do osobistej styczności z dzieckiem³¹. Zasluguje on na poparcie. Za stanowiskiem tym przemawia szereg ważkich argumentów.

Pierwszy płynie z juretycznej konstrukcji adopcji niepełnej. Otóż inaczej niż przy przysposobieniu pełnym oraz pełnym nierozwiązywalnym, podstawą konstrukcji nie jest ogólna formuła zerwania naturalnych więzów płynących z pokrewieństwa i wszystkie wynikające z tej formuły konsekwencje. Oprócz nawiązania więzi prawnorodzinnej pomiędzy adoptującym i adoptowanym (art. 124 k.r.o.) wywiera ona **wyłącznie** te skutki, które zostały wyraźnie przez ustawodawcę wskazane. Chodzi mianowicie o: następstwa w płaszczyźnie obowiązków alimentacyjnych (art. 131 k.r.o.) oraz dziedziczenia ustawowego (art. 937 k.c.). Skutki w zakresie władzy rodzicielskiej rodziców naturalnych nie zostały wprawdzie *expressis verbis* wskazane. Jednak jej definitywna utrata przez rodziców naturalnych nie może budzić wątpliwości. Dalszego trwania władzy nie dałoby się przecież pogodzić z naturą instytucji przysposobienia. A więc sprawowania władzy rodzicielskiej przez **jedną** parę rodziców skoro *adoptio naturam imitatur*. W pozostałym zakresie adopcja niepełna nie narusza więzi wynikających z naturalnego pokrewieństwa. Ustawodawca nie przewiduje natomiast nie tylko pozbawienia, ale chociażby ograniczenia prawa do kontaktów służącego rodzicom naturalnym.

Po drugie, jeśli nawet chciałoby się postrzegać również przy tym, bardzo słabo wiążącym strony, rodzaju adopcji wyłączenie prawa rodziców naturalnych do kontaktów, to trudno byłoby pogodzić to z jednocześnie powszechnie akceptowanym poglądem o utrzymaniu prawa do kontaktów służących innym krewnym naturalnym (dziadkom, rodzeństwu itd.). Nie ma przecież wątpliwości, że te więzy naturalnego pokrewieństwa nie doznają nawet najmniejszego uszczerbku. Najbliżsi krewni (rodzice) byliby tutaj pozbawieni prawa do kontaktów z dzieckiem, dalsi zaś nie. Można byłoby wprawdzie bronić zapatrywania, że zróżnicowanie podejścia do rodziców i innych krewnych znajduje uzasadnienie w okoliczności, że to właśnie rodzice wyrażają zgodę na adopcję. Inaczej zatem niż dziadkowie czy rodzeństwo, którzy nie mają formalnego wpływu na przysposobienie, rodzice, zdając sobie sprawę z jego konsekwencji prawnych, godzą się na nie. Argumentowi temu można jednak przeciwstawić spostrzeżenie, że rodzice wyrażają w tym przypadku zgodę właśnie na adopcję niepełną, nie chcąc kompletnej integracji dziecka z nową rodziną i mając na uwadze m.in. utrzymanie kontaktu. Celowo, również w kontekście prawa do styczności z dzieckiem, nie wybierają adopcji pełnej lub pełnej nierozwiązywalnej.

Istotnego argumentu przemawiającego na rzecz utrzymania kontaktu naturalnego rodzica w przypadku adopcji niepełnej dostarcza również spostrzeżenie, że przysposobienie tego rodzaju może zostać rozwiązane. Warto byłoby zatem zadbać o swoistego rodzica zapasowego na wypadek rozwiązania, słabego w tym przypadku, węzła przysposobienia.

Przeciwno takiemu stanowisku nie przemawia również ewentualna tajemnica adopcji nieaktualna przecież przy tym jej rodzaju.

Wszystko to nie może pozostać bez wpływu na ocenę dopuszczalności ewentualnych dalszych kontaktów z naturalnymi krewnymi, w tym w również z rodzicami biologicznymi. W moim przekonaniu, ten rodzaj adopcji nie narusza ich³².

Jedynie ograniczony wpływ na istnienie oraz zakres prawa naturalnych rodziców do osobistej styczności z dzieckiem ma, co oczywiste, szczególny przypadek adopcji jakim jest przysposobienie przez współmałżonka (art. 121¹ § 1 k.r.o.). Jego cel jest specyficzny i nie polega na wyrwaniu dziecka ze starego i stworzeniu nowego środowiska rodzinnego. Intencją stron nie jest bowiem zerwanie więzów rodzinnych z całą rodziną naturalną dziecka, lecz tylko z tą jej linią, na miejsce której wstępuje przysposabiający³³. Dlatego negatywne konsekwencje w zakresie prawa do kontaktów z dzieckiem dotyczą jedynie tego z rodziców, którego miejsce zajmuje adoptujący współmałżonek. Prawo drugiego rodzica pozostaje nienaruszone.

Warto jeszcze zwrócić uwagę na to, że polskie uregulowania prawa do kontaktu z dzieckiem nie stwarzają możliwości "incydentalnego" przyznania przez sąd rodzicowi naturalnemu prawa do osobistej

styczności z dzieckiem oddanym do adopcji pełnej, w obu jej postaciach. Inaczej niż np. w prawie belgijskim - które, o czym była mowa, ewentualność taką dopuszcza - w k.r.o. nie przewidziano słabszego, a więc uzależnionego od dobra dziecka i wymagającego każdorazowej oceny konkretnego przypadku, uprawnienia osób trzecich do kontaktu z dzieckiem. Wprawdzie przepis art. 113⁶ k.r.o. uwzględnia kontakty "innych osób, jeżeli sprawowały one przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem". Jednak uznanie, że w ramach tej kategorii mogliby mieścić się również rodzice naturalni, którzy oddali dziecko do adopcji pełnej nie byłoby właściwe. Oznaczałoby to przecież, że rodzice, którzy przy tym rodzaju adopcji tracą prawo do kontaktu z dzieckiem odzyskiwaliby je automatycznie w ramach kategorii innych osób, gdyż na ogół sprawowali opiekę przez dłuższy czas. Tego zaś nie można uznać za celowe i dopuszczalne, ponieważ generalnie podważałoby sens adopcji pełnej.

Z tego samego, przede wszystkim, powodu nie byłoby też możliwe skonstruowanie prawa rodzica naturalnego do kontaktu z dzieckiem oddanym do adopcji pełnej w ramach konstrukcji dezaprobaty sądowej dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej³⁴ przez rodziców adopcyjnych, a więc na podstawie zarządzenia sądu wydanego w oparciu o przepis art. 109 k.r.o. Trzeba bowiem dostrzec to, że rodzice, którzy życzyliby sobie utrzymania kontaktu z dzieckiem mają możliwość wyboru adopcji niepełnej.

4.3. OJCIEC POZAMAŁŻEŃSKI, KTÓREGO OJCOSTWO NIE ZOSTAŁO STWIERDZONE

W prawie belgijskim tzw. "*père de fait*", czyli ojciec pozamałżeńskiego dziecka, który nie może domagać się ustalenia pochodzenia dziecka, ma mimo to możliwość doprowadzenia do przyznania mu prawa do kontaktów z dzieckiem. Do czasu reformy z 1995 r. wymagało to wykazania istnienia **osobistej relacji** łączącej go z dzieckiem (*lien d'affection*). Przyznanie zatem przez sąd prawa do osobistej styczności uzależnione było w takiej sytuacji nie tylko od wykazania ojcostwa biologicznego, ale w szczególności ojcostwa socjologicznego. Po reformie sytuacja w tym zakresie nie uległa istotnej zmianie. Obecnie, zgodnie z treścią art. 375 bis ust. 1 k.c.belg., ojciec biologiczny może uzyskać prawo do kontaktu jako osoba trzecia po wykazaniu więzi społecznej³⁵.

We Francji brak wyraźnego uregulowania prawnego zaliczającego pozamałżeńskiego ojca o nieustalonym ojcostwie (*père de fait*) do kręgu osób uprawnionych do kontaktu z dzieckiem. Początkowo również sądy francuskie prawa takiego nie przyznawały³⁶. Stanowisko zaczęło się wyraźnie zmieniać w latach 60. XX wieku. Mianowicie w precedensowym orzeczeniu z 1966 r. *Cour de cassation* uznał, że właściwe jest przyznanie prawa do kontaktu biologicznemu ojcu, który zobowiązał się do alimentowania dziecka, lub przynajmniej dobrowolnie, faktycznie na nie łoży³⁷. Tego rodzaju zobowiązanie tworzy bowiem wystarczającą więź między ojcem i dzieckiem³⁸. Po reformie kodeksu cywilnego z 1970 r. ojciec biologiczny powszechnie traktowany jest jako osoba bliska (art. 371-4 ust. 2 k.c.fr.)³⁹.

W literaturze przywoływana jest w tym kontekście pewna osobiwość prawa francuskiego, którą warto zasygnalizować, chociaż jedynie *prima facie* wiąże się z ojcowskim prawem do kontaktu. Chodzi mianowicie o regulację prawną, zgodnie z którą mężczyzna, który obcował z kobietą w okresie koncepcyjnym, a ta urodziła następnie pozamałżeńskie dziecko o nieustalonym pochodzeniu, zobowiązany jest do zapłaty świadczenia o charakterze alimentacyjnym (art. 342 k.c.fr.). W piśmiennictwie nie ma jednak wątpliwości, że mimo iż osoba taka zobowiązana jest quasi alimentacyjnie, nie ma jednak prawa do kontaktów z dzieckiem. Nie jest przecież jego ojcem⁴⁰.

W prawie szwajcarskim ojcu dziecka pozamałżeńskiego o nieustalonym ojcostwie prawo do kontaktów z dzieckiem nie służy. Wskazuje się na brak wymaganej prawem (art. 273 k.c.szw.) relacji z dzieckiem. W piśmiennictwie postuluje się wprawdzie przyznanie prawa do styczności przynajmniej temu ojcu biologicznemu, przeciwko któremu toczy się już postępowanie o ustalenie ojcostwa⁴¹. Rzecz jest jednak sporna⁴².

W prawie niemieckim każdemu z rodziców, stosownie do treści § 1684 ust. 1 k.c.n., służy prawo do kontaktu z dzieckiem. Chodzi jednak o rodzicielstwo prawne. Jeśli zatem ojciec biologiczny dziecka kobiety niezamężnej nie uznał go, ani nie zakończyła się procedura sądowego ustalenia ojcostwa, nie służy mu przymiot bycia ojcem dziecka w rozumieniu § 1592 k.c.n., a tym samym prawo do osobistej styczności. W przypadku dziecka pozamałżeńskiego kobiety pozostającej w związku małżeńskim, podobnie jak w prawie polskim, ustalenie ojcostwa ojca biologicznego z jego inicjatywy nie jest w ogóle możliwe. Jest to wykluczone tak długo, jak długo działa domniemanie ojcostwa męża matki. Kontakt z dzieckiem nie może być zatem ustanowiony⁴³.

W prawie polskim kontakty ojca naturalnego, którego ojcostwo prawne nie zostało ustalone, nie są *expressis verbis* uregulowane. Sytuacja w tym zakresie zbliżona jest do prawa niemieckiego. Decydujące znaczenie ma tu ojcostwo formalno-prawne, nie zaś rzeczywista więź biologiczna.

Nie może być wątpliwości, że prawo do osobistej styczności nie służy biologicznemu ojcu, jeśli dziecko rodzi kobieta pozostająca w związku małżeńskim. Nie może on doprowadzić z własnej inicjatywy do formalnego ukształtowania swego statusu ojca, dopóki dziecko ma uregulowany, w tym zakresie, stan cywilny. Nie wchodziłoby zatem w grę przyznanie mu prawa do kontaktu z dzieckiem jako rodzicowi.

Podobnie, w moim przekonaniu, nie byłoby możliwe przyznanie ich poprzez zaliczenie w takim przypadku naturalnego rodzica do kategorii innych osób bliskich (art. 113⁶ k.r.o.). Godziłoby to przecież w spójność rodziny⁴⁴. Ponadto, ze względu na przyjętą w prawie polskim specyficzną konstrukcję prawa innych osób, taki zabieg byłby nieefektywny. Ustawa nie uzależnia kontaktów tych osób od bliskości relacji z dzieckiem, ale od sprawowania nad nim pieczy przez dłuższy czas. To zaś, w przypadku ojca jedynie biologicznego, wydaje się nawet jeśli teoretycznie niewykluczone, to zdecydowanie mało prawdopodobne w praktyce.

Niewykluczone byłoby natomiast skorzystanie przez sąd z konstrukcji nadużycia władzy rodzicielskiej (art. 109 k.r.o.)⁴⁵ dla ustanowienia kontaktów z biologicznym ojcem. Chodziłoby jednak o wyjątkowe przypadki, w których więź między biologicznym ojcem i dzieckiem już istnieje i jest na tyle silna, że warto ją dla dobra dziecka pielęgnować. W moim przekonaniu, 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.

5. RODZICE WYŁĄCZNIE PRAWNI

5.1. POJĘCIE

Nieco nieścisły termin "rodzice wyłącznie prawni" używany jest zwykle na określenie kategorii osób, którym służy formalnoprawny status rodzica, a jednocześnie nie łączy z dzieckiem więzi biologiczna. W literaturze słusznie zwraca się uwagę iż rodzice prawni nie są w rzeczywistości wyłącznie prawnymi ale na ogół również rodzicami socjologicznymi⁴⁶. Dziecko wychowuje się przecież w ich rodzinie, a rodzice przyjmują na siebie i faktycznie wykonują obowiązki rodzicielskie i związaną z tym odpowiedzialność. W odróżnieniu od kategorii osób określanych jako "rodzice socjologiczni", o których będzie jeszcze mowa w punkcie 6, mają więc co najmniej podwójny status. Dookreślenie "wyłącznie" ma tu zatem jedynie podkreślać brak więzi biologicznych.

Chodzi tu o dwie kategorie osób. Z jednej strony o męża matki dziecka uchodzącego za jego ojca (*Gilt - Vater*) oraz z drugiej o rodziców adopcyjnych. Zarówno w świetle prawa polskiego, jak i w rozwiązaniach zagranicznych, ze względu na prawnie ustalone rodzicielstwo wymienionych osób, ich prawo do kontaktów z dzieckiem jest oczywiste i nie bywa, co do zasady, kwestionowane. Nawet wówczas, gdy chodzi o przypadek dziecka będącego owocem zdrady małżeńskiej, co do którego oczywistym jest, że małżonek matki dziecka nie jest jego ojcem i do dziecka się nie przyznaje - nie podejmuje jednak działań zmierzających do zaprzeczenia ojcostwa - oraz o dziecko poczęte w drodze inseminacji heterologicznej. Statusowi formalnoprawnemu przyznaje się tu prymat nad rzeczywistością biologiczną.

Mimo to, wyodrębnienie ich w oddzielną grupę nie jest pozbawione sensu. W judykaturze oraz piśmiennictwie zagranicznym pojawia się co najmniej kilka specyficznych problemów niewystępujących w przypadku rodziców jednocześnie biologicznych i prawnych.

Dalsze rozważania poświęcone zostaną w pierwszej kolejności przybliżeniu specyfiki pozycji prawnej rodziców adopcyjnych, a w szczególności pewnych uprawnień osób będących dopiero kandydatami na rodziców adopcyjnych. W drugiej zaś, naświetleniu specyficznej sytuacji wiążącej się z "kończącym się" ojcostwem wyłącznie prawnym, czyli uprawnień ojca prawnego, który wytoczył powództwo o zaprzeczenie ojcostwa.

5.2. RODZICE ADOPCYJNI (I KANDYDACI NA RODZICÓW ADOPCYJNYCH)

Prawo rodziców adopcyjnych do osobistej styczności z dzieckiem jest oczywiste, jako że *adoptio naturam imitatur*. Skoro przez przysposobienie nawiązywany jest taki stosunek jak między rodzicami i dziećmi (art. 121 § 1 k.r.o.), to strony stosunku przysposobienia nabywać muszą również, służące rodzicom i dzieciom, prawo do osobistej styczności ze sobą.

Uprawnienie rodziców adopcyjnych, podobnie jak uprawnienia rodzica sprawującego na co dzień

opiekę, jest niezależne od prawa do styczności z dzieckiem wynikającego z konieczności sprawowania pieczy nad osobą dziecka. Co z kolei jest elementem treści władzy rodzicielskiej⁴⁷.

Spostrzeżenia dotyczące rodziców naturalnych będących jednocześnie rodzicami prawnymi zachowują tu zatem pełną aktualność. Dotyczy to również możliwości ograniczenia kontaktów przez sąd (w trybie art. 113² k.r.o.) lub nawet zakazania (na podstawie art. 113³ k.r.o.) wówczas, gdy ich utrzymywanie poważnie zagraża dobru dziecka lub je narusza. Rodzice adopcyjni własne uprawnienie nabywają z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia o przysposobieniu.

Interesującą i wymagającą odrębnego naświetlenia kwestią jest natomiast zagadnienie ewentualnego prawa do styczności z przysposobianym już w czasie trwania postępowania o przysposobienie.

Oczywiście prawo adoptującego nie może być kwestionowane wówczas, gdy kontakt zarządził sąd (w trybie art. 120¹ k.r.o.), co dotyczy zarówno adopcji krajowej, jak i zagranicznej. Z orzeczenia wynika wówczas zarówno zakres, jak i sposób osobistej styczności z dzieckiem, a także czas trwania uprawnienia (obowiązku). Sąd może również przyznać kandydatom na rodziców adopcyjnych prawo do styczności w formie powierzenia im pieczy nad dzieckiem (art. 120¹ § 2 k.r.o.).

Istotne wątpliwości pojawiły się natomiast w piśmiennictwie na tle pozycji osób przysposabiających dziecko, którym sąd nie przyznał prawa, albo raczej na które sąd nie nałożył obowiązku do kontaktów z dzieckiem. W związku z tym prezentowane są dwie możliwe opcje.

Zgodnie z pierwszą ewentualnością brak wyznaczenia przez sąd okresu styczności miałby być równoznaczny z zakazem styczności. Skoro bowiem sąd nie uznał za właściwe wyznaczenie okresu styczności, to prawdopodobnie ocena wniosku adopcyjnego i towarzyszącej mu dokumentacji doprowadziła do przekonania, że styczność stron nie leży w interesie dziecka - mogłaby zagrażać jego dobru⁴⁸.

Stanowisko to nie może być uznane za prawidłowe. Pomiędzy brakiem orzeczenia o kontaktach, a orzeczeniem ich zakazu zachodzi trudna do przeoczenia różnica. Pogląd ten należy odrzucić przede wszystkim ze względu na *ratio legis* unormowania zawartego w przepisie art. 120¹ k.r.o. Jest nim upewnienie się, czy planowane przysposobienie dobrze rokuje na przyszłość⁴⁹. Stąd swego rodzaju przyznanie kontaktów dla próby. Orzeczenie sądu określające sposób i okres styczności z przyszłym dzieckiem **kreuje** po stronie osoby ubiegającej się o adopcję **prawo podmiotowe**, którego dotychczas nie posiadała. Brak orzeczenia nie może jednak oznaczać zakazu styczności z dzieckiem, a jedynie brak wykreowania prawa podmiotowego do takiej styczności.

Zgodnie natomiast z drugim podejściem, brak orzeczenia okresu osobistej styczności wynikać ma z przekonania sądu, że ocena trafności doboru stron przyszłej adopcji możliwa jest również bez dodatkowego poddania próbie ich wzajemnych relacji. Przy takim wariacie, styczność wnioskodawcy z przysposobianym dzieckiem miałaby podlegać ogólnym regułom kontaktu dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską z osobami trzecimi⁵⁰.

Z drugim stanowiskiem trudno, przy pewnych założeniach, nie zgodzić się. Trafna jest przede wszystkim konstatacja przyczyn powodujących zaniechanie orzeczenia o osobistej styczności. Sąd nie uważa tego za niezbędną przesłankę podjęcia decyzji w kwestii adopcji. Poprawne, chociaż mylące, jest także spostrzeżenie, że w takiej sytuacji osobista styczność adoptującego z adoptowanym podlega ogólnym regułom dotyczącym styczności dziecka z osobami trzecimi. Tę drugą myśl należałoby uściślić w ten sposób, że chodzi o reguły dotyczące kontaktu dziecka z osobami trzecimi **nieuprawnionymi** do styczności z dzieckiem, czyli takimi, którym roszczenie nie służy.

W konkluzji przyjąć należy, że wnioskodawcy ubiegający się o adopcję, na których sąd nie nałożył obowiązku (nie przyznał prawa) osobistej styczności z dzieckiem nie mają prawa - rozumianego jako możliwość zgłoszenia roszczenia - do kontaktów z dzieckiem. Ale też ich osobista styczność z dzieckiem z całą pewnością nie jest zakazana i podlega regułom ogólnym.

5.3. POZYCJA PRAWNA OJCA W TRAKCIE POSTĘPOWANIA ORAZ PO ZAPRZECZENIU OJCOSTWA

5.3.1. STANOWISKO DOKTRYNY I JUDYKATURY NIEMIECKIEJ ORAZ PRAWODAWCY FRANCUSKIEGO

W piśmiennictwie zagranicznym w kontekście zaprzeczenia ojcostwa, rozważane są na ogół dwie, doniosłe z praktycznego punktu widzenia, kwestie.

Chodzi po pierwsze, co bardziej naturalne, o ewentualną utratę prawa do kontaktów następującą po

skutecznym zaprzeczeniu ojcostwa. Wbrew pozorom rzecz nie jest tak oczywista, jakby się *prima facie* mogło wydawać. Przy tym odpowiedź, że dochodzi wówczas do utraty prawa do styczności z dzieckiem byłaby nadmiernym uproszczeniem.

Po drugie, stawiane jest pytanie o znaczenie już samego wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. W piśmiennictwie niemieckim zastanawiano się w tym kontekście nad dwoma możliwościami. Z jednej strony, nad dopuszczalnością postawienia w takiej sytuacji **zarzutu nadużycia prawa ojcu**, ciągle jeszcze korzystającemu ze statusu rodzica prawnego, domagającemu się kontaktu. Z drugiej zaś, nad zakazaniem kontaktów na podstawie § 1684 k.c.n. (odpowiednik polskiego art. 113³ k.r.o.).

Ze względu na chronologię zdarzeń, w pierwszej kolejności wypada rozważyć sytuację powstałą po wytoczeniu powództwa o zaprzeczenie ojcostwa.

W Niemczech konstrukcja zarzutu nadużycia prawa do styczności sprecyzowana została przez Wyższy Sąd Krajowy w Norymberdze (OLG Nürnberg)⁵¹. Opiera się ona na spostrzeżeniu, że ojciec powątpiewający w swe biologiczne ojcostwo, zaprzecza swemu pokrewieństwu z dzieckiem. Zamierza je, wraz ze wszystkimi wynikającymi z niego konsekwencjami prawnymi, przekreślić. Z kolei celem prawa do kontaktu jest **umacnianie** więzi płynących z pokrewieństwa. Służy ono zatem osiągnięciu przeciwnego do zamierzonego przez ojca celu. I tu konstatacja, że rodzic nie ma żadnego interesu, który mógłby być chroniony prawem do kontaktu. Domaganie się mimo to styczności stanowiłoby więc nadużycie prawa w postaci szykanowania⁵².

Stanowisko to nie może być przyjęte bez zastrzeżeń. Nie sposób, oczywiście, wykluczyć sytuacji, w których do nadużycia prawa rzeczywiście będzie dochodziło. Jednak uogólnienie tego wniosku i podniesienie, jak to uczynił sąd w Norymberdze, do rangi zasady, nie zasługuje na poparcie. Słusznie też zostało odrzucone w piśmiennictwie niemieckim.

Po pierwsze, zwrócono uwagę na to, że wytaczając powództwo o zaprzeczenie ojcostwa rodzic czyni jedynie użytek z przyznanego mu przez ustawę prawa. Po drugie, co nie bez znaczenia, nie jest tu całkiem swobodny, gdyż z jego wytoczeniem nie może dowolnie zwlekać. Ustawa formułuje przecież terminy zawite. Po trzecie, zaprzeczenie ojcostwa zmierza do wyjaśnienia pochodzenia dziecka, co przecież leży również w jego interesie. W końcu wskazywano także na to, że ustawa przyznaje dziecku własne prawo do styczności. Wszystko to prowadzić musi do wniosku, iż domaganie się kontaktów, pomimo wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa, nie może być, bez występowania dodatkowych okoliczności, potraktowane jako nadużycie prawa.

Argumentację tę warto uzupełnić o spostrzeżenie, że prawo do styczności z dzieckiem nie służy wyłącznie pielęgnowaniu więzi wynikających z pokrewieństwa. Kontakty przyznane zostały również osobom niespokrewnionym i mają na celu dobro dziecka i jego prawidłowy rozwój. A zatem rodzic zaprzeczający ojcostwo nie musi podważać jednocześnie swego prawa do kontaktów.

Jak już wspomniano, równoległe do koncepcji ewentualnego nadużycia prawa, w doktrynie niemieckiej dyskutowano zwykle wykluczenie prawa do kontaktów na podstawie § 1684 ust. 4 k.c.n.⁵³ Ostatecznie uznano, że również tu samo wytoczenie powództwa o zaprzeczenie ojcostwa nie dawałoby wystarczających podstaw dla zakazu. Domaganie się kontaktów, pomimo zgłoszenia żądania w zakresie praw stanu, nie godzi, samo w sobie, w dobro dziecka. Proces przecież nie musi oznaczać obciążenia dziecka, jeśli drugi rodzic w swoim postępowaniu rzeczywiście kieruje się nakazem poszanowania jego dobra, a taki obowiązek wynika wprost z § 1684 ust. 2 k.c.n. Dodatkowo, słusznie zwrócono uwagę, że przecież wynik procesu nie jest z góry przesądzony. Może zatem okazać się, że żądanie nie zostanie uwzględnione. Wówczas nawet jedynie czasowe zerwanie osobistej styczności na czas procesu może być przyczyną nieodwracalnego, lub przynajmniej trudno odwracalnego wyobcowania dziecka⁵⁴. Za nietrafny uznano także argument, że po zakończeniu (skutecznego) procesu o zaprzeczenie ojcostwa relacje między dzieckiem i mężczyzną zostaną gwałtownie zakończone, co będzie traumatyzującym doświadczeniem dla dziecka. Przekonująco wywodzono, że to czy po zakończeniu procesu dziecko będzie musiało przeżyć traumatyzujący koniec relacji z ojcem zależy wyłącznie od postawy rodziców⁵⁵. To w ich mocy leży zaoszczędzenie dziecku takich przeżyć. Przy tym zaprzeczenie ojcostwa nie musi w praktyce oznaczać zerwania kontaktów.

Wprawdzie dotychczasowy ojciec (*Gilt-Vater*) traci, z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia, swój status rodzica prawnego, a tym samym rodzicielskie prawo do styczności. Jednak nie oznacza to jednocześnie, że nie może przysługiwać mu prawo do kontaktu wynikające z innego tytułu. W konkretnych okolicznościach możliwe byłoby uzyskanie uprawnienia służącego bliskim osobom trzecim. Zwykle przecież więź powstała z dzieckiem jest na tyle silna, że można nawet mówić o rodzicielstwie socjologicznym⁵⁶.

Ciekawą, wyraźną regulację prawną, potwierdzającą reguły wypracowane w prawie niemieckim, stworzył prawodawca francuski. Również tam decydujące znaczenie przypisywane jest ojcostwu prawnemu (art. 312 ust. 1 oraz 314 ust. 1 k.c.fr.). Ojcostwo biologiczne pozbawione jest, w poruszanym kontekście, doniosłości prawnej. Zatem ojciec wyłącznie prawny posiada pozycję prawną rodzica. Jego sytuacja zmienia się wraz z zaprzeczeniem ojcostwa. Traci wtedy prawo do kontaktów z dzieckiem. Jednak może być inaczej. Otóż stosownie do treści art. 311-13 k.c.fr. dotyczącego wyłącznie sytuacji ojca, którego rodzicielstwo zostało zaprzeczone, sąd może przyznać mu prawo do odwiedzin, jeśli leży to w interesie dziecka. Nie chodzi już, oczywiście, o prawo rodzicielskie⁵⁷.

5.3.2. ZAPRZECZENIE OJCOSTWA A KONTAKTY W PRAWIE POLSKIM

Zarysowana kwestia nie była dotychczas przedmiotem zainteresowania polskiej doktryny prawa rodzinnego, ani też rozstrzygnięć sądowych. Szczególnych uregulowań, odnoszących się wprost do wpływu zaprzeczenia ojcostwa na prawo do styczności, prawo polskie nie zawiera. Rozwiązania wypracowane w doktrynie i judykaturze niemieckiej wytyczają kierunek aktualny z perspektywy prawa polskiego.

Również w świetle unormowań polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego prawomocne zaprzeczenie ojcostwa powoduje utratę rodzicielskiego prawa do styczności. Nie jest jednak wykluczone powstanie w to miejsce uprawnienia z innego tytułu. Pewną, jednak z praktycznego punktu widzenia bardzo niewielką, różnicą jest to, że w prawie polskim utrzymanie prawa do styczności z dzieckiem - albo precyzyjniej nabycie nowego tytułu - zależało będzie od tego, czy "dotychczasowy ojciec" sprawował "przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem" (art. 113⁶ k.r.o.). Wobec małżeńskiego zwykle statusu rodziców, będzie to jednak regułą. W Niemczech zaś, chodzi o istnienie wystarczająco silnej więzi z dzieckiem. Nie jest natomiast konieczne sprawowanie pieczy przez dłuższy czas, czyli rodzicielstwo socjologiczne. Jak się wydaje, różnica ta powoduje rozszerzenie kręgu potencjalnych uprawnionych w prawie niemieckim⁵⁸.

Bez zastrzeżeń przyjęte mogą być również reguły związane z oceną znaczenia wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. Nie można przyjąć, aby dochodziło tu, co do zasady, do nadużycia prawa (art. 5 k.c.) przez domagającego się, mimo to, kontaktów powoda - ciągle jeszcze będącego prawnym ojcem. Wprawdzie zaistnienie nadużycia prawa nie jest wykluczone, jednakże wymagałoby stwierdzenia dodatkowych okoliczności towarzyszących⁵⁹.

Samo wytoczenie powództwa nie dawałoby także podstaw do orzeczenia zakazu styczności na podstawie art. 113³ k.r.o. Poważne zagrożenie dobra dziecka lub jego naruszenie musiałyby wynikać z ewentualnych dodatkowych okoliczności konkretnego przypadku.

6. UPRAWNIENIE MACOCHY I OJCZYMA ORAZ INNYCH RODZICÓW SOCJOLOGICZNYCH

6.1. FAKTYCZNE SPRAWOWANIE PIECZY NAD DZIECKIEM JAKO RODZICIELSTWO SOCJOLOGICZNE

W zagranicznej literaturze rodzinnoprawnej "pełnię obywatelstwa" uzyskał już termin "rodzice socjologiczni". Pojęcie to obejmuje przede wszystkim ojczyma oraz macochę czyli małżonka rodzica będącego powinowatym dziecka. W ramach tej kategorii wymienia się także innych faktycznych opiekunów dziecka np. konkubentów, ale także rodziców zastępczych, czyli opiekunów w rodzinach zastępczych, którzy, przy długotrwałym sprawowaniu pieczy nad dzieckiem, zajmują z jego punktu widzenia, pozycję rodziców. Nie są przy tym rodzicami biologicznymi dziecka ani, co oczywiste, prawnymi⁶⁰.

Wobec używania również w tym kontekście terminu "rodzice", nasuwa się pytanie o ewentualne uprawnienie rodziców socjologicznych do styczności z dzieckiem, a w szczególności o to, czy także te osoby można zaliczyć do, podstawowej przecież dla kontaktów z dzieckiem, kategorii uprawnionych, jakimi są rodzice.

6.2. RODZICE SOCJOLOGICZNI W ZAGRANICZNYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

W prawie niemieckim odpowiedź nie nasręcza większych trudności. Wprawdzie, o czym była już mowa, ustawodawca niemiecki nie zdefiniował pojęcia "rodzice" ograniczając się do sprecyzowania terminów: "ojciec", "matka". Mimo to nie ma jednak wątpliwości, że przyjął koncepcję rodzicielstwa

biologicznego i prawnego jednocześnie. Rodzicom socjologicznym (*soziale Eltern*) nazywanym także psychologicznymi (*psychologische Eltern*) nie służy zatem rodzicielskie prawo do kontaktu. Nie oznacza to jednak, że nie mogą go w ogóle uzyskać. Oczywiście mogą, ale w ramach osobnej kategorii osób bliskich (*nahestehende Dritte*)⁶¹.

Również w Szwajcarii rodzicom socjologicznym nie przysługuje rodzicielskie uprawnienie przewidziane w art. 273 k.c.szw. Stosownie jednak do treści art. 274a k.c.szw. mogą oni powoływać się na prawo służące, w pewnych sytuacjach, osobom trzecim⁶². Warto zasygnalizować, iż pozycja tych osób, a między nimi również rodziców socjologicznych, jest w prawie szwajcarskim osobiście słaba. Otóż, ze względu na użycie w art. 274a k.c.szw. określenia "może" powszechnie przyjmuje się, że nie chodzi tu o roszczenie⁶³. Przyznanie uprawnienia zależy od uznania sędziego⁶⁴.

Podobnie w Belgii rodzicom socjologicznym nie została przyznana pozycja rodziców naturalnych. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, aby uzyskali prawo do styczności na podstawie art. 375 bis ust. 1 zdanie drugie k.c.belg. jako osoby trzecie. Konieczne jest wówczas spełnienie przesłanek sformułowanych dla tej grupy. Ograniczają one pozycję tych właśnie osób⁶⁵.

Nieco inaczej wygląda we Francji. Wprawdzie również tu *parenté spirituelle* (albo *adoption de fait*) nie uzasadnia **rodzicielskiego** prawa do kontaktu (art. 288, art. 374 ust. 4 k.c.fr.)⁶⁶, prawo francuskie przewiduje jednak pewne szczególne rozwiązanie dotyczące właśnie uprawnienia rodziców socjologicznych. Ich prawo zostało mianowicie *expressis verbis* uregulowane w art. 311-13 k.c.fr. i ulokowane pomiędzy uprawnieniem rodziców (najsilniejszym) oraz, zdecydowanie słabszą, gdyż uzależnioną od zgodności z dobrem dziecka, pozycją prawną osób trzecich. Na jego podstawie sędzia może przyznać prawo do odwiedzin osobie, która wychowywała małoletniego, następnie jednak przegrała proces o ustalenie pochodzenia dziecka. Warunkiem nie jest tutaj jedynie faktyczne sprawowanie władzy rodzicielskiej, ale raczej rzeczywiste wychowywanie dziecka⁶⁷.

6.3. FAKTYCZNI RODZICE JAKO UPRAWNIENI DO STYCZNOŚCI W PRAWIE POLSKIM

Również w prawie polskim rodzice socjologiczni nie są zaliczani do kategorii rodziców wskazanej w art. 113 § 1 k.r.o. Wprawdzie, podobnie jak ma to miejsce w Niemczech, ustawodawca nie zdefiniował terminu "rodzice" ograniczając się do naświetlenia pojęć "matka" oraz "ojciec". Nie ulega jednak wątpliwości, iż chodzi tu o **rodzicielstwo prawne**, które powinno i zwykle pokrywa się z biologicznym. Rodzice socjologiczni, w kontekście uprawnienia do styczności, nie mają zatem silnej pozycji służącej rodzicom dziecka.

Nie oznacza to jednak, że prawo do kontaktu nie może im przysługiwać. Zostali oni *expressis verbis* wymienieni w art. 113⁶ k.r.o. nakazującym odpowiednie stosowanie przepisów o styczności z dzieckiem do kilku innych kategorii osób. W tym właśnie do osób, które sprawowały przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem, a zatem do osób, które nazywane są w piśmiennictwie rodzicami socjologicznymi.

Warunkiem powstania uprawnienia jest tu sprawowanie pieczy **przez dłuższy czas**. Ponieważ chodzi o określenie zdecydowanie nieostre, które może w związku z tym wywoływać istotne wątpliwości w praktyce, warto poświęcić mu nieco uwagi.

Prima facie mogłoby się wydawać, że lepiej byłoby, aby przepis wyjaśniał o jaki czas chodzi, albo nawet wprost wskazywał ile ma go upłynąć. Jednak ustawodawca nieprzypadkowo użył określenia niekonkretnego. Otóż zabieg ten pozwala uzyskać nie tylko niezbędną elastyczność, ale wskazuje przede wszystkim, że wbrew pozorom to nie długości okresu prawodawca przydaje decydujące znaczenie. Otóż sprawa oceny niezbędnej długości czasu sprawowania pieczy staje się bardziej oczywista, gdy dostrzec, że chodzi tu właśnie o **rodzicielstwo socjologiczne**. A zatem o pewien stabilny stan, w którym dziecko traktuje pewne osoby w sposób zarezerwowany dla rodziców. Nie byłoby zatem słuszne podejmowanie prób obiektywizacji pojęcia. "Dłuższy czas" to, w rozumieniu przepisu art. 113⁶ k.r.o. *in fine*, czas, który umożliwił wytworzenie się więzi charakterystycznej dla relacji między rodzicami i dziećmi.

Zatem również w prawie polskim rodzice socjologiczni nie mają pozycji bardziej uprzywilejowanej niż pozostałe osoby trzecie, wskazane w przepisie art. 113⁶ k.r.o. Także w stosunku do nich przepisy o styczności rodziców i dzieci należy stosować **odpowiednio**. Oznacza to, w moim przekonaniu, chociaż przepis wyraźnie tego nie precyzuje, uzależnienie uprawnienia od zgodności z dobrem dziecka⁶⁸.

Warto jeszcze zwrócić uwagę, iż ze względu na stale wzrastającą ilość rozwodów, a w konsekwencji często nowokonstruowanych rodzin z ojczymami oraz macochami, w literaturze zagranicznej narasta krytyka związana z nierównoprawnym traktowaniem rodziców prawnych i socjologicznych. Coraz silniejszy jest postulat jednakowego traktowania obu kategorii, a tym samym dopasowania stanu prawnego do aktualnej rzeczywistości społecznej⁶⁹.

7. DZIECKO JAKO PODMIOT UPRAWNIONY DO STYCZNOŚCI Z RODZICAMI

7.1. EWOLUCJA OD PRZEDMIOTOWEGO DO PODMIOTOWEGO TRAKTOWANIA DZIECKA

Ewolucja konstrukcji i kształtu prawa do kontaktów, która miała miejsce szczególnie w końcu lat 80. i 90. XX wieku, zasadniczo zmieniła pozycję prawną dziecka. Z przedmiotu prawa do kontaktów stało się ono jego centralnym podmiotem. Pierwszym wyraźnym krokiem na tej drodze było ulokowanie interesów dziecka (dobra dziecka) w centrum konstrukcji prawa do kontaktów. Ostatecznie doprowadziła ona już w wielu krajach do pełnego upodmiotowienia poprzez przyznanie również dziecku **własnego prawa** do kontaktów.

Najszybciej ustawowe własne prawo dziecka do kontaktów wykreowane zostało w krajach skandynawskich. Już w 1981 r. *expressis verbis* wyartykułowano je w § 44 norweskiej ustawy o prawach dziecka. Dwa lata później, a więc w 1983 r., unormowane zostało w fińskiej ustawie o prawach dziecka (§ 2) oraz szwedzkim **prawie** dotyczącym rodziców, opiekunów oraz dzieci (§ 15). Od 1989 r. także w Wielkiej Brytanii dziecko służy własne roszczenie o ustanowienie kontaktu z rodzicami. Na podstawie *Children Act* z 1989 r. również dziecko może domagać się wydania *contact order*. W 1990 roku prawo dziecka uznał ustawodawca holenderski wprowadzając je, przy okazji reformy pierwszej księgi kodeksu cywilnego, do art. 161a ust. 1 zdanie pierwsze⁷⁰, zastąpionego następnie w 1995 r. regulacją art. 377a ust. 1⁷¹. Z kolei w 1995 r. własne prawo dziecka do osobistych i bezpośrednich kontaktów z żyjącymi w rozłączeniu rodzicami pojawiło się w węgierskim Kodeksie rodzinnym (§ 92 ust. 1 zdanie pierwsze)⁷².

W 1997 r. wraz z reformą prawa dziecięcego (*Kindschaftsgesetz*) uprawnienie dziecka wprowadzono do niemieckiego systemu prawa rodzinnego. Ustawodawca zakończył w ten sposób toczony od połowy lat 80. XX wieku spór o to, czy § 1634 k.c.n. (w jego dawnej redakcji) dotyczył jedynie prawa do kontaktu rodzica niesprawującego opieki nad dzieckiem, czy też, jak twierdzili niektórzy autorzy, obejmował również własne uprawnienie dziecka⁷³. Ponieważ przekonanie o potrzebie takiego upodmiotowienia narastało, a wątpliwości co do obowiązującego stanu prawnego wydawały się być nie do przełamania, już od początku lat 90. podejmowane były próby ustawowego rozwiązania problemu. Mimo to, jeszcze w 1995 r. zaproponowany przez Ministerstwo Sprawiedliwości (*Bundesjustizministerium*) projekt regulacji został odrzucony przez rząd z uzasadnieniem, że przyznanie dziecku takiej pozycji prawnej prowadzić musi do niekorzystnego przeniesienia konfliktu rodziców na dziecko⁷⁴. Dopiero zdecydowane stanowisko Bundesratu, zgodnie z którym dziecko, które ukończyło 14 lat nie powinno pozostać jedynie "przedmiotem cudzego prawa"⁷⁵, doprowadziło do zaakceptowania zmiany przez parlament. Zrezygnowano przy tym z ograniczenia wiekowego, gdyż, jak zauważono w toku debaty, właśnie przy młodszych dzieciach szczególnie ważne jest zapewnienie ciągłych i regularnych kontaktów.

W Szwajcarii już w latach 40. i 50. XX wieku pojawiały się głosy o potrzebie uznania również własnego prawa dziecka do kontaktów z rodzicami⁷⁶. Jednak dopiero w czasie przygotowań do rewizji kodeksu cywilnego w 1973 r. poważnie rozważano jego wprowadzenie do systemu prawa. Wprawdzie przeważały wówczas głosy wskazujące na trudności z ewentualną egzekucją prawa dziecka i z prawnej regulacji zrezygnowano. Jednak dyskusja nie została zamknięta i rozgorzała na nowo w latach 90. XX wieku. Jej przedmiotem nie było już to, czy dziecko powinno posiadać własne prawo do kontaktu z obojgiem rodziców. Uprawnienie takie wtedy już powszechnie akceptowano. Spór dotyczył wyłącznie tego, czy konieczne jest wyraźne uregulowanie tej kwestii w szwajcarskim systemie prawnym, czy też wystarczające w tym zakresie są postanowienia Konwencji NZ o prawach dziecka. Wzajemne roszczenia rodziców oraz dziecka traktowano jako oczywistą treść relacji dziecko-rodzice. Co ciekawe, wskazywano, że uprawnienie dziecka znajduje również ogólne zakotwiczenie w art. 272 k.c.szw. odnoszącym się wprost jedynie do obowiązku i prawa rodziców i dzieci wzajemnej pomocy i wspierania. Mimo to, ostatecznie zwyciężyło stanowisko o potrzebie wyraźnej regulacji prawnej. Artykuł 273 ust. 1 k.c.szw., normujący do tej pory jedynie prawo rodzica niesprawującego opieki nad dzieckiem, uzupełniono w 1998 r. o stosowne postanowienia przyznające również dziecku własne prawo do osobistych kontaktów z tym rodzicem.

Również w świetle postanowień aktów prawa międzynarodowego, w tym w szczególności wspomnianej już Konwencji Narodów Zjednoczonych, umawiające się państwa mają obowiązek poszanowania prawa dziecka do utrzymywania regularnych i bezpośrednich kontaktów z obojgiem rodziców (art. 9 ust. 3).

Na tle tego, *prima facie* niebudzącego wątpliwości, postanowienia w piśmiennictwie zagranicznym toczony jest spór dotyczący dzieci pozamałżeńskich. Nie ma mianowicie zgodności, czy również one

należą do kręgu osób podmiotowo uprawnionych. Niektórzy autorzy są zdania, że działania podejmowane przez państwa strony Konwencji nie mogą wprawdzie zmierzać do różnicowania pozycji prawnej dzieci małżeńskich i z małżeństwa nie pochodzących, jednak z drugiej strony, na państwach-stronach nie ciąży obowiązek ukształtowania już istniejących stosunków rodzinnych oraz spadkowych dziecka pozamałżeńskiego w identyczny sposób, jak pochodzącego ze związku formalnego⁷⁷. Za taką interpretacją miałyby dodatkowo przemawiać geneza art. 9 ust. 3 Konwencji. Otóż umawiające się strony nie mogły osiągnąć zgodności co do potrzeby wprowadzenia wyraźnej regulacji prawnej różnicującej w tym kontekście pozycję dziecka małżeńskiego i pozamałżeńskiego⁷⁸. Sprawy *expressis verbis* nie przesądzono.

Przeważa jednak pogląd odmienny, zgodnie z którym art. 9 ust. 3 Konwencji reguluje zarówno prawo dziecka pozamałżeńskiego do kontaktów z rodzicami, jak i nakłada na państwa-strony ewentualny obowiązek wprowadzenia takiego prawa. Jednym z celów Konwencji jest przecież właśnie zniesienie wszelkiej dyskryminacji dzieci pozamałżeńskich. Przy tym art. 2 ust. 1 Konwencji wyraźnie przesądza, że prawa w niej określone należy zapewnić każdemu dziecku bez jakiegokolwiek dyskryminacji - niezależnie od jego urodzenia, statusu dziecka, rodziców lub opiekuna.

Także ustawodawca polski wprowadzając w 2008 r. wyraźne uregulowania prawa do kontaktów do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego za właściwe uznał przyznanie uprawnienia również dziecku. W świetle art. 113 k.r.o. "Niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów". Można jedynie zwrócić uwagę na niezbyt szczęśliwe sformułowanie tytułu oddziału 3 "Kontakty z dzieckiem", które wzajemności uprawnienia ewidentnie nie oddaje.

Własnego prawa dziecka, mimo zaawansowanej dyskusji, nie udało się natomiast wprowadzić w Belgii. Stosowne postanowienia znajdowały się zarówno w projekcie nowelizacji kodeksu cywilnego z 1993 r.⁷⁹, jak i z 1994 r.⁸⁰ Ostatecznie jednak reforma przeprowadzona w 1995 r. uprawnienia dziecka nie wykreowała. Wzmocnione zostały jedynie prawa dziadków oraz innych osób bliskich. Pominięcie dziecka miało uzasadniać przekonanie, że małoletnie dziecko nie byłoby w stanie samodzielnie występować przed sądem, aby dochodzić roszczenia. Zatem rzeczywiste wprowadzenie tego rodzaju prawa wymagałoby podjęcia również całego szeregu dodatkowych zmian zarówno organizacyjnej, jak i finansowej natury⁸¹.

Podobnie we Francji ustawodawca nie zdobył się jeszcze na wyraźne wprowadzenie uprawnienia służącego dziecku. Wprawdzie już od połowy lat 60. XX wieku w piśmiennictwie coraz mocniej zwracano uwagę na to, że prawo rodziców nie może być prawem do osoby dziecka i wymaga wzajemności⁸², jednak nie przełamało to, jak dotychczas, wyraźnej obawy ustawodawcy przed przyznaniem własnego prawa dziecku. Niektórzy autorzy pierwszy krok w tym kierunku chcą widzieć w regulacji zawartej w art. 371-5 zdanie drugie k.c.fr. Przyznaje on sędziemu prawo do ukształtowania zasad kontaktu osobistego pomiędzy rodzeństwem rozwiedzionych rodziców. Inni z kolei twierdzą, że nie oznacza to jeszcze własnego roszczenia rodzeństwa o ustanowienie kontaktu ze sobą. Nie ma natomiast wątpliwości, że brak jest uprawnienia dziecka w relacjach z innymi osobami.

7.2. SPÓR O *RATIO LEGIS* UPODMIOTOWIENIA DZIECKA

W kontekście przyznania własnego prawa do kontaktów również samemu dziecku, nasuwa się pytanie czy krok ten poprawił rzeczywiście jego pozycję prawną, czy też, jak twierdzą niektórzy, jest - wbrew dość oczywistym intencjom ustawodawców - raczej deklaracją pozbawioną praktycznego przełożenia. W piśmiennictwie krajów, w których prawo dziecka stało się już składnikiem rzeczywistości prawnej, zdecydowanie przeważa zapatrywanie, że nie chodzi jedynie o samą deklarację. Przytaczane są rozmaite argumenty. Warto w tym miejscu zrekonstruować najważniejsze.

Otóż szczególnie często przywoływana jest okoliczność, że przyznanie dziecku własnego roszczenia w zakresie kontaktów zwraca uwagę na jego prawa jako osoby, a w szczególności związaną z tym godność człowieka i dziecka, i podkreśla je. Uwypuklona zostaje w ten sposób jego podmiotowość, która wcześniej zwykle chroniona była jedynie poprzez abstrakcyjne i zdecydowanie mało konkretne pojęcie "dobra dziecka"⁸³.

Własne prawo dziecka ma także wzmacniać ochronę jego interesów w sytuacjach konfliktowych. Nie bez pewnej racji wielu autorów podkreśla, że norma prawna ograniczona jedynie do przypomnienia, iż kontakt z rodzicami ma na celu dobro dziecka nie zapobiega prowadzeniu sporów "ponad głową dziecka" o to, co służy, a co nie służy jego dobru w konkretnym przypadku. Natomiast własne prawo dziecka zmienia, zdecydowanie na jego korzyść, optykę przy podejmowaniu koniecznych decyzji przez sąd, ale też przez samych rodziców. W szczególności przepis tej treści zwraca uwagę rodziców na to, że przez

zakłócanie kontaktów zaburzą rozwój własnego dziecka. Z jednej strony, rodzicowi niesprawującemu na co dzień opieki uzmysławia przecież, że już przy samej decyzji co do podtrzymywania kontaktów z dzieckiem nie może być, i z formalnego punktu widzenia nie jest, swobodny - prawu dziecka odpowiada przecież obowiązek rodzica. Z kolei rodzic sprawujący opiekę łatwiej zaakceptuje prawo dziecka, niż prawo byłego małżonka (partnera), z którym najczęściej pozostaje w poważnym konflikcie⁸⁴. Zatem przyznanie prawa do kontaktów również dziecku ma podkreślać, że oboje rodzice, mimo rozstania, nadal pozostają odpowiedzialni za wspólne dziecko, a także to, że w interesie dziecka leży utrzymanie kontaktów z każdym z rodziców. Z kolei ta świadomość, zdaniem wielu autorów, ma w większym nawet stopniu, niż istnienie przymusu państwowego, przyczyniać się do kształtowania kooperatywnej postawy rodziców⁸⁵.

W piśmiennictwie niemieckim szczególnie mocno akcentowana jest funkcja sygnalizacyjna albo edukacyjna⁸⁶. Własne prawo dziecka - traktowanego przez ustawodawcę jako podmiot kontaktu, nie zaś jego przedmiot - ma mianowicie sygnalizować rodzicom jego szczególne znaczenie. W dłuższej perspektywie czasowej powinno owocować korzystną dla dziecka zmianą podejścia rodziców. Bardziej realna staje się nadzieja, że pozostający w sporze rodzice w większym stopniu kierować się będą potrzebami dziecka niż własnym interesem.

Krytycy z kolei, nie bez racji, zwracają uwagę na to, że nie wszystko czego żąda się w imieniu dziecka rzeczywiście służy jego dobru. Niektórzy nawet wprost twierdzą, że ustawowe przyznanie dziecku jego własnego prawa do kontaktów w istocie rzeczy spowodowane zostało nie tyle troską o jego dobro, co raczej chęcią ochrony interesów dorosłych⁸⁷. *Prima facie* może to zdumiewać, przestaje jednak, gdy zważyć na bardzo silny na zachodzie Europy ruch na rzecz ochrony praw rodzica, któremu niepowierzono sprawowania opieki nad dzieckiem, a który przeżył przecież bolesne doświadczenie nie tylko rozpadu małżeństwa, ale też w szczególności utraty dziecka. Właśnie chęć ochrony interesów tego rodzica ma być, zdaniem niektórych, rzeczywistym powodem zarówno przekonania o konieczności powierzenia władzy rodzicielskiej wspólnie obojgu rodzicom - co np. w Niemczech jest już od dość dawna regułą⁸⁸ - jak też możliwie szerokiego ukształtowania prawa do kontaktów z dzieckiem⁸⁹. W ten sposób interes rodzica niesprawującego na co dzień opieki nad dzieckiem przekształcił się niespodziewanie w nową pozycję prawną dziecka, mianowicie w jego własne prawo do kontaktów⁹⁰.

Stosunkowo często podnoszony jest także zarzut, że przyznanie dziecku jego własnego prawa spowodować musi przeniesienie konfliktu rodziców na dziecko. W takim układzie rodzice będą przecież wywierać zwiększoną presję na dziecko, aby uzyskać korzystne dla siebie jego stanowisko. Spostrzeżeniu takiemu trudno odmówić racji w przypadku tych systemów prawnych, w których wola dziecka miałaby mieć decydujące znaczenie dla ustanowienia bądź kontynuowania kontaktów. Ocena musi natomiast wypaść odmiennie jeśli w danym porządku prawnym prawo dziecka do kontaktów pojawia się jako niezależne, a więc występujące "obok" prawa rodzica. Wtedy ewentualny wpływ na dziecko rodzica niesprawującego na co dzień opieki, a zmierzający i zachęcający do ustanowienia kontaktu, będzie służył jego dobru. W literaturze panuje przecież ugruntowane przekonanie o zdecydowanie pozytywnym oddziaływaniu na rozwój dziecka kontaktów z **obojem** rodziców. Wprawdzie również przy takiej konstrukcji uprawnień nie jest wykluczony negatywny nacisk na dziecko rodzica sprawującego opiekę. Pod jego wpływem dziecko może w ogóle nie chcieć korzystać ze swego prawa do kontaktów z drugim rodzicem⁹¹. W takiej jednak sytuacji świadomość własnego prawa może tym bardziej dawać umacniający dziecko efekt pozwalający ignorować wpływ tego rodzica. Jeśli natomiast zniechęcanie miałyby okazać się skuteczne, rodzicowi niesprawującemu opieki pozostaje i tak skorzystanie z własnego uprawnienia do kontaktów z dzieckiem⁹².

Za jedynie symbolicznym znaczeniem przyznania dziecku własnego uprawnienia ma, zdaniem krytyków, przemawiać także praktyczna niemożność zmuszenia niechętnego kontaktowi rodzica do jego podjęcia (utrzymywania). Nawet gdyby jednak chcieć twierdzić, że egzekucja jest możliwa, a więc dopuszczalne byłoby przeprowadzenie wymuszonego kontaktu, nie sposób nie dostrzec tego, iż nie miał by on wartości pedagogicznej, a w szczególności byłby wątpliwy moralnie.

Mimo istotnej wagi niektórych podnoszonych przez sceptyków argumentów, w piśmiennictwie zagranicznym dominuje trafne, w moim przekonaniu, stanowisko, że nie chodzi tu jedynie o symboliczne znaczenie. Przyznanie prawa podmiotowego, nawet jeśli aprobować stanowisko o jego niezaskarżalności lub przynajmniej o praktycznej nieegzekwowalności, staje się przecież częścią obowiązującego porządku prawnego prawa rodzinnego. To z kolei oznacza, że figurę tę uwzględniać należy przy jego wykładni.

ROZDZIAŁ IV

DALSZY KRĄG PODMIOTÓW UPRAWNIONYCH

1. ZRÓŻNICOWANY SPOSÓB OCHRONY INTERESÓW POZOSTAŁYCH OSÓB BLISKICH

Interes bliskich osób trzecich, i to zarówno krewnych, jak i niespokrewnionych, polegający na kontakcie z dzieckiem, może być - do takich wniosków prowadzi analiza zagranicznych porządków prawnych - chroniony na kilka różnych sposobów. Wyodrębnia się trzy ewentualności. Po pierwsze, chodzi o przyznanie własnego, samodzielnego uprawnienia, czyli prawa podmiotowego rozumianego jako możliwość zgłoszenia roszczenia. W tej sytuacji styczność z dzieckiem jest regułą, natomiast wykluczenie kontaktów wyjątkiem od niej, wymagającym wykazania ich szkodliwości dla dziecka. Po drugie, o przyznanie słabszego, gdyż warunkowego uprawnienia (*droit virtuel, Recht unter Vorbehalt*). A więc uzależnienie go od zgodności z dobrem dziecka. Wówczas uprawnienie nie pojawia się automatycznie. Warunkiem ustanowienia prawa na rzecz osoby trzeciej domagającej się kontaktów jest dokonanie *in concreto* pozytywnej oceny owej zgodności. Oraz po trzecie, ochrona może polegać na stworzeniu możliwości interwencji sądu związanej z dezaprobatą dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, czyli z jej nadużyciem. W tym ostatnim przypadku, w przeciwieństwie do dwóch pierwszych, w istocie rzeczy nie chodzi o prawo, ale, jak słusznie zauważono w piśmiennictwie zagranicznym, o refleks prawa (*Rechtsreflex*)¹. Domagający się ustanowienia kontaktów nie powołuje się przecież na własne, samodzielne uprawnienie, ale wskazuje na niewłaściwe, gdyż pozbawiające dziecko potrzebnych mu osobistych kontaktów, wykonywanie władzy przez rodziców. Aby styczność mogła być przyznana, stan nadużycia władzy rodzicielskiej musi zostać stwierdzony.

Szerzej na temat zróżnicowanej konstrukcji prawa osób trzecich mowa będzie w dalszej części pracy². Owa konstrukcja przekłada się przede wszystkim na różną siłę uprawnienia osób trzecich. Jednak pominięcie tej kwestii przy omawianiu kręgu podmiotów uprawnionych do kontaktów nie byłoby właściwe. Wpływa przecież także na zasięg kręgu podmiotów uprawnionych, a jest przy tym łatwa do przeoczenia. Ustawodawca bowiem trzeciej kategorii wyraźnie nie sygnalizuje.

W rezultacie w zagranicznych porządkach prawnych sytuacja prawna kręgu osób bliskich nie jest kształtowana jednolicie. Tworzone są dwie, a nawet trzy grupy.

Zwykle szczególna pozycja przypada dziadkom. Dla przykładu we Francji oraz Belgii ustawodawca przyznał im samodzielne, bezwarunkowe uprawnienie do styczności z wnukami -analogiczne do prawa rodziców - osłabiając prawo pozostałych osób trzecich tzn. uzależniając je od wykazania szczególnych okoliczności. W Niemczech dziadkowie, a obok nich inne *expressis verbis* wyliczone osoby, uzyskują prawo do styczności pod warunkiem, że będzie służyło dobru dziecka. Natomiast pozostałym, niewyliczonym wyraźnie osobom trzecim prawo do styczności może być przyznane jedynie wyjątkowo, jako sankcja nadużycia władzy rodzicielskiej (na podstawie § 1666 k.c.n.).

Nie inaczej rzecz się ma w Polsce. Chociaż *prima facie* może wydawać się, że prawodawca wszystkich dalszych uprawnionych zaliczył do jednej kategorii, o której mowa w treści art. 113⁶ k.r.o. Wprawdzie dziadkowie nie zostali potraktowani odrębnie. Ustawodawca nie podkreślił szczególnego znaczenia ich styczności z wnukami poprzez przyznanie silniejszego prawa. Również pozycja pozostałych osób trzecich, którym przyznano uprawnienie w art. 113⁶ k.r.o., określona została identycznie. Zarówno do rodzeństwa, dziadków, powinowatych w linii prostej, jak i rodziców socjologicznych (inne osoby, które sprawowały przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem), przepisy o styczności rodziców z dziećmi stosuje się odpowiednio. W moim przekonaniu "odpowiednie" stosowanie oznacza tu m.in., podobnie jak w prawie niemieckim, stosowanie pod warunkiem zgodności styczności z dobrem dziecka³.

Katalog osób wskazanych w treści art. 113⁶ k.r.o. jest wprawdzie ewidentnie zamknięty. Nie oznacza to jednak, że inne, niewymienione w nim osoby nie mogą uzyskać regulacji styczności z dzieckiem. Otóż, tak jak w Niemczech, może im zostać przyznane uprawnienie będące refleksem sądowej dezaprobaty dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej (nadużycie władzy rodzicielskiej). Podstawę stanowiłby tutaj przepis art. 109 k.r.o.

Zatem, wbrew pozorom, również w Polsce aktualny stan prawny pozwala na wyróżnienie dwóch kategorii "osób trzecich" mogących uzyskać kontakty z dzieckiem. Konstrukcja ich uprawnień, a w szczególności ich siła, różnią się zasadniczo. W przypadku osób wskazanych *expressis verbis* w art. 113⁶ k.r.o. chodzi o uprawnienie warunkowe, aktualizujące się wówczas, gdy kontakty służą dobru dziecka. Pozostałe osoby pominięte w oddziale 3 (Tytuł II, Rozdział II k.r.o.) dotyczącym kontaktów z dzieckiem mogą, w bardzo szczególnych okolicznościach, uzyskać ochronę będącą refleksem dezaprobaty dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej.

2. OTWARTY LUB ZAMKNIĘTY KRĄG PODMIOTÓW UPRAWNIONYCH

W zagranicznych porządkach prawnych, zawierających wyraźną regulację prawa do kontaktów z dzieckiem, krąg podmiotów uprawnionych kształtowany jest w dwojaki sposób.

Z jednej strony funkcjonuje model wyliczenia enumeratywnego. Polega on na wskazaniu konkretnych kategorii osób wyznaczonych ich pozycją w rodzinie (np. rodzeństwo, dziadkowie, pradiadkowie, ciotki, wujowie, powinowaci itd.) lub ewentualnie w stosunku do dziecka (np. osoby wychowujące dziecko, opiekunowie, rodzice socjologiczni). Tak jest np. w Niemczech, a od niedawna również w Polsce.

Z drugiej zaś istnieje model otwarty pozwalający na przyznanie prawa do styczności nieokreślonym z góry osobom, pod warunkiem wszakże wykazania szczególnych okoliczności, zwykle istnienia określonej więzi z dzieckiem lub zgodności styczności z dobrem dziecka.

Oba podejścia mają swoje zalety oraz wady. W piśmiennictwie zagranicznym wskazuje się m.in. na to, że za przyjęciem modelu ograniczenia kręgu uprawnionych do wyraźnie wskazanych osób (modelu enumeratywnego) przemawiają względy praktyczne. Pozwala on uniknąć istotnego zwiększenia obciążenia sądów. Precyzyjnie i jasno określony **zamknięty** krąg powoduje bowiem, że niektóre sprawy w ogóle nie trafią do sądu, oraz upraszcza orzekanie w tych przypadkach, które jednak wpływają na wokandę. Badanie sprawy ogranicza się wówczas do ustaleń w zakresie jedyne go kryterium, a więc dobra dziecka; tylko ono może bowiem przekreślać prawo służące konkretnej wskazanej w ustawie osobie⁴.

Rozwiązanie polegające na wyliczeniu enumeratywnym ma jednak również trudną do przeoczenia wadę. Model wyklucza mianowicie kontakt osób wyraźnie niewymienionych w przepisach, nawet wówczas, gdy styczność w konkretnej sytuacji mogłaby mieć istotne znaczenie z punktu widzenia dobra dziecka. W piśmiennictwie zagranicznym zwraca się, w tym kontekście, uwagę na niemożność ustanowienia kontaktu w coraz popularniejszych na zachodzie Europy przypadkach pożycia alternatywnego do małżeńskiego (chodzi o różne postacie konkubinatu oraz związków partnerskich i powstające na tym tle więzi pomiędzy konkubentem/partnerem rodzica, a dzieckiem)⁵. Dla enumeratywnego wyliczenia charakterystyczne jest bowiem powiązanie prawa do styczności z abstrakcyjnie zdefiniowanymi relacjami pokrewieństwa lub opieki, a zatem wyłącznie **aspekt formalny**. Tymczasem z punktu widzenia dziecka, o którego dobro przecież w pierwszym rzędzie chodzi, ważna jest raczej rzeczywista jakość konkretnej relacji⁶. Dość powszechne jest zatem przekonanie, że pozytywne wskazanie konkretnych osób jest, z jednej strony zbyt zawężające, a z drugiej również nadmiernie statyczne.

Natomiast podstawową wadą modelu otwartego, warunkującego kontakt z dzieckiem wyłącznie zgodnością z jego interesem, jest uzależnienie rozstrzygnięcia od subiektywnych wyobrażeń sędziego, na temat wartości relacji z dziadkami, ciotkami oraz innymi osobami (ukształtowanych na podstawie jego osobistych doświadczeń)⁷.

Trzeba jednak zauważyć, że niebezpieczeństwo subiektywizmu sędziowskiego łączy się także z modelem wyliczenia enumeratywnego, jeśli, jak to jednak na ogół ma miejsce, prawo "dalszych bliskich" uzależnione jest od zgodności z dobrem (interesem) dziecka⁸. A zatem, jeśli ich uprawnienie nie ma charakteru obiektywnego, albo raczej abstrakcyjnego, czyli oderwanego od konkretnego stanu rzeczy, a aktualizuje się dopiero wobec braku kolizji z dobrem dziecka. A tak, na ogół, (poza uprawnieniem rodzica) jest ono kształtowane w porządkach prawnych sięgających do tego rozwiązania. Ten właśnie model występuje w prawie niemieckim, a także, o czym już wspomniano, w systemie polskiego prawa rodzinnego, nakazującego odpowiednie stosowanie przepisów o styczności rodziców i dzieci do *expressis verbis* wyliczonych kategorii osób⁹.

Słusznie zatem w piśmiennictwie wskazuje się, że ryzyka związane z subiektywizmem oceny sędziowskiej nie da się w pełni wyeliminować również przy w praktyce funkcjonujących wariantach modelu enumeratywnego. Natomiast skrajna wersja tej konstrukcji, a zatem nieróżnicująca siły uprawnienia rodziców i osób trzecich poprzez uzależnienie prawa tych drugich od okoliczności konkretnego przypadku, jest powszechnie uważana za niemożliwą do przyjęcia.

Warto jeszcze zasygnalizować, że model enumeratywny, wbrew pozorom, nie oznacza absolutnego wykluczenia kontaktów osób pominiętych w wyliczeniu. Co jednak dość oczywiste, pozycja tych osób jest zdecydowanie słabsza. W ich przypadku nie można mówić o uprawnieniu, a jedynie o możliwości uzyskania kontaktów w ramach sędziowskiej dezaprobaty dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodzica (tzw. nadużycie władzy rodzicielskiej przez rodzica¹⁰). Uzyskanie "prawa" do styczności jest tu jedynie refleksem (albo drugą stroną medalu) nałożenia zakazu określonego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, eliminującego korzystny dla dziecka kontakt.

3. DZIADKOWIE (I PRADZIADKOWIE)

3.1. SPOSTRZEŻENIA OGÓLNE

Pytanie czy dziadkowie mają prawo - pojmowane jako prawem chronione roszczenie - do osobistego kontaktu z wnukami, na ogół, jak zresztą bardzo wiele kwestii w prawie rodzinnym, nie będzie aktualne przy prawidłowo funkcjonującej rodzinie. Kontakty wnuków z dziadkami należą wtedy do spraw oczywistych. Trudna do przecenienia jest rola dziadków przy praktycznym sprawowaniu pieczy nad małoletnimi wnukami. Chodzi tu nie tylko - chociaż oczywiście także - o pieczę wakacyjną. W polskich realiach społeczno-gospodarczych, przy na ogół obojgu zawodowo czynnych rodzicach, codzienna albo przynajmniej częsta piecza dziadków jest czymś oczywistym. Nierzadko też, to właśnie dziadkowie faktycznie wychowują młodsze dzieci (w wieku przedszkolnym), co ciągle jeszcze, mimo dynamicznie zachodzących zmian, można tłumaczyć także niedostateczną ilością żłobków i przedszkoli.

Problem pojawia się wówczas, gdy rodzice dziecka poróżnili się z którymś z dziadków i z tego powodu wykluczyli jego kontakt z wnukami oraz, w praktyce zdecydowanie częściej, po rozwodzie rodziców dziecka. W tym drugim przypadku rodzic, któremu powierzona została władza rodzicielska, często pozostaje w konflikcie z byłym współmałżonkiem, co z kolei przekłada się na brak gotowości do podtrzymywania kontaktów dzieci (wnuków) z rodzicami tego małżonka (dziadkami-teściami).

Prawo dziadków do kontaktów z wnukami jest na ogół przyjmowane w zagranicznych porządkach prawnych. W krajach kręgu anglosaskiego znane jest m.in. prawo wszystkich stanów amerykańskich¹¹, podobnie jak Wielkiej Brytanii, Kanady oraz Australii¹². Powszechnie akceptowane jest w Europie, zarówno w płaszczyźnie poszczególnych krajów, jak i międzynarodowej¹³.

W wielu porządkach prawnych ustawodawca *expressis verbis* przyznał dziadkom samodzielne prawo do osobistych kontaktów z wnukami; tak jest np. od niedawna w prawie niemieckim, a także polskim. Inaczej jest tam, gdzie regulacja prawna w ogóle nie istnieje nawet gdy chodzi o prawo rodziców, lub wprawdzie istnieje ale pomija dziadków. Zróżnicowane stanowisko w kwestii praw dziadków wywodzone jest wtedy nierzadko z natury prawa do kontaktów. Z kolei prawo szwajcarskie nie wymienia *expressis verbis* prawa do styczności dziadków. Jednak otwarta formuła przepisu art. 274a k.c.szw. pozwala jednak na przyznanie prawa do kontaktów każdej osobie, która wykaże istnienie szczególnej więzi z dzieckiem, w tym zwłaszcza krewnym. Natomiast w piśmiennictwie dodatkowo podkreśla się pośredni związek dziadków z wnukami oparty na relacji dziadków z rodzicami. Obie strony zobowiązane są do wzajemnej pomocy i szacunku, a więc rodzice również do umożliwienia kontaktów z wnukami (art. 272 k.c.szw.)¹⁴.

Szczególnie ciekawa ewolucja kształtu uprawnienia dziadków dokonała się w prawie belgijskim oraz francuskim. Warto odtworzyć jej etapy, gdyż doskonale oddają stopniowo pojawiające się problemy, a także metody ich rozwiązywania mające istotny walor z perspektywy prawa polskiego.

3.2. STYCZNOŚĆ DZIADKÓW Z WNUKAMI W PRAWIE OBCYM

3.2.1. EWOLUCJA W PRAWIE BELGIJSKIM

Wprawdzie już w 1995 r. prawo dziadków do osobistych kontaktów zostało wyraźnie wyartykułowane przez ustawodawcę belgijskiego w art. 375 bis k.c.belg. Jednak wcześniejszy rozwój judykatury oraz poglądów doktryny nie stracił przez to na aktualności. Jest przy tym wielce pouczający. Co więcej, w wielu przypadkach daleko wychodzi poza to, co ustawodawca uznał za już wymagające i w szczególności dojrzałe do uregulowania.

I tak, już w 1915 r. *Cour de Cassation* uznał małżeńskich dziadków za uprawnionych do kontaktów¹⁵. "Małżeńskich", czyli pozostających w związku małżeńskim dziadków wnuka również pochodzącego z małżeństwa. Uzasadnienie takiego poglądu wywiedzione zostało z całokształtu norm dotyczących pozycji prawnej dziadków, a w szczególności ich obowiązków względem wnuków. Wskazywano, że włożone na dziadków obowiązki muszą pozostawać w pewnej korelacji z ich prawami. Przy tym realizacja niektórych powinności jest w ogóle nie do pomyślenia bez bliskich osobistych relacji z wnukami (najczęściej podawano w tym kontekście, aktualną w pewnych sytuacjach, zgodę na zawarcie małżeństwa przez wnuka). Z drugiej strony, pogląd ten miało umacniać spostrzeżenie, że dzieci winne są rodzicom szacunek (art. 371 k.c.belg.). A skoro dzieci rodzicom, to wnuki dziadkom. Okazywanie go nie byłoby jednak możliwe gdyby wnuki nie pozostawały we właściwych relacjach osobistych z dziadkami. Z kolei rodzice dziecka, ze względu na ciążący na nich obowiązek szacunku dla własnych rodziców, nie mogą

przeszkadzać dziadkom w kontaktach z wnukami¹⁶.

Prawo "dziadków pozamażeńskich", czyli dziadków wnuka nie pochodzącego z zalegalizowanego związku małżeńskiego dziadków, zostało w Belgii uznane znacznie później. Za przełomowe w tym zakresie uważa się orzeczenie *Cour de Cassation* z 1966 r.¹⁷ Przecięło ono ostatecznie rozbieżności w judykaturze, która usiłowała dotychczas rozróżniać pomiędzy wnukami pozamażeńskimi oraz małżeńskimi wprawdzie wnukami, ale pozamażeńskich rodziców. *Cour de Cassation* rozróżnienie to odrzucił uznając je za pozbawione znaczenia.

Krąg uprawnionych do kontaktu dziadków został następnie rozszerzony na dziadków adopcyjnych. Co ciekawe, judykatura nie miała wątpliwości, że prawo do kontaktów służyć musi dziadkom adopcyjnym zarówno przy adopcji pełnej (*plénière*), jak i przy słabszym wariantcie przysposobienia, czyli adopcji prostej (*simple*). Wątpliwości nie budziło, oczywiście, istnienie prawa adoptującego do kontaktu z wnukami, tj. dziećmi adoptowanego. Tutaj chodzi przecież o logiczną konsekwencję adopcji, czyli nawiązanie węzła pokrewieństwa z adoptowanym i w następnej kolejności z jego ewentualnymi dziećmi i dalszymi zstępnymi. Mniej oczywiste było natomiast powstanie podobnej relacji, a przynajmniej prawa do kontaktu, pomiędzy rodzicami adoptującego i adoptowanym. W takiej konfiguracji rzecz *prima facie* wydaje się być zdeterminowana rodzajem adopcji, a zatem tym, czy jej skutki rozciągają się na rodziców adoptującego, czy też nie. Mimo to, judykatura belgijska również w tym przypadku przyznała dziadkom prawo do styczności z wnukami i to niezależnie od rodzaju przysposobienia¹⁸.

Jeszcze bardziej ożywioną dyskusję wywołała w doktrynie belgijskiej inna kwestia. Chodziło mianowicie o prawo dziadków naturalnych do kontaktów z wnukami oddanymi do adopcji. Asumpt do dyskusji dało spostrzeżenie, że dziadkowie nie mają przecież formalnego wpływu na przysposobienie. Adopcja, poza absolutnie wyjątkowymi sytuacjami, nie jest uwarunkowana ich zgodą. A czasem, gdy pozostają w konflikcie z rodzicami dziecka, mogą też nie mieć również nieformalnego, rzeczywistego wpływu. Przy tym utrzymanie kontaktu z wnukami może mieć dla nich szczególne znaczenie.

Niemal od początku zgoda panowała co do tego, że przy adopcji zwykłej (*simple*) dziadkowie utrzymują swe prawo do styczności z wnukami, ponieważ ten rodzaj przysposobienia nie powoduje wygaśnięcia więzów wynikających z pokrewieństwa pomiędzy rodziną naturalną, a adoptowanym (art. 364 k.c.belg.).

Początkowo nie było również wątpliwości co do wygaśnięcia uprawnienia dziadków w przypadku adopcji pełnej (*plénière*). Ten jej rodzaj powoduje przecież zerwanie więzów płynących z naturalnego pokrewieństwa (art. 370 § 1 ust. 2 k.c.belg.). Sprawa wywołała burzliwą dyskusję w 1976 r., gdy najpierw sąd apelacyjny w Liège (*cour d'appel*)¹⁹, a krótko potem również Sąd Kasacyjny (*Cour de Cassation*)²⁰, dość niespodziewanie uznały prawo dziadków do kontaktów z wnukami także po adopcji *plénière*. Stanowisko zostało ostatecznie poparte przez doktrynę, która jednakże nie przyjęła zaproponowanego przez oba sądy uzasadnienia rozstrzygnięcia.

Sąd apelacyjny odwołał się mianowicie do związków krwi oraz "naturalnego" prawa dziadków. Prawo to może przetrwać nawet adopcję, a ustąpić musi jedynie przed interesami dziecka oraz prawami wychowawczymi rodziców adopcyjnych. Jeszcze dalej poszedł Sąd Kasacyjny wskazując, że adopcja w ogóle nie ma wpływu na "prawo" dziadków do kontaktów z wnukami.

Natomiast w piśmiennictwie zdecydowanie odrzucona została argumentacja oparta na eksponowaniu "praw" dziadków. Wskazywano, że oba sądy zbyt mocno skoncentrowały się na interesach dziadków pomijając najistotniejsze przecież "dobro" oraz "interes" dziecka. Przy tym zamiast więzi biologicznych, eksponować należało raczej związki socjologicznej natury (*parenté d'affection*) łączące wnuka z dziadkami²¹.

Prawo pradiadków w prawie belgijskim nie zostało *expressis verbis* uregulowane. Także judykatura nie była jeszcze zmuszona do wypowiedzenia się w tej kwestii. W piśmiennictwie natomiast jego istnienie nie budzi wątpliwości²². Przy tym znaczenie praktyczne, w związku ze wzrostem przeciętnej długości życia powodującym, że coraz częściej w rodzinach żyją jednocześnie cztery generacje, stale rośnie²³.

Warto zasygnalizować jeszcze jedną kwestię. Otóż w ramach przygotowań do reformy z 1995 r., poważnie zastanawiano się również nad wprowadzeniem do belgijskiego porządku prawnego samodzielnego prawa służącego rodzeństwu dziadków. Ostatecznie z pomysłu tego zrezygnowano. Zwyciężyło bowiem przekonanie, że na rodzeństwie dziadków, inaczej niż na samych dziadkach, nie ciąży odpowiedzialność za dziecko²⁴.

3.2.2. DZIADKOWIE W PRAWIE FRANCUSKIM

W ogólnych zarysach zbliżony, jednak wykazujący również pewne ciekawe odrębności, był rozwój

judykatury, doktryny, a w konsekwencji także ustawodawstwa we Francji. Od czasu przełomowego orzeczenia Sądu Kasacyjnego (*Cour de cassation*) z 1857 r.²⁵ prawo dziadków małżeńskich do kontaktów z wnukami nie było kwestionowane. Ze względu na brak wyraźnej podstawy prawnej uprawnienie dziadków wywodzono z treści art. 371 k.c.fr. nakładającego na dziecko, niezależnie od jego wieku, obowiązek szacunku dla rodziców. Obowiązek ten, zdaniem jednych, rozciągał się na wszystkich przodków, w tym także na dziadków. Zatem wnuki, aby okazać szacunek dziadkom, musiały pozostawać z nimi w kontaktach osobistych²⁶. Zdaniem innych, wprowadzie dotyczył on tylko rodziców, ale ci z kolei winni byli szacunek swoim rodzicom. Ewidentnym naruszeniem tego obowiązku byłoby utrudnianie osobistej styczności z wnukami²⁷.

Argumentacja tego rodzaju, w obu jej wariantach, nie była pozbawiona słabych punktów. Krytycy słusznie zauważali, że przecież spory i konflikty powstają najczęściej nie na tle kontaktów wnuków z dziadkami będącymi rodzicami rodzica sprawującego opiekę, ale z dziadkami-teściami rodzica. Przepis art. 371 k.c.fr., co oczywiste, nie dotyczy jednak tej relacji²⁸.

Początkowo sądy zdecydowanie odmawiały uznania prawa dziadków pozamałżeńskich. Uważano bowiem, że związki nieformalne nie zasługują na prawną akceptację oraz ochronę. Z czasem także ich prawo zostało ostrożnie zaakceptowane. Podobnie jak w Belgii, najpierw (w 1938 r.) uznane zostało prawo niepozostających w związku małżeńskim dziadków małżeńskiego wnuka²⁹, później (dopiero w 1950 r.) judykatura zaakceptowała również uprawnienie pozamałżeńskich dziadków pozamałżeńskiego wnuka³⁰.

Próby ustawowego uregulowania prawa dziadków do osobistych kontaktów z wnukami aż do 1970 r. nie kończyły się sukcesem³¹. Dopiero ustawa z dnia 4 czerwca 1970 r. dotycząca władzy rodzicielskiej, nowelizująca tytuł IX kodeksu cywilnego francuskiego, wprowadziła je do art. 371-4 ust. 1 k.c.fr. Co ciekawe, doktryna nie przyjęła nowelizacji entuzjastycznie. Obawiano się, że regulacja ustawowa doprowadzić może do "zamrożenia" rozwoju orzecznictwa na już osiągniętym poziomie i wykluczyć jego dalszy, odpowiadający dobru dziecka, rozwój³².

W świetle art. 371-4 k.c.fr. nie mogło być już wątpliwości, że prawo do styczności z wnukami służy zarówno "małżeńskim", jak i "pozamałżeńskim" dziadkom.

Wprowadzie przepis stanowił wyraźnie jedynie o uprawnieniach dziadków, doktryna była mimo to zgodna, że jego zastosowanie rozciąga się na wszystkich wstępnych, w tym przede wszystkim na pradziadków³³. Użyty termin *grands-parents* również przez judykaturę interpretowany był jako mający za zadanie jedynie wykluczenie krewnych (wstępnych) w linii bocznej. Jego szeroka wykładnia dobrze odpowiada potrzebom oraz znaczeniu kontaktów pomiędzy generacjami³⁴. Takie jego rozumienie zostało zresztą wyraźnie przesądzone przez ustawodawcę francuskiego, który w 2007 r. zastąpił je terminem "wstępni" (*ascendants*), przecinając tym samym wszelkie wątpliwości³⁵.

W prawie francuskim uznawane jest prawo dziadków adopcyjnych do kontaktów z adoptowanym wnukiem i to niezależnie od rodzaju adopcji (*plénière, simple*). Wprowadzie brak jest publikowanych orzeczeń sądów francuskich dotyczących tej kwestii, doktryna nie ma jednak wątpliwości, że prawo takie wynika z przepisu art. 358 oraz art. 368 k.c.fr. Zarówno pierwszy, dotyczący adopcji pełnej, jak i drugi regulujący przysposobienie zwykłe, stanowią bowiem, że adoptowany uzyskuje w rodzinie adoptującego te same prawa i obowiązki co dzieci naturalne.

Interesujące jest stanowisko doktryny oraz judykatury francuskiej w kwestii prawa dziadków wnuka oddanego do adopcji. Wątpliwości nie budzi oczywiście dalsze jego trwanie w przypadku adopcji zwykłej (*simple*). Naturalne pokrewieństwo trwa tu w dalszym ciągu obok nawiązanego pokrewieństwa adopcyjnego³⁶. Problem pojawia się przy adopcji pełnej. Otóż, ponieważ również w prawie francuskim dziadkowie nie wyrażają zgody na adopcję, utrata kontaktu z wnukiem mogłaby być dla nich szczególnie dotkliwa. Dlatego w ważnym orzeczeniu z 1986 r. *Cour de Cassation* przyznał babce prawo do kontaktu osobistego z wnukiem, wytyczając tym samym kierunek orzekania. Ze względu na zerwanie w takim przypadku więzów naturalnego pokrewieństwa, wyrok oparto na art. 371-4 ust. 2 k.c.fr. pozwalającym na uwzględnienie prawa innych osób bliskich.

Problem utraty prawa do kontaktów z wnukami nie pojawia się natomiast w związku ze szczególnym przypadkiem adopcji, jakim jest przysposobienie dziecka przez współmałżonka rodzica. Ustawą z dnia 5 lipca 1996 r. prawodawca francuski zasadniczo ograniczył dopuszczalność tego rodzaju adopcji. Jest ona mianowicie możliwa jedynie w przypadku śmierci naturalnego rodzica, który nie pozostawił krewnych pierwszego stopnia, albo przynajmniej krewni ci w oczywisty sposób nie są zainteresowani dzieckiem.

3.3. POZYCJA PRAWNA DZIADKÓW W PRAWIE POLSKIM

3.3.1. MAŁŻEŃSCY ORAZ POZAMAŁŻEŃSCY DZIADKOWIE JAKO UPRAWNIENI

Również w prawie polskim zagadnienie prawa do kontaktów służących dziadkom, ze względu na jego sporą doniosłość praktyczną, było przedmiotem zainteresowania doktryny³⁷. Absorbowało także uwagę orzecznictwa. Nie znajdowało to jednak przełożenia ustawowego, czemu trudno szczególnie dziwić się, gdyż do niedawna Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 r. nie wspominał o uprawnieniu do kontaktów z dzieckiem żadnych, poza rodzicami, osób. W piśmiennictwie brak ten tłumaczono na ogół w ten sposób, że styczność dziadków jest czymś zrozumiałym i nie wymaga prawnego usankcjonowania³⁸. Jednocześnie za oczywistą uznawano dopuszczalność orzekania przez sąd w tych kwestiach. Zatem w sytuacji, w której rodzice, wbrew powszechnemu zwyczajowi, a także wbrew interesowi dziecka, utrudniali albo wręcz uniemożliwiali kontakt dziadków z wnukami, za możliwe uważano zakazanie im takiego zachowania przez sąd. Formalną podstawę rozstrzygnięcia miał tu dawać przepis art. 109 § 1 k.r.o., gdyż utrudnianie kontaktu traktowano jako niewłaściwe wykonywanie władzy rodzicielskiej przez rodziców. Stanowisko to podzielał wyraźnie Sąd Najwyższy. W uchwale z dnia 14 czerwca 1988 r.³⁹ przesądził, że dziadkowie mogą żądać uregulowania osobistych kontaktów z wnukami, jeśli leży to w interesie dzieci.

W piśmiennictwie podjęto również wysiłek mający na celu stworzenie koncepcji uzasadniającej **samodzielne uprawnienie dziadków**, a więc niebędące jedynie refleksem sankcji związanej z niewłaściwym sprawowaniem władzy rodzicielskiej przez rodziców. Właśnie dla uzasadnienia takiego uprawnienia dziadków sformułowano ciekawą koncepcję ochrony prawa do styczności osób bliskich jako dobra osobistego⁴⁰. Nazwano je "sferą uczuciową związaną z osobami bliskimi" i ulokowano w płaszczyźnie art. 23 k.c.⁴¹

Mimo to, ustawodawca nowelizując w 2008 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy uwzględnił zagraniczny dorobek w tym zakresie i *expressis verbis* przyznał dziadkom w przepisie art. 113⁶ k.r.o. prawo do kontaktów z wnukami.

Nie może być przy tym wątpliwości, że chodzi zarówno o dziadków małżeńskich, jak i tych pozamałżeńskich. Na tle prawa polskiego problem wydaje się zdecydowanie archaiczny. Ustawodawca polski od dawna nie różnicuje pozycji prawnej dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich, zatem również "małżeński", czy "pozamałżeński" status dziadków, podobnie jak rodziców, nie może mieć znaczenia.

3.3.2. DZIADKOWIE ADOPCYJNI ORAZ DZIADKOWIE WNUKA ODDANEGO DO ADOPCJI

Również w świetle prawa polskiego nie może budzić wątpliwości prawo rodziców adopcyjnych, tj. osób, które adoptowały dziecko, do kontaktu z dziećmi adoptowanego, czyli dziadków adopcyjnych z wnukami. Skutki prawne adopcji mają przecież imitować naturę i rozciągają się także na (wszystkich) zstępnych adoptowanego. Spostrzeżenie dotyczy nie tylko adopcji pełnej, w obu jej formach, ale też przysposobienia niepełnego (por. art. 124 § 1 zdanie drugie k.r.o.).

Odwrotna relacja, a więc uprawnienie do styczności rodziców adoptującego z adoptowanym dzieckiem, uzależniona jest w prawie polskim od rodzaju adopcji. O ile nie może ono być podważane przy przysposobieniu pełnym oraz pełnym nieodwołalnym (ich skutki rozciągają się zarówno na wstępnych adoptującego, jak i na zstępnych adoptowanego), o tyle brak go przy adopcji niepełnej. Tutaj przecież następstwa prawne adopcji, co do zasady, obejmują jedynie samych zainteresowanych, czyli adoptującego i adoptowanego. Natomiast rozciągnięcie jej skutków na inne osoby dotyczy wyłącznie zstępnych adoptowanego (art. 124 § 1 k.r.o.).

Nieco więcej uwagi poświęcić należy sytuacji dziadków wnuka oddanego do adopcji. Również tu przysposobienie, podobnie jak w rozwiązaniach zagranicznych, nie pozostaje bez wpływu na uprawnienie do styczności z wnukami.

I tak, przy adopcji pełnej i nierozzerwalnej oraz przysposobieniu pełnym uprawnienia dziadków wygasają.

Natomiast w przypadku przysposobienia niepełnego osobista styczność dziadków z wnukami powinna zostać zachowana. Ten rodzaj adopcji nie oznacza bowiem zerwania więzi dziecka z jego rodziną naturalną. Funkcja przysposobienia niepełnego polega przecież na tym, że pozwala pogodzić naturalne więzi rodzinne z więzami wynikającymi z adopcji⁴². O ile uprawnienie rodziców do styczności z dzieckiem mogło budzić pewne wątpliwości także przy tym rodzaju adopcji (o czym była już mowa), o tyle utrzymanie prawa dziadków musi być uznane za dość oczywiste. Dodatkowym argumentem, również w kontekście uprawnień dziadków, może być podnoszone w piśmiennictwie trafne spostrzeżenie, że właśnie chęć utrzymania kontaktu nierzadko jest jednym z motywów skłaniających do wyboru tej formy adopcji⁴³.

Dla uzupełnienia obrazu warto jeszcze zasygnalizować kontrargument pojawiający się sporadycznie

w piśmiennictwie zagranicznym, a mający przemawiać przeciwko utrzymaniu praw dziadków do kontaktów z wnukami oddanymi do adopcji. Otóż, nie bez pewnej racji zwraca się tam uwagę na to, że zabieg taki prowadzi do multiplikacji dziadków uprawnionych do kontaktów. Dziecko adoptowane, poza dziadkami naturalnymi, uzyskuje również "komplet" dziadków adopcyjnych, w sumie będzie ich zatem miało nawet ośmioro. Okoliczność ta została jednak odrzucona w judykaturze zagranicznej, przy niemal powszechnej aprobachie doktryny⁴⁴. Podobnie nie można przydawać jej większego znaczenia w świetle prawa polskiego.

Szczegółne uregulowanie wiąże się z adopcją wnuka przez nowego współmałżonka rodzica. Problem dotyczy, oczywiście, jedynie dziadków będących rodzicami rodzica "zastępowanego" wskutek adopcji. Ponieważ w takim przypadku w grę wchodzi zwykle adopcja pełna, co do zasady prawa tych właśnie dziadków wygasają. Nie zawsze rozwiązanie takie byłoby sprawiedliwe. Chodzi w szczególności o adopcję wnuka przez nowego współmałżonka rodzica po śmierci drugiego z naturalnych rodziców dziecka. Wówczas dziadkowie nie tylko nie są pytani o zgodę, ale ich interes nie może być w naturalny sposób chroniony przez ich zmarłe dziecko (naturalnego rodzica dziecka). Warto zatem zwrócić uwagę na to, że w aktualnym stanie prawnym możliwe byłoby orzeczenie przez sąd utrzymania ich prawa do kontaktu z wnukami pomimo przysposobienia (art. 121¹ § 2 k.r.o.). Dotyczy to jednak wyłącznie sytuacji przysposobienia dziecka po śmierci rodzica oraz ma charakter fakultatywny. Decyzja sądu zależy od oceny okoliczności konkretnej sprawy.

3.3.3. NIEJASNY STATUS PRAWNY PRADZIADKÓW

Ustawodawca polski nie zaliczył natomiast *expressis verbis* do kręgu uprawnionych dalszych wstępnych, czyli pradiadków. *Prima facie* możnaby odczytać to w ten sposób, że, co do zasady, nie mają oni możliwości domagania się ustanowienia kontaktów, a nieograniczone prawo do decydowania o kontaktach z prawnukami służy rodzicom. Przy takim stanowisku samodzielne, a więc niezależne od woli rodziców, uprawnienie pradiadków mogłoby pojawić się jedynie, jak się wydaje w zupełnie wyjątkowym, gdy chodzi o pradiadków, przypadku. Mianowicie wtedy, gdy "sprawowali przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem" (art. 113⁶ k.r.o. *in fine*). Prawo do styczności z dzieckiem niezwykle pojemnej kategorii innych osób uzależnione zostało w prawie polskim, inaczej niż w wielu rozwiązaniach zagranicznych, od "sprawowania pieczy przez dłuższy czas", nie zaś od "dobra dziecka" lub "istnienia więzi łączącej z dzieckiem". Ta zaś kategoria, z punktu widzenia możliwości jej rozciągnięcia na pradiadków, wydaje się zdecydowanie nieprzydatna.

Aprioryczne wyłączenie pradiadków z kręgu osób uprawnionych do kontaktów nie wydaje się jednak zabiegiem właściwym. Warto zaproponować sposób wykładni przepisu art. 113⁶ k.r.o. pozwalający na uszanowanie również prawa pradiadków.

Jak się wydaje, możliwe byłoby ulokowanie ich w ramach kategorii dziadków. Za taką interpretacją przemawiać może spostrzeżenie, że prawodawca polski nie zdefiniował określenia "dziadkowie" jako odnoszącego się wyłącznie do krewnych w linii prostej drugiego stopnia, jak ma to miejsce w języku potocznym. Niewykluczone byłoby zatem rozciągnięcie go także na pradiadków oraz dalszych wstępnych - podobnie jak robiła to dawniej, przed wyraźnym uregulowaniem tej kwestii, doktryna francuska. Taka interpretacja czyni zadość niekwestionowanej potrzebie kontaktów między generacjami, a także dawałaby pradiadkom, oraz ewentualnym dalszym wstępnym, samodzielne prawo do kontaktów z prawnukami.

Za szerokim rozumieniem kategorii dziadków przemawia jeszcze jedno spostrzeżenie. Otóż nie może być wątpliwości, że prawo do kontaktów przysługuje nowemu współmałżonkowi pradiadka - niebędącemu krewnym prawnuka swego małżonka - jako należącemu do kategorii powinowatych w linii prostej⁴⁵. Przy wykładni ścieśniającej nie przysługiwałoby natomiast samemu pradiadkowi, czyli osobie, na ogół zdecydowanie bliższej.

Natomiast alternatywne, wąskie rozumienie terminu "dziadkowie", prowadziłoby w tym kontekście do eliminacji uprawnień stosunkowo bliskich krewnych jakimi są pradiadkowie. Wtedy można byłoby rozważać jedynie incydentalne, uzależnione od szczególnych okoliczności konkretnego przypadku, rozstrzygnięcie sądu oparte na przepisie art. 109 k.r.o., a więc orzeczenie kontaktów z prawnukami związane z dezaprobata dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodziców.

De lege ferenda należałoby jednak poprzeć rozwiązanie wypracowane przez prawodawcę francuskiego i opowiedzenie się za zastąpieniem terminu "dziadkowie" szerszym pojęciem "wstępni". Także w Polsce statystyczna długość życia wydłuża się i rodziny czterogeneracyjne nie są czymś absolutnie niezwykłym.

3.3.4. SYTUACJA RODZEŃSTWA DZIADKÓW

Warto jeszcze zasygnalizować, iż prawo polskie nie przewiduje uprawnienia rodzeństwa dziadków. Bracia i siostry dziadków własne prawo mogliby uzyskać ewentualnie jako rodzice socjologiczni. Niewykluczone byłoby także uzyskanie styczości w ramach konstrukcji nadużycia władzy rodzicielskiej przez rodziców. W tym przypadku warunkiem uregulowania kontaktów byłoby istnienie dostatecznie silnej, wartej pielęgnowania, więzi pomiędzy dzieckiem i rodzeństwem dziadków.

4. POZOSTAŁE OSOBY BLISKIE

4.1. UWAGI OGÓLNE

Oprócz dziadków oraz pradziadków do kategorii osób trzecich uprawnionych do styczości z dzieckiem zaliczane jest zwykle rodzeństwo oraz osoby niekoniecznie krewne, które wychowywały dziecko przez dłuższy czas. Pozycja tych ostatnich, a na ogół chodzi tu o konkubenta rodzica dziecka oraz jego nowego małżonka, chociaż oczywiście nie wyłącznie, naświetlona została w ramach kategorii rodziców socjologicznych⁴⁶. Oprócz tego pojawia się pytanie, mniej lub bardziej aktualne w poszczególnych krajach, o pozycję prawną krewnych w linii bocznej. Dalsze uwagi poświęcone zostaną przybliżeniu pozycji rodzeństwa oraz sytuacji ciotek, wujów, a także kuzynów - jako tych krewnych w linii bocznej, którzy mogą mieć praktyczne znaczenie dla rozwoju dziecka⁴⁷. W prawie polskim pojawiła się oprócz tego jeszcze jedna, dość osobliwie ujęta kategoria podmiotów. Chodzi mianowicie o powinowatych w linii prostej. Również ona zostanie naświetlona.

4.2. RODZEŃSTWO

We Francji rodzeństwu nie służy własne prawo do kontaktu ze sobą. Ustawodawca nie uznał za potrzebne wprowadzenie go do francuskiego porządku prawnego mimo, iż w doktrynie od dawna postulat taki zgłaszano⁴⁸. Zamiast tego zdecydowano się na inne rozwiązanie. Otóż w 1997 r. wprowadzony został art. 371-5 k.c.fr. wykluczający, co do zasady, dopuszczalność rozdzielenia dziecka od jego rodzeństwa. Jeśli jednak okazałoby się to w konkretnym przypadku konieczne, sędzia zobowiązany byłby uregulować styczość osobistą rodzeństwa. Już przed wprowadzeniem tego rozwiązania sądy francuskie orzekały w takich sytuacjach m.in. "obowiązek" wspólnego spędzania wakacji przez zamieszkujące osobno rodzeństwo⁴⁹.

W prawie niemieckim uprawnienie rodzeństwa ustawodawca wyraźnie wyartykułował w § 1685 ust. 1 k.c.n. Ich pozycja została przy tym zrównana z prawem dziadków, także poprzez wspólne uregulowanie w § 1685 ust. 1 k.c.n., gdy tymczasem styczości pozostałych osób dotyczy § 1685 ust. 2 k.c.n. i służy wówczas, gdy odpowiada to dobru dziecka.

W Szwajcarii rodzeństwo nie zostało wprawdzie *explicite* wskazane wśród uprawnionych, jego prawo mieści się wszakże w ramach szerszej, wyraźnie przywołanej w przepisie art. 274a k.c.sz. kategorii, a mianowicie krewnych. Podobnie jak dziadkowie, ciotki i wujowie, rodzeństwo może w szczególnych okolicznościach uzyskać prawo do styczości, jeśli jest to zgodne z dobrem dziecka.

Rodzeństwo, zarówno naturalne, jak i przyrodnie, zostało wyraźnie zaliczone do kręgu podmiotów warunkowo uprawnionych w europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (art. 8 ust. 1).

Nowelizując w 2008 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy również polski ustawodawca, jako uprawnione do kontaktów *expressis verbis* wskazał rodzeństwo dziecka.

Nie może być wątpliwości, że chodzi tu zarówno o rodzeństwo naturalne - pełne ale też przyrodnie - jak i wyłącznie prawne - a więc połączone jedynie węzłem adopcyjnym. W przypadku adopcji niepełnej, która nie rodzi więzi prawnej pomiędzy adoptowanym, a dziećmi naturalnymi czy też przysposobionymi adoptującego, uprawnienie przysługujące rodzeństwu nie powstaje. Nie oznacza to jednak, aby ustanowienie styczości było absolutnie wykluczone. Pod uwagę mogłyby być brane dwie ewentualne podstawy prawne żądania. Przyznanie uprawnienia rodzeństwu jako rodzicowi socjologicznemu, a więc jeśli sprawowało ono przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem, albo też odwołanie się, w szczególnych przypadkach, do konstrukcji nadużycia władzy rodzicielskiej.

Dla powstania uprawnienia nie ma znaczenia, czy chodzi o rodzeństwo małżeńskie, czy też pozamałżeńskie. Rodzeństwem dziecka nie są natomiast dzieci współmałżonka rodzica. Nie służy im zatem prawo do styczości oparte na tej podstawie.

4.3. CIOTKI I WUJOWIE ORAZ KUZYNOSTWO

W rozwiązaniach zagranicznych ciotki, wujowie i kuzynostwo na ogół nie są wyraźnie wskazywani jako podmioty uprawnione do kontaktów z dzieckiem. Mimo to od lat 70. XX wieku judykatura zagraniczna zaczęła ostrożnie uwzględniać również potrzebę styczności z dzieckiem krewnych w linii bocznej. Przykładowo w 1973 r. belgijski *Cour de Cassation* przyznał kontakt właśnie krewnym w linii bocznej dziecka znajdującego się w publicznym zakładzie opiekuńczym⁵⁰. Z kolei inny sąd belgijski nie wahał się zaakceptować prawa ciotki, która przez kilka lat opiekowała się dzieckiem⁵¹.

Pewnym ewenementem w tym kontekście jest zatem regulacja szwajcarska, która wprawdzie nie wskazuje wyraźnie ciotek, wujów czy kuzynów, jednak przyznaje uprawnienie krewnym, jeśli jest to zgodne z dobrem dziecka (art. 274a k.c.szw.). Zatem wszystkie te podmioty są tam warunkowo uprawnione.

Do kręgu uprawnionych osoby te zaliczone zostały *expressis verbis* w art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, o ile łączy je z dzieckiem wystarczająco silna więź (uprawnienie warunkowe).

W świetle rozwiązań przyjętych w prawie polskim ciotki, wujowie oraz kuzynostwo nie są podmiotami nawet warunkowo uprawnionymi do styczności z dzieckiem. Prawodawca polski pominął je w regulacji art. 113⁶ k.r.o., zapewne uwzględniając zdecydowanie mniejsze znaczenie relacji dziecka z tymi osobami. Rzeczywiście trudno byłoby zaprzeczyć, iż odpowiada to zwężającej się, w polskich realiach społecznych, rodzinie. Z drugiej strony, warto zwrócić uwagę, że ustawodawca dokonał jednak odmiennej oceny znaczenia tych osób dla rodziny, przeprowadzając ostatnią nowelizację przepisów prawa spadkowego ustawą z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 79, poz. 662). Chodzi o, od dawna postulowane w piśmiennictwie⁵², rozszerzenie kręgu spadkobierców ustawowych. Po nowelizacji przepisów prawa spadkowego ciotki, wujowie oraz kuzynostwo, jako zstępni dziadków, mogą dojść do dziedziczenia po zmarłym spadkodawcy (art. 934 § 2 k.c.). W prawie rodzinnym ocena wypadła jednak inaczej⁵³.

Wujowie, ciotki oraz kuzynostwo mogą oczywiście uzyskać stosowne uprawnienia przysługujące rodzicom socjologicznym (osobom, które sprawowały pieczę nad dzieckiem przez dłuższy czas), albo też ich styczność może korzystać z ochrony związanej z dezaprobatą dla sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej (nadużycie władzy rodzicielskiej).

4.4. POWINOWACI W LINII PROSTEJ JAKO UPRAWNIENI W ŚWIETLE K.R.O.

Dokonując nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w 2008 r. prawodawca polski wśród osób uprawnionych do kontaktów z dzieckiem wymienił również powinowatych w linii prostej. Chodzi w pierwszym rzędzie o ojczyma lub macochę, czyli męża matki lub żonę ojca niebędących rodzicami naturalnymi ani prawnymi dziecka. Powinowactwo w linii prostej może również łączyć dziecko z ewentualnym współmałżonkiem jego wstępnych w linii prostej drugiego, a także trzeciego i dalszych stopni, czyli m.in. małżonkiem babci niebędącym jego dziadkiem, albo małżonkiem prababci niebędącym jego pradiadkiem.

Można mieć wątpliwości, czy rzeczywiście konieczne było wyraźne przyznanie uprawnień wszystkim powinowatym dziecka w linii prostej. Wydaje się, iż w pełni wystarczające byłoby ograniczenie ich kręgu do ojczyma i macochy. Trzeba przecież pamiętać o tym, że użytek ze swego prawa uprawnieni czynią w sytuacji konfliktu z rodzicem dziecka. Przy tym przyznanie uprawnienia dziadkom, pradiadkom, a nawet prapradziadkom powinowatym jedynie, gdy tymczasem prawodawca nie pamiętał o wyraźnym uregulowaniu prawa krewnych w linii prostej, pozostawiając wątpliwość nawet co do uprawnień pradiadków, budzić musi opory. A przecież uprawnienie wstępnych będących krewnymi jest bardziej oczywiste i doniosłe społecznie. Przeciwno włączeniu do kategorii uprawnionych także dziadków-powinowatych przemawia dodatkowo spostrzeżenie, że dochodzić będzie wówczas do niepotrzebnej multiplikacji dziadków dziecka. Ma ono już przecież dwa komplety naturalnych dziadków. Powinien z tego płynąć wniosek praktyczny, aby dalszym powinowatym sądy przyznawały własne uprawnienie jednak jedynie wyjątkowo.

Tu pewna refleksja technicznej natury. Otóż, jeśli zgodzić się, że uprawnieni powinni być jedynie najbliżsi powinowaci, czyli ojczym oraz macocha, to uwzględnivszy okoliczność, że kontakt z nimi będzie służył dobru dziecka jeśli wytworzyła się odpowiednio silna więź - a więc jeśli "sprawowali przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem", kategorii tej można było nie wyodrębnić. Ojczym i macocha mieszczą się przecież w grupie innych osób, które sprawowały przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem (art. 113⁶ *in*

fine k.r.o.).

Warto jeszcze zaznaczyć, że kategoria "powinowatych w linii prostej" nie obejmuje powinowatych w linii prostej rodziców dziecka. Co prawda, ze społecznego punktu widzenia, kontakty z teściem lub teściową rodzica dziecka mogą mieć charakter zbliżony do kontaktów z dziadkami, a tym samym, w konkretnym przypadku nawet sporą doniosłość. Podobnie jak doniosłe mogą być kontakty z dziećmi małżonka rodzica, które mogą być bardzo zbliżone do styczności z rodzeństwem lub w szczególności rodzeństwem przyrodnim. Jednak nie można mieć wątpliwości, że powinowaci rodziców dziecka nie zostali uwzględnieni w treści art. 113⁶ k.r.o.⁵⁴ Nie są oni powinowatymi dziecka. Wprawdzie używając sformułowania "powinowaci w linii prostej" ustawodawca nie wskazał *expressis verbis*, że chodzi o powinowatych dziecka, jednak do wykluczenia powinowatych rodzica dziecka, a więc teściów i ich wstępnych oraz zstępnych, skłania już sama technika redakcji. Otóż wskazując w art. 113⁶ k.r.o. wszystkie inne osoby uprawnione, ustawodawca określał je poprzez ich relacje wyłącznie w odniesieniu do dziecka, czyli rodzeństwo dziecka, dziadkowie także dziecka itd. Niezrozumiała i niespójna byłaby zatem zmiana tej formuły. Przy tym jej ewentualne przełamanie wymagałoby wyraźnego zasygnalizowania, a więc wskazania, że chodzi tu o powinowatych w linii prostej nie dziecka, ale rodzica dziecka.

Powinowaci w linii prostej rodzica dziecka mogliby uzyskać uprawnienie do styczności z dzieckiem jedynie wyjątkowo, jako rodzice socjologiczni, a więc jeśli sprawowali przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem. W grę wchodziłaby także ewentualnie konstrukcja nadużycia władzy rodzicielskiej.

5. POROZWODOWE PRAWO DO KONTAKTÓW Z CZWORONOŻNYMI DOMOWNIKAMI?

5.1. UWAGI WSTĘPNE

W związku z wyraźną tendencją do poszerzania kręgu podmiotów uprawnionych do kontaktów z dzieckiem, warte zasygnalizowania wydaje się pewne zjawisko wywołujące w pierwszej chwili zdziwienie i niedowierzanie, które od jakiegoś czasu zaczyna być obecne na wokandach sądowych oraz w mediach krajów Europy Zachodniej. Chodzi mianowicie o procesy, których przedmiotem było prawo rozwiedzionych małżonków do kontaktów z ich, dotychczas wspólnymi, psami, kotami lub innymi zwierzętami domowymi⁵⁵.

Postępujące zmiany społeczne, a w szczególności rozwinięty konsumpcjonizm połączony z niechęcią albo też niemożnością posiadania dzieci oraz atomizacja społeczeństwa wywołująca silne poczucie osamotnienia, wskazywane są zwykle jako przyczyny kompensowania braków w tym zakresie "uczłowieczaniem" zwierząt domowych. Rozwód może zatem rodzić - i jak się okazuje, w praktyce już rodzi - potrzebę orzekania przez sąd nie tylko, co bardziej oczywiste, o przyznaniu czworonoga jako składnika majątku jednemu z rozchodzących się małżonków, ale również o kontaktach zwierzęcia z drugim z małżonków. Sprawy tego rodzaju pojawiały się już na wokandach sądów francuskich oraz niemieckich.

Warto przyjrzeć się temu zjawisku, mimo iż trudno przy tym oprzeć się wrażeniu, że coraz bardziej przekraczane są w ten sposób granice przynajmniej dobrego smaku.

5.2. DEZAPROBATA JUDYKATURY FRANCUSKIEJ ORAZ NIEMIECKIEJ

Chyba jako pierwszy, już w 1983 roku, z żądaniem rozwiedzonego małżonka domagającego się uregulowania kontaktów z psem należącym do żony, skonfrontowany został sąd apelacyjny w Paryżu (*cour d'appel de Paris*)⁵⁶. Podstawę miał stanowić przepis art. 254 k.c.fr.⁵⁷ Powód oczekiwał przyznania prawa do spędzania z psem pierwszego i trzeciego weekendu w każdym miesiącu oraz części wakacji.

Sąd oddalił powództwo. Nie miał bowiem wątpliwości, że środki przewidziane w art. 254 k.c.fr. mogą być zastosowane wyłącznie dla ochrony egzystencji małżonków oraz dzieci i nie służą zabezpieczeniu kontaktów ze zwierzętami domowymi. Jednocześnie za absolutnie niedopuszczalne i stanowiące ewidentne nadużycie uznał już samo posłużenie się przez powoda w pozwie, a także dalszych pismach procesowych, terminologią ustawową zastrzeżoną dla kontaktów z dziećmi: *droit de visite et d'herbergement*.

Sprawa nie miała charakteru wyjątkowego. Podobne pojawiły się następnie na wokandach innych sądów francuskich⁵⁸. Konsekwentnie oddalały one powództwa odwołując się do argumentacji wypracowanej przez sąd paryski. Specyfika "procesów francuskich" polega na tym, że powodowie

domagali się ukształtowania po rozwodzie ich relacji z czworonogiem w trybie i na wzór uregulowań prawnych dotyczących dzieci. Zawsze chodziło o analogiczne zastosowanie przepisów o prawie do kontaktów z dzieckiem lub nawet o władzy rodzicielskiej. Może właśnie dlatego sądom francuskim stosunkowo łatwo przyszło zdecydowanie wykluczenie tego rodzaju powództw.

Nieco inaczej było w Niemczech. Otóż sprawy tego typu pojawiły się tam w kontekście procesów o podział majątku wspólnego. A prawo do kontaktów z psem próbowano przedstawiać jako immanentny element podziału związany ze specyfiką dzielonego "przedmiotu". Być może właśnie ta perspektywa spowodowała, że judykatura niemiecka miała większe trudności z odnalezieniem właściwego kierunku orzekania.

W Niemczech jako pierwszy przed koniecznością rozstrzygnięcia tego typu skargi postawiony został w 1996 r. sąd rejonowy w Bad Mergentheim (AG Mergentheim)⁵⁹. Musiał on zdecydować o tym, czy małżonkowi, który w ramach podziału majątku nie mógł otrzymać wspólnego dotychczas, blisko dziesięcioletniego pudła, przyznać prawo do regularnego kontaktu z czworonogiem.

W ramach postępowania o podział wspólnego majątku strony zawarły ugodę sądową. Na jej mocy powodowi przyznano zostało prawo do dwukrotnego w każdym miesiącu zabierania psa do siebie lub na spacer. Spotkania miały odbywać się w pierwszy oraz trzeci czwartek miesiąca w godzinach 14⁰⁰-17⁰⁰.

Sprawa nie została jednak, w ten szczęśliwy dla skarżącego sposób, zakończona. Ugoda nie weszła w życie, gdyż opiekunka psa w terminie skorzystała z zagwarantowanego jej postanowieniami prawa do wypowiedzenia. Doszła bowiem do przekonania, że uprawnienie byłego małżonka do kontaktu z psem powoduje "rozdarcie wewnętrzne psa". Żądanie musiało zatem zostać ostatecznie rozstrzygnięte przez sąd.

Tu natomiast zaczęły się meandry. Otóż sąd wyznaczył biegłego weterynarii, aby ten ocenił co służy, a co nie służy "dobru psa". Biegły nie dostrzegł niebezpieczeństwa wystąpienia negatywnych następstw psychofizycznych u psa związanych z zaproponowaną regulacją. Jego zdaniem, dla dobrego samopoczucia zwierzęcia ważne miały być dwa elementy. Po pierwsze, właściwa relacja do opiekunów oraz po drugie, dom, do którego jest przyzwyczajony. Ponieważ podczas ustnego przesłuchania stron pies uwolniony ze smyczy, jak czytamy w uzasadnieniu, "natychmiast podbiegł do powoda i pozwolił mu wziąć się na ręce wykazując przy tym wyraźne oznaki radości" nie było wątpliwości, co do pierwszej okoliczności. Mogłyby one pojawić się jedynie przy ewentualnej konieczności ciągłej zmiany miejsca, do którego pies jest przyzwyczajony. Ale to przecież nie miało nastąpić.

Sąd zatem przyznał powodowi prawo do kontaktów w zakresie ustalonym wcześniejszą ugodą stron. Ciekawa była konstrukcja uzasadnienia orzeczenia. Otóż punktem wyjścia uczynione zostało spostrzeżenie, że pies należy do składników majątku rozwodzających się małżonków, a dokładniej do składników urządzenia domowego (*Haushaltsgegenstand, Hausrat*). Wprawdzie zgodnie z treścią § 90a k.c.n.⁶⁰ zwierzęta nie są rzeczami, norma ta przesądza jednak, iż należy do nich odpowiednio stosować przepisy o rzeczach jakkolwiek tylko o tyle, o ile szczególne uregulowania nie stanowią inaczej. Wśród niemieckich przepisów dotyczących podziału majątku brakuje wyraźnych regulacji szczególnych w tym zakresie. Mimo to myśl wyrażona w § 90a k.c.n. powinna zostać, zdaniem sądu, uwzględniona. O zwierzętach nie można bowiem decydować tak, jak o martwych, pozbawionych zdolności odczuwania przedmiotach⁶¹. Należy wziąć pod uwagę "ich istotę oraz uczucia". Dlatego sąd doszedł do wniosku, że uregulowanie kontaktów - na wzór zawartej przez strony ugody, a zatem na podobieństwo regulacji dotyczącej rodziców oraz dzieci - jest nie tylko dopuszczalne ale też wskazane, gdyż właśnie ono sprzyja "dobru psa". Przy tym regulacja taka, wbrew pozorom, nie kłóciłaby się z celem postępowania w sprawie podziału majątku. Wprawdzie rzeczywiście przepis § 8 rozporządzenia w sprawie podziału majątku (*Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats* v. 21.10.1944, RGBI. I 256 (HausratsVO) ogranicza postępowanie do podziału (*Verteilung*), ale wykładnia również tej normy uwzględniać musi myśl wyrażoną w § 90a k.c.n., a więc szczególną naturę zwierząt. Dopuszczalne byłoby zatem uregulowanie przez sąd "prawa do kontaktów" w postępowaniu działowym. Sąd posunął się przy tym do udzielenia dalej idącej wskazówki, a mianowicie zasygnalizowania, że możliwe byłoby również ukształtowanie ich na wzór przepisu § 1634 k.c.n. i n. dotyczącego kontaktów rodziców z dzieckiem.

Być może właśnie to ostatnie stwierdzenie spowodowało, że orzeczenie spotkało się z natychmiastową, zdecydowaną i niepozbawioną złośliwości krytyką w piśmiennictwie. Nie trzeba przecież szczególnej przenikliwości, aby dostrzec do czego prowadzi zaproponowana przez sąd antropomorfizacja zwierząt domowych.

Przewrotnie chwalono zastosowanie przez sąd ochrony danych osobowych psa polegającej na podaniu w publikowanym wyroku zamiast pełnego jego imienia jedynie pierwszej litery. Zastanawiano się

jednak, czy ujawnienie rasy psa (pudel) było rzeczywiście konieczne dla ustalenia kontaktów, a w szczególności czy nie zawierało ewentualnie elementu dyskryminującego. Pytano, czy powołany w sprawie biegły weterynarz, legitymujący się jedynie stopniem naukowym doktora, posiadał wystarczającą wiedzę fachową i czy w razie wątpliwości w tym zakresie nie należałoby dopuścić dodatkowej opinii profesora zatrudnionego w instytucie naukowym. Zastanawiano się również, czy sąd nie powinien był ustanowić kuratora dla psa, a także nad tym, w jaki sposób zastosować przepisy o dozorowanej styczności (*begleiteter Umgang*), gdyby taka właśnie lepiej zabezpieczała "dobro psa". Złośliwie pytano też, czy kierunku wytyczonego przez sąd w Bad Mergentheim nie należałoby rozszerzyć, jeszcze bardziej postępowo, na inne żywe stworzenia czyli rośliny⁶².

Być może pod wpływem tej właśnie krytyki, chociaż niewykluczone, że niezależnie od niej - na co wskazywałyby zestawienie dat publikacji wypowiedzi krytycznych oraz orzeczenia sądu, do zasadniczo odmiennych wniosków doszedł sąd krajowy w Szlezwiku (OLG Schleswig). Mianowicie w 1998 r. oddalił podobne powództwo⁶³. Znowu chodziło o pudła, którego w ramach postępowania o podział majątku powód nie otrzymał, ale też nie chciał, ze względu na podeszły wiek i zły stan zdrowia, otrzymać. Domagał się natomiast uregulowania kontaktów. Wprawdzie również ten sąd podkreślił znaczenie normy wyrażonej w § 90a k.c.n. i konieczność uwzględnienia szczególnego statusu zwierząt także w postępowaniu o podział majątku wspólnego, za niedopuszczalne uznał jednak regulowanie kontaktów z psem. Szczególny status zwierząt powinien znaleźć odzwierciedlenie jedynie przy podejmowaniu **decyzji o przyznaniu czworonoga** konkretnej osobie⁶⁴. Nie może być natomiast podstawą do tworzenia nieznanego ustawie prawa do kontaktów ze zwierzętami domowymi.

Dodatkowy, istotny argument przeciwko takiej regulacji sąd wywiódł z *ratio legis* rozporządzenia w sprawie podziału majątku wspólnego. Otóż jest nim dokonanie **definitywnego** podziału majątku wspólnego. Chodzi o ostateczne majątkowe rozdzielenie byłych małżonków. Tworzenie przez sąd nieprzewidzianego w ustawie prawa do kontaktów przeczyłoby temu celowi. Pozostawiałoby w dalszym ciągu nieprzecięte więzi majątkowe, doskonale nadające się do prowokowania konfliktów.

Wnioskowaniu takiemu nie przeczy przewidywana w prawie niemieckim szczególna możliwość przyznania składnika majątku jednemu z byłych małżonków z jednoczesnym pozostawieniem prawa do korzystania drugiemu (§ 9 rozporządzenia). Zwrócił na to uwagę również sąd w Szlezwiku wskazując, że chodzi tu o unormowanie wyjątkowe, ograniczające się do przedmiotów niezbędnych do życia, którego nie można rozszerzać w drodze analogii. Regulacja ta nie podważa, ale wręcz podkreśla cel ustawy, którym jest definitywne przecięcie majątkowego związania małżonków.

Odrzucenie dopuszczalności kreowania prawa do kontaktów, pozwalające jednak uwzględnić specjalną pozycję zwierząt, zostało z aprobatą przyjęte w doktrynie niemieckiej. Rozstrzygnięcie OLG Schleswig skutecznie zatem zakończyło debatę niemiecką.

5.3. WSTRZEMIĘLIWE STANOWISKO DOKTRYNY ZAGRANICZNEJ

Zdecydowanie negatywne stanowisko judykatury zagranicznej w kwestii porozwodowych kontaktów małżonków z ich, dotychczas wspólnymi, czworonogami domowymi zasługuje na aprobatę także z perspektywy prawa polskiego. Wprawdzie regulowanie kontaktów wydaje się bardziej niestosowne, gdy chcieć jako podstawę wykorzystać regulacje rodzinne, tj. stosowane w drodze analogii przepisy dotyczące styczności rodziców i dzieci. Równie nie do zaakceptowania jest jednak, bardziej zawoalowane podejście odwołujące się do konstrukcji prawno-rzeczowych czyli konieczności uwzględnienia specyfiki przedmiotu podziału, a więc szczególnego statusu zwierząt.

Co warte podkreślenia, także doktryna zagraniczna, zarówno francuska jak i niemiecka, z dużą rezerwą odniosła się do prób pozytywnej sądowej regulacji kontaktów ze zwierzętami na wzór i podobieństwo styczności z dziećmi. Niemal powszechnie wskazywano, że konstrukcja i uzasadnienie prawa do kontaktów z dzieckiem absolutnie nie nadaje się do przeniesienia na relację pan-pies⁶⁵. Natomiast zdarzają się pojedyncze wypowiedzi sygnalizujące potrzebę ustawowej, samodzielnej regulacji tego problemu, a przynajmniej podjęcia dyskusji na ten temat⁶⁶. Mimo upływu czasu, dyskusja taka ani we Francji, ani w Niemczech nie została rozpoczęta. Jak się wydaje, zwyciężyła tu trafna refleksja, że jedynym namacalnym pożytkiem takiej regulacji byłoby "napelnienie kieszeni adwokatów kosztem dodatkowego obciążenia i tak już przeciążonych nadmiarem spraw sądów"⁶⁷.

ROZDZIAŁ V

CHARAKTER PRAWNY UPRAWNIENIA DO STYCZNOŚCI Z DZIECKIEM

1. WZAJEMNA RELACJA POMIĘDZY WŁADZĄ RODZICIELSKĄ I PRAWEM DO KONTAKTÓW

1.1. SAMOISTNOŚĆ PRAWA DO STYCZNOŚCI Z DZIECKIEM

W dawniejszej literaturze rodzinnoprawnej, zarówno polskiej, jak i zagranicznej, ze szczególną intensywnością dyskutowano kwestię relacji zachodzących pomiędzy władzą rodzicielską, a prawem do styczności z dzieckiem. Zastanawiano się przede wszystkim nad tym, czy chodzi o element treści władzy rodzicielskiej, czy też o uprawnienie w pełni niezależne¹. Wątpliwości nie omijały także judykatury².

W aktualnie obowiązującym w Polsce stanie prawnym sprawa straciła na znaczeniu. Ustawodawca, uwzględniając poglądy doktryny, przesądził bowiem *expressis verbis*, że chodzi o dwie odrębne, samoistne pozycje prawne rodziców. Wyraźnie stanowi o tym przepis art. 113 § 1 k.r.o., a dodatkowo podkreśla systematyka kodeksu: poświęcenie władzy rodzicielskiej Oddziału 2, a kontaktom z dzieckiem Oddziału 3 w Rozdziale II dotyczącym stosunków między rodzicami i dziećmi.

Obecnie nie ulega zatem wątpliwości, że prawo do kontaktów z dzieckiem ma zarówno rodzic, któremu władza rodzicielska przysługuje, jak i ten który jej z różnych powodów nie posiada.

Spostrzeżenie to nie oznacza, że kwestia wzajemnej relacji władzy rodzicielskiej oraz prawa do styczności z dzieckiem odeszła do lamusa. W piśmiennictwie zagranicznym zastanawiano się m.in. również nad tym, czy oba samoistne prawa mają równorzędną pozycję. A zatem, czy któremuś z nich należy przyznać pierwszeństwo. Jest to sprawa z praktycznego punktu widzenia doniosła z tego względu, że oba uprawnienia stoją w konkurencji, która aktualizuje się na ogół w sytuacjach konfliktowych. Kwestia ta była także przedmiotem refleksji w doktrynie polskiej. Warto zatem poświęcić jej nieco uwagi.

1.2. RÓWNOZRĘDNY CHARAKTER WŁADZY RODZICIELSKIEJ I PRAWA DO STYCZNOŚCI

Można obecnie przyjąć, że panuje zgodność co do ogólnej reguły równorzędności obu uprawnień, tj. władzy rodzicielskiej oraz rodzicielskiego prawa do styczności z dzieckiem³. Wniosek taki, w pełni aktualny z perspektywy prawa polskiego, wynikać musi z założenia, że zarówno władza rodzicielska, jak i rodzicielskie prawo do kontaktów z dzieckiem wyrastają z naturalnego prawa rodzicielskiego⁴.

Warto w tym miejscu wyraźnie zasygnalizować, że zgodny wniosek obejmuje wyłącznie **rodzicielskie** prawo do styczności. Kwestia, stosunkowo młodszych uprawnień pozostałych osób bliskich oraz samego dziecka, ciągle jeszcze budzi istotne wątpliwości. Trudno też byłoby mówić o zaawansowanej dyskusji na tym obszarze. Raczej gromadzone są i porządkowane argumenty. Za równorzędnością również tych uprawnień przemawia ich identyczny cel. Chodzi mianowicie o ochronę dobra dziecka. Zarówno władza rodzicielska, jak i kontakty muszą być przecież tak wykonywane, aby jak najlepiej służyły interesom dziecka. Natomiast wątpliwości, co do równorzędności także w tych przypadkach, wywołuje spostrzeżenie, że prawo bliskich osób trzecich ma charakter warunkowy⁵, gdy tymczasem władza rodzicielska powstaje bezwarunkowo. Inni natomiast nie bez racji podnoszą, że kryterium odmowy osobom trzecim prawa do kontaktu z dzieckiem nie mogą być interesy rodzica sprawującego władzę, ale wyłącznie dobro dziecka. A zatem prawo to ustępuje jedynie interesom dziecka, nie ulega zaś władzy rodzicielskiej.

Z równorzędności władzy rodzicielskiej oraz rodzicielskiego prawa do styczności wynika w konsekwencji wniosek, że ograniczają się one wzajemnie⁶. Warto w tym miejscu odwołać się do kilku bardziej uniwersalnych przykładów przytaczanych w doktrynie zagranicznej.

Otóż do treści władzy rodzicielskiej należy decydowanie o kontaktach dziecka z innymi osobami. Uprawnienie to ograniczane jest natomiast przez prawo podmiotowe do styczności, ponieważ na rodzicu ciąży obowiązek umożliwienia drugiemu rodzicowi kontaktu z dzieckiem. Co więcej, ma on również obowiązek poniesienia wszystkiego, co zakłócałoby relacje dziecka oraz uprawnionego do kontaktów (w Niemczech wynika on wprost z treści § 1684 ust. 2 k.c.n.; w Polsce przesądza o tym cel kontaktów, tj. dobro dziecka)⁷.

Z kolei w czasie odwiedzin władza rodzicielska ustępuje prawu do styczności w ten sposób, że to uprawniony do kontaktów rodzic decyduje o wszelkich sprawach wiążących się ze sprawowaniem pieczy nad dzieckiem. Przykładowo, to właśnie on określa miejsce pobytu dziecka w tym czasie⁸. Wyjątek stanowi jednak kwestia bezpieczeństwa dziecka. W Niemczech powszechnie przyjmuje się, że w tym zakresie to rodzic uprawniony do kontaktów podlega wskazaniom rodzica sprawującego władzę. Tak

orzekł, wytyczając tym samym kierunek judykatury, Wyższy Sąd Krajowy w Monachium (OLG München) w związku z zakazem jazdy motocyklem udzielonym dziewięciolatki przez rodzica sprawującego pieczę na co dzień⁹.

Jednak również prawo do styczności ograniczane jest przez władzę rodzicielską. Do jego treści nie należy np. "mieszanie się" do spraw wynikających z władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, w tym w szczególności forsowanie własnych wyobrażeń wychowawczych. Uprawniony do kontaktów powinien unikać wszystkiego, co utrudnia rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską wychowanie dziecka (§ 1684 ust. 2 k.c.n.).

W piśmiennictwie wyrażono trafne przekonanie, że wzajemne ograniczanie się obu praw, które na tle okoliczności konkretnych spraw może przybrać różne rozmiary, musi mieć swoje granice. Z jednej strony pozycja rodzica sprawującego władzę rodzicielską nie może doznawać nadmiernego uszczerbku. Z drugiej zaś, również prawo do kontaktów z dzieckiem, po uwzględnieniu uprawnień rodzica sprawującego pieczę na co dzień, może zostać tylko tak dalece ograniczone, aby możliwe było jeszcze osiągnięcie celu kontaktów¹⁰.

Z tym ostatnim spostrzeżeniem wiąże się, szeroko dyskutowana w literaturze wielu krajów, kwestia **emigracji**, jako zachowania jeśli nie wykluczającego, to z całą pewnością mocno ograniczającego prawo do kontaktów. W tym miejscu poprzestać należy na jej zasygnalizowaniu. Szerzej na ten temat mowa będzie w dalszej części opracowania¹¹.

Na marginesie jeszcze jedno spostrzeżenie. Otóż interesującą, a jednocześnie osobiwą na tle europejskim, regulacją prawną dotyczącą wzajemnych relacji pomiędzy władzą rodzicielską, a prawem do styczności zawiera prawo belgijskie. Stosownie do treści art. 374 ust. 3 k.c.belg., sędzia może ograniczyć władzę rodzicielską w ten sposób, że uzależni niektóre decyzje rodzica od zgody rodzica któremu władza rodzicielska nie przysługuje, a uprawniony jest do kontaktów z dzieckiem. Chodzi w szczególności o zgodę na zmianę miejsca zamieszkania nadmiernie zwiększającego odległość pomiędzy miejscami zamieszkania uprawnionego do kontaktów oraz dziecka, wybór szkoły, religii, rodzaju uprawianego sportu, lekarza domowego, zgodę na zabieg medyczny¹².

1.3. SZCZEGÓLWE PROBLEMY WZAJEMNEGO USYTUOWANIA SAMOISTNYCH UPRAWNIENÍ W PRAWIE POLSKIM

1.3.1. ZAKAZ KONTAKTÓW A WŁADZA RODZICIELSKA

W prawie polskim, obok przybliżonych już generalnych problemów dotyczących wzajemnej relacji obu praw, aktualne pozostają dwa bardziej szczegółowe pytania związane z: 1) dopuszczalnością orzeczenia zakazu styczności (art. 113³ k.r.o.) oraz 2) ograniczeniem kontaktów (art. 113² k.r.o.). Chodzi po pierwsze o to, czy możliwe jest pozbawienie prawa do styczności rodzica, któremu władza rodzicielska przysługuje, a więc zakazanie utrzymywania kontaktów. Oraz po drugie, także o to, czy również ograniczenie kontaktów wymaga uprzedniego **rozstrzygnięcia** w zakresie władzy rodzicielskiej.

Pierwsza kwestia, wbrew pozorom, nie jest oczywista. W dawniejszym stanie prawnym, przed nowelizacją z 2008 r., sprawa była wyraźnie uregulowana w art. 113 k.r.o. *Expressis verbis* przesądzał on, że zakazanie osobistej styczności może dotyczyć jedynie rodzica pozbawionego władzy rodzicielskiej¹³. Tymczasem w praktyce sądowej tamtego czasu dostrzegano potrzebę wstrzymania kontaktów rodziców jeszcze przed dokonaniem modyfikacji w zakresie władzy rodzicielskiej, przynajmniej na czas postępowania sądowego. Wobec niejednorodności judykatury w tym zakresie Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów podjął 8 marca 2006 r. uchwałę¹⁴ zawierającą ważną wskazówkę interpretacyjną. Otóż zdaniem Sądu, przepis art. 113 § 1 k.r.o. - w jego dawnym brzmieniu - nie wyłączał udzielenia zabezpieczenia na podstawie art. 755 § 1 k.p.c. przez zakazanie rodzicom niepozbawionym władzy rodzicielskiej osobistej styczności z dzieckiem.

Aktualnie natomiast wśród przepisów oddziału 3, regulujących kontakty z dzieckiem, brak podobnego uregulowania.

W piśmiennictwie zmiana ta zinterpretowana została, jak się wydaje dość jednolicie, jako usunięcie przeszkody do szybkiego i elastycznego działania sądów w sferze kontaktów rodziców z dzieckiem¹⁵. Na ogół ocenia się, że definitywne przesądzenie rozdzielenia prawa do kontaktów z dzieckiem oraz władzy rodzicielskiej pozwoliło na stworzenie podstawy zakazania styczności bez uprzedniego, czy nawet równoczesnego pozbawienia władzy rodzicielskiej¹⁶. Obecnie konieczną i wystarczającą przesłanką orzeczenia zakazu styczności ma być dobro dziecka.

Rzecz jednak nie wydaje się, w moim przekonaniu, oczywista. Jedną kwestią jest potrzeba umożliwienia elastycznego, dopasowanego do wymogów konkretnej sprawy, działania sądu, drugą natomiast stworzenie poprawnej dogmatycznie oraz słusznej merytorycznie konstrukcji, która na działanie takie pozwala. W obecnym stanie prawnym, wbrew pozorom, kolizja obu praw, czyli władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem, nie została klarownie rozwiązana. Dotychczasowe pełne związanie obu pozycji prawnych na obszarze możliwości zakazania styczności zastąpione zostało ich, pozorną w moim przekonaniu, pełną niezależnością. Oczywiście, obie figury prawne są konstrukcyjnie samodzielne. Dziś już nie może być co do tego wątpliwości. Jednak nie sposób zamykać oczu również na to, że niekiedy dojść może do ich kolizji.

Sprawa jest bez znaczenia wówczas, gdy chodzi o pozbawienie prawa do styczności rodzica (lub innej uprawnionej osoby), któremu władza rodzicielska nie przysługuje. Ewidentny problem powstaje jeśli rodzicowi, którego zakaz styczności ma dotyczyć, władza przysługuje. W tym właśnie przypadku, w moim przekonaniu, należałoby jednak przynajmniej jednocześnie z zakazaniem styczności, orzec o odebraniu władzy rodzicielskiej¹⁷.

Za takim stanowiskiem przemawiać musi przede wszystkim spostrzeżenie, że na rodzicu, któremu przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej, ciąży również obowiązek pieczy nad dzieckiem, a ta przecież nie jest możliwa bez osobistej styczności z dzieckiem¹⁸. Wprowadzie prawo do kontaktów z dzieckiem oraz władza rodzicielska to dwie różne pozycje prawne, jednak sens zakazu przewidzianego w art. 113³ k.r.o. wymaga objęcia swym zasięgiem obu sfer, albo raczej obu "tytułów", umożliwiających styczność; czyli nie tylko prawa do kontaktów ale też władzy rodzicielskiej. Tylko wówczas może zrealizować się ochronny cel przepisu art. 113³ k.r.o., czyli zabezpieczenie dziecka przed szkodliwą, godzącą w jego dobro, stycznością, jeżeli odebrane zostaną obie podstawy kontaktów.

Można dokonać tego osobno. A więc, najpierw rozstrzygnąć o pozbawieniu władzy rodzicielskiej, a następnie orzec zakaz styczności. Innym rozwiązaniem byłoby ewentualnie, traktowanie zakazu styczności orzeczonego na podstawie art. 113³ k.r.o. jako jednoczesnego pozbawienia władzy rodzicielskiej. Wówczas sąd jako podstawę orzeczenia mógłby i powinien wskazywać również art. 111 k.r.o.

Wobec faktu, że w istocie rzeczy nie nastąpiła zmiana merytoryczna, rezygnację ustawodawcy z wyraźnego przepisu ocenić należy jako regres. Zdecydowanie lepiej byłoby, gdyby norma warunkująca pozbawienie styczności uprzednim albo jednoczesnym odebraniem władzy rodzicielskiej - jeśli władza przysługuje - wynikała wprost z przepisów prawa. Tym bardziej, że w piśmiennictwie słusznie zakaz kontaktów określony został jako "wyższy stopień odseparowania dziecka od rodziców niż pozbawienie władzy rodzicielskiej"¹⁹. Podzielić należy również stanowisko, że "skoro istniały przyczyny zakazu utrzymywania kontaktów rodzica z dzieckiem, to - tym bardziej lub na równi - mogą one uzasadniać pozbawienie władzy rodzicielskiej"²⁰. A przecież, co również nie bez znaczenia w poruszonym kontekście, na sądzie ciąży obowiązek pozbawienia rodzica władzy rodzicielskiej, jeśli zachodzą przesłanki określone w art. 111 § 1 k.r.o.

Obecnie sprawa przesunięta została na poziom orzecznictwa.

1.3.2. PEŁNA SAMOISTNOŚĆ OGRANICZENIA STYCZNOŚCI Z DZIECKIEM

Również regulacja prawna dotycząca drugiego z sygnalizowanych zagadnień, tj. kwestii ograniczenia prawa do kontaktów i jego relacji do władzy rodzicielskiej, uległa wyraźnej zmianie. Tu jednak chodzi ewidentnie o zmianę o charakterze merytorycznym. W poprzednim stanie prawnym ograniczenie osobistej styczności rodziców z dzieckiem dotyczyło wyłącznie rodziców, których władza rodzicielska została ograniczona, przez umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej²¹. Obecnie ograniczenie kontaktów może nastąpić zawsze, gdy wymaga tego dobro dziecka (art. 113² § 1 k.r.o.). Nie jest zatem konieczne uprzednie ograniczenie władzy rodzicielskiej. Prawodawca zrezygnował z istniejącego dotychczas sprzężenia pomiędzy ograniczeniem styczności oraz poprzedzającym je ograniczeniem władzy rodzicielskiej.

Zmianę tę przyjąć należy z aprobatą, tym bardziej, że dotychczasowa regulacja zawężyła spektrum działania sądu jedynie do przypadków ograniczenia władzy rodzicielskiej poprzez umieszczenie w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej. A więc do stosunkowo rzadkich sytuacji. Za niedopuszczalne uważano natomiast ograniczenie osobistej styczności z dzieckiem w całej masie zwykłych przypadków, czyli wówczas, gdy władza rodzicielska ograniczona została do określonych uprawnień i obowiązków z tego względu, że rodzice żyją w rozłączeniu²².

2. CZASOWY CHARAKTER PRAWA DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM

Uprawnienie do kontaktów z dzieckiem ma w pewnym sensie charakter czasowy. Służy określonym podmiotom jedynie tak długo, jak długo dziecko pozostaje dzieckiem. Wygasa, i to niezależnie od tego o jaką kategorię podmiotów uprawnionych chodzi, z chwilą osiągnięcia przez nie pełnoletniości. Wtedy każdy człowiek sam zaczyna decydować o tym, z kim kontakty będzie utrzymywać. Służy mu bowiem jego własne, konstytucyjnie chronione prawo do samostanowienia.

Mimo to może pojawić się wątpliwość, czy w pewnych sytuacjach prawo do kontaktów nie trwa jednak w dalszym ciągu po ukończeniu przez dziecko osiemnastu lat. Chodzi mianowicie o przypadek osób ubezwłasnowolnionych, a więc pozostających pod opieką prawną lub kuratelą. W szczególności, gdy chodzi o opiekuna, który sprawuje przeciwko opiekę stosownie do przepisów o władzy rodzicielskiej (art. 155 § 2 k.r.o. - stosowanych odpowiednio), stwierdzenie, że służy mu styczność z pupilem, nawet już pełnoletnim, nie tylko nie byłoby pozbawione uzasadnienia, ale wydaje się dość oczywiste. Ma przecież obowiązek pieczy nad osobą podopiecznego, a tej nie sposób sprawować bez osobistej styczności. Trzeba jednak pamiętać, że chodzi tu o styczność wynikającą z obowiązku pieczy nad osobą pupila, nie zaś o rodzinnoprawne prawo do kontaktów z dzieckiem, będące przeciwko samoistną, oddzielną od władzy rodzicielskiej pozycją prawną²³.

Ubezwłasnowolnienia nie sposób zatem traktować jako okoliczności powodującej przedłużenie czasu trwania prawa do kontaktów z dzieckiem²⁴. Inna rzecz, że w praktyce mogłaby powstać sytuacja, w której opiekun osoby ubezwłasnowolnionej uniemożliwiłby kontakty pupila z bliskimi osobami trzecimi. Wówczas możliwa byłaby interwencja sądu mająca za podstawę konstrukcję nadużycia władzy rodzicielskiej²⁵.

W piśmiennictwie zgłoszony został - warty zasygnalizowania w tym kontekście, mimo iż nietrafny - w pewnym stopniu odmienny pogląd. Jego autorzy zgadzają się wprawdzie, że "przepisy art. 113-113⁶ k.r.o. odnoszą się niewątpliwie do kontaktów z dzieckiem małoletnim", jednak powinność utrzymywania wzajemnych kontaktów przez rodziców i ich pełnoletnie dzieci można, ich zdaniem, wyprowadzić z "wykładni przepisu art. 87 k.r.o., który nakazuje rodzicom i dzieciom wzajemne wspieranie się (oraz okazywanie szacunku)"²⁶. Stanowiska tego nie sposób podzielić, jeśli rozumieć je jako możliwość domagania się ustanowienia kontaktów z dzieckiem pełnoletnim na podstawie normy art. 87 k.r.o. Jednak dziecko pełnoletnie nie ma już obowiązku utrzymywania kontaktów z kimkolwiek. A przynajmniej obowiązku zaskarżalnego. Nawet z rodzicami, którym winne jest szacunek.

3. PRAWO DO STYCZNOŚCI JAKO UPRAWNIENIE RODZINNOPRAWNE

3.1. OSOBISTY CHARAKTER UPRAWNIENIA DO KONTAKTÓW

Uprawnienie do styczności z dzieckiem należy **do chronionych konstytucyjnie** praw rodzicielskich i jest, podobnie jak władza rodzicielska, prawem o charakterze **ściśle osobistym**.

Nie budzi przy tym wątpliwości, że - już ze względu na jednoczesne zobowiązanie do kontaktów, występujące przynajmniej w przypadku rodziców i dzieci - chodzi o uprawnienie **niezbywalne**, a także niepodlegające zrzeczeniu się²⁷. Ewentualne oświadczenie woli zawierające zrzeczenie się na przyszłość prawa do styczności z dzieckiem byłoby, jako sprzeczne z ustawą (art. 58 § 1 k.c.), nieważne. Natomiast, gdyby miało nastąpić w zamian za uwolnienie od obowiązku alimentacyjnego, byłoby dodatkowo sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Tak orzekł niemiecki Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*) w wyroku z 1984 r.²⁸ wskazując, że chodzi o naruszenie dobrych obyczajów (odpowiednik polskiej klauzuli zasad współżycia społecznego). Podobnie traktuje się w literaturze również ograniczone **zrzeczenie** się jedynie **wykonywania** prawa²⁹. Zupełnie wyjątkowo byłoby dopuszczalne porozumienie między rodzicami, co do sytuacyjnie uzasadnionego niewykonywania prawa do kontaktów lub co do niepodejmowania kontaktów przez określony czas, jeśli rzeczywiście służyłoby to dobru dziecka oraz jeśli samo dziecko nie chciałoby uczynić użytku ze służącego mu prawa do styczności.

3.2. PODWÓJNY TYTUŁ UPRAWNIENIA RODZICA SPRAWUJĄCEGO PIECZĘ NA CO DZIEŃ

W prawie polskim uprawnienie rodziców, którym przysługuje władza rodzicielska wynika z dwóch źródeł. Jednym, co tylko *prima facie* może zaskakiwać, jest już sama władza rodzicielska. Jej wykonywanie polega przeciwko m.in. na pieczy nad dzieckiem (art. 95 § 1 k.r.o.), a ta nie jest możliwa bez osobistej styczności z dzieckiem. Drugie to niezależne od władzy rodzicielskiej, samodzielne prawo do

osobistej styczności, które służy także rodzicom władzy rodzicielskiej nieposiadającym³⁰.

Jednak o prawie do styczności *sensu stricte*, które jest przedmiotem niniejszego opracowania, można mówić jedynie w tym drugim przypadku. A więc odnośnie prawa uregulowanego w art. 113 i n. k.r.o. Styczność mieszcząca się w ramach władzy rodzicielskiej jest jedynie niesamodzielnym instrumentem, bez którego wykonywanie władzy nie byłoby możliwe.

Warto w tym miejscu poświęcić nieco uwagi zarysowaniu wzajemnych relacji pomiędzy obydwoma tytułami, tym bardziej, że wbrew pozorom nie chodzi o źródła konkurencyjne (a przynajmniej w pełni konkurencyjne).

Należałoby przyjąć, że prawo do styczności wynikające z władzy rodzicielskiej, w przypadku rodzica sprawującego pieczę na co dzień, wyprzedza prawo do kontaktów z dzieckiem znajdujące swe oparcie w przepisie art. 113 k.r.o. Zwykle władza rodzicielska będzie przecież w wystarczającym stopniu zabezpieczała interes rodzica oraz dziecka polegający na wzajemnym kontakcie.

Wyprzedza nie oznacza jednak eliminuje. Otóż prawo do kontaktów z dzieckiem będzie aktualizowało się również w przypadku rodziców, którym przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej. Warunkiem będzie tu jednak przynajmniej faktyczne rozdzielenie z dzieckiem. Do takich wniosków doszła judykatura zagraniczna³¹. Są one w pełni aktualne na tle prawa polskiego. Dla przykładu prawo do kontaktów może być wielce użyteczne w przypadku czasowego powierzenia pieczy nad dzieckiem innym osobom np. rodzicowi niesprawującemu na co dzień pieczy na czas wakacji, albo też w przypadku wspólnej opieki nad dzieckiem, polegającej na przemiennym zamieszkiwaniu dziecka raz z jednym, a raz z drugim rodzicem.

3.3. KONCEPCJE PODSTAW PRAWNYCH UPRAWNIENIA BLISKICH OSÓB TRZECICH

3.3.1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Obowiązujące prawo polskie od niedawna zawiera wyraźną regulację prawa do styczności służącego bliskim osobom trzecim. *Prima facie* mogłoby zatem wydawać się, że analizę źródeł uprawnienia tych osób należałoby ograniczyć do rozważenia charakteru prawnego rodzinnoprawnej regulacji zawartej w oddziale 3 rozdziału II "Kontakty z dzieckiem". Z kilku powodów nie byłoby to właściwe. Bez wdawania się w szczegóły, warto w tym miejscu zasygnalizować jedynie to, że katalog osób uprawnionych do styczności z dzieckiem, stworzony przez polskiego prawodawcę, ma charakter zamknięty, a więc wykluczający uprawnienie innych niewymienionych osób. Może zatem powstać, sygnalizowany już problem ochrony wartościowych dla dziecka relacji z innymi osobami. W tym kontekście należy rozważyć dodatkowe możliwości stwarzane przez porządek prawny, a prowadzące do uzyskania styczności.

Otóż, jako swoiste uzupełnienie, podobnie jak w zagranicznych porządkach prawnych, w piśmiennictwie polskim wypracowana została koncepcja ochrony styczności osób trzecich w związku z nadużyciem władzy rodzicielskiej. Polega ona, w ogólnych zarysach, na tym, że sąd, w ramach nadzoru nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej, może - także wbrew woli rodziców - ustalić kontakty z osobami trzecimi, jeśli ich brak godziłby w dobro dziecka.

W doktrynie zagranicznej zaproponowano również interesującą koncepcję - głównie w związku ze stycznością dziadków z wnukami - istnienia uprawnienia do kontaktu mimo braku wyraźnej normy prawnej prawo podmiotowe przysługującej. W piśmiennictwie polskim przybrała ona postać koncepcji osobistego prawa do kontaktów służącego ochronie dobra osobistego, jakim jest sfera uczuciowa związana z osobami najbliższymi.

Dalszy wywód poświęcony zostanie rozważeniu nie jednego, ale trzech różnych źródeł ewentualnej styczności osób trzecich z dzieckiem.

3.3.2. OSŁABIŁONE UPRAWNIENIE OSÓB BLISKICH

W regulacjach zagranicznych bliskie osoby trzecie, wyraźnie zaliczone do kręgu osób uprawnionych, uzyskują na ogół słabsze, warunkowe prawo do styczności z dzieckiem. Kryteria powstania uprawnienia są w różnych krajach różne. Dla przykładu w Niemczech jest to wymóg aby styczność służyła dobru dziecka; w Szwajcarii osoby trzecie uzyskują prawo jeśli zachodzą szczególne okoliczności oraz kontakt służy dobru dziecka; również we Francji chodzi o szczególne okoliczności, natomiast prawodawca belgijski oczekuje istnienia szczególnych więzi osobistych łączących z dzieckiem³².

Mimo pewnych już *prima facie* dostrzegalnych różnic, dwie kwestie wydają się wspólne. Po pierwsze,

wyraźne jest dążenie do uwzględnienia interesów dziecka przy kształtowaniu kontaktu z osobami trzecimi. Po drugie, odbywa się to z odwołaniem do zwrotów nieostrych.

Ustawodawca polski wyraźnie regulując uprawnienie innych osób (w art. 113⁶ k.r.o.) nakazał odpowiednie stosowanie przepisów o styczności rodziców i dzieci do wskazanych kategorii osób trzecich. Nie może być wątpliwości, że chodzi tutaj o pozycję prawną ujętą w kształt prawa podmiotowego. Powstaje natomiast pytanie jakie znaczenie przydać formule stosuje się odpowiednio.

W moim przekonaniu, chodzi tu, nie tylko o zwrócenie uwagi na specyfikę prawa tych właśnie osób, wykluczającą stosowanie, w ogóle lub w pewnym zakresie, przepisów regulujących rodzicielskie prawo do styczności. Dla przykładu, takim nieadekwatnym do sytuacji bliskich osób trzecich przepisem jest art. 113 § 1 k.r.o., wskazujący z jednej strony na rozdzielność władzy rodzicielskiej oraz prawa do kontaktów, z drugiej zaś, nakładający także (*in fine*) obowiązek kontaktów³³. Jest nim również przepis art. 113⁴ k.r.o., umożliwiający nałożenie poleceń na rodzica³⁴.

Oprócz tego, podobnie jak w regulacjach zagranicznych, celem prawodawcy było osłabienie uprawnienia osób trzecich. Do takiego wniosku prowadzi m.in. spostrzeżenie, że styczność z dzieckiem bliskich osób trzecich nie została uregulowana łącznie z prawem rodziców w art. 113 k.r.o. oraz art. 113¹-113⁵ k.r.o. - gdyż wówczas uprawnienie miałyby identyczną rangę. Ustawodawca polski zdecydował się na wyraźne oddzielenie i ujęcie w postaci odrębnej konstrukcji (art. 113⁶ k.r.o.). Na rzecz tezy, iż nie chodziło wyłącznie o zabieg natury techniczno-redakcyjnej przemawia również poczynione wcześniej spostrzeżenie prawoporównawcze. Otóż w porządkach zagranicznych prawo rodziców oraz uprawnienia innych osób bliskich są wyraźnie różnicowane. Powód jest oczywisty. To przecież na rodzicach spoczywa obowiązek wychowania dziecka, a kontakty, szczególnie te realizowane w sytuacjach konfliktu, mogą je utrudniać. Zawsze zatem prawo innych osób jest osłabiane, czyli ograniczane do tych przypadków, w których, najogólniej rzecz ujmując, służy dobru dziecka.

Wyodrębnienie przez prawodawcę polskiego i osobne potraktowanie styczności wyraźnie wyliczonych osób trzecich, należy zatem interpretować podobnie. Chodziło mianowicie o osłabienie służącego im prawa do kontaktów z dzieckiem poprzez uzależnienie go od zgodności z dobrem dziecka. Dobro dziecka jest naczelną zasadą również polskiego prawa dziecięcego i to ono powinno być traktowane jako zasadnicze kryterium odpowiedniego stosowania. Odpowiedniego, czyli uwzględniającego nie tylko konkretną kategorię uprawnionych i jej specyfikę, ale właśnie również dobro dziecka³⁵.

W tym kontekście należy jednak przyjąć, że konstrukcja przepisu art. 113⁶ k.r.o. zawiera domniemanie zgodności kontaktów wskazanych w nim osób z dobrem dziecka. Dlatego też w ewentualnym postępowaniu sądowym nie byłoby konieczne pozytywne wykazywanie przez żądającego styczności, że służy ona dobru dziecka. Sąd natomiast powinien odmówić jej ustanowienia jeśli zostaną ustalone okoliczności przeciwnie. Do takiego wniosku prowadzi spostrzeżenie, że treść art. 113⁶ k.r.o. została ujęta stanowczo (stosuje się). *Prima facie* takie stanowisko może podważać wcześniejszą tezę o osłabionym, w stosunku do prawa rodziców, uprawnieniu bliskich osób trzecich. Tak jednak nie jest. Rodzice uzyskują *ex lege* uprawnienie, którego można ich następnie wyjątkowo pozbawić w trybie art. 113² § 1 k.r.o., gdy styczność godzi w dobro dziecka. Bliskie osoby trzecie w ogóle nie nabędą uprawnienia, jeśli okaże się, że nie służyłoby ono dobru dziecka.

3.3.3. NADUŻYCIE WŁADZY RODZIELSKIEJ JAKO ŹRÓDŁO UPRAWNIENIA OSÓB TRZECICH

W piśmiennictwie zagranicznym, ale także w literaturze oraz judykaturze polskiej, utrwaliło się już trafne stanowisko, zgodnie z którym źródłem uprawnienia osób trzecich do kontaktu z dzieckiem może być sądowa dezaprobata dla sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców. Osoba, której rodzice odmawiają styczności z dzieckiem, może mianowicie powoływać się na nadużycie przez nich władzy rodzicielskiej.

W uchwale z dnia 14 czerwca 1988 r.³⁶ Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że rodzice mają obowiązek dbałości o wychowanie dziecka w imię jego dobra. Powinni zatem, dla pełnego rozwoju jego osobowości, umożliwić dziecku kontaktowanie się w szczególności z jego krewnymi - w tym w pierwszym rzędzie z dziadkami - jeśli mają korzystny wpływ na dziecko. Kontakty te, wynikające często z silnych związków emocjonalnych, mogą wpływać na lepsze wychowanie oraz rozwój duchowy dziecka. Sprzyjają też, przynajmniej gdy chodzi o styczność z krewnymi, kontynuowaniu wielopokoleniowej oraz szerokiej rodziny.

Warto już w tym miejscu zasygnalizować, że, inaczej niż w przypadku styczności rodziców oraz kontaktów osób wyraźnie wskazanych w katalogu art. 113⁶ k.r.o., konstrukcja związana z nadużyciem

władzy rodzicielskiej ma na celu wyłącznie ochronę interesu dziecka. Podkreśla się powszechnie, że w kontekście tego "źródła" nie sposób mówić o prawie osób trzecich do kontaktu z dzieckiem, ale raczej o profitowaniu z refleksu prawa (*Rechtsreflex*)³⁷. Sąd przecież zakazuje lub nakazuje rodzicom określonego zachowania (bojkotowania kontaktu). Przedmiotem postępowania jest władza rodzicielska i jej, przynajmniej w pewnym sensie, ograniczenie³⁸. Pojawiająca się w efekcie ochrona styczności z dzieckiem, służąca osobom trzecim, jest z konstrukcyjnego punktu widzenia jedynie rezultatem ubocznym. Nie przybiera postaci prawa podmiotowego³⁹.

Innymi słowy wprowadzie osoby trzecie, pominięte w katalogu sformułowanym w treści art. 113⁶ k.r.o., mogą osiągnąć ustalenie styczności z dzieckiem, nie służy im jednak roszczenie **względem rodziców** o jej ustanowienie. W praktyce oznacza to, że pragnąc doprowadzić do zobowiązania rodziców do umożliwienia kontaktów (na podstawie przepisu art. 109 § 1 k.r.o.), jedynie **zawiadamiają** sąd opiekuńczy o potrzebie wszczęcia postępowania (art. 572 § 1 k.p.c.), które ten może, i jak wynika z utrwalonego już orzecznictwa Sądu Najwyższego, powinien **wszcząć z urzędu** gdy istnieją podstawy do ingerencji.

W doktrynie niemieckiej wypracowane zostały dwie ważne zasady dotyczące kreowania styczności ze względu na nadużycie władzy przez rodziców. Obie zachowują aktualność z perspektywy prawa polskiego. Warto je przybliżyć.

Po pierwsze, ukształtował się pogląd, że na nadużycie władzy rodzicielskiej (§ 1666 k.c.n.) mogą powoływać się wyłącznie osoby pominięte przez ustawodawcę w § 1685 k.c.n., czyli nieuwzględnione w ramach katalogu osób uprawnionych do styczności⁴⁰.

Po drugie, ochrona prawa styczności z dzieckiem osób pominiętych w § 1685 k.c.n. ograniczona jest do nieprzewidzianych przez prawodawcę, wyjątkowych przypadków. Chodzi tu o swego rodzaju wentyl bezpieczeństwa pozwalający uniknąć skrajnych niesprawiedliwości poprzez uelastycznienie systemu. Dlatego jej uzyskanie uzależniane jest w prawie niemieckim od spełnienia wyższych wymagań niż te, które przewidziane zostały dla osób trzecich *expressis verbis* zaliczonych do grupy uprawnionych do styczności.

Uzasadniane jest to przekonująco w ten sposób, że prawo do kontaktów zostało w prawie niemieckim uregulowane w interesie dziecka, rodziców oraz innych osób wyraźnie wskazanych w § 1685 k.c.n. Przy tym uprawnienie osób trzecich jest zdecydowanie słabsze niż rodziców. Chodzi przecież o prawo warunkowe powstające jedynie wówczas, gdy służy dobru dziecka. Stąd prawo osób w ogóle nieuwzględnionych w przepisach dotyczących kontaktów powinno być nie tylko słabsze, ale również jego uzyskanie musi być bardziej utrudnione.

O ile zatem prawo do styczności osób trzecich wyraźnie wskazanych w § 1685 k.c.n., co do zasady powstaje, gdyż domniemuje się zgodność kontaktów z dobrem dziecka, o tyle uzyskanie go na podstawie § 1666 k.c.n. wymaga nie tylko udowodnienia zgodności z dobrem dziecka. Dodatkowo konieczne jest wykazanie, że odmowa przyznania kontaktu wywoła bezpośrednio⁴¹ zagrożenie dla fizycznego, umysłowego lub duchowego zdrowia dziecka⁴². W piśmiennictwie niemieckim powszechnie wyrażany jest pogląd, że przeprowadzenie tego ostatniego dowodu może udać się jedynie w wyjątkowych przypadkach⁴³.

Obie sformułowane w prawie niemieckim reguły przyznawania styczności bliskim osobom trzecim w związku z nadużyciem władzy rodzicielskiej zachowują aktualność w świetle prawa polskiego. Podstawą orzeczenia byłby tutaj przepis art. 109 § 1 i § 2 pkt 1 k.r.o. (odpowiednik § 1666 k.c.n.) pozwalający na ingerencję sądu w przypadku zagrożenia dobra dziecka.

Również w świetle Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oczywiste musi być ograniczenie zastosowania tej normy w poruszonym kontekście do podmiotów pominiętych w katalogu sformułowanym w treści art. 113⁶ k.r.o. Taki jest przecież sens poszukiwania swoistego wentyla bezpieczeństwa, pozwalającego na uwzględnienie sytuacji nieprzewidzianych przez ustawodawcę. Konstrukcyjnie wniosek ten wzmacnia spostrzeżenie, że w przepisie art. 113⁶ k.r.o. postrzegać należy *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 109 k.r.o. Zakresy obu norm krzyżują się. Jeśli zatem niewłaściwe wykonywanie władzy rodzicielskiej, stanowiące jej nadużycie, polegałoby na bojkotowaniu prawa do styczności osób wskazanych w art. 113⁶ k.r.o. to zastosowanie znajdowałby wyłącznie przepis art. 113⁶ k.r.o.

Również z perspektywy prawa polskiego wymagania postawione w tym przypadku domagającemu się ustanowienia kontaktów powinny być wyższe niż te, które zostały sformułowane w przepisie art. 113⁶ k.r.o. dla wyraźnie uprawnionych osób trzecich. Zapewnia to w szczególności zróżnicowany sposób uzyskania prawa przez obie kategorie podmiotów. O ile więc odpowiednie stosowanie przepisów o kontaktach rodziców i dzieci oznacza, z jednej strony, uzależnienie styczności od zgodności z dobrem dziecka⁴⁴, z drugiej jednak zawiera domniemanie takiej zgodności, o tyle, w przypadku powoływania się

na nadużycie władzy rodzicielskiej dla ustanowienia kontaktów, konieczne byłoby wykazanie zagrożenia dobra dziecka (art. 109 § 1 k.r.o.). Podobnie jak w prawie niemieckim, nie można zatem poprzestać na ogólnej konstatacji, że styczność leży w interesie dziecka. To brak kontaktów miałby zagrażać bezpośrednio dobru dziecka. A zatem godzić w jego zdrowie fizyczne, psychiczne lub zakłócać prawidłowy rozwój.

3.3.4. KONCEPCJA UPRAWNIENIA DO STYCZNOŚCI BEZ WYRAŻNEJ PODSTAWY PRAWNEJ

W piśmiennictwie zagranicznym pojawiła się koncepcja, zgodnie z którą bliskie osoby trzecie są uprawnione do styczności z dzieckiem nawet mimo braku wyraźnej regulacji prawnej w tym zakresie. Warto poświęcić jej nieco uwagi, mimo że została już, mniej lub bardziej zdecydowanie, odrzucona w krajach o podobnej do polskiej regulacji prawa do kontaktów. Do jej rozważenia skłania także to, że również w prawie polskim, w dawnym stanie prawnym, pojawił się analogiczny pomysł⁴⁵.

Można pokusić się o spostrzeżenie ogólniejszej natury. Otóż zarówno w Polsce, jak i za granicą powodem poszukiwań w tym kierunku było dojrzałe już zapotrzebowanie społeczne na kontakty dziadków z wnukami, połączone na ogół albo z brakiem jakiegokolwiek regulacji prawnej prawa do kontaktów, albo też brakiem prawnego usankcjonowania styczności dziadków przy uregulowaniu uprawnień rodziców.

W Niemczech niektórzy autorzy twierdzili, że prawo dziadków jest oczywiste, gdyż wynika z natury relacji rodzinnoprawnych, a brak regulacji *expressis verbis* pozbawiających dziadków ich prawa uważali za wystarczającą podstawę jego istnienia⁴⁶. Stanowisko to nie znalazło uznania u większości przedstawicieli doktryny. Milczenie ustawodawcy w kwestii prawa dziadków, przy jednoczesnym uregulowaniu prawa rodziców, niemal jednomyślnie interpretowała - aż do czasu zmiany regulacji prawnej i przyznania dziadkom samodzielnego prawa - jako brak uprawnienia do kontaktów z wnukami⁴⁷.

Z kolei w Szwajcarii koncepcja uprawnienia bez wyraźnego przepisu cieszy się dość szeroką akceptacją. Prawo do kontaktów z dzieckiem traktowane jest tu jednak, inaczej niż w Niemczech, jako prawo osobistości (odpowiednik dóbr osobistych w prawie polskim)⁴⁸. Sprzyja temu, w szczególności, odrębne wobec władzy rodzicielskiej uregulowanie i ulokowanie prawa do kontaktów z dzieckiem. Pozwala to w efekcie na traktowanie prawa do styczności przede wszystkim jako szczególną regulację prawa osobistości, natomiast dopiero w dalszej kolejności postrzegania jej przez pryzmat praw rodzicielskich.

Co ciekawe, koncepcja prawa do styczności bez wyraźnej podstawy prawnej, mimo iż dość mocno obecna w doktrynie zagranicznej, w zasadzie nie przebiła się do judykatury zagranicznej. W piśmiennictwie obcym, jako jedyny znany wyjątek, wskazywane jest orzeczenie sądu paryskiego (*Cour de Paris*) z 1908 r.⁴⁹ Wyrokował on - ze względu na okoliczności sprawy, na podstawie prawa niemieckiego - o kontaktach dziadków z wnukiem. Mimo, że ani prawo francuskie, ani niemieckie nie zawierało w tym czasie pozytywnej regulacji prawa dziadków, sąd styczność uregulował. Uznał bowiem, że wyraźna podstawa ustawowa nie jest niezbędna, gdyż już sama natura oraz rozsądek prawo takie podpowiadają. Dodatkowym, ważnym elementem konstrukcyjnym, sąd uczynił spostrzeżenie, że w prawie francuskim oraz niemieckim nie ma postanowień wykluczających takie prawo.

Orzeczeń tego rodzaju brak jest również w judykaturze sądów polskich. W szczególności, chociaż *prima facie* mogłoby wydawać się inaczej, przykładem takim nie może być przywoływana już uchwała Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 1988 r.⁵⁰ Wprawdzie teza orzeczenia wskazuje, że "dziadkowie mogą żądać uregulowania osobistych kontaktów z wnukami, jeżeli leży to w interesie dzieci", jednak nie chodzi tu o zaakceptowanie istnienia "naturalnego" prawa podmiotowego, a jedynie o umożliwienie kontaktów, jeśli doszło do nadużycia władzy rodzicielskiej⁵¹.

Natomiast w literaturze polskiej zaproponowano, trochę wzorem szwajcarskim, aby prawo do styczności z dzieckiem rozumieć jako dobro osobiste przysługujące konkretnym podmiotom niezależnie od tego, czy sam ustawodawca prawo takie podmiotowi przyznał, czy też nie. Takie stanowisko zapoczątkowali E. Płonka i J. Strzebińczyk. Uznali mianowicie, że zarówno dziadkom, jak i wnukom przysługuje dobro osobiste, jakim jest **sfera uczuciowa związana z osobami najbliższymi**, realizowana przez prawo do osobistej styczności⁵². Przepisy art. 23-24 k.c. miałyby wobec tego dawać stosowną, w pełni wystarczającą, podstawę prawną do żądania ochrony prawa do styczności z dzieckiem.

Koncepcja ta, w obecnych realiach prawnych, a więc wobec istnienia stosunkowo rozbudowanej regulacji prawa do kontaktów z dzieckiem, a w szczególności obszernego katalogu podmiotów uprawnionych, nie zasługuje na aprobatę.

3.3.5. KRYTYKA KONCEPCJI DOBRA OSOBISTEGO JAKO ŹRÓDŁA RODZINNOPRAWNEGO PRAWA DO STYCZNOŚCI Z DZIECKIEM

Jak już wspomniano, zgłoszona w piśmiennictwie polskim koncepcja, jeśli rozumieć ją - a inaczej chyba nie można - w ten sposób, że art. 23 k.c. jest samodzielnym źródłem prawa podmiotowego - dobra osobistego w postaci prawa do kontaktów z dzieckiem - niezależnym od tego, czy ustawodawca prawo takie sam *expressis verbis* określonym podmiotom przyznał, czy też nie, nie zasługuje na aprobatę.

Przepis art. 23 k.c. nie nadaje się do wygenerowania prawa podmiotowego o charakterze rodzinnoprawnym. Nie pozwala na to jego natura. Służy mianowicie ochronie indywidualnych praw konkretnej jednostki. Tymczasem rodzinnoprane prawo do kontaktów z dzieckiem kształtuje sytuację prawną nie tylko osoby domagającej się ustanowienia kontaktów (np. dziadków), ale także dziecka oraz rodziców małoletniego⁵³. Przy tym prawo to ma, jeśli nie w pierwszym rzędzie, to przynajmniej w tym samym stopniu, zabezpieczać dobro dziecka, nie zaś wyłącznie interes uprawnionego. Dla lepszej ilustracji tej kwestii warto zwrócić uwagę, że przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wyraźnie przewidują możliwość pozbawienia styczności rodzica, jeżeli dobro dziecka jest zagrożone lub naruszone. Uzależniają też powstanie prawa pozostałych osób od zgodności z dobrem dziecka. Artykuł 24 k.c. miałby natomiast służyć wyłącznie ochronie dobra osoby domagającej się kontaktu. Co oczywiste, nie przewiduje przy tym żadnych możliwości ingerencji związanej z ochroną dobra dziecka.

Za odrzuceniem tego pomysłu, w aktualnie panujących w Polsce realiach prawnych, przemawia również wiele argumentów pomniejszej wagi. Warto przywołać te, które wydają się najważniejsze.

Niebagatelny argument płynie ze spostrzeżeń prawno-porównawczych. Otóż w zagranicznych porządkach prawnych występują dwa podejścia prawodawców do kwestii kontaktów z dzieckiem. Chodzi o model wyraźnej regulacji prawnej przewidujący, obok ukształtowania treści prawa, również tak, czy inaczej sprecyzowany krąg osób uprawnionych oraz model braku regulacji prawnej prawa do styczności z dzieckiem, przy pełnej akceptacji dla jego istnienia⁵⁴. Przyjęcie pierwszego wariantu łączy się zwykle z odrzuceniem istnienia prawa podmiotowego do styczności z dzieckiem, służącego osobom pominiętym w wyraźnym uregulowaniu. Drugi natomiast, związany jest nieodłącznie z koniecznością poszukiwania ogólnej podstawy prawnej w różnych reształ miejscach systemu, niekoniecznie wśród dóbr osobistych, częściej w ramach definicji rodziny i praw rodzinnych.

Z kolei, jeśli ignorować różnicę charakteru prawnego dóbr osobistych i rodzinnoprawnego prawa do kontaktów, nieuchronnie musiałyby pojawić się kontrargumenty natury techniczno-prawnej.

Po pierwsze, nie byłoby właściwe tworzenie dublującej się z przepisami prawa rodzinnego podstawy prawnej dla kreowania prawa podmiotowego. Nie sposób przeoczyć tego, że w takim układzie, a więc przy rozszerzeniu otwartego katalogu dóbr osobistych, przepisy o prawie do kontaktów zawarte w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym - a przynajmniej w tej ich części, która zawiera katalog osób uprawnionych - byłyby zbędne (*superfluum*).

Po drugie, trudno także nie zauważyć, że taka koncepcja uniemożliwiłaby, a przynajmniej mocno utrudniała, różnicowanie siły uprawnień poszczególnych osób. W efekcie należałoby pogodzić się z tym, że prawo rodzica i uprawnienie dziadka, pradiadka lub innych osób zaliczonych ewentualnie do kategorii podmiotów, którym dobro osobiste służy, byłyby tak samo silne. Brak byłoby przecież prawnych podstaw dla różnicowania chyba że, co już wydaje się jawnie absurdalne, doktryna tworzyłaby odmienne dobra osobiste dla każdej grupy osób. A przecież uprawnienie rodziców i innych podmiotów w zagranicznych porządkach prawnych nie bez powodu jest jednak różnicowane. Powinno być i jest różnie ukształtowane również w prawie polskim. Przyjęcie proponowanej koncepcji kreowania prawa do styczności na poziomie dóbr osobistych wymagałoby zatem stworzenia uzupełniającej, na zasadzie *lex specialis*, negatywnej regulacji rodzinnoprawnej wydobywającej odmienności. Tu z kolei musi pojawić się pytanie. Skoro konieczne okazuje się regulowanie kwestii uprawnienia do styczności, to czy nie lepiej tworzyć regulacje pozytywne?

Po trzecie, sytuacja taka musiałaby mieć również negatywny wpływ na pewność prawa, a w szczególności, co niezwykle ważne na gruncie prawa rodzinnego, osłabić przewidywalność wyniku ewentualnego postępowania sądowego. Delikatna natura stosunków rodzinnych nie zawsze nadaje się do kształtowania w drodze sądowej. Stąd szczególnie ważna rola sygnalizacyjna przepisów prawa rodzinnego. Istnienie wyraźnego katalogu podmiotów uprawnionych stwarza zdecydowanie bardziej klarowną sytuację, nie tylko dla sądów, ale przede wszystkim, dla samych spierających się o to prawo osób. Przejrzystość ta pozwala uniknąć przynajmniej części sporów sądowych.

W konkluzji należy opowiedzieć się za rodzinnoprawnym charakterem konstrukcji prawa do styczności z dzieckiem i uprawnieniem prawodawcy do jego kształtowania odpowiadającego aktualnym

potrzebom społecznym. W efekcie przyjąć trzeba zasadę, zgodnie z którą rodzinnoprawne prawo podmiotowe do kontaktów z dzieckiem służy wyłącznie tym podmiotom, którym wyraźnie przyznał je prawodawca. A zatem obecnie tym wymienionym w treści art. 113 oraz 113⁶ k.r.o. Nie bez znaczenia jest także spostrzeżenie, że interes innych osób, albo raczej interes dziecka polegający na styczności z nimi można, w zasługujących na to przypadkach, wystarczająco zabezpieczyć np. przy pomocy konstrukcji nadużycia władzy rodzicielskiej⁵⁵.

3.3.6. PRYZNANE PRZEZ USTAWODAWCĘ PRAWO DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM JAKO DOBRO OSOBISTE

Możliwe do zaakceptowania byłoby natomiast inne ujęcie. Mianowicie koncepcja, zgodnie z którą rzeczywiste więzi rodzinne, wyrażające się w prawie do styczności z członkami rodziny a także innymi osobami stanowią dobro osobiste chronione prawem. Taki układ nie zaburzałby spójności systemu prawa cywilnego - jego części ogólnej oraz części szczegółowej w postaci prawa rodzinnego). Dawałby natomiast szanse uruchomienia - w razie naruszenia - mechanizmów ochronnych przewidzianych w przepisie art. 24 k.c., w tym w szczególności stwarzał możliwość domagania się zadośćuczynienia za krzywdę wynikającą z naruszenia prawa do styczności.

Warunkiem byłaby tu jednak wola obu osób utrzymywania niezakłóconych kontaktów, czyli rzeczywiste istnienie więzi. Warto zwrócić uwagę na to, że nawet w przypadku przyznanych już przez ustawodawcę w ramach prawa rodzinnego praw do styczności, nie zawsze warunek ten byłby spełniony. Wcale nierzadko samo dziecko odrzuca przecież kontakty, a sądy kierując się jego dobrem, styczność, wbrew jego woli, regulują. Czasem także kontakty rodzinnoprawne muszą być dopiero mozolnie ustanawiane, a więź budowana od podstaw. W takich przypadkach trudno byłoby mówić o istniejącym już dobru osobistym, a co za tym idzie o włączeniu ochrony prawnej przewidzianej w przepisie art. 24 k.c.

Przy takiej perspektywie nie chodziłoby zatem o wygenerowanie rodzinnoprawnego prawa do kontaktów dla osób pominiętych w katalogu uprawnionych sformułowanym w art. 113⁶ k.r.o., a jedynie o cywilnoprawną ochronę dobra osobistego służącego ochronie praw konkretnej osoby, polegających na istnieniu określonej relacji z inną osobą, w tym także relacji opartej na więzach rodzinnych. Byłaby to więź wyraźnie odrębna i niezależna od tej uregulowanej w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, czasem jedynie z nią zbieżna. Rodzinnoprawna więź - prawo do kontaktów z dzieckiem - i cywilnoprawne dobro osobiste - chroniące wolność do kontaktu z określoną osobą - pozostają w relacji krzyżowania się.

Warto jeszcze na marginesie zasygnalizować, iż ze względu na specyfikę tego dobra, wymagającą istnienia rzeczywistej więzi pomiędzy dzieckiem oraz osobą bliską, a także wykluczającą obowiązek dziecka, niemożliwe byłoby konstruowanie ochrony przeciwko dziecku. Ochrona musiałaby być zwrócona wyłącznie przeciwko osobom trzecim - z punktu widzenia relacji uprawniony i dziecko - styczność zakłócającym (np. bojkotującemu kontakt rodzicowi).

I jeszcze jedno spostrzeżenie. Otóż, nie wydaje się potrzebne, aby dla tak rozumianego cywilnoprawnego prawa do styczności tworzyć specjalne nowe dobro osobiste. Dla ochrony rzeczywiste istniejących więzi w pełni wystarczy odwołanie się do wskazanego już w katalogu art. 23 k.c. dobra w postaci wolności. Czyli wolności do utrzymywania kontaktów z dzieckiem (inną osobą). Jakiś jego fragment chronić może także tajemnica korespondencji.

4. KONTAKTY JAKO ZOBOWIĄZANIE

4.1. UWAGI OGÓLNE

Prawodawcy wielu krajów regulujący *expressis verbis* kontakty z dzieckiem zwykle eksponują uprawnienie. Kształtują prawo rodziców, prawo dziecka, ewentualnie prawo innych osób bliskich. Jednak wykonywanie tego specyficznego uprawnienia wymaga uczestnictwa osoby, z którą kontakt ma być pielęgnowany. Pojawić się zatem musi dość oczywiste pytanie czy i w jakim zakresie uprawnienia jednych korespondują z obowiązkami drugich.

Dodatkowo powstaje kwestia, która będzie jeszcze przedmiotem rozważań⁵⁶, ewentualnej dopuszczalności przymusowej egzekucji obowiązku. Warto już w tym miejscu zasygnalizować, że nie w każdej konfiguracji podmiotowej egzekucja obowiązku uważana jest za dopuszczalną np. na ogół jednak wykluczana jest przymusowa realizacja ciążącego na rodzicu obowiązku kontaktów Mimo to uchybienia w tej mierze nie są pozbawione doniosłości prawnej i to na obszarze całego prawa cywilnego. Zawinione

zaniechanie albo odmowa kontaktów stanowić może m.in. wystarczającą przesłankę wydziedziczenia (art. 1008 pkt 3 k.c.)⁵⁷ albo uzasadnić niegodność alimentowania (art. 144¹ k.r.o.).

4.2. OBOWIĄZEK DZIECKA

Obowiązek dziecka ciągle jeszcze zdecydowanie rzadko jest przedmiotem wyraźnej regulacji prawnej. Jest tak, mimo trudnej do przeoczenia tendencji obecnej od dłuższego już czasu zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze zagranicznej. Zapewne ze względu na pewną inercję ustawodawców krajowych, a w wielu przypadkach być może także z powodu braku wątpliwości w tym zakresie, zwykle nie przekłada się to na sformułowania ustawowe w zagranicznych porządkach prawnych.

W Niemczech przed reformą z 1997 r. powszechny i bezdyskusyjny był pogląd, zgodnie z którym dziecko uważane było za zobowiązane do kontaktów z uprawnionym rodzicem. Pewne wątpliwości pojawiły się jednak po 1 lipca 1998 r., a więc po wejściu w życie *Kindschaftsrechtsreformgesetz* z 1997 r. Nowa regulacja uwzględniła bowiem wypracowany przez judykaturę obowiązek rodziców (§ 1648 ust. 1 k.c.n.), nie zawierała natomiast analogicznych postanowień dotyczących zobowiązania dziecka. Dało to niektórym autorom asumpt do wniosku, że ustawodawca odrzucił dotychczasowe, zgodne stanowisko judykatury oraz doktryny⁵⁸. Zdecydowanie dominuje jednak przekonanie odmienne, nawiązujące do dawnych poglądów⁵⁹.

Także w Szwajcarii brak jest wyraźnej regulacji formułującej wprost obowiązek dziecka. Jednak można go wyprowadzić z innych regulacji pośrednio dotyczących relacji dziecka z uprawnionym rodzicem. Otóż, przepis art. 301 ust. 2 k.c.szw. nie pozostawia miejsca na wątpliwości w tym zakresie. Nakłada mianowicie na dziecko obowiązek posłuszeństwa rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską także w zakresie odbywania kontaktów z drugim z rodziców⁶⁰.

Obowiązek kontaktów z rodzicami nie został wyartykułowany w Konwencji o prawach dziecka⁶¹ ani też w ratyfikowanej przez Polskę Konwencji wileńskiej w sprawie kontaktów z dziećmi (podpisanej w Strasburgu w dniu 15 maja 2003 r.)⁶².

Pewnym ewenementem, w tym kontekście, jest jasne stanowisko ustawodawcy polskiego, *expressis verbis* nakładające na dziecko obowiązek styczności. Mianowicie w przepisie art. 113 § 1 k.r.o. (w jego nowym brzmieniu), prawodawca przesądził, że utrzymywanie kontaktów jest, nie tylko prawem, ale również obowiązkiem dziecka. Ujęcie styczności wyłącznie jako jego uprawnienia byłoby, jak wynika z oficjalnego uzasadnienia do projektu nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2008 r.⁶³, "nieuzasadnione m.in. z uwagi na to, że prawo rodziców nie miałoby tutaj swego odpowiednika w postaci obowiązku dziecka. Ten z kolei ma szczególne znaczenie w przypadku kontaktów ze starszymi dziećmi"⁶⁴.

Stanowisko ustawodawcy polskiego zasługuje na ostrożną aprobatę⁶⁵. Trzeba jednak pamiętać, że jest to obowiązek specyficzny, o charakterze rodzinnoprawnym, a więc przede wszystkim mieszczący się w granicach wyznaczonych dobrem dziecka.

Wyraźna regulacja obowiązku dziecka nie była wprawdzie niezbędna. Jednak jej istnienie ma swoje zalety.

Po pierwsze, umacnia niewątpliwie pozycję prawną rodzica uprawnionego do styczności. A był to przecież jeden z celów nowego unormowania. Podnosi w ten sposób poziom ochrony, do dawno już przyjętych w Europie, standardów. Rodzic uprawniony może bowiem, tym bardziej skutecznie, czynić użytek ze swego prawa, które nabiera w ten sposób jeszcze czytelniej kształtu roszczenia. Wbrew pozorom takiemu rozumieniu nie stoi na przeszkodzie spostrzeżenie, że prawo winien wykonywać przede wszystkim w interesie dziecka. Interes dziecka, polegający na zachowaniu kontaktów, będzie przecież tym bardziej chroniony, jeśli prawo uprawnionego rodzica będzie silniejsze. Oczywiście, również bez wyraźnej obecności "obowiązku dziecka" w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w pełni zasadnie można byłoby mówić o obowiązku dziecka, odpowiadającym wzajemnemu uprawnieniu rodzica. Trudno przecież posługiwać się kategorią prawa rodzica bez jednoczesnej akceptacji obowiązku po stronie dziecka. Jednak wyraźnie wyartykułowany obowiązek dziecka uwydatnia prawo rodzica.

Po drugie, pozytywna regulacja ma również i to znaczenie, że odbiera, jak można sądzić przynajmniej w jakimś stopniu skutecznie, ochotę bojkotowania kontaktów rodzicowi sprawującemu opiekę na co dzień. Sygnalizuje mu bowiem, że styczność jest nie tylko prawem, ale także obowiązkiem dziecka, a zatem, że powinna być realizowana także wówczas, gdy dziecko nie bardzo ma na nią ochotę. A skoro tak, to ewentualne zniechęcanie dziecka do drugiego rodzica, staje się mniej atrakcyjne.

Po trzecie, obowiązek dziecka jest też impulsem do wzmożenia działań pozwalających na przełamanie negatywnego nastawienia dziecka do kontaktów i to nie wyłącznie poprzez wymuszanie

bezpośrednio na rodzicu sprawującym pieczę zachowań sprzyjających wykonywaniu styczności. W razie nieskuteczności tych oddziaływań dopuszczalne i celowe mogłoby być także wdrożenie działań terapeutycznych w stosunku do samego dziecka a nakierowanych na zmianę jego nastawienia do kontaktów z rodzicem. Podstawę prawną mógłby stanowić przepis art. 109 k.r.o.⁶⁶ Nie sposób wprawdzie zaprzeczyć, że art. 109 k.r.o. ma na celu dyscyplinowanie rodziców a nie dziecka, co wynika już z treści § 1 tegoż przepisu, który stanowi że, "jeżeli dobro dziecka jest zagrożone sąd opiekuńczy wyda odpowiednie zarządzenie"⁶⁷. Nie oznacza to jednak, że zastosowanie terapii wobec dziecka nie może być środkiem dyscyplinowania rodzica, który nieprawidłowo sprawuje władzę rodzicielską i bojkotując kontakty albo też nie wpływając na dziecko godzi w dobro dziecka. Nieprawidłowo, gdyż wbrew obowiązкови, nie wpływa wychowawczo na dziecko, aby pozytywnie nastawić je do kontaktów⁶⁸.

Z uregulowaniem takim, a więc z nałożeniem także na dziecko obowiązku, wiąże się jednak pewne niebezpieczeństwo⁶⁹. Może ono mianowicie skłaniać sądy do marginalizowania albo wręcz odrzucenia istotnego czynnika jakim jest wola dziecka. Może bowiem powstać wrażenie, że skoro w obecnym stanie prawnym styczność z rodzicem jest obowiązkiem dziecka, to badanie oraz ewentualne ustalenie odmiennej woli dziecka jest pozbawione znaczenia. A przecież woli dziecka przypisywane jest w doktrynie zagranicznej istotne znaczenie, nawet jeśli, co do zasady, jej uwzględnienie nie powinno prowadzić do odrzucenia kontaktów⁷⁰. Stanowisko to jest w pełni aktualne również w świetle nowych uregulowań wprowadzonych do prawa polskiego w 2008 r. i wbrew pozorom da się pogodzić z istnieniem wyraźnie podkreślonego w ustawie obowiązku dziecka.

4.3. ZOBOWIĄZANIE RODZICA UPRAWNIONEGO DO KONTAKTÓW

W prawie szwajcarskim obowiązek uprawnionego do kontaktów rodzica nie został *expressis verbis* wyartykułowany. Mimo to z treści art. 272 k.c.szw., nakazującego dziecku i rodzicom wzajemny szacunek, jest powszechnie wywodzony⁷¹. W latach 70. XX wieku rozważano wprawdzie jego wyraźne uregulowanie w projektowanym art. 273 k.c.szw. Powszechnie było bowiem przekonanie, że pielęgnowanie osobistych kontaktów na ogół leży w interesie dziecka, a także odpowiada nakazowi wzajemnego szacunku w rozumieniu art. 472 k.c.szw. Mimo to rewizja kodeksu cywilnego z 1976 r. projektu tego nie uwzględniła. Również nowelizacja z 1998 r. stanu zasadniczo nie zmieniła. Istnienie obowiązku rodzica zostało jednak dość wyraźnie podkreślone poprzez wprowadzenie możliwości upomnienia rodzica, który szkodzi dziecku nie wykonując swego prawa do kontaktów (art. 273 ust. 2 k.c.szw.).

Podobnie we Francji brak jest wyraźnej regulacji prawnej formułującej obowiązek kontaktu. Również tu jest on, mimo to, powszechnie akceptowany zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze. Obowiązek rodzica wywodzony jest mianowicie z treści art. 371-2 k.c.fr. Przepis dotyczy władzy rodzicielskiej i obok przyznania rodzicom prawa jej sprawowania, nakłada na nich *expressis verbis* również obowiązek wykonywania tego prawa. Obowiązek ten rozciągany jest także na prawo do kontaktów służące rodzicom niesprawującym na co dzień opieki nad dzieckiem, które traktowane jest zatem jako *droit - fonction*, czyli swego rodzaju prawo-obowiązkowe⁷².

W Belgii jeszcze przed reformą z 1995 r., która wyraźnie sprawę przesądziła, nie było większych wątpliwości co do istnienia obowiązku rodziców⁷³. Uzasadniano go nieco inaczej niż we Francji. Mianowicie przepis art. 303 k.c.belg. przyznaje rodzicom niesprawującym na co dzień opieki nad dzieckiem prawo i powinność czuwania nad sposobem sprawowania władzy przez drugiego rodzica. Powszechnie jest przy tym stanowisko, że efektywny nadzór nie byłby jednak możliwy bez regularnych kontaktów z dzieckiem.

Z kolei w Niemczech sprawa została przez ustawodawcę wyraźnie przesądzona w 1997 r. Stosownie do treści § 1684 ust. 1 k.c.n. każdy z rodziców jest uprawniony i zobowiązany do kontaktów z dzieckiem.

Również polski ustawodawca regulując w 2008 r. kontakty z dzieckiem *expressis verbis* nałożył na rodziców obowiązek utrzymywania kontaktów z dziećmi (art. 113 k.r.o.).

4.4. SPÓR O *RATIO LEGIS* OBOWIĄZKU RODZICÓW

Wprawdzie w piśmiennictwie, zarówno polskim jak i zagranicznym, generalna konstatacja, że prawo do kontaktów służy dobru dziecka nie jest poddawana w wątpliwość. Jednocześnie jednak trudno byłoby zaprzeczyć temu, że w konkretnym przypadku, wobec występujących pomiędzy rodzicami poważnych napięć, ocena mogłaby wypaść odmiennie. Mimo to ustawodawcy - w tym od niedawna również prawodawca polski - na ogół, o czym była już mowa, odwołują się do rodzicielskiego obowiązku kontaktu. Pojawić się zatem musi pytanie o powody.

Prima facie odpowiedź nie nastęcza trudności. Płyne już z samej konstrukcji uprawnienia do styczności. Skoro bowiem dziecku służy prawo do kontaktu z rodzicem, to na nim z kolei musi ciążyć odpowiadający prawu dziecka obowiązek. Jednak w piśmiennictwie zagranicznym dość zdecydowanie odrzuca się przymusową jego egzekucję⁷⁴. Konstrukcja przeciwstawienia uprawnieniu obowiązkowi nie może być zatem uznana za właściwą, a w szczególności wystarczającą, wyjaśnienie.

Rzeczywistym powodem wyartykułowania obowiązku rodzica jest niemal powszechnie wskazywana w piśmiennictwie zagranicznym funkcja sygnalizacyjna (*Signalwirkung*). Klarowne stanowisko prawodawcy na korzyść kontaktów, podkreślone wyraźnym nałożeniem obowiązku, ma dawać zainteresowanemu czytelny sygnał, że naruszeniem swej powinności szkodzi dziecku⁷⁵. Także dziecku obowiązek ten ma uzmysławiać, że kontakt z rodzicem niesprawującym na co dzień opieki jest korzystny dla jego prawidłowego rozwoju⁷⁶.

W piśmiennictwie zagranicznym przywoływany jest również dodatkowy, bardziej praktyczny aspekt rodzicielskiego obowiązku kontaktu. Mianowicie obok ogólnego powinnościowego charakteru kontaktu dostrzegana jest także bardziej szczegółowa jego postać polegająca na obowiązku terminowego i punktualnego odbywania spotkań. Słusznie wskazuje się na to, że niefrasobliwość w tym zakresie, a w szczególności odwoływanie spotkań, może mieć traumatyzujące skutki dla dziecka⁷⁷. Zwraca się także uwagę na niedopuszczalność takich praktyk w kontekście interesów rodzica sprawującego opiekę na co dzień⁷⁸.

Osobliwie wyraźnie ten szczególny aspekt obowiązku kontaktu zarysował się w judykaturze francuskiej. Wychodzi się tutaj z założenia, że uprawniony do kontaktu rodzic ma swe prawo wykonywać szczególnie spolegliwie. Jeśli zatem spóźnia się i nie wykonuje go w pierwszym dniu przyznanych mu wakacji albo pierwszej godzinie zwykłego (codziennego) kontaktu pozawakacyjnego, uważa się że zrezygnował z pozostałej jego części⁷⁹. Jeśli z kolei nie odprowadzi dziecka umówionego dnia i o ustalonej godzinie po zakończeniu spotkania - traci prawo do kontaktu na sześć miesięcy⁸⁰. Podstawy prawnej upatruje się w szerokiej wykładni art. 373 - 3 k.c.fr. dotyczącego wprost zawieszenia władzy rodzicielskiej.

Szczególnie rygorystyczne podejście judykatury francuskiej może nasuwać wątpliwość co do rzeczywistych jego motywów. Wydaje się, że w większym stopniu chodzi tu o wymuszenie szacunku dla prawa, w mniejszym natomiast o dobro konkretnego dziecka. Z tego powodu stanowisko to spotyka się z pewną krytyką⁸¹. Kierunek poszukiwań jest oczywiście aprobowany. Trudno przecież przeoczyć, że kontakty są szczególnie cenne dla wszystkich zainteresowanych właśnie wtedy, gdy odbywają się w atmosferze harmonii, terminowości, punktualności oraz wzajemnego zaufania.

4.5. OBOWIĄZEK RODZICA SPRAWUJĄCEGO PIECZĘ NA CO DZIEŃ UMOŻLIWIENIA KONTAKTU DRUGIEMU RODZICOWI

4.5.1. JURYDYCZNA KONSTRUKCJA OBOWIĄZKU

Istnienie obowiązku rodzica wychowującego dziecko na co dzień umożliwienia drugiemu rodzicowi, lub innemu uprawnionemu kontaktowi, wydaje się oczywiste i nie może być rozsądnie kwestionowane. Problem, oraz zasygnalizowane pozytywne stanowisko, jest mocno eksponowany w zagranicznym piśmiennictwie rodzinnoprawnym. Trudno bowiem przecenić nie tylko teoretyczne, ale w szczególności jego praktyczne znaczenie.

Już spostrzeżenie, że uprawnionemu do kontaktu rodzicowi służy prawo w postaci roszczenia, wskazuje na konieczność istnienia odpowiadającego mu obowiązku rodzica (lub innej osoby) sprawującego pieczę nad dzieckiem na co dzień umożliwienia kontaktu. Jedynie *prima facie* stwierdzenie to może wydać się nieściśle albo wręcz błędne. Nie wywołuje wątpliwości, gdy przyjrzeć się mu bliżej. Wprawdzie rzeczywiście uprawnieniu rodzica niesprawującego opieki nad dzieckiem na co dzień odpowiada nie tyle obowiązek drugiego rodzica, co raczej powinność dziecka uczestniczenia w kontaktach. Jednak jako że dziecko jest niesamodzielne i podlega władzy rodzica, z którym jest na co dzień, a ten ma ją wykonywać dla dobra dziecka, nieunikniony musi być wniosek, że rodzic ten ma obowiązek umożliwienia kontaktu. Styczność przecież leży w interesie dziecka i służy jego dobru.

W literaturze zagranicznej stanowisko, zgodnie z którym obok obowiązku kontaktu ciążącego na uprawnionym rodzicu, występuje powinność rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem na co dzień polegająca na umożliwieniu kontaktów, można uznać za powszechne i to niezależnie od tego, czy w konkretnym systemie prawnym znajdują się regulacje *expressis verbis* odnoszące się do tej kwestii, czy

też nie⁸².

Szczególnie interesujące w tym kontekście wydaje się rozwiązanie funkcjonujące w prawie niemieckim. Warto zatem poświęcić mu więcej uwagi, tym bardziej, że mimo braku wyraźnej regulacji zagadnienia w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, poglądy prezentowane w doktrynie niemieckiej zachowują walor z perspektywy prawa polskiego.

4.5.2. OBOWIĄZEK LOJALNOŚCI (*LOYALITÄTSVERPFLICHTUNG*) W PRAWIE NIEMIECKIM

W prawie niemieckim powinność umożliwienia kontaktów znajduje wyraźne oparcie w przepisie § 1684 ust. 2 k.c.n. Nakazuje on rodzicom zaniechanie wszelkich zachowań, które pogarszają relację dziecka z drugim rodzicem, albo utrudniają wychowanie (*Loyalitätsverpflichtung*)⁸³. Celem tej regulacji jest zapobieżenie kontynuowaniu sporów między rodzicami prowadzonych za pośrednictwem dziecka oraz jego kosztem⁸⁴. Przy tym, co ciekawe i ważne, chodzi nie tylko o obowiązek zaniechania podejmowania określonych zachowań, ale też o pozytywne działania. A więc także o aktywne wspieranie przeprowadzania kontaktu⁸⁵.

W świetle prawa niemieckiego, a w szczególności poglądów wypracowanych w doktrynie oraz judykaturze, obowiązek umożliwienia kontaktu oznacza zakaz blokowania osobistej styczności z drugim rodzicem oraz zniechęcania dziecka do niego⁸⁶; takie kierowanie własnymi negatywnymi emocjami względem drugiego rodzica, aby dziecko nie popadało w konflikt lojalności; wspieranie oraz pozytywne stymulowanie gotowości dziecka do kontaktu z uprawnionym rodzicem; podejmowanie odpowiednich środków wychowawczych w celu przełamania ewentualnych obaw i oporów dziecka⁸⁷.

W orzecznictwie sądów niemieckich wielką wagę przykładają się również do zewnętrznych przejawów aktywności w tym zakresie. Wskazuje się tu w szczególności: punktualne przygotowywanie dziecka do odbioru przez rodzica uprawnionego⁸⁸; osobiste otwieranie drzwi, gdy uprawniony przybył po dziecko; przy większych odległościach dzielących miejsca zamieszkania uprawnionego i dziecka - odwożenie na lotnisko i odbieranie dziecka z lotniska na własny koszt⁸⁹ (choć, co do zasady, o czym będzie jeszcze mowa⁹⁰, zarówno obowiązek, jak i koszty odbioru dziecka obciążają uprawnionego rodzica). Wyższy Sąd Krajowy (OLG) Brandenburg orzekł nawet, co zresztą spotkało się z aprobatą w doktrynie⁹¹, że jeśli dziecko wyjątkowo powinno być dostarczone do uprawnionego, rodzic odprowadzający nie powinien ograniczyć się do zatrzymania samochodu przed domem uprawnionego, aby nie dawać tym samym dziecku pośredniego sygnału, że lekceważy kontakty⁹².

Obowiązek umożliwienia kontaktu z dzieckiem może, w konkretnych okolicznościach sprawy, wykluczać **emigrację** rodzica sprawującego opiekę nad dzieckiem. Będzie o tym mowa w dalszych rozważaniach⁹³.

Warto zasygnalizować, że naruszenia obowiązku umożliwienia kontaktu mogą, w prawie niemieckim, prowadzić nie tylko do interwencji sądu rodzinnego dotyczącej sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej łącznie z jej pozbawieniem, ale też powodować następstwa w zakresie uprawnienia do porozwodowych alimentów po stronie rodzica naruszającego⁹⁴.

4.5.3. EMIGRACJA JAKO NARUSZENIE OBOWIĄZKU LOJALNOŚCI

Punktem wyjścia do rozważenia kwestii wpływu emigracji na byt, kształt prawa do kontaktów oraz w szczególności naruszenie obowiązku lojalności rodziców, warto uczynić tezę prezentowaną w dawniejszym piśmiennictwie niemieckim, o przewadze władzy rodzicielskiej nad prawem do kontaktów. Obecnie nie jest ona kwestionowana jedynie, gdy chodzi o wychowanie oraz bezpieczeństwo dziecka. Zatem, dla przykładu, uprawniony do kontaktów ojciec powinien bezwzględnie respektować wolę sprawującej władzę rodzicielską matki, aby dziecko nie jeździło z ojcem motocyklem⁹⁵. Zdecydowanie rzadko występuje jednak w wariantach maksymalnych.

Teza o przewadze władzy rodzicielskiej nad kontaktami skłaniała niektórych autorów niemieckich do wniosku, że również w przypadku emigracji rodzica sprawującego opiekę nad dzieckiem prawo do kontaktów jako słabsze musi ustąpić. Ich zdaniem, uprawnionemu do styczności pozostawało wówczas jedynie domaganie się ewentualnej zmiany orzeczenia w kwestii władzy rodzicielskiej. Przy tym związane z emigracją utrudnienia, a nawet uniemożliwienie kontaktów, nie dawały wystarczającego ku temu powodu⁹⁶. Konieczne były okoliczności dodatkowe. Również orzecznictwo, w tym także Sąd Najwyższy RFN (BGH), niejednokrotnie odwoływało się do tej właśnie koncepcji⁹⁷ przyznając każdemu z rodziców prawo do swobodnego wyboru - po rozwodzie - swego miejsca zamieszkania.

Stanowisko to zostało już, w moim przekonaniu słusznie, odrzucone przez większość autorów i

znaczną część judykatury niemieckiej. Trafnie zwraca się uwagę na to, że nie da się ono pogodzić nie tylko z niemiecką regulacją prawa do kontaktów (§ 1684 ust. 1 k.c.n.), ale też z postanowieniami art. 8 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Oba akty prawne kształtują bowiem prawo do kontaktów jako uprawnienie dziecka do kontaktu z obojgiem rodziców, a także jako prawo i obowiązek każdego z rodziców⁹⁸. Dodatkowo zwraca się uwagę na to, że konstytucja niemiecka jednakowo chroni władzę rodzicielską i prawo do kontaktów (art. 6 ust. 2 Konstytucji niemieckiej). W związku z tym prawo rodzica sprawującego opiekę nad dzieckiem do określania miejsca jego zamieszkania (§ 1631 ust. 1 k.c.n.) może mieć przewagę nad prawem drugiego rodzica do kontaktu z dzieckiem jedynie wówczas, gdy przeprowadzka usprawiedliwiona jest ważnymi powodami (*triftige Gründe*)⁹⁹. Muszą one być poważniejsze niż interes dziecka oraz uprawnionego polegający na dalszym niezakończonym pielęgnowaniu wzajemnych kontaktów. Przyjmuje się na ogół, że tak właśnie jest, jeśli z jednej strony w nowym kraju można oczekiwać polepszenia warunków materialnych emigrujących, z drugiej zaś jeśli dziecko nie wykazuje zainteresowania kontaktami z rodzicem pozostającym w kraju¹⁰⁰. O wadze powodów emigracji orzekać ma, w razie sporu rodziców, sąd rodzinny na podstawie § 1631 ust. 3 k.c.n. dotyczącego ingerencji sądu w związku ze sprawowaniem władzy rodzicielskiej¹⁰¹.

Dla przykładu, naruszenie obowiązku lojalności stwierdził sąd w Oldenburgu wobec nieuzasadnionej szczególnymi powodami emigracji do Australii uniemożliwiającej *de facto* dalsze kontakty z drugim rodzicem¹⁰². Zgoda panuje co do tego, że przenosiny, w szczególności za ocean, podjęte właśnie w celu uniemożliwienia kontaktu z drugim rodzicem są niedopuszczalne i muszą mieć wpływ na uregulowanie w zakresie władzy rodzicielskiej¹⁰³. Nie ma także wątpliwości co do tego, że zwykle niedogodności związane z emigracją za granicę (bliską) na ogół nie stanowią naruszenia obowiązku lojalności rodziców. Tak orzekł m.in. Federalny Sąd Najwyższy (BGH) w przypadku przeprowadzki do Włoch¹⁰⁴ oraz sąd w Kolonii wobec emigracji do Hiszpanii¹⁰⁵.

Jeśli okaże się, że brak było ważnych powodów emigracji, albo wręcz przeprowadzka miała na celu utrudnienie kontaktów, potwierdzić należy złamanie obowiązku lojalności ze wszystkimi wynikającymi z tego dalszymi konsekwencjami.

W judykaturze sądów polskich problem jak dotąd nie zaistniał. Nie był również przedmiotem zainteresowania doktryny. Rozwiązanie wypracowane w Niemczech w pełni odpowiada aktualnym stosunkom społecznym panującym w Polsce. Zasadę uzależnienia skutków prawnych emigracji od istnienia ważnych powodów należałoby zatem w pełni poprzeć również na gruncie prawa polskiego.

4.6. BRAK OBOWIĄZKU PO STRONIE INNYCH OSÓB BLISKICH

O ile kontakt z rodzicami *ex definitione* traktowany jest jako służący dobru dziecka - stąd rodzice uzyskują swe uprawnienie bez uprzedniego badania *in casu* tej relacji - a ustawodawca obciąża ich obowiązkiem styczości, gdyż przecież leży ona w interesie dziecka, o tyle słabość uprawnienia bliskich osób trzecich rodzic musi uzasadnione pytanie o ewentualną powinność również tych osób¹⁰⁶. Pytanie to jest w pełni aktualne także na tle prawa polskiego, które wprawdzie zawiera dość osobliwą regulację uprawnień osób trzecich, jednak również tu nie może być wątpliwości, że chodzi o ich osłabienie.

W piśmiennictwie niemieckim panuje zgoda co do tego, że inaczej niż rodzice, inne osoby wyraźnie wskazane w § 1685 ust. 1 i 2 k.c.n. a więc dziadkowie, rodzeństwo oraz pozostałe osoby bliskie, którym służy prawo do styczości z dzieckiem, nie są jednocześnie obciążone **obowiązkiem** kontaktu¹⁰⁷. Ważnym argumentem na rzecz tej tezy jest tu trafne spostrzeżenie, że wymuszony kontakt byłby wykonywany jedynie formalnie, a co za tym idzie nie służyłby dobru dziecka. Natomiast w prawie niemieckim właśnie dobro dziecka jest konstytutywną przesłanką przyznania uprawnienia dalszym, poza rodzicami i samym dzieckiem, osobom. Nie sposób byłoby zatem wyobrazić sobie również obowiązku tych osób, wykonywania kontaktu, który nie służyłoby dobru dziecka.

Do takiego wniosku prowadzi także spostrzeżenie, że nie do pomyślenia byłaby sytuacja, w której osoby z kręgu bliskich wymienionych w § 1685 k.c.n. byłyby jedynie zobowiązane, same zaś nie posiadały własnego silnego uprawnienia do domagania się ustanowienia kontaktu. Nie można ich przecież redukować jedynie do roli przedmiotów kontaktu.

Przeciwko obowiązkowi dalszych osób bliskich przemawia także juretryczna konstrukcja prawa dziecka do styczości. Otóż w prawie niemieckim dziecku nie służy własne prawo podmiotowe do kontaktu z osobami bliskimi wskazanymi w § 1685 k.c.n. Uprawnienie przyznane zostało dziecku wyłącznie w relacji z rodzicami. Skoro więc po stronie dziecka brak jest prawa, z którego mogłoby czynić użytek przed sądem, to nie może być również mowy o odpowiadającym mu obowiązku innych osób. Na osobach tych nie ciąży zatem powinność kontaktu.

Do analogicznych wniosków należałoby dojść na tle regulacji obowiązujących w Polsce. Prawo pozostałych osób bliskich, tj. rodzeństwa, dziadków, powinowatych w linii prostej, a także innych osób, jeżeli sprawowały przez dłuższy czas pieczę nad dzieckiem, uregulowane zostało w art. 113⁶ k.r.o. Wprawdzie ich uprawnienie nie jest wprost uzależnione od zgodności z dobrem dziecka, jednak nakaz jedynie odpowiedniego stosowania pozwala przyjąć, że takie ograniczenie aktualne jest również w obowiązującym prawie polskim¹⁰⁸. A zatem, że uprawnienie powstaje o ile zgodne jest z dobrem dziecka. A skoro tak, to w pełni aktualna jest dalsza argumentacja wypracowana w doktrynie niemieckiej.

Dlatego też, także z perspektywy prawa polskiego, nie może być mowy o obowiązku styczności obciążającym inne, niż rodzice oraz dziecko, osoby. Również w świetle Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie byłoby zatem dopuszczalne żądanie dziecka ustanowienia przymusowych kontaktów z innymi osobami bliskimi wymienionymi w treści art. 113⁶ k.r.o.

Inna rzecz, że jeśli sąd ustanowiłby już kontakt z tymi osobami - oceniając, na ich żądanie, wartość relacji osobistych dziecka z tymi osobami jako odpowiadającą dobru dziecka, czyli innymi słowy przyznając im prawo do kontaktu - to taka decyzja nie mogłaby pozostać całkiem bez znaczenia dla analizowanej kwestii. Wtedy, wydaje się, że o obowiązku takim można byłoby mówić, ale jednak wyłącznie w pewnym sensie, mówić. Chodziłoby mianowicie o powinność punktualnego i terminowego wykonywania prawa przez uprawnioną osobę bliską. Jego naruszenie mogłoby się łączyć z ryzykiem utraty prawa do kontaktu z dzieckiem.

ROZDZIAŁ VI

KSZTAŁTOWANIE TREŚCI PRAWA DO KONTAKTÓW

1. UMOWNY I SĄDOWY SPOSÓB KSZTAŁTOWANIA STYCZNOŚCI

Prawo rodzica do styczności z dzieckiem, podobnie jak obowiązek alimentacyjny, powstaje z mocy prawa. Jednak również tutaj istotną rolę odgrywa wyraźne ukształtowanie jego treści.

W literaturze niemieckiej wyróżniane są dwie lub ewentualnie trzy fazy istotne z punktu widzenia kształtowania treści kontaktów¹. Chodzi mianowicie o: 1) czas przed sądową lub umowną konkretyzacją treści prawa do styczności oraz 2) okres następujący po porozumieniu pomiędzy rodzicem sprawującym władzę rodzicielską oraz uprawnionym do kontaktów albo też po sądowym uregulowaniu styczności. Ponieważ po umownym ustaleniu może jeszcze w razie potrzeby dojść do regulacji sądowej, niektórzy autorzy wyróżniają trzy, dość istotnie różniące się sytuacją prawną, fazy.

Rozważania w następnych punktach podporządkowane będą tej właśnie klasyfikacji. W dalszej kolejności zostaną natomiast przybliżone najważniejsze reguły wypracowane przez sądy zagraniczne w związku z sądowym kształtowaniem treści prawa do styczności.

2. SPÓR O SAMODZIELNE PRAWO RODZICA WYCHOWUJĄCEGO DO KSZTAŁTOWANIA TREŚCI STYCZNOŚCI PRZED JEJ SĄDOWYM LUB UMOWNYM UREGULOWANIEM

2.1. STANOWISKO DOKTRYNY I JUDYKATURY NIEMIECKIEJ

Jeśli oboje rodzice nie porozumieli się jeszcze co do ukształtowania treści prawa do kontaktów z dzieckiem, a brak jest rozstrzygnięcia sądowego w tej sprawie, pojawia się interesująca, nie tylko z praktycznego punktu widzenia, kwestia. Chodzi mianowicie o to, czy rodzic sprawujący władzę rodzicielską ma w takiej sytuacji prawo **samodzielnie**, a więc wyłącznie według swego uznania, kształtować kontakt.

Sprawa nie była oczywista. W Niemczech początkowo nawet Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*) prezentował stanowisko, że tak właśnie jest². A więc, że w okresie tym rodzicowi sprawującemu pieczę nad dzieckiem służy uprawnienie do samodzielnego określania sposobów wykonywania prawa do kontaktów. Sąd zastrzegał jedynie, że rodzic ten nie może podejmować środków w nadmierny sposób utrudniających, lub w ogóle czyniących niemożliwym, kontakt z dzieckiem. Stanowiłoby to niedopuszczalne nadużycie władzy rodzicielskiej³. Również w literaturze niemieckiej ścierały się przez jakiś czas przeciwstawne poglądy. Ostatecznie zwyciężyło, aktualne również w świetle rozwiązań przyjętych przez prawodawcę polskiego, zapatrywanie że prawo do samodzielnego kształtowania treści do styczności nie służy rodzicowi wychowującemu dziecko⁴.

Po pierwsze, zwrócono uwagę na to, że zarówno władza rodzicielska, jak i rodzicielskie prawo do styczności z dzieckiem wywodzą się z naturalnego prawa rodzicielskiego. Żadnemu z nich nie może być przyznane pierwszeństwo⁵. Oboje rodzice muszą respektować prawo drugiego. A zatem prawo do styczności nie może być, również w tym okresie, uzależnione wyłącznie od uznania jednego z nich.

Po drugie, przeciwne stanowisko musiałoby prowadzić do pogłębienia, i tak już zwykle istniejących, napięć między rodzicami. Rodzic sprawujący władzę rodzicielską uzyskiwałby bowiem pozycję pozwalającą mu przez drobne nakazy i zakazy na bieżąco arbitralnie kształtować prawo drugiego rodzica, co musiałoby nieuchronnie wywoływać frustrację uprawnionego.

W związku z tym, obecnie niemal powszechnie wyklucza się uprawnienie rodzica wychowującego dziecko do dowolnego kształtowania ram kontaktów.

Odpowiedź ta z praktycznego punktu widzenia niewiele jednak daje. Nasuwa się bowiem dalsze pytanie kto i jak ma zatem decydować o styczności drugiego rodzica w tym czasie.

Otóż, obecnie zdecydowanie dominujące wydaje się przekonanie, że należy to wprawdzie do rodzica sprawującego władzę rodzicielską, co wynika z jego obowiązku wychowania dziecka. Nie chodzi jednak o prawo do dowolnego kształtowania styczności. Rodzic wychowujący dziecko musi kierować się zarówno nakazem jego dobra - tak ma przecież sprawować władzę rodzicielską - jak i regulacjami prawnymi dotyczącymi prawa do kontaktów i wyznaczającymi jego ramy. Innymi słowy, musi umożliwić styczność z dzieckiem odpowiadającą generalnym zasadom przyznawania kontaktu⁶. Poza tym w piśmiennictwie zawęża się prawo do decydowania o ukształtowaniu styczności wyłącznie do okoliczności naruszających sferę rodzica sprawującego pieczę; chodzi m.in. o termin i czas trwania odwiedzin, miejsce odebrania dziecka. Nie mieści się tu natomiast prawo określania miejsca i sposobu spędzenia czasu przez rodzica uprawnionego i dziecko, obecności osób trzecich podczas odwiedzin i innych spraw należących do wyłącznej sfery rodzica uprawnionego, a niedotykających bezpośrednio praw rodzica wychowującego dziecko⁷.

2.2. SYTUACJA W PRAWIE POLSKIM

Prima facie sprawa samodzielnego decydowania o kontaktach przez rodzica sprawującego pieczę wydaje się nie być aktualna w świetle rozwiązań przyjętych w polskim kodeksie rodzinnym i opiekuńczym.

Do takiego wniosku może skłaniać regulacja art. 58 k.r.o. nakładająca na sąd obowiązek orzeczenia o kontaktach z dzieckiem w wyroku rozwodowym, oraz art. 113¹ k.r.o. stanowiącego, że sposób utrzymywania kontaktów rodzice określają wspólnie, a w braku porozumienia rozstrzyga sąd opiekuńczy. Z pierwszego uregulowania, ograniczającego się do rodziców małżeńskich, wynika, że rozwiedzeni rodzice posiadający dzieci zawsze będą dysponowali orzeczeniem sądowym dotyczącym kwestii styczności z dzieckiem; tu jednak pojawia się natychmiast refleksja, że prawo do kontaktów służy również rodzicowi nierozwiedzionemu⁸ ale np. pozostającemu w separacji faktycznej. Z drugiego natomiast, że o styczności rodzice - zarówno małżeńscy, jak i pozamałżeńscy - decydują wspólnie. A zatem, że w każdej sytuacji, w której nie ma orzeczenia sądowego mają decydować wspólnie.

W praktyce jednak bojkotujący styczność z dzieckiem rodzic wyklucza współdecydowanie, a uprawniony do styczności nierzadko, z różnych zresztą powodów, nie decyduje się na wytoczenie powództwa prowadzącego do sądowego uregulowania kontaktów. Czy należy wówczas przyjąć, że aż do sądowego uregulowania rodzic bojkotujący skutecznie, gdyż do porozumienia nie dochodzi, może samodzielnie, a zatem wyłącznie według swego uznania, kształtować kontakty albo też w ogóle je wykluczać?

Wydaje się, iż w sytuacji w pewnym sensie "przedporozumieniowej" należy, podobnie jak w Niemczech, zaakceptować jedynie ograniczone prawo rodzica sprawującego władzę rodzicielską do jednostronnego decydowania. Ograniczone czyli nie dowolne. A zatem rodzic ten powinien umożliwić kontakt z dzieckiem odpowiadający generalnym regułom dotyczącym przyznawania kontaktu.

Oczywiście, można byłoby upierać się i obstawać przy tym, że w świetle rozwiązań przyjętych przez prawodawcę polskiego, nie ma żadnej fazy "przedporozumieniowej". Że zawsze przed ewentualnym uregulowaniem styczności przez sąd kontakty ustalane są, albo raczej mają być, przez rodziców wspólnie. A jeśli w rzeczywistości nie są, to pozostaje jedynie droga sądowa. Dla takiej wykładni można byłoby znaleźć pewne oparcie w treści art. 113¹ k.r.o.

Jednak rozumienie takie byłoby nie tylko zdecydowanie mniej korzystne dla uprawnionego do styczności gdyż słabiej chroniłoby jego prawo, a także nie uwzględniałoby faktu, że do porozumienia może nie dojść nie tylko ze względu na złą wolę rodzica sprawującego pieczę, ale też z powodu nieusprawiedliwionych (nadmiernych) żądań uprawnionego. Należy odrzucić ją przynajmniej z dwóch

jeszcze powodów.

Otóż po pierwsze, przy prawie do kontaktów z dzieckiem chodzi o uprawnienia powstające *ex lege*, nie zaś dopiero przyznawane przez sąd lub w drodze porozumienia między rodzicami. Chodzi o prawo podmiotowe istniejące obiektywnie. A zatem również wówczas, gdy brak jeszcze porozumienia rodzicielskiego lub regulacji sądowej. Koncepcja ograniczonego decydowania rodzica sprawującego władzę pozwala zachować od samego początku zgodność z istniejącym obiektywnie (*ex lege*) prawem, które rodzic ten musi respektować w swoich decyzjach, zapewniając przynajmniej to minimum, które z reguły jest zapewniane.

Po drugie, przy takim rozumieniu nie można byłoby w ogóle mówić o naruszeniu prawa do styczności przed jego umownym lub sądowym uregulowaniem. To z kolei wykluczałoby jego ochronę w fazie "przedporozumieniowej", a więc np. dochodzenie ewentualnych roszczeń odszkodowawczych.

3. POROZUMIENIE RODZICÓW W SPRAWIE UKSZTAŁTOWANIA KONTAKTÓW

Rodzice są w pierwszej kolejności upoważnieni do ukształtowania sposobu styczności z dzieckiem. Taka reguła przyjęta jest w zagranicznych porządkach prawnych⁹; obowiązuje również w świetle rozwiązań przyjętych przez prawodawcę polskiego.

W prawie polskim wynika ona *expressis verbis* zarówno z treści art. 58 k.r.o. wskazującego, że sąd uwzględnia, nie zaś, że może uwzględnić porozumienie małżonków w sprawie utrzymywania kontaktów, jak i w szczególności z generalnej normy wyrażonej w art. 113¹ § 1 k.r.o. Ten ostatni przepis nie może pozostawiać wątpliwości, że sąd ustala sposób styczności dopiero w drugiej kolejności, a więc wówczas, gdy brak jest porozumienia rodziców.

Ponieważ przepis art. 113¹ § 1 k.r.o. znajduje odpowiednie zastosowanie również w przypadku kontaktów dziecka z innymi uprawnionymi (z mocy art. 113⁶ k.r.o.), także porozumienie rodzica z tymi osobami ma priorytet przed regulacją sądową.

Porozumienie rodziców nie wymaga zachowania szczególnej formy. Można spierać się co do tego, czy chodzi tu w ogóle o czynność prawną. Bez rozwijania wątku należy opowiedzieć się za taką właśnie oceną¹⁰.

Wprawdzie porozumienie rodziców może być i powinno być - w związku z postępowaniem rozwodowym - przedłożone sądowi i stać się w ten sposób częścią regulacji sądowej a więc uzyskać jej moc, jednak prawo polskie nie przewiduje generalnej reguły zatwierdzania uzgodnień rodzicielskich przez sąd¹¹.

W literaturze zagranicznej rozważane są dwa, istotne również z perspektywy prawa polskiego, zagadnienia związane z porozumieniem rodzicielskim.

Chodzi po pierwsze o to, czy zawarte już porozumienie rodzicielskie wywołuje skutek w postaci związania sądu jego treścią. Bowiernie jeśli tak, to należałoby pogodzić się z tym, że sąd nie mógłby zmienić uregulowania, jeśli nie zagraża ono dobru dziecka.

W piśmiennictwie niemieckim sprawa długo wywoływała spory. Początkowo prezentowane było stanowisko, znajdujące pewne oparcie w dawnej redakcji przepisów kodeksu cywilnego (chodziło głównie o § 1671 ust. 3 k.c.n. dotyczący kwestii władzy rodzicielskiej stosowany tu wyłącznie w drodze analogii), zgodnie z którym sąd mógł odstąpić od kształtu uregulowań przyjętego przez rodziców jedynie wówczas, gdy: 1) przemawiały za tym ważne powody dobra dziecka lub 2) porozumieniu sprzeciwiało się dziecko, które ukończyło już 14 lat¹². Przeciwnicy takiego podejścia zarzucali z kolei, że nie uwzględnia ono tego, że państwo - tutaj występujące w postaci sądu rodzinnego kształtującego prawo do styczności - przy wykonywaniu swych konstytucyjnych funkcji "stróża" powinno kierować się wyłącznie dobrem dziecka. Dlatego też, ich zdaniem, sąd nie mógł być związany porozumieniem rodziców i powinien znaleźć rozwiązanie najlepiej odpowiadające dobru dziecka¹³.

Obecnie dominujące jest przekonanie, że związanie sądu porozumieniem rodziców należy odrzucić¹⁴.

Za związaniem sądu, jednak dość ograniczonym, w świetle polskiego porządku rodzinnoprawnego szczególnie wyraźnie przemawia, w moim przekonaniu, upoważnienie zawarte w przepisie art. 113² k.r.o. Pozwała ono wprawdzie na sądowe ograniczenie utrzymywania kontaktów z urzędem, ale jedynie wówczas, gdy: wymaga tego dobro dziecka. Podobnie z treści art. 58 k.r.o. wynika, że sąd uwzględnia porozumienie rodziców, czyli nie ma tu swobody, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dziecka¹⁵. Jeśli zatem rodzice zaproponują rozwiązanie odpowiadające dobru dziecka, a sąd chciałby przyjąć inne jedynie równie dobre dla dziecka, to jest jednak związany wolą rodziców. Zmiana porozumienia rodzicielskiego uwarunkowana byłaby jednak tym, że wymaga tego dobro dziecka.

Z kolei druga sprawa, to kwestia ewentualnego związania samych stron, a więc umawiających się rodziców, treścią zawartego porozumienia. Nie budzi oczywiście wątpliwości dopuszczalność jego wspólnego zrewidowania i odmiennego ukształtowania przez oboje rodziców, w granicach wyznaczonych dobrem dziecka. Wniosek ten rozciąga się w takim samym stopniu na porozumienie pozasądowe, jak i na zatwierdzone przez sąd (a oprócz tego, w moim przekonaniu, także na reguły kontaktu określone samodzielnie przez sąd w wyroku). Nie jest natomiast jasne, czy mogą one, i ewentualnie pod jakimi warunkami, jednostronnie zerwać porozumienie. W piśmiennictwie prezentowane są dwa stanowiska.

Z jednej strony, nie bez racji wskazuje się, że dla zabezpieczenia z tego punktu widzenia interesów dziecka wystarczające, ale też konieczne jest zapewnienie stabilności i ciągłości styczności z rodzicem. W rezultacie część autorów dochodzi do wniosku o niedopuszczalności jednostronnego wypowiedzenia porozumienia¹⁶. Natomiast z drugiej strony, słusznie wskazuje się na to, że skoro warunki zewnętrzne zmieniają się nieraz dynamicznie, zmianie ulegać może a nawet powinno również wyobrażenie rodzica na temat potrzeb dziecka. Ma to przemawiać za dopuszczeniem jednostronnego wypowiedzenia porozumienia, jeśli zachodzą ważne powody¹⁷.

Ze względu na nowość regulacji polskiej wskazującej na dopuszczalność porozumienia rodzicielskiego dotyczącego sposobu wykonywania styczności, sprawa nie była jeszcze przedmiotem dyskusji w doktrynie polskiej¹⁸. Wydaje się to jednak jedynie kwestią czasu. Podobnie jak w judykaturze zagranicznej możliwa byłaby obrona obu przeciwstawnych stanowisk.

Uwzględnivszy specyfikę prawa rodzinnego na tle całego prawa cywilnego, należałoby jednak opowiedzieć się za brakiem związania wówczas, gdy za zmianą przemawiają ważne powody np. zmiana miejsca zamieszkania lub innych istotnych okoliczności życiowych, a w okolicznościach sprawy nie można było wymagać oczekiwania na mało elastyczną reakcję sądu. Natomiast trzeba byłoby odrzucić możliwość jednostronnego, dowolnego odstąpienia od porozumienia, nieuzasadnionego względami dobra dziecka. Rodzice powinni jednak budować wzajemne zaufanie. Zawierają przecież, co do zasady wiążącą, aż do granic dobra dziecka umowę.

4. KSZTAŁTOWANIE PRZEZ SĄD TREŚCI PRAWA DO KONTAKTÓW

4.1. TRUDNOŚCI Z ROZGRANICZENIEM SĄDOWEJ REGULACJI ORAZ SĄDOWEJ INGERENCJI W PRAWO DO STYCZNOŚCI

W świetle przepisu art. 113¹ § 1 k.r.o. kontakty mogą być również uregulowane przez sąd opiekuńczy¹⁹.

Powstaje tu pewien interesujący problem związany ze wzajemną relacją normy wyrażonej w przepisie art. 113¹ § 1 k.r.o. pozwalającej na **uregulowanie** styczności przez sąd oraz normy wynikającej z przepisu art. 113² k.r.o. umożliwiającej ingerencję sądu poprzez **ograniczenie** kontaktów. Chodzi o **rozgraniczenie regulacji sądowej i sądowej ingerencji**, co w praktyce nie zawsze jest proste. Jak bowiem odróżnić, czy na tle postanowienia, zgodnie z którym "dziecko ma odwiedzać uprawnionego do styczności w każdą niedzielę w godz. 10.00-18.00" chodzi o ograniczenie styczności, czy o jej uregulowanie? Sprawy nie ułatwia spostrzeżenie, że kontakt z natury rzeczy jest zawsze ograniczony²⁰.

Rozróżnienie pomiędzy sądowym uregulowaniem a sądową ingerencją w prawo do kontaktów ma jednak, 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 ale również rodzica wychowującego dziecko, o tyle przy ograniczeniu chodzi wyłącznie o dziecko i jego dobro. Co nie mniej ważne, regulacja nie jest ograniczona wstępnym warunkiem i wymaga jak najlepszego dopasowania styczności do potrzeb dziecka (jego dobra), z kolei ograniczenie może być podjęte wyłącznie wówczas, gdy już wymaga tego dobro dziecka.

W doktrynie niemieckiej próbowano zdefiniować różnicę pomiędzy obydwoma instytucjami w ten sposób, że ograniczenie, w przeciwieństwie do regulacji, miało polegać na zminimalizowaniu kontaktów do rozmiarów, które z istoty swej zaburzają i ograniczają dalszy harmonijny rozwój relacji rodzic-dziecko. Nawet wówczas jednak granice były płynne. Zauważono przy tym również, że ten sposób rozróżnienia podważa zarówno sens, jak i poddaje w wątpliwość możliwość wypełniania celu w drodze ograniczonych przez sąd kontaktów²¹. Dlatego dla rozgraniczenia jednej i drugiej instytucji najbardziej przydatne są, zróżnicowane przecież, kryteria ich zastosowania. Ograniczenie styczności jest możliwe wyłącznie wtedy,

gdy wymaga tego dobro dziecka, a więc wówczas, gdy bez tego dobro dziecka musiałoby ucierpieć. Natomiast sądowa regulacja możliwa jest w każdym przypadku. Jeśli zatem rodzice nie potrafią wspólnie uzgodnić kształtu prawa do styczności, a nie towarzyszy temu obawa naruszenia dobra dziecka, wydane orzeczenie sądowe jest uregulowaniem kontaktów na podstawie art. 113¹ § 1 k.r.o., lub ewentualnie art. 113¹ § 1 k.r.o. w zw. z art. 58 k.r.o. Jeśli jednak sąd przyjmuje, że kontakt może również naruszać dobro dziecka i kształtuje go tak, aby tego uniknąć, chodzi o ograniczenie styczności na podstawie art. 113² k.r.o.

W związku z tym nasuwać się musi dość oczywisty wniosek, że również w ramach postępowania mającego na celu ukształtowanie prawa do kontaktów możliwe jest jego ograniczenie a nawet zakazanie styczności. Co więcej, Sąd Najwyższy słusznie orzekł, że w ramach postanowienia o zabezpieczeniu żądania w zakresie styczności z dzieckiem, dopuszczalne jest jej zakazanie²². Ponieważ jednak chodzi o środek drastyczny, a także o jego zastosowanie we wstępnej fazie postępowania, podzielić wypada wyrażony w literaturze pogląd, że stosujący go sąd nakłada na siebie obowiązek szybkiego zweryfikowania zasadności takiego orzeczenia²³.

4.2. SYGNALIZACYJNA FUNKCJA OBOWIĄZKU ORZECZENIA O KONTAKTACH W WYROKU ROZWODOWYM

W prawie polskim, podobnie jak w niektórych porządkach zagranicznych, znalazła się trudna do przecenienia - z praktycznego punktu widzenia - regulacja prawna. Chodzi mianowicie o obowiązek rozstrzygnięcia o kontaktach rodziców z dzieckiem przy orzekaniu o rozwodzie (art. 58 k.r.o.) oraz separacji (art. 61³ k.r.o. w zw. z art. 58 k.r.o.). Jej doniosłość polega przede wszystkim na funkcji sygnalizacyjnej. Już samo istnienie regulacji ustawowej, a następnie jej istotna obecność w trakcie postępowania rozwodowego, niekiedy owocująca przygotowaniem przez rodziców własnego porozumienia w tym zakresie, wskazuje rodzicom, że chodzi tu o ważną, prawem chronioną pozycję prawną nie tylko rodzica, któremu nie zostanie powierzona sprawowanie pieczy nad dzieckiem na co dzień, ale przede wszystkim dziecka. Przynajmniej w niektórych przypadkach może to spowodować zmniejszenie ewentualnej pokusy rozgrywania własnych interesów kosztem dobra dziecka.

Obecność tego rodzaju regulacji w porządku prawa rodzinnego ma i to znaczenie, że wskazuje na determinację prawodawcy związaną z ewentualną koniecznością ochrony prawa do kontaktów. Podkreśla, że chodzi tu o zagadnienie na tyle ważne, iż ustawodawca zdecydował się na opóźnienie, a w pewnym sensie nawet uzależnienie, rozstrzygnięcia o rozwodzie od uregulowania również tej kwestii.

Nie bez praktycznego znaczenia jest także to, że rodzic uprawniony do kontaktów, już w momencie orzeczenia rozwodu, uzyskuje wiążące rozstrzygnięcie w kwestii kontaktów z dzieckiem. Co najmniej oszczędza to dodatkowego sporu sądowego, a w wielu wypadkach powoduje, że sprecyzowane co do kształtu prawo do kontaktów z dzieckiem posiada również rodzic, który w innych okolicznościach do sądu by nie wystąpił²⁴.

4.3. ROZSĄDNE ŻYCZENIA DZIECKA

Orzekając o kontaktach z dzieckiem, zarówno stale przebywającym u jednego z rodziców, jak i nieprzebywającym u żadnego z nich, sąd polski kieruje się dobrem dziecka oraz bierze pod uwagę jego rozsądne życzenia (art. 113¹ § 1 k.r.o.).

Prima facie mogłoby wydawać się, że konieczność uwzględnienia rozsądnych życzeń dziecka dotyczy jedynie rodziców zawierających porozumienie w sprawie styczności z dzieckiem. Do takiego wniosku mogłoby prowadzić użycie przez ustawodawcę w treści art. 113¹ § 1 k.r.o. *in fine* średnika przed wskazaniem, że "w braku porozumienia rozstrzyga sąd opiekuńczy". A zatem dość wyraźne oddzielenie obu sytuacji, w których dochodzi do ukształtowania kontaktów, czyli porozumienia rodziców i regulowania sądowego. Skoro zaś przy kształtowaniu sądowym prawodawca nie powtórzył nakazu brania pod uwagę rozsądnych życzeń dziecka to może powstać wrażenie, że sąd nie jest tym zobligowany.

Interpretacja taka nie byłaby właściwa. Również przy sądowej regulacji styczności konieczne jest uwzględnienie woli dziecka czyli jego rozsądnych życzeń. Średnik wprawdzie rozdziela obie wypowiedzi, ale nie tak ściśle jak ewentualna kropka. Nadal pozostają one w łączności. Poza tym, gdyby rzeczywiście chcieć separować obie normy, to sąd nie byłby związany również przesłanką dobra dziecka, która przecież znajduje się w pierwszej części zdania. A to byłoby już jawnie absurdalne.

W związku z rozsądnymi życzeniami dziecka powstaje niezwykle doniosłe pytanie o zakres uwzględnienia woli dziecka. Ponieważ chodzi o kwestię związaną zarówno z kształtowaniem styczności,

jak i w szczególności jej egzekucję, problematyka ta zostanie naświetlona w rozdziale VIII dotyczącym przymusowej realizacji prawa do kontaktów z dzieckiem²⁵.

5. SĄDOWA MODYFIKACJA UREGULOWANIA

Zmiana sądowego uregulowania prawa do kontaktów może w prawie polskim nastąpić wyłącznie w granicach wyznaczonych treścią art. 113⁵ k.r.o. A więc jedynie wówczas, gdy wymaga tego dobro dziecka. Regulacja ta z dwóch podstawowych przyczyn nie wydaje się optymalna.

Po pierwsze, jako powód zmiany uwzględnia **wyłącznie** interes dziecka, gdy tymczasem sama regulacja styczości, o czym była już mowa, stanowiła sprawiedliwe wyważenie interesów **wszystkich** uczestników, oczywiście w granicach wyznaczonych dobrem dziecka.

Po drugie, tego rodzaju uregulowanie nie uwzględnia, że inaczej niż władza rodzicielska, prawo do kontaktów z dzieckiem już ze swej natury musi dopasowywać się do zachodzących, nieraz bardzo dynamicznie, zmian warunków zewnętrznych, także tych, należących do sfery rodzica sprawującego władzę rodzicielską i rodzica uprawnionego do styczości.

Wydaje się w związku z tym, że przyjęte przez polskiego prawodawcę kryterium jest zbyt mało elastyczne. *De lege ferenda* należałoby umożliwić zmianę regulacji również w tych przypadkach, w których wymaga tego interes rodzica uprawnionego do styczości, a zmianie nie stoi na przeszkodzie dobro dziecka²⁶.

Na marginesie trzeba jednak zasygnalizować, że podobnie mało elastyczne uregulowania dopuszczalności sądowej modyfikacji niekiedy obowiązują również w prawie obcym. Także francuski kodeks cywilny (w art. 291 k.c.fr.) oraz niemiecki (§ 1696 ust. 1 k.c.n.) wyraźnie uzależniają sądową modyfikację od przesłanki "jeśli wymaga tego dobro dziecka". W piśmiennictwie szwajcarskim, obok głosów krytyki, znaleźć można również aprobujące uzasadnienie tego fenomenu. Otóż, zdaniem niektórych autorów, regulacja porządku odwiedzin powinna obejmować cały czas przysługiwania uprawnienia, a więc aż do osiągnięcia pełnoletniości przez dziecko, i kształtować stosunki między dzieckiem i uprawnionym w sposób trwały oraz ostateczny²⁷. Regulacja ta powinna zatem z góry uwzględniać rozwój dziecka i wynikającą z niego potrzebę modyfikacji.

Oczywiście, określona stabilność stosunków pomiędzy rodzicem i dzieckiem jest niezaprzeczną wartością. Chyba jednak nie powinna być osiągana za wszelką cenę, a w szczególności z założenia, kosztem usprawiedliwionych interesów uprawnionego do styczości.

Zakres zmiany rozstrzygnięcia w sprawie kontaktów z dzieckiem ujęty został w przepisie art. 113⁵ k.r.o. w bardzo szeroki sposób. Może polegać zarówno na neutralnej - w kontekście oceny prawidłowości wykonywania prawa do kontaktów przez uprawnionego - zmianie terminów, częstotliwości, czasu trwania uzasadnionych zwykłą zmianą sytuacji stron, niewiążąca się z zagrożeniem dobra dziecka. Wbrew przekonaniu wyrażonemu już w piśmiennictwie, przepis ten umożliwia również zmianę polegającą na dalszym ograniczeniu już wcześniej ograniczonych, ze względu na zagrożenie dobra dziecka, kontaktów²⁸. A więc na modyfikację zakresu ograniczenia. Jeśli zmiana polegała będzie na pogłębieniu ograniczenia, dodatkowo konieczne będzie wówczas spełnienie przesłanek określonych w art. 113² k.r.o., a w zasadzie powołanie tej normy jako współpodstawy.

Nie można zatem podzielić zapatrywania, że w przypadku wcześniejszego ograniczenia, chodzić będzie wyłącznie o dokonanie zmian w pozytywnym kierunku, poprzez umniejszenie ograniczeń i zakazów²⁹. Inna rzecz, że wobec posłużenia się przez ustawodawcę zarówno w przepisie art. 113⁵ k.r.o., jak i w przepisie art. 113² k.r.o. identyczną przesłanką ("wymaga tego dobro dziecka"), zabieg przywoływania obu podstaw w przypadku dokonywania zmiany polegającej na pogłębieniu ograniczenia będzie miał znaczenie jedynie techniczne, absolutnie pozbawione przełożenia praktycznego.

6. TREŚĆ RODZIELSKIEGO PRAWA DO STYCZNOŚCI W ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

6.1. MIEJSCE SPOTKAŃ

Sąd orzekający o kontaktach z dzieckiem najczęściej stoi przed koniecznością ustalenia miejsca spotkań, ich częstotliwości oraz czasu trwania.

Zasadą jest, że w czasie spotkań miejsce pobytu dziecka określa uprawniony do kontaktów rodzic³⁰. Zarówno judykatura, jak i doktryna zagraniczna od lat zajmuje stanowisko, zgodnie z którym rodzic uprawniony może swe prawo realizować we własnym miejscu zamieszkania, a w szczególności we

własnym mieszkaniu. Wynika to z przeświadczenia, iż dziecko powinno mieć możliwość obserwowania rodzica i jego zachowań w jego zwykłym, codziennym otoczeniu. Tylko w ten sposób możliwe jest w pełni niezakłócone pielęgnowanie stosunków rodzinnych w całej ich złożoności. W pełni słusznie wskazuje się, że właśnie takie podejście najbardziej odpowiada *ratio legis* prawa do kontaktów osobistych³¹.

Do realizacji prawa do kontaktów z zasady nie nadaje się natomiast mieszkanie rodzica sprawującego na co dzień opiekę. W takich bowiem okolicznościach rodzic uprawniony nie może czuć się dostatecznie swobodnie w kontakcie z dzieckiem. Znajduje się przecież pod stałą obserwacją i kontrolą. Z kolei dziecko narażone jest na konflikt lojalności. Sądy zatem zupełnie wyjątkowo jako miejsce kontaktów wyraźnie wskazywały mieszkanie tego rodzica. Zawsze jednak chodziło o regulację przejściową spowodowaną wiekiem dziecka - na ogół rzecz dotyczyła bardzo małych dzieci - lub dotychczasowym brakiem kontaktów, które trzeba było dopiero nawiązywać, a więc przyzwyczajając dziecko, przełamywać jego lęki oraz zdobywać zaufanie. Jeśli dziecko ma bardzo dobry kontakt z dziadkami ich mieszkanie mogłoby, przy uwzględnieniu pozostałych okoliczności, bardziej nadawać się do nawiązania przejściowej fazy kontaktów³².

Prawo niemieckie zezwala również na wyznaczenie przez sąd rodzinny neutralnego miejsca dla kontaktów z dzieckiem. Ponieważ chodzi tu o środek w znacznym stopniu ograniczający prawo rodzica do osobistych kontaktów, może dotyczyć jedynie sytuacji, w których dobro dziecka jest zagrożone. Powinien być przy tym stosowany wstrzeмиiężliwie. Zagrożenie dobra dziecka judykatura potwierdzała m.in. wobec możliwych niepożądanych kontaktów z osobami trzecimi w mieszkaniu uprawnionego rodzica. W praktyce chodziło wyłącznie o przypadki nasilonej antypatii dziecka wobec nowego partnera rodzica. W takich sytuacjach na ogół wskazywano pomieszczenia Urzędu ds. młodzieży (*Jugendamt*) lub miejscowej parafii³³.

Podobnie w prawie francuskim sędzia jedynie wyjątkowo może wyznaczyć miejsce spotkań (*lieu de rencontre*). W tym kontekście przywoływana jest przykładowo ekstremalna, a jednocześnie wcale nie wyjątkowa w praktyce sądowej sytuacja, w której jeden z rodziców zabronił drugiemu wstępu do jego mieszkania i przekazywanie dziecka musiałoby odbywać się na parkingu³⁴.

6.2. ODBIERANIE I ODPROWADZANIE DZIECKA

Z miejscem spotkań wiąże się bezpośrednio kwestia odbierania i odwożenia dziecka po spotkaniu. Wprawdzie sądy zwykle sprawy tej nie są zmuszone regulować, mimo to warto o niej wspomnieć.

Na ogół nie ma wątpliwości, że problem ten obciąża rodzica uprawnionego do styczności³⁵. Albo on sam, albo odpowiednia upoważniona osoba trzecia, musi odebrać dziecko oraz odwieźć je po odwiedzinach, o ile nie jest ono jeszcze w stanie samo odbyć podróży. W judykaturze szwajcarskiej przyjmuje się, że zdolność tę dziecko nabywa, przy krótszych i nieskomplikowanych podróżach krajowych, zwykle z ukończeniem 10. roku życia³⁶.

Z kolei we Francji już dawno proponowano, aby zadanie odbierania oraz odwożenia dziecka dzielili między sobą rodzic uprawniony do styczności oraz rodzic sprawujący władzę rodzicielską³⁷. Taki podział miał w większym stopniu odpowiadać wzajemności kontaktów. Propozycja dotychczas nie została jednak zaakceptowana przez judykaturę. Z perspektywy czasu można powiedzieć, że nabiera ona coraz większej aktualności. W międzyczasie nie tylko bowiem dziecko uzyskało swe własne prawo do styczności z rodzicem, ale też powszechne stało się przekonanie, że nawet prawo rodzica służy interesowi dziecka. Podobne głosy pojawiły się w literaturze niemieckiej. Wskazywano na psychologiczne zalety rozwiązania polegającego na odwożeniu dziecka przez rodzica sprawującego pieczę na miejsce spotkania oraz odwożeniu go przez uprawnionego do styczności po odwiedzinach. W ten sposób rodzic wychowujący dziecko dawałby czytelny sygnał aprobaty dla kontaktów³⁸. Podobnie jak we Francji myśl ta nie została jeszcze podchwycona przez judykaturę.

Zatem zarówno na gruncie francuskim, jak i niemieckim ciągle aktualna pozostaje reguła, że odbieranie oraz odprowadzanie do domu dziecka, tak długo, jak dziecko nie jest w stanie samo pokonać drogi (odbyć podróży) obciąża uprawnionego do styczności³⁹.

W piśmiennictwie zagranicznym, w kontekście odbierania i odwożenia dziecka po odwiedzinach, zwraca się jeszcze uwagę na obowiązek rodzica sprawującego pieczę odpowiedniego przygotowania dziecka oraz punktualnej gotowości do odbioru⁴⁰.

6.3. CZAS TRWANIA I CZĘSTOTLIWOŚĆ ODWIEDZIN

W zagranicznych porządkach prawnych częstotliwość oraz czas trwania odwiedzin nie są

przedmiotem wyraźnej regulacji prawnej. Sprawa pozostawiona została judykaturze, która wypracowała już określone reguły w tym zakresie.

Również niemiecka regulacja nie zawiera bliższych postanowień dotyczących częstotliwości kontaktów oraz czasu ich trwania. Jedynym formalnym kryterium ich ustalenia jest zatem dobro dziecka. Powszechnie wskazuje się, iż przy jego ocenie należy brać pod uwagę w szczególności: wiek dziecka oraz dopuszczalny zakres jego obciążenia, intensywność dotychczasowej więzi z rodzicem uprawnionym, odległość dzielącą miejsca zamieszkania obojga rodziców, wiek rodziców, a także ich wzajemny stosunek do siebie. Uwzględnić należy również pozostałe interesy i więzi, zarówno dziecka, jak i rodziców⁴¹.

Przyjmuje się, iż czas trwania każdego kontaktu powinien zostać tak określony, aby możliwe było przełamanie początkowej nieufności i nieśmiałości dziecka i wytworzenie stanu pełnego zaufania. Należy go zatem tak wyznaczyć, aby zarówno dziecko, jak i uprawniony rodzic mogli go sensownie w tym kierunku spożytkować. Panuje przekonanie, iż bezwzględnie lepiej umożliwiają to regularne krótsze spotkania o dużej częstotliwości. Słusznie zwraca się przy tym uwagę na odmienne odczuwanie i ocenę upływu czasu u dorosłych i u dzieci. W przypadku małych dzieci dłuższe, wielotygodniowe odstępy dzielące spotkania są trudne do pogodzenia z zapewnieniami, że również nieobecny rodzic darzy je miłością. Inaczej rzecz ma się z dziećmi starszymi. Stąd wyznaczone przez sąd odstępy czasowe pomiędzy spotkaniami powinny być zdecydowanie krótsze w przypadku dzieci młodszych, mogą być natomiast dłuższe, gdy chodzi o dzieci w wieku przedszkolnym, a w szczególności szkolne. Na ogół w przypadku dzieci młodszych odstępy czasowe ustalano na kilka dni lub jeden tydzień. W przypadku dzieci starszych regułą był odstęp jedno- lub dwutygodniowy.

Zwraca się też uwagę, że odwiedziny - szczególnie te przedłużone, połączone z noclegami - ustalone jako cotygodniowe, nie powinny przypadać na każdy weekend. Powodowałyby to bowiem wzmocnienie niepożądanego efektu podziału ról między rodzicami. Jeden zmagający się z szarą codziennością i byłby przez dziecko kojarzony w jej kontekście, tymczasem dla drugiego pozostawałby wyłącznie przyjemny czas⁴².

Jeśli chodzi natomiast o czas trwania spotkań, to zwykle sądy za wystarczające przyjmowały kontakty czterogodzinne. Oczywiście, okoliczności konkretnego przypadku miały tu nieraz znaczący wpływ.

Ustaliła się również zasada, że po dłuższym zerwaniu kontaktów, wywołującym w następstwie znaczne poczucie obcości, sądy wyznaczają stopniowo narastający czas odwiedzin⁴³. Nie powinno być tu jednak automatyzmu. Stąd nie może dziwić to, że niektóre sądy za wystarczające uznawały w takich przypadkach trzy godziny miesięcznie, gdy tymczasem inne ustalały nawet trzy godziny w każdym tygodniu.

We Francji judykatura wypracowała zbliżone reguły. Zwykle sądy przyznają uprawnionemu do kontaktów dwa weekendy miesięcznie oraz połowę wakacji szkolnych, a także osiem dni w okresie Świąt Bożego Narodzenia i Wielkanocy⁴⁴. Za dopuszczalny uważa się również podział tygodnia na dwie części przypadające odpowiednio rodzicowi sprawującemu pieczę oraz uprawnionemu do kontaktów⁴⁵ albo, inaczej niż w Niemczech, przyznanie uprawnionemu cotygodniowo niedzieli⁴⁶.

Praktyka sądów szwajcarskich jest zróżnicowana kantonalnie. W kantonach francuskich sądy przyznają zwykle dwa weekendy w miesiącu (począwszy od piątku wieczorem do niedzieli) oraz do sześciu tygodni wakacji. Natomiast w niemieckich, zwykle jeden do dwóch weekendów (jednak od soboty do niedzieli), a w wieku przedszkolnym jeden dzień lub dwa popołudnia w miesiącu oraz od dwóch do trzech tygodni wakacji⁴⁷.

Z kolei w piśmiennictwie belgijskim mocno akcentowana jest konieczność uwzględnienia okoliczności konkretnej sprawy, w tym również wieku dziecka. Regulacja powinna także uwzględniać czas potrzebny na drogę powrotną⁴⁸. W praktyce regułą jest przyznawanie rodzicowi uprawnionemu dwóch weekendów w miesiącu oraz połowy ferii szkolnych⁴⁹. Aby prawo do styczności mogło być rzeczywiście efektywnie wykorzystywane, judykatura belgijska skłonna jest, w wymagających tego przypadkach, elastycznie regulować czas kontaktów. Dla przykładu Sąd Apelacyjny w Mons przyznał matce, która - ze względu na wykonywany zawód stewardessy i związaną z tym niemożnością opieki nad dzieckiem - władzy rodzicielskiej nie posiadała, prawo do styczności przez 13 nieoznaczonych z góry dni w każdym miesiącu. Chodziło o to, aby mogła z tego prawa czynić rzeczywisty użytek podczas pobytów w Belgii⁵⁰.

6.4. NOCLEGI

Powszechnie przyjmuje się, iż w razie sporu sąd ma obowiązek rozważyć również kwestię sporadycznych noclegów dziecka u rodzica uprawnionego. Trudno tu o regułę generalną. Prawidłowe

rozstrzygnięcie problemu zależy w pierwszym rzędzie od indywidualnych uwarunkowań konkretnego przypadku. Wśród decydujących o kierunku rozstrzygnięcia okoliczności wymienia się przede wszystkim: ogólny rozwój psychiczny dziecka, który na ogół wiązany jest z jego wiekiem, oraz intensywność kontaktów z uprawnionym rodzicem. Zwykle judykatura odrzucała noclegi dzieci w wieku przedszkolnym, jeśli pomiędzy dorosłymi toczył się spór. Stanowisko takie cieszy się poparciem doktryny. Przynajmniej zatem w przypadku sporu rodziców, a zatem wbrew woli rodzica sprawującego opiekę, regułą będzie wykluczenie okresowych noclegów dzieci przedszkolnych. Oczywiście rodzice zawsze mogą zgodnie zdecydować inaczej. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że szczególne okoliczności sprawy, nawet w przypadku bardzo małych dzieci, mogą przemawiać za odmiennym rozstrzygnięciem. Dla przykładu niemiecki sąd w Holzminden⁵¹ dopuścił pojedyncze noclegi niespełna trzyletniego dziecka po półrocznym okresie przyzwyczajania. Za takim stanowiskiem przemawiała szczególnie silna więź emocjonalna łącząca dziecko z uprawnionym do kontaktów rodzicem. Orzeczenie to spotkało się z aprobatą w doktrynie⁵².

W przypadku małych dzieci pewien problem może stanowić przyzwyczajanie do nocnej nieobecności rodzica sprawującego opiekę. Słusznie zwraca się jednak uwagę, że obecnie wiele można w tym zakresie osiągnąć dzięki środkom technicznym (np. telefon, a w szczególności telefon komórkowy). Natomiast, jeśli występują szczególne lęki, sąd mógłby dodać regulację umożliwiającą dziecku powrót do rodzica sprawującego na co dzień opiekę, gdyby okazało się to konieczne.

Panuje natomiast przekonanie, iż w przypadku dzieci szkolnych okresowe noclegi u rodzica niesprawującego na co dzień opieki, w pełni odpowiadają dobru dziecka. Właśnie bowiem kontakty połączone z noclegami dają dziecku rzeczywistą możliwość obserwowania obojga rodziców w codziennych, zwykłych sytuacjach. To z kolei zapobiega utrwaleniu się w świadomości dziecka, wspomnianego już, niepożądanego podziału ról pomiędzy rodziców. A więc łączeniu jednego z trudną codziennością i obowiązkami, drugiego zaś wyłącznie ze "słoneczną stroną życia", czyli wypoczynkiem oraz prezentami⁵³.

Na ogół przyjmuje się, iż warunkiem dopuszczenia noclegów jest wcześniejszy regularny kontakt. Ważne jest także, aby dziecko w miarę możliwości znało już mieszkanie rodzica uprawnionego, a w szczególności akceptowało ewentualnych współzamieszkujących. Zwykle sądy zezwalają na od jednego do dwóch noclegów w miesiącu⁵⁴.

6.5. ŚWIĘTA

Liczne spory między rodzicami wywołuje kwestia kontaktów z dzieckiem w związku ze świętami. Chodzi przede wszystkim o to, u którego z rodziców dziecko powinno je spędzać.

Co do zasady, zarówno judykatura, jak i doktryna niemiecka potwierdzają pierwszeństwo rodzica sprawującego opiekę do świąt natury wyznaniowej - a więc do Świąt Wielkiej Nocy, Zielonych Świątek oraz Bożego Narodzenia. Słusznie zwraca się jednak uwagę na to, że takie podejście jest rzeczywiście w pełni usprawiedliwione jedynie wówczas, gdy konkretne święto ma dla rodzica sprawującego opiekę szczególne znaczenie oraz, gdy jest przez niego odpowiednio cenione, natomiast w rodzinie uprawnionego do kontaktów rzeczy mają się inaczej⁵⁵. W pozostałych przypadkach przyjmuje się raczej podział świąt lub ewentualnie coroczną zmianę.

W praktyce sądy skłonne były przyznawać dodatkowe prawo do kontaktu uprawnionemu rodzicowi drugiego dnia świąt. Dla dziecka nie jest bowiem obojętne, czy całe święta spędzi jedynie w kręgu swej nowej rodziny, czy też będzie oprócz tego miało bezpośredni kontakt również z drugim rodzicem. Zwraca się tu uwagę na szczególne znaczenie osobistego obdarowania dziecka prezentami będącymi przecież wyrazem miłości rodzica oraz dowodem wzajemnej przynależności obojga⁵⁶.

Warto jednak zasygnalizować również, coraz mocniej zarysowujące się w literaturze, odmienne stanowisko. Otóż zdaniem wielu autorów, jeśli rozwiązanie opierające się na swego rodzaju podziale świąt nie wynika z pełnej akceptacji obu stron, należałoby raczej, szczególnie przy nieco starszych dzieciach, rozważyć możliwość przyznania rodzicowi uprawnionemu do kontaktów poszczególnych świąt w całości. Miałoby to w szczególności tę zaletę, iż w mniejszym stopniu naruszałoby rytm życia rodzica sprawującego opiekę⁵⁷.

Podobnie Pierwsza Komunia świętowana jest u rodzica sprawującego opiekę. Drugiemu rodzicowi przyznawane jest prawo do obecności w czasie ceremonii kościelnej. Wyłącza się natomiast część świętowaną w gronie rodzinnym⁵⁸.

W przypadku świąt świeckiej natury brak już tak daleko idącej zgodności poglądów. Chodzi tu przykładowo o: urodziny, imieniny, inaugurację roku szkolnego oraz pozostałe święta szkolne, zawody

sportowe, szkolne przedstawienia teatralne. Dominuje pogląd, że pierwszeństwo jednego z rodziców byłoby tu raczej nieusprawiedliwione. Te okazje należy zatem, w braku zgodności poglądów, podzielić równomiernie pomiędzy obojga rodziców⁵⁹.

6.6. WAKACJE

W związku z dynamicznym rozwojem turystyki, a także coraz powszechniejszą praktyką kilkukrotnego w ciągu roku urlopowania, szczególnego znaczenia nabrały regulacje dotyczące wakacji (*Ferienregelungen*). Obok problemu właściwego wyznaczenia długości wspólnych wakacji powstają tu dwie dodatkowe kwestie. Chodzi mianowicie o minimalny wiek dziecka pozwalający na tego typu regulację, oraz o sprawę decydowania o sposobie, a przede wszystkim miejscu spędzenia wakacji.

W dawniejszej judykaturze rozpowszechnione było stanowisko, że zaburzenie ciągłości procesu wychowawczego przemawia raczej przeciwko tego typu uregulowaniom w stosunku do dzieci w wieku przedszkolnym oraz będących w szkole podstawowej (czyli klasy 1-4)⁶⁰. W Niemczech pod wpływem orzecznictwa Federalnego Sądu Najwyższego (*Bundesgerichtshof*) uległo ono zasadniczej zmianie. Obecnie zwraca się uwagę na to, że co do zasady oboje rodzice muszą mieć możliwość spędzenia z dzieckiem, także młodszym, dłuższego czasu bez przerwy. Wspólne wakacje doskonale nadają się bowiem do stabilizacji oraz intensyfikacji stosunków pomiędzy uprawnionym oraz dzieckiem. Dziecko ma wtedy nie tylko szansę umocnienia związków z tym rodzicem, ale także lepszego jego poznania w zwykłych okolicznościach, a nie - jak to na ogół bywa przy krótkich odwiedzinach - w atmosferze pewnej wyjątkowości. Jeśli zatem szczególny wzgląd na dobro dziecka nie przemawia przeciwko takiej regulacji, sąd powinien przyznać uprawnionemu prawo do kilkutygodniowych wspólnych wakacji także, gdy chodzi o dzieci młodsze.

Warunkiem wstępnym będzie jednak okoliczność, że dziecko już dobrze znosi dłuższe rozstanie z rodzicem sprawującym opiekę na co dzień. Na ogół zatem, swego rodzaju etapem przejściowym będą tu przedłużone odwiedziny połączone z noclegami u rodzica uprawnionego. W literaturze podkreśla się przy tym stanowczo, że argumentacja, iż dziecko nie jest przyzwyczajone do nieobecności rodzica sprawującego opiekę, absolutnie nie może zamykać sprawy⁶¹.

W Szwajcarii, obok regularnych odwiedzin, sądy z reguły przyznają dwu- lub trzytygodniowe coroczne wakacje, które dziecko, w czasie wolnym od zajęć szkolnych, spędza z rodzicem uprawnionym. Podobnie jak w Niemczech, dotyczy to również dzieci młodszych, które już dobrze znoszą rozłąkę. Identyfikują sądy francuskie⁶².

Zasadą jest, iż również w czasie wakacji to uprawniony do kontaktów rodzic określa miejsce wypoczynku. Może on zatem zabrać dziecko nawet za granicę, w tym także do kraju swego pochodzenia. Jednocześnie, przy dłuższych wyjazdach, zupełnie oczywiste są wcześniejsze ustalenia rodziców. Rodzic, któremu służy władza rodzicielska ma przecież prawo wiedzieć gdzie przebywa jego dziecko.

Wyjątkowo, wobec istnienia szczególnych niebezpieczeństw, sąd rodzinny mógłby uzależnić wyjazd zagraniczny dziecka od zgody drugiego rodzica. Tak zdecydował m.in. sąd w Karlsruhe⁶³ wobec wzbudzających obawę gróźb uprawnionego rodzica zatrzymania dziecka za granicą. Natomiast sąd w Monachium⁶⁴ podobnie orzekł w przypadku ojca, który próbował już wcześniej uprowadzić swe własne dziecko; a sąd w Kolonii w przypadku planowanego urlopu z trzyletnim dzieckiem nad Morzem Czerwonym w celu nurkowania⁶⁵.

Możliwe jest również zastosowanie środka bardziej radykalnego, a mianowicie orzeczenie absolutnego zakazu zabierania dziecka za granicę przez uprawnionego. W judykaturze utrwalił się przy tym pogląd, że przy ocenie rozmiarów konkretnego zagrożenia należy wziąć pod uwagę również to, czy państwo ojczyste uprawnionego rodzica jest stroną porozumienia haskiego z 25 października 1980 r. w sprawie cywilnoprawnych aspektów międzynarodowych uprowadzeń dzieci.

Jeżeli dziecko dłuższy czas przebywa u rodzica uprawnionego do kontaktów, co w przypadku wspólnych wakacji jest regułą, w grę wchodzić może odpowiednia redukcja należności alimentacyjnych⁶⁶.

6.7. OBECNOŚĆ OSÓB TRZECICH W CZASIE ODWIEDZIN

6.7.1. NIEPOŻĄDANA OBECNOŚĆ RODZICA

Rodzic sprawujący na co dzień opiekę nie może domagać się aby odwiedziny odbywały się w jego obecności, lub w obecności osoby mu zaufanej. Zupełnie wyjątkowo sąd mógłby dopuścić tzw.

kontrolowane odwiedziny (*betreuer Umgang*). Ponieważ chodzi tu o poważne ograniczenie prawa rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem, mogłoby to mieć miejsce jedynie w przypadku zagrożenia interesów dziecka. Tak byłoby np. wobec realnej obawy uprowadzenia dziecka. Nawet jednak w takich przypadkach osobista obecność rodzica sprawującego opiekę uznawana jest za absolutnie niepożądaną. Sąd nie powinien jej zatem zarządzić. Wskazani mogą być natomiast np.: krewni, znajomi, sąsiedzi, nauczyciel, ksiądz lub inne osoby zaufane, a w szczególności pracownik Urzędu ds. młodzieży (*Jugendamt*). Oczywiście osoby te, za wyjątkiem urzędnika *Jugendamtu*, nie mogą zostać obciążone obowiązkiem współdziałania wbrew ich woli.

Także ustawodawca polski jako regułę przyjął prawo do styczności z dzieckiem realizowane bez obecności drugiego rodzica. Wprawdzie żaden przepis oddziału 3 "Kontakty z dzieckiem" wprost tego nie stanowi, jednak wniosek taki wynika pośrednio z treści art. 113² § 1 oraz § 2 pkt 3 k.r.o. Przepisy te przewidują mianowicie możliwość ograniczenia prawa do kontaktów w ten sposób, że sąd "zezwoli na spotkanie się z dzieckiem tylko w obecności drugiego rodzica albo opiekuna, kuratora sądowego lub innej osoby wskazanej przez sąd". Stąd oczywista konkluzja, że w ramach kształtowania prawa do styczności sąd nie może odwołać się do nakazania kontaktów w obecności rodzica. Mogłoby to zrobić natomiast wówczas, gdy chodziłoby o ograniczenie styczności i wyłącznie po spełnieniu przesłanek takiego ograniczenia⁶⁷.

6.7.2. DOZWOLONA OBECNOŚĆ OSÓB TRZECICH

Zasadą jest, że w wyznaczonym czasie odwiedzin to rodzic uprawniony do kontaktów decyduje o ewentualnej styczności dziecka z osobami trzecimi⁶⁸. Chodzi tu w szczególności o innych krewnych, np. dziadków. Co oczywiste, w grę nie wchodzi przeniesienie uprawnienia do kontaktu na inne osoby, ani nawet wykonywanie go przez osobę trzecią⁶⁹. Nie chodzi przecież o prawo, którym można swobodnie dysponować.

W czasie odwiedzin mogą zatem być obecne inne osoby, w tym również - co szczególnie często wywołuje spory - nowy partner lub współmałżonek uprawnionego. Ewentualny sprzeciw rodzica sprawującego opiekę, bez względu na jego motywację, uznawany jest zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie za pozbawiony doniosłości⁷⁰. Decydujące znaczenie może tu mieć wyłącznie to, jak taką okoliczność przeżywa samo dziecko oraz jaki ma ona wpływ na dziecko. Zwraca się jednak uwagę na to, że w rzeczywistości często będzie ono podzielało nastawienie rodzica, z którym stale zamieszkuje. Ze względu na dobro dziecka Wyższy Sąd Krajowy w Szlezewiku⁷¹ wykluczył obecność nowej partnerki ojca podczas spotkań z dzieckiem. Powodem była jej nadmierna skłonność do okultyzmu. Motywacją rozstrzygnięcia był tu ewentualny negatywny wpływ na dziecko. Przyczyną nie stanowił sam związek. Natomiast Wyższy Sąd Krajowy w Norymberdze wykluczył w konkretnym przypadku obecność nowego partnera rodzica, ponieważ nie upłynął jeszcze rok od rozstania rodziców⁷². Z kolei sąd w Düsseldorfie potwierdził istnienie zagrożenia dla dziecka, jeśli byłoby ono zachęcane przez osobę trzecią do używania narkotyków, popełnienia przestępstwa, do prostytucji albo też, jeśli prowadzone jest przeciwko tej osobie postępowanie związane z seksualnym wykorzystaniem dziecka - oczywiście jakiegokolwiek, a więc także innych dzieci⁷³.

We Francji dokonana się w tym zakresie istotna ewolucja. Początkowo zdecydowanie wykluczana była obecność nowego partnera rodzica, jeśli to on był przyczyną rozpadu małżeństwa rodziców dziecka⁷⁴. Uważano, że takie spotkania nadmiernie godziłyby w dziecko. Obecnie ustaliło się już odmienne stanowisko, zgodnie z którym to uprawniony do styczności swobodnie decyduje o obecności ewentualnych innych osób, o ile prawo to nie zostało ograniczone decyzją sądu⁷⁵.

Na marginesie warto jeszcze zasygnalizować, że podobnie jak o obecności osób trzecich w czasie trwania odwiedzin, rodzic uprawniony do kontaktów decyduje, co do zasady, również o obecności w tym czasie zwierząt domowych⁷⁶.

6.8. PREZENTY

W piśmiennictwie i judykaturze zagranicznej nie ma wątpliwości co do tego, że prawo do kontaktów z dzieckiem obejmuje również uprawnienie do obdarowywania dziecka prezentami. Uprawniony do styczności powinien jednak uzgadniać ich wybór z rodzicem wychowującym dziecko, co nie dotyczy jednak drobnych, okazjonalnych prezentów, a także uwzględniać cele wychowawcze, które mu przyświecają⁷⁷. W kontekście tym wskazuje się zwykle na, szczególnie mocno ingerujące w wychowanie dziecka oraz zakłócające normalny porządek domowy, prezenty w postaci telefonu komórkowego,

zwierząt domowych albo instrumentów muzycznych⁷⁸. Zwraca się również uwagę na to, że wartość prezentów powinna mieścić się w pewnych granicach i w szczególności nie przekraczać ich. Dziecko będzie przecież chciało otrzymywać również od rodzica wychowującego je na co dzień prezenty podobnej wartości.

W literaturze potwierdzany jest w związku z tym ewentualny obowiązek rodzica wychowującego dziecko przekazania mu prezentu⁷⁹.

6.9. KOSZTY ODWIEDZIN

Koszty odwiedzin obciążają, co do zasady, rodzica uprawnionego do kontaktów. Nie mogą zatem zostać potrącone z należnej dziecku raty alimentacyjnej. W prawie niemieckim takie stanowisko w dość oczywisty sposób wynika już ze sposobu ustalania wysokości alimentów. Mianowicie alimenty określane na podstawie tzw. *Tabeli düsseldorfskiej* uwzględniają już to, że dziecko przebywa od czasu do czasu u rodzica, któremu służy prawo do kontaktów i jest przez niego utrzymywane.

Zwraca się jednak uwagę również na to, że wyjątkowo mogłaby powstać sytuacja, w której obciążenia alimentacyjne byłyby na tyle duże, że uniemożliwiłyby w praktyce wykonywanie prawa do kontaktów. Chodzi szczególnie o przypadki, w których miejsca zamieszkania rodziców są od siebie znacznie oddalone, a co za tym idzie koszty dojazdu wysokie. W prawie niemieckim wskazuje się w takiej sytuacji na możliwość skorzystania ze świadczeń właściwych, trzeba przyznać dobrze zorganizowanych, instytucji publicznych⁸⁰. Doktryna i judykatura szwajcarska dopuszczają z kolei odmienne rozstrzygnięcie sądowe, a więc częściowe lub całkowite obciążenie kosztami kontaktów z dzieckiem rodzica sprawującego władzę rodzicielską⁸¹. Z perspektywy prawa polskiego koszty te należałoby jednak uwzględnić przy określaniu wysokości alimentów, aby w następstwie nie wywołać tego rodzaju problemu.

W literaturze szwajcarskiej wskazuje się również, że zwiększone koszty odwiedzin wynikające z późniejszej, a więc następującej po uregulowaniu reguł styczności, zmiany miejsca zamieszkania rodzica sprawującego władzę rodzicielską, a tym samym i dziecka, nie mogą obciążać uprawnionego do kontaktów⁸².

Koszty kontaktu telefonicznego i pocztowego z dzieckiem obciążają rodzica uprawnionego do styczności, natomiast koszty kontaktu dziecka z uprawnionym, zobowiązany jest ponosić rodzic sprawujący pieczę⁸³.

W judykaturze niemieckiej akceptowane są roszczenia odszkodowawcze związane z niepotrzebnie poniesionymi kosztami przejazdu do miejsca kontaktów. Jeśli zatem ustalony termin odwiedzin odpadł bez usprawiedliwionej przyczyny oraz, co ważne, bez jego odwołania, rodzic uprawniony może dochodzić zwrotu poniesionych kosztów⁸⁴. Podobne stanowisko prezentuje m.in. doktryna szwajcarska⁸⁵.

Jeśli z kolei zarządzony został kontakt kontrolowany, który nie jest uzasadniony zachowaniem wyłącznie jednego z rodziców, powstałymi stąd kosztami - niezbędnymi opinii, a także samego nadzoru - judykatura szwajcarska obciąża oboje rodziców po połowie⁸⁶.

6.10. ZALEGŁE ODWIEDZINY

Zasadą jest, iż odwiedziny, które nie doszły do skutku ze względu na ważne powody dotyczące osoby dziecka, powinny zostać przy najbliższej okazji nadrobione. Przez ważne powody rozumie się w literaturze szwajcarskiej z jednej strony rzeczywiste choroby dziecka, z drugiej zaś ważne wydarzenia w jego życiu, zarówno te związane z wypoczynkiem, sportem, przynależnością do organizacji młodzieżowych, jak i urodziny dziecka a także rodzica sprawującego opiekę⁸⁷.

Nie ma natomiast wątpliwości co do tego, że jeśli przyczyny niedojścia odwiedzin do skutku leżą po stronie uprawnionego do styczności, to, co do zasady, nie powinny one być nadrabiane ale raczej przepadają⁸⁸.

W piśmiennictwie niemieckim powszechnie zwraca się uwagę na to, że ustalając zasady kontaktów z dzieckiem, sąd powinien każdorazowo regulować również sposób nadrobienia zaległych kontaktów. Jest to ważne z dwóch powodów. Po pierwsze, uregulowanie tej kwestii pozbawia rodzica bojkotującego kontakt zachęty do takiego postępowania. Zabiera mu przecież korzyści z tego płynące. Po drugie, właśnie w ten sposób da się również uniknąć wielu niepotrzebnych sporów - sądowych i pozasądowych - związanych z istnieniem trudnych do zweryfikowania psychosomatycznych zaburzeń u dziecka, które uniemożliwiły kontakt. Odwiedziny trzeba przecież, niezależnie od powodu, i tak przy najbliższej okazji powtórzyć.

Warto jeszcze zwrócić uwagę i na to, że rodzice mają obowiązek informować się wzajemnie o

ewentualnych przeszkodach uniemożliwiających kontakt. Jeśli w tym zakresie dochodziło już do problemów, sąd rodzinny nie tylko mógłby, ale nawet powinien i tę kwestię wyraźnie uregulować np. wskazując termin albo formę właściwą do zawiadomienia⁸⁹.

6.11. KONTAKT LISTOWNY I TELEFONICZNY

Kontakt listowny, obejmujący oprócz formy tradycyjnej także telefaks oraz pocztę elektroniczną, pielęgnowany obok regularnych odwiedzin, dobrze służy dobru dziecka. Stąd wywodzony jest obowiązek rodzica sprawującego opiekę przekazywania dziecku listów drugiego rodzica, a także listów dziecka rodzicowi. Rozciągany jest on na dołączane do listów zdjęcia.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na pewną interesującą kwestię, która obok pryncypialnego zagadnienia samej dopuszczalności kontaktów listownych, szczególnie mocno absorbowwała uwagę doktryny niemieckiej. Chodzi mianowicie o problem ewentualnej kontroli tej formy kontaktu przez rodzica sprawującego opiekę. Sprawa początkowo była dość kontrowersyjna. Obecnie w zasadzie zgoda panuje co do tego, że listy nie powinny być kontrolowane. Wniosek taki wywodzony jest przede wszystkim ze spostrzeżenia, iż również podstawowa forma styczności z dzieckiem, czyli kontakty osobiste, nie podlega przecież kontroli rodzica sprawującego opiekę⁹⁰.

Ewentualna kontrola byłaby uzasadniona zupełnie wyjątkowo. Mianowicie wówczas, gdy istnieją uzasadnione podstawy do obaw, że kontakt listowny jest nadużywany i zagraża dobru dziecka. Tak byłoby np. w przypadku podważania autorytetu rodzica sprawującego opiekę, co mogłoby rodzić u dziecka konflikt lojalności⁹¹.

W piśmiennictwie niemieckim dominuje jednak przekonanie, że również w takim przypadku rodzic sprawujący opiekę nie może sam zdecydować o kontroli. Powinien natomiast przedłożyć listy sądowi. Sąd może wówczas skorzystać z jednej z dwóch możliwości. Jeżeli uzna to za celowe i wystarczające może wezwać drugiego rodzica, aby ten zaniechał działań naruszających dobro dziecka (§ 1684 ust. 3 zdanie drugie k.c.n.). Jeśli zaś nie byłby to środek wystarczający, sąd może od razu w ogóle zakazać kontaktu listownego (§ 1684 ust. 4 k.c.n.).

Z kolei kontakty telefoniczne mają szczególne znaczenie w dwóch przypadkach. Mianowicie przy dużych odległościach dzielących miejsca zamieszkania uprawnionego oraz dziecka, a także w razie poważnych zachorowań uprawnionego rodzica wykluczających osobiste spotkanie. Z ich pomocą można przecież stosunkowo skutecznie zapobiegać narastaniu poczucia obcości. Poza tym trudno byłoby przekonująco wytłumaczyć dziecku, że może ono prowadzić rozmowy telefoniczne z kolegami, natomiast z rodzicem nie. Powszechnie przyjmuje się zatem, iż kontakt telefoniczny jest wskazany, co więcej, nie może być uzależniony od zgody rodzica sprawującego opiekę.

Z drugiej jednak strony, rodzic sprawujący opiekę nie ma obowiązku założenia linii telefonicznej, aby dziecko mogło urzeczywistniać swe prawo do kontaktów telefonicznych z drugim rodzicem.

W niemieckiej praktyce sądowej istotne znaczenie odgrywała jeszcze jedna kwestia. Chodziło o ewentualny obowiązek udostępnienia numeru telefonu rodzicowi uprawnionemu do kontaktów. Punktem wyjścia do rozważenia tego problemu czyniono na ogół spostrzeżenie, że zasadniczo to rodzic sprawujący opiekę sam decyduje o tym, czy i komu poda numer swego telefonu. Chodzi tu przecież o sferę jego dóbr osobistych. Mimo to, w wielu orzeczeniach sądy wyraźnie potwierdzały istnienie prawa uprawnionego do kontaktów rodzica domagania się od rodzica sprawującego opiekę telefonicznej osiągalności. Leży bowiem w interesie dziecka, aby w nagłych przypadkach uprawniony do kontaktów miał możliwość szybkiego kontaktu z drugim rodzicem⁹². Takie stanowisko można uznać za dominujące również w piśmiennictwie. Do innych wniosków możnaby dojść tylko wówczas, gdyby rodzic sprawujący opiekę miał zastrzeżony z ważnych powodów numer telefonu. Nie mogłoby to dotyczyć sytuacji utajnienia numeru telefonicznego właśnie ze względu na uprawnionego do kontaktu. W literaturze sporne jest jednak to, czy wyjaśnienie powodu, dla którego numer został zastrzeżony, należy do zadań sądu rodzinnego.

Jeśli zatem sami rodzice nie mogą osiągnąć porozumienia w kwestii kontaktów telefonicznych z dzieckiem, sąd rodzinny powinien także tę sprawę uregulować. Może zatem określić zarówno czas trwania rozmów, jak też ich liczbę a nawet porę. Dla przykładu sąd w Monachium w dość typowej sprawie za wystarczające przyjął 10 minut tygodniowo⁹³.

7. ODMIENNOŚCI ZWIĄZANE Z REGULOWANIEM PRAWA BLISKICH OSÓB TRZECICH

Prawo bliskich osób trzecich uregulowane jest przez prawodawców jako słabsze od prawa rodzicielskiego. Również jego treść, obserwowana przez pryzmat judykatury, wykazuje pewne, jakkolwiek

niewielkie, osobiwości, zasługujące jednak na zasygnalizowanie.

Otóż, zwraca się m.in. uwagę na to, że przy określaniu czasu trwania i częstotliwości kontaktów z dzieckiem, należy szczególnie uważnie badać czy dziecko nie jest już nadmiernie obciążone czasowo przez inne ustalone kontakty. Jeśli tak jest, w literaturze niemieckiej proponuje się alternatywnie: 1) redukcję ilości kontaktów, albo 2) o ile poszczególne osoby są ze sobą spokrewnione - jak np. dziadkowie i pradiadkowie - lub przynajmniej pozostają ze sobą w dobrych relacjach, ustalenie dla wszystkich lub niektórych identycznych, pokrywających się terminów⁹⁴.

Także w Belgii judykatura zwraca szczególną uwagę na to, aby dziecko nie było zbyt mocno obciążone kontaktami z osobami trzecimi. Chodzi o uniknięcie z jednej strony nadmiernej ilości konfliktów, z drugiej zaś, zbytniego ograniczenia dziecka w jego swobodzie kształtowania swego czasu wolnego. Także rodzic sprawujący władzę rodzicielską powinien przecież mieć swój udział we wspólnym z dzieckiem spędzaniu czasu wolnego⁹⁵.

W kontekście prawa osób trzecich toczyła się w Niemczech dyskusja związana z decydowaniem o obecności osób trzecich w czasie odwiedzin. Część autorów skłaniała się ku wykluczeniu tego uprawnienia względem uprawnionych do styczności z dzieckiem osób trzecich. Obecnie, wobec zmiany stanu prawnego nakazującego odpowiednie stosowanie przepisów o rodzicielskiej styczności, przeważa stanowisko, że również w tym zakresie doszło do zbliżenia uprawnień rodzicielskich oraz innych osób⁹⁶.

ROZDZIAŁ VII

INGERENCJA W PRAWO DO KONTAKTÓW Z DZIECKIEM

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Dziecku, rodzicom oraz bliskim osobom trzecim przyznawane jest prawo do kontaktów, którego ukształtowanie pozostawione jest w różnych systemach prawnych, osobom zainteresowanym, tj. rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską z jednej strony, oraz uprawnionemu do styczności, z drugiej albo sądowi. Przy tym na ogół aktualne są obie możliwości. Mimo to, a w szczególności pomimo możliwości sądowego ukształtowania kontaktów w zgodzie z dobrem dziecka, zdarza się czasem, że kontakt może naruszać lub zagrażać dobru dziecka. Dlatego w zagranicznych, a także w polskim porządku prawnym, przewidziana jest możliwość - na ogół sądowej, chociaż nie zawsze - ingerencji w prawo do styczności.

Prawo do kontaktów z dzieckiem musi bowiem kończyć się tam, gdzie jest nie do pogodzenia z podstawowymi prawami dziecka jako człowieka, a więc: szacunkiem dla jego godności oraz prawem do nieskrępowanego rozwoju jego osobowości. Albo po prostu, jak to się na ogół formuluje, z dobrem dziecka. Dlatego na państwie, z jego konstytucyjną funkcją "stróża" również interesów dziecka, ciąży także obowiązek czuwania zarówno nad sprawowaniem władzy rodzicielskiej, jak i wykonywaniem przez rodziców prawa do styczności.

Możliwości ingerencji w poszczególnych porządkach prawnych ukształtowane są w sposób zróżnicowany. Bardzo ogólnie można powiedzieć, że polega ona na dopuszczalności ograniczenia albo wykluczeniu kontaktów.

Dalsze rozważania poświęcone zostaną naświetleniu treści ingerencji, jej przesłanek oraz wypracowanym, w różnych krajach zasadom podejmowania ingerencji, w szczególności tym, które mają walor z perspektywy prawa polskiego.

Warto już w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że możliwość ingerencji dotyczy nie tylko **rodzicielskiego** prawa do kontaktów, ale obejmuje także - nawet jeżeli wyłącznie teoretycznie - uprawnienie przysługujące dziecku¹. Nie rozciąga się ono natomiast - co dość oczywiste na tle polskiego prawa rodzinnego, ale także na tle większości zagranicznych porządków prawnych - na prawo do kontaktów przysługujące bliskim osobom trzecim². Jeśli bowiem okazałoby się, że w konkretnym przypadku pożądanym jest, aby tego rodzaju kontaktu nie było ze względu na zagrożenie dobra dziecka, nie będzie potrzebna ingerencja w prawo do styczności służące tym osobom. Uprawnienie przecież w ogóle nie powstanie. Ukształtowane jako warunkowe (także, o czym była już mowa, w świetle art. 113⁶ k.r.o.³) może pojawić się jedynie wówczas, gdy na tle okoliczności konkretnego przypadku pozostaje w zgodzie z dobrem dziecka.

Spostrzeżenie to, teoretycznie doniosłe, ma w praktyce, również w prawie polskim, ograniczone znaczenie jeśli prawo do styczności zostało już przez sąd przyznane konkretnej bliskiej osobie trzeciej, a

sprzeczność z dobrem dziecka powstała w okresie późniejszym. Także wówczas pojawia się problem odebrania prawa do kontaktów, a przynajmniej odebrania mocy wyrokowi, który je przyznawał. W tym kontekście wypada wyrazić pogląd, że osoby te tracą swe uprawnienie *ex lege*, a sąd jedynie fakt ten stwierdza. Nie znajdują tu zatem zastosowania przepisy dotyczące ograniczenia prawa do styczności z dzieckiem (art. 113² k.r.o.) ani tym bardziej zakazu kontaktów (art. 113³ k.r.o.) wraz ze sformułowanymi w nich przesłankami ograniczenia lub pozbawienia styczności. Wydaje się również możliwe, że osoby te mogłyby tracić swe uprawnienie z mocy prawa jedynie w pewnym zakresie, co odpowiadałoby rezultatom osiąganym z pomocą instytucji ograniczenia prawa do styczności.

2. TREŚĆ INGERENCJI SĄDOWEJ

2.1. POSTACIE INGERENCJI W PRAWIE OBCYM

W prawie niemieckim wyraźnie uregulowano zarówno ograniczenie, jak i zakaz styczności. Prawodawca nie wyjaśnił na czym miałyby polegać ograniczenie styczności. W doktrynie i judykaturze zgodność panuje co do tego, że może ono przybrać każdą postać, która nadaje się do zapobieżenia poważnemu naruszeniu dobra dziecka⁴. Chodzi zarówno o ograniczenia czasowe, jak też dotyczące miejsca kontaktu⁵. Mogą również zostać nałożone różnego rodzaju polecenia⁶; można wyznaczyć osobę nadzorującą kontakt (*Überwachungspfleger*) lub inny sposób kontrolowanej styczności (*betreute Besuchsrecht*)⁷, może być również nałożony zakaz obecności konkretnych osób trzecich⁸. Jeśli przy przekazywaniu dziecka dochodzi do napięć pomiędzy rodzicami, możliwe byłoby ograniczenie styczności polegające na włączeniu neutralnej osoby trzeciej i powierzeniu jej przekazywania dziecka⁹. Natomiast zarządzenie obecności rodzica sprawującego władzę rodzicielską jest w Niemczech zdecydowanie odrzucane¹⁰.

Wykluczenie (zakazanie) styczności jest w Niemczech traktowane jako *ultima ratio*. Takie stanowisko doktryny i judykatury zostało podkreślone przez ustawodawcę wprowadzeniem do § 1684 k.c.n. nowego ustępu 4 zdanie drugie. Zgodnie z jego treścią, już nawet "dłużej trwające ograniczenie" i oczywiście "wykluczenie" kontaktów nie może być zarządzone jedynie dlatego, że "jest to potrzebne dla dobra dziecka". Może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy bez orzeczenia zakazu dobro dziecka byłoby poważnie zagrożone¹¹.

Ten najbardziej drastyczny środek może być orzeczony albo jako czasowo ograniczony zakaz, albo też jako wykluczenie definitywne.

W Szwajcarii, aż do czasu rewizji kodeksu cywilnego z 1976 r., wyznaczenie granic rodzicielskiego prawa do styczności pozostawione było doktrynie i judykaturze, które nie najlepiej sobie z tym zadaniem radziły¹². Długi czas traktowały rodzicielskie prawo do styczności jako naturalne uprawnienie osobiste przyznane w pierwszej kolejności w interesie rodziców, nie zaś dziecka¹³. Powodowało to, że do zakazu kontaktów, ale nawet do ich ograniczenia, dochodziło jedynie w absolutnie wyjątkowych przypadkach.

Obecnie rzecz jest uregulowana w art. 274 ust. 2 k.c.szw. wyraźnie przewidującym możliwość **ograniczenia** oraz **pozbawienia styczności**. Prawo szwajcarskie dopuszcza również możliwość **upomnień** (*Mahnungen*) oraz **poleceń** (*Weisungen*), jeśli wykonywanie lub niewykonywanie prawa do kontaktów wywołuje niekorzystne następstwa dla dziecka (*expressis verbis* w art. 273 ust. 2 k.c.szw.). Dodatkowo podkreśla to i uwypukla, że niezgodne z dobrem dziecka wykonywanie prawa do odwiedzin np. poprzez kontakty nieregularne, ze spóźnieniami, o niewłaściwym dla wieku dziecka programie, może dawać powód do ingerencji.

Jako polecenie, oprócz kontrolowanych odwiedzin, w grę mogłoby m.in. wchodzić ich połączenie z terapią, zobowiązanie do konsultacji w poradniach, a także zatrzymanie paszportu w przypadku zagrożenia uprowadzeniem dziecka, co jednak uważane jest za mało efektywne i z powodów formalnych dopuszczalne jedynie wówczas, gdy dziecko ma paszport szwajcarski¹⁴.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności ingerencji¹⁵ w pierwszej kolejności powinny być stosowane upomnienia, dopiero w dalszej polecenia, a w ostateczności całkowity lub częściowy zakaz styczności.

Z kolei w prawie francuskim *expressis verbis* uregulowana została jedynie ingerencja polegająca na możliwości odmowy kontaktów. Nie oznacza to oczywiście, że prawo do styczności nie może zostać również ograniczone. We Francji odbywa się to jednak w ramach i na zasadach sądowego kształtowania styczności. Kryterium ograniczenia, podobnie jak przy zwykłym kształtowaniu prawa, stanowi zatem dobro dziecka¹⁶.

Podobna jest sytuacja w Belgii. Także tam wyraźnie uregulowane zostało jedynie pozbawienie prawa

do odwiedzin. Łagodniejsza ingerencja w postaci ograniczenia styczności jest jednak powszechnie akceptowana¹⁷.

2.2. OGRANICZENIE I CAŁKOWITY ZAKAZ STYCZNOŚCI W ŚWIETLE EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Ingerencję w prawo do ochrony życia rodzinnego (art. 8 ust. 1), a w jego ramach w prawo do kontaktów z dzieckiem, dopuszczają akty europejskie, w tym w szczególności **Europejska Konwencja Praw Człowieka**. Stosownie do treści art. 8 ust. 2 wymaga to spełnienia trzech warunków. Po pierwsze, ingerencja musi być w danym porządku prawnym ustawowo dopuszczona. Po drugie, ma służyć ochronie zdrowia dziecka oraz praw i wolności dziecka, a także innych osób. I po trzecie, ma być w konkretnym przypadku niezbędnym środkiem ochrony w społeczeństwie demokratycznym.

W piśmiennictwie przyjmuje się, iż w świetle artykułu 8 ust. 2 Konwencji w grę wchodzi zarówno **ograniczenie** styczności z dzieckiem, jak i jej **całkowite wykluczenie**. Zakaz kontaktów traktowany jest jako dopuszczalny, gdyż interesy dziecka mają pierwszeństwo przed rodzicielskim prawem do kontaktów¹⁸.

Istnienie konieczności ograniczenia lub wykluczenia prawa do styczności podlega kontroli organów Konwencji. Organom krajowym pozostawiony został jednak szeroki margines oceny sytuacji rodzinnej. Margines ten wzbudził ożywioną dyskusję w piśmiennictwie zagranicznym na tle głośniejszej, powszechnie przywoływanej w literaturze skargi *Hendricks przeciwko Holandii*¹⁹. W sprawie tej matka sprawująca wyłącznie władzę rodzicielską oraz jej nowy mąż odmawiali rozwiedzionemu ojcu jakiegokolwiek kontaktu z dzieckiem. Sądy holenderskie podjęły nieskuteczne działania i ostatecznie zaakceptowały zaistniały stan rzeczy.

Komisja nie dostrzegła naruszenia art. 8 Konwencji w kontekście praw ojca poprzez przekroczenie granic swobody sędziowskiej. Uznała, że istnienie napięć pomiędzy rozwiedzionymi rodzicami może rzeczywiście mieć niekorzystne następstwa dla dziecka. Przy tym nie można obciążać urzędników odpowiedzialnością za problemy z realizacją, ponieważ uczynili w sprawie to, czego można było od nich oczekiwać i wymagać aby ochronić prawo ojca do kontaktów.

W piśmiennictwie stanowisko to poddano zasadniczej krytyce. Przede wszystkim nie zgodzono się na uznanie, że opór matki może być wystarczającym powodem zerwania kontaktów dziecka z ojcem. Wskazywano, że w ten sposób interesy matki zostały wyżej zaszerogowane niż dziecka, co stanowi ewidentne naruszenie art. 8 Konwencji. Matce nie może być przyznane swobodne prawo weta. Jeśli dobro dziecka tego rzeczywiście wymaga, decyzja o zakazaniu ojcu styczności powinna zapaść jedynie w postępowaniu, w którym prawo wykluczającego rodzica do ochrony życia rodzinnego będzie odpowiednio uwzględnione i uszanowane²⁰.

Zwracano także uwagę na to, że decyzja sądów holenderskich oraz jej usprawiedliwienie przez Komisję oznacza aprobatę dla tworzenia prawa w drodze sankcjonowania bezprawia (*ex iniuria ius oritur*). Taka judykatura nie tylko burzy zaufanie do sądów, ale też godzi w podstawy państwa prawa unicestwiają ochronę praw człowieka²¹.

2.3. ZAKAZ, OGRANICZENIE ORAZ POLECENIE JAKO FORMY INGERENCJI W PRAWIE POLSKIM

W prawie polskim, podobnie jak w niemieckim a inaczej niż francuskim oraz belgijskim, wyraźnie odróżnia się kształtowanie prawa do styczności od sądowej ingerencji w kontakty z dzieckiem. Możliwości ingerencji sądowej, polegającej na ograniczeniu lub zakazie styczności, poświęcone zostały dwa obszerne artykuły. Oprócz tego ustawodawca polski, podobnie jak to zrobił prawodawca szwajcarski, wyraźnie uregulował dopuszczalność ingerencji polegającej na nałożeniu poleceń na rodziców. Chodzi zarówno o środek ingerencji w już ukształtowane prawo do kontaktów z dzieckiem, jak i możliwość ograniczenia pierwotnego, pojawiającego się na etapie kształtowania styczności przez sąd.

Ograniczenia styczności dotyczy przepis art. 113² k.r.o. Ustawodawca sformułował w nim katalog środków, które może zastosować sąd opiekuńczy (§ 2). Przy czym należy go rozumieć jako wyliczenie przykładowe, otwarte, a więc niewykluczające zastosowania innych, nieujętych w nim możliwości.

Znalazła się tu również możliwość zezwolenia na "spotkanie się z dzieckiem tylko w obecności drugiego z rodziców" (art. 113² § 2 pkt 3 k.r.o.). Zdecydowanie nie zasługuje to na aprobatę²². Wypada jedynie wyrazić nadzieję, że sądy nie będą czyniły użytku z tej ewentualności. Względnie, że wypracują niepisane ograniczenie uzależniające tę możliwość od zgody uprawnionego do styczności, on bowiem wie najlepiej, czy w obecności drugiego rodzica możliwe jest nawiązanie kontaktu z dzieckiem. W przypadku

braku zgody sąd mógłby przecież skorzystać z, alternatywnie wskazanej w przepisie art. 113² § 2 pkt 3 k.r.o. możliwości poddania kontaktów obligatoryjnej obecności kuratora sądowego lub innej wskazanej osoby.

Nie ma przeszkód, aby poszczególne zakazy kumulować. Przykładowo sąd może zakazać zabierania dziecka poza miejsce jego stałego pobytu oraz porozumiewania się na odległość. W prawie polskim istota ograniczenia kontaktów z dzieckiem polega jednak na wyeliminowaniu jedynie niektórych, w każdym razie nie wszystkich, form styczności przy zachowaniu pozostałych - i w miarę możliwości - na wykluczeniu ich tylko na określony czas, co zgodnie jest z zasadą proporcjonalności ingerencji sądu²³.

Można podzielić wyrażony w doktrynie pogląd²⁴, że niektóre ograniczenia objęte katalogiem z art. 113² § 2 k.r.o. pozostają w stosunku do siebie w specjalnej relacji, którą można określić jako stosunek "zawierania się". A zatem orzeczenie określonego zakazu styczności z dzieckiem zawiera w sobie również inny wymieniony w przepisie zakaz. Przykładowo: wówczas, gdy nałożony zostanie zakaz spotykania się z dzieckiem niemożliwe będzie również (automatycznie) jego zabieranie poza miejsce stałego pobytu. Ale już nie odwrotnie. Wskazana jest tu pewna ostrożność, a w szczególności precyzyjne określenie zakazu w orzeczeniu, odpowiadające zamierzonemu przez sąd celowi²⁵.

Zakaz kontaktów uregulowany został natomiast w art. 113³ k.r.o. Wprawdzie nie wynika to wprost z treści przepisu, ale również na tle prawa polskiego aktualne jest rozróżnienie zakazu, połączonego z istnieniem przejściowej jedynie przeszkody²⁶, oraz definitywnego. W tym drugim przypadku należałoby właściwie mówić nie tyle o definitywnym, co raczej o czasowo nieoznaczonym zakazie. Również bowiem w takiej sytuacji nie jest wyłączona możliwość odwołania się do treści art. 113⁵ k.r.o., a więc zmiany orzeczenia przez sąd, jeśli wymaga tego dobro dziecka z uwagi na okoliczność że przyczyny orzeczenia zakazu ustały.

Na tle obecnie obowiązującej regulacji prawnej w pełni zasadne jest twierdzenie, że zakaz kontaktów z dzieckiem ma generalny charakter²⁷. Swym zakresem obejmuje wszystkie elementy tworzące prawo do styczności z dzieckiem. A więc nie tylko przebywanie z dzieckiem, ale także porozumiewanie się z nim zarówno w formie bezpośredniej (kontakt telefoniczny itp.), jak i pośredniej (w tym np. korespondencję listowną, elektroniczną). Uniemożliwia to objęcie zakazem tylko niektórych form styczności przy utrzymaniu pozostałych²⁸.

Takie stanowisko, odpowiadające dotychczasowemu dominującemu rozumieniu zakresu zakazu, znajduje obecnie mocne oparcie w regulacji prawnej²⁹. Treść art. 113² k.r.o. wyraźnie przesądza o tym, że zakazanie jedynie określonej formy kontaktów np. spotykania się z dzieckiem czy porozumiewania się na odległość itd., ulokowane zostało przez prawodawcę w ramach instytucji ograniczenia styczności. Ma to dość istotne praktyczne znaczenie, ze względu na sformułowanie przez prawodawcę polskiego różniących się przesłanek zastosowania konstrukcji ograniczenia oraz zakazu kontaktów.

Ponieważ również w dawniejszej judykaturze sądowej zakaz pojmowany był jako generalny, pełną aktualność zachowują wypracowane wówczas przesłanki zakazu osobistej styczności (będzie jeszcze o tym mowa³⁰).

Możliwość nałożenia poleceń na uprawnionego do styczności uregulowana została w art. 113⁴ k.r.o. Dotyczy ona wyłącznie uprawnionych rodziców i nie można jej rozciągać, o czym była już mowa, na pozostałych uprawnionych do styczności (z mocy art. 113⁶ k.r.o.). Na tych ostatnich nie ciąży obowiązek kontaktów³¹, również nałożenie poleceń nie może być zatem w ich przypadku aktualne³². Niedopuszczalna byłoby także wykładnia rozszerzająca, polegająca na objęciu zakresem przepisu również uprawnionego do kontaktu dziecka³³. Na dziecku, inaczej niż na bliskich osobach trzecich, ciąży wprawdzie obowiązek kontaktów, a przynajmniej niektóre ze wskazanych w art. 113⁴ k.r.o. możliwości mogłyby okazać się pomocne w kształtowaniu właściwej relacji z uprawnionym rodzicem, mimo to ewentualność taką należy odrzucić. I to nie dlatego że, jak chcą niektórzy autorzy, niedopuszczalne byłoby "zmuszanie dziecka do utrzymywania niechcianych kontaktów z rodzicem, w stosunku do którego nie może opanować niechęci i strachu"³⁴, ale wyłącznie dlatego, że taka była wyraźna wola ustawodawcy. Prawo i obowiązek kontaktów przyznał i nałożył on *expressis verbis* zarówno na dziecko, jak i na rodzica (art. 113 § 1 k.r.o.). Możliwość orzeczenia poleceń ograniczył natomiast do rodziców.

W przepisie jedynie przykładowo wskazana została dopuszczalność skierowania rodziców do placówek albo specjalistów zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących rodzinie inną stosowną pomoc.

Przywołana podstawa może być również wykorzystana do zobowiązania rodziców do określonego postępowania. Może tu przykładowo chodzić o nałożenie wzajemnego obowiązku informowania się w określony sposób o przeszkodach uniemożliwiających odwiedziny przypadające w konkretnym terminie.

Przepis nakłada obligatoryjne wskazanie przez sąd sposobu kontroli wydanych zarządzeń. Może ona polegać na nałożeniu na rodziców obowiązku składania określonych sprawozdań, przeprowadzania przez kuratora sądowego kontrolnych wywiadów środowiskowych, okresowym stawiennictwie w sądzie i rozmowie kontrolnej z rodzicami lub dzieckiem, zaciągnięciu informacji bezpośrednio w placówkach świadczących pomoc rodzinie, placówkach leczniczych, terapeutycznych. Może również polegać na nałożeniu obowiązku przedkładania zaświadczeń o podjęciu i kontynuowaniu terapii rodzinnej³⁵.

Nie można zgodzić się z wyrażonym w piśmiennictwie poglądem jakoby miało tu, a więc przy instytucji nałożenia zobowiązania, chodzić o "orzeczenie będące w istocie swej ograniczeniem władzy rodzicielskiej"³⁶. Przeciwno takiej tezie przemawia chociażby spostrzeżenie, że możliwość ta dotyczy zarówno rodzica sprawującego władzę rodzicielską, jak i uprawnionego do kontaktów, który władzy nie posiada.

Ulokowanie tego przepisu w oddziale 3 "Kontakty z dzieckiem" przesądza o jego pierwotnym, podstawowym związku z prawem do styczności z dzieckiem. W pierwszym rzędzie należałoby zatem traktować go raczej jako swoiste ograniczenie prawa do styczności³⁷, gdyż jego utrudnienie poprzez dodatkowe zobowiązanie, rodzica uprawnionego. Tak też jest ono postrzegane w porządkach zagranicznych, szczególnie tych, które nie przewidują odrębnej podstawy prawnej nałożenia poleceń na rodzica uprawnionego do styczności. Możliwość objęcia zobowiązaniem nie tylko uprawnionego do kontaktów, ale również rodzica sprawującego władzę rodzicielską jest tu wprawdzie ważnym, ale jedynie wtórnym elementem koniecznym dla osiągnięcia celu w postaci lepszego funkcjonowania kontaktów uprawnionego z dzieckiem. Co najwyżej w tym fragmencie można byłoby postrzegać oprócz ograniczenia prawa do styczności także (uboczne) ograniczenie władzy rodzicielskiej rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem na co dzień (analogiczne w swej treści do art. 109 § 2 pkt 1 k.r.o.).

Warto jeszcze zasygnalizować, że uregulowanie to może być zastosowane zarówno samodzielnie, jak i w połączeniu z innymi środkami ograniczenia kontaktów, a nawet w związku z orzeczeniem zakazu ich utrzymywania. W tym ostatnim przypadku w połączeniu z niewykluczonym jego uchyleniem.

3. PRZESŁANKI INGERENCJI SĄDOWEJ

3.1. NARUSZENIE DOBRA DZIECKA W PRAWIE OBCYM

W Niemczech przesłankę ingerencji stanowi dobro dziecka. Tylko ono może być brane pod uwagę przez sąd. Interesy rodzica sprawującego władzę rodzicielską oraz uprawnionego do styczności z dzieckiem, lub osób trzecich, muszą zawsze ustąpić³⁸.

Zwraca się uwagę na to, że kontakt godzi w dobro dziecka, jeśli pociąga za sobą zagrożenie dla zdrowia dziecka albo jego rozwoju duchowego. To z kolei jest potwierdzone przykładowo wówczas, gdy dziecko po odwiedzinach - a w każdym razie w bezpośrednim związku czasowym z nimi - wykazuje nasilenie objawów *neurodermitis* (stanu zapalnego skóry ze świadem o podłożu psychogennym)³⁹, albo też jeśli nawiązanie kontaktów miało wywołać ciężki, psychiczny szok u dziecka. Tak orzekł Federalny Sąd Najwyższy (BGH) na tle sprawy, w której nawiązanie kontaktów uniemożliwiało dalsze utrzymywanie w tajemnicy przed dzieckiem tego, że to ojciec zabił matkę⁴⁰. Na bezpośrednie naruszenie dobra dziecka może również wskazywać osobliwe, nietypowe zachowanie dziecka. Takie stanowisko zajął np. Wyższy Sąd Krajowy (OLG) w Hamm w sprawie, w której dziecko reagowało agresywnie na uwagi ojca, że się przed nim chowa⁴¹.

W prawie szwajcarskim przesłanki ingerencji sformułowane zostały w przepisie art. 274 ust. 2 k.c.szw. *Prima facie* regulacja, na tle europejskim, jest dość niezwykła, gdyż przewiduje aż cztery alternatywne sytuacje, w których możliwe jest ograniczenie, względnie wykluczenie styczności. Wyraźnie wskazane zostały: 1) zagrożenie dobra dziecka, 2) niewłaściwe wykonywanie prawa do styczności, 3) zaniedbywanie dziecka oraz 4) inne ważne powody. W istocie rzeczy ingerencja wymaga "jedynie" naruszenia dobra dziecka, co odpowiada *ratio legis* przepisu. Pozostałe wyliczone okoliczności są wyłącznie typowymi przykładami sytuacji godzących w dobro dziecka. Nie chodzi tu przecież o regulację prawną mającą na celu ukaranie rodziców w związku np. z brakiem troski o dziecko, ale o ochronę dobra dziecka. Ingerencja jest zatem możliwa dopiero wówczas, gdy przywołany brak troski godzi w dobro dziecka. Zatem również w Szwajcarii jedynym i wystarczającym kryterium ingerencji jest dobro dziecka⁴².

W piśmiennictwie oraz judykaturze szwajcarskiej nie ma wątpliwości, iż obejmuje ono zarówno fizyczny, duchowy, jak i obyczajowy rozwój dziecka. Zakłócenie dobra dziecka poprzez osobiste kontakty potwierdzone jest już wówczas, gdy rozwój ten jest poważnie zagrożony⁴³.

We Francji przesłanką ograniczenia lub wykluczenia prawa do styczności - zarówno rodzicielskiego, jak i prawa służącego dziadkom - są ważne powody (*motifs graves*)⁴⁴. Ich występowanie udowodnić musi rodzic sprawujący władzę rodzicielską. W literaturze francuskiej podkreśla się, że nie chodzi tu o jakiegokolwiek ważne powody, ale właśnie o te, które wiążą się z dobrem dziecka. Kontynuowanie relacji musiałoby stanowić źródło ciężkich zakłóceń dla zdrowia lub równowagi psychicznej dziecka. Wyrażną wskazówką interpretacyjną jest tu odesłanie do art. 375 k.c.fr i do stosowania tam przywołanych przesłanek zarządzenia pomocy w wychowaniu dziecka. Ta z kolei, może zostać orzeczona wówczas, gdy zagrożone jest zdrowie, bezpieczeństwo lub moralność małoletniego lub warunki wychowania są w poważny sposób zakłócone⁴⁵.

Podobne rozwiązanie przyjął prawodawca belgijski. Stosownie do treści art. 374 ust. 4 k.c.belg. wykluczenie kontaktów mogą uzasadniać jedynie "szczególnie ważne powody" (*motifs très grave/ bijzonder ernstige redenen*). Takie sformułowanie ma podkreślać wyjątkowość wykluczenia styczności. Wypełnienie treścią zastosowanej klauzuli generalnej pozostawiono judykaturze⁴⁶.

3.2. DOBRO DZIECKA JAKO PRZESŁANKA INGERENCJI W PRAWIE POLSKIM

W Polsce zarówno ograniczenie prawa do styczności, jak i jego wykluczenie uzależnione zostało od dobra dziecka. Jednak o ile przesłanką orzeczenia zakazu utrzymywania kontaktów jest stan poważnego zagrożenia dobra dziecka lub jego naruszenie, o tyle dla ograniczenia kontaktów wystarczające jest ustalenie, że wymaga tego dobro dziecka. Sytuacja jest tu zatem identyczna z tą, która obowiązuje w prawie niemieckim. Ingerencja poważniejsza, będąca swego rodzaju *ultima ratio*, uzależniona została od poważnego zagrożenia lub naruszenia, natomiast, w mniejszym stopniu zakłócające kontakty, ich ograniczenie, może zostać zastosowane już wówczas, gdy wymaga tego dobro dziecka. Ograniczenie będzie zatem możliwe wtedy, gdy dobro dziecka nie jest poważnie zagrożone, ani tym bardziej naruszone, ale takie właśnie rozwiązanie służy dobru dziecka, a więc leży w jego interesie.

Zagrożenie jako przesłanka orzeczenia zakazu styczności jest pewnym stanem hipotetycznym istniejącym już wtedy, kiedy dobro dziecka nie zostało jeszcze naruszone. Nie chodzi przy tym o każde zagrożenie, ale o zagrożenie poważne. Słusznie zwraca się przy tym uwagę w literaturze, że musi ono być realne, chociaż niekoniecznie nieuniknione, i bezpośrednie⁴⁷. Przy takim rozumieniu tej przesłanki już samo wszczęcie postępowania karnego o przestępstwo na szkodę dziecka - w tym szczególnie molestowania seksualnego - mogłoby być, w okolicznościach konkretnej sprawy, uznane za wystarczające dla orzeczenia zakazu styczności z dzieckiem (przynajmniej na czas trwania postępowania).

Warto w tym miejscu zasygnalizować, że dookreślenie "poważne" odnosi się wyłącznie do zagrożenia i nie można łączyć go z przesłanką naruszenia. Chociaż na etapie procesu legislacyjnego proponowane było także właśnie rozwiązanie, które nie zostało jednak przyjęte⁴⁸.

Zakaz styczności z dzieckiem powinien być stosowany wyjątkowo. Stanowisko takie od lat konsekwentnie prezentuje również Sąd Najwyższy postulując aby był on orzekany jedynie wówczas, gdy utrzymywanie osobistych kontaktów z dzieckiem zagraża jego życiu, zdrowiu, bezpieczeństwu lub wpływa demoralizująco na dziecko⁴⁹.

Ze względu na generalny charakter, zakaz styczności może być wykorzystywany jedynie wówczas, gdy utrzymanie **jakiegokolwiek** formy kontaktów godziłoby w dobro dziecka⁵⁰.

Z kolei nałożenie na rodziców polecenia w trybie art. 113⁴ k.r.o., niezależnie od tego czy podejmowane jest jako sądowa ingerencja w już ukształtowane prawo do styczności, czy też następuje w ramach pierwotnego "kształtowania go", wymaga spełnienia przesłanki właściwej dla ograniczenia styczności (art. 113² § 1 k.r.o.). A zatem możliwe jest wówczas, gdy wymaga tego dobro dziecka. Przepis art. 113⁶ k.r.o. wprawdzie wyraźnie tego nie wskazuje, jednak m.in. z systematyki przepisów regulujących kontakty z dzieckiem - a więc ulokowania art. 113⁴ k.r.o. bezpośrednio po przepisach dotyczących ingerencji sądu w postaci ograniczenia i zakazu styczności - wynika wniosek, że chodzi tutaj o szczególną postać ograniczenia nakładanego na uprawnionego do styczności. Wniosku tego nie zmienia spostrzeżenie, że do nałożenia polecenia może dojść już na etapie pierwotnego regulowania kontaktów przez sąd. Taką ewentualność przewiduje bowiem przepis art. 113⁴ k.r.o. *expressis verbis*. Przecież również ograniczenie styczności w trybie art. 113² k.r.o. - a nawet ich zakaz w trybie art. 113³ k.r.o. - może nastąpić także na etapie pierwotnego kształtowania prawa przez sąd i nie ma przy tym wątpliwości, że wymaga to spełnienia przesłanek właściwych dla ograniczenia prawa. Analogicznie jest z możliwością nałożenia polecenia. Także ono, jako postać ograniczenia styczności⁵¹, może być nałożone zawsze wówczas, gdy wymaga tego dobro dziecka.

Wobec braku wyraźnego wskazania w art. 113⁴ k.r.o. przesłanki wymaga tego dobro dziecka jako warunkującej dopuszczalność nałożenia polecenia na uprawnionego, może pojawić się pokusa odmiennej interpretacji przepisu. W grę wchodziłyby ewentualnie dwie dalsze możliwości. Po pierwsze, można byłoby utrzymywać, że nie chodzi tu o ingerencję ograniczającą prawo, a jedynie o jego kształtowanie; oraz po drugie, że instytucja nałożenia polecenia ma dwoistą naturę. A zatem, że może stanowić albo ingerencję polegającą na ograniczeniu (i wówczas dopuszczalna jest gdy "wymaga tego dobro dziecka"), albo też może być podjęta na etapie sądowego kształtowania prawa (a więc wymagać wówczas jedynie regulowania zgodnego z dobrem dziecka). Obie interpretacje należy odrzucić.

Pierwszą, ponieważ zobowiązanie rodziców do określonego zachowania w związku z kontaktami z dzieckiem stanowi jednak ograniczenie ich prawa. Wniosek taki płynie także z obserwacji judykatury zagranicznej, tych krajów, w których brak regulacji wyraźnie przewidujących sądowe polecenie kompensowany jest uznaniem dopuszczalności ich nałożenia właśnie na podstawie przepisów regulujących ograniczenie prawa do styczności⁵².

Drugą trzeba byłoby odrzucić z powodów praktycznych. Otóż przeprowadzenie granicy pomiędzy kształtowaniem prawa do styczności oraz jego ograniczeniem jest, o czym była już mowa⁵³, niezwykle trudne. W szczególności kryterium nie może tu być to, czy sąd po raz pierwszy zajmuje się uregulowaniem prawa, czy też ingeruje w czasie późniejszym w prawo już wcześniej ukształtowane⁵⁴. Nie byłoby zatem wiadomo kiedy i dlaczego sąd powinien stosować przesłanki jednej, a kiedy drugiej instytucji.

4. WYBRANE POWODY INGERENCJI W ŚWIETLE JUDYKATURY ZAGRANICZNEJ

4.1. UWAGI OGÓLNE

Mimo pewnych różnic w sformułowaniach przesłanek ingerencji sądowej w poszczególnych systemach prawnych, możliwe jest wyodrębnienie kilku podstawowych grup problemów, przed którymi stawały sądy w różnych krajach. Co ciekawe, proponowane sposoby rozwiązywania tych problemów wykazują daleko idącą zbieżność. Można nawet mówić o pewnym katalogu przyczyn ingerencji sądowej, co do których rozbieżności brak.

Przyczyny te dzieli się w piśmiennictwie zagranicznym zwykle na dwie grupy. Chodzi mianowicie o powody wynikające: 1) z osoby dziecka oraz 2) te dotyczące rodziców - a zatem, z jednej strony leżące po stronie uprawnionego do styczności, z drugiej zaś, sprawującego władzę rodzicielską rodzica. W ramach pierwszej grupy rozważany jest na ogół wiek dziecka oraz jego stan zdrowotny. Niekiedy zalicza się tutaj także wolę dziecka⁵⁵. W ramach drugiej: choroba uprawnionego, jego niewłaściwy styl życia (m.in. nowy związek uprawnionego, aresztowanie lub pozbawienie wolności, prostytutka matki), ingerowanie w sprawy wychowania, niedostateczne płatności alimentacyjne, zamiar ścisłej integracji dziecka w nowej rodzinie, a także napięcia między rodzicami.

Dalsze rozważania podporządkowane zostaną tej właśnie systematyce.

4.2. PRZYCZYNY W OSOBIE DZIECKA

Argument zbyt młodego wieku dziecka stosunkowo często podnoszony przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską, jako okoliczność przemawiająca za wykluczeniem kontaktów, zwykle nie znajduje aprobaty w judykaturze zagranicznej.

W piśmiennictwie niemieckim powszechnie jest przekonanie, iż styczność nie tylko nie godzi w dobro nawet bardzo małych dzieci, ale że sens i cel prawa do kontaktów polega właśnie na budowaniu ścisłych więzi rodzinnych pomiędzy dzieckiem oraz uprawnionym do styczności, aby służyły one rozwojowi dziecka. To z kolei zagwarantowane może być jedynie wtedy, gdy kontakt będzie przeprowadzany także mimo bardzo młodego wieku dziecka. Ewentualne trudności wynikające z wieku możliwe są do pokonania w drodze właściwego, odpowiadającego dobru dziecka, a zatem również jego wiekowi, ukształtowania prawa do kontaktów⁵⁶. Na marginesie warto zasygnalizować, że w piśmiennictwie odrzucono dodatkowy formalny argument na rzecz tej tezy, płynący z obserwacji, że ustawodawca niemiecki jako przyczyny zakazu nie wskazał wieku dziecka, a zatem, że wiek jest tu pozbawiony znaczenia. Słusznie bowiem zauważono, iż prawodawca nie uregulował *expressis verbis* żadnych konkretnych przyczyn zakazu zadawalając się klauzulą generalną dobra dziecka⁵⁷.

Z kolei w Szwajcarii zwraca się przede wszystkim uwagę na to, że jedynie poprzez przyznanie prawa

do odwiedzin możliwe jest uniknięcie wyobcowania rodzica niesprawującego władzy rodzicielskiej. Wiek dziecka nie może być zatem przeszkodą dla kontaktów⁵⁸.

Przyczyną wykluczenia lub ograniczenia kontaktów może być **choroba dziecka**. Tak np. bawarski Sąd Najwyższy (*Bayerische Oberste Landesgericht*) zakazał kontaktów matce dziecka pozamałżeńskiego ponieważ styczność zagrażała stabilności psychicznej bardzo lęklivego i opóźnionego w rozwoju intelektualnym oraz językowym dziecka⁵⁹.

Zakaz kontaktów uzasadniony stanem zdrowia dziecka orzeczony został również przez Wyższy Sąd Krajowy w Bamberg. Chodziło o sytuację, w której wyłącznie sprawująca władzę rodzicielską matka dziecka zmarła, gdy miało ono pięć lat. Strata matki pociągnęła za sobą również zerwanie kontaktów z jej partnerem, z którym dziecko było bardzo zżyte. Następnie wychowywane było przez kilka miesięcy przez dziadków ze strony matki, aż do czasu gdy zmarł dziadek, co z kolei spowodowało umieszczenie w rodzinie zastępczej. Sąd wykluczył kontakty naturalnego ojca dziecka przynajmniej do czasu osiągnięcia przez dziecko stabilności psychicznej⁶⁰.

4.3. CHOROBA UPRAWNIONEGO

Choroba uprawnionego rodzica mogłaby być przyczyną ingerencji, a więc zarówno ograniczenia, jak i wykluczenia styczności, jeśli poważnie godzi w dobro dziecka. Sąd apelacyjny w Aix-en-Provence⁶¹ uznał, że infekcja wirusem HIV (AIDS) nie stanowi zwykle poważnego powodu uzasadniającego wykluczenie kontaktów⁶².

Podobnie rzecz jest oceniana w Niemczech i Szwajcarii. Wyjątkiem są choroby zakaźne, przed którymi dziecko nie może być w wystarczający sposób zabezpieczone⁶³. W piśmiennictwie niemieckim wskazywane są w tym kontekście niedostatecznie zbadane choroby tropikalne⁶⁴. Judykatura szwajcarska uwzględniała gruźlicę⁶⁵.

Przy **chorobach uzależnieniowych** oraz **psychozach** możliwość i potrzeba ingerencji uzależniona jest od okoliczności konkretnego przypadku. W każdej sprawie należy zbadać czy osobista styczność nie zagraża dziecku. W piśmiennictwie szwajcarskim przytaczany jest w tym kontekście przykład pozbawionego prawa do styczności ojca cierpiącego na schizofrenię, którego dotychczasowy stosunek do dzieci nacechowany był szczególną brutalnością oraz wieloletnią obojętnością⁶⁶. Z kolei Wyższy Sąd w Zurychu (OG)⁶⁷ nie uznał za właściwe ograniczenie prawa do styczności chorej psychicznie matki, gdyż jej stan nie wpływał negatywnie na dziecko.

4.4. STYL ŻYCIA

4.4.1. NOWY ZWIĄZEK UPRAWNIONEGO RODZICA

Nierzadko styl życia uprawnionego do kontaktów rodzica był przyczyną wykluczenia kontaktów z dzieckiem.

We Francji w latach 60. i 70. XX wieku toczyła się np. poważna, oddziałująca dziś już mocno archaicznie, dyskusja dotycząca tego, czy ślub matki z mężczyzną, z którym utrzymywała wcześniej związki będące następnie przyczyną rozpadu małżeństwa, nie uzasadnia wyłączenia styczności z dzieckiem. Ostatecznie zgodzono się, że nie⁶⁸.

Aktualnie zastąpiła ją analogiczna dyskusja mająca za przedmiot **homoseksualizm** lub **transseksualizm** w połączeniu z nowym związkiem uprawnionego do styczności ojca. Homoseksualizm ojca nie uzasadnia, w opinii sądów francuskich, wykluczenia kontaktów. Zdarza się w takich przypadkach ograniczenie styczności polegające na zakazaniu obecności partnera podczas wizyt dziecka⁶⁹. Podobnie jest z transseksualizmem. Interesowi dziecka polegającemu na utrzymaniu kontaktów z obojgiem rodziców sądy dają priorytet przed ewentualnymi niepokojami psychologicznej natury, których można się spodziewać.

Z kolei w Belgii sprawa wpływu związku homoseksualnego jednego z rodziców na prawo do kontaktów z dzieckiem nadal jest sporna⁷⁰.

4.4.2. PROSTYTUCJA MATKI

Również praca uprawnionej do kontaktów matki w charakterze prostytutki sama w sobie nie jest uważana za wystarczający powód wykluczenia styczności. Tak orzekł np. sąd apelacyjny (*cour d'appel*) w Limoges⁷¹. W piśmiennictwie francuskim pojawiły się jednak, warte przybliżenia, zastrzeżenia dotyczące

tej tezy. Otóż, zwrócono uwagę, że sąd powierzając władzę rodzicielską ojcu, nie zaś matce trudniącej się prostytutką, dokonał już oceny zagrożeń dla dobra dziecka. Zatem należałoby przynajmniej wykluczyć dłużej trwające pobyty dziecka u matki⁷².

Podobne stanowisko prezentuje judykatura niemiecka. Dla przykładu Wyższy Sąd Krajowy w Brunshwiku w prostytutce matki nie dostrzegł niebezpieczeństwa poważnych zagrożeń dla dziecka, za konieczne uznał jednak wydanie odpowiednich zarządzeń dotyczących czasu, miejsca oraz ewentualnie pozostałych okoliczności, które pozwoliłyby właściwie zabezpieczyć dziecko⁷³.

Także judykatura szwajcarska nie uznaje zarobkowej prostytutki za wystarczającą, samodzielny powód ingerencji sądu w prawo do styczności⁷⁴.

4.4.3. ARESZTOWANIE UPRAWNIONEGO

Aresztowanie uprawnionego rodzica nie jest, co do zasady, wystarczającym powodem ingerencji. Sąd apelacyjny w Aix-en-Provence⁷⁵ uregulował prawo do kontaktów aresztowanego ojca z jego 4-letnim dzieckiem. Za zasługujące na ochronę sąd uznał prawo ojca do kontaktów z dzieckiem, z drugiej zaś strony podkreślił, że w więzieniach istnieją specjalnie wydzielone pomieszczenia umożliwiające taki kontakt i zapewniające przy tym, dzięki obecności strażnika, wystarczające bezpieczeństwo dziecku.

Sprawa wpływu aresztowania (pozbawienia wolności) na dobro dziecka zaprzętała uwagę również sądów szwajcarskich. Dokonała się tu znaczna ewolucja poglądów. Jeszcze w końcu lat 60. XX wieku Sąd Apelacyjny we Freiburgu⁷⁶ wykluczył kontakt z dziećmi ich ojca odbywającego karę pozbawienia wolności. Jako powód wskazane zostały wysokie koszty odwiedzin⁷⁷ oraz okoliczności, w których do kontaktów miałyby dochodzić. Styczność, zdaniem sądu, miałaby także negatywny wpływ na równowagę psychiczną dzieci. Sąd wyraził przy tym zdecydowaną dezaprobatę, co z dzisiejszej perspektywy wydaje się szczególnie nie do zaakceptowania, że ojciec w ogóle brał pod uwagę kontakty z dziećmi podczas odbywania kary.

Obecnie jednak również w Szwajcarii powszechny jest pogląd, że odbywanie kary pozbawienia wolności (aresztowanie) zwykle nie jest okolicznością godzącą w dobro dziecka w związku z kontaktami⁷⁸. Słusznie zwraca się przy tym uwagę na to, że ocena mogłaby wypaść inaczej, jeśli ukarany czyn popełniony został przeciwko dziecku lub rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską. Regułą jest wtedy wykluczenie kontaktów⁷⁹.

4.5. NAPIĘCIA MIĘDZY RODZICAMI

Sporo uwagi judykatura oraz doktryna zagraniczna poświęciła kwestii występowania poważnych napięć między rodzicami. Zakłada się, że w takich sytuacjach kontakty pomiędzy rodzicem niesprawującym władzy rodzicielskiej oraz dzieckiem nie będą możliwe bez pewnego uszczerbku dla dziecka⁸⁰. Dziecko przecież jedynie z wielką trudnością może nawiązać właściwe relacje jednocześnie z obojgiem skłóconych ze sobą osób. Najprościej byłoby zatem przyjąć, że styczność dziecka i rodzica uprawnionego powinna zostać w takich sytuacjach wykluczona.

Szczególnie pogłębiona była dyskusja dotycząca tej kwestii prowadzona w literaturze niemieckiej. Zwrócono tam przede wszystkim uwagę na to, że sytuacja ta, czyli istnienie napięć pomiędzy rodzicami, upoważniałaby sąd do ingerencji w prawo do styczności zawsze, a przy tym niezależnie od tego, która strona zawiniła. Zauważono również, że to właśnie w rękach rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem na co dzień, leży możliwość eskalacji konfliktu poprzez jego ewentualne agresywne zachowania. W efekcie dochodziłoby do instrumentalizacji dobra dziecka. Rodzic bojkotujący kontakty powołując się na dobro dziecka osiągałby bez trudności wykluczenie kontaktów z rodzicem uprawnionym do styczności⁸¹.

Zamiast zatem dość automatycznego wykluczenia styczności z dzieckiem, w doktrynie niemieckiej, a także innych krajów, proponowane jest inne, bardziej wyważone rozwiązanie. Wskazuje się mianowicie na konieczność dokładnego zbadania okoliczności konkretnego przypadku oraz ustalenia intensywności naruszenia dobra dziecka. Nie w każdej sytuacji będzie ona bowiem na tyle duża, aby uzasadniać zakaz styczności, nawet jedynie czasowy. Zwraca się przy tym uwagę na to, że dzieci zwykle gorzej znoszą rozstanie oraz będące jego następstwem zerwanie kontaktów z jednym z rodziców, niż ewentualne konflikty rodzicielskie⁸². Dodaje się również, że przy powtarzających się sytuacjach obciążających dziecko jak tutaj: konfliktowych spotkaniach rodziców w związku z wykonywaniem prawa do styczności, "hartuje się" ono tak, że występujące napięcia odbiera jako mniej dotkliwe⁸³.

Oczywiście, napięcia między rodzicami w konkretnych sprawach mogą potwierdzać poważne zagrożenie lub naruszenie dobra dziecka. Jeśli rodzic sprawujący władzę rodzicielską złośliwie ogranicza

się do zostawiania dziecka przed drzwiami uprawnionego do styczności, aby tam samo na niego czekało, albo też, przy odbieraniu i odprowadzaniu dziecka dochodzi do kłótni lub wymiany złości, dziecko może odbierać to jako nieznośne obciążenie. Często jest po takich odwiedzinach nie tylko poważne, smutne, ale w ogóle "rozbite". Wówczas konieczne może okazać się wykluczenie - przynajmniej czasowe - styczności i rozważenie stosownych środków zaradczych np. odpowiednia terapia lub w ostateczności nawet zmiana orzeczenia dotyczącego władzy rodzicielskiej⁸⁴.

4.6. "MIESZANIE SIĘ" DO WYCHOWYWANIA DZIECKA

Niedopuszczalne mieszanie się do spraw wychowania dziecka może dawać powód do zakazania styczności. Uprawniony do kontaktów nie ma bowiem prawa przekazywania dziecku wartości, które byłyby nie do pogodzenia z wartościami, jakie usiłuje wpoić rodzic sprawujący władzę rodzicielską lub podważały je. Na tej podstawie Wyższy Sąd w szwajcarskiej Lucernie (*Obergericht*) wykluczył styczność ojca, ponieważ ten, dziecko wychowywane przez matkę w duchu religii katolickiej, usiłował przekonać do Świadków Jehowy. Sąd nie dokonał tu bynajmniej wartościującej oceny obu konfesji, a jedynie w interesie dziecka przyczynił się do wychowania wolnego od rażącej sprzeczności⁸⁵.

Z kolei judykatura belgijska nie dostrzega powodu do zakazu styczności w zmianie religii ojca, nawet na taką, która wymaga od niego stosowania metod wychowawczych sprzecznych z dotychczasowymi. Wprawdzie za podstawową wartość uznaje się również w Belgii homogeniczność wychowania dziecka, jednak przy starszych już dzieciach cenne jest także otwieranie nowych horyzontów myślowych. Za wystarczające uznano, w konkretnym przypadku, ograniczenie prawa do styczności z dzieckiem polegające na zakazie zabierania dziecka na mszę⁸⁶.

4.7. NIEWYSTARCZAJĄCE ALIMENTY

Niewystarczająco wysokie albo nawet nieregulowane lub regulowane z opóźnieniem płatności alimentacyjne nie są postrzegane w kategoriach naruszenia dobra dziecka uzasadniających ingerencję sądu w prawo do kontaktów⁸⁷. Wprawdzie w piśmiennictwie zwraca się uwagę na to, że uprawniony do kontaktów odbiera w ten sposób, często finansowo słabo sytuowanemu, samotnie wychowującemu dziecko, rodzicowi podstawy egzystencji i musi także brać pod uwagę, że uderza to w dziecko. A więc narusza również jego dobro. Tego rodzaju zachowania nie mogą jednak usprawiedliwiać ingerencji sądu, gdyż naruszenia nie wynikają tu ze styczności z dzieckiem i, co oczywiste, nie można im zapobiec poprzez zakaz kontaktów. Słusznie przy tym zwraca się także uwagę na to, że powiązanie obowiązku alimentacyjnego oraz prawa do styczności na zasadzie "nie ma alimentów, nie ma kontaktów", dramatycznie komplikowałoby, i tak już przecież bardzo na ogół złożone, relacje porozwodowe rodziców. Przy tym, takie sprzężenie godziłoby w osobisty interes dziecka polegający na zachowaniu kontaktów⁸⁸.

Jednak niechęć do alimentacji mogłaby w pewnych okolicznościach być potraktowana jako przyczynek do oceny braku zainteresowania dzieckiem. Jeśli bowiem dziecko boleśnie odczuwa obojętność uprawnionego do styczności rodzica, może to godzić w jego dobro również w ramach prawa do styczności⁸⁹.

4.8. DĄŻENIE DO ŚCISLEJ INTEGRACJI DZIECKA W NOWEJ RODZINIE

Często życzeniem rodzica sprawującego władzę rodzicielską jest wyłączenie kontaktów dziecka z rodzicem uprawnionym do styczności, ponieważ nowy partner przejął rolę ojca. Rodzic odrzuca wówczas potrzebę i szansę stworzenia nowej pełnej rodziny. Judykatura oraz doktryna zagraniczna nie dostrzega tu z reguły powodów do wykluczenia styczności z rodzicem uprawnionym. Do wystarczająco poważnego naruszenia dobra dziecka, usprawiedliwiającego zakaz kontaktów, będzie bowiem dochodziło niezwykle rzadko. W piśmiennictwie szwajcarskim wskazywany jest w tym kontekście przykład zerwanych już przed laty kontaktów przez naturalnego ojca i postrzegania przez dziecko rzeczywistego ojca w nowym partnerze matki⁹⁰.

5. WSPÓŁCZESNOŚĆ, KONKRETNOSĆ ORAZ INDYWIDUALIZACJA NARUSZENIA DOBRA DZIECKA

Ponieważ przesłanki ingerencji sądu w prawo do kontaktów z dzieckiem przybierają zwykle postać tak, lub inaczej ujętej klauzuli generalnej, sprowadzającej się na ogół do dobra dziecka i umożliwiającej z jednej strony sporą elastyczność, z drugiej jednak powodującej również niepewność, podejmowane są

zrozumiałe próby jej konkretyzacji. W piśmiennictwie zagranicznym, w tym w szczególności niemieckim, wypracowano już ważne **kryteria oceny** naruszenia dobra dziecka. Warto poświęcić im nieco uwagi, gdyż zasługują na aprobatę i stosowanie również z perspektywy przesłanek ingerencji, sformułowanych przez prawodawcę polskiego.

Otóż zwraca się uwagę na to, że naruszenie dobra dziecka, aby uzasadniało ingerencję musi być: 1) współczesne, 2) konkretne oraz 3) zindywidualizowane.

O **współczesności** (*Gegenwärtigkeit*) zwykle nie będzie mowy, jeśli naruszenie dobra dziecka miałyby wynikać jedynie z niewłaściwego uprzedniego, minionego już zachowania uprawnionego do kontaktów. Dla przykładu Wyższy Sąd Krajowy w Celle (OLG Celle) nie potwierdził istnienia współczesnego zagrożenia mimo wcześniejszych gróźb ojca adresowanych do dziecka (*das "Ding" totzuschlagen*)⁹¹. Podobnie w judykaturze niemieckiej ocenia się z reguły nawet dawne drobne rękoczynny uprawnionego do kontaktów wobec rodzica sprawującego władzę rodzicielską⁹².

Zasada współczesności nie oznacza oczywiście, że wcześniejsze, minione już zachowania uprawnionego do kontaktów pozbawione są, w rozważanym kontekście, znaczenia. Otóż, przyjęto regułę, że bezwzględnie należy wziąć je pod uwagę, jeśli z uprzednich zachowań wynikają aktualne, współczesne skutki. A zatem wówczas, gdy dawniejsze postęпки uprawnionego do styczności, wywołują aktualnie ciężkie następstwa dla dziecka. W judykaturze potwierdzono to w szczególności wobec zagrożenia dla zdrowia psychicznego dziecka, jeśli w związku z wcześniejszym zachowaniem uprawnionego, dziecko żywi do niego silne i nieprzewyciężone jeszcze uczucia nienawiści, braku szacunku albo wstrętu⁹³. Będzie tak również wówczas, gdyby kontakt miał zakłócać i stawiać pod znakiem zapytania podjęte środki terapeutyczne⁹⁴, albo też przeszkadzać w uspokojeniu psychiki dziecka⁹⁵.

Okoliczność nakazująca ingerencję musi być **konkretna**. Wymóg łagodzony jest nieco w dwóch sytuacjach. Bardzo często bowiem, w przypadkach nadużyć seksualnych oraz wobec ryzyka uprowadzenia dziecka, konkretnych okoliczności w ogóle nie można wykazać. Wyjątkowo zatem podejrzenie seksualnego wykorzystywania dziecka może wówczas opierać się na uzasadnionych obawach rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem albo też wynikać ze sporządzonej opinii biegłego potwierdzającej pedofilskie skłonności rodzica lub z okoliczności, że jest już prowadzone postępowanie karne. Analogicznie w drugim przypadku, może zachodzić jedynie obawa planowania pierwszego uprowadzenia dziecka, albo też uprowadzenie lub jego próba miało już miejsce w przeszłości i zachodzi uzasadnione okolicznościami ryzyko jego powtórzenia⁹⁶. W tych przypadkach sąd staje przed szczególnie trudnym pytaniem o to, kiedy naruszenie dobra dziecka można będzie uznać za wystarczająco konkretne wykazane.

Pozostaje jeszcze trzeci element. Jeśli już wykazano, że okoliczności dotyczące styczności z uprawnionym mogą potencjalnie spowodować naruszenie dobra dziecka, konieczne jest jeszcze zbadanie czy będą takimi w konkretnej sprawie, a więc **indywidualnie**. Warto w tym kontekście odwołać się do przykładu, związanego z aresztowaniem, dobrze ilustrującego ten warunek ingerencji. Otóż, nie może być wątpliwości co do tego, że wizyta w więzieniu w celu kontaktu z przebywającym tam uprawnionym do styczności rodzicem, zwykle wywołuje u dziecka negatywne odczucia. Mimo to, rozważając wykluczenie lub ograniczenie prawa do styczności, należy sprawdzić czy do naruszenia dobra dziecka dojdzie także na tle konkretnej, indywidualnej sprawy. A zatem uwzględnić również wiek dziecka, jego ogólną dojrzałość, świadomość popełnionego przez uprawnionego rodzica czynu zabronionego, możliwość ewentualnego przygotowania do wizyty przez zaufaną osobę itd.⁹⁷

6. WYBÓR RODZAJU INGERENCJI SĄDOWEJ

6.1. ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

Ingerencja sądu w prawo do styczności z dzieckiem w drodze jego ograniczenia lub wyłączenia służy **odwróceniu** niebezpieczeństwa dla dziecka i jako taka podlega zasadzie proporcjonalności⁹⁸. Polega ona na tym, że spośród wielu możliwych sposobów ingerencji należy wybrać ten, który tworzy stan w możliwie najmniejszym stopniu odbiegający od standardu normalnego, czyli nieograniczonego kontaktu z dzieckiem⁹⁹.

W doktrynie i judykaturze niemieckiej kwestia obowiązywania, również na tym obszarze, zasady proporcjonalności należy do bezspornych¹⁰⁰. W piśmiennictwie prawnorodzinnym przytaczane są dodatkowe, formalne argumenty płynące z analizy stosownych sformułowań ustawy pozwalających na ingerencję (§ 1684 k.c.n.). Zwraca się m.in. uwagę na wprowadzenie, w ramach ostatniej reformy, do

treści § 1684 k.c.n. określenia *soweit* ("jeżeli" wymaga, "jeżeli" zagraża albo precyzyjniej "tak dalece" jak wymaga), co szczególnie dobrze odzwierciedla myśl o proporcjonalności. Ważną rolę w tym kontekście przypisuje się również odmiennemu ukształtowaniu przesłanek ingerencji w przypadku ograniczenia styczności oraz jej wyłączenia. Ograniczenie kontaktów z dzieckiem ma mianowicie pierwszeństwo przed ich wykluczeniem. Zakaz styczności brany jest przez ustawodawcę pod uwagę jedynie jako ostateczność, jeśli dziecko tylko w ten sposób może być ochronione przed szkodliwym wpływem uprawnionego rodzica. W związku z zasadą proporcjonalności wskazuje się również na pierwszeństwo czasowego ograniczenia zakazu przed zakazem definitywnym¹⁰¹.

Analogicznie do zasady proporcjonalności podchodzi doktryna oraz judykatura szwajcarska. Podkreśla się tu zdecydowanie, że jeśli na tle okoliczności konkretnego przypadku wchodziłyby w grę środki mniej ograniczające, poprzez które można byłoby również zabezpieczyć dobro dziecka np. kontrolowane prawo do odwiedzin, upomnienie lub polecenie, należy właśnie tym dawać priorytet przed zakazem styczności. Regułą też jest, że wykluczenie styczności osobistej nie wyłącza kontaktu listowego¹⁰². Przy tym nawet definitywne wykluczenie styczności wymaga w Szwajcarii okresowej kontroli jego aktualności¹⁰³. Także ten zabieg oddaje myśl o proporcjonalności.

Zasada proporcjonalnej ingerencji w prawo do styczności z dzieckiem powinna znaleźć odzwierciedlenie również w praktyce sądów polskich. Wzorowane w dużym stopniu na niemieckich, rozwiązania przyjęte przez ustawodawcę polskiego mają podobną konstrukcję. Na ich tle wyraźnie dostrzegalna jest gradacja ograniczenia prawa do styczności i zakazu kontaktu. Obie instytucje uzależnione zostały od różnych przesłanek. Przy tym dla orzeczenia zakazu nie wystarcza, że wymaga tego dobro dziecka, jak to jest przy ograniczeniu styczności - art. 113² § 1 k.r.o.; tu konieczne jest, aby dalsze utrzymanie kontaktów poważnie zagrażało dobru dziecka lub je naruszało (art. 113³ k.r.o.). Orzeczenie zakazu, również na tle prawa polskiego, powinno zatem stanowić *ultima ratio*, do którego sąd może sięgać jedynie wtedy, gdy inne środki byłyby niewystarczające.

6.2. PRAKTYCZNE URZECZYWIŚNIENIE ZASADY PROPORCJONALNOŚCI

Zasada proporcjonalności jest zachowana wówczas, gdy zarządzony został najłagodniejszy z możliwych środków ingerencji. Przez najłagodniejszy z możliwych rozumiany jest natomiast ten środek, który pozwala na odpowiednie zabezpieczenie prawa, a przy tym w najmniejszym stopniu ogranicza uprawnionego do styczności¹⁰⁴.

W tym kontekście postawione zostało w piśmiennictwie zagranicznym ważne pytanie, o to, do osiągnięcia czego ma się nadawać zastosowany środek ingerencji¹⁰⁵. Sprawa wydaje się *prima facie* dość oczywista. Wbrew pozorom pojawia się jednak dość istotna trudność. Otóż możliwe i rozważane w literaturze są tu dwie opcje. Zgodnie z pierwszą, można prezentować maksymalistyczny pogląd, i jest on w piśmiennictwie reprezentowany, że zastosowany środek ma całkowicie zakończyć i wykluczyć na przyszłość naruszenie dobra dziecka spowodowane kontaktem. I po drugie, zgodnie z bardziej umiarkowanym stanowiskiem, orzeczony środek nie musi całkowicie zakończyć naruszenia a wystarczy, że zredukuje je do poziomu już nie wymagającego dalszej ingerencji w prawo do styczności.

Problem staje się bardziej wyrazisty, gdy przytoczyć często powoływany w piśmiennictwie niemieckim modelowy przykład. Nie jest on z pewnością, z pewnych powodów idealny, dobrze jednak wydobywa poruszaną kwestię.

Chodzi mianowicie o naruszenie polegające na seksualnym wykorzystaniu dziecka i pojawiające się w związku z tym pytanie czy wystarczającą będzie wówczas ingerencja sądu zarządzającego kontakt kontrolowany. Pozwala on, z całą pewnością, zapobiec naruszeniu dobra dziecka w postaci kolejnego nadużycia seksualnego. Nie przeciwdziała natomiast temu, co godzi również w dobro dziecka, a mianowicie temu, że dziecko poprzez kontakt z rodzicem będzie przypominało sobie wstrząsające doświadczenie. Pojawia się zatem również pytanie czy zarządzenie kontrolowanej styczności byłoby wystarczającym środkiem ingerencji, czy raczej należałoby sięgnąć po wykluczenie kontaktów?

W doktrynie niemieckiej wskazuje się, że za rozwiązaniem maksymalnym, a więc za ostatecznym zakończeniem naruszeń dobra dziecka, przemawia spostrzeżenie, że państwo jako stróż dobra dziecka nie może stosować środków, które umożliwiają dalsze naruszenia jego dobra. Z drugiej strony, artykułowany jest również pogląd, że każde dziecko jest poddawane określonym naruszeniom, których pokonywanie potrzebne jest dla formowania jego osobowości¹⁰⁶. Towarzyszy temu przekonanie, że dziecko nie powinno wzrastać "pod kloszem ochronnym", ale raczej przyjmować, w określonych granicach, swoją rodzinę jako również "swój los". A skoro określony poziom niedogodności akceptowany jest zarówno przez społeczeństwo, jak i ustawodawcę, to myśl ta powinna znaleźć odzwierciedlenie

również z perspektywy § 1684 k.c.n.

W rezultacie za dominujące w literaturze niemieckiej uznać można przekonanie, że zasada proporcjonalności ingerencji polega na nakazie wyboru spośród środków nadających się do zakończenia naruszeń dobra dziecka tego, który w najmniejszym stopniu ogranicza prawo rodzica. Jednak dalsze trwanie pewnych naruszeń dobra dziecka musi być akceptowane¹⁰⁷.

ROZDZIAŁ VIII

PRZYMUSOWA REALIZACJA PRAWA DO KONTAKTÓW

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE. REGUŁA PRZYMUSOWEJ EGZEKWOWALNOŚCI KONTAKTÓW?

Jeśli kontakt, mimo umownego lub też sądowego uregulowania zasad styczności z dzieckiem, napotyka na przeszkody, pojawia się kardynalne pytanie o dopuszczalność jego sądowej egzekucji.

Sprawa, wbrew pozorom, nie należała w piśmiennictwie zagranicznym do oczywistych. Co jakiś czas powraca też, z różnym nasileniem, przy okazji dyskusji związanej z ewolucją poglądów na temat zasad prawa rodzinnego, w szczególności małżeńskiego oraz dziecięcego. Jeszcze w 1979 r. w Niemczech, w ramach przygotowań do nowelizacji przepisów dotyczących władzy rodzicielskiej, zastanawiano się nad tym, czy nie należałoby w ogóle zrezygnować z jakiegokolwiek formy egzekucji praw do kontaktów z dzieckiem i to niezależnie od konfiguracji podmiotowej¹. Odwoływano się przy tym do podstawowej zasady prawa rodzinnego, zgodnie z którą stosunki osobiste w rodzinie nie powinny być wymuszane za pomocą środków przymusu państwowego. Jako najlepszy tego rodzaju przykład wskazywano ustawowo uregulowany, ale sądownie nieegzekwowalny, obowiązek pożycia małżeńskiego². Argumentacja ta została zdecydowanie odrzucona przez prawodawcę niemieckiego w 1997 r., który jeszcze raz potwierdził zasadę sądowej egzekwowalności styczności z dzieckiem³. Nie bez znaczenia było tu przekonanie o stymulującej roli uregulowań dotyczących przymusowej egzekucji. Słusznie akcentowano, że to nie tyle sama egzekucja, co raczej już jej teoretyczna dopuszczalność może mieć w konkretnym przypadku istotne znaczenie.

Dopuszczalność egzekucji sądowej nie budzi wątpliwości z perspektywy prawa polskiego. Kontestowana i dyskutowana jest natomiast jej słaba efektywność. Niejasnych jest również bardzo wiele kwestii szczegółowych. Wymagają one naświetlenia i rozważenia.

Egzekwowalność bardzo ściśle wiąże się z kwestią woli, a raczej jej braku, uczestników styczności. Dlatego w kontekście tym, w piśmiennictwie zagranicznym, odróżnia się trzy, wymagające osobnego podejścia i oddzielnego rozważenia, konfiguracje podmiotowe.

Chodzi po pierwsze, o przeprowadzenie kontaktów wbrew woli uprawnionego do styczności rodzica, który jest jednocześnie zobowiązany. Warto w tym miejscu zasygnalizować, chociaż wydaje się to oczywiste, że sprawa egzekwowalności prawa dziecka do kontaktów nie dotyczy w tym układzie innych podmiotów uprawnionych do styczności z nim czyli tzw. bliskich osób trzecich, gdyż, o czym była już mowa, nie ciąży na nich **obowiązek** styczności⁴.

Po drugie, chodzi o przymusową egzekucję styczności rodzica oraz innych uprawnionych wbrew woli dziecka. I po trzecie, co w praktyce szczególnie doniosłe, o egzekucję kontaktów wbrew woli rodzica sprawującego władzę rodzicielską.

Dalsze rozważania podporządkowane zostaną tej właśnie kategoryzacji. W pierwszej kolejności przybliżone będą meandry ewentualnej egzekucji wbrew woli uprawnionego i jednocześnie zobowiązanego do kontaktów rodzica, w następnej - przymusowa realizacja wbrew woli dziecka oraz w ostatniej - pomimo oporów rodzica, pod którego opieką dziecko się znajduje.

Kwestia przymusowej realizacji prawa do styczności nie wyczerpuje się jednak w samej dopuszczalności egzekucji sądowej. Pośrednio wiążą się z nią również inne występujące w różnych porządkach prawnych "środki przymusu". Chodzi o: 1) możliwość zmiany orzeczenia o powierzeniu władzy rodzicielskiej, 2) roszczenia odszkodowawcze, na które naraża się ewentualnie rodzic utrudniający styczność z dzieckiem, 3) ograniczenie obowiązku alimentacyjnego, 4) ewentualne środki karnoprawne oraz 5) grzywny finansowe. Również te możliwości będą w dalszych rozważaniach przybliżone. Poświęcony temu zostanie kolejny rozdział⁵.

2. ODRZUCENIE PRZYMUSOWEJ REALIZACJI PRAWA DZIECKA (WBREW WOLI ZOBOWIĄZANEGO DO KONTAKTÓW RODZICA)

W piśmiennictwie oraz zagranicznej judykaturze przymusowa realizacja prawa dziecka do kontaktów ze zobowiązanym rodzicem jest obecnie powszechnie wykluczana.

W Niemczech już na początku XX wieku odrzucono dość zdecydowanie pomysł wprowadzenia **kar porządkowych** mających wymusić realizację kontaktów wbrew woli zobowiązanego rodzica⁶. Odrzucenie sądowej egzekucji **obowiązku** kontaktu znalazło następnie wyraźne potwierdzenie samego ustawodawcy w uzasadnieniu projektu reformy tzw. Prawa dziecięcego (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) z 1997 r.⁷ Wskazywano tam, że wymuszony kontakt byłby wykonywany jedynie formalnie oraz nie służyłby dobru dziecka. W trakcie prac nad tą ustawą proponowano nawet (*Bundesrat*) wprowadzenie do jej treści wyraźnego postanowienia, zgodnie z którym prawo dziecka wynikające z przepisu § 1684 oraz 1685 k.c.n. nie może być egzekwowane za pomocą środków przymusu wymienionych w ustawie⁸. Uzasadniano, że nie są one właściwe oraz poważnie obarczałyby relację rodzic-dziecko. Propozycja wprawdzie nie została przyjęta, ale właśnie z tego powodu, że poprawkę uważano za zbędną. Obecnie powszechnie jest przekonanie, że przymus wbrew woli rodzica, którego dziecko chce odwiedzać, byłby kontraproduktywny⁹.

Stanowisko to nie oznacza, że naruszenie obowiązku kontaktu przez uprawnionego do styczności rodzica nie podlega ocenie z punktu widzenia dobra dziecka i nie może powodować negatywnych następstw prawnych. Oczywiście, może mieć znaczenie np. z perspektywy § 1684 ust. 4 zdanie pierwsze k.c.n. (możliwość wykluczenia lub ograniczenia kontaktów), § 1696 k.c.n. (możliwość wydania zarządzeń), a także § 1632 ust. 4 k.c.n. (określenie warunków kontaktu). W ramach prac nad reformą z 1997 r. proponowano nawet wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą rodzic przez określony czas nieurzeczywistniający swego prawa do kontaktów miałby je tracić. Pomysł nie został jednak przyjęty¹⁰.

W Szwajcarii w czasie debaty nad reformą prawa dziecięcego pojawiła się oficjalna propozycja, aby sankcją niewykonywania obowiązku kontaktów było **podwyższenie alimentów** należnych dziecku od tego rodzica, względnie żeby *expressis verbis* unormować **obowiązek odszkodowawczy**¹¹. Projekt, w żadnym z wariantów, nie został zrealizowany. Za wątpliwą korzyść dla dziecka uznano bowiem odwiedziny odbywające się wyłącznie z powodu obawy o podwyższenie alimentów¹². Za niewłaściwe uważano również wzajemne przemieszanie sankcji odszkodowawczych oraz obowiązku alimentacyjnego, a więc reguły wpływania na jego wysokość, z ich przeciwieństw zasadniczo różniącymi się celami¹³. Zwrócono także uwagę na to, że w takim przypadku ustawa powinna również przewidywać odwrotną ewentualność, czyli dopuszczalność obniżenia alimentów na wypadek bojkotowania kontaktów przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską. Byłoby to logicznym dopełnieniem konstrukcji¹⁴.

Na marginesie warto jeszcze zasygnalizować interesujące rozróżnienie przyjęte w prawie szwajcarskim. Otóż, podobnie jak w Niemczech, nie ma tam wątpliwości co do tego, że rodzicielski obowiązek kontaktów nie nadaje się do egzekucji. Jeśli natomiast uprawniony nie stosuje się do ustalonych już reguł odbywania kontaktów, a więc do tego jak kontakt ma się odbywać, można byłoby mówić o swoistej egzekwowalności. Sąd mógłby mianowicie nałożyć m.in. obowiązek odprowadzania dziecka na określoną godzinę albo też zakazać styczności poza wyznaczonymi godzinami¹⁵.

Również we Francji egzekucja rodzicielskiego obowiązku kontaktów uważana jest za niedopuszczalną¹⁶. Spotkać można jednak, zdecydowanie odosobnione, publikowane orzeczenie będące dowodem poszukiwań zmierzających w odmiennym kierunku. Otóż, sąd nałożył tu na uprawnionego i jednocześnie zobowiązanego do kontaktów rodzica, który nie odwiedzał dziecka, grzywnę w wysokości 100 franków dziennie. W przekonaniu sądu, prawo do odwiedzin stanowi bowiem *devoir légal*, a jego niewykonywanie wyrządza dziecku wymagającą naprawienia szkodę¹⁷.

W Polsce brak wyraźnej regulacji prawnej dotyczącej tej kwestii. Należałoby jednak zdecydowanie opowiedzieć się za niedopuszczalnością przymusowej egzekucji prawa dziecka. Przy pełnej akceptacji dla argumentacji wypracowanej za granicą. Taka egzekucja byłaby nie tylko kontraproduktywna, ale również godziłaby w godność dziecka jako człowieka.

3. WYKONYWANIE PRAWA DO OSOBISTEJ STYCZNOŚCI WBREW WOLI DZIECKA

3.1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W związku z prawem do osobistych kontaktów pojawia się niezwykle trudny w praktyce problem uwzględniania woli samego dziecka przy kształtowaniu sądowego orzeczenia, a także urzeczywistnieniu kontaktów w sytuacji konfliktu pomiędzy rodzicami. W literaturze zagranicznej, w przeciwieństwie do piśmiennictwa polskiego, wypracowano już w tej materii istotny, warty przybliżenia oraz pewnego

usystematyzowania dorobek.

W ramach analizy elementu wolicjonalnego nie sposób pominąć zagadkowo brzmiącego, w zasadzie ciągle jeszcze dość słabo obecnego w polskiej literaturze, zagadnienia, znanego za granicą pod anglojęzycznym terminem *Parental Alienation Syndrome* (PAS)¹⁸. Chodzi o dyskutowany od około 25. lat w literaturze zagranicznej, a szczególnie intensywnie w piśmiennictwie niemieckim, amerykańskim oraz szwajcarskim, psychologiczny fenomen zakłócenia kontaktów rodzica z dzieckiem. Teoretyczna koncepcja zespołu zaburzeń przedstawiona została po raz pierwszy w 1985 r. przez amerykańskiego psychologa Richarda Gardnera¹⁹, stąd bywa także określana mianem syndromu Gardnera.

Ta właśnie kwestia będzie przedmiotem rozważań w punkcie 3.3. Przybliżony zostanie zarówno sam zespół zakłóceń PAS, jak też jego implikacje prawne. Uwagi na ten temat poprzedzone zostaną przybliżeniem reguł, wypracowanych w judykaturze zagranicznej, w związku z uwzględnianiem własnej, niezakłóconej przez PAS woli dziecka co do kontaktu z rodzicem.

3.2. ZNACZENIE WOLI DZIECKA

3.2.1. UWZGLĘDNIANIE WOLI DZIECKA PRZEZ SĄD

Truizmem będzie stwierdzenie, iż elementem wywierającym trudny do przecenienia wpływ na uregulowanie prawa do osobistych kontaktów jest wola dziecka. Nie zawsze jednak tak było. Dawniej przecież akcentowano **prawo** rodzica uprawnionego do styczności, a więc przede wszystkim jego wolę. W literaturze zagranicznej dziś już zgodnie podkreśla się, że dziecko nie może zostać zredukowane do roli przedmiotu regulacji w tym zakresie. Nie budzi jednak również wątpliwości, iż jego wola nie jest elementem przesadzającym o kształcie rozstrzygnięcia sądu. Interes uprawnionego rodzica (prawa rodzicielskie - *Vaterrechte*) oraz interes dziecka (dobro dziecka - *Kindeswohl*, a także jego prawo do samostanowienia - *Selbstbestimmung des Kindes*) powinny być właściwie wyważone²⁰.

Praktyczny problem pojawia się właściwie dopiero wtedy, gdy samo dziecko odmawia sądownie zarządzanego kontaktu z uprawnionym rodzicem. Powstaje wówczas kwestia oceny znaczenia takiej odmowy. W prawie obcym wypracowane zostały w tym kontekście pewne ogólne reguły zasługujące na przybliżenie oraz uwzględnienie z perspektywy prawa polskiego.

Powszechnie przyjmuje się, iż prawidłowa ocena znaczenia odmowy wymaga wnikliwego rozważenia okoliczności konkretnego przypadku. Chodzi przede wszystkim o ustalenie tego, czy opór dziecka wynika z istnienia jego własnego potencjału ocennego, czy też jest raczej efektem mniej lub bardziej zakamuflowanych wskazówek drugiego rodzica lub nawet wyraźnego nacisku z jego strony²¹.

Druga ewentualność będzie przedmiotem dalszych, wydzielonych uwag w ramach analizy zespołu PAS²². W tym miejscu przybliżone zostaną natomiast reguły dotyczące kwalifikowania znaczenia odrzucenia kontaktów wynikającego z rzeczywistej własnej woli dziecka. W takim przypadku ocena uzależniona jest od tego, czy chodzi o dzieci młodsze, czy też o bardziej już dojrzałe.

Można przyjąć, iż w piśmiennictwie zagranicznym niemal powszechną aprobatą cieszy się pogląd, zgodnie z którym przy młodszych dzieciach (mniej więcej do 12 lat) na rodzicu sprawującym opiekę ciąży bezwzględny obowiązek przełamania oporu poprzez stosowanie odpowiednich środków wychowawczych. Wprawdzie wola młodszych dzieci na ogół nie odgrywa decydującej roli przy regulowaniu prawa do kontaktów, jednak sąd nie powinien pominąć **wyjaśnienia przyczyn odmowy**. Mogą one mieć istotne znaczenie, z jednej strony w kontekście oceny prawidłowości wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodzica na co dzień opiekującego się dzieckiem. Z drugiej zaś, być sygnałem poważnych patologii w relacjach dziecka z rodzicem uprawnionym do kontaktów. Dobrego przykładu dostarcza tu orzeczenie sądu niemieckiego *Oberlandesgericht* w Celle, który w postanowieniu z dnia 15 lipca 1997 r.²³ wykluczył czasowo (na okres jednego roku) prawo biologicznego i jednocześnie prawnego ojca do kontaktów z dziećmi (urodzonymi w 1987 i 1989 r.) wobec ich zdecydowanego oporu uzasadnionego, wysoce uprawdopodobnionym w toku postępowania, podejrzeniem nadużyć seksualnych ojca wobec dzieci.

Z kolei przy dzieciach starszych, w większym stopniu zdolnych do kształtowania własnych, suwerennych ocen, a w efekcie do podejmowania samodzielnych decyzji urzeczywistniających ich prawo do samostanowienia, sąd rodzinny ma obowiązek nie tylko wyjaśnienia przyczyn odmowy, ale też **uwzględnienia ich** przy kształtowaniu rozstrzygnięcia. Przyjmuje się bowiem, że mniej więcej od 12. roku życia dzieci lepiej rozumieją znaczenie prawa do kontaktów, dlatego ich wola powinna być w większym stopniu respektowana.

Przy rozstrzygnięciu istotne jest, czy chodzi o okoliczności obiektywnie usprawiedliwiające odmowę, a

przy tym oparte na rzeczywistych doświadczeniach dziecka. Jeśli tak, wolę dziecka należy uwzględnić, o ile ta nie będzie sprzeczna z jego dobrem. Również jednak w przypadku dzieci starszych ich wola nie ma znaczenia decydującego. Kontakt z rodzicem zwykle służy dobru dziecka, dlatego powszechne jest przekonanie, że co do zasady należy go ustanowić także wbrew woli dziecka²⁴.

Dla przykładu nawet silny opór dziecka nie będzie mógł prowadzić do wyłączenia osobistej styczności z rodzicem, jeśli ma swe źródło wyłącznie w zerwanych od dłuższego czasu kontaktach²⁵.

Do wykluczenia kontaktu nie może także prowadzić opór dziecka związany z jego przekonaniem, że obecny mąż matki jest jego biologicznym ojcem. *Prima facie* inaczej orzekł niemiecki sąd (OLG) w Bamberg w postanowieniu z dnia 12 maja 1997 r.²⁶ Otóż sąd ten w tezie orzeczenia przyjął, że "nie jest możliwe ustanowienie kontaktów wbrew woli niebawem 15-letniego dziecka, nawet jeśli wola ta nie jest w żaden sposób usprawiedliwiona postępowaniem lub osobowością uprawnionego, jeśli dziecko pozostające pod **wyłączną** władzą rodzicielską matki, jest przekonane, że jego biologicznym ojcem jest obecny małżonek matki". Dodatkowe okoliczności przywołane w uzasadnieniu postanowienia przekonują o jego trafności *in concreto* (m.in. niealimentowanie dziecka przez biologicznego ojca, dotychczasowy zawiniony brak kontaktów). Sformułowanie tezy *in abstracto* wydaje się jednak zbyt kategoryczne, nawet przy uwzględnieniu wieku dziecka oraz wyłącznej władzy rodzicielskiej matki.

Wykluczenie czy ograniczenie kontaktów nie może także, zgodnie z od dawna już utrwalonym stanowiskiem judykatury niemieckiej, wynikać z woli dziecka pełniejszej integracji w nowej rodzinie. Argument, że pomiędzy dzieckiem a nowym partnerem matki nawiązuje się relacja ojciec-dziecko, a podtrzymywanie kontaktów z rodzicem biologicznym prowadzi do wytworzenia stanu niepewności u dziecka, nie znajduje uznania sądów niemieckich²⁷. Także w piśmiennictwie stanowczo podkreśla się, że kontakt z rodzicem biologicznym ma pierwszeństwo przed dążeniem do bezkolizyjnej integracji dziecka z nową rodziną nawet wówczas, gdy wola dziecka jest odmienna.

Również wyuczony i nieuzasadniony strach lub niechęć dziecka nie mogą mieć decydującego wpływu na orzeczenie o prawie rodzica do kontaktów z dzieckiem. Jednak, jeśli to właśnie sposób realizacji kontaktów powoduje zastraszenie lub znerwicowanie dziecka, ocena mogłaby wypaść inaczej. W poważniejszych przypadkach stan ten mógłby prowadzić do ograniczenia prawa do kontaktów np. poprzez zmianę ich formy. W takich jednak sytuacjach konieczne byłoby staranne wyjaśnienie przez sąd przyczyn takiego stanu rzeczy. Opinia pediatry, że dziecko wykazuje trudności w koncentracji, ma zaburzenia snu lub moczy się w nocy w związku z kontaktami z ojcem nie jest uznawana za wystarczającą dla ustalenia, że zaburzenia te mają związek z prawem do kontaktów. W każdym przypadku konieczne byłoby wysłuchanie przez sąd biegłego lekarza specjalisty²⁸.

W piśmiennictwie szwajcarskim słusznie jednak zwraca się uwagę na to, że kategoryczne odrzucenie kontaktów, przez dziecko zdolne już do własnej oceny, nie może być przez sąd pominięte. Narzucenie odwiedzin wbrew silnemu oporowi dziecka byłoby nie do pogodzenia z celem kontaktów. W takiej sytuacji, przed ewentualnym nałożeniem obowiązku styczności, konieczne byłoby podjęcie stosownych kroków dla złagodzenia niechęci²⁹.

3.2.2. STOSOWANIE PRZYMUSU BEZPOŚREDNIEGO WOBEC DZIECKA DLA EGZEKUCJI KONTAKTÓW

Od w miarę jednolitej oceny ogólnego znaczenia woli dziecka dla możliwości przymuszenia do kontaktów z uprawnionym rodzicem lub osobą trzecią, odróżnić należy zdecydowanie kontrowersyjny problem dopuszczalności zastosowania bezpośredniego przymusu wobec dziecka dla wyegzekwowania kontaktów.

W Niemczech w dawniejszym stanie prawnym wskazywano na § 33 FGG jako podstawę uzyskania postanowienia sądowego nakazującego wydanie dziecka. Umożliwiałoby ono uprawnionemu do kontaktów rodzicowi uzyskanie pomocy policji oraz komornika sądowego dla wydobycia dziecka z mieszkania drugiego rodzica, w razie potrzeby również w drodze zastosowania przemocy fizycznej. Już wtedy ta formalna możliwość wzbudzała poważne kontrowersje i była przez część doktryny a także judykatury³⁰ dość zdecydowanie odrzucana. Zwracano uwagę, że bezpośredni przymus do kontaktu byłby nie tylko nie do pogodzenia z celem prawa do styczności, ale także godziłby w prawo osobistości służące dziecku (odpowiednik polskich dóbr osobistych z art. 23 k.c.).

Niektórzy autorzy wręcz wskazywali, że przepis § 33 FFG (w dawnej jego redakcji) godził w prawa człowieka, gdyż przy tego rodzaju egzekucji chodziło o "państwowo zalegalizowane krzywdzenie" - inni pisali nawet dosadnie o maltretowaniu - dziecka³¹.

Z kolei autorzy niewykluczający przymusu bezpośredniego, ograniczali go zwykle do absolutnie

wyjątkowych przypadków, w których istnieje poważne niebezpieczeństwo dla dziecka związane z utrzymaniem się istniejącego stanu rzeczy³².

Po zmianach wprowadzonych reformą "prawa dziecięcego" z 1997 r. (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*) zastosowanie środków przymusu bezpośredniego wobec dziecka wyłącznie dla przeprowadzenia kontaktów jest wyraźnie wykluczone (tak *expressis verbis* w § 33 ust. 2 zdanie drugie FGG, zastąpionym następnie § 90 ust. 2 FamFG³³).

Natomiast w Szwajcarii sprawa stosowania przymusu wobec dziecka nadal wzbudza istotne kontrowersje. Z jednej strony, w doktrynie taka możliwość nierzadko jest odrzucana jako nierealistyczna, naruszająca dobro dziecka oraz podważająca sens prawa do kontaktów³⁴. Z drugiej zaś, Sąd Federalny (*Bundesgericht*) stoi na stanowisku, że dziecko ma obowiązek podporządkować się poleceniom rodzica sprawującego władzę rodzicielską dotyczącym kontaktów z drugim rodzicem. Zatem zarządzenie i przeprowadzenie egzekucji skierowanej przeciw w pierwszym rzędzie przeciwko rodzicowi sprawującemu pieczę na co dzień, byłoby dopuszczalne także wbrew oporowi dziecka³⁵.

W Polsce stosowanie środków przymusu bezpośredniego wobec dziecka nie zostało przez ustawodawcę wykluczone. Mimo zatem szeregu wątpliwości związanych z celowością ich praktycznego wdrażania, trzeba przyjąć co najmniej teoretyczną dopuszczalność. Trudno przecież zaprzeczyć, iż bez tego elementu egzekucja, przy uwzględnieniu słabości pozostałych elementów systemu wykonywania orzeczeń, stałaby się jedynie pustą figurą prawną niemającą żadnego przełożenia praktycznego. Musiałoby to powodować osłabienie zaufania do państwa prawa, a także podważać autorytet wymiaru sprawiedliwości.

Należy jednak pamiętać o tym, że podstawową zasadą prawa rodzinnego jest zasada dobra dziecka. Musi być ono uwzględnione również w postępowaniu zmierzającym do przymusowego odebrania dziecka. Dlatego przy odbieraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, kurator sądowy powinien zachować szczególną ostrożność i uczynić wszystko, aby dobro tej osoby nie zostało naruszone, a zwłaszcza aby nie doznała ona krzywdy fizycznej lub moralnej (art. 598¹² § 1 k.p.c.). Przy tym, jeżeli skutek wykonania orzeczenia dobro dziecka miałoby doznać poważnego uszczerbku, kurator sądowy obowiązany jest wstrzymać się z wykonaniem orzeczenia aż do czasu ustania zagrożenia, chyba że wstrzymanie wykonania orzeczenia stwarza zagrożenie poważniejsze (art. 598¹² § 2 k.p.c.). Ocena okoliczności należy do kuratora sądowego, który może korzystać z opinii wspomagających go organów i instytucji. Wstrzymanie wykonania orzeczenia nie zwalnia oczywiście od podjęcia dalszych czynności, gdy zagrożenie ustanie³⁶.

Czynność odebrania powinna być zatem przeprowadzana w taki sposób, aby z jednej strony nie naruszyć dobra osoby odbieranej (dziecka), z drugiej jednak, aby zapewnić realizację postanowienia sądowego. Szerzej na temat środków egzekucji prawa do kontaktów w prawie polskim mowa będzie w pkt 5 tego rozdziału.

3.3. PARENTAL ALIENATION SYNDROME (PAS)

3.3.1. POJĘCIE

Przy PAS chodzi o zaburzenie emocjonalne pojawiające się niemal wyłącznie w związku ze sporami rozwodzących się rodziców dotyczącymi albo władzy rodzicielskiej nad wspólnym dzieckiem, albo też prawa do kontaktów z dzieckiem. W świetle badań niemieckich około 11% wszystkich dzieci odrzuca z tego właśnie powodu kontakty z jednym z rodziców³⁷.

Przyczyną powstania PAS jest konflikt lojalności, w który popadają dzieci rozwodzących się rodziców oraz jego wykorzystywanie przez sprawującego opiekę rodzica (rodzica "programującego", na ogół matkę) dla zniszczenia istniejącej dotychczas prawidłowej relacji z drugim rodzicem (rodzicem "alienowanym"). Zwykle następuje to poprzez stworzenie negatywnego obrazu "rodzica-wroga" i prowadzi do wytworzenia stanu bezkompromisowej solidarności z tym z rodziców, od którego dziecko jest zależne. Dziecko dzieli rodziców na kochanego i drugiego zniechęconego, przy czym dzieci nie ujawniają albo w ogóle, albo jedynie w niewielkim stopniu ambiwalencji swoich uczuć - rodzic alienowany darzony jest wyłącznie nienawiścią i odrzucany. Postępowanie dziecka charakteryzuje się daleko idącą utratą poczucia rzeczywistości spowodowaną solidaryzowaniem się z rodzicem, który świadomie, bądź nawet nieświadomie, "programuje" je. Dziecko jest "trenowane" w postawie mającej na celu przedstawienie rodzica alienowanego jako tego, który krzywdzi wspólne dziecko stron. Stąd też PAS definiowany jest jako zaburzenie emocjonalne polegające na nieuzasadnionym, bezkompromisowym przywiązaniu do jednego -

dobrego i kochanego - z rodziców i tak samo nieuzasadnionym, bezkompromisowym i wrogim odrzuceniu drugiego - złego i nienawidzonego - z którym dziecko już nie zamieszkuje.

Warunkiem stwierdzenia PAS, na co szczególnie zwraca się uwagę w piśmiennictwie, jest istnienie **nieuzasadnionego** deprecjonowania rodzica niesprawującego opieki. Wstępną przesłanką badania ma być natomiast ustalenie, że rodzic uprawniony do kontaktów nie jest sprawcą szeroko rozumianej przemocy wobec dziecka: psychicznej oraz fizycznej, w tym w szczególności seksualnej.

3.3.2. OBJAWY PAS

W niemieckiej literaturze prawniczej rozróżnia się trzy stopnie nasilenia PAS. Podział nie występuje w piśmiennictwie medycznym³⁸. Jest relewantny jedynie w płaszczyźnie prawnej, gdyż to tutaj przydaje mu się istotne znaczenie z punktu widzenia ewentualnych konsekwencji prawnych, o czym będzie jeszcze mowa w dalszych wywodach.

Przy **lekkim** stopniu PAS występuje jedynie niewielkie wyobcowanie. Dzieci przy odwiedzinach są wprawdzie kooperatywne, jednak krytyczne i sprawiają wrażenie zmieszanych. Z kolei przy stopniu **średnim**, dzieci zachowują się bez szacunku i przeszkadzają, a stan ten może być już utrwalony. Przy dużym nasileniu PAS często odwiedziny są w ogóle w praktyce wykluczone. Wrogość ze strony dziecka jest do tego stopnia nasiloną, że dochodzi nawet do aktów agresji w stosunku do nienawidzonego rodzica.

Niezależnie od stopnia nasilenia, w piśmiennictwie jako charakterystyczne dla PAS wskazywane są następujące objawy.

Symptomatyczne jest niemal całkowite wymazanie z pamięci dziecka wcześniejszych, dobrych, wspólnych przeżyć łączących się z rodzicem alienowanym. Z życiorysu dziecka znikają te dobre elementy tak, jakby ich nigdy nie było. Tego rodzaju odrzucenie wywołuje u dziecka poważne napięcia wewnętrzne, stąd przy wywiadzie psychologicznym odtwarzają swoją wersję, jak się to obrazowo określa w piśmiennictwie, "jakby kręciły młynek modlitewny". Ojciec kwalifikowany jest jako coraz bardziej niebezpieczny, zdolny do wszystkiego, także jako stwarzający poważne zagrożenie zarówno dla fizycznego, jak i psychicznego zdrowia nie tylko matki, ale też dziecka. Jednak pytane o konkrety, dzieci z reguły nie potrafią niczego przytoczyć. Przy tym dziecko stawia albo nawet wymusza warunki dla ewentualnego kontaktu, które ewidentnie nie są wyrazem jego własnych życzeń³⁹.

Pojawia się absurdalna racjonalizacja. Dzieci produkują irracjonalne, a nierzadko wręcz absurdalne usprawiedliwienia dla swej wrogości wobec jednego z rodziców postawy. Powoływane są trywialne okoliczności, które na ogół natychmiast znajdują wyraźne wsparcie rodzica "programującego" dziecko⁴⁰.

Typowym objawem PAS jest także brak zwykłej ambiwalencji charakteryzującej stosunki międzyludzkie, w tym także relacje między rodzicami a dziećmi. W przypadku PAS nie ma miejsca na uczucia mieszane. Jeden z rodziców jest wyłącznie dobry, drugi zaś, ten alienowany, wyłącznie zły. Dzieci nie są w stanie wskazać, co w każdym z rodziców jest dobre, a co mniej dobre. Recytują długą "litanię" wyłącznie pozytywnych cech jednego rodzica oraz równie długą listę tylko negatywnych właściwości drugiego⁴¹.

Niezwykle charakterystyczne dla PAS jest bezwarunkowe popieranie przez dziecko stanowiska rodzica "programującego". Dziecko reaguje jak jego echo. Przy diagnostycznej rozmowie z całą rodziną zwraca uwagę spontaniczne poparcie udzielane bez wahania i w szczególności bez zastanowienia. Nierzadko dochodzi do tego jeszcze zanim rodzic "programujący" cokolwiek powie. Jeśli raz ustalone zostało, że ojciec jest kłamcą, to obojętne co i na jaki temat opowiada, będzie również kłamstwem. Jednak konkretnych przykładów dziecko nie jest w stanie przypomnieć sobie i przytoczyć⁴².

Ważnym objawem PAS jest rozszerzenie sfery wrogości również na dalszych członków rodziny rodzica alienowanego. Dziadkowie, krewni, a nawet przyjaciele i znajomi odrzuconego rodzica zostają wciągnięci do kręgu agresywnej wrogości z tą samą racjonalizacją. Ich położenie nie daje szans na wydobyć się z "zakłętą kręgu". Jeśli bowiem dziadkowie podejmą próbę pośredniczenia między synem (córką), a wnukiem, zostaną odrzuceni z powodu mieszania się do cudzych spraw. Z kolei z ostrożnego trzymania się z boku uczyniony zostanie równie poważny zarzut będący dobrym usprawiedliwieniem dla odrzucenia⁴³.

Przy PAS występuje także fenomen własnego zdania. Wiele dzieci z tym syndromem już w wieku trzech, czterech lat wie, że wszystko co mówią, jest ich własnym zdaniem i ustawicznie to podkreśla. Rodzic "programujący" jest wyjątkowo dumny ze swego niezależnego dziecka, które posiada własną opinię i dodatkowo dosyć odwagi, aby ją również wyartykułować. Charakterystyczne jest zachęcanie dziecka do tego, aby powiedziało "prawdę". Pożądana odpowiedź padnie z całą pewnością, gdyż żadne

dziecko nie będzie ryzykowało rozczarowania rodzica, pod którego stałą pieczęl pozostaje. Właśnie w tym punkcie szczególnie widoczne są "owoce" programowania. Dzieci z PAS oduczone są nie tylko artykułowania własnych poglądów, ale co więcej, także zaufania do samodzielnie czynionych spostrzeżeń. Dzieci nie potrafią sobie poradzić ze sprzecznymi sygnałami, które otrzymują. Werbalne deklaracje typu "pójdź ze swoim ojcem" pozostają w ewidentnej sprzeczności z niewerbalnym postaniem: "jeśli mnie kochasz zostań ze mną". Ten drugi, ukryty komunikat jest w pełni czytelnie przekazywany mimiką, gestykulacją, ruchami całego ciała, nastrojem, tempem mówienia, tonacją głosu itd. Tego rodzaju sygnały są nie tylko bardzo skuteczne, ale też, co szczególnie utrudnia postępowanie w sprawach rodzinnych, trudno wykazać, że w ogóle miały miejsce⁴⁴.

PAS charakteryzuje się także brakiem poczucia winy u dzieci, których dotyczy. Dziecko nie widzi, na ogół, nic złego w tym, że jeden z rodziców jest bezwzględnie odrzucany i wykluczany. Jednocześnie jednak nie przeszkadza mu to w zgłaszaniu żądań finansowego wsparcia oraz domaganiu się prezentów, co traktowane jest jako w pełni oczywiste i należne prawo. Nie ma przy tym mowy o wdzięczności. Przy bardzo małych dzieciach można to ewentualnie wytłumaczyć emocjonalną niedojrzałością. Przy dzieciach starszych chodzi już raczej o uczenie się zachowań odpowiadających modelowi rodzicielskiemu - rodzic alienowany ma to, na co zasłużył⁴⁵.

W piśmiennictwie zwraca się uwagę na jeszcze jeden ważny objaw PAS. Otóż dzieci z tym syndromem materiał dla swych sądów i wywodów czerpią z języka oraz świata ludzi dorosłych. Powtarzają te sądy na ogół bez zrozumienia. Czasem wystarczy pytanie "co przez to rozumiesz", aby odkryć, że dziecko nie ma pojęcia o czym mówi⁴⁶.

3.3.3. KONSEKWENCJE PRAWNE STWIERDZENIA PAS

Sprawa praktycznego przełożenia syndromu PAS wzbudza ciągle jeszcze poważne kontrowersje. Opinie są tu bardzo zróżnicowane i trudno mówić o wykrystalizowaniu się stanowiska powszechnie przyjętego, czy nawet tylko dominującego. Zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze spotkać można zdecydowanych zwolenników oraz zaprzysięgłych przeciwników tej koncepcji. Ci ostatni szczególnie mocno akcentują brak stosownych badań naukowych potwierdzających teoretyczną jedynie koncepcję R. Gardnera⁴⁷.

W Niemczech dominują raczej opinie ostrożnie uwzględniające syndrom PAS. W stosunkowo licznych orzeczeniach sądy niemieckie uwzględniły symptomy PAS przy kształtowaniu rozstrzygnięcia o kontaktach z dzieckiem⁴⁸. Orzeczenia, w których wyraźnie nawiązano do tego zespołu wskazując jego nazwę, są ciągle jeszcze dość nieliczne. Jak się wydaje, po raz pierwszy odwołał się do niego sąd rejonowy (*Amtsgericht*) w Rinteln w 1997 r.⁴⁹

Zarówno w judykaturze, jak i bardziej wyraźnie w piśmiennictwie niemieckim, zdecydowanie podkreśla się, że rozpoznanie u dziecka PAS nie powinno w żadnym razie oznaczać ograniczenia prawa do kontaktów rodzica alienowanego. Konieczne jest raczej zastosowanie odpowiednich środków w stosunku do tego rodzica, który sprawuje opiekę na co dzień. Środki te różnią się w zależności od stopnia nasilenia syndromu⁵⁰.

W **lżejszych przypadkach PAS**, w których kontakt z dzieckiem występuje, w literaturze zalecane jest pozostawienie władzy rodzicielskiej rodzicowi alienującemu, przy jednoczesnym zastosowaniu dodatkowych środków w postaci poddania sądowej kontroli przeprowadzania prawa do kontaktów. Oczywiście nie chodzi tu o środek ograniczający prawo rodzica alienowanego do kontaktów z dzieckiem, ale wręcz przeciwnie, o zapewnienie warunków dla prawidłowej ich realizacji⁵¹.

Podobnie w przypadkach **średnio nasilonego PAS** wychodzi się najpierw z założenia, że władza rodzicielska powinna pozostać przy rodzicu alienującym. Uwzględnia się bowiem okoliczność, że dziecko najczęściej właśnie z tym rodzicem ma zdecydowanie silniejszy związek. Natomiast zmiana regulacji w zakresie władzy rodzicielskiej mogłaby wprawdzie, w konkretnych okolicznościach, przyczynić się do złagodzenia, a nawet likwidacji objawów PAS, ale cena dla dziecka określana jest jako zbyt wysoka, a przy tym istnieją jeszcze szanse związane z łagodniejszymi środkami. Zatem zgodność panuje co do tego, że przy średnim nasileniu PAS sąd rodzinny (*Familiengericht*) powinien, z jednej strony, ustanowić kuratora (*Verfahrens-* lub *Umgangspfleger*). Do jego zadań miałyby należeć: aranżowanie i towarzyszenie rodzicom oraz, w szczególności, informowanie sądu o przebiegu kontaktów, (a tu w szczególności o tym kiedy i z jakich powodów występują zakłócenia. Z drugiej zaś, dysponując już stosowną wiedzą o okolicznościach sprawy, sąd powinien podjąć odpowiednie środki zaradcze. Chodzi o ewentualne zarządzenia co do sposobu przeprowadzania kontaktów, skierowanie na terapię, a także zapowiedź oraz nałożenie grzywny pieniężnej. Powszechnie wskazuje się, że zarządzenia sądu służą nie tylko skłonieniu

rodzica bojkotującego kontakty do zachowań kooperatywnych. Mają one również na celu wydobycie dziecka z konfliktu lojalności. Z jednej strony, dziecko dostaje przecież do rąk doskonałe usprawiedliwienie wobec samego siebie dla swoich kontaktów z niesprawującym na co dzień opieki, alienowanym rodzicem ("zarządził je sąd"). Z drugiej zaś, zarządzenia mogą skutecznie rozładowywać napięcia powstające w kontekście konieczności usprawiedliwienia kontaktów wobec rodzica alienującego. Przenoszą one bowiem ciężar "odpowiedzialności" z dziecka na sąd⁵².

Z kolei przy **dużym nasileniu PAS**, po niepowodzeniu wszystkich środków i prób interwencyjnych oraz przy utrzymującym się negatywnym, pełnym złej woli nastawieniu "rodzica programującego", w grę wchodziłoby pozbawienie go władzy rodzicielskiej i powierzenie opieki rodzicowi alienowanemu. Tego rodzaju dramatyczna decyzja usprawiedliwiona jest przekonaniem, że zmiana osoby sprawującej opiekę na co dzień jest dla dziecka łatwiejsza do zniesienia, niż utrzymująca się traumatyzacja spowodowana wymuszonym odrzuceniem relacji z drugim z rodziców. Ze względu na stopień wyobcowania oraz nasilenie oporu dziecka, decyzji sądu z reguły towarzyszyć musi intensywne pomoc terapeutyczna oraz stopniowe zbliżanie do odrzucanego rodzica. Dla rodzica opiekującego się dotychczas dzieckiem konstruuje się, odpowiednio do okoliczności, prawo do kontaktów z dzieckiem.

W piśmiennictwie niemieckim podkreśla się, że ze względu na niezwykle delikatną i trudną materię we wszystkich przypadkach PAS, niezbędna jest właściwa współpraca sądu, biegłego psychologa oraz *Jugendhilfe*⁵³.

Interesującym przykładem podejścia judykatury niemieckiej do problemu PAS jest rozstrzygnięcie Sądu Krajowego (OLG) w Celle z dnia 15 lipca 1997 r.⁵⁴ Warto o nim wspomnieć ze względu na dość typowy stan faktyczny sprawy, na tle którego sąd dostrzegł syndrom PAS. Otóż kontakty ojca z dziećmi przebiegały początkowo bezproblemowo. Następnie ojczym dzieci odmówił współdziałania przy spotkaniach, a w końcu definitywnie wykluczył swój osobisty kontakt z naturalnym ojcem dzieci. Do tego stanowiska przyłączyła się również matka dzieci. W rezultacie jej odrzucającej postawy także dzieci odmówiły dalszych kontaktów, i to w jakiegokolwiek ich formie, ponieważ "kontakty z ojcem zakłócały spokój i funkcjonowanie nowej rodziny". Sąd doszedł do wniosku, że niechęć dzieci i odrzucenie kontaktów z ojcem jest oczywistym efektem presji ze strony matki i jej nowego małżonka. Pełne nienawiści wypowiedzi dzieci, przesycone z jednej strony wulgaryzmami, z drugiej zaś zawierające całe pasaże sformułowań obcych językowi 8- czy 10-letnich dzieci, uznane zostały za wyraźne tego potwierdzenie. Odrzucenie kontaktów dzieci usprawiedliwiały rzekomymi "wybuchami" i atakami ze strony ojca. Twierdziły przy tym, że w ojczyźnie znalazły swego prawdziwego ojca, gdy tymczasem rzeczywisty ojciec jest wyłącznie sprawcą ich biologicznego istnienia.

Wobec szczególnie agresywnej postawy dzieci, sąd za niecelowe uznał natychmiastowe, przymusowe zbliżanie ich z ojcem np. poprzez zarządzenie kontaktów wspieranych towarzyszeniem *Jugendamt*. Postanowił zatem, dla dobra dzieci, wyłączyć na pewien czas (kilka miesięcy) realizację prawa ojca. W tym czasie dzieci miały odzyskać niezbędny spokój, matka zaś, pod kontrolą kuratora, skorzystać z fachowej pomocy psychologicznej i zmienić nastawienie dzieci w tym m.in. odtworzyć obraz ojca bardziej odpowiadający rzeczywistości. Jednocześnie sąd zasygnalizował możliwość zmiany regulacji w zakresie władzy rodzicielskiej w razie niezastosowania się do zaleceń.

Teoria Gardnera jest szeroko stosowana w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Od czasu ogłoszenia koncepcji w 1985 r., do 2001 r. została ona wyraźnie przywołana i uwzględniona przez 48 sądów w 20 stanach, w tym przez sześć stanowych sądów najwyższych⁵⁵. Ciągłe nie brakuje jednak w środowisku fachowym również głosów krytycznych, zaniepokojonym dużym praktycznym sukcesem teorii. Podnosi się przede wszystkim, że nie chodzi o metodę powszechnie uznaną przez psychiatrów amerykańskich⁵⁶. Podobnie rzecz się ma w Kanadzie⁵⁷ i Australii⁵⁸.

Natomiast w Szwajcarii raczej przeważa zapatrywanie, że koncepcję Gardnera z jej, ocenianą jako nadmiernie automatyczna, sugestią dotyczącą konieczności zmiany orzeczenia o władzy rodzicielskiej należy odrzucić. Podnoszony jest przede wszystkim argument, że teoria nie została, mimo upływu czasu, naukowo podbudowana. Natomiast badania dotyczące rozwodów, mają jakoby potwierdzać tezę, że kontakty zarządzone przez sąd wbrew woli dziecka w dłuższej perspektywie czasowej mają negatywne konsekwencje dla relacji dziecka z rodzicem niesprawującym pieczy na co dzień. Dodaje się również, że w większości przypadków dziecko już w środkowym okresie adolescencji porzuca bezwarunkowe wspieranie stanowiska rodzica wychowującego⁵⁹. Konkretnie badania nie są jednak przywoływane.

Orzeczenia odwołujące się do zespołu PAS nie są znane z judykatury polskiej. W piśmiennictwie natomiast praktyczna przydatność koncepcji oceniana jest na ogół wstrzemięźliwie⁶⁰. Można oczywiście spierać się czy chodzi tu o fenomen natury psychiatryczno-medycznej, a zatem czy zasługuje na miano

"syndromu"⁶¹, czy też raczej zjawisko rodzinno-społeczne. Trudno jednak zaprzeczyć, że opisuje realnie występujące na tym obszarze mechanizmy godzące niewątpliwie w dobro dziecka i wymagające interwencji sądu. Sądy powinny mieć ją na uwadze, nawet jeżeli rzeczywiście wniosek o konieczności zmiany orzeczenia w zakresie władzy rodzicielskiej wydać się musi zdecydowanie zbyt automatyczny.

4. PRZEPROWADZANIE KONTAKTÓW WBREW WOLI RODZICA SPRAWUJĄCEGO OPIEKĘ NA CO DZIEŃ

W piśmiennictwie oraz judykaturze zagranicznej akceptowana powszechnie jest obecnie możliwość wymuszenia kontaktów wbrew woli rodzica sprawującego władzę rodzicielską w drodze ich przymusowej egzekucji. Reguła ta dotyczy zarówno kontaktów rodzicielskich, jak i przyznanego przez sąd prawa do styczności służącego innym osobom trzecim⁶².

Nie zawsze tak było. W Niemczech jeszcze w czasie przygotowań do reformy z 1997 r., w ramach pojawiających się, wspomnianych już we wcześniejszych rozważaniach, wątpliwości co do celowości egzekucji prawa do kontaktów z dzieckiem w ogóle, formułowane były także specyficzne argumenty dotyczące właśnie egzekucji skierowanej przeciwko rodzicowi utrudniającemu kontakty. Sygnalizowano np., że przymus kontaktów uderzałby w pierwszej linii nie tyle w rodzica bojkotującego, co właśnie w dziecko. Będzie ono przecież musiało, również w dalszym ciągu, mieszkać z tym rodzicem. Natomiast, zdając sobie sprawę z jego negatywnego stanowiska w sprawie kontaktów, musiałoby zostać wciągnięte w konflikt lojalności. Dodawano również, że przymusowo uzyskany kontakt, miałby niewielką wartość dla rodzica uprawnionego do odwiedzin, jeśli drugi rodzic w dalszym ciągu przeciwstawiałby się styczności⁶³. Sprawę przesądził jednak argument, zgodnie z którym rodzice uniemożliwiający styczność w obliczu nieudanej mediacji sądowej - obowiązkowo poprzedzającej postępowanie egzekucyjne - a w obawie przed grożącymi sankcjami w postaci grzywny dla przymuszenia lub wręcz odebrania dziecka, zwykle korygują swe postępowanie⁶⁴.

Zgoda panuje również co do tego, że przymusowa egzekucja skierowana przeciwko rodzicowi sprawującemu władzę rodzicielską byłaby niedopuszczalna wówczas, gdy podejmował on **wszelkie** starania, których można było od niego oczekiwać, a mimo to dziecko nie chciało kontaktów⁶⁵. Zatem niepisana przesłanką egzekucji jest brak kontaktów, za który rodzic sprawujący władzę rodzicielską ponosi odpowiedzialność, czyli można mu przypisać zawinienie w tej materii. W Niemczech jego zawinienie jest jednak **domniemywane** (§ 89 ust. 4 FFG). Zatem to rodzic sprawujący nad dzieckiem pieczę na co dzień, chcąc uniknąć egzekucji, musiałby wykazać, że odpowiedzialności za brak kontaktów nie ponosi. W piśmiennictwie podkreśla się, że zdecydowanie niewystarczające byłoby w tym kontekście jego twierdzenie jakoby dziecko nie chciało się kontaktować z uprawnionym. Rodzic powinien wskazać jakie konkretne działania podjął, aby wpłynąć na dziecko i skłonić je do odwiedzin. Istotne znaczenie miały przy tym, o czym była już mowa, wiek dziecka.

Zwraca się również uwagę na to, że egzekucja przeciwko rodzicowi bojkotującemu kontakty, sama w sobie, zwykle nie służy dobru dziecka. Dlatego konieczne jest odpowiednie wyważenie i ocena wszystkich okoliczności konkretnej sprawy i uwzględnienie na tym tle interesów dziecka.

Nie ma również wątpliwości co do tego, że egzekucja sądowa stanowi jednak *ultima ratio*. Tak też jest w praktyce traktowana. Przy tym okazuje się, że w zagranicznej praktyce sądowej uprawnieni stosunkowo rzadko domagają się jej prowadzenia. Wyjaśnienia tej okoliczności upatruje się m.in. w tym, że zarówno judykatura, doktryna, a czasem też ustawodawcy w różnych krajach znaleźli już pewne, alternatywne możliwości powodujące, że egzekucja sądowa staje się w części przypadków zbędna. Ważniejsze z nich będą przedmiotem dalszych rozważań. Chodzi w szczególności o: 1) roszczenia odszkodowawcze związane ze szkodą majątkową wywołaną uniemożliwieniem kontaktów, 2) utratę prawa do alimentacji, 3) zmianę regulacji dotyczącej władzy rodzicielskiej, w tym również polegającą na jej odebraniu rodzicowi bojkotującemu, 4) zasądzenie kary porządkowej (*Ordnungsgeld*) lub nawet aresztu porządkowego (*Ordnungshaft*).

5. EGZEKWOWANIE KONTAKTÓW MIMO OPORÓW RODZICA W PRAWIE POLSKIM

5.1. PODSTAWY PRAWNE EGZEKUCJI DE LEGE LATA

W Polsce dopuszczalność przymusowej egzekucji kontaktów z dzieckiem nie budziła zastrzeżeń i nie wywołała wobec tego, znanych z literatury zagranicznej, kontrowersji. Natomiast w piśmiennictwie

prawnorodzinym słusznie zwraca się uwagę na wyjątkowo nieudolny, wręcz ośmieszający wymiar sprawiedliwości, sposób egzekwowania orzeczeń o kontaktach z dzieckiem⁶⁶. Wokół tej właśnie kwestii toczona jest aktualnie dyskusja.

Przez kilkadziesiąt lat, jako podstawę egzekucji, wykorzystywano przepisy dotyczące egzekucji świadczeń niepieniężnych, które ewidentnie nie uwzględniały specyfiki delikatnej materii spraw o kontaktach z dzieckiem. Opierano się na przepisie art. 1050 k.p.c., jeśli rodzic uprawniony do styczności z dzieckiem miał prawo zabierać je poza miejsce zamieszkania i przepisie art. 1051 k.p.c., gdy kontakty powinny odbywać się w miejscu zamieszkania dziecka, a na rodzicu sprawującym pieczę ciąży obowiązek nieprzeszkadzania w odwiedzinach. Zawierały one rozwiązania słusznie oceniane jako rażąco nieskuteczne, a przy tym przyczyniające się do rujnowania relacji uprawnionego rodzica z dzieckiem. Dość wspomnieć, że jako realną sankcję związaną z lekceważeniem orzeczenia sądowego regulującego styczność przewidywały wyłącznie dopuszczalność nałożenia grzywny (art. 1052 k.p.c.). Mianowicie sąd mógł orzec obowiązek zapłaty kwoty do 1000 zł, jeżeli zobowiązany nie wykonywał postanowienia sądu regulującego styczność. Grzywna mogła być następnie ponowiona, jednak łączna ich wysokość w jednej sprawie ograniczona została do 100.000 zł. Tytułem wykonawczym było tu postanowienie sądu. Przy tym, jeśli środek orzekany był w związku z zastosowaniem normy art. 1050 k.p.c., nałożenie grzywny mogło nastąpić dopiero po bezskutecznym upływie terminu, wyznaczonego przez sąd w postępowaniu egzekucyjnym, do wykonania czynności i zagrożeniu grzywną na wypadek jej niewykonania. Natomiast w sytuacji określonej w przepisie art. 1051 k.p.c. sąd nakładał grzywnę po ustaleniu naruszenia tytułu egzekucyjnego przez zobowiązanego bez konieczności wyznaczania dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania. Dłużnik miał tygodniowy termin na uiszczenie grzywny. Po jego upływie ulegała ona automatycznej zamianie na areszt (przy jej wymierzaniu sąd ma bowiem obowiązek orzec jednocześnie o zamianie na wypadek niezapłacenia - art. 1053 § 1 k.p.c.).

Prima facie mogłoby się wydawać, że przybliżony środek egzekucyjny ma wszelkie szanse po temu, aby być efektywnym. Szczególnie, gdy uwzględnić nie tylko możliwość nałożenia grzywny, ale też potencjalne zagrożenie aresztem. Praktyka jednak, i to z różnych powodów, dowodzi czegoś innego. Po pierwsze, grzywny orzekane były jedynie sporadycznie i to w minimalnych wysokościach. Co do zagrożenia aresztem, to w latach 1945-1997 w Polsce nie wykonano żadnego aresztu mającego na celu przymuszenie⁶⁷. Przyczyn tego stanu rzeczy upatruje się m.in. w tym, że areszt odbywa się na koszt wierzyciela, a sam aresztant nie może być osadzony z więźniami karnymi⁶⁸. Nie mniejsze znaczenie dla słabej efektywności ma tu również okoliczność, że w sprawach dotyczących egzekucji kontaktów dochodzi nie rzadko do konfuzji postępowania egzekucyjnego z rozpoznawczym. Zwykle bowiem osoby zobowiązane do umożliwienia styczności z dzieckiem, także na etapie egzekucji kontaktów, usiłują podnosić okoliczności mające znaczenie dla orzeczenia o kontaktach, nie zaś dla przymusowej realizacji kontaktów już ukształtowanych przez sąd. Chodzi o przyczyny w osobie dziecka jak w szczególności niechęć do rodzica uprawnionego do styczności owocująca odmową kontaktów czy stan zdrowia dziecka itd.⁶⁹

Niewielka zmiana stanu prawnego pojawiła się wraz z nowelizacją Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w 2008 r. Otóż modyfikując brzmienie art. 113 k.r.o. ustawodawca dodał jednocześnie do kodeksu postępowania cywilnego art. 582¹, mający na celu zabezpieczenie wykonania postanowień sądu o kontaktach z dziećmi.

Przepis zawiera przykładowy katalog zabezpieczeń⁷⁰, które jednak, jak jest to oceniane w doktrynie z perspektywy czasu, nie gwarantują skutecznej ich realizacji⁷¹.

5.2. EGZEKUCJA PRAWA DO ODWIEDZIN W ŚWIETLE UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 28 SIERPNI 2008 R.

Nadzieje na przełom w zakresie przymusowej realizacji prawa do styczności wiązano w piśmiennictwie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r.⁷² Wskazana w niej została nowa, jak się wydawało, bardziej skuteczna ścieżka egzekucji. Sąd uznał bowiem, że postanowienie regulujące kontakty rodziców z dzieckiem, nakazujące wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzania dziecka, podlega wykonaniu w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ i n. k.p.c. Chodzi zatem o egzekucję w trybie przepisów o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką.

Wskazane przez Sąd Najwyższy przepisy wprowadzone ustawą z dnia 19 lipca 2001 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji (Dz. U. Nr 98, poz. 1069), pozbawiające postępowanie w

sprawach o odebranie osoby wszelkich cech postępowania egzekucyjnego i nadające mu charakter postępowania opiekuńczego, przez stosunkowo długi czas nie były wykorzystywane dla egzekucji prawa do kontaktów z dzieckiem. Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy było przekonanie, że dotyczą one czynności jednorazowego odebrania dziecka. Tymczasem przy realizacji prawa do styczności odbieranie ma charakter permanentny - powtarza się każdorazowo dla odbycia odwiedzin, a także odprowadzenia po nich.

Sąd Najwyższy rozumowanie to przełamał. Uznał mianowicie, że także postanowienie kształtujące styczność, a więc nakazujące wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzania dziecka, podlega wykonaniu w trybie art. 598¹ k.p.c. Jest tak, ponieważ korelatem nakazu wydania oraz odprowadzania jest odebranie dziecka, także przymusowe, jeżeli nie następuje w sposób dobrowolny. Natomiast regulując w przepisach art. 598¹ i n. k.p.c. odebranie osoby, ustawodawca nie wprowadził rozróżnienia pomiędzy "odebraniem na stałe" oraz "na określony czas". Stąd wniosek, że chodzi o obie postaci odebrania.

Jednocześnie Sąd Najwyższy przesądził, że wykonywanie postanowień sądu regulujących kontakty, czyli określających stałe i powtarzające się kontakty rodziców z dziećmi, a tym samym zawierające nakazy każdorazowego wydania dziecka i jego odprowadzania po odwiedzinach do miejsca zamieszkania, nie odbywa się w trybie przepisów art. 1050 i 1051 k.p.c.⁷³

Wskazane przez Sąd Najwyższy przepisy nakładają na sąd kilka istotnych powinności, które poszerzają spektrum możliwości oraz czynią, że egzekucja ma szansę, aby stać się nie tylko bardziej "opiekuńczą", ale też bardziej skuteczną.

Chodzi po pierwsze, o obowiązek przeprowadzenia dochodzenia mającego na celu ustalenie miejsca pobytu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, jeśli nie jest ono znane (także przez Policję - art. 598³ k.p.c.).

Po drugie, o obowiązek określenia terminu już w postanowieniu w sprawie odebrania osoby, w jakim zobowiązany ma oddać dziecko (art. 598⁵ k.p.c.). Jeżeli do wydania w wyznaczonym terminie nie dojdzie, sąd na wniosek uprawnionego, zleci kuratorowi przymusowe odebranie osoby. Kuratorzy sądowi otrzymali tu doniesłe uprawnienia o charakterze publicznoprawnym, polegające na pełnieniu funkcji organu wykonawczego dysponującego środkami przymusu. Kurator jest więc uprawniony i zobowiązany do odebrania dziecka od **każdej** osoby, u której się ono znajduje. W razie potrzeby może przy tym korzystać z pomocy Policji. Na tej z kolei ciąży obowiązek udzielenia stosownej pomocy przy czynnościach związanych z przymusowym odebraniem dziecka (art. 598⁶ i 598¹⁰ k.p.c.).

Natomiast, jeśli przymusowe odebranie udaremnione byłoby na skutek ukrycia osoby podlegającej wydaniu, pojawia się obowiązek kuratora zawiadomienia prokuratora (art. 598¹¹ § 1 k.p.c.).

W końcu, jeżeli zobowiązany nie wyjawia miejsca pobytu dziecka, sąd na wniosek kuratora sądowego powinien zarządzić przymusowe jego sprowadzenie dla złożenia oświadczenia o miejscu jego przebywania. Z punktu widzenia karnoprawnych skutków, oświadczenie zrównane zostało ze złożeniem zeznań pod przysięgą, o czym sędzia ma obowiązek uprzedzić składającego oświadczenie (art. 598¹¹ § 2 k.p.c.).

Przyjęte przez Sąd Najwyższy rozwiązanie spotkało się początkowo z pewną aprobatą w doktrynie. Dostrzegła ona również jego walor funkcjonalny, polegający na skupieniu na sądzie opiekuńczym wszystkich spraw związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej⁷⁴. Pogląd ten przyjęty został także, jak się wydaje, przez prawodawcę, skoro w art. 598^{12a} k.p.c., dodanym ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 220, poz. 1431), wyraźnie wskazał, że chodzi także o sprawy dotyczące kontaktów z dzieckiem.

5.3. KRYTYKA UCHWAŁY W DOKTRYNIE

Równie szybko dostrzeżono jednak, że kierunek wytyczony przez Sąd Najwyższy ma swoje wady. Wady na tyle istotne, że pojawia się wątpliwość, co do możliwości praktycznego zastosowania uchwały⁷⁵.

Po pierwsze, zwrócono uwagę na to, że orzeczenie nasuwać musi zastrzeżenia natury dogmatycznej. W szczególności za nieuzasadnione uznano utożsamianie kontaktów z dzieckiem z instytucją odebrania dziecka. Zarówno prawo materialne, jak i procesowe rozróżnia obie figury prawne. Przepisy art. 598¹ i n. k.p.c. odwołują się do odebrania dziecka jako instytucji prawa materialnego, o której mowa w art. 100 k.r.o. Podstawy odebrania są tam wyraźnie sprecyzowane. Mianowicie, aby nakazać odebranie dziecka w związku z nierespektowaniem orzeczenia regulującego styczność, sąd musiałby ustalić, że jest ono zatrzymane przez osobę nieuprawnioną. Zatem zaaprobowanie uchwały musiałoby wiązać się z koniecznością reinterpretacji normy wyrażonej w art. 100 k.r.o., gdyż przecież rodzic

sprawujący pieczę z natury rzeczy nie jest nieuprawniony⁷⁶.

Po drugie, postanowienie o odebraniu dziecka może zapaść jeśli dziecko pozostaje u osoby nieuprawnionej. Przy tym, zgodnie z treścią art. 316 k.p.c., sąd uwzględnia stan faktyczny występujący w momencie wyrokowania. W przypadku orzeczenia o kontaktach polegających na zabraniu dziecka poza jego miejsce zamieszkania, sąd musiałby antycypować, że dziecko nie zostanie wydane dobrowolnie i przyjmować to jako podstawę faktyczną orzeczenia. Taka interpretacja nie byłaby prawidłowa nawet wówczas, gdy uprzednie zachowanie zobowiązanego, tj. odmowa wydania dziecka we wcześniejszym terminie, uzasadnia przypuszczenie, że sytuacja się powtórzy⁷⁷.

Po trzecie, co obecnie trudno przeoczyć, tryb wskazany w uchwale Sądu Najwyższego może znaleźć zastosowanie wyłącznie do kontaktów, które polegają na zabieraniu dziecka poza jego miejsce zamieszkania. Tymczasem prawo do kontaktów, zgodnie z treścią art. 113 § 2 k.r.o., może przybierać różną formę. Oprócz zabierania dziecka poza jego miejsce zamieszkania w grę wchodzi także odwiedziny, spotkania, bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji oraz korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej. Zdecydowanie nie byłoby dobrym rozwiązaniem, aby zupełnie inne reguły postępowania obowiązywały przy realizacji prawa do kontaktów polegającego na zabieraniu dziecka, a więc połączonego z obowiązkiem wydania, oraz w pozostałych przypadkach, w których aktualny jest jedynie obowiązek nieprzeszkadzania⁷⁸.

Po czwarte, wskazuje się również na to, że nieadekwatne do okresowego charakteru kontaktów byłoby wszczynanie kolejnych postępowań o odebranie dziecka w związku z systematycznym bojkotowaniem orzeczenia o kontaktach⁷⁹.

I po piąte, jak się wydaje, zdecydowanie najważniejszego powodu do krytyki uchwały dostarcza jej rozmiękanie się z dobrem dziecka. Otóż zwraca się uwagę na to, że szerokie stosowanie zalecanego w niej bardzo silnego środka wymuszania realizacji kontaktów z dzieckiem może powodować zdecydowanie negatywne następstwa dla psychiki dziecka⁸⁰.

W rezultacie jeszcze silniejsze stało się przekonanie o pilnej potrzebie zmian ustawowych.

5.4. PROJEKTY ZMIAN

Wśród pojawiających się różnych propozycji nowych regulacji prawnych uwagę zwracają dwa projekty ustaw.

Chodzi, po pierwsze, o projekt komisji sejmowej "Przyjazne Państwo"⁸¹. Polega on na dodaniu nowego art. 598¹⁴ k.p.c. nakazującego odpowiednie stosowanie art. 598⁶-598¹² k.p.c. do wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi. Ewidentnie nawiązuje on do, przybliżonej już uchwały Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2008 r., która przynajmniej w części odstępuje od dotychczasowego sposobu wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dzieckiem. Posiada także większość jej wad. Uchwała wskazuje jednak na zastosowanie całego trybu postępowania poczynając od art. 598¹ k.p.c., a więc zarówno rozpoznawczego, jak i wykonawczego. Projekt tymczasem odsyła wyłącznie do przepisów wykonawczych, czyli art. 598⁶-598¹² k.p.c. Druga różnica wiąże się z zakresem zastosowania. Otóż inaczej niż uchwała Sądu Najwyższego, projekt miałby regulować zagadnienie wykonywania orzeczeń o kontaktach w sposób wyczerpujący. Oznaczałoby to rezygnację z konieczności przeprowadzania postępowania, o którym mowa w art. 598¹-598⁵ k.p.c. Taka mająca swoje zalety gdyż pozwalająca m.in. uniknąć konfuzji związanej z mieszaniem do postępowania egzekucyjnego elementów postępowania rozpoznawczego, konstrukcja prowadziłaby jednak do odebrania zobowiązanemu możliwości obrony, co wynikałoby z pominięcia części rozpoznawczej postępowania o odebranie dziecka, a to z kolei napotyka na krytykę.

Proponowane jest także kompleksowe uregulowanie problematyki wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi. Ma ono umożliwić elastyczną reakcję sądu stosownie do, różnorodnych przecież, stanów faktycznych i dobra dziecka. Według projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego z dnia 7 maja 2010 r.⁸², postępowanie w sprawach wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi ma toczyć się na podstawie przepisów o postępowaniu nieprocesowym, zamieszczonych w odrębnym rozdziale obejmującym fazę wykonawczą. Lokalizacja nowej regulacji, opierająca się na tych samych przesłankach, którymi kierował się ustawodawca nowelizując Kodeks postępowania cywilnego ustawą z dnia 19 lipca 2001 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 1069), ma podkreślić, że postępowanie przestało mieć charakter egzekucyjny i nabrało cech postępowania opiekuńczego.

Podstawowym środkiem wymuszenia kontaktów ma być projektowana suma przymusowa, która może być nałożona zarówno na uprawnionego, jak i zobowiązanego jeśli dojdzie do naruszenia

postanowienia o kontaktach⁸³. Dopiero, gdy zastosowanie tego środka nie doprowadzi do wykonania orzeczenia o kontaktach, możliwe będzie przejście do drugiego etapu postępowania. Czyli zlecenie kuratorowi przymusowego odebrania dziecka, jeśli kontakty polegają na zabieraniu dziecka poza jego miejsce zamieszkania. W przeciwieństwie do spraw o odebranie dziecka, postanowienie sądu, zgodnie z założeniami projektu, powinno obejmować wielokrotne odbieranie dziecka. A zatem, określać ma w jakim czasie od wydania postanowienia środek ten może być stosowany (np. 6 miesięcy). Do wykonywania postanowienia o przymusowym odebraniu dziecka odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 598⁷-598¹² k.p.c., a zatem postępowanie nie będzie różniło się od dotychczas stosowanego trybu w zakresie odebrania dziecka od osoby nieuprawnionej.

Projekt przewiduje również gwarancje i zabezpieczenia wykonania postanowień o kontaktach z dziećmi nawiązując, w tym zakresie, do rozwiązań wprowadzonych już do Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. W nowym art. 582¹ § 2 k.p.c. zawarty został przykładowy katalog zabezpieczeń, a pośród nich możliwość domagania się zwrotu wydatków poniesionych w związku z odwiedzinami, które nie doszły do skutku.

ROZDZIAŁ IX

POZOSTAŁE MOŻLIWOŚCI PRZYMUSZENIA DO RESPEKTOWANIA PRAWA DO KONTAKTÓW

1. ZMIANA ORZECZENIA DOTYCZĄCEGO WŁADZY RODZICIELSKIEJ

W piśmiennictwie zagranicznym dopuszcza się na ogół, chociaż w różnym zakresie i zwykle bardzo ostrożnie, możliwość zmiany orzeczenia sądowego regulującego kwestię władzy rodzicielskiej, jeśli kontakty są uporczywie bojkotowane.

W Niemczech podkreśla się, że zmiana uregulowania może nastąpić wyłącznie w interesie dziecka (§ 1698 k.c.n.). Uniemożliwianie kontaktów przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską musi zatem powodować niekorzystne następstwa właśnie w kontekście ważnego interesu dziecka. Nowa regulacja kwestii władzy rodzicielskiej nie może być zatem wyłącznie sprawiedliwą karą dla rodzica, ale służyć musi dziecku.

W niemieckiej praktyce orzeczniczej taka sytuacja jest stosunkowo rzadko potwierdzana¹. Ma to swoje uzasadnienie. Otóż, zwraca się przede wszystkim uwagę, że zmiana osoby wychowującej dziecko godzi w zasadę ciągłości wychowania i trwałości więzi z rodzicem, co jednak zwykle poważnie narusza interes dziecka². Zatem zmiana uregulowania spowodowana nielojalną postawą rodzica wychowującego dziecko i przekazanie dziecka pod opiekę drugiego rodzica uderza w pierwszym rzędzie w samo dziecko, dopiero zaś w drugiej kolejności jest karą dla nielojalnego rodzica. Spodziewana korzyść dla dziecka winna zatem przewyższać ten uszczerbek. W doktrynie zwraca się przy tym uwagę również na to, że orzekając w ramach postępowania rozwodowego o władzy rodzicielskiej, sąd dokonał oceny tego, który z rodziców lepiej nadaje się do wychowywania dziecka. Zwykle nie traci on tej przewagi pomimo swego nielojalnego, godzącego w dobro dziecka postępowania³.

Sceptycy zwracają również uwagę, iż sankcja w postaci zmiany orzeczenia o władzy rodzicielskiej jest trudna, jeśli nie w ogóle niemożliwa, do zastosowania, właśnie tam gdzie byłaby szczególnie potrzebna. Mianowicie w tych przypadkach, w których rodzic sprawujący władzę rodzicielską z powodzeniem, skutecznie zniechęcił dziecko do drugiego rodzica. Skoro bowiem dziecko nie życzy sobie nawet kontaktów z rodzicem, to przecież zdecydowanie bardziej nie będzie chciało z nim mieszkać.

Z kolei Wyższy Sąd Krajowy w Monachium nie miał wątpliwości, co do potrzeby zmiany regulacji w przypadku wyłącznie uprawnionej do sprawowania władzy rodzicielskiej matki, która przez dwa lata skutecznie uniemożliwiała ojcu kontakty z dzieckiem. Sąd uznał ją za niezdolną do właściwego wychowywania dziecka, na tym, bardzo istotnym dla jego rozwoju osobowego obszarze nawiązania i utrzymywania prawidłowych więzi z ojcem. Zdaniem sądu, zasada kontynuowania wychowania nie może podtrzymywać i umacniać złego wychowania, zapewniającego wprawdzie jednolitość, ale uderzającego w dobro dziecka, w tym szczególnie ważnym dla jego przyszłości aspekcie. Sąd odrzucił także tezę, jako nie potwierdzoną badaniami, jakoby zmiana osoby wychowującej była nierozłącznie związana z negatywnymi długofalowymi skutkami dla rozwoju dziecka⁴.

Wobec istnienia dość wyraźnych rozbieżności ocen ustawodawca niemiecki uznał za konieczne wyraźne usankcjonowanie dopuszczalności zmiany orzeczenia. Nastąpiło to przy okazji reformy prawa dziecięcego w 1997 r. Wprowadzony został wówczas § 52a FFG⁵ *expressis verbis* ewentualność taką

przewidujący. Zmiana powitana została w piśmiennictwie niemieckim jako wyraźny postęp⁶.

Możliwość nowego uregulowania w zakresie władzy rodzicielskiej spotyka się z aprobatą w Belgii⁷. Za dopuszczalną uważana jest również w Szwajcarii. Tu jednak wykluczana jest zdecydowanie, jeśli dziecko nie chciało kontaktów⁸. Dopuszczalność pozbawienia władzy rodzicielskiej w związku z uniemożliwianiem kontaktów postrzegana jest w doktrynie szwajcarskiej, jako swego rodzaju odpowiednik możliwości ograniczenia lub wykluczenia prawa do kontaktów wobec jego niewykonywania przez uprawnionego do styczności⁹.

Za dopuszczalnością, jednak niezwykle ostrożnie stosowanej, zmiany orzeczenia o władzy rodzicielskiej należałoby wypowiedzieć się również z perspektywy prawa polskiego. Wprawdzie w prawie polskim brak jest regulacji *expressis verbis* łączącej takie orzeczenie z bojkotowaniem kontaktów, jednak ponieważ chodzi tu o zachowania godzące w interes dziecka, w konkretnych przypadkach może zatem okazać się, że zmiany wymaga dobro dziecka, a żaden łagodniejszy środek nie byłby wystarczający. Zatem w grę wchodziła będzie ogólna podstawa prawna takiego nowego uregulowania, jaką daje tu w szczególności art. 106, ewentualnie art. 107 lub art. 111 k.r.o.¹⁰

Stanowisko to znajduje dość wyraźne potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Przykładowo w postanowieniu z dnia 1 października 1998 r.¹¹ Sąd Najwyższy przyjął, że za nadużycie władzy rodzicielskiej i rażące zaniedbywanie wynikających z niej obowiązków w rozumieniu art. 111 § 1 k.r.o. może być uznane celowe izolowanie dziecka i jego psychiczne sobie podporządkowywanie. Do zmiany osoby uprawnionej do pieczy nad dzieckiem może również prowadzić rozstrzygnięcie na podstawie przepisu art. 107 k.r.o. W tym zakresie aktualność zachowuje orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1957 r.¹², w którym wpajanie dziecku uczucia niechęci lub nienawiści do drugiego z rodziców wskazane zostało jako ujemna okoliczność mająca znaczenie z punktu widzenia orzeczenia o władzy rodzicielskiej. Także w postanowieniu z dnia 30 sierpnia 1977 r.¹³ Sąd Najwyższy stwierdził, że uniemożliwienie utrzymywania właściwego kontaktu osobistego pomiędzy rodzicem a dzieckiem narusza interes małoletniego i w konsekwencji może stanowić przyczynę uzasadniającą zmianę postanowienia regulującego wykonywanie władzy rodzicielskiej.

2. ROSZCZENIA ODSZKODOWAWCZE

W związku z naruszeniem prawa do styczności z dzieckiem pojawia się pytanie o ewentualne sankcje odszkodowawcze. Kwestia ta była przedmiotem rozważań w doktrynie zagranicznej. Jest też akceptowana w judykaturze wielu krajów.

W Szwajcarii wyraźnie zwraca się uwagę na umocowanie prawa do kontaktów z dzieckiem w ramach ogólnego prawa osobistości (*Persönlichkeitsrecht* - odpowiednik dóbr osobistych znanych w prawie polskim). Umożliwia to, naturalnie, domaganie się odszkodowania w związku z naruszeniem (deliktowym) absolutnie chronionego prawa podmiotowego¹⁴.

Co ciekawe, aprobowane jest również deliktowe **roszczenie dziecka**. W piśmiennictwie zwraca się mianowicie uwagę na to, że ważnym elementem składowym prawa dziecka do kontaktów z rodzicem jest prawo do opieki w czasie odwiedzin. Jeśli natomiast te nie odbywają się, dziecku mogłoby zostać przyznane odszkodowanie w wysokości odpowiadającej kosztom koniecznej w tym czasie opieki zastępczej¹⁵.

Jako odpowiednik oraz logiczne uzupełnienie roszczenia odszkodowawczego dziecka, wskazuje się **roszczenie uprawnionego** do styczności rodzica o pokrycie kosztów poniesionych w związku z odwiedzinami, które ze względu na zawinienie rodzica sprawującego pieczę, do skutku nie doszły, np. koszty podróży¹⁶.

Również w Niemczech, mimo początkowych wątpliwości, przeważa obecnie stanowisko, że uniemożliwianie kontaktów przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską może pociągnąć za sobą obowiązek odszkodowawczy w przypadku powstania szkody majątkowej¹⁷.

Doktryna niemiecka akceptuje także roszczenie **rodzica sprawującego pieczę** nad dzieckiem związane ze szkodą majątkową powstałą ze względu na niewykonywanie prawa do kontaktów przez uprawnionego rodzica oraz naruszeniem ustalonych, w drodze porozumienia lub przez sąd, reguł styczności z dzieckiem¹⁸.

W piśmiennictwie spotkać można ciągle jeszcze głosy, że nałożenie instrumentarium zobowiązaniowego na rodzinnoprawne, ściśle osobiste uprawnienia rodziców, powodować będzie wiele dodatkowych komplikacji jak chociażby orzekanie o obowiązku odszkodowawczym przez nieprzygotowane do tego sądy rodzinne¹⁹.

Również w świetle prawa polskiego nie sposób byłoby wykluczyć dochodzenia roszczeń

odszkodowawczych, mimo pewnych niewątpliwie niebezzasadnych wątpliwości związanych z wprowadzeniem na ten obszar instrumentarium obligacyjno-prawnego. Opór z tym związany nie bez powodu został już przełamany za granicą. Stwarzane w różnych porządkach prawnych możliwości przymuszenia do respektowania prawa do styczności z dzieckiem ciągle jeszcze ocenić należy jako niewystarczające. Zaakceptowanie roszczeń odszkodowawczych rozszerza katalog potencjalnych możliwości.

Nie może budzić wątpliwości dopuszczalność dochodzenia, na zasadach ogólnych, roszczeń związanych ze **szkodą majątkową** powstałą w związku z uniemożliwieniem kontaktów, np. kosztów odwiedzin, które nie doszły do skutku. Wystarczającą barierą dla ewentualnego nadużywania tych roszczeń byłaby tu konieczność wykazania zawinienia rodzica sprawującego władzę rodzicielską. Jeśli natomiast rodzic naruszyłby prawo do kontaktów uprawnionego kierując się dobrem dziecka, i jeśli mimo to można byłoby postawić mu zarzut zawinienia, dodatkowym instrumentem ochronnym w rękach sądu mogłaby w okolicznościach konkretnego przypadku, których nie sposób byłoby pogodzić z zasadami współżycia społecznego, okazać się konstrukcja nadużycia prawa (art. 5 k.c.).

Prawo do kontaktów z dzieckiem może być, o czym była już mowa²⁰, postrzegane jako dobro osobiste. A skoro tak, to należałoby również dopuścić związaną z tym ochronę prawną, w tym również możliwość domagania się **zadośćuczynienia za krzywdę** (art. 24 k.c. w zw. z art. 448 k.c.). W tym przypadku wystarczającą ochronę przed niebezpieczeństwami związanymi z niedopasowaniem płaszczyzny odszkodowawczo-prawnej oraz rodzinnoprawnej wydaje się stwarzać upoważnieniowa jedynie konstrukcja tej instytucji. Mianowicie sąd "może" zasądzić odpowiednią sumę. Jeśli zatem okoliczności konkretnego przypadku nie będą tego wymagały, sąd nie zasądzi odszkodowania.

Dopuszczalność zgłoszenia roszczeń odszkodowawczych, a przynajmniej niektórych z nich, zaczyna być ostrożnie potwierdzana również przez samego ustawodawcę w wyraźnych regulacjach prawnych. Chodzi przede wszystkim o nowy art. 582¹ k.p.c.²¹ W § 2 tego przepisu sformułowany został otwarty katalog zabezpieczeń wykonywania kontaktów z dzieckiem, nawiązujący do środków wskazanych w art. 10 Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, przyjętej w maju 2002 r. w Wilnie. Chodzi m.in. o możliwość nakazania osobie sprawującej pieczę nad dzieckiem złożenia na rachunek depozytowy sądu odpowiedniej kwoty potrzebnej do pokrycia wydatków uprawnionego, związanych z wykonywaniem kontaktu, na wypadek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez osobę zobowiązaną obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach. Dotyczy to w pierwszym rzędzie kosztów odwiedzin, które nie doszły do skutku ze względu na ich bojkotowanie przez opiekuna dziecka. Środek przewidziany w przepisie art. 582¹ § 2 pkt 2 k.p.c. ma za zadanie zagwarantować a przynajmniej ułatwić uprawnionemu pełne zaspokojenie w postępowaniu egzekucyjnym z sumy złożonej na rachunek depozytowy. Oczywiście, będzie to możliwe dopiero w razie zasądzenia odszkodowania przez sąd w procesie odszkodowawczym.

Niezależnie od wątpliwości, jakie może wzbudzać ten przepis, ujawnia on akceptujące stanowisko ustawodawcy, co do roszczeń odszkodowawczych związanych z ponoszonymi kosztami odwiedzin.

Jeszcze bardziej wyraźnie, a także w szerszym zakresie, możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przewiduje projekt ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego²². Z jednej strony zobowiązuje on sąd do przyznania uprawnionemu do kontaktów z dzieckiem zwrotu jego uzasadnionych wydatków poniesionych w związku z przygotowaniem kontaktu, jeżeli do odwiedzin nie doszło wskutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez rodzica sprawującego władzę rodzicielską jego obowiązków w przedmiocie kontaktów z dzieckiem. Czyli w szczególności w związku z ich bojkotowaniem. Z drugiej natomiast, nakazuje odpowiednie stosowanie tej regulacji, jeśli to uprawniony do kontaktów narusza swe obowiązki dotyczące kontaktu i wywołuje w ten sposób uzasadnione koszty po stronie rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem jak np. koszty dowiezienia dziecka na umówione miejsce spotkania, czy koszty niezbędnej, wobec "wypadnięcia" odwiedzin, opieki nad dzieckiem.

3. OGRANICZENIE OBOWIĄZKU ALIMENTACYJNEGO

W piśmiennictwie zagranicznym, a ostatnio także w Polsce, brana pod uwagę i dyskutowana jest możliwość wywierania pośredniego nacisku na rodzica utrudniającego kontakt, poprzez roszczenia alimentacyjne.

W Niemczech pojawiła się w związku z tym propozycja, aby po § 1579 k.c.n. dodać kolejny przepis, wyraźnie przewidujący możliwość ograniczenia roszczeń alimentacyjnych w przypadku utrudniania lub uniemożliwiania kontaktów z dzieckiem²³. Nie została jednak przyjęta²⁴. Mimo to, w literaturze

akceptowana jest ewentualna utrata przez bojkotującego kontakty rodzica prawa do alimentów, w związku z nadużyciem prawa (w postaci *Verwirkung*)²⁵.

Również w Polsce, wobec szczególnie niezadowolającego stanu rzeczy w zakresie prawa do kontaktów z dzieckiem i jego egzekucji, głośna, także w mediach, stała się propozycja stymulowania rodzica bojkotującego kontakt za pomocą groźby ograniczenia bądź wykluczenia roszczeń alimentacyjnych dziecka. Szybko jednak zauważono, że kontakty bojkotuje rodzic, alimenty zaś służą utrzymaniu dziecka. Takie powiązanie byłoby zatem dość wątpliwe. Z urzeczywistnienia pomysłu zrezygnowano więc.

Na marginesie warto zasygnalizować, że w propozycjach tych tkwi jednak racjonalne jądro. Wprawdzie rzeczywiście niezwykle trudno byłoby uzasadnić, na tej podstawie, ograniczenie lub wykluczenie roszczeń alimentacyjnych służących dziecku - nawet wówczas, gdyby to ono nie życzyło sobie kontaktów - jednak w pełni uzasadnione i nienapotykalne na podobne trudności teoretycznej natury byłoby ograniczenie własnych (porozwodowych) roszczeń alimentacyjnych rodzica bojkotującego. Już obecnie zezwała na to wyraźnie przepis art. 144¹ k.r.o. w zw. z art. 61 k.r.o. Nie byłaby zatem konieczna, chociaż niewątpliwie przydatna ze względu na funkcję sygnalizacyjną, nowa, bardziej szczegółowa regulacja.

4. ŚRODKI KARNOPRAWNE

W niektórych zagranicznych porządkach prawnych przymus prywatnoprawny, zmierzający do rzeczywistego umożliwienia styczności z dzieckiem, wspierany jest regulacjami karnoprawnymi. Warto je zasygnalizować, chociaż próby te wzbudzają co najmniej mieszane uczucia. Nie sposób byłoby jednak zaprzeczyć, że dają one wyraz determinacji prawodawców oraz wysyłają w związku z tym trudny do przecoczenia sygnał odbierający, przynajmniej w niektórych przypadkach, odwagę bojkotowania.

W Belgii odpowiednie regulacje zawiera art. 369 k.k.belg. Stosownie do jego treści na ukaranie naraża się każdy, kto pomimo sądowego uregulowania kontaktów z dzieckiem styczność tę uniemożliwia²⁶. W piśmiennictwie belgijskim regulacja ta spotyka się również z ocenami zdecydowanie krytycznymi. Niektórzy autorzy nie bez racji wskazują, że wprowadzenie kar na ten niezwykle emocjonalny obszar relacji międzyludzkich może nie wywołać spodziewanych rezultatów, natomiast jest z całą pewnością zdolne dodatkowo zaostrzyć konflikty²⁷.

We Francji rodzic sprawujący pieczę nad dzieckiem, który nie wykorzystuje swej władzy rodzicielskiej, aby przekonać i w razie potrzeby skłonić dziecko do kontaktów, naraża się na ukaranie z powodu *non-représentation du mineur* na podstawie art. 227-5 k.k.fr.²⁸

Również w Szwajcarii dopuszczalna jest możliwość zastosowania środków karnoprawnych. Wprawdzie brak tam wyraźnej normy odnoszącej się do bojkotowania kontaktów, ale wskazuje się na przepisy dotyczące uprowadzenia dziecka (art. 220 k.k.szw.) oraz w szczególności na nieposłuszeństwo wobec orzeczenia urzędowego lub sądowego uregulowania (art. 292 k.k.szw.). W literaturze zwraca się uwagę na pozytywny skutek w postaci pośredniego nacisku psychicznego spowodowanego zagrożeniem ewentualną karą²⁹.

Natomiast w Niemczech środki karnoprawne uważane są niemal powszechnie za niewłaściwe, gdyż zbyt mocno obciążające relacje pomiędzy rodzicami, co w konsekwencji musiałyby przynieść uszczerbek również dziecku³⁰. Wprawdzie także tam proponowano w swoim czasie³¹ uwzględnienie możliwości karnoprawnego sankcjonowania postępowania rodzica sprawującego władzę rodzicielską na podstawie § 235 k.k.n., dotyczącego każdego, kto siłą, groźbą lub podstępem odbiera małoletniego rodzicom, jednak została ona zdecydowanie i wyraźnie odrzucona przez ustawodawcę w ramach przygotowań do reformy prawa dziecięcego z 1997 r.³²

Również w Polsce zastanawiano się nad ewentualnym karnoprawnym usankcjonowaniem prawa do kontaktów z dzieckiem. W 2008 r. rozważano nawet wprowadzenie wyraźnej regulacji prawnej do Kodeksu karnego.

5. ZWANGSGELD ORAZ ORDNUNGSGELD I ORDNUNGSHAFT W PRAWIE NIEMIECKIM

1 września 2009 r. w Niemczech weszła w życie ustawa z dnia 17 grudnia 2008 r. dotycząca postępowania w sprawach rodzinnych³³. Wprowadziła do niemieckiego porządku prawnego istotną, również w płaszczyźnie przymusowej realizacji styczności, nowość. Chodzi mianowicie o pieniężną karę porządkową (*Ordnungsgeld*) oraz porządkowy areszt (*Ordnungshaft*).

Prima facie mogłoby się wydawać, że nie chodzi tu o żadną nowość. Również przed wejściem w

życie nowej ustawy niemieckiemu porządkowi procesowemu znane były odpowiednie środki przymusu, w tym również: *Zwangsgeld* czyli pieniężny środek przymusu³⁴. Wbrew pozorom chodzi o dość istotną, nie tylko z teoretycznego, ale także - a może nawet przede wszystkim - z praktycznego punktu widzenia, zmianę. Otóż środki dotychczasowe miały, jak się podkreśla w doktrynie niemieckiej, charakter wyłącznie **środków przymusu** (*Beugemittel*). Obecne łączą w sobie zarówno element przymusu - mają przecież zmusić do zachowania się zgodnego z treścią orzeczenia sądowego - jak i sankcję, czego dotychczas nie było. Mają więc stanowić także rodzaj kary dla ignorującego regulację sądową rodzica³⁵.

Zastąpienie środków przymusu środkami porządkowymi w praktyce oznacza, że obecnie ich egzekucja jest możliwa nawet mimo upływu czasu. Brzmi to nieco zagadkowo, dla zilustrowania warto więc odwołać się do praktycznego przykładu. Otóż dotychczas, jeśli rodzic uniemożliwiał kontakty wakacyjne (np. wspólny wyjazd rodzica uprawnionego z dzieckiem), zastosowanie *Zwangsgeld* po upływie wakacji nie było już możliwe, właśnie dlatego, że grzywna miała wyłącznie charakter środka przymusu - skoro jednak wakacje już się skończyły, przymuszenie nie ma sensu. W analogicznej sytuacji, w nowym stanie prawnym, nałożenie przez sąd *Ordnungsgeld* byłoby także dopuszczalne po zakończeniu wakacji.

Różnica ta powoduje albo raczej ma spowodować - na ocenę jej funkcjonowania trzeba będzie jeszcze zaczekać - że obecnie egzekucja orzeczeń regulujących kontakty z dzieckiem będzie bardziej skuteczna.

Oba środki, a więc *Ordnungsgeld* oraz *Ordnungshaft*, mogą być zastosowane zarówno w pewnej sekwencji - a zatem polegać na wymierzeniu grzywny porządkowej z zastrzeżeniem na wypadek jej nieuiszczenia odpowiednio przeliczonego aresztu porządkowego - albo też zupełnie niezależnie. Czyli nałożeniu od razu aresztu porządkowego w przypadkach, w których zastosowanie grzywny byłoby w oczywisty sposób z góry skazane na niepowodzenie.

Możliwość zastosowania środków porządkowych uzależniona została od łącznego spełnienia trzech przesłanek. Chodzi o: 1) tytuł wykonawczy dotyczący regulacji styczności z dzieckiem, 2) zawinione utrudnianie kontaktów oraz 3) pouczenie co do możliwości zastosowania środków porządkowych. Dwie pierwsze nie wymagają komentarza, trzecia jest natomiast ważna i dość ciekawa z konstrukcyjnego punktu widzenia. Otóż, stosowne pouczenie musi nie tylko znaleźć się w orzeczeniu regulującym styczność z dzieckiem - późniejsza, podana w innej formie informacja nie jest wystarczająca - i wskazywać na możliwość zastosowania środków porządkowych, ale też, w szczególności, unaoaczać wysokość grzywny oraz czas trwania ewentualnego aresztu. Wystarczy jednak podanie ich maksymalnych granic (dla grzywny jest to 25.000 euro, dla aresztu - 6 miesięcy). Takie rozwiązanie wydaje się szczególnie dobre, gdyż już na etapie orzekania o kontaktach z dzieckiem odbiera, przynajmniej niektórym, rodzicom sprawującym władzę rodzicielską odwagę bojkotowania kontaktów, stawiając przed ich oczami możliwe negatywne następstwa takiego zachowania (funkcja sygnalizacyjna).

Nowa regulacja wprowadzona do porządku niemieckiego, podobnie jak dawniejsza, stanowi jedynie upoważnienie dla sądu, który może środki porządkowe zastosować lub też nie uznać ich, w okolicznościach konkretnej sprawy, za właściwe albo potrzebne. Ich stosowanie musi być bowiem podporządkowane naczelnemu celowi, któremu służy przeciwko prawo do styczności, czyli dobru dziecka.

6. GRZYWNA "DLA PRZYMUSZENIA" ORAZ PROJEKTOWANA SUMA PRZYMUSOWA W PRAWIE POLSKIM

W prawie polskim *de lege lata* istnieje możliwość nałożenia na zobowiązanego do umożliwienia kontaktów rodzica grzywny w trybie art. 1050 i 1051 k.p.c.³⁶ Wpłacana jest ona na rzecz Skarbu Państwa. Chodzi o swoisty środek przymusu oceniany w doktrynie jako zdecydowanie nieskuteczny, stąd też dość niechętnie stosowany w praktyce przez sądy³⁷.

De lege ferenda proponowane jest natomiast inne rozwiązanie. Mianowicie w projekcie ustawy z dnia 7 maja 2010 r. dotyczącej zmiany ustawy - Kodeks postępowania cywilnego³⁸ przewidziany jest nowy środek w postaci sumy pieniężnej. *Prima facie* łączy on w sobie zarówno element sankcji, jak i zryczałtowanego odszkodowania. Chodzi tu jednak ewidentnie o środek uniezależniony od ewentualnej poniesionej przez uprawnionego szkody, a zatem o represję mającą na celu przymuszenie rodzica bojkotującego kontakty do zmiany postępowania. Jest on wzorowany na holenderskiej instytucji *dwangsom* oraz francuskiej *astreinte*, co w dosłownym tłumaczeniu oznacza właśnie sumę przymusową. We Francji oraz krajach Beneluksu jest to podstawowy, egzekucyjny środek przymusu stosowany nie tylko do egzekucji świadczeń niepieniężnych.

W Polsce suma pieniężna miałaby być przyznawana, inaczej niż dotychczas grzywna, na rzecz i

wniosek uprawnionego, nie zaś na rzecz Skarbu Państwa. Projektowane przepisy nie określają przy tym granic wysokości kwoty. Ma ona być skuteczna, a zatem powinna być adekwatna do sytuacji majątkowej konkretnej osoby zobowiązanej. Procedura prowadząca do zastosowania nowego środka miałaby być dwuetapowa. Sąd najpierw, podobnie jak w Niemczech określałby zagrożenie na wypadek hipotetycznego niestosowania się zobowiązanego do orzeczenia ustalającego kontakty. Mogłoby to nastąpić już w samym postanowieniu ustalającym kontakty a nawet powinno, jeśli realna jest obawa, że zobowiązany do umożliwienia kontaktów rodzic nie zechce swego obowiązku wykonać. Jeżeli zaś następnie rzeczywiście nie stosuje się do treści regulacji, uprawniony mógłby wystąpić o zapłatę na jego rzecz kwoty stanowiącej iloczyn stawki przewidzianej przez sąd za każde naruszenie oraz liczby naruszeń.

Przewidziany środek miałby, zgodnie z intencją projektodawców, znaleźć zastosowanie nie tylko do przypadków bojkotowania kontaktów przez rodzica sprawującego pieczę nad dzieckiem, ale także do naruszeń dokonanych przez samego uprawnionego. Miałoby zatem chodzić również o sytuacje, w których kontakty zostały ograniczone lub zakazane, a uprawniony zakazy lub ograniczenia narusza. Procedura byłaby tutaj analogiczna do postępowania toczącego się z wniosku osoby uprawnionej do kontaktów. Oznacza to, że zagrożenie nakazem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej za każde naruszenie mogłoby zostać zamieszczone już w orzeczeniu dotyczącym kontaktów, albo też później w oddzielnym postanowieniu.

Kierunek poszukiwań zasługuje na poparcie. Proponowany środek finansowy może, jak się wydaje, wpłynąć na efektywność egzekwowania orzeczeń o kontaktach z dzieckiem, również przez swoją funkcję sygnalizacyjną.

7. OPIEKA NAPRZEMIENNA JAKO SPOSÓB NA UNIKNIĘCIE SPORÓW O KONTAKTY?

W zagranicznych porządkach prawnych regułą stało się pozostawianie władzy rodzicielskiej obojgu rozwodzonym rodzicom. Natomiast wyjątkiem, wymagającym stwierdzenia *in concreto* niewłaściwości takiego rozstrzygnięcia, jest przyznanie władzy jednemu z rodziców przy ograniczeniu drugiego³⁹. Odpowiada to coraz silniejszemu na forum zagranicznym, w tym w szczególności europejskim, przekonaniu, że taka właśnie sytuacja jest najbardziej odpowiednią dla dobra dziecka. Najlepiej też gwarantuje interesy obojga rozchodzących się rodziców, polegające na utrzymaniu więzi z dzieckiem. W związku z tym sądy coraz śmielej orzekają również tzw. opiekę naprzemienną. Polega ona na przyznaniu każdemu z rodziców prawa do pieczy nad dzieckiem w określonym czasie w roku np., stosownie do okoliczności, pierwsza połowa roku - matka, druga - ojciec⁴⁰.

Orzeczenie przez sąd opieki naprzemienną dopuszczalne jest również w świetle aktualnie obowiązującego prawa polskiego (art. 58 § 1a k.r.o. oraz art. 107 § 2 k.r.o.). W moim przekonaniu, nietrafne jest odmienne stanowisko W. Stojanowskiej⁴¹, która przeszkody dla jej orzeczenia *de lege lata* upatruje m.in. w konieczności określenia przez rodziców miejsca stałego pobytu dziecka. Wymóg taki nie wynika jednak z przepisów prawa rodzinnego dotyczących orzeczenia o rozwodzie, a "nieprzewidziana" - jak pisze Autorka - "na szczęście w polskim prawie rodzinnym tzw. naprzemienna władza rodzicielska" nie jest tożsama z "opieką naprzemienną". Przy tej ostatniej, to nie władza jest naprzemienna, ale jedynie przebywanie dziecka u posiadających pełnię władzy rodzicielskiej w każdym czasie rodziców. Zgodzić się natomiast można z przekonaniem, że wprowadzając możliwość sprawowania po rozwodzie władzy rodzicielskiej przez oboje rodziców, ustawodawca nie uregulował niewątpliwie trudnych, lecz jedynie technicznych kwestii wiążących się z porozumieniem rodziców o naprzemiennym przebywaniu dziecka (opieka naprzemienna). *De lege ferenda* należałoby postulować rozwiązanie wątpliwości w tym zakresie poprzez wyraźną regulację (dobrze służyłoby to sygnalizacji). Jednak obecnie istniejące trudności w tym zakresie nie przekraczają możliwości rozwiązania w drodze wykładni⁴². Oczywiście przekonanie o dopuszczalności takiego uregulowania nie oznacza jego afirmacji. Można zgodzić się z poglądem Autorki, że model ten może być połączony z niebezpieczeństwami dla rozwoju dziecka i powinien być orzekany wyjątkowo rozważnie.

W związku z poruszoną kwestią opieki naprzemienną spotkać można postulat szerszego jej wykorzystywania, co miałoby być sposobem na likwidację konfliktu między rodzicami również w zakresie kontaktów z dzieckiem⁴³.

Słusznie propozycje tego rodzaju spotykają się ze zdecydowanym odporem w piśmiennictwie. Zwraca się przede wszystkim uwagę na to, że orzeczenie opieki naprzemienną może mieć miejsce jedynie w przypadkach braku konfliktu pomiędzy rodzicami. Jeśli zaś sprawa kontaktów trafia do sądu, konflikt jest zazwyczaj bardzo nasilony. Już ta okoliczność powoduje, że nie może być mowy o instrumencie, który mógłby chociaż przyczynić się do złagodzenia skali problemu. Ponadto możliwość

orzeczenia pieczy naprzemiennej jest znacznie ograniczona okolicznościami faktycznymi. Dla przykładu rodzice musieliby chyba jednak mieszkać blisko siebie, aby dziecko nie miało dodatkowych problemów związanych z odległością (np. łączących się z koniecznością uczęszczania do różnych szkół)⁴⁴.

W konkluzji przyjąć należy, że nie chodzi tu o instrument prowadzący do rozwiązania problemu - nawet tylko rodzicielskich - kontaktów z dzieckiem.

ZAKOŃCZENIE

Zarówno w zagranicznych regulacjach prawnych, jak i w polskim porządku prawnym silna jest tendencja do umacniania prawa rodzica do styczności z dzieckiem, a także jego ujmowania w wyraźne ramy prawne. Towarzyszy temu przekonanie, że kontakty z obojgiem rodziców dobrze służą dziecku i przyczyniają się, albo raczej są niezbędne, do prawidłowego kształtowania jego osobowości. Natomiast wyraźna regulacja, także ze względu na swoją funkcję sygnalizacyjną, pozwala uniknąć, przynajmniej w części przypadków, konfliktów.

Od dawna silne jest również dążenie do poszerzania kręgu podmiotów uprawnionych do styczności z dzieckiem. Początkowo chodziło wyłącznie o dziadków, z czasem uwzględniono także inne osoby. Ponieważ jednak przyznanie zaskarżalnych uprawnień dużej liczbie osób może nadmiernie obciążać dziecko zobowiązane przecież do kontaktów, a także znacznie utrudniać sprawowanie władzy rodzicielskiej oraz wychowywanie dziecka przez rodzica sprawującego pieczę na co dzień, oraz w końcu mnożyć sytuacje konfliktowe, ustawodawcy nie decydują się na ogół na przyznanie uprawnień bezwarunkowych na wzór tych przysługujących rodzicom. Prawo dziadków oraz innych osób jest zdecydowanie słabsze i powstaje, jeśli tak zdecyduje sąd. Prawo rodziców natomiast ma charakter "obiektywny" i pojawia się z mocy prawa, nawet jeśli ze względów praktycznych wymaga sprecyzowania.

Przyjęte przez ustawodawcę polskiego w 2008 r. rozwiązania materialnoprawne uwzględniają doświadczenia zagraniczne i odpowiadają zarówno aktualnym potrzebom społecznym, jak i wypracowanym w tym zakresie standardom międzynarodowym. Nowa regulacja zasługuje na aprobatę, nawet jeśli nie jest wolne od usterek. Daje ona wyraźny sygnał, nie tylko zainteresowanym, spierającym się o prawo do odwiedzin stronom, ale też sądom. Te ostatnie nie mogą już mieć wątpliwości zarówno co do znaczenia prawa do kontaktów z dzieckiem, jak i determinacji prawodawcy.

Istota problemu nie wyczerpuje się jednak w regulacjach dotyczących materialnoprawnego kształtu uprawnienia. Co najmniej w tym samym stopniu jest nią praktyczna egzekwowalność prawa do styczności.

Przymusowa realizacja prawa do kontaktów z dzieckiem należy bez wątpienia do najważniejszych a jednocześnie najtrudniejszych zagadnień tzw. prawa dziecięcego. Uniemożliwianie kontaktów z dzieckiem odbierane jest często przez drugiego rodzica w kategoriach katastrofy życiowej. Przy tym trudno jest dziś mówić, że w polskim porządku prawnym, podobnie zresztą jak w systemach zagranicznych, znaleziono już rozwiązanie problemu czy chociażby jedynie zarysowano wystarczająco obiecujący kierunek poszukiwań. Prawodawca polski podejmuje ostatnio próby znalezienia zadawalającego, odpowiadającego zarówno interesom dziecka, jak i uprawnionego do kontaktów rodzica, rozwiązania. Wydaje się, że jednym ze środków może tu być projektowana suma przymusowa. Czas pokaże.

Z całą pewnością jednak, należy zdecydowanie opowiedzieć się za dopuszczalnością przymusowej egzekwowalności styczności z dzieckiem. Jej właściwych sposobów - uwzględniających niezwykle delikatną strukturę relacji pomiędzy wszystkimi zainteresowanymi oraz w szczególności mających na celu jak najlepszą ochronę dobra dziecka - należy nadal poszukiwać. Już jednak samo istnienie, nawet bardzo niedoskonałej, możliwości przymusowej egzekucji kontaktów ma swoje, trudne do przecenienia znaczenie sygnalizacyjne. Nawet bowiem wyłącznie teoretyczna możliwość przeprowadzenia egzekucji pozwala w wielu przypadkach uniknąć bojkotowania kontaktów. Najlepszym empirycznym potwierdzeniem tej tezy jest, przywoływane już w rozważaniach, rozwiązanie przyjęte przez prawodawcę byłej NRD zastąpienia przymusowej egzekucji próbą przekonywania. Ten utopijny pomysł szybko doprowadził do rozpowszechnienia się demoralizującego przekonania, że o kształcie kontaktów z dzieckiem, a także o tym, czy styczność w ogóle będzie dopuszczona, decyduje wyłącznie rodzic sprawujący władzę rodzicielską.

Z dużą ostrożnością należy natomiast odnieść się do dopuszczalności przymusowej egzekucji kontaktów wbrew rzeczywistej woli dziecka. Zdecydowanie wykluczone powinno być w tych przypadkach stosowanie bezpośredniego przymusu, a więc siły fizycznej wobec dziecka. Kontakt, którego naczelnym celem jest przecież dobro dziecka, nie powinien być wymuszany za pomocą środków przymusu państwowego wyrządzających mu niewątpliwą krzywdę. W tych przypadkach wywierać należy tym

bardziej zdecydowany nacisk na rodzica sprawującego władzę rodzicielską. To do jego obowiązków należy takie wykonywanie władzy rodzicielskiej, aby dziecko miało właściwą relację z drugim rodzicem a kontakty mogły się odbywać.

Wprawdzie z perspektywy prawa polskiego można byłoby wyobrazić sobie również egzekucję prawa dziecka wbrew woli zobowiązanego do styczności i jednocześnie uprawnionego rodzica. Jednak, podobnie jak to czyni judykatura oraz doktryna zagraniczna, ewentualność taką należy wykluczyć i uznać za niecelową, gdyż godzącą w sens prawa do kontaktów.

LITERATURA

- Andrzejewski M., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010
- Arntzen F., *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern. Ein Grundriß der forensischer Familienpsychologie*, München 1994
- Baer I., *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*, ZBI JugR 1977
- Baeteman G., *Personen- en gezinsrecht*, Bruksela 1988
- Bartels T., *Die vollständigen und unvollständigen Familien im Kindschaftsrecht. Eine vergleichende Betrachtung der familienrechtlichen Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, der DDR, Österreich und der Schweiz*, Frankfurt am Main 1986
- Bednariková J., Chapman F. (red.), *Festschrift für Jan Stepán zum 80. Geburtstag*, Zürich 1994
- Belza M., *Das Verhältnis zwischen dem Kinde und den geschiedenen Elternteil, dem das Kind nicht zugewiesen wurde*, Freiburg 1946
- Bielski B., *O losie dziecka skłóconych rodziców. Studium przypadku (cz. I)*, Pal. 2005, z. 5-6
- Birk R., *Das Verkehrsrecht der Großeltern*, FamRZ 1967
- Blum B., *Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäß Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht)*, Zürich 1983
- Bräm V., *Das Besuchsrecht geschiedener Eltern*, AJP 1994
- Breitenmoser S., *Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs*, Basel-Frankfurt am Main 1986
- Bruch C.S., *Parental Alienation Syndrome und Parental Alienation. Wie man sich in Sorgerechtsfällen irren kann*, FamRZ 2002
- Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, BT-Druck. 13/4899
- Burns E., *Grandparent visitation rights: Is it time for the pendulum to fall?* Family Law Quarterly 1991, z. 1
- Büte D., *Das Umgangsrecht bei Kinder geschiedener oder getrennt lebender Eltern*, Berlin 2001
- Büttner H., *Nicht ohne meinen Hund*, FamRZ 1999
- Carbonnier J., *Droit civil, t. 2, La famille*, Paris 1991
- Ciepla H., *Nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010
- Coester-Waltjen D., *Überlegungen zur deutschen Kindschaftsrechtsreform (w:) K. Johansen, D. Henrich, Eherecht. Scheidung, Trennung, Folgen. Kommentar*, München 1998
- Colombet C., *Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale*, D. 1971, chron. 1 (9)
- 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
- Czerederecka A., *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010
- Czerederecka A., *Syndrom oddzielenia od drugoplanowego opiekuna (PAS) - przydatność diagnozy w badaniach sądowych w kontekście krytyki zjawiska*, Nowiny Psychologiczne 2005, nr 3
- Czerederecka A., *Syndrom odosobnienia od jednego z rodziców u dzieci z rozbitych rodzin*, Nowiny Psychologiczne 1999, nr 4
- Darkow K., *Haben Großeltern ein Recht auf persönlichen Verkehr mit ihren Enkelkindern?*, JR 1953
- Diederichsen U., *Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*, NJW 1980
- Diederichsen U. (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003
- Dobrzański B., *Jakie zmiany wprowadził Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Pal. 1964, z. 6
- Dolecki H., Sokołowski T., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010
- Dorsner-Dolivet A., Scemama A., *glosa do orzeczenia Cour d'appel de Paris z dnia 11 stycznia 1983*, Gaz. Pal. 1983
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 2003
- Eil E., *Psychologische Kriterien bei der Regelung des Persönlichen Umgangs*, Weinheim 1990

- van Els H., Glosa do orzeczenia KG, FamRZ 2003
- van Els H. (w:) R. Hoppenz (red.), *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009
- Engler E., *Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption*, FamRZ 1969
- Ereciński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2009
- Finger P. (w:) D. Schwab (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 8, *Familienrecht II*, § 1589-1921, München 2002
- Frommann M., *Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im Vormundschafts- bzw. Familienrechtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, München 1977
- Fröhlich S., *Zur Bedeutung des Umgangs des Kindes mit beiden Eltern und anderen wichtigen Personen für das Kindeswohl*, FPR 1999
- Fthenakis W., *Elternverantwortung und Kindeswohl. Neue Chancen zu ihrer Verwirklichung für die Rechtsprechung?* (w:) *Elterliche Verantwortung und Kindeswohl. Tagung der evangelischen Akademie Bad Boll vom 23. bis 26. Februar 1984*, Bad Boll 1984
- Fulchiron H., *Autorité parentale et parents désunis*, Paris 1985
- Gajda J. (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2003
- Gardner R.A., *Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professionals*, New Jersey 1986
- Gardner R.A., *Das elterliche Entfremdungssyndrom. Anregungen für gerichtliche Sorge und Umgangsregelungen*, Berlin 2002
- Gardner R.A., *The Parental Alienation Syndrome*, New Jersey 1992
- Garé T., *Le partage d'une fratrie après divorce*, J.C.P. 1997
- Garé T., *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris 1989
- Gebler M.-J., *Divorce. Conséquences du divorce pour les enfants. Aspects extra-patrimoniaux*, *Juris-Classeur civil* 1990, Art 286 f 295, Fasc. 70
- Geier O.R., *Das "betreute Besuchsrecht"*, FamRZ 1990
- Gernhuber J., *Lehrbuch des Familienrechts*, München 1980
- Gernhuber J., Coester-Waltjen D., *Lehrbuch des Familienrechts*, München 1994
- Giesen D., *Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Sorge- und Verkehrsberechtigtem*, NJW 1972
- Gniewek E. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008
- Gobert M., *L'enfant et les adultes*, J.C.P. 1971, nr 17, 20, doc. 2421
- Goettel M., *Ingerencja sądu opiekuńczego w sprawowanie władzy rodzicielskiej a prawo rodziców do osobistej styczności z dzieckiem*, NP 1983, nr 9-10
- Gottschalk Y., *Boykottierter Umgang - Zwangsweise Durchsetzung von Umgangsregelungen und Grenzen staatlicher Interventionsmöglichkeiten*, *Familie, Partnerschaft, Recht* 2007
- Gottwald U. (w:) R. Hoppenz, *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009
- Gotzen R., *Kinderen van gescheiden ouders en de jeugdrechtbank*, R.W. 1977-1978
- Goubau D., *Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leur petits-enfants*, *Les Cahiers de Droit* 32 1991
- Grasnack M., *Der Verkehr des Vaters mit seinem unehelichen Kinde. Zu der Regelung im Referentenentwurf für ein Unehelichengesetz*, NJW 1966
- Greßmann M., *Neues Kindschaftsrecht*, Bielefeld 1998
- Grudzińska M., *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000
- Gudowski J. (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2009
- Guiho P., *Essai d'une théorie générale du droit de visite*, J.C.P. 1951, nr 41
- Guler A., *Ausgewählte Fragen zur Regelung des Besuchsrechts*, ZVW 1984
- Hauser J., *Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droit de la famille*, RTD civ. 1994
- Hauser J., Huet-Weiller D., *Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de la famille*, RTD civ. 1991
- Hauser J., Huet-Weiler D., *Traite de droit civil. La famille. Dissolution de la famille*, Paris 1991
- Hauser J., Huet-Weiller D., *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, Paris 1993
- Hausheer H., *Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrevision*, ZBJV 1993
- Häfeli Ch., *Kosten für begleitete Besuchstage von unmündigen Kinder mit ihrem nicht*

obhutsberechtigten Elternteil, ZVW 2001

Hegenauer C., *Adoption und Besuchsrecht der leiblichen Mutter*, ZVW 1979

Hegenauer C., *Die Legitimation der Pflegeeltern zur staatsrechtlichen Beschwerde (Bemerkungen zu BGE 110 1a 78)*, ZVW 1985

Hegenauer C., *Elterliche Zustimmung zur Adoption und Besuchsrecht*, ZVW 1986,

Hegenauer C., *Persönlicher Verkehr - Ergebnisse einer Genfer Untersuchung*, ZVW 1992

Hegenauer C. (w:) M. Gmür, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, t. II, *Familienrecht*, Bern 1997

Hegenauer E., *Persönlicher Verkehr - Grundlagen*, ZVW 1993

Heiderhoff B., *Schuldrechtliche Ersatzansprüche zwischen Eltern bei Verletzungen des Umgangsrechts?*, FamRZ 2004

Hinderling H., Steck D., *Das schweizerische Ehescheidungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Expertenentwurfs des Scheidungsrechtsrevision*, Zürich 1995

Holewińska-Łapińska E., *Glosa do uchwały SN z dnia 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88*, PiP 1991, z. 2

Holewińska-Łapińska E. (w:) T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003

Hopp H., *Umgang bei Kindern im Kinderheim oder in der Pflegefamilie*, Familie, Partnerschaft, Recht 2007

Horstmann M., *Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern - Kind - Verhältnis. Der Zusammenhang zwischen Institution der Familie und der elterlichen Gewalt*, Bielefeld 1967

Höfelmann E., *Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes*, FamRZ 2004,

Ignaczewski J., *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61⁹-113⁶ KRO. Komentarz*, Warszawa 2009

Ignaczewski J. (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2010

Ignaczewski J. (w:) J. Ignaczewski (red.), *Rozwód i separacja. Komentarz*, Warszawa 2010

Ignatowicz J. (w:) J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1990

Ignatowicz J. (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003

Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010

Jacobs K., *Het omgangsrecht in België en Nederland*, TPR 1996

Jaeger T. (w:) K. Johannsen, D. Henrich, *Eherecht. Trennung, Scheidung, Folgen. Kommentar*, München 2003

Jarosz E., *Międzynarodowe standardy przeciwdziałania krzywdzeniu dzieci*, Warszawa 2008

Jasudowicz T. (oprac.), *Prawa ojców w orzecznictwie strasburskim*, Toruń 2008

Jopt U.-J., *Staatliches Wächteramt und Kindeswohl. Zum unseligen Verhältnis zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht*, ZBJJugR 1990

Jopt U.-J., *Anmerkung zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts aus psychologischer Sicht*, ZfJ 1996

Justyński T., *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000

Justyński T., *Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)*, Rodzina i Prawo 2006, nr 1

Justyński T., *W sprawie opieki naprzemiennej*, Rodzina i Prawo 2011, nr 19 (w druku)

Justyński T., *Znak czasu. Porozwodowe "prawo do kontaktów" z domowymi czworonogami?*, Rodzina i Prawo 2010, nr 14-15

Justyński T., *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury niemieckiej* (w:) M. Andrzejewski (red.), *Księga jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008

Kaczmarek J., Kotara H., Pocent T., *Syndrom odosobnienia jednego z rodziców - mechanizmy psychologiczne występujące w konflikcie okolorozwodowym wg koncepcji Richarda Gardnera*, Warszawa 2004

Kaganas F., Piper Ch., *Grandparents and the limits of the Law*, International Journal of Law and the Family 1990, z. 4

Kamden J.-F., *L'enfant et le droit de visite*, Gaz. Pal. 1996

Kindler H., Reinhold C., *Umgangskontakte: Wohl und Wille des Kindes*, Familie, Partnerschaft, Recht

2007

- Kistler P., *Das Recht auf persönlichen Verkehr*, ZVW 1952
- Klaue M., *Papa unser. Die Propagandisten der Väterbewegung geben sich als Verteidiger des Kindeswohls. In der Wahrheit betrieben sie die Restitution väterlicher Macht* (w:) A. Heiliger, E. Hack (red.), *Vater um jeden Preis? Zur Kritik am Sorge und Umgangsrecht*, München 2008
- Kochel R., *Kindeswohl im gerichtlichen Verfahren*, Neuwied-Kriftel-Berlin 1995
- Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy: Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego i Prawo o aktach stanu cywilnego*, Rodzina i Prawo 2006, nr 2
- Kornilowicz M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 7 listopada 2000 r., I CKN 115/00*, OSN 2001, nr 3
- Krüger H. (w:) H. Krüger, E. Breetzke, K. Nowack, *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, München-Berlin 1958
- Lampe-Franzen M.-F., *Le statut juridique de l'enfant. Des droits de garde et de visite*, Rev. trim. dr. fam 1979
- Lebrun E., *La prévention des troubles psychologiques chez les enfants dont les parents se séparent*, Rev. trim. dr. fam. 1995
- Lempp R., *Die Ehescheidung und das Kind*, München 1989
- Lempp R., *Die Rechtstellung des Kinder aus geschiedener Ehe aus Kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht*, NJW 1972
- Lempp R., *Gerichtliche Kind- und Jugendpsychiatrie. Ein Lehrbuch für Ärzte und Juristen*, Bern-Stuttgart-Wien 1983
- Lempp R., *Wer soll das Kind holen und bringen bei der Durchführung der Befugnis zum persönlichen Umgang gem. § 1634 Abs. 1 BGB?*, ZBIJugR 1979
- Lempp R., *Zur Umgangsbefugnis des nichtehelichen Vaters*, FamRZ 1989
- Lempp R., *Kinder- und jugendpsychiatrische Anmerkungen zur Frage, wieweit das Erziehungsrecht der Eltern durchgesetzt werden kann und darf*, FamRZ 1986
- Lowe N., Douglas G., *The Grandparent - Grandchild Relationship in English Law* (w:) J. Eekelaar, D. Pearl, *An Aging Word. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford 1989
- Łapiński A., *Ogólna problematyka ograniczenia władzy rodzicielskiej według art. 109 k.r.o.*, Pal. 1974, z. 3
- Machnikowski P. (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008
- Manai D., *Le statut de l'enfant à la lumière du droit aux relations personnelles*, ZSR 1988
- Martiny D., *Sorgerecht, Umgangsrecht und Unterhalt - Die Teilung des Unteilbaren?* (w:) A. Heldrich, H.-J. Sonnenberger, *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*, Frankfurt am Main 1988
- Massip J., *Chronique de jurisprudence civile générale. Personnes - Famille*, Répertoire du notariat Defrénois 1986
- Masson J.-P., *Examen de jurisprudence (1984 à 1990), Les personnes*, Rev. crit. jur. Belge 1993
- Masson J.-P., *Puissance paternelle - Autorité parentale* (w:) *Répertoire pratique de droit belge. Législation. Doctrine et Jurisprudence*, Bruksela 1983
- Masson J.-P. (w:) H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes-Doctrine-Jurisprudence*, t. 2, Bruksela 1990
- McCarthy P., Simpson B., *Grandparents and family conflict*, Family Law 1990
- Meulders-Klein M., *Légitimation par adoption. A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général*, Rev. not. b. 1978
- Mitchell A., *Children's experience of divorce*, Family Law 1988
- Motzer S., *Neuere Tendenzen beim Umgangsrecht*, Familie, Partnerschaft, Recht 2007
- Motzer S. (w:) D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrechts*, München 2004
- Mühe G., *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, NJW 1990, z. 36
- Nauka G., *Spotkanie Kolegium Redakcyjnego "Rodziny i Prawa" z przewodniczącymi sądów rodzinnych. Warszawa dnia 21 września 2009 r.*, Rodzina i Prawo 2009, nr 13
- Neirinck C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris 1984
- Pauwels J., *Beginselen van personen- en familienrecht*, t. 3, *jeugdrecht-verwantschapsrecht*, Leuven

1986

Pazdan M. (w:) Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006

Peschel-Gutzeit L.-M., *Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kind. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1989

Petit-Bayaert E., Glosa do orzeczenia *Cour d'appel de Limoges* z 13 czerwca 1991 r., D. 1993, somm. 123

Piasecki K., *Stosunki między dziadkami i wnukami*, *Gazeta Sądowa i Penitencyjna* 1971, nr 16

Piasecki K. (w:) J. Winiarz (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Warszawa 1989

Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003

Pittet J.-P., *Le droit aux relations personnelles*, ZVW 1984

Płonka E., J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami*, NP 1981, nr 5

Prüm K., *Die Folgen der Verletzung des Umgangsrechts unter besonderer Berücksichtigung möglicher daraus resultierender Schadensersatzansprüche*, Hamburg 2006

Radwański Z. (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006

Ramm T., *Jugendrecht. Ein Lehrbuch*, München 1990

Rauscher T., *Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz*, FamRZ 1998

Reday H., *Le droit aux relations personnelles avec l'enfant en droit français et en droit suisse*, Lausanne 1981

Renchon H., *La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale*, Rev. trim. dr. fam. 1995

Rigaux F., *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruksela 1971

Rubellin-Devichi J., *Droit de la famille*, Dalloz 1996

Safjan M., *Przedmowa* (w:) M. Grudzińska, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000

Schneider S., *Der persönliche Verkehr*, SJK 1982, nr 332

Schnitzerling M., *Das Recht des nichtsorgeberechtigten Elternteils auf Verkehr mit seinem Kinde*, RdJ 1961

Schnyder M., *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994*, ZBJV 1996

Schulte A., *Eltern und Kinder (Elterliche Sorge, Umgang, Unterhalt)*, München 2002

Schulte M., *Kontaktverweigerung und Unterhaltsrecht*, Frankfurt am Main 1999

Schulze N., *Das Umgangsrecht. Die deutsche Reform im Kontext europäischer Rechtsentwicklung*, Berlin 2001

Schwab D., *Gemeinsame elterliche Verantwortung - ein Schuldverhältnis?*, FamRZ 2002

Schwab D., *Handbuch des Scheidungsrechts*, München 1995

Schwab D., *Wandlungen der gemeinsamen elterlichen Sorge* (w:) *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 1997

Schwab D., Heinrich D., *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, Bielefeld 1996

Schwenzer I., *Scheidungsrecht. Praxiskommentar*, Basel-Genf-München 2000

Schwenzer I., *Empfiehl es sich das Kindschaftsrecht neu zu regeln?* (w:) *Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, t. I, *Gutachten*, München 1992

Schwenzer I. (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser (red.), *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB*, Basel-Genf-München 2006

Schwenzer I. (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basel-Frankfurt am Main 1996

Schwoerer J., glosa do orzeczenia BGH, FamRZ 1966

Schwoerer J., *Verkehrsregelung durch den sorgeberechtigten Elternteil?*, FamRZ 1965

Smoczyński T. (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999

Smoczyński T. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003

Sokołowski T., *Charakter prawny osobistej styczności z dzieckiem*, KPP 2000, z. 2

Sokołowski T., *Władza rodzicielska nad dorastającym dzieckiem*, Poznań 1987

Sokołowski T. (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010

Söpfer S., *Handy und Umgangsrecht*, FamRZ 2002

Steding R., § 90a BGB: *nur juristische Begriffskosmetik? - Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht*, JuS 1996, z. 11

Steffen G., *Lebensqualität und Persönlichkeitsentwicklung nach Ehescheidung, Sorgerechts- und Verkehrsregelung*, ZBlJugR 1979

Stelmachowski A. (w:) *Kodeks rodzinny. Komentarz*, Warszawa 1959

Stettler M., *Das Kindesrecht* (w:) J.-M. Grossen (red.), *Schweizerisches Privatrecht*, t. 3, *Familienrecht*, póttom drugi, Basel-Frankfurt am Main 1992

Stojanowska W. (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011

Stojanowska W., *Dobro dziecka jako instrument wykładni norm Konwencji o prawach dziecka oraz prawa polskiego i jako dyrektywa jego stosowania* (w:) T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999

Stöcker H., *Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht*, FamRZ 1992

Strzebińczyk J. (w:) T. Smyczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003

Walter E., *Einschränkung und Ausschluß des Umgangs nach § 1634 II, s. 2 BGB*, ZfJ 1996

Waszkiewicz E., *Sprawozdanie z przebiegu X Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Rodziny w Polsce (Zakopane 30 września - 3 października 2008 r.)*, Rodzina i Prawo 2009, nr 11

Weinreich G., Klein M., *Familienrecht*, München 2005

Werro F., *Le temps des familles recomposées: quelques aspects des droits de l'enfant et de la belle-famille*, AJP 1994

Winiarz J. (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010

Wirz A., *Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern. Unter Berücksichtigung des französischen, englischen und schweizerischen Rechts*, Basel-Frankfurt am Main 1995

Wirz A. (w:) I. Schwenzer (red.), *Scheidungsrecht. Praxiskommentar*, Basel-Genf-München 2000

Vanhulle H., *Omgangsrecht: Organisatie en modaliteiten*, Jura falconis 1983-1984

Veit B. (w:) H. Bamberger, H. Roth (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, § 1297-2385, EGBGB, CISG, München 2003

Victor R.S., Robbins M.A., Bassett S., *Statutory Review of Third-party rights regarding custody, visitation and support*, Family Law Quarterly 1991, z. 1

Viney G., *Du "droit de visite"*, RTD civ. 1965,

Zaharoff H.G., *Access to Children: Towards a Model Statute for Third Parties*, Family Law Quarterly 1981, z. 15

Zegadło R., *Czy Polska powinna przystąpić do Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi?*, Rodzina i Prawo 2008, nr 7-8

Zegadło R., *Glosa do orzeczenia Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2008 r., III CZP 75/08*, Rodzina i Prawo 2009, nr 11

Zegadło R., *Kontakty z dzieckiem. Wewnętrzne i międzynarodowe przesłanki modernizacji regulacji prawnej*, M. Praw. 2004, nr 4

Zegadło R., *Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, Rodzina i Prawo 2010, nr 16

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

Ziegler T. (w:) G. Weinreich, M. Klein, *Familienrecht. Kompaktkommentar*, Luchterhand, München 2005

Zielonacki A., *Wartość życia rodzinnego w świetle ochrony dóbr osobistych* (w:) J.S. Piątowski, *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym*, Ossolineum 1986

Dz.U.1964.9.59: art. 113; art. 113(1); art. 113(2); art. 113(3); art. 113(4); art. 113(5); art. 113(6)

Przypisy:

¹ Szerzej na ten temat T. Justyński, *Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)*, Rodzina i Prawo 2006, nr 1, s. 68 i n.

² Por. M. Safjan, przedmowa do pracy M. Grudzińskiej, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000, s. IX.

³ Z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

⁴ Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

⁵ Przyjęta przez państwa członkowskie Rady Europy w Wilnie 3 maja 2002 r. (sporządzona w Strasburgu 15 maja 2003 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 68, poz. 576).

⁶ Tak np. w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz innych ustaw, druk nr 888 z dnia 12 sierpnia 2008 r.

¹ Tak np. W. Fthenakis, *Elternverantwortung und Kindeswohl. Neue Chancen zu ihrer Verwirklichung für die Rechtsprechung?* (w:) *Elterliche Verantwortung und Kindeswohl. Tagung der evangelischen Akademie Bad Boll vom 23. bis 26. Februar 1984*, Bad Boll 1984, s. 23.

² S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 2003, s. 157.

³ Zob. szerzej w dalszych wywodach tego rozdziału pkt 3.

⁴ J. Massip, *Chronique de jurisprudence civile générale. Personnes-Famillie*, Répertoire du notariat Defrénois 1986, s. 1035.

⁵ Zob. szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht. Die deutsche Reform im Kontext europäischer Rechtsentwicklung*, Berlin 2001, s. 28.

⁶ *Ibidem*.

⁷ "Befugnis mit dem Kinde persönlich zu verkehren".

⁸ T. Ramm, *Jugendrecht. Ein Lehrbuch*, München 1990, s. 283.

⁹ *Sorgerechtsgesetz*, BGBl. 1979 I 1061 (1062).

¹⁰ Por. np. U. Diederichsen, *Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*, NJW 1980, s. 1; zob. też N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 31.

¹¹ Szerzej K. Jacobs, *Het omgangsrecht in België en Nederland*, TPR 1996, s. 834.

¹² Tak również T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 656, teza 1 do art. 113 k.r.o.

¹³ Por. np. J.-P. Masson (w:) H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge. Principes-Doctrine-Jurisprudence*, t. 2, vol. 2, Bruksela 1990, s. 995, nr 1046; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, 14 wydanie, Paris 1991, s. 268, nr 184.

¹⁴ Zamiast wielu por. J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, wyd. 3, München 1980, s. 828. W czwartym wydaniu autor zrezygnował już z tego uzasadnienia.

¹⁵ Obecnie, wobec rozszerzającego się systematycznie katalogu podmiotów, których prawo do kontaktów jest uznawane, problem ten należałoby odnieść także do innych, poza rodzicami, uprawnionych do kontaktów. W latach 60. i 70. XX wieku poza dziadkami w zasadzie nie brano pod uwagę pozostałych osób.

¹⁶ Por. np. E. Lebrun, *La prévention des troubles psychologiques chez les enfants dont les parents se séparent*, Rev. trim. dr. fam. 1995, s. 155.

¹⁷ P. Guiho, *Essai d'une théorie générale de droit de visite*, J.C.P. 1951, nr 15, doc. 963.

¹⁸ Zob. rozdz. III.

¹⁹ Por. np. w literaturze niemieckiej E. Engler, *Zum Erfordernis der elterlichen Einwilligung in die Adoption*, FamRZ 1969, s. 63.

²⁰ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 72.

²¹ Por. M. Grudzińska, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000, s. 3.

²² Zob. rozdz. V.

²³ M.-F. Lampe-Franzen, *Le statut juridique de l'enfant. De droits de garde et de visite*, Rev. Trim. Dr. fam. 1979, s. 293.

²⁴ W piśmiennictwie polskim zmianę tę sygnalizuje T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny...*, s. 657, teza 2 do art. 113 k.r.o.

²⁵ Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 72.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Szerzej na temat kolizji pomiędzy władzą rodzicielską oraz prawem do kontaktów w przypadku emigracji zob. rozdz. V pkt 4.5.3.

²⁸ Zob. tak N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 32.

²⁹ Por. M.-F. Lampe-Franzen, *Le statut...*, s. 293.

³⁰ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 32.

³¹ Zob. rozdz. VI pkt 6.8.

³² R. Blum, *Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäß Art. 273-275 (Besuchsrecht)*, Zürich 1983, s. 76.

³³ U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 1990, s. 1662.

³⁴ Zob. np. wyrok OLG München, FamRZ 1983, s. 1169.

³⁵ Tak np. LG Karlsruhe, FamRZ 1983, s. 1169.

³⁶ Szerzej na ten temat zob. R. Blum, *Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäß Art.*

273-275 ZGB (*Besuchsrecht*), Zürich 1983, s. 76.

³⁷ W literaturze niemieckiej był on reminiscencją wąskiej wykładni pojęcia prawa do osobistych kontaktów z dzieckiem. Tak, przed reformą prawa dziecięcego, m.in. U. Diederichsen, *Bürgerliches Gesetzbuch*, s. 1662.

³⁸ Por. już na tle dawnego stanu prawnego B. Dobrzański (w:) B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 692.

³⁹ Problem sygnalizuje J. Ignaczewski, *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61⁹-113⁶ KRO. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 260.

⁴⁰ Tak T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny...*, s. 661, teza 13 do art. 113 k.r.o. Pogląd ten przyjęła następnie również W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011, s. 272.

⁴¹ T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny...*, s. 662.

⁴² Por. P. Machnikowski (w:) E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 169, teza 21 do art. 66.

⁴³ Tak T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny...*, s. 661.

⁴⁴ Z tego właśnie powodu, niestuszenie, tę formę prawa do kontaktów wyraźnie wyklucza W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 273.

⁴⁵ Szerzej na ten temat w rozdz. II.

¹ Chociaż w dawniejszej literaturze zagranicznej niejednokrotnie podnoszono wątpliwość co do pozytywnego wpływu kontaktów na rozwój dziecka. Zob. na ten temat np. T. Bartels, *Die vollständigen und unvollständigen Familien im Kindschaftsrecht. Eine vergleichende Betrachtung der familienrechtlichen Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, der DDR, Österreich und der Schweiz*, Frankfurt am Main 1986, s. 323 i n.

² E. Eil, *Psychologische Kriterien bei der Regelung des Persönlichen Umgang*, Weinheim 1990, s. 46.

³ F. Arntzen, *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern. Ein Grundriß der forensischer Familienpsychiatrie*, München 1994, s. 33.

⁴ G. Steffen, *Lebensqualität und Persönlichkeitsentwicklung nach Ehescheidung, Sorgerechts- und Verkehrsregelung*, ZBIJugR 1979, s. 134.

⁵ Zob. np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 36.

⁶ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 37.

⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl., s. 1).

⁸ Tak również: OLG Hamm, NJW-RR 1997, s. 1301.

⁹ Zob. np. Renchon, *La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale*, Rev. trim. dr. fam. 1995, s. 363.

¹⁰ L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kind*, Berlin 1989, nb. 47.

¹¹ F. Arntzen, *Elterliche Sorge...*, s. 34.

¹² *Ibidem*, s. 35.

¹³ Szerzej na ten temat A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 31 i n.

¹⁴ E. Eil, *Psychologische Kriterien...*, s. 30.

¹⁵ Zob. np. M. Horstmann, *Zum Problem der personenrechtlichen Beziehungen im außerehelichen Eltern-Kind-Verhältnis. Der Zusammenhang zwischen Institution der Familie und der elterlichen Gewalt*, Bielefeld 1967, s. 124.

¹⁶ E. Eil, *Psychologische Kriterien...*, s. 41.

¹⁷ Zob. szerzej A. Mitchell, *Children's experience of divorce*, Family Law 1988, s. 461.

¹⁸ Tak np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 44.

¹⁹ M. Frommann, *Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw. Familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, München 1977, s. 38.

²⁰ Warto zasignalizować, iż w literaturze zdarza się nawet objaśnianie natury prawa do kontaktów jako swego rodzaju świadczenia wzajemnego właśnie za obciążenia alimentacyjne rodzica uprawnionego do kontaktów. Tak w szczególności H. Reday, *Le droit aux relations personnelles avec l'enfant en droit français et en droit Suisse (enfant issu du mariage ou né hors mariage)*, Lausanne 1981, s. 13.

²¹ F. Arntzen, *Elterliche Sorge...*, s. 36.

²² Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 46; E. Eil, *Psychologische Kriterien...*, s. 30; T. Ramm, *Jugendrecht. Ein Lehrbuch*, München 1990, s. 283.

²³Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 47.

²⁴BGHZ 42, s. 364.

²⁵Por. np. E. Ell, *Psychologische Kriterien...*, s. 30.

²⁶N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 47.

²⁷Tak np. E. Ell, *Psychologische Kriterien...*, s. 30.

²⁸N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 47.

²⁹R. Lempp, *Kinder- und jugendpsychiatrische Anmerkungen zur Frage, wieweit das Erziehungsrecht der Eltern durchgesetzt werden kann und darf. Zu den Stellungnahmen von G. Knöpfel und H. Schütz zur Entscheidung des BayObLG vom 18.04.1985*, FamRZ 1986, s. 1061 i n.

³⁰Zdaniem T. Sokołowskiego zachowania związane z kontaktami obejmują w szczególności wychowanie. Por. T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny...*, s. 664.

³¹Por. np. M.-J. Gebler, *Divorce. Conséquences du divorce pour les enfants. Aspect extrapatrimonial*, Juris-Classeur civil, Art. 286 à 295, Fasc. 70. Stand 2. 1990.

³²W literaturze nazywane *Besserwisserei Konflikte*. Por. T. Ziegler (w:) G. Weinreich, M. Klein. *Familienrecht. Kompaktcommentar*, Luchterhand, München 2005, s. 178; O. Martiny, *Sorgerecht, Umgangsrecht und Unterhalt - Die Teilung des Unteilbaren?* (w:) A. Heldrich, H. Sonnenberger, *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*, Frankfurt am Main 1988, s. 313.

³³Por. np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 50.

³⁴D. Giesen, *Das Wohl des Kindes im Falle eines Eltern Konfliktes zwischen Sorge und Verkehrsberechtigten*, NJW 1972, s. 225.

³⁵F. Arntzen, *Elterliche Sorge...*, s. 50.

³⁶Szerzej na ten temat L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kind*, Berlin 1989, s. 301.

³⁷*Ibidem*.

³⁸Zob. np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 51-52.

³⁹Sygnalizuje to np. P. Mc Carthy, B. Simpson, *Grandparents and family conflict*, Family Law 1990, s. 481.

⁴⁰Por. R. Koechel, *Kindeswohl im gerichtlichen Verfahren*, Neuwied-Kriftel-Berlin 1995, s. 70.

⁴¹Szerzej na ten temat w rozdz. VIII pkt 3.3.

⁴²N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 52.

¹Pewnym ewenementem w tym kontekście jest regulacja przyjęta przez ustawodawcę polskiego, który w art. 113⁶ k.r.o. nie wprowadza *expressis verbis* wyartykułowanego osłabienia prawa do kontaktów służącego innym niż rodzice osobom. Ograniczenie tego rodzaju da się jednak wyprowadzić w drodze wykładni. Będzie o tym jeszcze w dalszym ciągu mowa.

²T. Bartels, *Die vollständigen und unvollständigen Familien im Kindschaftsrecht. Eine vergleichende Betrachtung der familienrechtlichen Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, der DDR, Österreich und der Schweiz*, Frankfurt am Main 1986, s. 266.

³*Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts* z 18 czerwca 1957 r. (BGBl. I 609).

⁴Zob. tak M. Schnitzerling, *Das Recht des nichtsorgeberechtigten Elternteils auf Verkehr mit seinem Kinde*, RdJ 1961, s. 161 i wielu innych. Chociaż znaczenie zmiany ułożenia przepisu nie jest w literaturze niesporne. Odmienne m.in. H. Krüger (w:) H. Krüger, E. Breetzke, K. Nowack, *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, München-Berlin 1958, § 1634, uwaga 1.

⁵*Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder* z 19 sierpnia 1969 r. (BGBl. 1969 I 1243).

⁶Na temat stanu dyskusji dotyczącej pozycji prawnej ojca pozamałżeńskiego w okresie poprzedzającym wejście w życie ustawy z 1969 r. zob. M. Grasnick, *Der Verkehr des Vaters mit seinem unehelichen Kinde. Zu der Regelung im Referentenentwurf für ein Unehelichengesetz*, NJW 1966, s. 1298 i n.

⁷Szerzej R. Lempp, *Zur Umgangsbefugnis des nichtehelichen Vaters*, FamRZ 1989, s. 16 i n.; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 101.

⁸*Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge* z 18 lipca 1979 r. (BGBl. I 1061).

⁹Tak np. BGH, FamRZ 1995, s. 215.

¹⁰Np. OLG Bamberg, FamRZ 1993, s. 727.

¹¹Niedawno zniknęły ostatnie relikty różnicowania rodziców w tym kontekście. W 2008 r. ustawodawca przesądził kontrowersyjną kwestię władzy rodzicielskiej, która przysługuje obecnie (co do

zasady) zarówno małżeńskim, jak i pozamałżeńskim rodzicom.

¹² Pomiędzy obydwoma uprawnieniami zachodzą w określonych sytuacjach pewne relacje. Szerzej na ten temat zob. rozdz. V.

¹³ Por. E. Holewińska-Łapińska (w:) T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 545.

¹⁴ Podobnie E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 545.

¹⁵ J. Ignatowicz (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 947.

¹⁶ Tak E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 545.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Na temat prawa rodzica dziecka oddanego do adopcji zob. pkt 2.3.2.

¹⁹ Zob. szerzej rozdz. V pkt 1.

²⁰ Zob. np. L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 133.

²¹ OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, s. 1096.

²² Art. 274 ust. 3 k.c.szw.: "Haben die Eltern der Adoption ihres Kindes zugestimmt oder kann von ihrer Zustimmung abgesehen werden, so erlischt das Recht auf persönlichen Verkehr, sobald das Kind zum Zwecke künftiger Adoption untergebracht wird."

²³ F. Werro, *Le temps des familles recomposées: quelques aspects des droits de l'enfant et de la belle-famille*, AJP 1994, s. 855.

²⁴ P. Kistler, *Das Recht auf persönlichen Verkehr*, ZVW 1952, s. 123; C. Hegenauer, *Elterliche Zustimmung zur Adoption und Besuchsrecht*, ZVW 1986, s. 55.

²⁵ C. Hegenauer, *Adoption und Besuchsrecht der leiblichen Mutter*, ZVW 1979, s. 133 i n.; D. Manai, *Le statut de l'enfant à la lumière du droit aux relations personnelles*, ZSR 1988, s. 310.

²⁶ Por. np. J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, Paris 1993, nr 981. Odmiennie jednak w dawniejszej literaturze P. Guiho, *Essai d'une théorie générale du droit de visite*, J.C.P. 1951, s. 963, nb. IV.

²⁷ J. Pauwels, *Beginselen van personen- en familienrecht*, t. 3, *Jugendrecht-verwantschapsrecht*, Leuven 1986, s. 238; G. Baeteman, *Personen- en gezinsrecht*, Bruksela 1988, nr 297; F. Rigaux, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, Bruksela 1971, nb. 3259.

²⁸ *Cour d'appel de Liège*, Pas. 1954 II, s. 37.

²⁹ Jedynie w wyjątkowych przypadkach dopuszczano ustanowienie kontaktu rodziców naturalnych z dzieckiem na podstawie art. 60 k.r. (będącego poprzednikiem art. 109 k.r.o.), jako rezultat nienależytego sprawowania władzy rodzicielskiej. Por. A. Stelmachowski (w:) *Kodeks rodzinny. Komentarz*, Warszawa 1959, s. 601-602.

³⁰ Jeszcze J. Ignatowicz prezentował go jako raczej teoretyczną alternatywę pisząc, że "można bronić poglądu...". Por. J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny...*, s. 961.

³¹ E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 586.

³² Podobnie B. Dobrzański, *Jakie zmiany wprowadził Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Pal. 1964, z. 6, s. 20; zob. też J. Ignatowicz (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 961.

³³ Por. J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny...*, s. 955.

³⁴ Szerzej na ten temat zob. rozdz. V pkt 3.3.3.

³⁵ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 121.

³⁶ Por. np. *Cour de cassation*, J.C.P. 1956, jur. nr 9356 oraz *Cour de cassation*, J.C.P. 1964, jur. nr 13521.

³⁷ *Cour de cassation*, D. 1966, s. 369 z glosą A. Rouast.

³⁸ Szerzej na ten temat G. Viney, *Du "droit de visite"*, RTD civ. 1965, s. 241.

³⁹ Tak. m.in. C. Colombet, *Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale*, D. 1971, chron. 1 (9).

⁴⁰ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 116.

⁴¹ S. Schneider, *Der persönliche Verkehr*, SJK 1982, nr 332, s. 2.

⁴² M. Stettler, *Das Kindesrecht* (w:) J.-M. Grossen (red.) *Schweizerisches Privatrecht*, t. 3, *Familienrecht*, pótom drugi, Basel-Frankfurt am Main 1992, s. 235.

⁴³ Por. np. LG Köln, NJW 1996, s. 1415.

⁴⁴ Może poza przypadkiem oddania dziecka do adopcji niepełnej.

⁴⁵ Szerzej na temat możliwości uzyskania styczności z dzieckiem ze względu na nadużycie władzy

rodzicielskiej zob. rozdz. V pkt 3.3.3.

⁴⁶ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 102.

⁴⁷ Por. E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami*, NP 1981, nr 5, s. 19; E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 595.

⁴⁸ Taki sposób rozumienia braku orzeczenia sądowego bierze pod uwagę E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 542.

⁴⁹ Por. np. J. Gajda (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2003, s. 938.

⁵⁰ Por. E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 542.

⁵¹ FamRZ 1987, s. 1178.

⁵² Na temat szykany zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa podmiotowego w prawie polskim*, Kraków 2000, s. 42 i n.

⁵³ Szerzej na ten temat zob. np. L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 297; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 104.

⁵⁴ Tak szczególnie Federalny Sąd Najwyższy (BGH), FamRZ 1988, s. 711.

⁵⁵ Tak np. AG (*Amtsgericht*) Kerpen w postanowieniu z dnia 16 lutego 1994 r., FamRZ 1994, s. 1488.

⁵⁶ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 105.

⁵⁷ W praktyce orzeczniczej konstrukcja ta jest rzadko wykorzystywana. Jako pierwsze tego typu orzeczenie wskazywany jest wyrok *Cour de cassation* z 1993 r. (Bull. Civ. 1993 I nr 175). Szerzej na ten temat H. Fulchiron, *L'autorité parentale*, Répertoire de droit civil. Dalloz, t. II (1991), nr 90.

⁵⁸ O ile bowiem każdego rodzica socjologicznego łączy z dzieckiem tego rodzaju więź, o tyle nie każda dostatecznie silna więź wypełnia kryterium rodzicielstwa socjologicznego stawiane przez prawodawcę polskiego.

⁵⁹ Szerzej na temat przesłanek stosowania konstrukcji nadużycia prawa zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa podmiotowego w prawie polskim*, Kraków 2000, s. 93 i n.

⁶⁰ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 106.

⁶¹ T. Rauscher, *Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz*, FamRZ 1998, s. 333.

⁶² C. Hegenauer, *Die Legitimation der Pflegeeltern zur staatsrechtlichen Beschwerde (Bemerkungen zu BGE 110 1a 78)*, ZVW 1985, s. 54.

⁶³ Por. D. Manai, *Le statut de l'enfant à la lumière du droit aux relations personnelles*, ZSR 1988, s. 320; A.-M. Reday, *Le droit aux relations personnelles avec l'enfant*, Lausanne 1981, s. 28.

⁶⁴ Szerzej na ten temat będzie mowa w rozdz. V.

⁶⁵ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 123.

⁶⁶ Tak np. *Cour de cassation*, D. 1961, s. 521.

⁶⁷ J. Hauser, D. Huet-Weiler, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, Paris 1993, s. 891.

⁶⁸ Zob. szerzej rozdz. V pkt 3.3.2.

⁶⁹ Zob. szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 383.

⁷⁰ *Wet van 13 september 1990, houdende nadere regeling van de omgang in verband met scheiding*, Stb. 1990, nr 482.

⁷¹ *Wet van 6 april 1995 tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen*, Stb. 1995, nr 240.

⁷² Szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 90 i n.

⁷³ Tak m.in. L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 22.

⁷⁴ Por. Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, BT-Druck. 13/4899, s. 68.

⁷⁵ Bundesrat, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, BT-Druck. 13/4899, Anlage 2, s. 153.

⁷⁶ M. Belza, *Das Verhältnis zwischen dem Kinde und den geschiedenen Elternteil, dem das Kind nicht zugewiesen wurde*, Freiburg/CH 1946, s. 5; P. Kistler, *Das Recht auf persönlichen Verkehr*, ZVW 1952, s. 122.

⁷⁷ H. Stöcker, *Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht*, FamRZ 1992, s. 249.

⁷⁸ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 88.

⁷⁹ *Proposition de loi modifiant le Code civil eu ce qui concerne les droits et devoirs réciproques des parents et des enfants*, déposée par M. Coveliers, Documents parlementaires de la chambre des représentants, 1187/1, 1993-1994.

⁸⁰H. Vanhulle, *Omgangsrecht...*, s. 311.

⁸¹Por. *Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Swennen*, Documents parlementaires de la chambre de représentants, 1430/4, 1993-1994, s. 12.

⁸²G. Viney, *Du "droit de visite"*, Rev. trim. dr. civ. 1965, s. 232; H. Fulchiron, *L'autorité parentale* (w:) *Répertoire de droit civil*, Dalloz, t. II, 1991, nr 98; J.-F. Kamden, *L'enfant et le droit de visite*, Gaz. Pal. 1996, s. 886.

⁸³N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 90.

⁸⁴Tak np. I. Schwenzer, *Empfiehl es sich das Kindschaftsrecht neu zu regeln?* (w:) *Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, t. I, *Gutachten*, München 1992, s. 87.

⁸⁵N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 92.

⁸⁶*Ibidem*.

⁸⁷M. Klaue, *Papa unser. Die Propagandisten der Väterbewegung geben sich als Verteidiger des Kindeswohls. In der Wahrheit betrieben sie die Restitution väterlicher Macht* (w:) A. Heiliger, E. Hack (red.), *Vater um jeden Preis? Zur Kritik am Sorge und Umgangsrecht*, München 2008, s. 254 i n.

⁸⁸W praktyce oznacza to, że sąd powierza sprawowanie opieki obojgu rodzicom, o ile okoliczności konkretnego przypadku nie będą narzucały odmiennego rozstrzygnięcia. Zob. np. D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrechts*, München 1995, s. 212.

⁸⁹Por. np. D. Schwab, *Wandlungen der gemeinsamen elterlichen Sorge* (w:) *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 1997, s. 728.

⁹⁰*Ibidem*.

⁹¹Szerzej na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 3.3.

⁹²N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 93.

¹N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 207.

²Zob. rozdz. V.

³Sprawa jest dyskusyjna. Zostanie bliżej naświetlona w rozdz. V pkt 3.3.2.

⁴N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 165.

⁵Zob. też AGJ, *Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Kindschaftsrecht*, ZfJ 1996, s. 97.

⁶Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 165.

⁷U. Jopt, *Anmerkung zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts aus psychologischer Sicht*, ZfJ 1996, s. 209.

⁸N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 166.

⁹Zob. szerzej rozdz. V pkt 3.3.2.

¹⁰Por. szerzej w rozdz. V pkt 3.3.3.

¹¹E. Burns, *Grandparent visitation rights: Is it time for the pendulum to fall?*, *Family Law Quarterly* 1991, z. 1, s. 59 i n.; R.S. Victor, M.A. Robbins, S. Bassett, *Statutory Review of Third-party rights regarding custody, visitation and support*, *Family Law Quarterly* 1991, z. 1, s. 22 i n.; H. G. Zaharoff, *Access to Children: Towards a Model Statute for Third Parties*, *Family Law Quarterly* 1981, z. 15, s. 165.

¹²Por. N. Lowe, G. Douglas, *The Grandparent-Grandchild Relationship in English Law* (w:) J. Eekelaar, D. Pearl, *An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford 1989, s. 755; F. Kaganas, Ch. Piper, *Grandparents and the limits of the Law*, *International Journal of Law and the Family* 1990, z. 4, s. 29 i n.

¹³Zob. w szczególności: Konwencja wileńska z 2002 r.

¹⁴A. Guler, *Ausgewählte Fragen zur Regelung des Besuchsrechts*, ZVW 1984, s. 99.

¹⁵*Cour de Cassation Pas. belge* 1915/16 I 455.

¹⁶Por. J.-P. Masson, *Puissance paternelle - autorité parentale* (w:) *Répertoire pratique du droit belge. Législation. Doctrine et Jurisprudence*, Bruksela 1983, nr 27, s. 168; M. Meulders-Klein, *Légitimation par adoption, A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général*, Rev. not. b. 104, 1978, s. 118.

¹⁷*Cour de Cassation*, Rev. crit. jur. belge 1966, s. 375.

¹⁸Zob. M. Meulders-Klein, *Légitimation par adoption...*, s. 127; J.M. Pauwels, *Beginnselen van personen- en familienrecht*, boekdel 3, Leuven 1986, s. 239.

¹⁹*Cour d'apeel de Liège*, Pas. 1975 II, s. 78.

²⁰*Cour de cassation*, Pas. 1976 I, s. 732.

²¹M. Meulders-Klein, *Légitimation par adoption...*, s. 120.

²²Zob. np. J.-P. Masson, *L'autorité parentale* (w:) *Répertoire pratique du droit belge*, Bruksela 1983,

nr 172.

²³ Badania przeprowadzone we Francji pokazują, że w 75% rodzin żyją jednocześnie co najmniej trzy generacje, a aż w 25% cztery. Por. T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris 1989, nr 10.

²⁴ Por. *Proposition de loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, déposée par M. Beaufays et consorts, Document parlementaires de la chambre des représentants*, nr 1430/4, 1993-1994.

²⁵ *Cour de Cassation*, D. 1857, s. 273.

²⁶ Zob. szerzej T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris 1989, s. 283 i n.

²⁷ P. Guiho, *Essai d'une théorie générale du droit de visite*, J.C.P. 1951, s. 963, nr 14.

²⁸ Zob. T. Garé, *Les grands-parents...*, s. 282; P. Guiho, *Essai d'une théorie...*, s. 963, nr 14.

²⁹ *Cour de Cassation*, D.P. 1939 I 73 z glosą E. Lebrun.

³⁰ Chyba jako pierwszy: *Cour de Amien*, D. 1950 somm. 35.

³¹ Na temat inicjatywy ustawodawczej z 1936 r. oraz propozycji komisji ds. reformy prawa cywilnego z 1952 r. zob. szerzej: D. Goubau, *Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leur petits-enfants*, Les Cahiers de Droit 32, 1991, s. 576 i n.; H. Reday, *Le droit aux relations personnelles avec l'enfant en droit français et en droit suisse*, Lausanne 1981, s. 17.

³² M. Gobert, *L'enfant et les adultes*, J.C.P. 1971, nr 17, 20, doc. 2421.

³³ C. Neirinck, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, 1984, s. 255, przyp. 231; H. Fulhiron, *L'autorité parentale (w:) Répertoire de droit civil*, t. II, Dalloz 1991, nr 74.

³⁴ Por. np. J. Cazals, *glosa*, D. 1977, jur. 304.

³⁵ Loi nr 2007-293 du 5 mars 2007.

³⁶ Por. np. P. Guiho, *Essai d'une théorie...*, s. 963, nr 31.

³⁷ Zob. np. E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami*, NP 1981, nr 5.

³⁸ Zob. np. J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny...*, s. 890 i 891.

³⁹ III CZP 42/88, OSN 1989, nr 10, poz. 156 z glosą E. Holewińskiej-Łapińskiej, PiP 1991, z. 2, s. 107.

⁴⁰ E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami*, NP 1981, nr 5, s.

19.

⁴¹ Straciła ona, w moim przekonaniu, na aktualności wobec wyraźnego uregulowania w k.r.o. prawa do kontaktów. Szerzej zob. rozdz. V pkt 3.3.4.

⁴² Por. B. Dobrzański, *Jakie zmiany wprowadził kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Pal. 1964, z. 6, s. 20; J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny...*, s. 961.

⁴³ E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 597.

⁴⁴ Zob. na ten temat N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 163.

⁴⁵ Szerzej zob. pkt 4.4 niniejszego rozdziału.

⁴⁶ Zob. rozdz. III pkt 6.2.

⁴⁷ O pozycji rodzeństwa dziadków (czyli również krewnych w linii bocznej) była już mowa.

⁴⁸ G. Viney, *Du "droit de visite"*, RTD civ. 1965, s. 237.

⁴⁹ Szerzej M.-J. Gebler, *Divorce. Conséquences du divorce pour les enfants. Aspect extrapatrimoniaux*, Juris-Classeur civil 1990; zob. też T. Garé, *Le partage d'une fratrie après divorce*, J.C.P. 1997.

⁵⁰ *Cour de Cassation*, Pas. belge 1997 I, s. 468.

⁵¹ *Cour d'appel de Bruxelles*, Pas. belge 1980 II, s. 51.

⁵² Por. np. M. Pazdan (w:) Z. Radwański (red.), *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2006, s. 179.

⁵³ Trzeba dodać, że ustawodawca nie nakłada jednak na te osoby również obowiązku alimentacyjnego. Trudno byłoby zatem mówić o niekonsekwencji w ramach prawa rodzinnego.

⁵⁴ Inaczej, jednak nietrafnie: J. Ignaczewski, *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61⁹-113⁶ KRO. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 272.

⁵⁵ Zob. na ten temat T. Justyński, *Znak czasu. Porozwodowe "prawo do styczności" z domowymi czworonogami*, Rodzina i Prawo 2010, nr 14-15, s. 96 i n.

⁵⁶ *Cour d'appel de Paris*, Gaz. Pal. 1983, z. 2, s. 412.

⁵⁷ Art. 254 k.c.fr.: *Lors de l'audience prévue à l'article 252, le juge prescrit, en considération des accords éventuels des époux, les mesures nécessaires pour assurer leur existence et celle des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée.*

⁵⁸ Por. m.in. *Cour d'appel de Rouen*, D. 1980, JR 75 z glosą B. Bénabent; *Cour d'appel de Paris*, D.

1991, JR 188.

⁵⁹ Postanowienie AG Mergentheim z 19.12.1996 r. (1F 143/95), NJW 1997, s. 3033 i n.

⁶⁰ Odpowiednik polskiego art. 1 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 106, poz. 1002).

⁶¹ Szerzej na temat pozycji zwierząt w prawie niemieckim zob. G. Mühe, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, NJW 1990, z. 36, s. 2238 i n.; R. Steding, § 90a BGB: nur juristische Begriffskosmetik? - Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht, JuS 1996, z. 11, s. 962 i n.

⁶² Zob. H. Büttner, *Nicht ohne meinen Hund*, FamRZ 1999, s. 761.

⁶³ Postanowienie OLG Schleswig z dnia 21 kwietnia 1998 r. (12 WF 46/98), NJW 1998, s. 3127.

⁶⁴ Podobnie, niemal w tym samym czasie, orzekł Wyższy Sąd Krajowy (OLG) w Zwiebrücken, traktując psa jako szczególnie składnik majątku rozwodzących się małżonków. Nie musiał on jednak orzekać o "kontaktach" z psem. Por. postanowienie z dnia 5 lutego 1998 r. (ZUF 230/97), FamRZ 1998, s. 1432.

⁶⁵ B. Veit (w:) H. Bamberger, H. Roth (red.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, § 1297-2385, EGBGB, CISG, München 2003, s. 944.

⁶⁶ Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 168.

⁶⁷ Por. tak A. Dorsner-Dolivet, A. Scemama, glosa do orzeczenia *Cour d'appel de Paris* z dnia 11 stycznia 1983, Gaz. Pal. 1983, s. 412. Zob. też podobnie J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droits de la famille*, RTD civ. 1991, s. 717.

¹ Zob. na ten temat np. J. Ignatowicz (w:) J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, t. 1, Warszawa 1990, s. 469; T. Sokołowski, *Charakter prawny osobistej styczności rodziców z dzieckiem*, KPP 2000, z. 2, s. 273 i n.

² W uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 18 marca 1968 r. (III CZP 70/66, OSNCP 1968, nr 5, poz. 77, tzw. wytyczne rozwodowe) SN przyjął, że: "Prawo do utrzymywania kontaktu z dzieckiem (...) nie należy do sprawowania władzy rodzicielskiej, skoro do zakazania styczności osobistej z dzieckiem rodzicom pozbawionym władzy rodzicielskiej konieczne jest specjalne orzeczenie sądu". Tak również następnie w uchwale z dnia 26 września 1983 r. (III CZP 46/83, OSNCP 1984, poz. 49); uchwale z dnia 14 czerwca 1988 r. (III CZP 42/88, OSNCP 1989, nr 10, poz. 156); uchwale z dnia 21 października 2005 r. (III CZP 75/05, OSNC 2006, nr 9, s. 122); postanowieniu z dnia 7 listopada 2000 r. (I CKN 1115/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 50). Wyraźną zmianę linii orzecznictwa w piśmiennictwie dostrzeżono w uchwale SN z dnia 8 marca 2006 r. (III CZP 98/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 158).

³ Szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 349.

⁴ Była już o tym mowa w rozdz. I pkt 2.2.

⁵ Szerzej na ten temat zob. pkt 3.3.2 niniejszego rozdziału.

⁶ Por. np. D. Giesen, *Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Sorge- und Verkehrsberechtigtem*, NJW 1972, s. 226.

⁷ Identycznie na tle prawa szwajcarskiego. Por. R. Blum, *Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäß Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht)*, Zürich 1983, s. 60.

⁸ Zob. tak m.in. OLG Frankfurt, FamRZ 1999, s. 1008. Szerzej na ten temat rozdz. VI.

⁹ FamRZ 1988, s. 974.

¹⁰ Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 350.

¹¹ Zob. pkt 4.5.2.

¹² Zob. na ten temat H. Renchon, *La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale*, Rev. trim. dr. fam. 1995, s. 425 i n.

¹³ Art. 113 § 1 k.r.o.: "Jeżeli wymaga tego dobro dziecka, sąd opiekuńczy zakaże rodzicom pozbawionym władzy rodzicielskiej osobistej styczności z dzieckiem".

¹⁴ III CZP 98/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 158.

¹⁵ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 355; T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 659, teza 6 do art. 113 k.r.o.; W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011, s. 285.

¹⁶ Zob. np. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne...*, s. 355.

¹⁷ Problem sygnalizuje, jak się wydaje, również M. Nazar gdy pisze: " w sytuacjach, w których zasadne staje się ograniczenie kontaktów albo całkowity ich zakaz niezbędne może być jednocześnie lub późniejsze ograniczenie władzy rodzicielskiej albo jej pozbawienie (jeżeli rodzicom władza rodzicielska

przysługiwała przynajmniej w ograniczonej postaci)". Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne...*, s. 355.

¹⁸ Szerzej na ten temat zob. pkt 3.2.

¹⁹ W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 258.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Art. 113 § 2 k.r.o.: "W wyjątkowych wypadkach sąd opiekuńczy może ograniczyć osobistą styczność z dzieckiem rodziców, których władza rodzicielska została ograniczona, przez umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej".

²² Zob. np. J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny...*, s. 470, teza 2 do art. 113 k.r.o. Sytuację ratowało poniekąd stanowisko doktryny dopuszczającej orzeczenie zakazu styczności w węższym niż pełnym zakresie, a zatem *de facto* w postaci ograniczenia styczności z dzieckiem (wymagającego jednak uprzedniego pozbawienia władzy rodzicielskiej). Por. J. Ignatowicz, *Kodeks rodzinny...*, s. 470, teza 5 do art. 113 k.r.o.

²³ Będzie o tym mowa w pkt 3.2.

²⁴ Inna rzecz, że opiekun może, po dłuższym czasie sprawowania pieczy, nabyć samoistne prawo do kontaktów (art. 113⁶ k.r.o.), które mogłyby aktualizować się po ewentualnym rozłączeniu z podopiecznym.

²⁵ Szerzej na ten temat mowa będzie w pkt 3.3.3.

²⁶ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne...*, Warszawa 2010, s. 350.

²⁷ B. Veit (w:) H. Bamberger, H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, § 1297-3285, EGBGB, CISG, München 2003, s. 944.

²⁸ NJW 1984, s. 1951.

²⁹ S. Motzer (w:) D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrechts*, München 2004, s. 607.

³⁰ Na tle dawnego stanu prawnego na podwójne umocowanie rodziców sprawujących pieczę nad dzieckiem zwracała uwagę E. Holewińska-Łapińska (zob. glosa do uchwały SN z dnia 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88, PiP 1991, z. 2, s. 110).

³¹ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 358.

³² N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 198.

³³ Na temat braku obowiązku styczności obciążającego bliskie osoby trzecie zob. pkt 4.6.

³⁴ Szerzej na ten temat zob. rozdz. VII pkt 2.3.

³⁵ Podobnie T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny...*, s. 673, teza 3 do art. 113⁶ k.r.o.

³⁶ Uchwała SN z dnia 14 czerwca 1988 r., III CZP 42/88, OSN 1989, nr 10, poz. 156, s. 34.

³⁷ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 196.

³⁸ Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie określa ingerencji na podstawie art. 109 k.r.o. mianem ograniczenia władzy rodzicielskiej. Termin ten jest jednak powszechnie przyjęty w orzecnictwie (por. uchwała SN z dnia 17 stycznia 1969 r., III CZP 124/68, OSN 1969, nr 10, poz. 169; orz. SN z dnia 15 października 1970 r., III CRN 275/70, OSN 1971, nr 6, poz. 108) oraz w doktrynie (np. A. Łapiński, *Ogólna problematyka ograniczenia władzy rodzicielskiej według art. 109 k.r.o.*, Pal. 1974, z. 3, s. 21 i n).

³⁹ Zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2003, s. 143.

⁴⁰ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 196.

⁴¹ Zagrożenie musi być bezpośrednie (*gegenwärtig*). Nie wystarczy niesprecyzowana obawa odnosząca się do przyszłości bliżej nieokreślonej. Tak, szeroko AG Meschede, FamRZ 1997, s. 958.

⁴² U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003, § 1666, s. 1946.

⁴³ Zamiast wielu zob. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 197.

⁴⁴ Była już o tym mowa w pkt 3.3.2.

⁴⁵ Zob. w szczególności: E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność dziadków z małoletnimi wnukami*, NP 1981, nr 5, s. 20 i n; M. Grudzińska, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000, s. 3 i n.

⁴⁶ Tak: R. Birk, *Das Verkehrsrecht der Großeltern*, FamRZ 1967, s. 306 i n.; H. Krüger (w:) H. Krüger, E. Breetzke, K. Nowack, *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, München-Berlin 1958.

⁴⁷ Zob.: K. Darkow, *Haben Großeltern ein Recht auf persönlichen Verkehr mit ihren Enkelkindern?*, JR 1953, s. 333 i n.

⁴⁸ Zob. rozdz. I pkt 2.3.

⁴⁹ *Cour de Paris*, Clunet 1909, s. 173 i n.

⁵⁰ Zob. przypis nr 36.

⁵¹ W piśmiennictwie zdarza się odmienna ocena charakteru tego orzeczenia.

⁵² E. Płonka, J. Strzebińczyk, *Osobista styczność...*, s. 20 i n.

⁵³ Tak również E. Holewińska-Łapińska, *Prawo rodzinne...*, s. 111.

⁵⁴ Przedmiotowa koncepcja zgłoszona została w dawnym stanie prawnym, a więc wówczas, gdy w prawie polskim szczegółowych unormowań brakowało. Jednak także przed nowelizacją z 2008 r. sytuacja, z konstrukcyjnego punktu widzenia, była zbliżona. Ustawodawca wyraźnie, choć jedynie pośrednio, prawo do kontaktów przyznawał rodzicom, pomijając inne osoby. Judykatura słusznie próbowała radzić sobie przy pomocy konstrukcji nadużycia władzy rodzicielskiej i nie posuwała się do kreowania prawa podmiotowego służącego innym osobom.

⁵⁵ Zob. tak na tle dawnego stanu prawnego w szczególności K. Piasecki, *Stosunki między dziadkami i wnukami*, Gazeta Sądowa i Penitencyjna 1971, nr 16, s. 3; A. Zielonacki, *Wartość życia rodzinnego w świetle ochrony dóbr osobistych* (w:) J.S. Piątowski, *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym*, Ossolineum 1986, s. 226.

⁵⁶ Zob. rozdz. VIII.

⁵⁷ Tak również T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 660, teza 10 do art. 113 k.r.o.

⁵⁸ Szerzej na ten temat M. Greßmann, *Neues Kindschaftsrecht*, Bielefeld 1998, przyp. 363.

⁵⁹ Zob. jednak w nowszej literaturze B. Veit, która nawet w tytule opracowania eksponuje "prawo dziecka" i przeciwstawia mu (nawet jeśli nie do końca świadomie) "prawo i obowiązek rodziców" (B. Veit, *Kommentar...*, s. 944).

⁶⁰ Por. np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 216.

⁶¹ Zob. na ten temat W. Stojanowska, *Dobro dziecka jako instrument wykładni norm Konwencji o prawach dziecka oraz prawa polskiego i jako dyrektywa jego stosowania* (w:) T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka - Analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 81.

⁶² Zob. na temat tej Konwencji: R. Zegnał, *Czy Polska powinna przystąpić do Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi?*, *Rodzina i Prawo* 2008, nr 7-8, s. 102 i n.

⁶³ Por. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustaw: Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego i Prawo o aktach stanu cywilnego*, *Rodzina i Prawo* 2006, nr 2, s. 89.

⁶⁴ Chodzi tu oczywiście o starsze dzieci małoletnie (jedynie tych przecież dotyczy prawo i obowiązek kontaktów) ale takie, które w bardziej samodzielny sposób kształtują już swoją wolę, w tym również wolę odrzucenia kontaktów. Tu obowiązek może oddziaływać.

⁶⁵ Zdecydowanie krytycznie na temat wprowadzenia obowiązku dziecka zob. W. Stojanowska, *Nowelizacja...*, s. 265 i n. Por. też G. Nauka, *Spotkanie Kolegium Redakcyjnego "Rodziny i Prawa" z przewodniczącymi sądów rodzinnych. Warszawa dnia 21 września 2009 r.*, *Rodzina i Prawo* 2009, nr 13, s. 121 (wypowiedź G. Niemiałowskiej, jednak bez rozwinięcia oraz uzasadnienia poglądu).

⁶⁶ Tak również R. Zegadło (w:) J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2010, s. 232. Zdecydowanie przeciwna jest natomiast W. Stojanowska, *Nowelizacja...*, s. 268.

⁶⁷ Jako przeszkodę podnosi to W. Stojanowska, *Nowelizacja...*, s. 268.

⁶⁸ Szerzej na ten temat tego obowiązku zob. rozdz. VIII pkt 3.2.2.

⁶⁹ Można sądzić, że to właśnie było przyczyną rezygnacji ustawodawcy niemieckiego ze skodyfikowania obowiązku dziecka.

⁷⁰ Szerzej na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 3.2.2.

⁷¹ Por. np. A. Wirz, *Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern. Unter Berücksichtigung des französischen, englischen und schweizerischen Rechts*, Basel-Frankfurt am Main 1995, s. 46.

⁷² J. Hauser, D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. Dissolution de la famille*, Paris 1991, s. 522.

⁷³ R. Gotzen, *Kinderen van gescheiden ouders en de jeugdrechtbank*, R.W. 1977, s. 2079.

⁷⁴ Zob. szerzej rozdz. VIII pkt 2.

⁷⁵ Zob. B. Veit, *Kommentar...*, s. 943; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 201.

⁷⁶ S. Fröhlich, *Zur Bedeutung des Umgangs des Kindes mit beiden Eltern und anderen wichtigen Personen für das Kindeswohl*, FPR 1999, s. 201.

⁷⁷ Bahr-Jendges, *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechts- und des Familienausschusses zur Reform des Kindschaftsrechts*, s. 9.

⁷⁸ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 220.

⁷⁹ Tak w szczególności *Cour de cassation*, Bull. civ. 1975 II, nr 298.

⁸⁰ Szerzej na ten temat M.-J. Gebler, *Divorce. Conséquences du divorce pour les enfants. Aspects extra-patrimoniaux* (w:) Juris-Classeur civil 1990, Act 286 à 295, Fasc. 70.

⁸¹ Szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 220.

⁸²K. Prüm, *Die Folgen der Verletzung des Umgangsrechts unter besonderer Berücksichtigung möglicher daraus resultierender Schadensersatzansprüche*, Hamburg 2006, s. 11.

⁸³§ 1684 ust. 2 zdanie pierwsze k.c.n.: "Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert".

⁸⁴Por. BT-Druck. 8/2788, s. 54.

⁸⁵K. Prüm, *Die Folgen...*, s. 12.

⁸⁶Szerzej na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 3.3.

⁸⁷Por. np. U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003, s. 1966, § 1684, nb. 7.

⁸⁸Por. np. OLG Karlsruhe, FamRZ 2002, s. 1056.

⁸⁹Tak Trybunał Konstytucyjny RFN (*Bundesverfassungsgericht*), NJW 2002, s. 1864.

⁹⁰Zob. na ten temat rozdz. VI pkt 6.2.

⁹¹K. Prüm, *Die Folgen...*, s. 12.

⁹²OLG Brandenburg, FamRZ 1996, s. 1092.

⁹³Zob. pkt 4.5.3 tego rozdziału.

⁹⁴B. Veit, *Kommentar...*, s. 945 i 949.

⁹⁵B. Veit, *op. Kommentar...cit.*, s. 945.

⁹⁶J. Gernhuber, D. Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, München 1994, § 66 I 4; T. Jaeger (w:) K. Johannsen, D. Henrich, *Eherecht. Trennung, Scheidung, Folgen. Kommentar*, München 2003.

⁹⁷Por. np. BGH, FamRZ 1990, s. 392; OLG Karlsruhe, FamRZ 1978, s. 201; OLG Köln, FamRZ 1972, s. 572.

⁹⁸Por. np. U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003, § 1684, nb. 8, s. 1966.

⁹⁹*Ibidem.*

¹⁰⁰Tak orzekł m.in. OLG München, DAVorm. 2000, s. 337.

¹⁰¹B. Veit, *Kommentar...*, s. 945.

¹⁰²Por. FamRZ 1980, s. 78. Odmienne jednak w podobnym stanie faktycznym sąd w Düsseldorfie, FamRZ 1979, s. 765.

¹⁰³BGH, NJW 1987, s. 893; C. Dörr, NJW 1989, s. 692.

¹⁰⁴BGH, FamRZ 1990, s. 392.

¹⁰⁵FamRZ 1972, s. 572.

¹⁰⁶Ich uprawnienie do kontaktu z dzieckiem kształtowane jest na ogół, jako warunkowe, gdyż uzależnione od zgodności z dobrem dziecka, a zatem słabe.

¹⁰⁷K. Prüm, *Die Folgen...*, s. 14.

¹⁰⁸Zob. na ten temat rozdz. V pkt 3.3.2.

¹N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 241.

²Zob. np. BGHZ 42, s. 371.

³BGH szybko i wyraźnie wycofał się z tego stanowiska. Zob. BGHZ 51, s. 225,

⁴Zob. zamiast wielu, szczególnie szeroko J. Schwoerer, *Verkehrsregelung durch den sorgeberechtigten Elternteil?*, FamRZ 1965, s. 121 i n.

⁵Na ten temat była już mowa w rozdz. V pkt 1.2.

⁶N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 243.

⁷L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kind*, Berlin 1989, nb. 154.

⁸Zob. na ten temat rozdz. III pkt 3.2.

⁹Zob. w prawie niemieckim szerzej na ten temat S. Frölich, *Zur Bedeutung des Umgangs des Kindes mit beiden Eltern und anderen wichtigen Personen für das Kindeswohl*, FPR 1999, s. 203 i n.

¹⁰Szerzej na ten temat zob. R. Zegadło, który dostrzega tu umowę podlegającą rygorom k.c. Por. *Porozumienia i ugody dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem*, Rodzina i Prawo 2010, nr 16, s. 23. Zob. też B. Czech, *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, Rodzina i Prawo 2009, nr 12, s. 21; J. Winiarz (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 556.

¹¹Identycznie rzecz się ma np. w prawie niemieckim. Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 244.

¹²Por. np. J. Schwoerer, w glosie do orzec. BGH, FamRZ 1966, s. 97.

¹³Por. np. L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 162.

¹⁴N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 245.

¹⁵Kwestii tej nie dotyczy, wbrew pozorom, norma wyrażona w art. 113⁵ k.r.o. Chodzi tu bowiem

wyłącznie o zmianę wcześniejszego sądowego rozstrzygnięcia w sprawie kontaktów, nie zaś o podważenie porozumienia rodzicielskiego.

¹⁶ Tak np. OLG Karlsruhe, FamRZ 1959, s. 70.

¹⁷ Zob. szerzej H. van Els (w:) R. Hoppenz (red.), *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009, § 1684 BGB, nb. 11.

¹⁸ Zob. jednak R. Zegadło, *Porozumienia i ugody...*, s. 22 i n.

¹⁹ W świetle tzw. badań genewskich tylko w 22% przypadków kontakty regulowane są sądownie. W pozostałych, kontaktów albo w ogóle brak, albo reguluje je porozumienie rodziców. Zob. C. Hegenauer, *Persönlicher Verkehr - Ergebnisse einer Genfer Untersuchung*, ZVW 1992, s. 103 i n.

²⁰ Por. D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrecht*, München 1995, nb. 249.

²¹ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 246.

²² Uchwała SN z dnia 8 marca 2006 r., III CZP 98/05, Rodzina i Prawo 2006, nr 3.

²³ Tak M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010, s. 178.

²⁴ Zob. wspomniane w przypisie 19 wyniki tzw. badań genewskich.

²⁵ Zob. pkt 3.2.

²⁶ Innego zdania jest W. Stojanowska, która (naświetlając genezę przepisu) aktualną redakcję uważa za "trafne rozstrzygnięcie ustawodawcy". Zob. W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011, s. 290. Można natomiast podzielić przekonanie Autorki, że uzależnienie orzekania od przesłanki zmiany okoliczności byłoby niekorzystne.

²⁷ Szerzej na ten temat V. Bräm, *Das Besuchsrecht geschiedener Eltern*, AJP 1994, s. 902.

²⁸ Nieco inaczej T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 672, teza 1 do art. 113⁵ k.r.o.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Szerzej A. Schulte, *Eltern und Kinder (Elterliche Sorge, Umgang, Unterhalt)*, München 2002, s. 111. Zob. też np. OLG Frankfurt, FamRZ 1999, s. 1008.

³¹ Por. np. w prawie niemieckim: OLG Celle, FamRZ 1996, s. 364; w prawie belgijskim: H. Vanhulle, *Omgangsrecht. Organisatie en modaliteiten*, Jura falconis 1983-1984, s. 316; w prawie francuskim: H. Reday, *Le droit aux relations personnelles avec l'enfant*, Lausanne 1981, s. 60.

³² Por. np. P. Finger (w:) D. Schwab (red.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 8, *Familienrecht II*, § 1589-1921, München 2002, s. 1071.

³³ T. Justyński, *Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)*, Rodzina i Prawo 2006, nr 1, s. 71.

³⁴ H. Reday, *Le droit aux...*, s. 60.

³⁵ Na temat jego kosztów zob. dalej pkt 6.9.

³⁶ C. Hegenauer (w:) M. Gmür, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, t. II, *Familienrecht*, Bern 1997, Art. 273, nb. 81. W polskich realiach, z różnych powodów, wydaje się, że granicę tę należałoby raczej łączyć z osiągnięciem przez dziecko ograniczonej zdolności do czynności prawnych, a więc z ukończeniem 13. roku życia.

³⁷ P. Guiho, *Essai d'une théorie générale du droit de visite*, J.C.P. 1951, nr 41, s. 963.

³⁸ Por. R. Lempp, *Wer soll das Kind holen und bringen bei der Durchführung der Befugnis zum persönlichen Umgang gem. § 1634 Abs. 1 BGB?* ZBIJugR 1979, s. 518; *idem: Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie*, 1983, s. 145 i n.

³⁹ H. Reday, *Le droit aux...*, s. 60; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 239.

⁴⁰ Zob. w doktrynie szwajcarskiej I. Schwenzer (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser (red.) *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Basel-Genf-München 2006, art. 273, nb. 18.

⁴¹ Zob. np. F. Arntzen, *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern*, München 1994, s. 49 i n.

⁴² Tak np. OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, s. 45.

⁴³ Por. np. OLG Hamm, FamRZ 1994, s. 58.

⁴⁴ Zob. np. H. Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, Paris 1985, nr 46.

⁴⁵ M.-J. Gebler, *Divorce. Conséquences du divorce pour les enfants. Aspect extra-patrimoniaux* (w:) *Juris-Classeur civil*, Art. 286 à 295, Fas. 70, 1990, uwaga 162.

⁴⁶ H. Reday, *Le droit aux...*, s. 59.

⁴⁷ A. Wirz (w:) I. Schwenzer, *Scheidungsrecht. Praxiskommentar*, Basel-Genf-München 2000, s. 573.

⁴⁸ Tak: *Cour civil de Nivelles*, Rev. trim. dr. fam. 1996, s. 72.

⁴⁹ H. Vanhulle, *Omgangsrecht: Organisatie en modaliteiten*, Jura falconi 1983-1984, s. 322.

⁵⁰ *Cour d'appel de Mons*, Rev. trim. dr. fam. 1981, s. 336 i n.

⁵¹ AG Holzminden, FamRZ 1997, s. 47.

⁵² Por. w piśmiennictwie niemieckim np. D. Büte, *Das Umgangsrecht bei Kinder geschiedener oder getrennt lebender Eltern*, Berlin 2001, s. 88.

⁵³ Por. H. van Els (w:) R. Hoppenz (red.) *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009, § 1684, nb. 41.

⁵⁴ OLG Hamm, FamRZ 1990, s. 654.

⁵⁵ Por. np. P. Finger, *Münchener Kommentar...*, s. 1074.

⁵⁶ Szerzej na ten temat zob. pkt 6.8. tego rozdziału.

⁵⁷ Por. np. D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 88.

⁵⁸ Por. T. Justyński, *Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)*, Rodzina i Prawo 2006, nr 1, s. 73.

⁵⁹ Tak m.in. P. Finger, *Münchener Kommentar...*, s. 1074-1075.

⁶⁰ Tak np. OLG München, FamRZ 1978, s. 614.

⁶¹ Por. np. P. Finger, *Münchener Kommentar...*, s. 1074, teza 27 do art. 1684 k.c.n.

⁶² R. Blum, *Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäß Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht)*, Zürich 1983, s. 83.

⁶³ OLG Karlsruhe, NJW 1996, s. 1416.

⁶⁴ OLG München, FamRZ 1993, s. 94.

⁶⁵ OLG Köln, NJW 1999, s. 295.

⁶⁶ Zob. dalej pkt 8. Co do szczegółów zob. U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003, s. 1969, nb. 35 i 36. Por. też OLG Hamm, FamRZ 1994, s. 529; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, s. 74.

⁶⁷ Szerzej na ten temat w rozdz. VII.

⁶⁸ S. Motzer (w:) D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrechts*, München 2004, s. 617.

⁶⁹ Por. P. Finger, *Münchener Kommentar...*, s. 1076.

⁷⁰ Inaczej orzekł jednak OLG Nürnberg (FamRZ 1998, s. 976) w przypadku planowanych wakacji z przyjaciółką, na które nie zgadzała się matka dziecka.

⁷¹ OLG Schleswig, NJW 1985, s. 1786.

⁷² OLG Nürnberg, FamRZ 1998, s. 976. Zob. też OLG Köln, FamRZ 1982, s. 1236.

⁷³ Zob. OLG Düsseldorf, FamRZ 1992, s. 205.

⁷⁴ G. Viney, *Du "droit de visite"*, Rev. Trim. Dr. civ. 1965, s. 251.

⁷⁵ H. Reday, *Le droit aux...*, s. 73.

⁷⁶ Por. KG, FamRZ 2003, s. 112 z glosą H. van Els, FamRZ 2003, s. 946.

⁷⁷ Zob. H. van Els (w:) R. Hoppenz (red.), *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009, § 1084, nb. 34.

⁷⁸ S. Söpper, *Handy und Umgangsrecht*, FamRZ 2002, s. 75.

⁷⁹ H. van Els (w:) R. Hoppenz (red.), *Familiensachen...*, § 1084, nb. 34.

⁸⁰ Np. *Jugendamt* (chodzi w szczególności o roszczenia z § 18 KJHG).

⁸¹ H. Hinderling, D. Steck, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Expertenentwurfs des Scheidungsrechtsrevision*, Zürich 1995, s. 453.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*, s. 454, przyp. 230.

⁸⁴ Por. np. P. Finger, *Münchener Kommentar...*, s. 1077. Szerzej zob. rozdz. IX pkt 2.

⁸⁵ I. Schwenzer (w:) H. Honsel, N. Vogt, T. Geiser, *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Basel-Genf-München 2006, Art. 275, nb. 16.

⁸⁶ Szerzej Ch. Häfeli, *Kosten für begleitete Besuchstage von unmündigen Kinder mit ihrem nicht obhutsberechtigten Elternteil*, ZVW 2001, s. 198 i n.

⁸⁷ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 273 ZGB, nb. 16.

⁸⁸ Por. w literaturze niemieckiej H. van Els (w:) R. Hoppenz (red.) *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009, § 1684 BGB, nb. 21.

⁸⁹ Tak OLG Nürnberg, FamRZ 1999, s. 1008.

⁹⁰ Por. np. D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 95.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Por. OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, s. 46.

⁹³ OLG München, FamRZ 1998, s. 976.

⁹⁴ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 226 i powołane tam orzecznictwo sądów niemieckich.

⁹⁵ J.-P. Masson, *Puissance paternelle - Autorité parentale* (w:) Répertoire pratique de droit belge 1983, nr 173.

⁹⁶ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 226.

¹ W tym drugim przypadku pozbawiona jest jednak praktycznej doniosłości. Regulacje prawne w niektórych krajach (w tym np. w Szwajcarii) odnoszą się wprost wyłącznie do ingerencji w prawo rodzicielskie.

² Inaczej jest we Francji, gdzie prawodawca uregulował wyraźnie możliwość ingerencji w prawo dziadków do styczności z wnukami (art. 374-7 ust. 2 k.c.fr.), a także w Szwajcarii, gdzie jest ona uważana za dopuszczalną, chociaż mniej doniosłą z praktycznego punktu widzenia (por.: C. Hegenauer (w:) M. Gmür, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, t. II, *Familienrecht*, Bern 1997, art. 274a, nb. 22).

³ Zob. rozdz. V.

⁴ Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 270.

⁵ Zob. E. Walter, *Einschränkung und Ausschluß des Umgangs nach § 1634 II, S. 2 BGB*, ZfJ 1996, s. 271.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Szerzej O.R. Geier, *Das "betreute Besuchsrecht"*, FamRZ 1990, s. 1330 i n.

⁸ Szerzej na ten temat zob. rozdział VI.

⁹ E. Walter, *Einschränkung...*, s. 272.

¹⁰ F. Arntzen, *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern. Ein Grundriß der forensischer Familienpsychologie*, München 1994, s. 55.

¹¹ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 271.

¹² Zob. np. mocno krytykowane orzeczenie *Bundesgericht*, BGE 72 (1946) II, s. 10.

¹³ Co zresztą nie odbiegało w owym czasie zbyt mocno od tradycyjnych, dawniejszych tendencji europejskich.

¹⁴ I. Schwenzer (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser (red.), *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB*, Basel-Genf-München 2006, § 273, nb. 24.

¹⁵ Szerzej na jej temat zob. pkt 6.1. tego rozdziału.

¹⁶ J. Rubellin-Devichi, *Droit de la famille*, Dalloz 1996, nb. 1914.

¹⁷ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 307.

¹⁸ Zob. np. S. Breitenmoser, *Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs*, Basel-Frankfurt am Main 1986, s. 122.

¹⁹ E 8427/78, *Hendricks v. Niederlande*, DR 29, 5, nr 121.

²⁰ S. Breitenmoser, *Der Schutz...*, s. 121.

²¹ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 312.

²² Była już o tym mowa w rozdziale VI. Podobnie, jak się wydaje W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011, s. 283.

²³ Szerzej na temat zasady proporcjonalności ingerencji mowa będzie w pkt 6.1.

²⁴ W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 282.

²⁵ Nie można np. podzielić poglądu jakoby zakaz porozumiewania się na odległość musiał koniecznie obejmować całkowity zakaz spotykania się z dzieckiem (tak jednak W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 282). W pierwszym przypadku może przecież chodzić jedynie o trudności związane z kontrolą, które w drugim mogą być przełamane m.in. poprzez kontrolowane odwiedziny.

²⁶ W praktyce precyzyjne oznaczenie czasu zakazu będzie mogło wystąpić raczej wyjątkowo.

²⁷ Por. tak np. J. Ignaczewski (w:) J. Ignaczewski (red.), *Rozwód i separacja. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 112.

²⁸ J. Strzebińczyk (w:) T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 352.

²⁹ Trzeba jednak zwrócić uwagę na to, że w dawnym stanie prawnym prezentowany był również pogląd odmienny. A więc dopuszczający, zgodnie z argumentacją *a maiori ad minus* orzeczenie zakazu o węższym zakresie (a więc ograniczonego jedynie do niektórych form kontaktów z dzieckiem).

³⁰ Na temat przesłanek ograniczenia oraz zakazu kontaktów zob. pkt 3 tego rozdziału.

³¹ Zob. rozdz. V pkt 4.6.

- ³² Zob. pkt 1 tego rozdziału.
- ³³ Tak też W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 288.
- ³⁴ *Ibidem*. Na temat znaczenia woli dziecka zob. rozdz. VIII pkt 3.2.
- ³⁵ J. Ignaczewski (w:) J. Ignaczewski (red.), *Rozwód i separacja. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 114.
- ³⁶ Tak: M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010, s. 179.
- ³⁷ Zob. też T. Sokołowski (w:) H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 671, teza 2 do art. 113⁴ k.r.o.
- ³⁸ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 271.
- ³⁹ Por. np. OLG Frankfurt am Main, FamRZ 1988, s. 755.
- ⁴⁰ FamRZ 1981, s. 661.
- ⁴¹ OLG Hamm, FamRZ 1995, s. 314.
- ⁴² Zob. np. E. Hegenauer, *Persönlicher Verkehr-Grundlagen*, ZVW 1993, s. 6.
- ⁴³ H. Reday, *Le droit aux...*, s. 64.
- ⁴⁴ Zob. szerzej M.-J. Gebler, *Divorce. Conséquences du divorce pour les enfants. Aspects extra-patrimoniaux*, Juris-Classeur civil, Art 286 f 295, Fasc. 70, uwaga 152.
- ⁴⁵ T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris 1989, nr 308.
- ⁴⁶ Por. K. Jacobs, *Het omgangsrecht in België en Nederland*, TPR 1996, s. 836.
- ⁴⁷ J. Ignaczewski, *Rozwód i separacja...*, s. 113.
- ⁴⁸ Zob. na ten temat W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 285.
- ⁴⁹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2000 r., I CKN 115/00, OSN 2001, nr 3, poz. 50 z glosą M. Kornilowicza. Zob. też M. Goettel, *Ingerencja sądu opiekuńczego w sprawowanie władzy rodzicielskiej a prawo rodziców do osobistej styczności z dzieckiem*, NP 1983, nr 9-10, s. 51.
- ⁵⁰ J. Strzebińczyk (w:) T. Smyczyński (red.) *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 352.
- ⁵¹ Nie "zakazu", gdyż ten ma generalny charakter i nie pozostawia żadnych elementów prawa do kontaktów uprawnionemu; polecenie zaś zostawia.
- ⁵² Jak np. w Niemczech.
- ⁵³ Zob. rozdz. VI pkt 4.1.
- ⁵⁴ Ograniczenie przecież możliwe jest również na etapie kształtowania.
- ⁵⁵ Ze względu na wagę tego ostatniego zagadnienia i jego ścisły związek przede wszystkim z egzekucją prawa do styczności, zostanie ono osobno rozważone w rozdziale VIII poświęconym przymusowej realizacji prawa do kontaktów.
- ⁵⁶ Tak. np. L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht zum Umgang mit dem eigenen Kind*, Berlin 1989, nb. 318. Zob. też OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, s. 184; OLG Celle, FamRZ 1990, s. 1027.
- ⁵⁷ Zob. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 272.
- ⁵⁸ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 273, nb. 13.
- ⁵⁹ BayOLG, FamRZ 1982, s. 960.
- ⁶⁰ OLG Bamberg, FamRZ 1994, s. 719.
- ⁶¹ *Cour d'appel d'Aix-en-Provence*, J.C.P. 1992 IV, nr 332.
- ⁶² Szerzej J. Hauser, *Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droit de la famille*, RTD civ. 1994, s. 92.
- ⁶³ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 274, nb. 8.
- ⁶⁴ L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 281.
- ⁶⁵ Tak np. OG Zürich, ZR 1965, nr 102.
- ⁶⁶ C. Hegenauer (w:) M. Gmür, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, t. II, *Familienrecht*, Bern 1997, art. 274, nb. 45.
- ⁶⁷ OG Zürich, ZR 1965, nr 89.
- ⁶⁸ Por. J. Hauser, D. Huet-Weiler, *Traite de droit civil. La famille. Dissolution de la famille*, Paris 1991, nr 523.
- ⁶⁹ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 278 i n.
- ⁷⁰ H. Vanhulle, *Omgangsrecht: Organisatie en modaliteiten*, Jura falconis 1983-1984, s. 317.
- ⁷¹ *Cour d'appel de Limoges*, D. 1993 somm. 122.
- ⁷² Tak szczególnie E. Petit-Bayaert w glosie do orzeczn. *Cour d'appel de Limoges* z 13.06.1991 r., D. 1993, somm. 123.
- ⁷³ OLG Braunschweig, MDR 1962, s. 132.
- ⁷⁴ BGE 72 (1946) II 10.

⁷⁵ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, JCP 1993 IV, s. 2565.

⁷⁶ Cour d'appel de Fribourg, SJZ 1968, s. 273.

⁷⁷ Argument ten nie jest pozbawiony pewnej racjonalności również dzisiaj. Jednak należałoby lokować go nie w kontekście pozbawienia prawa do styczności, ale przede wszystkim w płaszczyźnie tego, kto ma ponosić koszty.

⁷⁸ Por. np. I. Schwenger (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geier, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, (Art. 1-359 ZGB)*, Basel-Frankfurt am Main 1996, art. 274, nb. 10.

⁷⁹ I. Schwenger, *Kommentar zum...*, art. 274, nb. 10

⁸⁰ Por. R. Lempp, *Die Rechtstellung des Kinder aus geschiedener Ehe aus Kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht*, NJW 1972, s. 317.

⁸¹ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 289.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Por. F. Arntzen, *Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern. Ein Grundriß der forensischen Familienpsychologie*, München 1994, s. 44.

⁸⁴ E. Ell, *Psychologische Kriterien bei der Regelung des Persönlichen Umgangs*, Weinheim 1990, s. 60 i n.

⁸⁵ OG Lucern, ZBJV 1990, s. 152.

⁸⁶ Szerzej H. Vanhulle, *Umgangsrecht...*, s. 317.

⁸⁷ Tak szczególnie OLG Bamberg, FamRZ 1998, s. 970.

⁸⁸ D. Martiny, *Sorgerecht, Umgangsrecht und Unterhalt - Die Teilung des Unteilbaren?* (w:) A. Heldrich, H.-J. Sonnenberger, *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*, Frankfurt am Main 1988, s. 326.

⁸⁹ D. Martiny, *Sorgerecht, Umgangsrecht...*, s. 325; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 280.

⁹⁰ I. Schwenger (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser, *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB.*, Basel-Genf-München 2006, art. 274, nb. 15.

⁹¹ OLG Celle, FamRZ 1990, s. 1027.

⁹² Por. np. BGH, FamRZ 1984, 1084 i n.

⁹³ OLG Schleswig, ZBIJugR 1957, s. 277.

⁹⁴ Por. szczególnie E. Walter, *Einschänkung und Ausschluß des Umgangs nach § 1684 II S. 2 BGB*, ZfJ 1996, s. 275.

⁹⁵ Tak LG Berlin, DAVorm 1980, s. 939.

⁹⁶ OLG Karlsruhe, ZBIJugR 1980, s. 294. Szerzej L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 265.

⁹⁷ Tak BayVerfGH, FamRZ 1974. Zob. też BGH, FamRZ 1984, s. 1085.

⁹⁸ Zamiast wielu zob. w literaturze niemieckiej: J. Gernhuber, D. Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, München 1994, § 66 IV 1, s. 1071; w piśmiennictwie szwajcarskim: I. Schwenger, *Kommentar zum...*, art. 274, nb. 16.

⁹⁹ E. Walter, *Einschänkung...*, s. 271.

¹⁰⁰ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 290

¹⁰¹ L.-M. Peschel-Gutzeit, *Das Recht...*, nb. 276.

¹⁰² BGer, Fam. Pra. ch 2000, s. 546.

¹⁰³ I. Schwenger, *Kommentar zum...*, art. 274, nb. 16.

¹⁰⁴ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 292.

¹⁰⁵ *Ibidem*, s. 291.

¹⁰⁶ Tak m.in. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 291. Zob. jednak bardzo krytycznie T. Bartels, *Die vollständigen und unvollständigen Familien im Kindschaftsrecht. Eine vergleichende Betrachtung der familienrechtlichen Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, der DDR, Österreich und der Schweiz*, Frankfurt am Main 1986, s. 324 i n.

¹⁰⁷ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 292.

¹ Zob. szczególnie I. Baer, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*, ZBI JugR 1977, s. 516 i n.

² *Ibidem*, s. 526.

³ Por. uzasadnienie projektu reformy: Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, BT-Druck. 13/4899, s. 106. Szerzej na ten temat T. Rauscher, *Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtsreformgesetz*, FamRZ 1998, s. 340.

⁴ Zob. rozdz. V pkt 4.6.

⁵ Zob. rozdz. IX.

⁶ Por. KG Recht 1914, Nr 1698; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 257.

⁷ Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, BT-Druck. 13/4899, s. 68.

⁸ Szerzej na ten temat D. Coester-Waltjen, *Überlegungen zur deutschen Kindschaftsrechtsreform* (w:) J. Bednariková, F. Chapman (red.), *Festschrift für Jan Stepán zum 80. Geburtstag*, Zürich 1994, s. 17.

⁹ T. Jaeger (w:) K. Johansen, P. Henrich, *Eherecht. Scheidung, Trennung, Folgen. Kommentar*, München 1998, § 1684, nb. 33.

¹⁰ Zob. szerzej A. Wirz, *Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern*, Basel-Frankfurt am Main 1995, s. 46.

¹¹ BBl. 1996 I 1, s. 159.

¹² Szerzej na ten temat zob. rozdz. IX pkt 3.

¹³ Zob. rozdz. IX pkt 2.

¹⁴ H. Hausheer, *Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrevision*, ZBJV 1993, s. 664.

¹⁵ Por. C. Hegenauer (w:) M. Gümr, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*. Bern 1997, art. 275, nb. 156.

¹⁶ Zob. np. J.-F. Kamden, *L'enfant et le droit de visite*, Gaz. Pal. 1996, s. 886 i n.

¹⁷ *Ibidem*, s. 888.

¹⁸ Zob. na ten temat T. Justyński, *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury niemieckiej* (w:) *Księga jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008, s. 373 i n. Od strony psychologicznej problem sygnalizuje B. Bielski, *O losie dziecka skłóconych rodziców. Studium przypadku (cz. I)*, Pal. 2005, z. 5, s. 135 i n. Zob. też: A. Czerederecka, *Syndrom odosobnienia od jednego z rodziców u dzieci z rozbitych rodzin*, Nowiny Psychologiczne 1999, nr 4, s. 5 i n.; *eadem*, *Syndrom oddzielenia od drugoplanowego opiekuna (PAS) - przydatność diagnozy w badaniach sądowych w kontekście krytyki zjawiska*, Nowiny Psychologiczne 2005, nr 3, s. 31 i n.; J. Kaczmarek, H. Kotara, T. Pocent, *Syndrom odosobnienia jednego z rodziców - mechanizmy psychologiczne występujące w konflikcie okolorozwodowym wg koncepcji Richarda Gardnera*, Warszawa 2004.

¹⁹ R.A. Gardner, *Child Custody Litigation: A Guide for Parents and Mental Health Professional*, New Jersey 1986; R.A. Gardner, *The Parental Alienation Syndrome*, New Jersey 1992. Zob. też R.A. Gardner, *Das elterliche Entfremdungssyndrom. Anregungen für gerichtliche Sorge und Umgangsregelungen*, Berlin 2002.

²⁰ Por. np. D. Büte, *Das Umgangsrecht bei Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern*, Berlin 2001, s. 97 i n.

²¹ Szerzej na ten temat D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 100 i n.

²² Zob. pkt 3.3 niniejszego rozdziału.

²³ OLG Celle, FamRZ 1998, s. 971. Zob. też szeroko w piśmiennictwie szwajcarskim: I. Schwenzer (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser, *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB*, Basel-Genf-München 2006, art. 273, nb. 11.

²⁴ Por. np. U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 1684, nb. 23.

²⁵ H. van Els, *Familiensachen...*, § 1684, nb. 51.

²⁶ FamRZ 1998, s. 970.

²⁷ Por. np. OLG Hamburg, FamRZ 1996, s. 422; OLG Karlsruhe, FamRZ 1999, s. 184.

²⁸ D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 109; BVerfG, FamRZ 2005, s. 1058.

²⁹ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 273, nb. 11.

³⁰ Por. np. OLG Hamm, FamRZ 1994, s. 57.

³¹ Por. szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 259.

³² *Ibidem*.

³³ Szerzej na ten temat U. Gottwald (w:) R. Hoppenz (red.), *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009, § 90 FamFG, nb. 6.

³⁴ T. Schnyder, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994*, ZBJV 1996, s. 239 i n.; N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 260.

³⁵ Por. BGE 120 (1994) Ia 396 (374).

³⁶ J. Gudowski (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2010, art. 598¹², teza 3, s. 239.

³⁷ Por. D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 101.

³⁸ Zob. na ten temat T. Justyński, *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury*

niemieckiej (w:) *Księga jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008, s. 373 i n. i przywołane tam piśmiennictwo.

³⁹ D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 102.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² B. Bielski, *O losie dziecka...*, s. 137.

⁴³ *Ibidem*, s. 138.

⁴⁴ D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 103.

⁴⁵ B. Bielski, *O losie dziecka...*, s. 137.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 138.

⁴⁷ Tak np. w piśmiennictwie szwajcarskim: I. Schwenger (w:) H. Honsell, N. Vogt, T. Geiser, *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB*, Basel- Genf-München 2006, art. 273, nb. 11.

⁴⁸ Por. w szczególności: OLG Bamberg, FamRZ 1985, s. 1175 i n.; OLG München, FamRZ 1991, s. 1343; OLG Celle, FamRZ 1994, s. 924 i n.; OLG Hamburg, FamRZ 1996, s. 422; OLG München, FamRZ 1997, s. 45; OLG Frankfurt, ZfJ 1998, s. 343; OLG Celle, FamRZ, s. 972; OLG Zweibrücken, DAV 1999, s. 783.

⁴⁹ ZfJ 1998, s. 344 i n.

⁵⁰ B. Veit (w:) H. Bamberger, H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, § 1297-2385, München 2003, § 1684, nb. 39.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² D. Büte, *Das Umgangsrecht...*, s. 103.

⁵³ U. Diederichsen (w:) O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2003, § 1684, nb. 23.

⁵⁴ FamRZ 1998, s. 971.

⁵⁵ Zob. np. *S. Karen "PP" v. Clyde "QQ"*. 602 N.Y.S. 2d 709 (App. Div.1993); *S. Krebsbach v. Gallager*, 181 A.D. 2d 363 (N.Y. App. Div. 1992); *Hanson v. Spolnik*, 685 N.E. 2d 71, 84 (Ind. Ct. App. 1997); *S. People v. Fortin*, 706 N.Y.S. 2d 611, 612 (Crim.Ct. 2000). Por. też C.S. Bruch, *Parental Alienation Syndrome und Parental Alienation. Wie man sich in Sorgerechtsfällen irren kann*, FamRZ 2002, s. 1308 (przedruk z *Family Law Quarterly*).

⁵⁶ C.S. Bruch, *Parental Alienation...*, s. 1307.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 1309.

⁵⁸ Zob. np. *B. Johnson v. Johnson*, No AD 6182, Appeal No. S AJ of 1997, *Family Court of Australia (Full Court)*.

⁵⁹ Tak np. I. Schwenger, *Basler Kommentar...*, § 273, nb. 11 i przywołana tam literatura.

⁶⁰ Zob. szerzej na temat dostępnych badań A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 78 i n. Skrajnie krytycznie W. Stojanowska, która pisze o: "zdewaluowanej koncepcji amerykańskiego psychiatry Gardnera" (por. W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011, s. 267 przypis 419).

⁶¹ Zob. A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja...*, s. 81.

⁶² Por. we Francji G. Viney, *Du "droit de visite"*, Rev. trim. dr. civ. 1965, s. 256; w Niemczech: B. Veit (w:) H-G. Bamberger, H. Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 3, § 1297-2385, München 2003, § 1684, nb. 51; w Szwajcarii: C. Hegenauer, (w:) M. Gmür, *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, t. II, *Familienrecht*, Bern 1997, art. 275, nb. 154.

⁶³ Tak I. Baer, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge*, ZBIJugR 1977, s. 525; R. Lempp, *Die Ehescheidung und das Kind*, München 1989, s. 45.

⁶⁴ Szerzej N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 261.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Zamiast wielu zob. M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2010, s. 180; J. Gudowski (w:) T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2009, s. 228, teza 2 do art. 598¹ k.p.c.

⁶⁷ Por. R. Zegadło, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/08)*, *Rodzina i Prawo* 2009, nr 11, s. 85.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 86.

⁶⁹ Zob. tak *ibidem*, s. 85.

⁷⁰ Art. 5821 § 2 k.p.c.: "Sąd opiekuńczy w celu zapewnienia wykonywania kontaktów może w

szczegółności:

1) zobowiązać osobę uprawnioną do kontaktu z dzieckiem lub osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, do pokrycia kosztów podróży i pobytu dziecka lub także osoby towarzyszącej dziecku, w tym kosztów powrotu do miejsca stałego pobytu,

2) zobowiązać osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, do złożenia na rachunek depozytowy sądu odpowiedniej kwoty pieniężnej w celu pokrycia wydatków uprawnionego związanych z wykonywaniem kontaktu na wypadek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przez osobę zobowiązaną obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach; nie dotyczy to rodzin zastępczych i placówek opiekuńczo-wychowawczych,

3) odebrać od osoby uprawnionej do kontaktu z dzieckiem lub osoby, pod której pieczę dziecko pozostaje, przyrzeczenie określonego zachowania".

⁷¹ Zob. np. H. Ciepla, *Nowelizacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z komentarzem*, Warszawa 2010, s. 70.

⁷² III CZP 75/08, OSNC 2009, nr 1, poz. 12 z glosą R. Zegadło (Rodzina i Prawo 2009, nr 11, s. 85). Uchwała nawiązuje do wcześniejszej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 1975 r., III CZP 30/75; OSNCP 1976, nr 3, poz. 41, w której sąd wyjaśniał relacje pomiędzy art. 1050 k.p.c. oraz nieobowiązującym już art. 1089 k.p.c.

⁷³ W związku z tym aktualność utraciło dawniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego pochodzące z okresu sprzed wprowadzenia zmian z 2001 r. Chodzi m.in. o: uchwałę SN z dnia 26 maja 1975 r., III CZP 30/75, OSPiKA 1977, z. 10, poz. 160; uchwałę SN z dnia 30 stycznia 1976 r., III CZP 94/75, OSNCP 1976, nr 7-8, poz. 157; uchwałę SN z dnia 20 marca 1992 r., III CZP 16/92, OSNCP 1992, nr 9, poz. 162.

⁷⁴ Zob. np. J. Ignaczewski (w:) J. Ignaczewski (red.), *Rozwód i separacja. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 116.

⁷⁵ Problemy wynikające z uchwały Sądu Najwyższego szeroko analizuje R. Zegadło w głosie powołanej w przyp. nr 67.

⁷⁶ R. Zegadło, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego...*, s. 87.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 88.

⁷⁸ Tak to jest jednak obecnie interpretowane w doktrynie, która przyjmuje, że ewolucja orzecznictwa Sądu Najwyższego doprowadziła na obecnym etapie do dwutorowości postępowania w sprawach dotyczących kontaktów z dzieckiem. Zob. E. Waszkiewicz, *Sprawozdanie z przebiegu...*, s. 102 (wypowiedź G. Misiurek).

⁷⁹ R. Zegadło, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego...*, s. 90.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Druk nr 1856, www.sejm.gov.pl.

⁸² Druk nr 3063, www.sejm.gov.pl.

⁸³ Szerzej na ten temat zob. rozdz. IX.

¹ Zob. np. wyrok OLG München, FamRZ 1991, s. 1343 i n. Szerzej: H. van Els (w:) R. Hoppenz (red.), *Familiensachen...*, § 1684, nb. 74.

² Por. U.-J. Jopt, *Staatliches Wächteramt und Kindeswohl. Zum unseligen Verhältnis zwischen Sorgerecht und Umgangsrecht*, ZBJugR 1990, s. 290.

³ Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 261. Tak również: BGH, FamRZ 1985, s. 171.

⁴ OLG München, FamRZ 1991, s. 1343 i n.

⁵ *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* z 1898 r. (RGBl. 189) obecnie zastąpiona ustawą z dnia 17 grudnia 2008 r. *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG), BGBl. I, s. 2586.

⁶ U.-J. Jopt, *Anmerkung zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts aus psychologischer Sicht*, ZfJ 1996, s. 210.

⁷ H. Vanhulle, *Umgangsrecht. Organisatie en modaliteiten*, Jura falconis 1983-1984, s. 315.

⁸ I. Schwenzer (w:) H. Honsel, N. Vogt, T. Geiser (red.), *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, Basel-Genf-München 2006, art. 275, nb. 14.

⁹ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 274, nb. 7.

¹⁰ Decyzję sądu powierzenia bezpośredniej pieczy nad dzieckiem rodzicowi, który domagał się realizacji jego prawa do kontaktów zdecydowanie wyklucza W. Stojanowska proponując zamiast tego umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej. Por. W. Stojanowska, *Nowelizacja prawa rodzinnego...*, s. 267 i 269.

¹¹ I CKN 834/98, OSNC 1999, nr 4, poz. 72.

¹² I CR 1045/56, OSN 1959, nr 3, poz. 76.

¹³ III CRN 204/77, LEX nr 7986.

¹⁴ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 275, nb. 16.

¹⁵ Por. *Ibiem*. W realiach polskich chodziłoby raczej o roszczenie rodziców. To oni przecież zwykle ponoszą koszty opieki nad dzieckiem. Dziecko w Polsce utrzymuje się z własnego majątku chyba jedynie sporadycznie.

¹⁶ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 275, nb. 16.

¹⁷ Tak BGHZ 151, s. 155, FamRZ 2002, s. 1297. Szerzej D. Schwab, *Gemeinsame elterliche Verantwortung - ein Schuldverhältnis?*, FamRZ 2002, s. 1297 i n.

¹⁸ H. van Hals, *Familiensachen...*, § 1684, nb. 74.

¹⁹ D. Schwab, *Gemeinsame elterliche...*, s. 1297 i n.

²⁰ Zob. rozdz. V pkt 3.3.6.

²¹ Wprowadzony do Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. (Dz. U. Nr 220, poz. 1431).

²² Druk nr 3063, www.sejm.gov.pl.

²³ Zob. wypowiedź eksperta parlamentu Lossena, *Stenographisches Protokoll der 77. Sitzung des Rechts- und 52. Sitzung des Familienausschusses, 13. Wahlperiode*, Protokoll nr 77, s. 25.

²⁴ Szerzej na ten temat N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 263.

²⁵ Por. H. van Els, *Familiensachen. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 2009, § 1684, nb. 74. Na temat nadużycia prawa poprzez *Verwirkung* zob. T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 106.

²⁶ Szerzej na ten temat: H. Vanhulle, *Omgangsrecht. Organisatie en modaliteiten*, Jura falconis 1983-1984, s. 326 i n.

²⁷ J.-P. Masson, *Examen de jurisprudence (1984 i 1990)*, *Les personnes*, Rev. crit. jur. Belge 1993, s. 554; J. Pauvels, *Beginnelen van personen - en familienrecht*, boekdeel 3, *jeugdrecht - verwantschapsrecht*, Leuven 1986, s. 238.

²⁸ Szerzej J. Rubellin-Devichi, *Droit de la famille*, Dalloz 1996, nb. 1909.

²⁹ I. Schwenzer, *Basler Kommentar...*, art. 275, nb. 15; J.-P. Pittet, *Le droit aux relations personnelles*, ZVW 1984, s. 7.

³⁰ Por. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 263.

³¹ M. Schnitzerling, *Das Recht des nichtsorgeberechtigten Elternteils auf Verkehr mit seinem Kinde*, RdJ 1961, s. 163.

³² Komisja Prawna Bundestagu (*Rechtsausschuß*), BT-Druck. 13/8511, s. 68.

³³ *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG), BGBl. I, s. 2586.

³⁴ Por. T. Justyński, *Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)*, Rodzina i Prawo 2006, nr 1, s. 81.

³⁵ Mimo to w piśmiennictwie niemieckim środek ten nie jest zaliczany do środków karnych.

³⁶ Trzeba jednak pamiętać, że w uchwale z dnia 28 sierpnia 2008 r. (III CZP 75/08) Sąd Najwyższy odstąpił - przynajmniej w części - od dotychczasowego sposobu wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dzieckiem, polegającego na stosowaniu art. 1050 i 1051 k.p.c. Szerzej na ten temat była już mowa w rozdziale VIII.

³⁷ Pośrednio potwierdza to wysokość wpływów do budżetu Państwa z tytułu orzeczonych grzywien w sprawach o egzekucję kontaktów. Łączna kwota wyegzekwowanych grzywien za lata 2007-2009 wynosiła 256.089,44 zł. Por. *Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego z dnia 7 maja 2010 r.*, druk nr 3063, www.sejm.gov.pl.

³⁸ Druk nr 3063, www.sejm.gov.pl.

³⁹ Zob. np. D. Schwab, *Gemeinsame elterliche Verantwortung - ein Schuldverhältnis?*, FamRZ 2002, s. 1297.

⁴⁰ Por. np. N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 240.

⁴¹ Por. W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza - Wykładnia - Komentarz*, Warszawa 2011, s. 45, 73, 74, 281.

⁴² Szerzej na ten temat T. Justyński, *W sprawie opieki naprzemiennej*, Rodzina i Prawo 2011, nr 19 (w druku).

⁴³ Zob. np. E. Waszkiewicz, *Sprawozdanie z przebiegu X Kongresu Stowarzyszenia Sędziów*

Rodzinnych w Polsce (Zakopane 30 września - 3 października 2008 r.), Rodzina i Prawo 2009, nr 11, s. 101 (wypowiedź M. Borkowskiego).

⁴⁴ N. Schulze, *Das Umgangsrecht...*, s. 240 i 241.