

Joanna Zajączkowska-Burtowy

CZĘŚĆ II. KONTAKTY Z DZIECKIEM RODZICÓW ŻYJĄCYCH W ROZŁĄCZENIU

1. Wstęp

W ciągu ostatnich lat tematyka kontaktów z dzieckiem doczekała się niejednej publikacji, jednakże w dalszym ciągu, choć problem dotyczy (a przynajmniej powinien) w pierwszej kolejności dzieci rozstających się rodziców, to nadal zwraca się przede wszystkim uwagę na utrudnienia rodziców wynikające z rozpadu rodziny. Dlatego też przedstawiona analiza ma na celu dokonanie przeglądu podstaw prawnych i praktyki sądowej w sprawach o kontakty z perspektywy dziecka. Wydaje się bowiem, że dziecko jest w dalszym ciągu przedmiotem w rękach skonfliktowanych rodziców, co następnie przekłada się, niestety, również na jego pozycję w postępowaniu dotyczącym jego osoby. Sytuacja dziecka – czy to zupełnie małego, czy też dorastającego – jest bardziej skomplikowana niż wszystkich pozostałych członków rozpadającej się rodziny, gdyż krzywda, jaka się dzieje dziecku, najczęściej będzie ujawniać się dopiero wraz z jego rozwojem.

Niestety, przede wszystkim trudno odseparować dziecko od konfliktu rozgrywającego się w czterech ścianach, w których ono przebywa i które są całym jego światem. Trudno też jest mu liczyć na wsparcie ze strony rodziców, gdyż ci nie występują już razem w jego ochronie. Dodatkowo z reguły przestaje móc liczyć na inne osoby, jak dziadkowie, gdyż oni nie pozostają obojętni na rozpad rodziny i z reguły znajdują się po którejś ze stron konfliktu albo też są mimowolnie po jednej ze stron umieszczane. Bywa więc tak, że dziecko, które znajduje się pośrodku, jest w sytuacji braku opowiedzenia się po którejkolwiek ze stron konfliktu zupełnie samo. Mimo że można apelować o porozumienie pomiędzy rodzicami i wskazywać na szkodliwe skutki ich konfliktu, dotykające dziecko, doświadczenie ostatnich lat, kiedy problemy z kontaktami wciąż narastają, wskazuje, że w dużej liczbie przypadków ma to

niewielki wpływ na rozsądne i dojrzałe podejście rodziców. Dlatego też zadaniem niniejszej pracy jest ukazanie w jak największym stopniu perspektywy dziecka, po to, aby w dalszym ciągu uzmysławiać rodzinom zaangażowanym w konflikt, trudną i szczególną sytuację małoletniego, ale także zaproponować zmiany przede wszystkim w stosowaniu prawa. Pozwolą one w większej mierze uwzględnić osobę dziecka, która nie jest tylko związana ze sprawą, lecz to dziecka tego sprawa ta dotyczy, a w szczególności, gdy mowa jest o kontaktach z nim.

Omawiając instytucję kontaktów z perspektywy dziecka, należy zauważyć, że duże znaczenie ma zmiana postrzegania praw przysługujących dziecku, gdyż przez długi czas zarówno ta, jak i inne instytucje związane z dzieckiem skoncentrowane były na efektywności realizacji praw dorosłych. Dopiero od uchwalenia Konwencji o prawach dziecka¹ wyraźnie wyeksponowane zostało także prawo dziecka do kontaktów oraz obowiązek państwa zapewnienia realizacji tego prawa². Pomimo upływu wielu lat w dalszym ciągu należy istotę praw dziecka usilnie podkreślać, albowiem najważniejszym dobrem chronionym przepisami o kontaktach, zawartymi w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, kodeksie postępowania cywilnego, Ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz aktach międzynarodowych, jest prawidłowy rozwój emocjonalny dziecka, dla którego owe kontakty są niezbędne i jedynie skrajnie naganna postawa osób bliskich dziecku może uzasadniać wprowadzenie ich zakazu lub ograniczeń³.

2. Źródła praw dziecka

Istotne jest, aby – analizując instytucję kontaktów z dzieckiem, a także możliwość jej realizacji przez dziecko – wyjść od wskazania źródeł prawa dziecka do kontaktów oraz podstaw prawnych jego udziału w postępowaniu w sprawach o kontakty. W tym względzie należy odwołać się zarówno do norm prawa krajowego, jak i międzynarodowego.

Artykuł 8 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴ ustanawia prawo do poszanowania życia rodzinnego, którego element stanowi prawo do kontaktów. To właśnie na tle tego przepisu organ sądowy Konwencji, którym jest Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeka w sprawach dotyczących relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi, w szczególności o niewywiązywaniu się państw z pozytywnych obowiązków w zakresie zapewnienia realizacji kontaktów rodzica z dzieckiem⁵.

Drugim nadzwyczaj istotnym aktem prawa międzynarodowego, chroniącym kontakty dziecka z bliskimi mu osobami, jest Konwencja o prawach dziecka. Artykuł 9 ust. 3 KoPD stanowi, że państwa powinny szanować prawo dziecka, które jest odseparowane od jednego

1 Konwencja o prawach dziecka, Dz.U. 1991 Nr 120 poz. 526.

2 Por. szerzej M. Burtowy, J. Zajączkowska-Burtowy, *Tożsamość dziecka w pieczy zastępczej (po 30 latach od uchwalenia Konwencji o prawach dziecka)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 1, s. 101–116.

3 M. Andrzejewski [w:] T. Smoczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, t. 12, C.H. Beck, INP PAN, Warszawa 2011, s. 444.

4 Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 25 stycznia 1995 r., Dz.U. 2000 Nr 107 poz. 1128.

5 A. Szklanna, *Naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego zagwarantowanego w EKPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 1, s. 18.

lub dwojga rodziców, do utrzymywania osobistych stosunków i bezpośredniego kontaktu z obojgiem z nich, chyba że byłoby to sprzeczne z najlepiej pojętym interesem dziecka. W art. 10 KoPD znajduje się takie samo prawo dziecka, lecz dotyczące okoliczności, gdy rodzice z różnych przyczyn znajdują się w innym państwie niż ono. W art. 5 KoPD stanowi się również o odpowiedzialności, prawie i obowiązku członków dalszej rodziny do zapewnienia dziecku możliwości ukierunkowania go i udzielenia mu rad, w art. 8 KoPD natomiast nakazuje się państwu poszanowanie prawa dziecka do stosunków rodzinnych⁶.

Naczelne miejsce w katalogu standardów międzynarodowych w kontekście omawianej instytucji zajmuje Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z 15 maja 2003 r.⁷ Już na etapie prac projektowych nowelizacji k.r.o. z 2008 r. wprowadzającej przepisy poświęcone kontaktom – uwzględniono postanowienia tej konwencji, która statuuje wyraźnie w art. 4, że dziecko i rodzice mają prawo uzyskania i utrzymywania ze sobą regularnych kontaktów. To jej treść i nazewnictwo, a także sposoby zabezpieczenia wykonywania kontaktów zostały w szczególności uwzględnione podczas wprowadzania instytucji kontaktów z dzieckiem do porządku krajowego. Tak więc w przepisach art. 113–113⁶ k.r.o. sformułowano katalog form kontaktów, sposobu ich ograniczeń, zakazu, a także wymieniono katalog osób, które takich kontaktów z dzieckiem mogą dochodzić. Natomiast, jak się wydaje, źródła prawa międzynarodowego w większym stopniu kładą nacisk na wzajemność relacji kontaktów i prawo dziecka do utrzymywania tych kontaktów, podczas gdy brzmienie analogicznych regulacji prawnych w k.r.o. oraz w przepisach wykonawczych w k.p.c. skłania do refleksji, iż jest to w większym stopniu uprawnienie rodziców, a zwłaszcza rodzica, z którym dziecko na co dzień nie mieszka lub innych osób bliskich dziecku niż przede wszystkim prawo tego dziecka do zachowania relacji z tymi osobami.

Tymczasem równie istotne są normy nakazujące traktować dziecko jako podmiot, a nie jedynie przedmiot postępowań, które dotyczą jego osoby, a do takich w szczególności należą sprawy o kontakty. Materialne prawo do kontaktów, które decyżją polskiego ustawodawcy przysługuje również dziecku, wymaga dla swej realizacji narzędzi procesowych, dlatego szczególnie w kontekście kontaktów dziecka niniejsze badania obejmować będą oba aspekty zagadnienia.

Prawo dziecka do wypowiedzania się w sprawach, które go dotyczą, zostało sformułowane w art. 12 KoPD. Zgodnie z nim państwa strony zapewniają dziecku, które jest zdolne do kształtowania swych własnych poglądów, prawo do swobodnego wyrażania własnych poglądów we wszystkich sprawach dotyczących dziecka, przyjmując je z należyłą wagą stosownie do wieku oraz dojrzałości dziecka (ust. 1). W tym celu dziecku będzie w szczególności zapewniona możliwość wypowiedzania się w każdym postępowaniu sądowym i administracyjnym dotyczącym dziecka, bezpośrednio lub za pośrednictwem przedstawiciela bądź odpowiedniego organu, zgodnie z zasadami proceduralnymi prawa wewnętrznego (ust. 2).

6 Por. szerzej T. Smyczyński, *Prawo dziecka do rodziny* [w:] T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Wybrane zagadnienia prawne i socjalne*, Polski Komitet UNICEF, Warszawa 1994, s. 67–77.

7 Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z 15 maja 2003 r., Dz.U. 2009 Nr 68 poz. 578.

Z kolei zgodnie z art. 3 lit. b Europejskiej konwencji o wykonywaniu praw dzieci z 25 stycznia 1995 r., dziecko, uznane według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie w dotyczącym go postępowaniu przed organem sądowym, powinno mieć przyznane prawo i samo może żądać przyznania takiego prawa dopytania go o zdanie i do wyrażania swojego stanowiska. Następnie zgodnie z art. 6 lit. b konwencji, który stanowi, że w postępowaniach dotyczących dzieci uznanych według prawa wewnętrznego za mające wystarczające rozeznanie, organ sądowy przed podjęciem decyzji powinien w stosownych przypadkach, jeżeli to konieczne – nieformalnie, zasięgnąć opinii oraz umożliwić dziecku przedstawienie jego stanowiska; przy czym organ taki powinien przykładać należytą wagę do stanowiska wyrażonego przez dziecko.

Wspomniane konwencje nie zapewniają instrukcji, jak sąd powinien uzyskać opinię dziecka, sposób realizacji pozostaje więc domeną państw i ich regulacji, a *de facto* domeną praktyki sądowniczej.

Zgodnie z art. 72 ust. 3 Konstytucji RP, w toku ustalania praw dziecka organy władzy publicznej oraz osoby odpowiedzialne za dziecko są obowiązane do wysłuchania i w miarę możliwości uwzględnienia zdania dziecka. Przewidziany w art. 72 ust. 3 Konstytucji obowiązek może być realizowany w różnych, określonych przez ustawodawcę formach, które mają służyć stworzeniu okazji do wyrażenia przez dziecko swoich poglądów⁸.

Nowelą z 2008 r.⁹ wprowadzono i rozszerzono istniejącą dotychczas, lecz niewystarczająco stosowaną instytucję wysłuchania dziecka, do której należy powrócić w dalszej części publikacji w związku z jej szerokim zastosowaniem w sprawach o kontakty.

W tym miejscu wystarczy wskazać, że kodeks postępowania cywilnego formułuje prawa po stronie dziecka, przyznając mu status uczestnika postępowania (art. 730 k.p.c.), a także umożliwiające wysłuchanie go zarówno w postępowaniu procesowym (art. 216¹ k.p.c.) jak i nieprocesowym (art. 576 § 2 k.p.c.).

3. Prawo do kontaktów z perspektywy dziecka

Istotą omawianej instytucji jest prawna ochrona kontaktów jako formy i wyrazu bliskości istniejącej pomiędzy rodzicem a dzieckiem, a także pomiędzy innymi osobami – jak dziadkowie czy wujostwo – a dzieckiem.

Chęć utrzymywania kontaktów z członkami rodziny wynika z potrzeby bliskości, jednakże źródłem chronionej, dzięki instytucji kontaktów, więzi są nie tylko te pochodzące ze stosunków pokrewieństwa, powinowactwa, ale również powstałe przez stosunki faktyczne (np. wieloletnia opiekunka dziecka).

Przepis art. 113 k.r.o. stanowi o prawie i obowiązku kontaktów pomiędzy dzieckiem a rodzicami. Rozumienie pojęcia rodziców determinuje zakres podmiotowy tej instytucji. Z przepisów dotyczących pochodzenia dziecka wynika, że rodzicami są osoby, których

⁸ B. Banaszak, *Konstytucja RP. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, Legalis.

⁹ Ustawa z 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008 Nr 220 poz. 1431.

rodzicielstwo zostało ustalone w sposób określony przez przepisy rozdziału I tytułu II k.r.o., natomiast rodzice biologiczni, lecz niemający statusu rodziców prawnych, tj. ci, których łączy z dzieckiem jedynie fakt biologicznej więzi powstałej na skutek urodzenia się dziecka, traktowani są przez prawo jako rodzice nieznani¹⁰.

Zasadniczy problem z tym związany dotyczy ojca biologicznego, nie prawnego¹¹ (art. 62 i n. k.r.o.), a mianowicie na jakiej podstawie prawnej ustalić mógłby kontakty z dzieckiem, skoro nie znajduje się on w zakresie podmiotowym art. 113 k.r.o. Na gruncie obowiązujących przepisów *de facto* nie istnieje możliwość ustalenia prawa do kontaktów po stronie ojca biologicznego innego niż prawny. Nie sposób uznać możliwości sprawowania przez niego pieczy przez dłuższy czas, a zatem nie może być on podmiotem zaliczonym do kategorii „innych osób” z art. 113⁶ *in fine* k.r.o. W literaturze zaproponowano rozwiązanie wykorzystywane w tzw. koncepcji nadużycia władzy rodzicielskiej i w tym względzie skorzystania z art. 109 k.r.o. dla ustanowienia kontaktów z biologicznym ojcem, polegającej na wskazaniu jako źródła uprawnienia osób trzecich do kontaktu z dzieckiem sądowej dezaprobaty dla sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodziców (w ten sposób osoba, której rodzice odmawiają styczności z dzieckiem, może powoływać się na nadużycie przez nich władzy rodzicielskiej)¹². W praktyce jednak „najprostszym” obecnie wyjściem mogącym takiemu ojcu (który przykładowo chciał uznać dziecko, lecz w wyniku postawy czy choroby matki nie mógł tego zrobić) rzeczywiście zapewnić kontakty z dzieckiem jest wystąpienie przez niego o ustanowienie go rodziną zastępczą dla dziecka, przynajmniej do czasu, gdy nie zostanie sądownie ustalone jego ojcostwo. Dotyczy to szczególnie okoliczności, kiedy matka z różnych przyczyn nie mogłaby sprawować pieczy nad tym dzieckiem (np. wskutek umieszczenia jej po porodzie na zamkniętym oddziale psychiatrycznym z powodu silnego załamania nerwowego lub ujawnienia choroby psychicznej). Sytuacja taka jednak w dalszej perspektywie nie jest słusznym rozwiązaniem, gdyż *de facto* dotyczy ojca biologicznego, który nie powinien być zmuszony przez lukę prawną do nabywania sztucznego statusu zastępczego rodzica, nawet chwilowo. A ponadto przeczy to całkowicie idei instytucji pieczy zastępczej.

Dla przykładu, ustawodawca niemiecki dostrzegł konieczność uwzględnienia osoby rodzica biologicznego na płaszczyźnie prawa do kontaktów. Otóż ustawą z 4.07.2013 r., uchwaloną w celu wzmocnienia praw rodziców naturalnych, dodany został § 1686a BGB, ustanawiający prawo do kontaktu ojca biologicznego nawet w sytuacji istnienia ojcostwa prawnego innego mężczyzny, jeżeli pierwszy z nich wykazuje poważne zainteresowanie dzieckiem i kontakt taki byłby w zgodzie z jego dobrem¹³.

Konieczne jest zatem wysunięcie na gruncie polskiego prawa rodzinnego postulatu *de lege ferenda* przyznającego pod określonymi warunkami prawo do kontaktów z dzieckiem

10 I. Długoszevska, *Przestanki oraz skutki ograniczenia i pozbawienia władzy rodzicielskiej*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 44.

11 Chodzi o ojca, który nie korzysta ze statusu ojcostwa wynikającego z domniemania ojcostwa (a zatem męża matki dziecka), nie uznał ojcostwa ani też jego ojcostwo nie zostało ustalone sądownie.

12 Por. szerzej co do wspomnianej koncepcji: T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 65.

13 Por. szerzej J. Zajączkowska-Burtowy, *Kontakty z dzieckiem. Prawa i obowiązki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 75.

ojcu biologicznemu, ewentualnie wywiedzenie go *de lege lata* z art. 113 k.r.o. przy szerszej wykładni pojęcia „rodzice”. Przyznanie takiego prawa z jednej strony rodzi ryzyko zburzenia ładu w rodzinie, np. w sytuacji gdy matka jest żoną mężczyzny będącego ojcem prawnym (i często myślącego, że jest również ojcem biologicznym), z drugiej zaś strony umożliwia dziecku poznanie swego pochodzenia i chroni naturalną więź rodzicielską ojca i dziecka.

Przenosząc te rozważania o jedną generację wyżej, rozważyć należy, kogo dokładnie ustawodawca miał na myśli, formułując prawo do kontaktów z dzieckiem po stronie dziadków. Jeśli bowiem konsekwentnie przyjmować wyłącznie wykładnię polegającą na literze prawa, to będą to tylko osoby będące wstępnymi – z prawnie ustalonym macierzyństwem i ojcostwem – rodziców dziecka. Oznacza to, że ani kolejny mąż babci, ani nawet wieloletnia żona dziadka wdowca, jak i pradziadkowie, którzy również z powodzeniem nieraz są w stanie pełnić rolę „starszych” dziadków, nie mają prawa do kontaktów wynikającego z ich statusu względem dziecka. W pierwszym i drugim przypadku, a więc małżonków dziadków, zaliczyć ich można do dalszej grupy osób wskazanych w art. 113⁶ k.r.o. – powinowatych; ostatni z przykładów odnoszący się do pradziadków należałoby zaś zaliczyć do ostatniej z grup wskazanych w art. 113⁶ k.r.o., tj. innych osób, jeśli przez dłuższy czas sprawowały pieczę (niekoniecznie jednak piecza taka będzie miała miejsce). W doktrynie pojawił się wart rozważania postulat zaliczenia do grona „dziadków” również pradziadków poprzez wykładnię rozszerzającą pojęcie „dziadkowie”¹⁴.

Kontynuując myśl związaną z kontaktami z innymi niż rodzice osobami, wskazać należy, iż rozciągnięcie tego prawa na inne osoby bliskie dziecku zapewniło całkowitą realizację postanowienia art. 5 Konwencji o kontaktach z dzieckiem¹⁵. Zauważyć bowiem należy, że skoro kontakty zostały ujęte w formie prawa i obowiązku również dziecka, nie leży w wyłącznej gestii rodziców utrzymywanie jego relacji z innymi osobami, zwłaszcza z krewnymi. W tym miejscu wskazać można na całkowicie odrębny pogląd, jaki pojawił się w dyskusji, który poddaje w wątpliwość zgodność art. 113⁶ k.r.o. z art. 48 Konstytucji RP, albowiem nie uzależnia on ustalenia kontaktów od poglądu i zezwolenia rodziców na te kontakty, co stoi w sprzeczności z ich prawem do wychowania dziecka. Nie można jednak zgodzić się z przedstawionym stanowiskiem, gdyż nie tylko całkowicie podważa ono godność dziecka i istnienie prawa po jego stronie, ale także pozbawia go nieraz równie cennych jak rodzicielskie relacji np. z dziadkami. Stwierdzenie, że dopuszczenie do takich kontaktów wymaga zezwolenia rodziców, mówiąc potocznie – uwstecznia cały dotychczasowy dorobek wypracowany przez społeczność międzynarodową, ale i polskie ustawodawstwo na rzecz przyznawania dziecku jego praw. Należy w tym miejscu przytoczyć słuszną uwagę M. Andrzejewskiego, który wskazuje, że regulacje te nie deprecjonują rangi rodzicielstwa czy też zastępującej go relacji, są one jedynie sposobem ukształtowania sprawowania władzy rodzicielskiej czy pieczy zastępczej w taki sposób, aby dziecko nie było odizolowane od bliskich mu osób¹⁶.

Tym większe ma to znaczenie, gdy dziecko nie przebywa u żadnego z rodziców, gdyż wówczas zgodnie z art. 113⁶ k.r.o. w związku z regułą wskazaną w art. 113¹ k.r.o., prawo

14 Por. T. Justyński, *Prawo...*, s. 97.

15 R. Zegadło [w:] J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 238.

16 M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 188.

do kontaktów z dzieckiem dotyczy osób mających rodzinne związki z dzieckiem, przy czym rodzinne związki nie są ograniczone do pokrewieństwa¹⁷. Z uprawnieniem tych osób skorelowany jest obowiązek osób i instytucji, które sprawują bezpośrednią pieczę nad umożliwieniem utrzymywania kontaktów z dzieckiem¹⁸. Uwagi te mają na celu podkreślenie działań mogących dążyć do jak najszerzej ochrony dobra dziecka, nie zaś interesów innych osób przy orzekaniu o kontaktach, zwłaszcza na podstawie art. 113⁶ k.r.o. Różnicę tę podkreśla zresztą już sama nomenklatura – dużo ważniejsza będzie ochrona dobra niż interesu, a w tych dwóch odmiennych kontekstach prawo odnosi się kolejno do dziecka (dobro) i wszystkich pozostałych osób (interesy).

Analizując to zagadnienie ze społecznego punktu widzenia, w odniesieniu zwłaszcza do polskiej rzeczywistości, dziadkowie bezsprzecznie odgrywają ważką rolę wychowawczą. Już pod rządami dawnych przepisów uchwała Sądu Najwyższego¹⁹ głosiła, że dla pełnego rozwoju osobowości należy umożliwić dziecku kontaktowanie się z dziadkami przy właściwej ich postawie i korzystnym wpływie na dziecko, gdyż kontakty te, wynikające z silnych więzów emocjonalnych, mogą wpływać na lepsze wychowanie i rozwój duchowy dziecka. Ze względu na wspomniane argumenty, jeszcze zanim wprowadzona została obecna podstawa prawna, dopuszczono możliwość uregulowania kontaktów dziadków z dzieckiem na podstawie art. 109 § 1 k.r.o.²⁰. Stanowisko to znalazło się ponownie w postanowieniu SN²¹, w którym stwierdzono m.in., iż „nietrafny jest pogląd, że dyspozycja art. 109 k.r.o. nie daje podstaw do wydawania postanowienia o uregulowaniu kontaktów dziadków z dzieckiem”. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że może orzeczenie o kontaktach dziecka z dziadkami nastąpić, jeśli wymaga tego dobro dziecka. Wcześniejszy brak unormowania J. Ignatowicz komentował, wskazując, że osobista styczność z dzieckiem innych krewnych, szczególnie dziadków, jest „czymś samo przez się zrozumiałym i nie wymaga nadania jej prawnej sankcji”²², tłumacząc dalej, że sąd może zakazać postępowania rodziców uniemożliwiającego lub poważnie utrudniającego kontakty dziadków z dzieckiem „wbrew rozpowszechnionemu zwyczajowi i interesom dziecka”²³.

Istotne jest poczynienie w tym miejscu uwag prawnoporównawczych, szczególnie na tle ustawodawstwa amerykańskiego, gdzie pomimo że każdy z 50 stanów gwarantuje prawo do kontaktów dziadków z wnukami, prawa te w poszczególnych stanach nie są równe²⁴. Większa część stanów nie dopuszczała lub w dalszym ciągu nie dopuszcza sądowego dochodzenia tej relacji w przypadku rodziny pełnej, uzależniając roszczenie dziadków od takich warunków, jak śmierć jednego lub obojga rodziców, rozwód czy inne czynniki powodujące

17 R. Zegadło [w:] J. Ignaczewski (red.), *Władza rodzicielska...*, s. 238.

18 M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne...*, s. 188.

19 Uchwała SN z 15 czerwca 1988 r., III CZP 42/88, OSNC 1989, nr 10, poz. 156.

20 Por. E. Holewińska-Łapińska, która w głosie do omawianej uchwały zauważyła, że udzielenie ochrony dziadkom na podstawie art. 109 § 1 k.r.o. dowodzi, że następuje ograniczenie uprawnień rodziców – E. Holewińska-Łapińska, *Głos do uchwały SN z 14.06.1988 r.*, III CZP 42/88, „Państwo i Prawo” 1991, nr 2, s. 107.

21 Postanowienie SN z 10 maja 2000 r., III CKN 845/00, LEX 1222322.

22 J. Ignatowicz J. Pietrzykowski (red.) [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1993, s. 540; zob. też K. Piasecki, *Stosunki między dziadkami i wnukami*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1971, nr 16.

23 J. Ignatowicz [w:] J. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny...*, s. 540.

24 Por. T. J. Hill, *What's a Grandparent to Do? Legal Status of Grandparents in the Extended Family*, „Journal of Family Issues” 2001, nr 5, s. 594–618, <https://www.doi.org/10.1177/019251301022005004>.

rozpad rodziny²⁵. Przykładem jest stan Georgia, w którym kontakt ten jest możliwy, jedynie gdy nastąpił rozkład rodziny pełnej, w związku z normatywnym wyłączeniem który stanowi, że sekcja normująca prawo dziadków nie upoważnia do działania, gdy rodzice małoletniego dziecka nie są rozdzieleni, a dziecko mieszka z obojgiem z nich²⁶.

Z kolei Alabama, należąca do grupy stanów mających restrykcyjne prawo wobec dziadków, wskazuje poza powyższymi warunkami również na tzw. *harm standard* wymagający wykazania szkody psychicznej czy emocjonalnej, w przypadku gdy nie orzeczono kontaktu dziadków z wnukiem. Tylko nieliczne ze stanów miały lub mają obecnie regulacje pozwalające dochodzić wspomnianej powyżej kwestii, uzależniając to jedynie od spełnienia warunku dobra dziecka (*best interest*)²⁷.

Uwagi te nawiązują do poczynionego wcześniej komentarza, dotyczącego przesłanek orzekania o kontaktach z innymi osobami, których orzekanie winno być oparte na dobru dziecka, z jednej strony aż – a więc zezwalając na te kontakty tylko o tyle, o ile są one dobre dla dziecka, z drugiej zaś – tylko, albowiem nie należy dopuszczać do dodatkowego obwarowania innymi przesłankami, jak te wskazane na przykładzie różnych stanów. Natomiast całkowicie odmiennie ma się w zestawieniu prawnoporównawczym status prawny włoskich dziadków. Otóż dzięki reformie, która weszła w życie w 2014 r.²⁸, przyznano uprawnienie dziadkom do utrzymywania znaczących relacji z wnukami, obok odpowiadającego mu z kolei prawa dzieci do utrzymywania znaczących relacji z krewnymi²⁹.

Właśnie w kontekście szczególnej relacji dziadków z wnukami, ale także związku, jaki istnieje pomiędzy rozstaniem rodziców a kontaktami dziecka z ich rodzicami, należy przytoczyć badania z 2018 r., które miały miejsce we Włoszech³⁰. Kraj ten wydaje się właściwym względem polskiej rzeczywistości odnośnikiem, zważywszy na wyjątkowo rodzinny styl wychowywania dzieci i wielopokoleniowy tryb zamieszkiwania rodzin, a także podobne wartości tradycyjne i chrześcijańskie. Z publikacji jasno wynika, co nie jest znacznym zaskoczeniem, że po rozwodzie wnuczka mają mniej intensywne i gorsze jakościowo kontakty ze swoimi dziadkami. Wynika to z ustaleń dotyczących miejsca zamieszkiwania dzieci, a co się z tym wiąże, roli „strażnika”, którą przybiera rodzic, z którym dzieci te zamieszkują. Natomiast dzieci mające częste kontakty z rodzicem, z którym nie mieszkają, otrzymują też więcej opieki ze strony dziadków niż dzieci mające ustalone kontakty z takim rodzicem jedynie raz w tygodniu lub rzadziej. Rozwód czy rozstanie rodziców co do zasady osłabia

25 Por. szerzej R.H. Kauffman, *Bleeding grandparent visitation rights*, „The Florida Bar Journal” 2012, t. 86, nr 8, s. 42–47.

26 Kodeks Stanu Georgia, tytuł 19, rozdział 9, sekcja 3 (O.C.G.A. § 19–7–3): *This subsection shall not authorize an original action when the parents of the minor child are not separated and the child is living with both parents. authorize an original action when the parents of the minor child are not separated and the child is living with both parents.*

27 Por. szerzej J. Zajączkowska-Burtowy, *Kontakty z dzieckiem...*, Warszawa 2020, s. 86.

28 Ustawa (dekret ustawodawczy) z 28 grudnia 2013 r., opublikowana 8 stycznia 2014 r., weszła w życie 7 lutego 2014 r., na skutek której zmieniony został art. 317 bis Codice civile z 16 marca 1942 r. (GU n. 79 del 4-4-1942).

29 Por. też art. 315 bis, art. 317 bis oraz art. 337 ter Codice civile.

30 M. Albertini, M. Tosi, *Grandparenting After Parental Divorce: The Association Between Non-Resident Parent – Child Meetings and Grandparenting in Italy*, „European Journal Ageing” 2018, nr 15, s. 277–286, <https://doi.org/10.1007/s10433-018-0478-z>. Jak sami autorzy piszą, przykład Włoch w kontekście kontaktów dziadków z wnukami jest tak istotny, gdyż dotyczy to społeczeństwa, w którym opieka zapewniana przez dziadków odgrywa kluczową rolę w wychowywaniu szczególnie tych mniejszych dzieci i gdzie nadal rozwód i separacja rodziców jest stosunkowo rzadszym zjawiskiem.

relację dziadków z wnukami – szczególnie stanowi to niemal regułę w odniesieniu do dziadków ojcowskich. Jednakże zasadniczo stwierdzić należy, że relacja dziadków z wnukami jest mniej intensywna, gdy następuje zakończenie związku rodziców. Ze względu na to, że szczególnie młodsze dzieci mają bardzo ograniczoną kontrolę co do własnych kontaktów z dziadkami, gdy rozwód ma miejsce, ich relacja z dużym prawdopodobieństwem będzie wyznaczona przez relację, jaką mają z rodzicami, przy czym negatywny efekt pogarsza się, gdy rodzic wiąże się z nowym partnerem³¹. Ponadto z badań wynika, że stosunki rodzica z dzieckiem stanowią bezpośrednie przełożenie na stosunki tego dziecka z rodzicami tegoż rodzica; działa to na zasadzie wzajemności, a więc o ile to na ogół ojciec ma mniej intensywną relację z dziećmi po rozwodzie, odzwierciedlona ona zostaje w pogorszeniu tej relacji z dziadkami ze strony ojca. Natomiast rodzic, z którym dziecko zamieszkuje (na ogół matka) ma bliższą więź z dziećmi i to również przekłada się na dużo częstsze kontakty, a często wręcz i na współwychowywanie przez dziadków macierzystych³².

Mając na względzie przytoczone wnioski z badań, widać, że rola rodzica, z którym dziecko „pozostało” po rozwodzie, jest większa, niżby się mogło wydawać. Otóż nie tylko rodzic ten może utrudnić kontakty dziecka z drugim rodzicem, ale może także odegrać znaczącą rolę w podtrzymaniu więzi dziecka z dziadkami (o ile będzie mieć taką wolę) lub może przejąć rolę „strażnika”, sprawując kontrolę nad spotkaniami z byłymi teściami. Podsumowując ten wątek, należy sformułować dość oczywisty wniosek, który jednak przekłada się mimowolnie na dziecko, iż rodzic, z którym ono zamieszkuje, o ile ma mniej konfliktową relację z byłym małżonkiem lub partnerem, nie tylko ułatwia kontakty z tym rodzicem, ale i kontakty z dziadkami z jego strony. W tym miejscu jawi się powracająca konkluzja o wciąż przedmiotowym traktowaniu dzieci: tracą one ubogacające kontakty z dziadkami, dlatego że nie mają wpływu ani narzędzi, aby ich się domagać.

4. Roszczenie wynikające z przysługującego prawa do kontaktów

Przeprowadzając analizę sytuacji prawnej rodziny i dziecka w odniesieniu do instytucji kontaktów, należy przyjąć założenie, iż moment rozstania rodziców aktualizuje roszczenie związane z tą instytucją. Oznacza to, że dopóki rodzina jest pełna, mówić można o uśpionym roszczeniu do kontaktów; natomiast w przypadku rodziny niepełnej roszczenie to ożywa na wzór obowiązku alimentacyjnego, który aktualizuje się zasadniczo po rozpadzie rodziny³³. Owo uśpione roszczenie dotyczące prawa i obowiązku kontaktów aktualizuje się nie tylko wobec rodziców, ale także przyjąć trzeba, że roszczenie to przysługuje dziecku. Sytuacje takie będą miały miejsce przy rozwodzie, separacji, unieważnieniu małżeństwa oraz w każdym innym przypadku rozstania rodziców – w tym rozstania faktycznego małżonków lub zakończenia związku konkubenckiego.

31 Tamże, s. 278.

32 Tamże, s. 279.

33 Por. szerzej J. Zajączkowska-Burtowy, *Kontakty z dzieckiem...*, s. 331.

Na marginesie rozważyć należy, czy jeszcze w ramach rodziny pełnej nie przysługuje dziecku prawo do kontaktów z innymi niż rodzice osobami. Choć zasadniczo instytucja kontaktów znajduje zastosowanie w przypadkach wymienionych powyżej, to nie można wykluczyć sytuacji, gdy pomimo braku rozstania rodziców, kontakty te są dziecku przez nich utrudniane. Wówczas rozważyć należy dopuszczenie możliwości dochodzenia przez dziecko kontaktów z innymi niż rodzice osobami, w szczególności z dziadkami. W sytuacji gdy rodzice lub też jeden z rodziców wychowujący dziecko sprzeciwiają się takim kontaktom, dziadkowie mają możliwość na podstawie art. 113⁶ k.r.o. dochodzenia prawa kontaktów z wnukami. Sąd wówczas ze szczególnym uwzględnieniem dobra dziecka oceni zasadność złożonego wniosku, ustalając bądź nie, takie kontakty. Pytanie jednak, czy dziecko to ma adekwatnie odpowiadające prawu dziadków prawo kontaktów i jeśli tak, to w jaki sposób może go dochodzić, a następnie egzekwować.

W pierwszej kolejności bowiem rozważyć należy, czy sformułowanie, iż dziadkom, a także innym osobom enumeratywnie wymienionym w art. 113⁶ k.r.o. przysługuje odpowiednie prawo i obowiązek kontaktów również odnosi się do samego dziecka. W postulowanych odnośnie do omawianego przepisu zmianach proponowano jedynie, aby doprecyzować ten przepis poprzez dodanie sformułowania: gdy tego wymaga dobro dziecka³⁴. W tym kontekście wydaje się, iż nadal jest to przesłanka ocenna z perspektywy dorosłego. Nie stanowi ona bowiem o jego roszczeniu ani o jego prawie do kontaktów.

Natomiast w stanie prawnym, w którym brakuje instytucji umożliwiających realizację danego prawa przez dziecko, przesłanka dobra dziecka działa z pewnością na jego korzyść. Nawet jeśli postrzegać ją jako wyłącznie generalną klauzulę, to przyznać należy, iż ułatwia ona ocenę należytego rozstrzygnięcia, uwzględniając sytuację dziecka. Niestety w dalszym ciągu nie jest to wystarczające narzędzie przyznające dziecku w jakimkolwiek stopniu większe uprawnienie czy też możliwość podejmowania czynności. Klauzula dobra dziecka – bez względu na fakt, czy została by literalnie zawarta w przepisie – i tak jest nadrzędną przesłanką decyzyjną w sprawach dotyczących osoby dziecka.

Dlatego też brak zawarcia jej w art. 113⁶ k.r.o. nie ma *de facto* wpływu na praktykę orzeczniczą, która ustali kontakty dziecka z innymi osobami zawsze wtedy, gdy kontakty te będą w zgodzie z dobrem dziecka i przeciwnie, nie ustali ich wówczas, gdy będą dobru temu zagrażać lub je naruszać. W tym względzie należałoby się zatem zastanowić, czy nie trzeba by przyjąć, iż orzeczenie takie – tj. nieustalające kontaktów z innymi niż rodzice osobami z katalogu zawartego w art. 113⁶ k.r.o., winno być oparte na podobnych przesłankach do tych, jakie są zawarte w art. 113³ k.r.o. Przepis ten, co prawda, wskazuje na zakaz utrzymywania kontaktów, jeśli poważnie zagraża to dobru dziecka lub je narusza, jednakże czy nie dopiero w takich sytuacjach należałoby nie dopuścić do kontaktów wnucząt z dziadkami? Interpretacja tych dwóch wspomnianych przesłanek wskazuje, że są to najbardziej poważne uchybienia po stronie rodzica, które nie pozwalają, aby ten spotykał się z dzieckiem. Z orzecznictwa wynika, że są to w szczególności przypadki demoralizującego wpływu

34 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*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 266.

na dziecko, przestępczego środowiska, w którym przebywa rodzic, uzależnienia od narkotyków, alkoholu, przemocy itp.

Jakkolwiek nie zostało wyrażone, iż przyczyna taka musiałaby leżeć wyłącznie po stronie rodzica i wynikać z jego złej postawy, to jednak trudne do wyobrażenia jest orzeczenie zakazu kontaktów w wyniku niechętniej czy nawet lękliwej postawy dziecka. Możliwe jest wówczas orzeczenie ograniczające takie kontakty, nawet do wąskiego zakresu ich form. Tymczasem w przypadku odmowy ustalenia kontaktów pomiędzy dzieckiem a innymi niż rodzice osobami sytuacja może być odmienna od opisanej. Otóż niekoniecznie przesłankami naruszającymi dobro dziecka lub zagrażającymi mu będą naganne postępowania po stronie zabiegających o ustalenie kontaktów osób. Zgodnie z wykładnią art. 113⁶ k.r.o. wystarczy bowiem, że ustalenie takich kontaktów nie będzie w zgodzie z dobrem dziecka. Oznacza to, że wcale nie musi powodować to naruszeń czy zagrożeń dla tego dobra, lecz jedynie, że nie będzie wystarczająco korzystne dla dziecka. Wychodząc od takiej konkluzji, wydaje się, że wytyczne dotyczące przyczyn pozwalających na nieustalenie kontaktów są dużo szerszej zakreślone niż te związane z zakazem kontaktów. Dużo łatwiej będzie bowiem oddalić wniosek o ustalenie kontaktów tylko na tej podstawie, że nie jest on niezbędny dla dobra dziecka w porównaniu z zagrożeniem temu dobrem.

Z drugiej strony, gdyby natomiast stosować pomocniczo przesłanki z art. 113³ k.r.o. dla oceny zgodności z dobrem dziecka zakresu podmiotowego z art. 113⁶ k.r.o., wówczas okazać by się mogło, iż katalog osób mogących ustalić kontakty byłby zbyt szeroki dla osoby dziecka. Jeśli bowiem w wyniku rozstania rodziców, a w konsekwencji następczego konfliktu z dalszą rodziną – dziadkowie oraz wujkowie czy kuzyni wystąpiliby o ustalenie kontaktów z dzieckiem, to kierując się nie samą zgodnością z dobrem dziecka tych kontaktów, lecz badając potencjalne naruszenie dobra dziecka, sąd mógłby ustalić kontakty ze zbyt szeroko zakreśloną grupą osób. Tymczasem wątpliwe jest, aby taka regulacja była w istocie zgodna z dobrem małoletniego, przecięzonego w efekcie spotkaniami z bliskimi. Dlatego też rozpatrywanie prawa tych osób z perspektywy jedynie zgodności z tym dobrem stanowi być może zbyt słabe zabezpieczenie. Dlatego też wydaje się, że istotną przesłanką, ułatwiającą ocenę takiego dobra, z pewnością będzie ocena dotychczasowej relacji dziecka z tą osobą. Jeśli bowiem okazałoby się, że przed rozpadem rodziny wnuczka miała silną więź z dziadkiem, to oczywiste będzie, że brak kontynuacji tej relacji poprzez nieustalenie takich kontaktów (nawet podczas trwania kontaktów z ojcem dziecka) byłoby niezgodne z jej dobrem.

Takie kontakty dziecka z innymi osobami ułatwiają oderwanie dziecka od „głównego” konfliktu, a więc tego pomiędzy rodzicami. Nawet jeśli zostaje on rozciągnięty na kolejne bliskie osoby, w efekcie tego, że rodzic, będąc skonfliktowany z byłym małżonkiem lub partnerem, przybiera wrogą postawę względem nie tylko niego, ale i jego rodziców czy rodzeństwa, to dzięki tak zakreślonej perspektywie dziecka sąd będzie mógł podtrzymać te cenne dla dziecka relacje. Ważąc bowiem dobro dziecka i oceniając kontakty z innymi osobami, jak np. dziadkami, sąd będzie władny zneutralizować konflikt pomiędzy krewnymi i powinowatymi, jeśli istniała więź z wnukami i orzec takie kontakty. Przede wszystkim z uszczerbkiem dla ich dobra byłoby zaprzestanie utrzymywania tej relacji. Jeśli chodzi zwłaszcza o dziadków, ich znaczenie w Polsce jest wyjątkowe, również w porównaniu

z innymi osobami bliskimi dziecku, gdyż co do zasady to dziadkowie pełnią obok rodziców rolę wychowawczą i wpływają na rozwój poczucia wartości wnuków.

Dzieci, które spędzają z dziadkami dużo czasu, doceniają ich cierpliwość, doznają opiekę, wspólną zabawę, na którą rodzice często nie mają czasu³⁵. W ocenie J. Haberko sytuacja osób starszych (w szczególności dziadków dziecka) stanowi jedynie refleks pewnych uprawnień przyznanych rodzicom dziecka i ma na celu ochronę dobra dziecka, a nie dbanie o interes dziadków³⁶. Przyjmując analizę z takiej perspektywy (tj. dobra dziecka) nie ma obaw, iż orzekanie o kontaktach dziecka z osobami z art. 113⁶ k.r.o. mogłoby się odbyć ze względu na ich interes, a nie jako efekt ochrony dobra dziecka.

5. Udział dziecka w postępowaniu

Celem pełnego omówienia prawa dziecka do kontaktów oraz możliwości jego realizacji, niezbędne jest odniesienie się pokrótce do problematyki statusu dziecka jako uczestnika postępowania. Otóż istotne jest, że dotyczy to takich zagadnień jak zdolność sądowa dziecka, zdolność procesowa, zdolność postulacyjna, a także przesłanki konieczne do uzyskania statusu uczestnika, a więc kwestie interesu prawnego czy wreszcie legitymacji procesowej. Nie sposób w niniejszej publikacji rozstrzygać o kwalifikacji dziecka jako uczestnika postępowania oraz słuszności zróżnicowanych i niejednorodnych rozstrzygnięć w tej materii, jednakże warto na potrzeby kontynuacji rozważań przytoczyć spostrzeżenia doktryny w tej mierze.

Uczestnikiem postępowania może być każdy zainteresowany w sprawie, o ile weźmie w niej udział (art. 510 § 1 k.p.c.). Zgodnie z tą normą dziecko jest zatem uczestnikiem postępowania w sprawie o kontakty. Jeśli zaś chodzi o zdolność procesową, to zdolność do czynności procesowych mają osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych, natomiast osoba pozostająca pod władzą rodzicielską ma zdolność do podejmowania czynności w postępowaniu dotyczącym jej osoby, chyba że nie ma zdolności do czynności prawnych (art. 573 § 1 k.p.c.). Tymczasem nie mają zdolności do czynności prawnych osoby, które nie ukończyły lat 13 oraz osoby ubezwłasnowolnione całkowicie (art. 12 k.c.), a *contrario* więc dziecko, które ukończyło 13 lat i ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych, ma zdolność procesową w sprawach, które dotyczą jego osoby, a zatem może osobiście i samodzielnie dokonywać czynności procesowych.

Z powyższych przepisów wynika, że zgodnie z założeniem ustawodawcy przekroczenie wymienionej granicy wieku pozostaje w ścisłym związku z osiągnięciem takiego stopnia rozwoju, który umożliwi dziecku współdecydowanie w postępowaniu dotyczącym jego spraw, a zatem uznanie dziecka za mające „wystarczające rozeznanie” może być na gruncie prawa polskiego utożsamiane (jako reguła nie bez wyjątków) z ukończeniem 13. roku życia³⁷.

35 J.K. Wawrzyniak, *Opiekunczo-wychowawcza rola dziadków w rodzinie*, „Pedagogika Rodziny” 2011, nr 2, s. 96.

36 J. Haberko, *Dziadkowie-wnuki, osobista więź prawnorodzinna i relacja prawnospadkowa*, „Ruch Prawniczy Socjologiczny i Ekonomiczny” 2012, nr 3, s. 156.

37 A. Ryng, R. Zegadło, *Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci a prawo polskie*, „Rodzina i Prawo” 2007, nr 1(4), s. 44.

Choć przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, iż możliwy jest udział dziecka w postępowaniu o kontakty na prawach uczestnika postępowania, to praktyka nie respektuje tego prawa – w sądach rodzinnych odmawia się dzieciom, które ukończyły 13 lat prawa uczestnictwa w postępowaniu³⁸. Wskazuje się, że wynika to z ekonomiki procesowej³⁹ – w uzasadnieniu Sądu Najwyższego wskazano, że uznanie małoletniego za uczestnika postępowania przed sądem opiekuńczym rodziłoby konieczność „wciągnięcia do udziału w tych sprawach ogromnej liczby kuratorów, czyniłoby z tego postępowania instrument ciężki i kosztowny społecznie przy minimalnym efekcie, jeśli chodzi o podniesienie poziomu rozstrzygania tych spraw”⁴⁰. Tak przyjęte stanowisko uzasadniane jest również potrzebą ochrony dobra dziecka, jednakże, jak się słusznie zauważa, art. 573 § 2 k.p.c. dopuszcza możliwość ograniczenia lub pozbawienia osobistego udziału małoletniego w postępowaniu, jeśli przemawiają za tym względy wychowawcze, mimo to przepis ten nie pozbawia przecież dziecka prawa do uczestniczenia w postępowaniu, a wspomnianemu wyłączeniu lub ograniczeniu podlega jedynie osobisty udział dziecka w postępowaniu⁴¹.

Przytoczone stanowisko Sądu Najwyższego jest niespójne z tymi instytucjami, co do których normy, ich wykładnia, jak i praktyka, są zgodne i w sprawach tych faktycznie realizowany jest względem dziecka jego status uczestnika. Są to przede wszystkim sprawy o przysposobienie, do których potrzebna jest zgoda przysposobianego, który ukończył 13 lat, zaś w przypadku, gdy przysposobiany nie ukończył lat 13 – sąd powinien go wysłuchać (art. 118 § 2 k.r.o.). Przy czym, jak się wskazuje, polski ustawodawca w art. 118 § 1 k.r.o. przyznał dziecku uprawnienie dalej idące, niż wymagały tego standardy międzynarodowe (zgody dziecka nie wymagała bowiem ani europejska konwencja o przysposobieniu dzieci z 1967 r., ani Konwencja o prawach dziecka)⁴². Ta ostatnia – podobnie jak europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci – stanowi jedynie o wysłuchaniu, konsultowaniu, wzięciu pod uwagę opinii dziecka, nie ustanawia jednak uprawnienia materialnoprawnego, od którego zależałaby ważność adopcji; dopiero zaś Konwencja z 2008 r. zawiera wymaganie zgody dziecka, które osiągnęło wiek gwarantujący wystarczające rozeznanie (art. 5 ust. 1b), oraz konsultowania dziecka, którego zgoda nie jest wymagana (art. 6)⁴³. Dodatkowo sąd wzywa na rozprawę przysposabiającego (a więc małoletnie dziecko) oraz osoby, których zgoda na przysposobienie jest potrzebna.

Abstrahując od nieadekwatności formy i sposobu uzyskiwania takiej zgody od dziecka, która to czynność zupełnie nie została przystosowana do potrzeb małoletniego uczestnika postępowania i z pominięciem jego perspektywy, nie spełnia ona nawet wymogów pełnej informacji, którą powinno otrzymać dziecko i to w sposób zrozumiały.

38 J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 33.

39 J. Ślyk, *Aspekty prawne wysłuchania dziecka w postępowaniu cywilnym*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2015 t. 14, nr 4, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/463> [dostęp: 31.12.2020].

40 Uchwała SN Izby Cywilnej z 26 stycznia 1973 r., sygn. III CZP 101/71, OSNCP 1973, nr 7–8, poz. 118.

41 J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw...*, s. 34.

42 R. Zegadło [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, LEX.

43 Tamże.

Kolejnym rodzajem spraw opiekuńczych uwzględniających podmiotowość dziecka są sprawy o nadanie nazwiska ojca dziecku pozamałżeńskiemu. Do zmiany nazwiska dziecka, które w chwili uznania już ukończyło 13 lat, potrzebna jest jego zgoda (art. 89 § 1 k.r.o.). Przy czym dotyczy to zarówno postępowania o ustalenie ojcostwa, jak i postępowania w trybie ustawy o zmianie imienia i nazwiska, zaś w braku zgody dziecka pozostaje ono przy swoim dotychczasowym nazwisku⁴⁴. Ustawodawca zatem, można stwierdzić – uzależnia orzeczenie od zgody dziecka. Natomiast, jeżeli ojcostwa nie ustalono, dziecko nosi nazwisko matki (art. 89 § 3 k.r.o.). Przepisu tego nie uzupełniono dodatkowym zastrzeżeniem, uzależniającym skuteczność nadania nazwiska matki od osobistej zgody dziecka, które osiągnęło już odpowiednią granicę wiekową (np. również 13 lat), co należy uznać za przeoczenie⁴⁵.

Wreszcie ostatnia z grup spraw opiekuńczych, co do których nie trzeba rozstrzygać sporów dotyczących udziału ani uczestnictwa małoletniego w sprawie, to udzielenie zezwolenia na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła 16 lat. Co istotne, sprawy takie wszczynane są wyłącznie na wniosek osoby zamierzającej zawrzeć związek małżeński, a więc osoby małoletniej, w tym przypadku nie ma więc wątpliwości co do jej zdolności procesowej. Jak się wskazuje, zdolność procesowa małoletniej kobiety wynika z art. 573 § 1, natomiast zdolności sądowej osoby częściowo ubezwłasnowolnionej trzeba upatrywać w art. 561 § 2 w zw. z art. 65 § 2 k.p.c. i art. 12 § 1 k.r.o.⁴⁶. Należy dodatkowo zwrócić uwagę, iż wyłączona została możliwość złożenia omawianego wniosku przez przedstawiciela ustawowego, zwłaszcza wobec dysponowania przez nupturientkę „własną”, specjalną zdolnością sądową, wniosek taki zaś, jeśli został złożony przez osobę nieuprawnioną, podlega – wobec braku legitymacji – oddaleniu⁴⁷.

We wszystkich wymienionych powyżej sprawach zarówno orzecznictwo, jak i doktryna, przyznają dzieciom zgodnie status uczestnika – przepisy wymieniają je wyraźnie jako osoby biorące udział w postępowaniu⁴⁸.

W pozostałych sprawach nieprocesowych status dziecka nie jest jednoznaczny, choć w kodeksie postępowania cywilnego przyjęto założenie, że zdolność postulacyjna przysługuje wszystkim podmiotom mającym zdolność procesową, co oznacza, że zdolność samodzielnego i osobistego dokonywania czynności procesowych może mieć także osoba fizyczna ograniczona w zdolności do czynności prawnych, w tym dziecko, o ile posiada zdolność procesową⁴⁹. Natomiast zasadnicza różnica pomiędzy realizacją takiej zdolności przez dorosłego a przez dziecko polega na ograniczonej zdolności postulacyjnej z przyczyn natury faktycznej, wynikającej z niezajomości prawa i praktyki sądowej oraz zasadniczo słabszej pozycji procesowej, wynikającej również z jego poziomu intelektualnego, wieku i doświadczenia życiowego, co skłania do wysunięcia wniosku *de lege ferenda* o ustanowienie dla

44 Tamże.

45 J. Strzebińczyk [w:] T. Smyczyński (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 366–367.

46 J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, LEX.

47 Tamże.

48 A. Ryng, R. Zegadło, *Europejska Konwencja...*, s. 45.

49 J. Bodio, *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, LEX.

dziecka będącego uczestnikiem postępowania nieprocesowego adwokata lub radcy prawnego z urzędu, nawet bez wniosku małoletniego⁵⁰.

Ze wspomnianych przyczyn, m.in. w piśmiennictwie, wskazuje się na potrzebę interwencji ustawodawczej lub zintensyfikowania działań szkoleniowych mających usunąć rozdźwięk pomiędzy prawem a praktyką, szczególnie w sprawach takich jak te dotyczące kontaktów z dzieckiem⁵¹ lub też wprowadzenie przepisu, który przyznawałby dziecku *explicite* status uczestnika postępowania nieprocesowego⁵². Wydaje się, że nie ma przeszkód – skoro małoletnia dziewczyna ma przyznaną „własną” zdolność sądową i co więcej, wyłącznie ona jest władna złożyć wniosek w swej sprawie – aby taka sama osoba nie mogła wnieść o ustalenie kontaktów.

6. Dziecko w postępowaniu – standardy międzynarodowe

Dla zyskania pełniejszej perspektywy należy „udać się” w niniejszych rozważaniach do pobliskich ustawodawstw sąsiadujących państw, które po wprowadzeniu granic wiekowych zapewniają w określonym stopniu udział dziecka w postępowaniu.

Przykład Szwecji pokazuje, że pozycja dziecka w postępowaniu w istocie uzależniona jest od jego wieku – z ukończeniem 15. roku życia dziecko ma bowiem prawo dosłownie „procesować się” w sądzie⁵³. Oznacza to, że ma ono prawo nie tylko prezentować swój pogląd, ale również powoływać dowody, argumentować w sprawie, a także odwoływać się od orzeczenia, a ponadto może udzielić pełnomocnictwa do reprezentacji adwokatowi. Co więcej, wyrażane przez dzieci poglądy znajdują się również w pisemnych uzasadnieniach sądów.

Natomiast młodsze dzieci powinny mieć możliwość bycia wysłuchanym w sądzie, jeśli nie będzie to ze szkodą dla nich, jednakże nie mają możliwości prowadzenia sporu. W tym przypadku, podobnie jak to czyni polskie prawo, znaczenie ma stopień dojrzałości dziecka, a więc ocenia się zarówno jego rozwój psychofizyczny, jak i emocjonalny, ale także zdolność do koncentracji, poziom świadomości czy językowe kompetencje.

Problem związany ze zróżnicowaniem stopnia udziału dziecka w postępowaniu polega na trudności zbalansowania ochrony i partycypacji jego osoby. Z jednej strony wskazuje się, że prawo dziecka do bycia chronionym powinno być priorytetem, z drugiej zaś, że udział dziecka w postępowaniu jest formą jego ochrony, gdyż udział ten może polepszyć jego pewność siebie i poczucie własnej wartości⁵⁴.

Stopień zaangażowania dziecka w sprawę, która dotyczy jego osoby, może być opisany na pięciu różnych poziomach: po pierwsze dziecko jest wysłuchiwane, po drugie wspierane w wyrażaniu swoich poglądów, po trzecie poglądy dziecka są brane pod uwagę, po czwarte

50 Por. szerzej – tamże.

51 Zob. J. Ignaczewski, *Komentarz do spraw...*, s. 35, J. Bodio, *Status dziecka...*, LEX.

52 Tamże.

53 E. Hultman, S. Hojer, M. Larsson, *Age Limits for Participation in Child Protection Court Proceedings in Sweden*, „Child & Family Social Work” 2020, t. 25, nr 2, s. 1, <https://doi.org/10.1111/cfs.12686>.

54 Tamże, s. 2.

dzieci są zaangażowane w proces podejmowania decyzji i wreszcie dzielą władzę i odpowiedzialność za podejmowanie decyzji⁵⁵.

Z kolei w Finlandii, gdzie dzieci wraz z ukończeniem 12. roku życia mają prawo do bycia wysłuchanym oraz brania ich poglądów pod uwagę, wskazano, że w większości spraw dzieci faktycznie brały udział w sprawach sądowych, a wypowiedzi dzieci w wieku 14–17 lat pojawiały się w treściach wyroków⁵⁶.

Czeski Trybunał Konstytucyjny⁵⁷, rozpatrujący prawo do wysłuchania dziecka, wskazał, że dlatego instytucja ta jest tak istotna, że daje dziecku pewność, iż jest ono ważną częścią postępowania, które go dotyczy, a nie jedynie pasywnym obserwatorem oczekującym wyniku. Stwierdzono również, że nawet dzieci tak małe jak siedmio-, ośmiolatki są w stanie sformułować i wyrazić swoje własne opinie, a nawet decyzje⁵⁸.

Najważniejszy jednak dla prezentowanych w niniejszej pracy rozwiązań jest przykład funkcjonujący w Anglii i Walii. Poza standardem związanym z wysłuchaniem dziecka przewidziana została możliwość ustanowienia dziecka stroną postępowania – wówczas reprezentację w sądzie zwykle zapewni dziecku kurator, który następnie będzie mógł instruować adwokata dla dziecka, co poprzedza z kolei wyznaczenie pracownika agencji rządowej Cafcass (instytucji oferującej usługi poradnictwa sądowego i wsparcia dzieci i rodziny), ewentualnie w jego miejsce zaangażowana zostaje charytatywna organizacja zrzeszająca adwokatów dziecięcych (NYAS)⁵⁹. Adwokat wskazany przez kuratora reprezentuje dziecko zgodnie z wytycznymi tego kuratora. Jednakże w przypadku sprzeczności z tymi formułowanymi przez dziecko – adwokat ma obowiązek prowadzić postępowanie zgodnie z wytycznymi tego drugiego (*de facto* więc swojego klienta). Stanie się tak zwłaszcza wtedy, gdy dziecko nie będzie miało wyznaczonego kuratora lub gdy sąd wyrazi zgodę na udział dziecka w postępowaniu bez kuratora.

Reprezentacja dziecka przez adwokata nie stanowi wyłącznego elementu udziału dziecka w postępowaniu, albowiem bywa również dopuszczana partycypacja samego dziecka w przewodzie sądowym. O ile dziecko ma wystarczające zrozumienie i chęć aby uczestniczyć w istotnej rozprawie lub przesłuchaniu, mogącemu mieć wpływ na jego przyszłość – powinno zostać dopuszczone, jeśli nie ma wyraźnych przeciwwskazań uzasadniających odmowę. Wówczas jednak spotkanie dziecka z sędzią mogłoby stanowić właściwą alternatywę. Kiedy orzekano w sprawie *City Council v T, J and K (by her children's guardian)*, dotyczącej 13-letniej dziewczynki, co do której sąd wyraził zgodę na udział w rozprawie, rozważania w zakresie tej decyzji były następujące: wskazano, że dobro dziecka i prawa dziecka mają większe znaczenie dla potencjalnej korzyści z większego zaangażowania dziecka które chce być obecne w momencie, gdy ważne decyzje dotyczące jego przyszłości są podejmowane. Nie można dłużej przyjmować, że obecność w sądzie jest szkodliwa:

55 Tamże, s. 3.

56 Tamże.

57 Decyzje nr II US 1945/2008, II US 3765/2011.

58 M. Janočková, D. Ulehlová, N. Vavříčková, *The Right of a Child to be Heard and its Influence on Court Decisions in Family Law Matters*, [w:] *Themis Competition Semi-final B – International Judicial Cooperation in Civil Matters – European Family Law*, Brussels 2017, s. 5, <http://www.ejtn.eu/Documents/Team%20Czech%20Republic1%20semi%20final%20B.pdf> [dostęp: 31.12.2020].

59 J. Mitchell, *Children Act Private Law Proceedings. A Handbook*, LexisNexis, Bristol 2012, s. 93–97.

a jeśli tak jest, to należy w pierwszej kolejności zastanowić się nad zaadaptowaniem sądowych procedur, tak aby spotkały się z potrzebami dziecka, zanim zdecyduje się dziecko to z postępowania wyłączyć. Również dzieci nie powinny musieć udowadniać, że ich udział w postępowaniu je dotyczącym jest w ich interesie⁶⁰.

Jeszcze wyraźniejszy przykład stanowi instytucja niezależnego prawnika dziecięcego (*independent children's lawyer*, ICL) w Australii. Akt prawa rodzinnego z 1975 r. w sekcji 68L pkt 4 ppkt b stanowi, że sąd może zarządzić jego ustanowienie z własnej inicjatywy lub na wniosek samego dziecka. Wytyczne dla niezależnego prawnika dziecięcego z 2013 r. w pkt 5 wskazują, że dziecko ma prawo do ustanowienia profesjonalnej relacji z prawnikiem. Oddaje to dość powszechne rozumienie klienta w odniesieniu również do małoletniego dziecka, jednocześnie, co istotne, prawem dziecka jest również niewyrażanie swojego stanowiska czy opinii⁶¹.

Jeśli natomiast chodzi o samą instytucję brytyjskiego adwokata dla dziecka – bardzo istotna jest charytatywna, ogólnokrajowa organizacja adwokacka: The National Youth Advocacy Services (NYAS)⁶². To w jej ramach możliwe jest po pierwsze nawiązanie przez dziecko łączności z adwokatem i zwrócenie się przez nie o pomoc prawną, a także zapewnienie mu tzw. adwokackich wizyt mieszkaniowych (*residential visiting advocacy*). Ostatnia z możliwości – a więc regularne wizyty w miejscu zamieszkania dziecka – mają na celu faktyczne nawiązanie więzi z dzieckiem poprzez wspieranie go, umożliwianie mu dzielenia się swoimi poglądami, życzeniami, ale także uczuciami, rozwiązywanie problemów i umożliwianie mu udziału w podejmowaniu decyzji, które mają bezpośredni wpływ na życie dziecka. W celu „dotarcia” przez dziecko do takiego adwokata na stronie organizacji udostępniony jest telefon, adres e-mail, a także przy okazji przekierowanie na stronę dedykowaną problemom dziecięcym (nie tylko prawnym). Portal zatytułowany: Childline⁶³ również umożliwia rozmowę telefoniczną, czat z pracownikiem lub wypowiedź na forum rówieśników opisujących tożsame problemy albo napisanie listu do osoby zwanej Sam, która odpowie na każde zapytanie dziecka. Choć pod postacią Sama kryje się cała rzesza pracowników organizacji, dla dziecka nawiązanie przyjacielskiej relacji z jedną, konkretną osobą może mieć przeważające znaczenie (szczególnie w przypadku występowania przemocy domowej lub innych nadużyć względem dziecka). Strona jest bardzo czytelna, kolorowa i dzięki jej prostemu geometrycznemu układowi pozwala dziecku z łatwością się po niej poruszać. Za jej pośrednictwem dziecko również może osiągnąć cel w postaci zrealizowania dla siebie pomocy prawnej mogącej zapewnić mu realizację jego prawa np. do kontaktów.

Z pewnością prawo dziecka nie stanowi i nie powinno stanowić jedynie postulatu. Opisane przykłady w sposób praktyczny ukazują możliwość połączenia ochrony dobra dziecka w postępowaniu i uznania jego podmiotowości, a co za tym idzie jego godności. Roszczenie z niego płynące znajduje swój wyraz, gdy dziecko w istocie zaczyna dochodzić swych praw.

60 Wypowiedź sędziego Petera Jacksona w sprawie [2011] EWHC 1082 (Fam.), cyt. za tamże, s. 102.

61 J. Zajązkowska-Burtowy, *Kontakty z dzieckiem...*, s. 196.

62 National Youth Advocacy Service, <https://www.nyas.net/about-us/> [dostęp: 8.04.2020].

63 Childline, <https://www.childline.org.uk/get-support> [dostęp: 8.04.2020].

7. Wysłuchanie dziecka w sprawie o kontakty

Remedium na problem pomijania podmiotowości dziecka w postępowaniu cywilnym miało być wprowadzenie i poszerzenie zakresu stosowania instytucji wysłuchania dziecka. Wraz z nowelizacją kodeksu postępowania cywilnego, przeprowadzoną w 2008 r., sformułowano wymóg wysłuchania dziecka zarówno w postępowaniu procesowym (art. 216¹ k.p.c.), jak i w nieprocesowym (art. 576 § 2 k.p.c.). Oba przepisy wskazują na przesłanki wysłuchania dziecka, do których należy rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości. Zgodnie z treścią wymienionych przepisów sąd powinien uwzględnić rozsądne życzenia dziecka. Życzenia te mają być doraźne, związane z wysłuchaniem, a nie odnosić się do przebiegu postępowania sądowego czy wyniku sprawy⁶⁴. Jeśli tylko dziecko jest w stanie sprecyzować swoje potrzeby, odczucia czy już wyartykułowane życzenia, to trzeba dać mu szansę wpłynięcia samemu na swój los, mając jednak przy tym na uwadze, że dziecko bardzo różnie postrzega rzeczywistość, w zależności od wieku⁶⁵. Również z tych względów w doktrynie pojawiły się obawy co do ryzyka zmniejszenia ochrony dobra dziecka wskutek korzystania w sposób bezpośredni (zamiast pośredni, tj. przy pomocy biegłych psychologów) z wprowadzonej instytucji⁶⁶. Jednakże nie wydaje się, aby takie obawy, które powinny w istocie uczulić na potrzebę bardziej „miękkiego” podejścia do małoletniego, powinny być argumentem za odsunięciem dziecka od procesu decyzyjnego. Szczególnie że udział ten może zagwarantować mu zasięgnięcie obiektywnej informacji o tym, czego tak naprawdę postępowanie to dotyczy, jakie ma prawa i czego może oczekiwać po jego zakończeniu. To właśnie ta instytucja jako jedyna w postępowaniach dotyczących kontaktów z dzieckiem oraz innych dotyczących istotnych spraw dziecka (które przecież są istotne jak sama nazwa wskazuje, lecz nie jedynie dla rodziców dziecka, ale dla niego samego i to jego przyszłości dotyczą) stanowi realizację postulatu o uwzględnianiu podmiotowości dziecka w postępowaniu sądowym.

Mając jednak na względzie szczególną osobę dziecka, istotne jest należyte przygotowanie zarówno dziecka, jak i organów wymiaru sprawiedliwości do właściwego przeprowadzenia takiego wysłuchania. Wskazać na przykład należy, że pytania zadawane małoletniemu powinny być postawione w taki sposób, aby to sędzia mógł sam wywnioskować z wypowiedzi dziecka o tym, gdzie się ono dobrze czuje czy z kim się chętniej bawi, gdyż najważniejsze jest, aby dziecko jak najwięcej od siebie powiedziało o własnych życzeniach; nie można dopuścić, aby pytania sędziego implikowały odpowiedzi⁶⁷. Ostatecznie ma to być, jak sama nazwa wskazuje, „wysłuchanie”.

Dlatego też należy ponownie pokreślić, iż wysłuchanie dziecka w sprawie o kontakty (również w szerszym aspekcie jako element postępowania rozwodowego) powinno być prowadzone przez sędziego, który będzie w tym celu specjalnie przeszkolony, po to, aby wiedzieć, w jaki sposób należy nie tylko formułować pytania, ale jak się zachowywać względem dziecka (przyjaźnie, łagodnie). Brak takich kwalifikacji czy też predyspozycji,

64 J. Zajączkowska, *Głos dziecka na wokandzie – o instytucji wysłuchania małoletniego*, „Palestra” 2013, nr 58 (7–8), s. 56–67.

65 Tamże.

66 Tak m.in. W. Stojanowska, B. Czech, A. Czereudercka i in.

67 Tamże.

wynikający nieraz z samej tylko osobowości sędziego, może powodować, że zadanie to zostanie scedowane zewnętrznemu specjalście, co jednak sprawi, że sąd nie będzie miał możliwości bezpośredniej oceny i „dotarcia” do dziecka dzięki wzajemnej interakcji podczas spotkania i rozmowy. Tymczasem taka była właśnie intencja ustawodawcy, który posłużył się sformułowaniem „sąd wysłucha dziecko”, ponadto wniosek taki płynie również z uregulowanego sposobu prowadzenia tego wysłuchania, tj. poza salą posiedzeń, co byłoby bezprzedmiotowe, gdyby miało dotyczyć bieglego⁶⁸.

Wartości prowadzonego przez sędziego wysłuchania nie umniejsza jednak możliwość przygotowania dziecka przez psychologa lub kuratora, który wyjaśni mu cel wysłuchania i pozytywne aspekty wypływającej z tego ochrony jego osoby. Instytucja wysłuchania dziecka powinna bowiem również pełnić zdecydowanie funkcję informacyjną, również stanowiącą gwarant dla uznania godności dziecka, którego dotyczy to postępowanie.

W powinności wysłuchania dziecka upatruje się gwarancję procesową, która zapewnia mu podmiotowość w postępowaniu nieprocesowym. Nie zawsze jednak praktyka sądowa realizuje to uprawnienie i niesłusznie rezygnuje z wysłuchania dziecka nawet w tych sprawach, które dotyczą jego istotnych interesów życiowych⁶⁹. Pomimo niewypowiedzenia wprost przesłanki dobra dziecka w przepisach art. 216¹ k.p.c. i art. 576 § 2 k.p.c. oczywiste jest, że nie można dopuścić, poprzez wprowadzenie instytucji wysłuchania małoletniego, do włączenia dziecka w konflikt, jaki istnieje pomiędzy jego rodzicami⁷⁰.

Należy jednak oddać, iż jeszcze przed wspomnianą nowelizacją Sąd Najwyższy w postanowieniu z 15 grudnia 1998 r. stwierdził, iż „przy uwzględnieniu stopnia dojrzałości małoletniego oraz charakteru sprawy opiekuńczej właściwy sąd powinien zapoznać się ze stanowiskiem tego małoletniego mając na względzie jego dobro”⁷¹. Jednakże, jak zauważono w doktrynie, pominięte zostało, że z art. 573 § 1 k.p.c. wynika nie tylko prawo dziecka do bycia wysłuchanym, ale przede wszystkim zdolność dziecka do podejmowania czynności procesowych dotyczących jego osoby; Sąd Najwyższy pominął, że gdyby rozstrzygnięcie to zapadło w postępowaniu opiekuńczym, to jego przedmiot nie należałby do żadnej z kategorii spraw, w których Sąd Najwyższy w poprzedzających orzeczeniach odmówił dziecku statusu uczestnika postępowania – było to bowiem rozstrzygnięcie o kontaktach ojca z dzieckiem, a to, nie ulega wątpliwości, jest sprawą dotyczącą osoby dziecka w rozumieniu art. 573 § 1 k.p.c.⁷².

Bardzo istotny nacisk na wysłuchanie dziecka położył Sąd Najwyższy we wspomnianej już uchwale z dnia 3 maja 1979 r. na rzecz odmowy przyznania małoletniemu statusu uczestnika postępowania przed sądem opiekuńczym. Jako gwarancja jego udziału w tym postępowaniu wskazana została możliwość wysłuchania dziecka, dopuszczalna również na gruncie przepisów obowiązujących w chwili wydawania tego orzeczenia⁷³. Sąd Najwyższy uznał, że „odmowa przyznania dziecku praw uczestnika postępowania nie stanowi przeszkody

68 J. Styk, *Aspekty prawne wysłuchania...*, s. 21.

69 J. Bódio, *Status dziecka...*, LEX.

70 J. Zajączkowska, *Głos dziecka na wokandy...*, s. 56–67.

71 Postanowienie SN z 15 grudnia 1998 r., I CKN 1122/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 119.

72 A. Ryng, R. Zegadło, *Europejska Konwencja...*, s. 45–46.

73 J. Styk, *Aspekty prawne wysłuchania...*, s. 12.

w wysłuchaniu go przez sąd (art. 574 k.p.c.), przy czym sąd powinien zrezygnować z tego uprawnienia tylko w wyjątkowych wypadkach, gdyby wysłuchanie to nie było celowe”.

Warto pokrótce przytoczyć badania aktowe, przeprowadzone w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, który w 2015 r. wydał raport na podstawie blisko 200 przeanalizowanych spraw nadesłanych z 59 wydziałów sądów (w tym 11 okręgowych)⁷⁴. Najwięcej spraw, w których doszło do wysłuchania dziecka, miało miejsce w sprawach o kontakty (blisko połowa spraw – 46,7%), następnie w sprawach o rozwód, w których prawdopodobnie również dochodziło do ustalania kontaktów (26,6%) oraz w innych sprawach związanych z dzieckiem, jak ustalenie jego miejsca zamieszkania, pobytu etc. Badania aktowe dowodzą, że w przeważającej mierze wysłuchanie dzieci było przeprowadzone przez sądy z urzędu (151 spraw – 82%). W 36 przypadkach wysłuchanie zostało przeprowadzone na wniosek ojców (19 spraw – 10,3%), matek (14 spraw – 7,4%) lub innych osób (babcie – 3 przypadki – 1,6%)⁷⁵.

Najistotniejsze jednak w kontekście poczynionych dotychczas rozważań są wysnute przez autora badań wnioski. Otóż po pierwsze, w wielu badanych sprawach wysłuchanie wniosło także nowe istotne ustalenia na temat stanu faktycznego w sprawie (139 spraw, co stanowi 75,5%). Zaledwie w 13 badanych sprawach (7,1% spraw) stwierdzono, że wysłuchanie niewiele wniosło, zaś jedynie w trzech przypadkach (1,6%) wysłuchanie oceniono jako całkowicie zbędne⁷⁶. Jeszcze istotniejsza konstatacja dotyczy zauważalnego wpływu wysłuchania dziecka na zawierane ugody lub cofnięcia wniosków. Okazało się bowiem, że w 20 sprawach (10,9%) wysłuchanie doprowadziło do porozumienia się zwaśnionych stron i zawarcia ugody, a w 11 sprawach (5,9%) na skutek wysłuchania wniosek został cofnięty. Świadomość stron, że sąd poznał zdanie dziecka, czyniła dalszy spór zbędnym⁷⁷. Jest to niezwykle cenne spostrzeżenie szczególnie w kontekście tak konfliktogennych spraw, jak te o kontakty z dzieckiem. Znaczenie wysłuchania dziecka dla wyniku sprawy i szybkości jej rozpoznania okazało się więc bardzo duże. Wyniki badania akt wskazały, w sposób niebudzący wątpliwości, że dowód z wysłuchania bezpośredniego dziecka (171 badanych spraw) miał zazwyczaj istotny wpływ na wynik sprawy i doprowadził, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, do uwzględnienia życzeń dziecka wyrażonych podczas wysłuchania w 80 sprawach (46,8%), częściowego uwzględnienia życzeń dziecka w 38 sprawach (22,2%)⁷⁸.

Według słusznej konstatacji autora badań – liczba wysłuchań jest niedostateczna. Z jednej strony wielu sędziów podchodzi z dużą rezerwą do wysłuchania dziecka, uważając, że bezpośredni kontakt z nim jest zastrzeżony dla psychologów, pedagogów lub nawet kuratorów sądowych. Z drugiej strony mała popularność wysłuchań dzieci przez sądy wynika przede wszystkim z faktu, że znaczna część sędziów uważa, iż tzw. wysłuchanie pośrednie zgodne jest z wymaganiami art. 216¹ oraz art. 576 § 2 k.p.c. W tym kontekście niepokojące

74 M.M. Cieśliński, *Praktyka sądowa w zakresie wysłuchiwanie małoletnich w postępowaniach cywilnych w kontekście idei przyjaznego wysłuchiwanie dziecka. Raport z badania*, IWS, Warszawa 2015.

75 Tamże, s. 23.

76 Tamże, s. 17.

77 Tamże, s. 28.

78 Tamże, s. 29.

są praktyki sądów, które w ogóle nie stosują obowiązującego prawa⁷⁹. Część przesłanych akt spraw, w których nie dokonano w ogóle wysłuchania dzieci, ma o tyle znaczenie, że w sprawach tych istniała możliwość (a nawet było to wskazane) wysłuchania dziecka, lecz sąd tego nie uczynił.

Odnosząc tę instytucję do uwag poczynionych wcześniej, zwrócić uwagę należy, że samo wysłuchanie, jako czynność procesowa sądu, nie skutkuje nabyciem przez osoby wysłuchiwanie statusu uczestnika postępowania nieprocesowego, pomimo iż jego wysłuchanie zwiększa szanse ustalenia w sposób właściwy okoliczności faktycznych sprawy, a w konsekwencji ułatwia wydanie orzeczenia⁸⁰. Oznacza to, że wysłuchanie dziecka nie przesądza więc, że uzyskuje ono status uczestnika. Z drugiej strony brak przyznania dziecku statusu uczestnika postępowania nieprocesowego nie wyklucza jego wysłuchania⁸¹. Zatem wysłuchanie dziecka ani nie wyklucza, ani nie dowodzi jego przynależności do kręgu uczestników postępowania; zasada wynikająca z art. 576 § 2 k.p.c. ma bowiem zastosowanie we wszystkich sprawach opiekuńczych, bez względu na to, czy w konkretnej sprawie dziecku przyznany został status uczestnika postępowania, czy też nie⁸².

Mając tę ostatnią myśl na uwadze, a także utrwaloną praktykę sądów, jeśli wysłuchanie dziecka stanowi obecnie jedyną formę wpłynięcia przez dziecko na jego własne prawa, zwłaszcza związane z ustaleniem kontaktów z innymi osobami, jak dziadkowie, to należy umożliwić dziecku wypowiedzenie się co do jego sprawy. Alternatywnym rozwiązaniem jest uznanie, że to rodzice wyłącznie decydują o sprawach dziecka, wówczas w istocie należy pozostawić to w gestii ich władzy rodzicielskiej i elementu pieczy nad osobą dziecka. Natomiast jeśli jednak przyznajemy dziecku prawo do kontaktów, uznajemy jego godność, to konsekwentnie należy umożliwić mu realizację tych praw.

8. Zabezpieczenie kontaktów z dzieckiem jako szczególny przykład potrzeby orzekania z perspektywy dziecka

Kolejna ważka kwestia dotyczy realizacji roszczenia związanego z zabezpieczeniem, albowiem wiąże się ona bezpośrednio z omówioną powyżej koniecznością wysłuchania dziecka przez sąd. Zastanowić się należy, czy skoro dziecko ma możliwość dysponowania prawem do kontaktów, to czy i jeśli tak, to jaki wpływ ma ono na postępowanie zabezpieczające. Jest to element wart przeanalizowania po pierwsze dlatego, że jest obecnie powszechnie wykorzystywany w sprawach dotyczących kontaktów z dzieckiem. Po drugie

79 M.M. Ciesliński, *Praktyka sądowa wysłuchiwanie małoletnich w postępowaniach cywilnych w kontekście idei przyjaznego wysłuchiwanie dziecka (komunikat o wynikach badania)*, „Prawo w Działaniu” 2015, s. 234, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Marcin-Cie%5C9Bli%5C84ski-Praktyka-s%5C4%85dowa-wys%5C82uchiwanie-ma%5C82oletnich-w-post%5C4%99powaniach-cywilnych-w-kontek%5C5Bcie-idei-przyjaznego-wys%5C82uchiwanie-dziecka-komunikat-o-wynikach-badania-221.pdf> [dostęp: 31.12.2020].

80 J. Bodio, *Status dziecka...*, LEX.

81 K. Borkowska, *Prawo dziecka do wypowiedzi a jego udział w postępowaniu cywilnym w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2011, nr 2, s. 32, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/438/306> [dostęp: 31.12.2020].

82 J. Bodio, *Status dziecka...*, LEX.

wynika to również z faktu, iż postępowanie zabezpieczające zyskało niejako przymiot samodzielności w zakresie celów i funkcji⁸³. Pojawiły się w doktrynie głosy sprzeciwiające się orzekaniu w takich sprawach w przypadku istniejącego pomiędzy rodzicami sporu wokół dziecka, a to ze względu na szczególną materię kontaktów z dzieckiem oraz niemożność szybkiego rozstrzygnięcia. Abstrahując od słuszności takich obaw, z pewnością sprawy te, również w kontekście instytucji zabezpieczenia należy traktować wyjątkowo indywidualnie. Niewątpliwie postępowanie zabezpieczające jest nastawione na aktywność ochrony prawnej, a nie jej pasywność, dlatego szczególnie np. w sprawach rozwodowych znaczenia nabiera cel zabezpieczania polegający na tymczasowym unormowaniu stosunków nie tylko między uprawnionym a obowiązującym, lecz także w zakres rozstrzygnięcia mogą być wciągnięte inne osoby, przede wszystkim dzieci stron, a także dzieci pozostające na wychowaniu stron⁸⁴. Jest to bardzo istotne, gdyż ochrona interesu małoletnich dzieci stanowi nadrzędny cel sprawy rodzinnej, a więc również sprawy o kontakty oraz ich zabezpieczenie.

Jeśli nie byłoby możliwe przesądzenie sporu na korzyść dobra dziecka w instrukcyjnym terminie 7 dni lub niezwłocznie – w konkretnej sprawie na takie rozstrzygnięcie będzie trzeba poczekać dłużej. Z pewnością taka sytuacja powinna mieć miejsce wówczas, gdy dziecko nie było dotychczas żyte z wnioskującą o kontakty z nim osobą i zadaniem sądu będzie dokonanie roztropnej, dogłębnej analizy. O ile takie zabezpieczenie jest wynikiem „niecierpliwości” dorosłych, o tyle ingerowanie w świat dziecka nie może odbywać się pochopnie. Dlatego też zawsze wtedy, gdy zabezpieczenie ma służyć kontynuacji wytworzonej już relacji, należałoby w istocie działać szybko, w przeciwnym jednak przypadku nie tylko nie ma takiej konieczności, ale sprzeciwiałaby się temu należyta realizacja zasady ochrony dobra dziecka. Zarówno bowiem analizując tę instytucję, jak i pozostałe przepisy poświęcone kontaktom z dzieckiem, należy mieć na względzie zarówno perspektywę małoletniego, jak i jego dobro, na samym zaś końcu ewentualną krzywdę dorosłego.

Zgodnie z powszechną praktyką „uczestnikiem postępowania w sprawie o zabezpieczenie kontaktów jest osoba, pod której pieczęą znajduje się małoletni, a nie sam małoletni. Wnioskodawcą może być nie tylko rodzic dziecka, ale i inni członkowie rodziny, np. dziadkowie. W przypadku zaś, gdy wniosek pochodzi od krewnych dziecka, uczestnikami postępowania są oboje rodzice osoby małoletniej”⁸⁵. Jak zatem wyraźnie wskazuje przytoczony cytat, a także znajomość praktyki sądowej – w istocie wniosek taki składany jest w przedmiocie ustalenia kontaktów z dzieckiem i tak też niestety przedmiotowo dziecko to jest w nim postrzegane.

Cechą charakterystyczną postępowania zabezpieczającego jest szybkość, nieosiągalna w postępowaniu jurysdykcyjnym ze względu na konieczność należytego rozpoznania sprawy. Szybkość w postępowaniu zabezpieczającym uzyskuje się m.in. dzięki temu, że rezygnuje się z merytorycznego badania zabezpieczanego roszczenia, zadowolając się jego uprawdopodobnieniem i jest ono możliwe tylko ze względu na założenie, iż

83 M.M. Cieślirski, *Postępowanie zabezpieczające w sprawach o rozwód*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 96.

84 Tamże, s. 106.

85 A. Cempura, A. Patryk, *Wniosek o udzielenie zabezpieczenia przez uregulowanie sposobu kontaktów z dzieckiem wraz z wnioskiem o zagrożenie nakazaniem zapłaty*, [Objaśnienie wzoru] LEX 2015.

w postępowaniu zabezpieczającym nie następuje definitywne rozstrzygnięcie o istnieniu zabezpieczanego roszczenia, a więc że orzeczenie ma tymczasowy charakter. Pierwszym krokiem dla jak najszybszego uregulowania sytuacji związanej z kontaktami z dzieckiem jest złożenie wniosku zabezpieczającego kontakty. Wskazuje się, że współczesne spory dotyczą kwestii, w których najmniejsze opóźnienie jest nie do zniesienia i występuje swoisty paradoks, polegający na tym, że w czasach, gdy wymiar sprawiedliwości staje się coraz powolniejszy, zachodzi konieczność szybkiego uzyskania ochrony sądowej⁸⁶. Warto odnieść wspomniane uwagi do spraw o kontakty, albowiem nie tylko obserwować można coraz większe ich utrudnianie w ciągu ostatnich lat, ale przede wszystkim należy podkreślać, jak takie sytuacje są dla dziecka szczególnie bolesne. Jeśli dziecko zostało w sposób nagły oddzielone od osoby, z którą czuło się silnie związane i nie ma możliwości kontynuowania i rozwijania tej więzi, jest to dla niego szczególnie dotkliwe, albowiem nie sposób zawsze wyjaśnić mu tego, co się wydarzyło. Z tych m.in. względów słusznie decyzją ustawodawcy, a wcześniej judykatury Sądu Najwyższego⁸⁷ ustanowiono podstawę do orzeczenia w przedmiocie zabezpieczenia kontaktów z dzieckiem (art. 756¹ k.p.c.).

Zasadniczo takie zabezpieczenie kontaktów przez sąd odbywa się po przeprowadzeniu rozprawy. Wynika to z faktu, iż również w tym przypadku przedmiotem postępowania zabezpieczającego w sprawie kontaktów z dzieckiem jest dobro dziecka, a zatem instytucja zabezpieczenia z tej perspektywy jest skutecznym instrumentem oddziaływania sądu opiekuńczego na pożądane postawy wychowawcze rodziców⁸⁸. Rozprawa stwarza okazję do wspólnego z rodzicami ustalenia kontaktów na czas trwania postępowania w sposób akceptowany przez obydwie strony z pełną świadomością, że jest to tylko rozstrzygnięcie tymczasowe⁸⁹.

W sprawach dotyczących kontaktów z dzieckiem sąd orzeka w przedmiocie zabezpieczenia po przeprowadzeniu rozprawy (art. 756¹ k.p.c.)⁹⁰, a odstępstwo od tej zasady jest możliwe jedynie w przypadkach niecierpiących zwłoki. Należy przeanalizować tę przesłankę, gdyż jest ona kluczowa dla stosowania tego przepisu. Otóż wydaje się, że wypadkami niecierpiącymi zwłoki w kontekście kontaktów z dzieckiem byłyby sytuacje przede wszystkim wymagające ingerencji sądu ze względu na dobro dziecka. Jeśli by tak było, to przesłanka ta powinna się odnosić do zagrożenia tego dobra.

Wykładnię tej przesłanki łączy się z przesłankami wskazywanymi w doktrynie (w związku z treścią art. 735 § 2 k.p.c.) jako uzasadniającymi zmianę składu orzekającego z trzech sędziów do jednego, a wcześniej także (w obowiązującym § 1) możliwości orzeczenia na posiedzeniu

86 J. Jagieła, *Tymczasowa ochrona prawna w postępowaniu cywilnym*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 5.

87 Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 8 marca 2006 r., III CZP 98/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 158 uznał, że przepis art. 113 § 1 k.r.o. nie wyłącza udzielenia na podstawie art. 755 § 1 k.p.c. zabezpieczenia przez zakazanie rodzicom niepozbawionym władzy rodzicielskiej osobistej styczności z dzieckiem. H. Pietrzkowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014, s. 585–586.

88 J. Ignaczewski, H. Ciepla, J. Skibińska-Adamowicz, *Komentarz do spraw rodzinnych*, LexisNexis, Warszawa 2014, LEX.

89 Tamże.

90 Zarówno przepis art. 756¹ k.p.c., jak i kolejny art. 756² zostały dodane ustawą zmieniającą kodeks postępowania cywilnego z dnia 16 września 2011 r. Wprowadza on regulę, że w sprawach dotyczących pieczy nad małoletnimi dziećmi (por. art. 579¹ oraz uwagi do niego) oraz kontaktów z dzieckiem (por. art. 582¹ i uwagi do tego przepisu) w przedmiocie zabezpieczenia sąd orzeka po przeprowadzeniu rozprawy.

niejawnym⁹¹. Możliwość udzielenia zabezpieczenia na posiedzeniu niejawnym wpisuje się w zasadę szybkości postępowania zabezpieczającego, ale jednocześnie stanowi ograniczenie kontrydiktoryjności, ponieważ do wydania postanowienia dochodzi bez wysłuchania drugiej strony⁹².

Analizując tę kwestię z perspektywy dziecka, należy zwrócić uwagę, że skoro wnioskującym jest w praktyce sądowej zawsze inna osoba niż dziecko, to tą drugą stroną, która nie zostanie wysłuchana, jest w pierwszej kolejności przedstawiciel ustawowy dziecka, ale przede wszystkim jednoznacznie uniemożliwia to wysłuchanie najbardziej „uczestniczącej” w tej sprawie osobie, tj. dziecka. O ile więc sąd zdecyduje się na podstawie omawianego art. 756¹ k.p.c. na zabezpieczenie kontaktów z dzieckiem, o tyle orzeczenie to zostanie wydane z pominięciem nie tylko udziału małoletniego, ale także możliwości wyrażenia przez niego swoich poglądów, gdyż jest to całkowicie uniemożliwione ze względu na cel i główną zasadę szybkości instytucji zabezpieczenia. Zgodnie z przytoczonymi na początku publikacji podstawami prawnymi pozostaje to w sprzeczności nie tylko z międzynarodowymi standardami, ale także z ochroną prawa dziecka do wypowiedzenia się w sprawie jego dotyczącej, którą gwarantuje mu Konstytucja. Wydaje się, że takie pominięcie prawa dziecka do wypowiedzenia się w sytuacji, gdy jest ono centralnym „przedmiotem” tego postępowania budzi sprzeciw.

Stąd należałoby opowiedzieć się za bardziej restrykcyjną interpretacją tego przepisu, która faktycznie dopuszczałaby udzielenie zabezpieczenia w sytuacji, gdy dobro dziecka wymagałoby podjęcia szybkiej ochrony. W związku z tym prawidłowe rozumienie przesłanki wypadku niecierpiącego zwłoki (określonej w art. 756¹ k.p.c.) powinno odnosić się do konieczności niezwłocznej reakcji sądu wobec zagrożenia dobra dziecka. Udzielenie zabezpieczenia w takich warunkach, tj. z pominięciem wysłuchania dziecka, na podstawie uprawdopodobnienia, a nie udowodnienia okoliczności przedstawionych we wniosku i przy założeniu szybkości jako jednej z naczelných zasad i idei instytucji zabezpieczania, może nastąpić jedynie w przypadku zagrożenia dobra dziecka, lecz postrzeganego z jego perspektywy. Oznacza to, że nie powinno dochodzić do sytuacji, kiedy to interes wnioskodawcy staje się decydujący. Tak więc argumentacja wskazywana ze strony ojców nie powinna stanowić argumentacji mającej przekonać sąd. Jakkolwiek oczywisty jest ból rozłąki i dla dorosłego zadaniem omawianych przepisów, instytucji kontaktów, a przede wszystkim sądu opiekuńczego, mającego stać na straży ochrony dobra dziecka, jest orzekanie uwzględniające praktycznie wyłącznie właśnie to dobro. Dlatego też w kontekście rozpatrywanego wniosku o zabezpieczenie sąd mógłby, jak się wydaje, rozpatrywać czy dobro to jest zagrożone np. przez odczuwalny brak i tęsknotę za ojcem lub dziadkiem.

Podsumowując powyższe rozważania, wydaje się, że skoro dziecku zostało przyznane prawo do kontaktów i ma ono możliwość jego realizacji, należy w sposób tożsamy zakwalifikować roszczenie dziecka wynikające z możliwości zabezpieczenia tych kontaktów,

91 Orzeczenie na posiedzeniu niejawnym obecnie zgodnie z art. 148 § 3 k.p.c. stało się w dużo większym stopniu możliwe przez co uchylone zostały pojedyncze przepisy dopuszczające orzeczenie na posiedzeniu niejawnym. Zob. art. 148 § 3 dodany przez art. 1 pkt 46 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r., o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw Dz.U. 2019, poz. 1469 zmieniającej nin. ustawę z dniem 21 sierpnia 2019 r.

92 A. Jakubecki [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, LEX.

szczególnie że to w odniesieniu do dziecka właśnie interpretować należy przesłankę sytuacji niecierpiącej zwłoki, analizując ją z perspektywy dobra dziecka.

9. Odformalizowanie postępowania sądowego

W kontekście prawa dziecka do realizacji przysługującego mu roszczenia należy zwrócić uwagę, iż trzeba tworzyć instrumenty porozumienia dzieci z dorosłymi w sposób przystępny dla dzieci. Dla dorosłych zasadniczo każdy przekaz będzie czytelny, nie każdy jednak będzie wystarczająco przystępny dla dziecka. Jako przykład służyć może porozumienie odnośnie do znaku w postaci wypuszczanych z okna papierowych samolotów, który dzieci mogą wysłać w czasie przebywania w zamknięciu w domu, gdzie dochodzi do przemocy⁹³. Ten bardzo prosty i stworzony na potrzeby konkretnej sytuacji przykład ma jedynie za zadanie ukazać nie tylko potrzebę, ale i umiejętność patrzenia na świat z perspektywy dziecka i ułatwia mu w ten sposób dotarcie do organów pomocy.

Podobnie warto przytoczyć bliższy omawianej problematyce przykład wzorowego wręcz zachowania angielskiego sędziego względem dziecka. Otóż w sprawie *Re (Rev1) [2017] EWHC 48* sędzia sądu rodzinnego wydał orzeczenie w formie listu do dziecka⁹⁴. Bardzo istotne jest przed omówieniem samej formy precedensowego rozstrzygnięcia zwrócenie uwagi, iż choć sprawa toczyła się z wniosku ojca dziecka przy udziale małoletniego (reprezentowanego przez adwokata) oraz jego matki i ojczyma, to pierwotny wniosek pochodził od samego dziecka, które skierowało go do sądu rodzinnego z prośbą o wyrażenie zgody na możliwość zamieszkania i w tym celu wyjazdu za granicę wraz z ojcem, z którym dotychczas miał jedynie ustalone w szerokim zakresie kontakty. Aspekt dopuszczenia wszczęcia z inicjatywy dziecka sprawy bezpośrednio go dotyczącej jest istotny w kontekście wspomnianych w świetle polskiej praktyki sądowej problemów przedmiotowego traktowania dziecka. Drugą istotną kwestią na kanwie przytoczonej sprawy to fakt niezależnej reprezentacji małoletniego przez adwokata. Otóż, jak wskazuje w uzasadnieniu sąd – 14-letni chłopiec po złożeniu wniosku w swojej sprawie otrzymał pomoc prawną, dzięki czemu mógł formułować względem adwokata instrukcje zgodne ze swoimi oczekiwaniami co do sprawy w sposób niezależny od opinii pracownika socjalnego (tzw. oficera *Cafcass*) oraz stanowisk ojca, matki i ojczyma. Po trzecie, niezwykle cenne okazało się umożliwienie dziecku wypowiedzenia się w sprawie, zademonstrowania sędziemu swojej perspektywy, a co za tym idzie realnego poczucia wpływu na swoją przyszłość. Sąd rozpatrywał, czy małoletni powinien zeznawać na rozprawie, czego sam się domagał, a przeciwko czemu oponowali częściowo pozostali uczestnicy, proponując, aby sędzia spotkał się z dzieckiem prywatnie. Ostatecznie jednak, m.in. ze względu na postawę małoletniego, sąd zdecydował, że małoletni powinien

93 Temat związany z trwającą w trakcie powstawania niniejszej publikacji epidemią COVID-19 i powstałym w związku z trwającą sytuacją inicjatywą dla ofiar przemocy domowej, w tym dzieci; zob. M. Goślińska, *Proszę zmienić mojego rodzica*, <https://tvn24.pl/magazyn-tvn24/prosze-zmienic-mojego-rodzica,267,4666> [dostęp: 15.04.2020].

94 Judgment the England and Wales Family Court form 26 July 2017, A (Letter to a Young Person), *Re (Rev1) [2017] EWHC 48*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCJ/2017/48.html> [dostęp: 8.01.2020].

zostać dopuszczony do zeznawania na rozprawie, co miało miejsce na samym jej początku, jednakże żadnej ze stron (a więc rodzicom) nie umożliwiono bezpośredniego uczestniczenia w przesłuchaniu dziecka. W ten sposób małoletni był usatysfakcjonowany, że mógł przedstawić swój punkt widzenia, a po opuszczeniu przez niego sali sąd przesłuchał matkę, ojczyma, ojca oraz pracownika socjalnego.

Wreszcie ostatni z elementów, dla których warto przytoczyć omawiane orzeczenie, to jego forma. Sędzia wyjaśnił, iż postanowił napisać uzasadnienie w formie listu do dziecka, gdyż to jego praw miała dotyczyć podejmowana przez sąd decyzja. Miało to niebagatelne znaczenie zważywszy na fakt, iż sąd nie orzekł zgodnie z żądaniem/prośbą dziecka, albowiem oddalił jego wniosek (poparty wnioskiem jego ojca oraz prezentowany przez adwokata małoletniego), aby ten mógł zamieszkać z ojcem i w tym celu wyprowadzić się z kraju. Niezwykle cenny jest fragment uzasadnienia, w którym sędzia zwraca się do dziecka i ocenia jego udział i dowody przedstawione w sprawie, wskazując, że był pod wrażeniem dojrzałości dziecka. Wskazał także, iż chłopiec jest w wieku, w którym jego poglądy niosą za sobą dużą wagę dla sądu i podlegały starannej ocenie również dlatego, że nikt poza dzieckiem nie jest w jego sytuacji, a więc również nikt inny nie może lepiej rozumieć i umieć, a także chcieć jej wyrazić. Takie bezpośrednie odniesienie się do dziecka przez sąd wydający decyzję co do jego przyszłości wydaje się nie tylko mieć duże znaczenie w danym momencie życia małoletniego, ale także ma wpływ na jego poczucie wartości w przyszłości.

Przedstawiona sprawa jest o tyle dojmująca, iż ostatecznie sąd oddalił wniosek dziecka, a zatem orzekł wbrew wyrażonej przez niego w sposób jasny woli. Nie pozostawił jednak dziecka z poczuciem „przegranej”, gdyż należycie wyjaśnił mu, dlaczego ocenił odmiennie od niego całą sytuację. Przede wszystkim sąd wskazał, że rozważając dowód z zeznań małoletniego, wydawało mu się, iż działa pod presją zaspokojenia oczekiwań jednego z rodziców, nie urażając przy tym drugiego. Sąd podkreślił, że szanuje pogląd dziecka, lecz nie odniósł wrażenia, iż przemawiała przez niego szczerza wola ponad poczucie lojalności wobec ojca i chęć zaspokojenia jego potrzeb, a nie własnych i udowodnienia mu, że go kocha. Ponieważ – jak podniósł sędzia – musi on rozważyć efekt każdej zmiany ustaleń i wszelkich szkód, które mogą z tego wyniknąć, a decyzja jego nie jest tą, której się spodziewał, to wie, że w przyszłości zrozumie, dlaczego orzeczenie o takiej treści zostało wydane. Tymczasem zaś sąd zaproponował, że jeśli małoletni miałby ochotę odpowiedzieć na ten list, to z pewnością jego adwokat dołoży wszelkich starań, aby jego list do niego dotarł (*sic!*).

Przykład ten może stanowić pewien wzór (nawet jeśli wydawać się może nieprzystający do polskiej rzeczywistości sądowej) postawy uwzględniającej osobę dziecka w postępowaniu, nie tylko poprzez zastosowanie formy adekwatnej do wieku uczestnika postępowania, ale także ze względu na umożliwienie dziecku ustosunkowania się do orzeczenia w jego sprawie. Faktem jest niekwestionowana odmiennność systemu anglosaskiego od kontynentalnego, jednakże współczesny łatwy dostęp do judykatury i doktryny pozwala na niejednokrotnie zasadne czerpanie inspiracji z przykładów zagranicznych (tym bardziej że istota pozostaje taka sama). Taki też był cel przytoczenia powyższego orzeczenia. Sposób sformułowania orzeczenia przez sąd w niniejszej sprawie miał na celu sprawić, aby dziecko poczuło się potraktowane nie jedynie podmiotowo, ale z należyłą godnością i szacunkiem, a także poważnym potraktowaniem jego zdania i uczuć. Taki sposób percepcji dziecka przez sąd,

a więc jako faktycznego uczestnika postępowania mógłby zostać przyjęty również na gruncie polskiego wymiaru sprawiedliwości, szczególnie w sprawach rodzinnych, takich jak sprawy o kontakty z dzieckiem.

10. Wnioski co do odformalizowania postępowań w sprawach dotyczących osoby dziecka

Zaprezentowane powyżej postępowanie powinno być przykładem – wcale niekoniecznie co do formy listownej – lecz sposobu potraktowania dziecka w postępowaniu, które dotyczy jego osoby. Przesłanie, jakie płynie z omówionego uzasadnienia, to przede wszystkim umniejszenie interesów wszystkich innych osób niż dziecko. W odniesieniu do polskiej rzeczywistości wystarczy przeanalizować orzecznictwo sądów rodzinnych w sprawach o kontakty, gdzie zasadniczo rozpatrywanym stanem faktycznym jest wzajemna niechęć pomiędzy rodzicami, a następnie okres oddzielenia dziecka od – zwykle – ojca, skutkujący syndromem alienacji, co w efekcie koncentruje uwagę na sytuacji ojców, a nie dzieci. Tymczasem, nie podważając rangi wskazanych aspektów, w istocie sprawa o kontakty z dzieckiem winna być analizowana właśnie z perspektywy dziecka. Należy poszukiwać argumentacji niemal wyłącznie od strony dziecka. Nie sposób zaprzeczyć cierpieniu rodzica w odniesieniu do utrudniania kontaktów, wcześniej zaś często drugiego z nich na skutek zdrady czy innych zachowań przeciwko tej rodzinie. Jednakże zawsze sąd rodzinny (a także rozwodowy działający jako opiekuńczy) ma stanowić, opierając się na dobru dziecka. Można zatem w tym kontekście zastanowić się, czy prawnie relewantne jest wskazywanie krzywdy dotykającej rodzica wskutek zbyt rzadkich spotkań z dzieckiem. Gdy tymczasem znacząca byłaby argumentacja wykazująca szkodę dla dobra dziecka, co dotyczy zarówno rodziców dziecka, jak i ich pełnomocników. Należy również uwagę tę odnieść do sądu, który nie tylko centralne (w zasadzie wyłączne) zainteresowanie powinien skupić na dobru dziecka, zgodnie ze swą funkcją, ale także dołożyć starań celem odformalizowania stosowanych instytucji i przyswojonych przekonań co do właściwości postępowania w sprawach z udziałem dzieci, czego idealnym wzorem wydaje się przytoczone orzeczenie. Wymaga to naturalnie nie tylko prowadzenia szkoleń w tym zakresie, ale przede wszystkim przemian systemowych dla poparcia takiej jak zaprezentowana postawy.

Również przykład asertywnego potraktowania sprawy przez samo dziecko wart był przytoczenia nie tylko ze względu na możliwość zainicjowania przez nie sprawy rodzinnej w sądzie. Dotyczy to także umożliwienia zabrania przez nie głosu w trakcie całego postępowania, które ze względu na nieraz wieloletni okres trwania sprawy jest obecne w życiu dzieci. Ma to szczególną doniosłość w obliczu sytuacji, gdy jeden z rodziców pozostał sam we wspólnym gospodarstwie domowym i wychowuje dzieci, przechodząc przez trudny dla siebie okres. Niedocenianymi, choć bardzo świadomymi świadkami są małoletnie dzieci, chcące również wyrazić opinie poprzez przedstawienie swego stanowiska. Nie można zapominać, że w dotychczasowym świecie dziecka (tj. sprzed momentu rozstania rodziców) ma ono naturalną możliwość zwrócenia się do nich, gdy jest smutne lub rozczarowane. W chwili ich rozstania to poczucie bezpieczeństwa znika, a dzieci nie mogą często ze względu na

pojawią się w to miejsce poczucie lojalności wyrazić swoich uczuć. Możliwość taką daje zwrócenie się do jedynej osoby mającej wpływ na kształtującą się sytuację, a więc sędziego. Oczywisty problem natomiast leży w należywym przygotowaniu przyszłych sędziów zarówno do rozmowy z dzieckiem w ramach instytucji wysłuchania dziecka, jak i właściwej oceny wszelkich dowodów związanych z uczestnictwem dziecka w postępowaniu. Dotyczy to zatem również umiejętności samodzielnej interpretacji przez sąd przedstawionych mu do „swobodnej oceny dowodów” (art. 233 k.p.c.) opinii biegłych, w szczególności OZSS (dawnych RODK)⁹⁵. Jakkolwiek bowiem istotne jest wskazywane powyżej umożliwienie dziecku wypowiedzenia się, czy również napisania listu do sądu bądź zadzwonienia do miejsca, gdzie zostanie ono z należytą powagą wysłuchane, należy mieć na względzie łatwość manipulacji dzieckiem. Nie tylko związane jest to z wiekiem małoletniego – jak się wydaje – im młodsze dziecko, tym bardziej jest ono podatne na manipulację, ale przede wszystkim dotyczy to bliskiej relacji dziecka z jednym z rodziców, które je bardzo dobrze zna. Co się z tym wiąże, nie można wykluczyć aktywnego udziału takiego rodzica w skutecznym wpływniu na dziecko, nastawianiu go, a w skrajnych przypadkach wręcz dyktowaniu mu np. wspomnianego listu. Celem zminimalizowania ryzyka fałszywego odbioru tak podanych treści przez dziecko należy zagwarantować odpowiednie przygotowanie psychologiczne sędziów albo dopuścić prowadzenie dowodów przy współudziale psychologa lub pedagoga dziecięcego.

W tym kontekście warto, celem inspiracji, odesłać do piśmiennictwa zagranicznego, w szczególności do książki zatytułowanej: „Drogi Sędzio – listy dzieci do sędziego”⁹⁶, pozycji, która zebrała i zredagowała 190 listów dzieci ukazujących dzięki prawdziwym przykładom, co dzieci naprawdę odczuwają w kontekście rozwodu ich rodziców, jak niejednokrotnie wiedzą, że są przez nich zmanipulowane i co najważniejsze, o ile mądrzejsze są dzieci, niż większość rodziców myśli. W przytoczonych listach znajdują się wypowiedzi dzieci odnośnie do obaw, ale także zdradzające realne problemy, które nie wydają się docierać do ich rodziców – jak np. naganny stosunek macochy lub nowej partnerki, czy żony ojca, z którą dziecko przebywa podczas weekendowych kontaktów, a która ujawnia swój negatywny stosunek względem dziecka, gdy tylko ojca nie ma. Inny z przykładów opisuje chłopca, który znajduje rozwiązanie problemu dzieci przechodzących przez rozwód rodziców. Postanawia on zostać dzieckiem, które będzie prawnikiem innych dzieci, gdyż w końcu, jak wskazuje, nikt inny nie słucha dzieci, więc może to zadziała. Z tych względów jest to pouczająca kompilacja i wydaje się obowiązkową lekturą nie tylko dla rodziców decydujących się na rozstanie, ale i dla organów wymiaru sprawiedliwości, szczególnie w kraju, gdzie nie traktuje się z należytą powagą praw dzieci i ich rozsądnego potencjału w przedstawieniu własnej perspektywy w sprawie takiej jak kontakty – jakkolwiek by patrzeć – z nim samym. Dlatego też umożliwienie skierowania takiego listu przez małoletniego do osoby decyzyjnej co do jego przyszłości może mieć nieocenioną wartość, o ile oczywiście będzie pochodziło od niego. Zebrane w książce listy stanowią akurat przykłady dzieci, które poczuły się w pewnym

95 Nabycie takich umiejętności (tzw. miękkich) przyszli sędziowie powinni mieć umożliwione m.in. w ramach przygotowania zawodowego na aplikacji sędziowskiej, obligatoryjnie zaś w panelu poświęconym orzekaniu w sprawach rodzinnych.

96 Ch. Hardwick, „Dear Judge” – *Children’s Letters to the Judge*, Palehorse Pub Inc., Texas 2013.

momencie zmęczone tym, że rodzice byli bardziej skoncentrowani na procesie sądowym niż byciu rodzicem i same w efekcie czuły się przegrany w sprawie, również przez bierną postawę, jaką kazano im przyjąć.

Przenosząc rozważania na polskie realia sądowe, biorąc za przykład rozwód pomiędzy rodzicami, którego powodem było opuszczenie przez męża i ojca wspólnego domu, konieczne jest uwzględnienie podmiotowości dzieci w sytuacji orzekania również o ich życiu i przyszłości. Uznanie tej podmiotowości powinno oznaczać również przyzwolenie na odczuwanie przez dzieci żalu i złości również po ich stronie, nie zaś, jak to jest przyjęte w polskim sądzie, tylko po stronie rozstających się rodziców. Bynajmniej nie oznacza to zgody na zerwanie więzi i brak obowiązku utrzymywania kontaktów pomiędzy dziećmi a niemieszającym z nimi rodzicem, jednakże całkowite pominięcie małoletnich w wieku np. 11 i 14 lat w aspekcie ich kontaktów z rodzicem pozbawia ich możliwości przedstawienia swojej perspektywy. Co zaś najważniejsze, pozbawia ich to również możliwości wyjaśnienia im – np. przez osobę decyzyjną w postaci sędziego lub też kuratora czy adwokata dziecka – sytuacji, w której się znalazły. Nieunikniona stronniczość rodziców, wpajanie dzieciom żalu (świadome czy też nie) sprawia, że dzieci te nie mają możliwości kierowania się własnymi odczuciami i nie mogą wyrazić własnego zdania.

Ponadto koncepcja, że to rodzic może przekazać to, co myśli dziecko, jest obarczona dużym ryzykiem nieprawdy i manipulacji, stąd nie powinno się w dalszym ciągu przyzwalać na taki przekaz płynący z sądów względem rodziców i ich pełnomocników (przykład fałszywych oskarżeń dotyczących molestowania dziecka tylko po to, aby wyeliminować rodzica z życia dziecka poprzez zakaz kontaktów⁹⁷). Co więcej, w praktyce sądowej dopuszcza się niestety dowody z nagrań wypowiedzi dzieci wykonane przez rodziców. Ma to szczególnie miejsce w sprawach o kontakty z dzieckiem. Po pierwsze należy wskazać, że są to czynności wyjątkowo uprzedmiotawiające dziecko. Nie sposób bez troski myśleć o takich nagraniach, do których po kilku latach mogłoby dotrzeć dziecko. Tworzenie takich dowodów przez obie toczące spór strony generuje również specyficzny styl i tok rozmowy zarówno ojca, jak i matki z dzieckiem – ewidentnie na potrzeby procesu. Po drugie zaś, gdyby sąd w większej mierze dopuścił dziecko do postępowania, wówczas mógłby pomijać dowody z nagrań wypowiedzi dziecka, które, jak się wydaje, naruszają w zbyt dużym stopniu godność takiego nagrywanego, bez wiedzy, dziecka. Czym innym natomiast będzie sytuacja, w której starsze po latach już dziecko uzyska dostęp do akt sprawy i do opinii sporządzonych przez biegłych lub treści wypowiedzianych przez siebie w ramach wysłuchania dziecka. Przedstawiona bowiem w danym czasie ocena ojca czy matki nie narusza jego godności w przeciwieństwie do nagrywania go bez jego wiedzy przez samych rodziców, a następnie przedkładania takich nagrań jako dowodów w sądzie, z którymi zapoznają się kolejne osoby (strony, pełnomocnicy, biegli, sędziowie wyższej instancji itd.).

W przytoczonym przykładzie z wokandy, standardowo najpierw jako zabezpieczenie, dochodzi do ustalenia kontaktów. W praktyce odbywa się to *de facto* poprzez narzucenie przez sąd dziecku w wieku 11 i 14 lat miejsca i sposobu spotkań z ojcem w orzeczeniu

⁹⁷ Zob. J. Zajączkowska, *Nietrudno pozbawić rodzica (ojca) kontaktów z dzieckiem*, „Rzeczpospolita” z 8.08.2017 r.

o kontaktach z dzieckiem (co nie znajduje przełożenia na relację wzajemną, tj. orzeczenia o kontaktach dziecka z rodzicem). Następnie zaś często po kilku latach sądowego sporu – dochodzi do ustalenia form kontaktów w wyznaczone przez strony (a więc matkę i ojca) dni i godziny. Pozostaje to niezależne od kwestii istniejącego również po stronie dziecka obowiązku kontaktów, który ma także za zadanie uświadomienie mu wagi takich kontaktów z drugim rodzicem oraz jego rodziną, a czasem wręcz przełamanie jego oporu. Podobnie, co wymaga szczególnego pokreślenia, jest to bez związku z orzeczeniem zgodnie z wolą małoletniego. Fakt, że dziecko będzie miało możliwość wypowiedzenia się w sprawie, która go bezpośrednio dotyczy i będzie miało w niej odczuwalny udział, nie przekłada się na treść wyroku. Jak odnotował Trybunał Konstytucyjny, art. 48 ust. 1 zd. 2 i art. 72 ust. 3 Konstytucji RP kojarzą nakaz podmiotowego traktowania dzieci oraz poszanowania praw dzieci z nakazem: „zapoznania się z opinią dziecka w jego własnych sprawach oraz uszanowania zajętego przez nie stanowiska w miarę możliwości i z uwzględnieniem stopnia jego dojrzałości, nie wymagają jednak, aby ze zdaniem tym wiązać jakiegokolwiek bezpośrednie skutki prawne”⁹⁸. Oznacza to, że ilekroć sąd doszedłby do przekonania, że dziecko nie było wystarczająco dojrzałe, aby móc ocenić należycie swoją sytuację prawną związaną z kontaktami lub że jego wypowiedzi były efektem manipulacji rodzica, z którym na co dzień zamieszkuje – nie warunkuje to w żaden sposób rozstrzygnięcia w sprawie. Sąd zawsze ma obowiązek kierowania się dobrem dziecka i to stanowi zasadniczą przesłankę szczególnie w takich sprawach jak o kontakty z dzieckiem. Nie może to jednak przesłaniać prawa do godności dzieci, które również powinno polegać w przypadku rozpatrywania sprawy dotyczącej osoby dziecka na równym (adekwatnie do wieku) traktowaniu jak dorosłego, którego dotyczyłoby takie postępowanie.

Bezspornie natomiast taki jawny sposób pominięcia dziecka w procesie decyzyjnym dotyczącym jego życia, przyszłości, czasu wolnego i sposobu jego spędzania w sposób bezpośredni narusza jego godność. Przyrodzona godność dziecka została potwierdzona w art. 30 Konstytucji, ale również w aktach prawa międzynarodowego, szczególnie tzw. konstytucji dzieci – Konwencji o prawach dziecka. To właśnie godność człowieka jest źródłem podmiotowości prawnej i nie jest uzależniona od wieku czy stanu umysłowego, gdyż to nie one decydują o człowieczeństwie⁹⁹. Obowiązek poszanowania i ochrony wyznacza zasadniczą treść obowiązków władz publicznych, wynikających z art. 30 Konstytucji RP. Dotyczy to każdej sfery funkcjonowania prawa; wspomniany obowiązek poszanowania odnosi się do sposobu postępowania wyłącznie władz publicznych, zarówno w wymiarze negatywnym (zakaz podejmowania jakichkolwiek działań, które mogłyby godność naruszać), jak i pozytywnym (nakaz podejmowania takich działań, które ochronią jednostkę przed naruszeniem czy ograniczeniem godności, zapewnienie minimum egzystencji, ale także stworzenie podstawy do samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie i czerpania ze stwarzanych przez nie propozycji)¹⁰⁰.

98 L. Bosek [w:] M. Safjan (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, Legalis.

99 T. Chauvin, *Godność człowieka jako źródło podmiotowości prawnej i granica władzy*, „Edukacja Prawnicza” 2019/2020, nr 1(175), s. 5–11, <https://www.edukacjaprawnicza.pl/download/EP11752019-2020.pdf> [dostęp: 31.12.2020].

100 L. Bosek [w:] M. Safjan (red.), *Konstytucja RP...*, Legalis.

Podsumowując, okoliczność, gdy sąd w zabezpieczeniu lub w orzeczeniu końcowym decyduje o tym, jak i z kim dziecko ma się spotykać czy utrzymywać w inny sposób kontakty, nie tylko pomija ustanowione w przepisach prawo do kontaktów po stronie dziecka, ale i wydaje się naruszać godność tego dziecka, jeśli decyzja ta podejmowana jest arbitralnie bez umożliwienia mu wypowiedzenia się, nawet jeśli sąd miałby nie wziąć pod uwagę opinii dziecka przy końcowym rozstrzygnięciu (np. uzasadniając to pozostawieniem dziecka pod wpływem rodzica).

Istotnym narzędziem mogącym pomóc dziecku w realizacji jego prawa do kontaktów byłoby umożliwienie mu zwrócenia się do sądu lub sędziego. Współczesny szeroki wachlarz środków komunikacji elektronicznej, którymi szczególnie posługują się młodsze pokolenia (co będzie z biegiem kolejnych lat stanowić współczynnik rosnący) – pozwala na zaproponowanie rozwiązania umożliwiającego skorzystanie z tego typu narzędzi. Tym samym wszelkie programy dostępne dla dzieci od wczesnych lat w telefonie czy tablecie lub komputerze mogłyby umożliwiać wystosowanie przez dziecko wiadomości (np. w formie wiadomości e-mail) przy okazji realizującej jego roszczenie. W ten sposób nie tylko istniałaby możliwość zainicjowania przez dziecko postępowania, ale również pozwoliłoby to w sytuacji trwającego już postępowania o kontakty z nim – wyrażenie przez dziecko swego zdania. Bez znaczenia przy tym jest okoliczność, czy dziecko takie chciałoby skorzystać z przysługującego mu prawa do wzięcia udziału w postępowaniu go dotyczącym, istotne jest to, że wiedziałoby o takiej możliwości. Wówczas dziecko, mając faktyczną moc sprawczą (inicjując postępowanie) lub wiedząc o możliwości wpłynięcia na toczące się postępowanie, nie tylko nie byłoby – ale również nie czułoby się – traktowane w sposób przedmiotowy.

W tym kontekście zaproponować należy takie narzędzia, które byłyby adekwatne i czytelne dla dziecka, a zatem w jak największym stopniu dostępne i odformalizowane. Nie można by zatem wymagać od dziecka złożenia pisma nawet na kształt pozwu. Funkcją takiej instytucji mógłby być przede wszystkim aspekt sygnalizacyjny, a więc wystarczyłaby krótka wiadomość skierowana przez dziecko do sądu, aby ten po odpowiedniej weryfikacji podjął czynności zmierzające do wszczęcia sprawy lub umożliwienia dziecku udziału w sprawie go dotyczącej. W tym celu należałoby wyasygnować m.in. specjalny adres mailowy, a także wszelkie inne platformy umożliwiające współcześnie nawiązanie łączności (Facebook, Messenger, WhatsApp, Skype itp.), które dostosowane byłyby do perspektywy dziecięcej.

W szczególności zaś warto byłoby stworzyć swego rodzaju telefon zaufania, który mógłby funkcjonować przy wydziałach rodzinnych sądów rejonowych lub też na szczeblu okręgowym, tak aby dziecko, dzwoniąc, było w stanie nawiązać łączność z kompetentną osobą, która nie tylko wysłuchałaby je, ale również umiała je zachęcić do wypowiedzi oraz uzyskała informację, jakie czynności należałoby podjąć¹⁰¹. Taki interwencyjny telefon nie musiałby funkcjonować w oderwaniu od innych czynności, a więc z perspektywy ekonomicznej nie obciążałby dodatkowo funduszy państwowych, a gwarantowałby w choć minimalnym stopniu dostęp dziecka do wymiaru sprawiedliwości. Wyobrazić sobie można, że takie

101 W tym miejscu można wskazać na przykład stworzonej przez władze Poznania inicjatywy Telefonu Serdeczności – usługi polegającej na udostępnieniu specjalnej linii telefonicznej, która umożliwia osobom starszym uzyskanie wsparcia – w tym przypadku w okresie pandemii.

dyżury ustalone byłyby pomiędzy kuratorami zawodowymi należącymi do zespołów kuratorskich w sądach i to z nimi, po wybraniu numeru telefonu, dziecko by się łączyło. Równoważnym środkiem może być także rozpowszechnienie informacji o udostępnieniu telefonów dla dzieci w rozmaitych organizacjach społecznych (jak np. Terenowy Komitet Ochrony Praw Dziecka), które w przypadku problemu o charakterze prawnym kierowałyby sprawę do właściwego wydziału rodzinnego sądu rejonowego. Zasadniczo jednak chodzi również o szerokie udostępnienie instytucji związanych z poradnictwem i pomocą psychologiczną czy pedagogiczną, tak aby dostęp do nich był umożliwiony również samemu dziecku, co jednak pomimo to powinno także obejmować upowszechnienie dostępności sądów.

W tym aspekcie należy zwrócić uwagę na nowe przepisy dotyczące tego, kto może być kuratorem dla małoletniego (tj. od 30 października 2019 r. jest to zasadniczo wyłącznie osoba w postaci profesjonalisty, a więc adwokata lub radcy prawnego). Treść art. 99¹ k.r.o. brzmi następująco: „Kuratorem reprezentującym dziecko może być ustanowiony adwokat lub radca prawny, który wykazuje szczególną znajomość spraw dotyczących dziecka, tego samego rodzaju lub rodzajowo odpowiadających sprawie, w której wymagana jest reprezentacja dziecka lub ukończył szkolenie dotyczące zasad reprezentacji dziecka, praw lub potrzeb dziecka”. Z jednej strony, co istotne w kontekście omawianych praw dziecka, kurator będący z zawodu prawnikiem ma być należycie przygotowany do nawiązania relacji z dzieckiem, w szczególności powinien być przeszkolony lub też doświadczony w kontaktach z małoletnimi. Z drugiej zaś strony, nowelizacja ta odbyła się z korzyścią dla postępowania w imieniu małoletnich, co także znalazłoby uzasadnienie dla skorzystania z tej instytucji celem umożliwienia dziecku kontaktów z tymi osobami. Przypomnieć należy, że w wielu krajach funkcjonuje urząd adwokata dla dziecka, co w sposób najpełniejszy zapewnia dziecku realizację jego interesów w postępowaniu. Skoro w polskim prawie pomimo wysuwanych już postulatów w tej materii nie został urząd ten utworzony, nie ma przeciwwskazań, aby wykorzystać do realizacji tej formułę kuratora-adwokata, dzięki czemu udałoby się urealnić faktyczne prawo kontaktów po stronie dziecka. Wydaje się, że upływ kilku miesięcy od wprowadzenia tej nowo ukształtowanej instytucji kuratora-adwokata dziecka stanowi wciąż właściwy moment do przystosowania jej do potrzeb dziecka po to, aby zagwarantować mu możliwość realizacji jego praw przy pełnej ochronie jego dobra.

11. Podsumowanie

Nie jest właściwe podejście, zgodnie z którym dziecko może i powinno wyrażać swoje myśli i potrzeby związane z jego prawem do kontaktów jedynie za pośrednictwem osoby dorosłej, w szczególności rodzica. Nie można zatem również dłużej uznawać za aktualny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 15 grudnia 1998 r., zgodnie z którym swoje stanowisko „małoletni wyraża bądź przed sądem, który go wysłuchuje, bądź przed biegłymi, którzy wydają opinię w sprawie”¹⁰².

102 Wyrok SN z 15 grudnia 1998 r., I CKN 1122/98.

W związku z tym, że sąd zasadniczo wyłącza osobisty udział dziecka albo też dziecko nie bierze udziału w postępowaniu, a zatem nie staje się uczestnikiem postępowania (art. 510 § 1 k.p.c.), szczególną wagę należy przywiązywać do kwestii reprezentacji dziecka. Skoro bowiem nie ma ono w obecnym stanie (nie tyle prawnym, co faktycznym) możliwości osobistej realizacji swego prawa, to instytucja jego reprezentacji jest kluczowa. W przypadku właściwej reprezentacji dziecka w dalszym ciągu mówić by można o pewnej samodzielności działania, o ile miałyby ono możliwość swego rodzaju instruowania reprezentującej go osoby, a co najmniej swobodnego dzielenia się z nim swoim stanowiskiem w sprawie. Najprostszym rozwiązaniem wydaje się zatem wykorzystanie istniejącej już instytucji łączącej w sobie funkcje kuratora i pełnomocnika, gwarantującej dziecku niezależną reprezentację w sprawie wraz należytą ochroną jego dobra.

Należy przyjąć, że ustawodawca jest racjonalny, a zatem, że nie ustanowił prawa do kontaktów, które byłoby nierealizowalne. Tym samym intencją jego było przyznanie i prawa, i co się z tym wiąże, roszczenia dziecka. Celem urealnienia tak określonego prawa do kontaktów należało zwrócić uwagę na mechanizmy i narzędzia pozwalające umożliwić dziecku nawiązanie łączności z wymiarem sprawiedliwości. Przy czym istotne jest wspomniane już wcześniej odformalizowanie procedury dotyczącej dziecka, co w szczególności dotyczy języka prawniczego, niezrozumiałego często nawet dla osób dorosłych niezwiązanych z dziedziną prawa.

Obecnie prawo dziecka do kontaktów przyjmuje zaledwie formę postulatu. Nie tylko dziecko nie ma możliwości uczestniczenia w postępowaniu go dotyczącym, ale także nie ma właściwej obiektywnej – a w zasadzie subiektywnej, spoglądając od strony dziecka – reprezentacji w sądzie. Co zaś najistotniejsze, nie ma ono zagwarantowanej możliwości wszczęcia takiego postępowania, a zatem rzeczywistego zrealizowania przyznanego mu prawa. Nie sposób zatem opisać przysługujące dziecku prawo do kontaktów wyrażone w art. 113 k.r.o. inaczej niż jako postulat. Tym bardziej zatem trudno byłoby przyznać takie roszczenie w przypadku osób z art. 113⁶, co do których szczególnie taka potrzeba roszczenia dziecka miałaby uzasadnienie np. względem rodzeństwa czy dziadków.

Podsumowując, należy stwierdzić, że prawo do kontaktów jest prawem, któremu przysługuje ochrona taka jak prawu podmiotowemu wraz z roszczeniem o jego realizację. Dopóki jednak dziecko nie ma możliwości realizacji swego roszczenia, jego prawo pozostaje postulatem. Za potrzebą umożliwienia dziecku dochodzenia roszczenia o kontakty przemawiają liczne doświadczenia państw zagranicznych, w szczególności sposoby wspierania dziecka przed sądami. W największej mierze jednak nadzieję należy pokładać w instytucjach dostępnych nie tylko w prawie krajowym, ale w praktyce sądowniczej. Te zaś jednoznacznie kierunkują wsparcie dziecka, jakie może ono otrzymać od kuratora dla małoletniego, wykorzystując do tego nowelizację kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przeprowadzoną w 2019 r.¹⁰³

¹⁰³ Ustawa z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2019 poz. 1146. Nowelizacja weszła w życie 30 października 2019 r.

Bibliografia

Literatura

- Albertini M., Tosi M., *Grandparenting After Parental Divorce: The Association Between Non-Resident Parent – Child Meetings and Grandparenting in Italy*, „European Journal Ageing” 2018, nr 15, s. 277–286, <https://doi.org/10.1007/s10433-018-0478-z>.
- Andrzejewski M., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Banaszak B., *Konstytucja RP. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, Legalis.
- Bodio J., *Status dziecka jako uczestnika postępowania nieprocesowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, LEX.
- Borkowska K., *Prawo dziecka do wypowiedzi a jego udział w postępowaniu cywilnym w sprawach rodzinnych i opiekuńczych*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2011, nr 2, s. 27–34, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/438/306> [dostęp: 31.12.2020].
- Burtowy M., Zajączkowska-Burtowy J., *Tożsamość dziecka w pieczy zastępczej (po 30 latach od uchwalenia Konwencji o prawach dziecka)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 1, s. 101–115.
- Cempura A., Patryk A., *Wniosek o udzielenie zabezpieczenia przez uregulowanie sposobu kontaktów z dzieckiem wraz z wnioskiem o zagrożenie nakazaniem zapłaty*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, LEX.
- Chauvin T., *Godność człowieka jako źródło podmiotowości prawnej i granica władzy*, „Edukacja Prawnicza” 2019/2020, nr 1(175), s. 5–11, <https://www.edukacjaprawnicza.pl/download/EP11752019-2020.pdf> [dostęp: 31.12.2020].
- Cieśliński M.M., *Postępowanie zabezpieczające w sprawach o rozwód*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Cieśliński M.M., *Praktyka sądowa wysłuchiwanie małoletnich w postępowaniach cywilnych w kontekście idei przyjaznego wysłuchiwanie dziecka (komunikat o wynikach badania)*, „Prawo w Działaniu” 1015, nr 24, s. 221–236, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Marcin-Cie%C5%9Bli%C5%84ski-Praktyka-s%C4%85dowa-wys%C5%82uchiwanie-ma%C5%82oletnich-w-post%C4%99powaniach-cywilnych-w-kontek%C5%9Bcie-idei-przyjaznego-wys%C5%82uchiwanie-dziecka-komunikat-o-wynikach-badania-221.pdf> [dostęp: 31.12.2020].
- Cieśliński M.M., *Praktyka sądowa w zakresie wysłuchiwanie małoletnich w postępowaniach cywilnych w kontekście idei przyjaznego wysłuchiwanie dziecka. Raport z badania*, Warszawa 2015.
- Długoszewska I., *Przesłanki oraz skutki ograniczenia pozbawienia władzy rodzicielskiej*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Erećński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, LEX.
- Hardwick Ch., „Dear Judge” – *Children’s Letters to the Judge*, Palehorse Pub Inc., Texas 2013.
- Hill T.J., *What’s a Grandparent to Do? Legal Status of Grandparents in the Extended Family*, „Journal of Family Issues” 2001, nr 5, s. 594–618, <https://www.doi.org/10.1177/0192513101022005004>.

- Holewińska-Łapińska E., *Glosa do uchwały SN z 14.06.1988 r., III CZP 42/88*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 2, s. 107–112.
- Hultman E., Hojer S., Larsson M., *Age Limits for Participation in Child Protection Court proceedings in Sweden*, „Child & Family Social Work” 2020, t. 25, nr 2, s. 304–312, <https://doi.org/10.1111/cfs.12686>.
- Ignaczewski J., *Komentarz do spraw o kontakty z dzieckiem*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Ignaczewski J., Ciepła H., Skibińska-Adamowicz J., *Komentarz do spraw rodzinnych*, LexisNexis, Warszawa 2014, LEX.
- Jagiela J., *Tymczasowa ochrona prawna w postępowaniu cywilnym*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Jakubecki A., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, LEX.
- Janočková M., Ulehlová D., Vavříčková N., *The Right of a Child to Be Heard and Its Influence on Court Decisions in Family Law Matters, Themis Competition Semi-final B – International Judicial Cooperation in Civil Matters–European Family Law*, Brussels 2017, <http://www.ejtn.eu/Documents/Team%20Czech%20Republic%20semi%20final%20B.pdf> [dostęp: 31.12.2020].
- Justyński T., *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Kauffman R.H., *Bleeding Grandparent Visitation Rights*, „The Florida Bar Journal” 2012, t. 86, nr 8, s. 42–47.
- Mitchell J., *Children Act Private Law Proceedings: A Handbook*, LexisNexis, Bristol 2012.
- Piasecki K., *Stosunki między dziadkami i wnukami*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1971, nr 16.
- Pietrkowski H., *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.
- Pietrzykowski J. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1993.
- Ryng A., Zegadło R., *Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci a prawo polskie*, „Rodzina i Prawo” 2007, nr 1(4), s. 40–49.
- Safjan M. (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2016, Legalis.
- Słyk J., *Aspekty prawne wysłuchania dziecka w postępowaniu cywilnym*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2015, t. 14, nr 4, s. 14–31, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/463> [dostęp: 31.12.2020].
- Smyczyński T., *Prawo dziecka do rodziny* [w:] T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Wybrane zagadnienia prawne i socjalne*, Polski Komitet UNICEF, Warszawa 1994.
- Smyczyński T. (red.), *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, t. 12, C.H. Beck, INP PAN, Warszawa 2011.
- Stojanowska W. (red.), *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Szklanna A., *Naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego zagwarantowanego w EKPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 1, s. 18–28.

Zajączkowska J., *Głos dziecka na wokandzie – o instytucji wysłuchania małoletniego*, „Palestra” 2013, nr 58 (7–8), s. 56–67.

Zajączkowska J., *Nietrudno pozbawić rodzica (ojca) kontaktów z dzieckiem*, „Rzeczpospolita” z 8.08.2017 r.

Zajączkowska-Burtowy J., *Kontakty z dzieckiem. Prawa i obowiązki*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

Netografia

Childline, <https://www.childline.org.uk/get-support> [dostęp: 8.04.2020].

Goślińska M., *Proszę zmienić mojego rodzica*, <https://tvn24.pl/magazyn-tvn24/prosze-zmienic-mojego-rodzica,267,4666> [dostęp: 15.04.2020].

Judgment the England and Wales Family Court form 26 July 2017, A (Letter to a Young Person), Re (Rev1) [2017] EWHC 48, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCJ/2017/48.html> [dostęp: 8.01.2020].

National Youth Advocacy Service, <https://www.nyas.net/about-us/> [dostęp: 8.04.2020].

Akty prawne

Konwencja o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 Nr 120 poz. 526.

Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 25 stycznia 1950 r., Dz.U. 2000 Nr 107 poz. 1128.

Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z 15 maja 2003 r., Dz.U. 2009 Nr 68 poz. 578.

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2008 Nr 220 poz. 1431.

Ustawa z dnia 16 maja 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2019 poz. 1146.

Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2019 poz. 1469.

Orzecznictwo

Uchwała SN z 26 stycznia 1973 r., III CZP 101/71, OSNCP 1973, nr 7–8, poz. 118.

Uchwała SN z 15 czerwca 1988 r., III CZP 42/88, OSNC 1989, nr 10, poz. 156.

Postanowienie SN z 15 grudnia 1998 r., I CKN 1122/98, OSNC 1999, nr 6, poz. 119.

Postanowienie SN z 10 maja 2000 r., III CKN 845/00, LEX 1222322.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 8 marca 2006 r., III CZP 98/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 158.

Streszczenie

Przeprowadzona w Rozdziale 2 analiza prawna dotyczy w głównej mierze oceny udziału małoletniego w postępowaniu w sprawach o kontakty z dzieckiem oraz propozycji mających na celu ulepszenie obecnego kształtu i modelu postępowania we wspomnianych sprawach. W publikacji zaproponowano i uzasadniono wnioski co do odformalizowania postępowań w sprawach dotyczących osoby dziecka, udziału samego dziecka w postępowaniu, w szczególności poprzez realne umożliwienie mu uczestniczenia w sprawie, przy szerszym wykorzystaniu m.in. instytucji wysłuchania dziecka przez sąd. Analiza miała również na celu określenie kształtu samego prawa do kontaktów z perspektywy dziecka, a także sprecyzowanie roszczenia o kontakty występującego po stronie dziecka. Wszystkie wspomniane zagadnienia są szczególnie istotne, zwłaszcza w sprawach o kontakty z dzieckiem zarówno bezpośrednio angażujących przy ich wykonywaniu dziecko, jak i decydujących o osobie samego dziecka. W publikacji starano się wykazać, że dopóki dziecko nie ma możliwości realizacji swego roszczenia, jego prawo pozostaje postulatem, podczas gdy prawo do kontaktów jest prawem, któremu przysługuje ochrona taka jak prawu podmiotowemu wraz z roszczeniem o jego realizację. W badaniach argumentowano, iż za potrzebą umożliwienia dziecku dochodzenia roszczenia o kontakty przemawiają też liczne doświadczenia państw zagranicznych, w szczególności sposoby wspierania dziecka przed sądami. W wielu krajach funkcjonuje urząd adwokata dla dziecka, co w sposób najpełniejszy zapewnia dziecku realizację jego interesów w postępowaniu. Skoro w polskim prawie pomimo wysuwanych już postulatów w tej materii nie został ten urząd utworzony, nie ma przeciwwskazań, aby wykorzystać do realizacji formułę kuratora-adwokata, dzięki czemu udałoby się urealnić faktyczne prawo kontaktów po stronie dziecka. Analiza przeprowadzona w publikacji wykazała, że upływ kilku miesięcy od wprowadzenia nowo ukształtowanej instytucji kuratora-adwokata dziecka stanowi wciąż właściwy moment dla przystosowania jej do potrzeb dziecka, po to, aby zagwarantować mu możliwość realizacji jego praw przy pełnej ochronie jego dobra. Wnioski płynące z publikacji mają na celu m.in. doprowadzenie do zmiany sytuacji, kiedy to obecnie prawo dziecka do kontaktów przyjmuje zaledwie formę postulatu. Nie tylko dziecko nie ma możliwości uczestniczenia w postępowaniu go dotyczącym, ale także nie ma właściwej obiektywnej reprezentacji w sądzie. Co zaś najistotniejsze, nie ma ono zagwarantowanej możliwości wszczęcia takiego postępowania, a zatem rzeczywistego zrealizowania przyznanego mu od ustawodawcy prawa. Nie sposób zatem opisać przysługujące dziecku prawo do kontaktów wyrażone w art. 113 k.r.o. inaczej niż jako postulat. Celem urealnienia tak określonego prawa do kontaktów należało zwrócić uwagę na mechanizmy i narzędzia pozwalające umożliwić dziecku nawiązanie łączności z wymiarem sprawiedliwości. W tym celu w przedstawionych wynikach badań zaproponowany został zarówno pośredni, jak i bezpośredni udział małoletniego dziecka w sprawach o kontakty z nim, dzięki właściwym do tego instytucjom.

Summary

The legal analysis carried out in Chapter 2 mainly concerns assessment of a minor's participation in case proceedings concerning contact with the child and proposals aimed at improving the current shape and model of proceedings in the above-mentioned cases. The publication proposes and substantiates conclusions as to the informalisation of proceedings in cases concerning the person of the child, the participation of the child himself in the proceedings, in particular by enabling him / her to participate in the case, with wider use of, *inter alia*, the institution that the child is heard by the court. The analysis was also aimed at determining the shape of the right to contact from the perspective of the child, as well as specifying the contact claim on the child's side. All the above-mentioned issues are particularly important, especially in matters relating to contact with the child, which involve the child in a direct way and determine the person of the child himself. This publication has tried to show that as long as the child is not able to pursue their claim, a right remains a postulate, while the right of access is a right that needs the same protection as a subjective right, together with a claim for its implementation. The research argues that the need to enable the child to pursue a claim for contacts is also supported by numerous experiences of foreign countries, in particular the methods of supporting the child before the courts. In many countries, there is a child solicitor's office, which ensures the child's best interests in the proceedings. Since in Polish law, despite the postulates already put forward in this matter, this office does not exist, there are no contraindications to use the template of a probation officer-attorney to implement this formula, thanks to which it would be possible to make the actual right of contact on the part of the child real. The analysis carried out in the publication showed that the passage of several months from the introduction of the newly formed institution of the guardian-child advocate is still the right moment to adapt it to the needs of the child, in order to guarantee the possibility of exercising their rights with full protection of their welfare. The conclusions of the publication are aimed at, *inter alia*, bringing about a change in the situation, when at present the right of contact takes only the form of a postulate. Not only is the child unable to participate in proceedings relating to him or her, but they also lacks proper, objective representation in court. Most importantly, there is no guarantee of initiation for such proceedings, and therefore to actually implement the right granted by the legislator. Thus, it is impossible to describe the child's right to contact expressed in art. 113 k.r.o. other than as a postulate. In order to make the right of contact defined in this way more realistic, it was necessary to pay attention to the mechanisms and tools enabling the child to establish contact with the justice system. For this purpose, the research results presented propose both direct and indirect participation of a minor child in contact matters, thanks to institutions competent for this purpose.