

RODZINA I PRAWO

Nr 1 (1) 2006



Kwartalnik sędziów rodzinnych

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodnicząca – **Joanna Nowacka**
Członkowie: Tadeusz ERECIŃSKI,
Grażyna NIEMIAŁTOWSKA,
Lech K. PAPRZYCKI,
Krzysztof PIETRZYKOWSKI,
Barbara RYMASZEWSKA,
Elżbieta SCHUBERT,
Tadeusz SMYCZYŃSKI,
Bogusław SYGIT,
Tadeusz TOMASZEWSKI

REDAKCJA

Redaktor naczelny – **Robert ZEGADŁO**
Sekretarz Redakcji – Paweł JAGUSIAK

Projekt okładki i opracowanie graficzne
Rafał Wiśniewski, Michał Pawlak

Skład i druk: NAJ-COMP s.j.
04-506 Warszawa, ul. Minerska 1
tel.: 0 22 812 70 39

Nakład: 2000 egz.

Wydaje: Instytut Badań DNA Sp. z o. o.
Adres Redakcji: 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36,
tel.: 0 22 606 36 18, 0 22 646 53 38
fax: 0 22 606 37 19

Spis treści

Przedmowa	5
-----------------	---

ARTYKUŁY

Dr Marek Sychowicz, sędzia Sądu Najwyższego Stosunki majątkowe łączące małżonków w świetle nowych uregulowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego	7
Prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski, Dyrektor Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego Legitymacja czynna mężczyzny w procesach o pochodzenie dziecka ..	16
Dr Janusz Gajda, adiunkt Wyższej Szkoły Administracji i Zarządzania w Przemysłu Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia	24
Robert Zegadło, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych	44
Grażyna Niemiałtowska, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie Problematyka procesowa dowodu z DNA	59
Barbara Przytuła-Chrostek, sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi Problematyka procesowa dowodu z DNA w procedurze cywilnej ...	64

PRAWO RODZINNE W EUROPIE

Dr hab. Tomasz Justyński, adiunkt UMK w Toruniu Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)	68
Raport na temat zasad dotyczących ustalenia i konsekwencji prawnych rodzicielstwa	82

ORZECZNICTWO

Uchwała SN z dnia 22 lipca 2005 r., III CZP 52/05 (dot. niedopuszczalności skargi o wznowienie postępowania)	116
Wyrok SN z dnia 19 stycznia 2005 r., V CK 364/04 (dot. zakazu <i>reformationis in peius</i> przy wyroku rozwodowym)	120

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Konferencja naukowa nt. pochodzenie dziecka – zagadnienia prawa materialnego i procesowego w ustawodawstwie polskim i europejskim (Warszawa, 30 maja – 1 czerwca 2005 r.) – oprac. Janusz Stawiarski	123
Omówienie referatu wygłoszonego na konferencji w dniu 30 maja 2005 r. przez Klauza Reinholda, sędziego Sądu Rejonowego w Ottendorfie, Dobro dziecka w sprawach o pochodzenie dziecka w orzecznictwie sądów niemieckich	126
Omówienie referatu wygłoszonego na konferencji w dniu 30 maja 2005 r. przez Valentinę Sellaroli, sędziago Sądu Rejonowego w Turynie, Dobro dziecka w sprawach o pochodzenie dziecka w orzecznictwie sądów włoskich	131
Informacja dla autorów	135

Od Wydawcy

Oddajemy do Państwa rąk pierwszy numer kwartalnika „Rodzina i Prawo”. Realizacja zamysłu stanowi rozszerzenie dotychczasowej działalności Instytutu Badań DNA związanej zarówno z organizacją szkoleń dla sędziów jak i wydawniczej. Nie powstałby bez zachęty i wsparcia ze strony sędziów rodzinnych.

Działalność Instytutu od samego początku wykracza znacznie poza realizację ekspertyz genetycznych na zlecenie sądów i prokuratur. Do tej pory Instytut przeprowadził ponad 40 szkoleń regionalnych na terenie całego kraju oraz zorganizował ogólnopolskie konferencje pod patronatem Ministra Sprawiedliwości. Uczestniczyło w nich ponad 2000 sędziów i prokuratorów.

Materiały szkoleniowe będące zapisem prezentowanych wykładów, w tym książka „Dowód z DNA w postępowaniu procesowym”, wydana przez Instytut w 2003 r. wzbudziły na tyle duże zainteresowanie, że sędziowie z całego kraju w pismach kierowanych do Instytutu zwracali się z prośbą o ich szersze udostępnienie. Z badań ankietowych Departamentu Centrum Szkolenia Kadr Wymiaru Sprawiedliwości wynika, że „wykłady z tej tematyki wzbudziły żywe zainteresowanie i ocenione zostały jako niezwykle przydatne w praktyce sędziowskiej”. Także stowarzyszenia sędziów i prokuratorów doceniły osiągnięcia Instytutu zawierając z nim umowy o stałej współpracy.

Pozytywne doświadczenia oraz deklarowane potrzeby środowiska sędziowskiego sprawiły, że Instytut podjął inicjatywę stworzenia periodyku będącego platformą wymiany doświadczeń dla środowiska sędziów rodzinnych, a także miejscem, w którym specjaliści mogą dzielić się swoją wiedzą. Do składu Kolegium Redakcyjnego weszli wybitni przedstawiciele nauki, sędziowie Sądu Najwyższego oraz sędziowie orzekający w wydziałach rodzinnych i nieletnich.

Mamy nadzieję, że zechcą Państwo wziąć czynny udział w redagowaniu kwartalnika.

Dołożymy starań, aby pismo to ukazywało się regularnie i docierało przynajmniej do wszystkich wydziałów rodzinnych i nieletnich na terenie całego kraju.

prof. dr hab. Andrzej Płucienniczak
Dyrektor ds. Naukowych
Instytutu Badań DNA

Od redaktora naczelnego

Inicjatywa powstania Kwartalnika poświęconego prawu rodzinnemu powinna wypełnić lukę na rynku czasopism prawniczych zarówno w aspekcie tematycznym jak i co do kręgu Czytelników. Kierując się tymi dwoma aspektami przyjęliśmy, że tematyka Kwartalnika powinna odpowiadać kognicji sądu rodzinnego, a zatem obejmęłaby nie tylko prawo rodzinne i opiekuńcze, ale także postępowanie w sprawach nieletnich i inne sprawy powierzone sądowi rodzinnemu na mocy ustaw szczególnych. W tym zakresie tematycznym będziemy publikować artykuły, opinie, orzec-

nictwo, projekty aktów normatywnych, sprawozdania z konferencji naukowych, a także recenzje ukazujących się na rynku monografii oraz recenzje publikacji z innych periodyków. Ważną częścią Kwartalnika będzie też prezentacja regulacji i projektowanych rozwiązań prawa europejskiego, a także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Mając na uwadze coraz częstsze przypadki spraw rodzinnych z „elementem zagranicznym” będziemy też poruszać tematykę prawa rodzinnego i nieletnich w innych systemach prawnych, ale przede wszystkim koncentrując się na państwach członkowskich Unii Europejskiej, gdyż z tymi krajami ruch osobowy rozwija się najszybciej, poza tym kraje te mają zbliżoną kulturę prawną i tam można przede wszystkim poszukiwać inspiracji *de lege ferenda*.

Żywimy nadzieję, że merytoryczny poziom Kwartalnika będzie zagwarantowany przez publikacje najwybitniejszych przedstawicieli nauki i praktyki prawa rodzinnego. Podstawę dla tej nadziei stanowi fakt, że Kwartalnik podejmuje niedocenianą i zaniedbaną na rynku czasopism prawniczych tematykę.

Kwartalnik adresowany jest przede wszystkim do praktyków, a w szczególności sędziów rodzinnych. Niemniej jednak wydaje się, że jego tematyka może wzbudzić szersze zainteresowanie. Prawo rodzinne jest bowiem stosowane także przez inne instytucje, grupy zawodowe, organizacje społeczne. Ujmując to jeszcze szerszej – prawo rodzinne jest stosowane przez nas wszystkich. Z konstatacji tej niektórzy wyciągają nieuprawniony wniosek, że na prawie rodzinnym zna się każdy. Wynikają z tego niekiedy pochopne i nieprzemyślane inicjatywy legislacyjne, które na szczęście – póki co – prawu rodzinnemu jeszcze nie zaszkodziły. Chcemy, aby na łamach Kwartalnika publikowane były projekty „poważnych” inicjatyw legislacyjnych w tym zakresie. Zamierzeniem Redakcji jest, aby na tych łamach toczyła się dyskusja nad tymi projektami, tak aby je w największym stopniu udoskonalili zanim osiągną one kształt aktów prawnych. Brak takiej dyskusji w przypadku wadliwych rozwiązań powoduje, że dla naprawienia zakwestionowanych przez praktykę rozwiązań pozostaje już tylko nowelizacja.

Chcielibyśmy zatem, aby również przy tworzeniu Kwartalnika w możliwie największym zakresie wzięli udział praktycy. W ten sposób tematy w nim poruszane odpowiadałyby problemom, które się ujawniają w procesie stosowania prawa, a nie zawsze są przedmiotem zainteresowania nauki prawa. Dlatego też będziemy wdzięczni za współpracę naszych Czytelników przy redagowaniu Kwartalnika, nadsyłanie artykułów i opinii, propozycje tematów i sygnalizowanie problemów. Będziemy też wdzięczni za ocenę i wskazówki co do kształtu Kwartalnika.

Większość materiałów zamieszczonych w niniejszym – pierwszym – numerze Kwartalnika jest poświęcona kwestii pochodzenia dziecka, co wynika z zainteresowania sędziów rodzinnych wywołanego cyklem wykładów zorganizowanych na ten temat przez Instytut Badań DNA. Również w kolejnych numerach będziemy się starali wyeksponować jakieś zagadnienie, wokół którego koncentrować się będzie większość zawartych w nich materiałów.

sędzia Robert Zegadło
Redaktor Naczelny

Marek Sychowicz

Stosunki majątkowe łączące małżonków w świetle nowych uregulowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Zasady regulujące małżeńskie stosunki majątkowe w niemal niezmiennym kształcie obowiązywały w Polsce od ponad pół wieku. Ukształtowane one zostały przepisami Kodeksu rodzinnego z 1950 r. i w zasadzie zostały przejęte przez przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964 r. Po zmianie ustroju społeczno-gospodarczego w 1989 r. okazało się że regulacja ta nie spełnia potrzeb, jakie wynikają z nowych uwarunkowań społecznych i gospodarczych, a w szczególności że nie jest dostosowana do reguł gospodarki wolnorynkowej i nie pozwala bez uszczerbku dla dobra rodziny i bez zapewnienia należytej ochrony osób trzecich pogodzić z nimi aktywności gospodarczej małżonków. Próba zmiany tej regulacji uwieńczona została uchwaleniem ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 162, poz. 1691). Weszła ona w życie w dniu 20 stycznia 2005 r. Rządowy projekt tej ustawy został oparty na projekcie przygotowanym przez zespół wyłoniony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości, pod przewodnictwem prof. Andrzeja Mączyńskiego z udziałem prof. Mirosława Nazara, prof. Janiny Panowicz-Lipskiej i prof. Tadeusza Smoczyńskiego oraz uczestniczącego w jej pracach przewodniczącego Komisji prof. Zbigniewa Radwańskiego. Ustawę charakteryzuje wysoki poziom techniki legislacyjnej. Wprowadzone przez nią zmiany, aczkolwiek doniosłe, nie mają charakteru rewolucyjnego.

Dział Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, dawniej noszący tytuł „Stosunki majątkowe między małżonkami”, po zmianie ma tytuł „Małżeńskie ustroje majątkowe”. Również zmieniły tytuły wszystkie trzy rozdziały składające się na ten dział. Tytuł rozdziału I z „Wspólność ustawowa” został zmieniony na „Ustawowy ustrój majątkowy”, tytuł rozdziału II ze „Zmiana lub wyłączenie wspólności ustawowej” został zmieniony na „Umowne ustroje majątkowe” i tytuł rozdziału III z „Ustanie wspólności majątkowej w czasie trwania małżeństwa” został zmieniony na „Przymusowy ustrój majątkowy”. Jeżeli chodzi o zmiany obejmujące poszczególne przepisy, to poza zmianami zasadniczymi, niektóre mają charakter tylko uaktualniający i uściślający treść przepisów.

Fundamentalną kwestią był wybór ustroju majątkowego, który ma być ustrojem ustawowym. Rozważano wprowadzenie jako ustroju ustawowego, wzorem innych państw (np. Niemcy, Szwajcaria, Szwecja) i obowiązującego w Polsce na podstawie dekretu z 1946 r. – Prawo małżeńskie majątkowe, ustroju rozdzielności majątkowej z obowiązkiem rozliczenia dorobku i ewentualnego wyrównania udziałów w razie ustania tego ustroju, znanego też pod nazwą ustroju wspólności zysków, czy ustroju podziału dorobku na wypadek ustania małżeństwa. Ostatecznie jednak uznano, że wobec tego, iż ustrój wspólności ustawowej ma już kilkudziesięcioletnią tradycję, jego zastąpienie ustrojem rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków mogłoby spotkać się z niezrozumieniem społeczeństwa. Pozostając przy ustroju wspólności majątkowej jako ustawowym ustrojem majątkowym i nie zmieniając istoty jego charakteru, zrezygnowano z definiowania go jako „dorobku małżonków” (art. 31 § 1). Określenie to zostało zarezerwowane dla nowo wprowadzonego ustroju umownego – ustroju rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków. Istotną zmianą terminologiczną jest zastąpienie określenia „majątek odrębny małżonka” określeniem „majątek osobisty małżonka” (art. 31 § 1 zd. drugie; art. 4 ustawy).

Pozostając przy ogólnym określeniu, że wspólność ustawowa obejmuje przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich (art. 31 § 1 zd. pierwsze), przykładowe wyliczenie, co wchodzi w skład majątku wspólnego (dotychczasowy art. 32 § 2), zawierające określenie, że do majątku tego, poza pobranym wynagrodzeniem za pracę, wchodzi także „wynagrodzenie za inne usługi świadczone osobiście przez któregokolwiek z małżonków”, zastąpiono określeniem o szerszym zakresie – „dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków” (art. 31 § 2 pkt 1) i dodano, że do majątku wspólnego wchodzi również „środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków” (art. 31 § 2 pkt 3).

Istotnej zmianie uległo wyczerpujące wymienienie w art. 33 przedmiotów majątkowych, które należą do majątku osobistego każdego z małżonków (co spowodowało zmianę zakresu przedmiotowego majątku wspólnego małżonków). Po pierwsze, nie zmieniając zasad tzw. surogacji, rozszerzono jej zakres z przedmiotów majątkowych uzyskanych w zamian za przedmioty nabyte przed powstaniem wspólności ustawowej i nabyte przez dziedziczenie zapis lub darowiznę, chyba że spadkodawca lub darczyńca inaczej postanowił (pkt 3 sprzed zmiany), na przedmioty majątkowe nabyte w zamian za wszystkie inne składniki majątku osobistego, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (pkt 10). Po drugie, z listy przedmiotów stanowiących majątek osobisty każdego z małżonków wykreślono „przedmioty majątkowe służące do zaspokajania osobistych potrzeb jednego z małżonków, jeżeli zostały nabyte ze środków na-

leżących do odrębnego majątku małżonka wykonującego ten zawód”, co nie dotyczyło jednak „przedmiotów służących do prowadzenia gospodarstwa rolnego lub przedsiębiorstwa” (dotychczasowy pkt 5). Przepis taki stał się zbędny wobec objęcia surogacją (pkt 10) także przedmiotów majątkowych służących do zaspokajania osobistych potrzeb jednego z małżonków. Po trzecie, listę przedmiotów, które należą do majątku osobistego każdego z małżonków uzupełniono o „prawa majątkowe wynikające ze wspólności łącznej podlegającej odrębnym przepisom” (pkt 3). Według uzasadnienia rządowego projektu ustawy chodziło o rozwiązanie budzącej wiele trudności praktycznych kwestii konsekwencji prawnych wynikających z przynależności prawa jednocześnie do wspólności majątkowej małżeńskiej i innego rodzaju wspólności łącznej. Jak się wydaje cel ten osiągnięto jeżeli chodzi o spółkę cywilną. Natomiast pochodzący z majątku wspólnego małżonków wkład wniesiony do spółki osobowej prawa handlowego, stanowi jej mienie (art. 8 k. s. h.) i nie jest on, jak i prawa wynikające z jego wniesienia do spółki, objęty żadną inną wspólnością łączną. Tak więc, jak należy sądzić, art. 31 pkt 3 nie będzie przepisem bezpośrednio przydatnym do rozwiązania kwestii związanych z przynależnością do spółki osobowej małżonka, którego wkład do tej spółki pochodzi z majątku wspólnego małżonków. Pozostałe zmiany dokonane w art. 33 mają charakter uściślający i aktualizujący. Dodanie w pkt 5, że do majątku osobistego każdego z małżonków wchodzi prawa niezbywalne „które mogą przysługiwać tylko jednemu małżonkowi”, nie zmieniło tego przepisu, gdyż był on dotychczas rozumiany tak jakby zawierał dodane zastrzeżenie. Określenie, że do majątku osobistego każdego z małżonków wchodzi obok wierzytelności o wynagrodzenie za pracę, wierzytelności o wynagrodzenie „za inne usługi świadczone osobiście przez jednego z małżonków” (dotychczasowy pkt 8) zastąpiono – co pozostaje w związku ze zmianą, która znalazła wyraz w art. 31 § 2 pkt 1 – określeniem „z tytułu innej działalności zarobkowej jednego z małżonków” (obecny pkt 7). Określenie, że do majątku osobistego każdego z małżonków należą „prawa autorskie twórcy, prawa twórcy wynalazku, wzoru lub projektu racjonalizatorskiego” (dawny pkt 10), zastąpiono – stosując terminologię wynikającą z obowiązujących przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz Prawa własności przemysłowej – określeniem „prawa autorskie i prawa pokrewne, prawa własności przemysłowej oraz inne prawa twórcy” (obecny pkt 9).

Daleko idącym zmianom uległy przepisy regulujące zarząd majątkiem wspólnym.

Przede wszystkim ustawa w zasadzie rozstrzygnęła spór co do tego, jakie czynności obejmuje zarząd majątkiem wspólnym. W art. 36 § 2 zd. drugie zamieszczona została bowiem definicja zarządu majątkiem wspólnym, według której „wykonywanie zarządu obejmuje czynności, które dotyczą przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego, w tym czynności zmierzają-

ce do zachowania tego majątku”. Zarząd majątkiem wspólnym obejmuje zatem tak czynności faktyczne, jak i czynności prawne. Ponieważ są to czynności „dotyczące przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego”, zarząd nie obejmuje np. poręczenia udzielonego przez małżonka. W ten sposób stracił aktualność, budzący wątpliwości na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 25 marca 1994 r., III CZP 182/93 (OSNC 1994, nr 7-8, poz. 146), że udzielenie poręczenia przez jednego z małżonków jest czynnością zarządu majątkiem wspólnym.

Utrzymana została zasada obowiązku współdziałania małżonków w zarządzie majątkiem wspólnym. Rozwinięta ona została przez dodanie, że małżonkowie obowiązani są „w szczególności udzielać sobie wzajemnie informacji o stanie majątku wspólnego, o wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym i o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny” (art. 36 § 1). Jako nie pozostająca w kolizji z powyższą zasadą, także utrzymana została zasada, według której każdy z małżonków może samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym (art. 36 § 2 zd. pierwsze). Od zasady tej przewidziane zostały dwa wyjątki, zmierzające w odmiennych kierunkach. Według pierwszego, małżonek zarządza samodzielnie przedmiotami majątkowymi służącymi mu do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej; jedynie w razie przemijającej przeszkody drugi małżonek może dokonywać niezbędnych bieżących czynności (art. 36 § 3). Stosownie do drugiego wyjątku, niektóre czynności zarządu majątkiem wspólnym wymagają zgody drugiego małżonka.

Przed zmianą, zgoda drugiego małżonka była wymagana na dokonanie przez małżonka czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu majątkiem wspólnym. Ustawa nie definiowała jednak jakie czynności są czynnościami zwykłego zarządu, a jakie przekraczają zakres zwykłego zarządu. Rozróżnienie tych czynności sprawiało nieraz poważne trudności. Obecnie zrezygnowano z tego rozróżnienia. W art. 37 ust. 1 w pięciu punktach enumeratywnie wymieniono czynności prawne, do dokonania których potrzebna jest zgoda drugiego małżonka. Według pkt 1-4 są to czynności prawne prowadzące do zbycia, obciążenia i odpłatnego nabycia nieruchomości lub użytkowania wieczystego, prawa rzeczowego, którego przedmiotem jest budynek lub lokal oraz gospodarstwa rolnego lub przedsiębiorstwa, czynności prawne prowadzące do oddania nieruchomości do używania lub pobierania z niej pożytków oraz czynności prawne prowadzące do wydzierżawienia gospodarstwa rolnego lub przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę, że chodzi tu nie tylko o czynności, których skutkiem jest zbycie, obciążenie, odpłatne nabycie, oddanie do używania lub pobierania pożytków albo wydzierżawienie, ale o czynności „prowadzące” do takiego skutku. Będą to więc także np. umowy o charakterze tylko zobowiązującym, umowy przedwstępne lub nawet złożenie oferty. Nie ma

przy tym znaczenia, czy chodzi o czynność odpłatną lub nieodpłatną, z wyjątkiem nabycia. Nabycie wymaga zgody drugiego małżonka tylko wówczas, gdy jest odpłatne. Stosownie do pkt 5 zgoda drugiego małżonka jest potrzebna do dokonania darowizny z majątku wspólnego, z wyjątkiem drobnych darowizn zwyczajowo przyjętych. W każdym wypadku zgoda powinna być wyrażona w formie wymaganej dla czynności, której dotyczy.

Tak jak przed zmianą, jednostronna czynność prawna dokonana bez wymaganej zgody drugiego małżonka jest nieważna (art. 37 § 4). Natomiast umowa zawarta bez wymaganej zgody drugiego małżonka jest czynnością prawną niezupełną (*negotium claudicans*). Ważność umowy zależy od potwierdzenia jej przez drugiego małżonka (art. 37 § 2). Druga strona może wyznaczyć małżonkowi, którego zgoda jest wymagana, odpowiedni termin do potwierdzenia umowy; staje się wolna po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu (art. 37 § 3). Wówczas dopiero można mówić o nieważności umowy.

Nowością jest instytucja sprzeciwu, który małżonek może wyrazić co do czynności zarządu majątkiem wspólnym, zamierzonej przez drugiego małżonka. Wyjątkiem, kiedy małżonek nie może się sprzeciwić, są 1) czynności w bieżących sprawach życia codziennego i 2) czynności podejmowane w ramach działalności gospodarczej (art. 36¹ § 1). Sprzeciw może być zgłoszony poprzez wyraźne oświadczenie albo w sposób dorozumiany. Jest skuteczny wobec drugiego małżonka, jeżeli oświadczenie zawierające sprzeciw doszło do niego w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać. Sprzeciw jest skuteczny wobec osoby trzeciej, jeżeli mogła się z nim zapoznać przed dokonaniem czynności prawnej (art. 36¹ § 2). Wydaje się, że czynność prawna dokonana mimo sprzeciwu małżonka jest ważna, chyba że sprzeciw był skuteczny wobec drugiej strony umowy. W każdym razie dokonanie czynności mimo sprzeciwu małżonka może mieć znaczenie dla oceny prawidłowości wykonywania zarządu i może – w zależności od okoliczności, zwłaszcza, gdy jest działaniem uporczywym – powodować pozbawienie małżonka samodzielnego zarządu majątkiem wspólnym lub ustanowienie przez sąd rozdzielności majątkowej. Może też być okolicznością mającą wpływ na ocenę zupełności rozkładu pożycia, jako przesłanki rozwodu lub separacji. Jeżeli małżonek sprzeciwia się dokonaniu czynności zamierzonej przez drugiego małżonka, małżonek ten może zwrócić się do sądu o zezwolenie na dokonanie czynności mimo sprzeciwu (art. 36¹ w zw. z art. 39).

W nowy sposób uregulowana została odpowiedzialność małżonków za zobowiązania (art. 41). Według przyjętych zasad, jeżeli zobowiązanie zostało zaciągnięte przez oboje małżonków, to wierzyciel może żądać zaspokojenia z majątków osobistych małżonków oraz z ich majątku wspólnego. Jeżeli zobowiązanie zaciągnął jeden z małżonków, to odpowiedzialność małżonków uzależniona jest od tego, czy zobowiązanie zostało zaciągnięte za zgodą drugiego małżonka, czy też bez takiej zgody. W pierwszym wypadku wierzyciel może żą-

dać zaspokojenia z majątku osobistego dłużnika oraz z całego majątku wspólnego małżonków. W drugim wypadku, poza możliwością zaspokojenia z majątku osobistego dłużnika, wierzyciel może żądać zaspokojenia także z należących do majątku wspólnego dłużnika i jego małżonka: 1) wynagrodzenia za pracę lub z dochodów uzyskanych przez dłużnika z innej działalności zarobkowej, oraz 2) korzyści uzyskanych z jego praw autorskich i praw pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych praw twórcy. Także z majątku osobistego dłużnika i wymienionych wyżej składników majątku wspólnego dłużnika i jego małżonka wierzyciel może żądać zaspokojenia za zobowiązanie jednego z małżonków: 1) które nie wynika z czynności prawnej (np. zobowiązanie do świadczenia alimentów, z czynu niedozwolonego, z bezpodstawnego wzbogacenia), 2) zaciągnięte zostało w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa wchodzącego w skład majątku wspólnego, przy czym w tym wypadku wierzyciel może żądać zaspokojenia także z przedmiotów majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa, 3) jeżeli wierzytelność powstała przed powstaniem wspólności i 4) wierzytelność dotyczy majątku osobistego dłużnika.

Zgoda małżonka na zaciągnięcie zobowiązania może być wyrażona przed lub równocześnie z zaciągnięciem zobowiązania. Bez względu na rodzaj i charakter zobowiązania, może być wyrażona w dowolnej formie. Może wynikać z zachowania się małżonka, które ujawnia wyrażenie przez niego zgody w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie jej w postaci elektronicznej (art. 60 k. c.).

Ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. także zmienione zostały przepisy Kodeksu postępowania cywilnego umożliwiające prowadzenie egzekucji z majątku wspólnego małżonków, gdy tytuł egzekucyjny wydany został przeciwko jednemu z małżonków. Według nowego art. 776¹ § 1 k. p. c. tytuł wykonawczy wystawiony przeciwko dłużnikowi pozostającemu w związku małżeńskim jest podstawą do prowadzenia egzekucji nie tylko z majątku osobistego dłużnika, lecz także z pobranego przez niego wynagrodzenia za pracę lub dochodów uzyskanych z prowadzenia przez niego innej działalności zarobkowej oraz z korzyści uzyskanych z jego praw autorskich i praw pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych praw twórcy. Stosownie zaś do art. 787 k. p. c. w nowym brzmieniu, możliwość prowadzenia egzekucji z całego majątku wspólnego dłużnika i jego małżonka wierzyciel uzyskuje po nadaniu tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika z ograniczeniem jego odpowiedzialności do majątku objętego wspólnością majątkową. Warunkiem uzyskania takiej klauzuli jest wykazanie przez wierzyciela dokumentem urzędowym lub prywatnym, że stwierdzona tytułem egzekucyjnym wierzytelność powstała z czynności prawnej dokonanej za zgodą małżonka dłużnika. W związku z tym, że małżonek może powoływać się względem innych osób na umowę majątkową małżeńską tylko wówczas, gdy jej zawarcie oraz rodzaj by-

ty tym osobom wiadome (art. 47¹ k. r. o.), uregulowane też zostały kwestie związane z zakresem prowadzenia w takim wypadku egzekucji na podstawie tytułu wykonawczego wystawionego przeciwko jednemu małżonkowi, możliwości nadania tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko jednemu małżonkowi klauzuli wykonalności także przeciwko drugiemu z małżonków z ograniczeniem jego odpowiedzialności do majątku objętego wspólnością majątkową i sposób obrony dłużnika i jego małżonka (art. 776¹ § 2 i 3, art. 787² k. p. c.).

Unormowanie zasad obowiązujących co do rozliczeń, jakie powinny nastąpić między małżonkami w razie ustania małżeńskiej wspólności majątkowej (art. 45 § 1), zostało uzupełnione przez wyłączenie z tych rozliczeń 1) wydatków i nakładów koniecznych poczynionych z majątku wspólnego na przedmioty majątkowe należące do majątku osobistego każdego z małżonków, przynoszące dochód oraz 2) wydatków i nakładów poczynionych z majątku osobistego każdego z małżonków na majątek wspólny, zużytych w celu zaspokojenia potrzeb rodziny, chyba, że zwiększyły one wartość majątku w chwili ustania wspólności.

Przy zmianie regulacji dotyczącej małżeńskich umownych ustrojów majątkowych nienaruszona została zasada zamkniętego katalogu tych umów. Istotnym *novum* jest wzbogacenie tego katalogu – poza znanymi już umowami rozszerzającymi lub ograniczającymi wspólność ustawową i ustanawiającymi rozdzielność majątkową (tzw. zwykłą) – o umowę o ustanowienie rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków. Wyraźnie stwierdzone zostało, że umowa majątkowa może być zmieniona albo rozwiązana i że w razie jej rozwiązania w czasie trwania małżeństwa, powstaje między małżonkami wspólność ustawowa, chyba że strony postanowiły inaczej (art. 47 § 2). Regulacja dotychczas znanych umów majątkowych nie uległa zmianie, poza pewną modyfikacją i rozszerzeniem ograniczeń bezwzględnie obowiązujących w razie umownego rozszerzenia wspólności ustawowej (art. 49 § 1) i wyraźnym dopuszczeniem możliwości żądania przez każdego z małżonków ustalenia nierównych udziałów w majątku wspólnym w razie ustania umownej wspólności majątkowej (art. 50¹).

Stosunkowo obszernie, co nie znaczy że w sposób wykluczający wszelkie wątpliwości, uregulowana została rozdzielność majątkowa z wyrównaniem dorobków. W czasie trwania tego ustroju majątkowego jego istota jest taka sama jak i ustroju rozdzielności majątkowej zwykłej; każdy z małżonków zachowuje zarówno majątek nabyty przed zawarciem umowy, jak i majątek nabyty później i samodzielnie zarządza tym majątkiem. Cechy charakterystyczne tego ustroju ujawniają się dopiero z chwilą jego ustania, kiedy powinno dojść między małżonkami do „wyrównania dorobków”. Według ustawowej definicji (art. 51³ § 1), dorobkiem każdego z małżonków jest wzrost wartości jego majątku po zawarciu umowy. Umowa może przewidywać, jakie przedmioty majątkowe zostaną pominięte przy obliczaniu dorobku oraz czy wartość i jakich darowizn, usług świadczonych osobiście przez jednego z małżonków na rzecz majątku drugie-

go małżonka oraz nakładów i wydatków na majątek jednego małżonka z majątku drugiego małżonka, dolicza się do dorobku. Gdy w umowie brak jest odpowiednich postanowień w tym względzie, wchodzi w grę przepisy ustawy (art. 51³ § 2). Dorobek oblicza się według stanu majątku z chwili ustania rozdzielnosci majątkowej i według cen z chwili rozliczenia (art. 51³ § 3). Po ustaniu rozdzielnosci majątkowej małżonek, którego dorobek jest mniejszy niż dorobek drugiego małżonka, może żądać wyrównania dorobków przez 1) zapłatę połowy różnicy wartości dorobków lub 2) przeniesienie na jego rzecz przez drugiego małżonka prawa odpowiedniej wartości (art. 41⁴ § 1). Nie jest wyłączone zastosowanie obu tych sposobów łącznie. Z ważnych powodów każdy z małżonków może żądać zmniejszenia obowiązku wyrównania dorobków (art. 51⁴ § 2). Co do wyrównania dorobków małżonkowie mogą porozumieć się, zawierając stosowną umowę. W razie braku porozumienia co do sposobu lub wysokości wyrównania, mogą wystąpić na drogę sądową (art. 51⁴ § 3). Ponieważ nie ma przepisu, który by stanowił, że żądania wyrównania dorobków można dochodzić w postępowaniu nieprocesowym (art. 13 § 1 k. p. c.), właściwa w tych sprawach jest droga procesu. W razie śmierci jednego z małżonków, wyrównanie dorobków następuje między jego spadkobiercami a małżonkiem pozostałym przy życiu; spadkobiercy małżonka mogą wystąpić z żądaniem zmniejszenia obowiązku wyrównania dorobków tylko wtedy, gdy spadkodawca wytoczył powództwo o unieważnienie małżeństwa albo o rozwód lub wystąpił o orzeczenie separacji (art. 51⁵ § 1 i 2).

Aczkolwiek pojęcie „przymusowy ustrój majątkowy” funkcjonowało w języku prawniczym, nie był to termin ustawowy. Obecnie ustawa pojęciem tym objęła małżeński ustrój majątkowy jaki powstaje w czterech sytuacjach: 1) na skutek ustanowienia przez sąd rozdzielnosci majątkowej (art. 52 § 1), 2) w razie ubezwłasnowolnienia – tak całkowitego jak i częściowego – jednego z małżonków (art. 53 § 1), 3) w razie ogłoszenia upadłości – z możliwością zawarcia układu jak i obejmującej likwidację majątku dłużnika – jednego z małżonków (art. 53 § 1) i 4) w razie orzeczenia separacji (art. 54 § 1). W pierwszym wypadku przymusowy ustrój majątkowy powstaje z mocy orzeczenia sądu, a w pozostałych wypadkach – z mocy prawa, z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia sądu o ubezwłasnowolnieniu, ogłoszeniu upadłości lub separacji. Ustrojem przymusowym w każdym wypadku jest ustrój rozdzielnosci majątkowej (zwykłej). Cechą tego ustroju jest to, że trwa on dopóty, dopóki trwa przyczyna, która spowodowała jego powstanie (chyba że małżeństwo ustało wcześniej) i nie może być uchylony ani zmieniony w drodze umowy zawartej przez strony. W razie uchylecia ubezwłasnowolnienia, umorzenia, ukończenia lub uchylecia postępowania upadłościowego oraz zniesienia separacji między małżonkami powstaje ustawowy ustrój majątkowy, z tym że znosząc separację sąd, na zgodny wniosek małżonków, orzeka o utrzymaniu rozdzielnosci majątkowej (art. 53 § 2 i art. 54 § 2).

Możliwość ustanowienia przez sąd rozdzielnosci majątkowej (art. 52 § 1 w nowym brzmieniu) zastąpiła istniejącą dotychczas możliwość zniesienia przez sąd wspólności majątkowej, zarówno ustawowej jak i umownej (art. 52 § 1 w dawnym brzmieniu). Realizacja tej możliwości następuje w drodze powództwa wytoczonego przez jednego z małżonków przeciwko drugiemu małżonkowi. Podstawą takiego powództwa jest istnienie „ważnych powodów”. Rozdzielnosc majątkowa powstaje z dniem oznaczonym w wyroku. Obecnie ustawa wyraźnie dopuszcza, przyjętą na gruncie dawnego uregulowania, możliwość ustanowienia przez sąd w wyjątkowych wypadkach rozdzielnosci majątkowej z dniem wcześniejszym niż dzień wytoczenia powództwa, w szczególności jeżeli małżonkowie żyli w rozłączeniu (art. 52 § 2).

Wydaje się, że liczne przepisy innych ustaw, w których mowa o „zniesieniu przez sąd wspólności majątkowej” (np. art. 17 pkt 4 i art. 452 k. p. c., art. 680¹ § 2 k. c.), powinny obecnie być rozumiane jako przepisy mówiące o ustanowieniu przez sąd rozdzielnosci majątkowej na podstawie art. 52 § 1 k. r. o.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy uzupełniony został o przepis – art. 28¹ – który dotyczy małżonków bez względu na małżeński ustrój majątkowy, w którym pozostają. Dlatego przepis ten zamieszczony został poza działem zawierającym regulację małżeńskich ustrojów majątkowych, w dziale pt. „Prawa i obowiązki małżonków”. Stanowi on, że „jeżeli prawo do mieszkania przysługuje jednemu małżonkowi, drugi małżonek jest uprawniony do korzystania z tego mieszkania w celu zaspokojenia potrzeb rodziny; przepis ten stosuje się odpowiednio do przedmiotów urządzenia domowego”. Wprawdzie zasada, którą wyraża ten przepis w odniesieniu do mieszkania, dotychczas już obowiązywała, jako wyprowadzona z innych przepisów, ale wprowadzona ona została do polskiego prawa w postaci samodzielnego przepisu jako odpowiadająca rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego, przyjętej w dniu 16 października 1981 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy.

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r., zgodnie z zasadami poprawnej legislacji, zawiera w art. 5 dość rozbudowane przepisy przejściowe. Zgodnie z tymi przepisami zasadą jest, że nowe przepisy stosuje się do stosunków nimi unormowanych, choćby powstały przed ich wejściem w życie (ust. 1). Określony został status prawny składników majątków małżonków, istniejących w chwili wejścia w życie ustawy, gdy w tej chwili stosunki majątkowe podlegały wspólności ustawowej albo nie podlegały tej wspólności ani nie były określone przez umowę majątkową małżeńską (ust. 2 i 4). Wskazano, do jakich stosunków i do oceny skutków jakich zdarzeń zaistniałych przed wejściem w życie nowych przepisów, mają zastosowanie przepisy dotychczasowe (ust. 3 i 5).

Legitymacja czynna mężczyzny w procesach o pochodzenie dziecka (ze szczególnym uwzględnieniem procesów o ustalenie ojcostwa)

I. Uwagi wstępne

Sformułowanie „legitymacja czynna ojca w procesach o pochodzenie dziecka” nie byłoby dość precyzyjne. Po pierwsze, określenie „ojciec” może budzić wątpliwości już choćby dlatego, że mężczyzna, który występuje jako powód w takich procesach, z reguły twierdzi, że to nie on jest ojcem dziecka (zwłaszcza w procesach o zaprzeczenie ojcostwa, unieważnienie uznania dziecka i zaprzeczenie macierzyństwa). Sytuacja może natomiast przedstawiać się odmiennie w procesach o ustalenie macierzyństwa albo ojcostwa. Po drugie, w doktrynie i orzecznictwie od dawna odróżnia się ojcostwo biologiczne i ojcostwo prawne. Należałoby zatem wyraźnie sprecyzować, którego z tych dwóch pojęć używa się mówiąc o legitymacji czynnej „ojca”. Dlatego lepsze wydaje się sformułowanie „legitymacja czynna mężczyzny w procesach o pochodzenie dziecka”, choć i ono może być uznane za nie dość precyzyjne i w konsekwencji wieloznaczne.

Problem legitymacji mężczyzny stanowi pewien wycinek z zakresu szerokiej problematyki spraw o prawa stanu cywilnego. Sprawy te dotyczą ustalenia stanu cywilnego po to, aby nie było wątpliwości co do tego, czy i z kim określona osoba pozostaje w związku małżeńskim oraz kto jest matką i ojcem dziecka. Postępowanie zmierzające do takiego ustalenia tradycyjnie nazywamy dochodzeniem (poszukiwaniem) stanu cywilnego, a sprawy o prawa stanu cywilnego są – zgodnie z terminologią procesową – „sprawami o prawa niemajątkowe z zakresu prawa rodzinnego” (art. 7 k. p. c.)¹.

Dalej zajmiemy się tylko takimi sprawami o prawa stanu cywilnego, które dotyczą pochodzenia dziecka, czyli tzw. filiacji. We współczesnym prawie polskim istnieje pięć rodzajów takich spraw rozpoznawanych w procesie (czyli w postępowaniu cywilnym procesowym):

- 1) ustalenie macierzyństwa,
- 2) ustalenie ojcostwa,
- 3) zaprzeczenie macierzyństwa,

¹ Zob. J. Ignatowicz, w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz (pod red. K. Pietrzykowskiego), Warszawa 2003, s. 28.

- 4) zaprzeczenie ojcostwa,
- 5) unieważnienie uznania dziecka.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się ponadto na sprawy o ustalenie nieistnienia albo bezwzględnej nieważności uznania dziecka.

Jest zasadą, odnoszącą się do wszystkich spraw o prawa stanu cywilnego, a więc również spraw dotyczących pochodzenia dziecka, że w postępowaniu powinny uczestniczyć wszystkie osoby, które są osobiście i bezpośrednio zainteresowane. Jest to jednocześnie najbardziej ogólna formuła wyznaczająca legitymację, zarówno czynną, jak i bierną, w sprawach o pochodzenie dziecka. Każda z tych spraw jest oczywiście inna, w związku z tym można mówić o pewnych kwestiach wspólnych i o zagadnieniach związanych wyłącznie z poszczególnymi rodzajami spraw.

II. Sprawy o zaprzeczenie ojcostwa i unieważnienie uznania dziecka

Na podstawie przepisów art. 63-65 k. r. o. legitymacja czynna w sprawach o zaprzeczenie ojcostwa została przyznana mężczyźnie określonymu jako „mąż matki dziecka”. Artykuł 62 k. r. o. reguluje bowiem tzw. ojcostwo małżeńskie, za którym przemawia domniemanie prawne. Takie zaś domniemanie może być obalone jedynie w procesie o zaprzeczenie ojcostwa.

Również w sprawach o unieważnienie uznania dziecka mężczyźnie przysługuje legitymacja czynna (art. 80 k. r. o.). Materialnoprawną podstawą powództwa jest w takim wypadku wykazanie, że oświadczenie woli mężczyzny, który uznał dziecko, było dotknięte jedną z czterech wad (zob. art. 82 i nast. k. c.). Poza tym mężczyzna, który uznał dziecko, może żądać na zasadach ogólnych (art. 189 k. p. c.) ustalenia nieistnienia bądź bezwzględnej nieważności uznania.

W wypadku zaprzeczenia ojcostwa i unieważnienia uznania dziecka sytuacja jest o tyle prosta, że są to sprawy wyraźnie uregulowane w ustawie, również gdy chodzi o legitymację mężczyzny, a więc męża matki bądź tego mężczyzny, który uznał dziecko. Jednocześnie powództwa w tym zakresie podlegają ustawowej reglamentacji, przede wszystkim przez ograniczenie możliwości ich wytaczania krótkimi terminami zawitymi (terminem sześciomiesięcznym w wypadku zaprzeczenia ojcostwa oraz terminem rocznym w wypadku unieważnienia uznania dziecka). Jedynie możliwość wytaczania powództw o ustalenie nieistnienia bądź bezwzględnej nieważności uznania nie została wyraźnie uregulowana w ustawie, a w konsekwencji nie została też ograniczona w czasie.

Gdy jednak chodzi o zagadnienia natury dowodowej, procesy o zaprzeczenie ojcostwa i o unieważnienie uznania dziecka bardzo wyraźnie się różnią. W procesie o zaprzeczenie ojcostwa chodzi z reguły o wykazanie niepodobieństwa, żeby mąż matki mógł być ojcem dziecka. Szczególne znaczenie mają tu oczywiście dowody biologiczne, w tym zwłaszcza dowód z DNA. Natomiast proces o unieważnienie uznania dziecka w sytuacji, gdy z powództwem występuje mężczyzna, który

dziecko uznać, jest zupełnie innym procesem, w którym problem istnienia ojcostwa biologicznego jest właściwie bezprzedmiotowy. W takim procesie chodzi mianowicie wyłącznie o to, czy oświadczenie woli o uznaniu dziecka było dotknięte wadą.

III. Sprawy o ustalenie i zaprzeczenie macierzyństwa

W polskim prawie nie zostały wyraźnie uregulowane sprawy dotyczące ustalenia i zaprzeczenia macierzyństwa. Nie oznacza to jednak, że wytaczanie powództw w tych sprawach jest niedopuszczalne. O tym, że tak nie jest, świadczą następujące unormowania:

- 1) art. 86 k. r. o., zgodnie z którym prokurator może wytaczać m. in. powództwa w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka; to sformułowanie obejmuje zaś także sprawy o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa;
- 2) art. 453 i nast. k. p. c., które regulują postępowanie odrębne w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie pochodzenia dziecka (zob. wyżej);
- 3) art. 19 § 2 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe, który określa prawo właściwe w sprawach o ustalenie i zaprzeczenie ojcostwa lub macierzyństwa; jest to jedyny przepis w polskim prawie, który bezpośrednio wymienia powództwa o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa.

Niezamieszczenie w polskim prawie odrębnej regulacji dotyczącej rozważanych powództw oznacza w szczególności brak terminów zawitych, ograniczających w czasie możliwość ich wytaczania, oraz nieokreślenie legitymacji czynnej ani biernej w takich sprawach.

Ogólną podstawę materialnoprawną powództw o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa stanowi art. 189 k. p. c. Jest to podstawa materialnoprawna, bowiem, jak się przyjmuje, wymieniony przepis, który został wprowadzie zamieszczony w kodeksie postępowania cywilnego, zawiera normę prawa materialnego, a nie procesowego. Artykuł 189 k. p. c. przyznaje osobie, która ma w tym interes prawny (powodowi), możliwość żądania ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Jednakże orzecznictwo, przede wszystkim Sądu Najwyższego, już wiele lat temu ograniczyło możliwość wytaczania powództw w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa wyłącznie do osób, które, jak już wyżej wspomniano, mają interes prawny, osobisty i bezpośredni. Interesem osobistym jest taki interes, który nie ma charakteru wyłącznie majątkowego. Oczywiście interes osobisty może zatem występować i w praktyce zresztą często występuje łącznie z interesem majątkowym. Z kolei interes bezpośredni przejawia się w tym, że ewentualny wyrok uwzględniający powództwo wywrze bezpośredni wpływ na stan cywilny powoda.

W orzecznictwie i w doktrynie kwestie dotyczące legitymacji czynnej w sprawach o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa, w tym zwłaszcza legitymacji mężczyzny, od lat są przedmiotem kontrowersji. Należy jednak podkreślić,

że na pytanie, czy zainteresowany mężczyzna może wytoczyć powództwo o ustalenie lub zaprzeczenie macierzyństwa, Sąd Najwyższy z reguły udziela odpowiedzi twierdzącej. Dotyczy to przy tym każdego mężczyzny, którego ojcostwo jest lub może być związane z ustalonym albo kwestionowanym macierzyństwem. Po pierwsze, chodzi tu o męża matki dziecka, po drugie – mężczyznę, którego ojcostwo zostało ustalone przez sąd i po trzecie – mężczyznę, który uznał dziecko. W doktrynie pojawiły się jednak pewne kontrowersje co do legitymacji mężczyzny, który uznał dziecko.

Wskazani wyżej mężczyźni mają legitymację czynną w sprawach o zaprzeczenie macierzyństwa (a odpowiednio – także w sprawach o ustalenie macierzyństwa) dlatego, że mają osobisty i bezpośredni interes w uzyskaniu wyroku uwzględniającego powództwo. Prawo polskie bezwzględnie bowiem przestrzega zasady, zgodnie z którą nie istnieje ojcostwo bez macierzyństwa. W polskim prawie obowiązuje mianowicie zasada *mater semper certa est, pater incertus*. Najpierw zatem musi być ustalone macierzyństwo, żeby można było ustalić ojcostwo. Na przykład mężczyzna nie może uznać dziecka, w stosunku do którego macierzyństwo nie zostało ustalone, a więc dziecka o nieznanym pochodzeniu.

W konsekwencji zasady *mater semper certa est, pater incertus*, prawomocne zaprzeczenie macierzyństwa powoduje ustanie stosunku ojcostwa w trzech wymienionych wyżej sytuacjach, które zresztą różnie się przedstawiają od strony proceduralnej. Gdy chodzi o męża matki, który występuje z powództwem o zaprzeczenie macierzyństwa, skuteczne zaprzeczenie macierzyństwa powoduje odpadnięcie podstawy domniemania z art. 62 k. r. o., czyli ojcostwo odpada wtedy automatycznie, bez potrzeby występowania z odrębnym powództwem o zaprzeczenie ojcostwa. Podobnie jest w przypadku czynności prawnej uznania dziecka, która staje się bezskuteczna z chwilą prawomocnego zaprzeczenia macierzyństwa. Bardziej złożona od strony proceduralnej może wydawać się sytuacja, kiedy z powództwem o zaprzeczenie macierzyństwa występuje mężczyzna, którego ojcostwo zostało ustalone przez sąd. Mamy bowiem dwa prawomocne wyroki sądu: późniejszy – w sprawie o zaprzeczenie macierzyństwa oraz wcześniejszy – w sprawie o ustalenie ojcostwa. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że chociaż ten drugi wyrok nadal formalnie istnieje, jednakże wynikające z niego ojcostwo staje się bezprzedmiotowe, ponieważ nie może być ojcostwa bez macierzyństwa, a przy odmiennej interpretacji dochodziłoby do takich paradoksalnych sytuacji².

² Jednakże zdaniem J. Gwiazdomorskiego, Dochodzenie i zaprzeczenie macierzyństwa, Studia Cywilistyczne 1974, nr 24, s. 63 i 64, prawomocne uwzględnienie powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa nie pozbawia z samego prawa mocy prawnej wyroku orzekającego ustalenie ojcostwa. Według tego autora mężczyźni, którego ojcostwo zostało ustalone sądownie, przysługuje skarga o wznowienie postępowania. Pogląd ten, dopuszczający istnienie stosunku prawnego ojcostwa bez stosunku prawnego macierzyństwa, pozostaje w sprzeczności z art. 85 § 1 k. r. o.

IV. Sprawy o ustalenie ojcostwa – uwagi historyczne

Problem dopuszczalności sądowego ustalenia ojcostwa jest w Polsce zagadnieniem względnie nowym. W okresie II Rzeczypospolitej tylko w województwach zachodnich i południowych, a więc na obszarze działania kodeksów cywilnych niemieckiego i austriackiego, było dopuszczalne ustalenie ojcostwa. W województwach wschodnich, gdzie obowiązywało prawo rosyjskie, w ogóle taka instytucja nie była znana. Natomiast obowiązujący na obszarze województw centralnych kodeks cywilny Królestwa Polskiego w art. 305 wyraźnie zakazywał poszukiwania ojcostwa.

Można więc powiedzieć, że dopiero w efekcie powojennych regulacji, wzorowanych na przedwojennych projektach komisji kodyfikacyjnej, zostało dopuszczone na obszarze całego państwa polskiego sądowe ustalenie ojcostwa. Od początku obowiązywania tych regulacji legitymacja w sprawach o ustalenie ojcostwa nie przysługiwała domniemanemu ojcu dziecka. Takie stanowisko zajmował najpierw dekret o prawie rodzinnym³, później kodeks rodzinny⁴, a następnie kodeks rodzinny i opiekuńczy. Legitymacja w tych sprawach przysługiwała dziecku, matce oraz prokuratorowi⁵.

V. Sprawy o ustalenie ojcostwa – wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich i wyrok Trybunału Konstytucyjnego

Przedstawione wyżej rozwiązania – nieprzyznające legitymacji w sprawie o ustalenie ojcostwa mężczyźnie, który twierdzi, że jest ojcem dziecka – w okresie 56 lat ich obowiązywania nie były przez nikogo kwestionowane⁶. Tymczasem

³ Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. – Prawo rodzinne (Dz. U. Nr 6, poz. 52 i Nr 16, poz. 113).

⁴ Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz. U. Nr 34, poz. 308 ze zm.).

⁵ Według dekretu z 1946 r. taka legitymacja przysługiwała ponadto organom opieki społecznej.

⁶ Zgodnie z tezą III uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego SN z dnia 6 grudnia 1952 r., Prez. 166/52, OSN 1953, Nr II, poz. 31, zawierającej wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie sądowego ustalenia ojcostwa, „Kodeks rodzinny przyznaje prawo żądania sądowego ustalenia ojcostwa tylko dziecku i matce (art. 47 § 1 k. r.; później art. 84 § 1 k. r. o. – przypis K. P.), nie nadał natomiast tego prawa ojcu, skoro może on dziecko uznać. Jednakże uznanie dziecka zależy od zgody matki (art. 44 § 1 k. r.; później art. 77 § 1-3 k. r. o. – przypis K. P.), może zaś wyjątkowo zdarzyć się, że matka odmawia wyrażenia tej zgody z przyczyn nie usprawiedliwionych i równocześnie nie chce wytoczyć powództwa o ustalenie ojcostwa ani w imieniu własnym, ani w imieniu dziecka jako jego przedstawicielka ustawowa. Ponieważ ustalenie ojcostwa – poza przypadkami szczególnymi – z reguły służy dobru dziecka, przeto w sytuacji tego rodzaju może zarysować się wyraźna sprzeczność między interesem dziecka, wymagającym ustalenia ojcostwa, a interesem matki. Taki stan rzeczy – w myśl zasad, wynikających z art. 57 § 2 k. r. – uprawniałby władzę opiekuńczą do ustanowienia – z urzędu lub na wniosek domniemanego ojca – kuratora (art. 57 § 3 k. r.; później art. 98 § 2 i 3 k. r. o. – przypis K. P.), który mógłby wytoczyć powództwo o ustalenie ojcostwa w imieniu dziecka i reprezentowałby je w tym sporze. W takich przypadkach ustalenie ojcostwa mogłoby również nastąpić na podstawie powództwa prokuratora (art. 90 k. p. c. z 1930 r.; później art. 86 k. r. o. – przypis K. P.).”

Rzecznik Praw Obywatelskich dnia 24 kwietnia 2002 r. wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie, że art. 77 w związku z art. 84 § 1 k. r. o. jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 i art. 72 ust. 1 zd. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji⁷. Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z dnia 24 kwietnia 2003 r. przedstawił stanowisko, że art. 84 § 1 k. r. o. stanowi również samodzielny przedmiot zaskarżenia i wniósł o stwierdzenie, iż przepis ten jest niezgodny z art. 45 ust. 1 oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny podzielił stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich zamieszczone w piśmie z dnia 24 kwietnia 2003 r. i dnia 28 kwietnia 2003 r. orzekł m. in., że art. 84 k. r. o. jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 oraz art. 72 ust. 1 zd. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji w zakresie, w jakim wyłącza prawo mężczyzny będącego biologicznym ojcem dziecka do dochodzenia ustalenia ojcostwa. Jest to szczególna postać tzw. wyroku zakresowego (częściowego) Trybunału Konstytucyjnego, mianowicie tzw. wyrok prawotwórczy⁸. W takich wyrokach Trybunał Konstytucyjny stwierdza niezgodność z Konstytucją nie tyle obowiązującego przepisu, ile braku regulacji prawnej. Takie wyroki, które wskazują na istnienie w określonym zakresie luki w prawie, są kierowane głównie do ustawodawcy czy też projektodawcy. Nie korzystają natomiast z mocy powszechnie obowiązującej, która co do zasady przysługuje wyrokom Trybunału Konstytucyjnego (zob. art. 190 ust. 1 Konstytucji), ponieważ Trybunał nie ma kompetencji w zakresie stanowienia prawa.

VI. Sprawy o ustalenie ojcostwa – projekt ustawy i nowa regulacja

Projektodawca zareagował, trzeba przyznać, bardzo szybko. Mianowicie Prezes Rady Ministrów w piśmie z dnia 3 lipca 2003 r. przedstawił Marszałkowi Sejmu przygotowaną przez Komisję kodyfikacyjną prawa cywilnego autopo-

⁷ W uzasadnieniu wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich podkreślił w szczególności, że uzależnienie skuteczności uznania dziecka przez mężczyznę od zgody matki (albo działających w jej zastępstwie osób wymienionych w art. 77 k. r. o.) unicestwia w praktyce prawa biologicznego ojca do dochodzenia swych praw stanu i praw stanu dziecka. Sprzeciw matki lub brak zgody na uznanie dziecka uniemożliwia ustalenie stosunków między dzieckiem a drugim z rodziców. Sytuację faktycznego ojca dodatkowo pogarsza dyskrecyjny charakter decyzji matki dotyczącej zgody na uznanie – art. 77 i nast. k. r. o. nie wprowadzają bowiem żadnych dodatkowych obwarowań prawnych w przypadku, gdy matka nie wyraża zgody na uznanie dziecka, nie ma ona np. obowiązku wykazać, że uznający nie jest rzeczywistym ojcem dziecka. Decyzja matki o braku wyrażenia zgody na uznanie dziecka pozostaje poza kontrolą sądu rodzinnego, z żadnych przepisów nie da się także wyprowadzić uprawnienia sądu do wyrażenia zgody zastępczej w przypadku naruszenia interesu dziecka. Ukształtowanie stosunków między ojcem a dzieckiem nie jest również możliwe w drodze art. 84 § 1 k. r. o., z uwagi na brak samoistnego uprawnienia mężczyzny do wytoczenia powództwa w procesie o sądowe ustalenie ojcostwa. Mężczyzna może jedynie próbować dochodzić swych praw za pośrednictwem prokuratora lub kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy. Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK 2003, nr 4A, poz. 32.

⁸ Zob. szerzej K. Pietrzykowski, O tak zwanych „interpretacyjnych” wyrokach Trybunału Konstytucyjnego, *Przegląd Sądowy* 2004, nr 3, s. 15-30.

prawkę Rządu do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw⁹. Rząd mianowicie zaproponował w szczególności nadanie nowego brzmienia art. 84 k. r. o.¹⁰ Ten nienajlepszy projekt został znacznie poprawiony w toku prac w Komisji nadzwyczajnej do spraw kodyfikacji (a ściślej: w toku prac powołanej przez nią podkomisji nadzwyczajnej z udziałem przedstawiciela Rządu). W efekcie na mocy ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw¹¹ art. 84 k. r. o. otrzymał nowe brzmienie i obecnie składa się z czterech paragrafów, a nie – jak dotychczas – z dwóch.

Zgodnie z § 1 sądowego ustalenia ojcostwa może żądać dziecko, jego matka oraz domniemany ojciec dziecka. Domniemanym ojcem dziecka jest mężczyzna, za którym przemawia domniemanie z art. 85 k. r. o., czyli ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka. Jednakże matka ani domniemany ojciec nie mogą wystąpić z żądaniem ustalenia ojcostwa po śmierci dziecka lub po osiągnięciu przez nie pełnoletności. Jest to zupełnie nowe rozwiązanie, wzorowane na przepisach dotyczących zaprzeczenia ojcostwa i unieważnienia uznania dziecka, którego w dodatku nie było w projekcie rządowym. Jednakże według § 4 ustalenie ojcostwa po śmierci jest możliwe, ale tylko w sytuacji, gdy to właśnie dziecko było powodem w sprawie o ustalenie ojcostwa, po wytoczeniu powództwa zmarło i wtedy ustalenia mogą dochodzić jego zstępni. Paragrafy 2 i 3 regulują natomiast legitymację bierną w procesie o ustalenie ojcostwa.

Nowe przepisy art. 84 k. r. o. nie budzą wątpliwości z punktu widzenia techniki legislacyjnej. Jednakże przyznanie legitymacji czynnej domniemanemu ojcu może wywoływać zastrzeżenia natury etycznej. Należy przede wszystkim podkreślić, że wytoczenie przez domniemanego ojca powództwa o ustalenie jego ojcostwa z natury rzeczy wymaga wykazania istnienia podstawy domniemania prawnego z art. 85 k. r. o., a więc faktu obcowania z matką dziecka w tzw. okresie koncepcyjnym. Ta okoliczność zaś musi prowadzić do naruszenia dóbr osobistych matki dziecka, w tym w szczególności jej prawa do prywat-

⁹ Druk sejmowy nr 1566-A Sejmu IV kadencji.

¹⁰ „Art. 84. § 1. Sądowego ustalenia ojcostwa może żądać dziecko, domniemany ojciec, matka dziecka. Jednakże domniemany ojciec ani matka nie mogą wystąpić z takim żądaniem po osiągnięciu przez dziecko pełnoletności.

§ 2. Dziecko i matka wytacza powództwo o ustalenie ojcostwa przeciwko domniemanemu ojcu, a gdy ten nie żyje – przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy.

§ 3. Domniemany ojciec wytacza powództwo o ustalenie ojcostwa przeciwko dziecku i matce. Jeżeli dziecko nie żyje, domniemany ojciec wytacza powództwo przeciwko matce, a gdy matka nie żyje – przeciwko dziecku. Po śmierci dziecka i matki, domniemany ojciec wytacza powództwo przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd opiekuńczy”.

¹¹ Dz. U. Nr 162, poz. 1691.

ności. Trybunał Konstytucyjny dostrzegł ten problem w uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku, jednakże zajął stanowisko, że prawo do prywatności powinno ustąpić wobec przeważającego interesu dziecka związanego z prawidłowym ustaleniem ojcostwa.

W związku z przyznaniem domniemanemu ojcu legitymacji w procesie o ustalenie ojcostwa nasuwa się ponadto kilka następujących spostrzeżeń.

Po pierwsze, ustawodawca zakładał, że powód w sprawie o ustalenie ojcostwa jest rzeczywiście biologicznym ojcem, zaś matka bezzasadnie odmawia wyrażenia zgody na uznanie przez niego dziecka. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której powództwo o ustalenie ojcostwa będzie wytoczone wyłącznie w zamiarze szykany matki dziecka lub wyłącznie np. w określonych celach majątkowych.

Po drugie, zgodnie z nowym art. 454¹ § 2 k. p. c., dodanym przez ustawę z dnia 17 czerwca 2004 r., w czasie trwania procesu o ustalenie ojcostwa nie może być wszczęta odrębna sprawa o ustalenie ojcostwa. Może natomiast w tym czasie nastąpić skuteczne uznanie dziecka, i to zarówno przez powoda w sprawie o ustalenie ojcostwa, jak i przez innego mężczyznę.

Po trzecie, sądowe ustalenie ojcostwa jest, jak wiadomo, możliwe jedynie w wypadku, gdy pochodzenie dziecka od określonego mężczyzny nie zostało ustalone na podstawie domniemania z art. 62 k. r. o., uznania dziecka albo prawomocnego wyroku sądu ustalającego ojcostwo. Jeżeli zatem ojcostwo określonego mężczyzny zostało ustalone, inny mężczyzna, choćby był ojcem biologicznym dziecka, nie tylko nie będzie mógł wystąpić z powództwem o ustalenie swojego ojcostwa, ale również nie będzie mu przysługiwała legitymacja w sprawach o zaprzeczenie ojcostwa męża matki, o unieważnienie uznania dziecka, ustalenie nieistnienia albo bezwzględnej nieważności uznania ani o wznowienie postępowania w sprawie zakończonej prawomocnym wyrokiem ustalającym ojcostwo.

Nowa regulacja, przyznająca domniemanemu ojcu legitymację czynną w procesie o ustalenie ojcostwa, w wielu wypadkach nie zapewni więc ustalenia ojcostwa w sposób zgodny z pochodzeniem biologicznym.

Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia.

Zasada dobra dziecka należy do jednej z podstawowych zasad prawa rodzinnego. Znajduje ona wyraz w uregulowaniach zawartych w k. r. o. Dokonując analizy przepisów tego kodeksu wskazać można na cały szereg postanowień, odwołujących się do pojęcia „dobra dziecka”. Przepisy te wchodzi w skład różnych instytucji prawa rodzinnego. Odnaleźć je można bowiem zarówno w unormowaniach dotyczących rozwodu (np. art. 56 § 2 k. r. o.), separacji (art. 611 § 2 k. r. o.), władzy rodzicielskiej (art. 95 § 3, 106, 109 § 1 k. r. o.), przysposobienia (art. 114 § 1, 120, 125 § 1 k. r. o.), czy opieki (art. 154, 169 § 2 k. r. o.).

Jak jednak zasadnie zauważono, polski ustawodawca kieruje się postulatem dobra dziecka nie tylko wtedy, gdy używa tego pojęcia w poszczególnych przepisach, ale także wówczas, gdy reguluje całe instytucje prawa rodzinnego i opiekuńczego bezpośrednio lub pośrednio związane z interesami dziecka¹. Jedynie tytułem przykładu można wspomnieć o instytucji przysposobienia. Wśród bowiem przepisów tytułu II (Pokrewieństwo), działu II (Przysposobienie) k. r. o. zamieszczone zostały przepisy odwołujące się do pojęcia „dobra dziecka” (lub przysposobionego). Funkcjonuje jednak też cały szereg takich, w których wspomniane pojęcie nie występuje, ale co do których nie ma wątpliwości, że służą one realizacji dobra dziecka. Do wspomnianych przepisów należy np. art. 1201 k. r. o. Zawiera on regulacje dotyczące tzw. okresu preadopcyjnego, polegającego na określeniu sposobu i okresu osobistej styczności przysposabiającego z przysposabianym przed orzeczeniem przysposobienia. Celem tego okresu jest zapobieganie nieprzemyślanemu dokonywaniu przysposobień. Okres ten ma służyć upewnieniu się, czy planowane przysposobienie dobrze rokuje na przyszłość. Chodzi więc o zapobieganie tragediom z powodu zbyt pochopnie orzekanych przysposobień². W takiej sytuacji nie powinno być wątpliwości, iż powołany przepis, mimo, że nie odwołuje się wprost do pojęcia „dobra dziecka”, z pewnością służy realizacji rozpatrywanej zasady.

Do pojęcia dobra dziecka odwołuje się także szereg międzynarodowych aktów prawnych, ze szczególnym uwzględnieniem Konwencji o Prawach Dziecka³. Z uwagi na zakres niniejszego opracowania nie będzie dokonywana analiza te-

¹ Por. J. Winiarz, *Ochrona praw matki, dziecka i rodziny*, Warszawa 1965, s. 65.

² Tak H. Ciepła (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2000, s. 677.

³ Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526 ze zm.

go pojęcia na gruncie uregulowań międzynarodowych⁴. Wspomnieć jednak można jeszcze np. o Europejskiej Konwencji o Przynależności Dzieci z 24 kwietnia 1967 r.⁵, czy Konwencji o Ochronie Dzieci oraz Współpracy w dziedzinie Przynależności Międzynarodowego z 29 maja 1993 r.⁶, które wprost stanowią o dobru dziecka, które ma być przynależne. Do tego dobra odwołuje się także chociażby Deklaracja w sprawie Zasad Społecznych i Prawnych dotyczących Ochrony i Dobrobytu Dzieci, ze szczególnym uwzględnieniem Opieki Zastępczej oraz Adopcji Krajowej i Międzynarodowej z 3 grudnia 1986 r.

Mimo to, że dobro dziecka stanowi jedną z fundamentalnych zasad prawa rodzinnego, k. r. o. nie zawiera ustawowej definicji pojęcia dobra dziecka. W literaturze przedmiotu pojawiło się więc szereg prób jego zdefiniowania. Z uwagi na zakres niniejszej pracy zostaną one jedynie skrótowo zaprezentowane.

Zgodnie z jednym z poglądów, dobro dziecka należy ujmować jako zespół wartości zarówno o charakterze duchowym jak i materialnym, które są niezbędne do prawidłowego rozwoju fizycznego oraz duchowego dziecka, z uwzględnieniem aspektu intelektualnego, moralnego jak i należytego przygotowania dziecka do pracy dla dobra społeczeństwa⁷. W innym ujęciu przez dobro dziecka należy rozumieć przede wszystkim jego interesy osobiste, a więc troskę o jego rozwój fizyczny i duchowy, a także należyte przygotowanie do pracy stosownie do uzdolnień dziecka i zgodnie z interesem społecznym. W skład omawianego pojęcia wchodzi również interesy majątkowe dziecka, przejawiające się w prawidłowym zarządzaniu jego majątkiem oraz właściwym przeznaczeniu płynących z majątku dochodów i pozostawieniem w miarę możliwości nienaruszonej substancji tego majątku⁸. W kolejnym ujęciu dobro dziecka to kompleks wartości o charakterze niematerialnym i materialnym, niezbędnych do zapewnienia prawidłowego rozwoju fizycznego i duchowego dziecka oraz do należytego przygotowania go do pracy stosownie do jego uzdolnień⁹. Wskazywano również, że przez dobro dziecka należy rozumieć sytuację dziecka postulowaną w świetle dominującej doktryny moralnej w naszym społeczeństwie, bliżej

⁴ Co do tego pojęcia na gruncie międzynarodowych aktów prawnych zob. np. A. Łopatka: Dziecko. Jego prawa człowieka, Warszawa 2000, s. 27-32; Z. Radwański, Dobro dziecka (w:) Konwencja o prawach dziecka a prawo polskie, pod red. A. Łopatki, Warszawa 1991; W. Stojanowska, Dobro dziecka jako instrument wykładni norm konwencji o prawach dziecka oraz prawa polskiego jako dyrektywa jego stosowania (w:) Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia, pod red. T. Smyczyńskiego, Poznań 1999; też: Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne, Warszawa 2000, s. 31-40;

⁵ Dz. U. z 1999 r., Nr 99, poz. 1157.

⁶ Dz. U. z 2000 r., Nr 39, poz. 448 i 449.

⁷ Tak S. Kołodziejski, Dobro wspólnych małoletnich dzieci jako przesłanka odmowy orzeczenia rozwodu, *Palestra* 1965, z. 9, s. 30.

⁸ Zob. J. Marciniak, *Treść i sprawowanie opieki nad małoletnim*, Warszawa 1975, s. 19.

⁹ W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 27.

określonej w przepisach prawnych i ustalonej judykaturze sądowej. Wskazywano przy tym, że jest to model idealizacyjny, zakładający, że dziecko wychowuje się w rodzinie, w atmosferze miłości w warunkach pozwalających zaspokoić jego rozsądnie rozumiane potrzeby oraz najpełniej rozwijać jego talenty i zdolność samodzielnego, twórczego działania. Model ten zakłada też należyłą troskę o majątek dziecka. Wspomniany model jest zorientowany nie tylko na aktualną sytuację dziecka, ale jest również zwrócony ku jego przyszłości. Co więcej. Owa przyszłość jest preferowana w razie kolizji z wartościami rozpatrywanymi jedynie z punktu widzenia aktualnych potrzeb dziecka. Wreszcie, jak zwrócono uwagę, realizacja owego modelu wymaga indywidualnej oceny dziecka. Zwłaszcza konieczne jest uwzględnienie jego wieku, płci, stanu zdrowia, uzdolnień, cech charakterologicznych, wrażliwości psychicznej i faktycznie istniejących więzi uczuciowych łączących je z otoczeniem¹⁰.

Zawarte w k. r. o. przepisy odnoszące się do pochodzenia dziecka (tytuł II, dział I, rozdział I k. r. o.) nie zawierają pojęcia „dobro dziecka”. Brak jest więc uregulowania, zgodnie z którym np. niedopuszczalne byłoby zaprzeczenie pochodzenia dziecka od męża matki, jeżeli byłoby to sprzeczne z dobrem tego dziecka. Z drugiej strony trudno jest jednak zaprzeczyć, że przepisy wspomnianego rozdziału k. r. o. (dotyczące pochodzenia dziecka) służą realizacji zasady dobra dziecka. Zasadnie bowiem zauważono, że dobru dziecka sprzyja gwarancja stabilnej sytuacji rodzinnej, a zwłaszcza stabilność pochodzenia jego od obojga rodziców¹¹.

Zwrócić należy również uwagę na to, że sprawy związane z ustaleniem pochodzenia dziecka, a więc np. ustalenia i zaprzeczenia macierzyństwa, czy ustalenia i zaprzeczenia ojcostwa należą do kategorii tzw. spraw o prawa stanu cywilnego¹². W tym zaś wypadku od szeregu lat sporne było zagadnienie, czy nadrzędną jest tzw. zasada prawdy obiektywnej, przewidywaną przez (nie obowiązujący od 1 lipca 1996 r.) § 2 art. 3 k. p. c., czy też interes (dobro) dziecka. Orzecznictwo Sądu Najwyższego trudno jest uznać za jednolite. W niektórych bowiem orzeczeniach Sąd ten wskazywał na nadrzędność wspomnianej zasady nad dobrem dziecka, w innych zaś dopuszczał możliwość istnienia pewnych odstępstw od priorytetu zasady prawdy obiektywnej. Dla ilustracji tej tezy przytoczyć można, jedynie tytułem przykładu, kilka orzeczeń Sądu Najwyższego. I tak w wyroku z 8 maja 1974 r. przyjęto, że sprawy o zaprzeczenie ojcostwa należą do tej kategorii spraw, w których zasada prawdy obiektywnej

¹⁰ Tak Z. Radwański, Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym, *Studia Cywilistyczne* 1981, t. XXXI, s. 19.

¹¹ T. Smoczyński, Aksjologiczne podstawy dopuszczalności wspomaganey prokreacji ludzkiej, *Forum Iuridicum* 2004, nr 3, s. 11,

¹² Zob. np. J. Ignatowicz (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, pod red. J. Pietrzykowskiego, Warszawa 1993, s. 23-24.

nabiera szczególnego znaczenia¹³. W innym zaś orzeczeniu Sąd Najwyższy stwierdził, że naczelną zasadą rozstrzygającą o właściwym załatwieniu spraw o ustalenie ojcostwa jest zasada prawdy obiektywnej, która decyduje o zakresie postępowania dowodowego w tych sprawach. Zasada ta miała znaczenie zarówno materialnoprawne jak i procesowe. Procesowe znaczenie zasady prawdy obiektywnej miało się przejawiać w tym, że sąd powinien, ze względu na występujący interes społeczny, dążyć do ustalenia rzeczywistego pochodzenia dziecka¹⁴. Akcentowano też, iż w sprawie o ustalenie macierzyństwa interes społeczny wyrażający się w postulatcie ustalenia prawidłowej rejestracji zdarzeń ulegających wpisowi do aktów stanu cywilnego, jest nadrzędny w stosunku do interesu dziecka. Dlatego w takiej sprawie niedopuszczalne było zastosowanie art. 5 k. c. ¹⁵ Przytoczone orzeczenia można uzupełnić o jeszcze jedno, w sposób stanowczy kreujące priorytet prawdy obiektywnej. W wyroku z 9 listopada 1967 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że w sprawach o prawa stanu, w których o ukształtowaniu stanu cywilnego decydują ściśle obiektywne przesłanki, nie ma zastosowania art. 5 k. c. Dlatego też nie może nastąpić oddalenie powództwa w sprawie o zaprzeczenie macierzyństwa czy ojcostwa tylko z tej przyczyny, że byłoby to równoznaczne z naruszeniem zasad współżycia społecznego¹⁶. Zwrócono również uwagę, że sprawy o zaprzeczenie ojcostwa należą do spraw o ustalenie prawidłowego składu rodziny. Za ustaleniem tym przemawia właściwe pojęte dobro dziecka, a państwo z powagą traktuje zagadnienie rodziny. Dlatego sądy mają obowiązek szczególnej dbałości o wykrycie prawdy obiektywnej¹⁷.

W innych zaś orzeczeniach Sąd Najwyższy wskazywał, że także w sprawach o zaprzeczenie macierzyństwa nie można powodować się wyłącznie względami nadrzędności prawdy obiektywnej w ustaleniu stanu cywilnego dziecka, jeżeli szczególne okoliczności sprawy wskazują na sprzeczność żądania z zasadami współżycia społecznego oraz konieczność ochrony interesu dziecka¹⁸. Ponadto w uchwale Sądu Najwyższego z 7 czerwca 1971 r. stwierdzono, że zasady współżycia społecznego mogą stanowić podstawę do oddalenia powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa tylko wyjątkowo. W szczególności może to nastąpić wówczas, gdy macierzyństwu stwierdzonemu w akcie stanu cywilnego odpowiadają zgodne z nim, od wielu lat istniejące stosunki ro-

¹³ I CR 204/74, niepubl.

¹⁴ II CKU 89/97, Prokuratura i Prawo 1998, nr 1, s. 28. W sposób szczególny zaakcentował to Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z 9.6.1976 r., III CZP 46/75, Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1976, nr 9, poz. 184, pkt X, ppkt 1.

¹⁵ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 14.6.1966 r., I CR 161/66, niepubl.

¹⁶ I CR 371/67, Biuletyn Sądu Najwyższego 1968, nr 2, poz. 30.

¹⁷ Tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z 29.1.1987 r., III CRN 401/86, OSN 1988, nr 4, poz. 51.

¹⁸ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 5.6.1968 r., II CR 164/68, OSN 1969, nr 3, poz. 55.

dzinne, a poza przestankami natury biologicznej brak innych przyczyn o charakterze niemajątkowym, które mogłyby przemawiać za potrzebą zmiany stanu cywilnego¹⁹. Dopuszczając, wyjątkowo i w rzadkich wypadkach, możliwość oddalenia powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa ze względu na zasady współżycia społecznego, stwierdzono jednak, że nie jest to możliwe wówczas, gdy dziecko zna prawdziwy stan rzeczy. W takiej bowiem sytuacji nie zachodzi obawa, że dozna ono szoku psychicznego, względnie innych niekorzystnych następstw²⁰. Na odstępstwo od priorytetu zasady prawdy obiektywnej może wskazywać również uchwała Sądu Najwyższego z 27 października 1983 r., w której przyjęto, że żądanie męża matki zaprzeczenia ojcostwa co do dziecka poczętego w wyniku dokonanego za zgodą tego męża sztucznego zapłodnienia nasieniem innego mężczyzny może być uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego²¹. W uzasadnieniu do tej uchwały Sąd Najwyższy stwierdził m. in., że ustawodawca nie uznaje zasady bezwzględnej supremacji prawdy obiektywnej, jeżeli uważa, iż sprzeciwia się temu względna ochrona interesu rodziny, a zwłaszcza dobra dziecka. Takiemu ujęciu ustawodawca dał wyraz w szeregu przepisach k. r. o., które utrudniają, a nawet niekiedy uniemożliwiają ustalenie rzeczywistych, opartych na zdarzeniach naturalnych stosunków stanu cywilnego. Jako przykład Sąd Najwyższy podał art. 63, 68-70, 80 oraz 81 § 2 k. r. o. Jak to jednak zostało we wspomnianym uzasadnieniu podniesione, dalsze odstępstwa, poza tymi szczególnymi unormowaniami, od zasady prawdy obiektywnej są niedopuszczalne. Dotyczy to zwłaszcza spraw o prawa stanu cywilnego. Skoro bowiem w tych sprawach decydujące znaczenie ma prawda obiektywna, polegająca na zgodności treści aktu stanu cywilnego ze stanem rzeczywistym, to powództwo z tego zakresu nie może być w zasadzie oddalone z powodu sprzeczności żądania z zasadami współżycia społecznego. O wyniku sprawy powinno decydować obiektywne ustalenie, czy dziecko pochodzi, czy też nie od danych rodziców. Jednakże w szczególnych okolicznościach interes dziecka, jego utrwalona sytuacja życiowa oraz skład rodziny mogą mieć nadrzędny charakter nad prawdą obiektywną.

Dokonując analizy wspomnianych orzeczeń, w których Sąd Najwyższy dostrzegał możliwość odstąpienia, w pewnych, szczególnych wypadkach od priorytetu zasady prawdy obiektywnej, nietrudno zauważyć, że zasada ochrony dobra dziecka pozostawała niejako „w cieniu” zasad współżycia społecznego. Jeżeli bowiem nawet Sąd Najwyższy wspominał o potrzebie ochrony dobra (interesu) dziecka, to czynił to w dalszej kolejności po zasadach współżycia społecznego.

¹⁹ III CZP 87/70, OSN 1972, nr 3, poz. 42.

²⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 7.6.1976 r., IV CR 177/76, OSPIKA 1977, nr 5, poz. 85.

²¹ III CZP 35/83, OSN 1984, nr 6, poz. 86.

Z chwilą wejścia w życie noweli do k. p. c. z 1.3.1996 r. sytuacja zmieniła się²². Z tym dniem bowiem uległy zmianie mające podstawowe znaczenie, dla omawianej problematyki, art. 3 oraz 232 k. p. c. Z aktualnego brzmienia wspomnianych przepisów wynika, że ustawodawca odstąpił od rygorystycznego podejścia w zakresie konieczności dążenia przez sąd do ustalenia prawdy materialnej. Położony został natomiast nacisk na aktywność procesową stron lub uczestników postępowania. Z tego wynika, że sąd dążąc do ustalenia prawdy w postępowaniu cywilnym powinien w zasadzie ograniczać się do przeprowadzenia dowodów wskazanych przez strony. Za zasadne więc należy uznać stwierdzenie, że ustalona w ten sposób prawda ma postać prawdy formalnej. Ustawodawca jako zasadę przyjął więc prawdę formalną. Wyjątkowo zachowując elementy prawdy materialnej²³.

Również w nowszych orzeczeniach Sądu Najwyższego daje się odczuć inne podejście do problematyki prawdy obiektywnej w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka. Jedynie tytułem przykładu można wskazać na postanowienie Sądu Najwyższego z 5 maja 2000 r., w uzasadnieniu którego Sąd ten stwierdził m. in., że nie jest bezwzględny załóżnik prawa rodzinnego o dążeniu do ustalenia składu rodziny zgodnie z rzeczywistymi więzami krwi. Nie jest bowiem tak, aby prawo nakazywało ustalenie rzeczywistego składu rodziny w każdym wypadku i za każdą cenę²⁴.

Wobec takiego stanu rzeczy, nie powinno być przeszkód co do szerszego wykorzystywania, w rozpatrywanych kategoriach spraw, art. 5 k. c. Sądy mogą więc np. oddalić powództwo strony, której zachowanie nosi znamiona nadużycia prawa podmiotowego ze względu na zasady współżycia społecznego. Zachowaniem takim może być oczywiście np. wytoczenie powództwa, które może zostać przez sąd oddalone, jeżeli uzna on, iż zawarte w pozwie żądanie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie ma więc, przynajmniej na pierwszy rzut oka, przeszkód do oddalenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa lub macierzyństwa z uwagi na to, że stanowiłoby to naruszenie zasad współżycia społecznego.

Niepodobna jednak nie zauważyć, że co prawda dokonane w k. p. c. zmiany umożliwiły sądom bardziej „elastyczne” orzekanie w sferze spraw o prawa stanu cywilnego, to jednak zasada dobra dziecka i potrzeba ochrony jego interesu w sferze tych spraw pozostaje ciągle jakby „w cieniu” zasad współżycia

²² Ustawa z dnia 1.3.1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 43, poz. 189.

²³ Tak P. Osowy, K. Żolnierczuk, *Zarys postępowania cywilnego. Podręcznik dla studentów wyższych szkół administracyjnych*, Przemysł 2003, s. 55-56.

²⁴ II CKN 869/00, OSN 2000, nr 11, poz. 205.

społecznego i art. 5 k. c. Inaczej rzecz ujmując. Nie wydaje się możliwe np. oddalenie powództwa o zaprzeczenie ojcostwa tylko i wyłącznie na tej podstawie, iż wspomniane zaprzeczenie naruszałoby dobro dziecka. W takim bowiem wypadku, raczej nie jest wystarczające powołanie, jako podstawy oddalenia powództwa, art. 72 ust. 1 zd. 1 Konstytucji, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Daje się więc odczuć w tym wypadku brak stosownej regulacji w k. r. o., która stwarzałaby sądowi możliwość uwzględnienia w szerszym zakresie interesów dziecka w sprawach dotyczących jego pochodzenia. Ochrona ta może być realizowana bowiem z punktu widzenia kryterium jakim są zasady współżycia społecznego. Jeżeli więc istnieje możliwość stwierdzenia, że np. naruszenie interesu dobra dziecka w związku z postępowaniem o ustalenie jego pochodzenia kolidowałaby jednocześnie z zasadami współżycia społecznego, stwarzając podstawę zastosowania art. 5 k. c., wówczas dobro to będzie chronione. Cały czas jednak niejako „za pośrednictwem” wspomnianych zasad i art. 5 k. c. Jak się jednak wydaje, niepodobna wykluczyć sytuacji, w której nie można będzie zakwalifikować żądania powoda, domagającego się zaprzeczenia ojcostwa, jako nadużycia prawa zgodnie z art. 5 k. c., a jednocześnie w toku postępowania zostanie ustalone, iż takie zaprzeczenie będzie niekorzystne dla dziecka. Wywoła ono bowiem np. u niego wstrząs psychiczny, skutkujący dalszymi konsekwencjami dla rozwoju dziecka. Uniknięcie tego typu sytuacji byłoby możliwe wówczas, gdyby uznać, że zawsze, każde działanie godzące w dobro dziecka jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i można je zakwalifikować jako nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k. c. Zapatrywanie to nie wydaje się jednak trafne. Jeżeli by bowiem tak było, wówczas należałoby stwierdzić, że albo zasady współżycia społecznego i zasada dobra dziecka są treściowo identyczne, lub też zasada dobra dziecka jest węższa od zasad współżycia społecznego, które jednakże obejmują wszelkie sytuacje mieszczące się w ramach zasady ochrony dobra dziecka. Tak jednak nie jest i obydwie te pojęcia po prostu nie pokrywają się ze sobą w pełni, aczkolwiek rzeczywiście mogą mieć wiele punktów wspólnych.

Mając więc na uwadze postulat zapewnienia jak najpełniejszej ochrony interesów dziecka można ewentualnie proponować wprowadzenie do k. r. o. przepisów, regulujących pochodzenie dziecka, unormowań zgodnie z którymi np. niedopuszczalne uznane zostałoby żądanie zaprzeczenia ojcostwa, jeżeli byłoby to sprzeczne z dobrem dziecka. Rozwiązanie takie wychodziłoby na przeciw wspomnianemu postulatowi. Pytanie jednak tylko, czy nie byłoby ono zbyt szeroko wykorzystywane przez sądy? Zbyt częste sięganie do takich przepisów mogłoby w efekcie prowadzić do nadmiernego ograniczania praw osób pragnących ustalenia, że dane dziecko od niej nie pochodzi. Istnieje też obawa, czy wprowadzenie wspomnianego rozwiązania nie skutkowałoby powstaniem zbyt dużej liczby nie rozpoznanych spraw, ponieważ powództwa byłyby

oddalane z uwagi na sprzeczność zawartego w nich żądania z dobrem dziecka. Powstawałyby też swego rodzaju „pokusa”, aby jak najczęściej korzystać z takich regulacji, ponieważ umożliwiałyby one szybsze „załatwienie” sprawy. Odpadałaby bowiem potrzeba przeprowadzania wielu czasochłonnych dowodów np. związanych z zaprzeczeniem ojcostwa. Do zagadnienia tego powrócę jeszcze w dalszej części niniejszego opracowania.

Rozważając wspomniane kwestie należy jednak pamiętać, że „odpadnięcie” problemu nadrzędności prawdy obiektywnej nie musi wcale oznaczać niczym nie skrzępowanego posługiwania się art. 5 k. c. w sferze praw stanu cywilnego. Warto w tej mierze sięgnąć do wskazówek zawartych w orzeczeniach Sądu Najwyższego. I tak w wyroku z 2 kwietnia 1969 r. stwierdzono, że nadużycie prawa nie może być traktowane jako instytucja mająca charakter penalny, sprowadzający się w efekcie do pozbawienia danego podmiotu uprawnionego prawa mu przysługującego, by w ten sposób ukarać go za postępowanie niezgodne z zasadami współżycia społecznego²⁵. W innym z kolei orzeczeniu Sąd Najwyższy podkreślał, że nie można, z powołaniem się na zasady współżycia społecznego, podważać ani modyfikować wyraźnych dyspozycji przepisów prawnych²⁶. Wreszcie zgodnie z orzeczeniem tego Sądu z 25 maja 1973 r. zasady współżycia społecznego chronią wprowadzie przed nadużyciem prawa, lecz nie mogą tego prawa w ogóle unicestwić²⁷.

Mając na względzie poczynione uprzednio uwagi, można wskazać, jedynie tytułem przykładu, na sytuacje mogące wystąpić w praktyce. Punktem wyjścia w ustalaniu pochodzenia dziecka jest oczywiście ustalenie macierzyństwa. Kodeks rodzinny i opiekuńczy kwestii tych nie reguluje, jak się jednak przyjmuje, dopuszczalne jest zarówno ustalenie macierzyństwa jak i jego zaprzeczenie. Podstawę może stanowić art. 189 k. p. c. Jak się wydaje, możliwe jest np. oddalenie powództwa o zaprzeczenie macierzyństwa jeżeli przemawiają za tym zasady współżycia społecznego oraz dobro dziecka. Mogłoby to mieć miejsce np. gdy z takim powództwem wystąpiłaby rzeczywista matka dziecka po upływie dłuższego czasu od urodzenia się dziecka, którego sytuacja rodzinna jest ustabilizowana. Wychowuje się ono w „normalnej” rodzinie, otoczone jest miłością i należytą troską. W takim wypadku żądanie zaprzeczenia macierzyństwa kobiety, która dziecko wychowuje np. od kilku już lat, dodajmy, że czyni to bez zarzutu, przez rzeczywistą matkę, która wiedząc o tej sytuacji nie interesowała się swoim dzieckiem, może zostać uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Będzie ono również godzić w dobro dziecka. Może bowiem zniszczyć świat dziecka, w którym się wychowuje i w którym jest szczęśliwe.

²⁵ I PR 60/69, Biuletyn Sądu Najwyższego 1969, nr 10, poz. 164.

²⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 22.9.1987 r., III CRN 265/87, OSN 1989, nr 5, poz. 80.

²⁷ III CRN 86/73, Gazeta Sądowa 1974, nr 9, s. 2.

Pytanie, czy również w wypadku art. 63 k. r. o. możliwe jest oddalenie powództwa męża matki dziecka, jeżeli jego żądanie zostanie uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i dobrem dziecka. Za taką możliwością przemawiać może chociażby powołana uprzednio uchwała Sądu Najwyższego z 27 października 1983 r., w której Sąd ten opowiedział się za możliwością uznania żądania męża matki zaprzeczenia ojcostwa za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Uchwała ta dotyczyła wprawdzie zaprzeczenia ojcostwa poczętego w następstwie dokonania zabiegu inseminacji heterologicznej, ale nie trzeba chyba przekonywać, że jej „rozciągnięcie” w ogóle na dopuszczalność zaprzeczenia ojcostwa przez męża matki, mogłoby odpowiadać dobru dziecka. Problem nie jest jednak tak jednoznaczny. Trzeba bowiem pamiętać o tym, że dopuszczenie zasad współżycia społecznego jako podstawy do oddalenia powództwa męża matki skutkowałoby podniesieniem zarzutów, że zasady te stały się przesłanką pozbawienia męża matki uprawnienia wyraźnie określonego w obowiązującym przepisie. Ponadto zasadny stałby się zarzut o podważeniu dyspozycji wspomnianego przepisu. Mąż matki, z uwagi na dobro dziecka, i tak ma już ograniczoną możliwość zaprzeczenia swojego ojcostwa. Ograniczenie to wynika chociażby z przewidzianego w art. 63 k. r. o. sześciomiesięcznego terminu do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. Zarzuty te natomiast nie będą występowały w sprawach związanych z ustaleniem (zaprzeczeniem) macierzyństwa. W tym bowiem wypadku brak jest przepisu wyraźnie regulującego te zagadnienia.

Stajemy więc przed trudnym do rozstrzygnięcia wyborem. Dopuszczenie możliwości oddalenia powództwa przewidzianego w art. 63 k. r. o. na podstawie art. 5 k. c. wydaje się z jednej strony trafnym rozstrzygnięciem służącym interesowi dziecka, z drugiej jednak rodzi się obawa o stworzenie „precedensu”, który stanowiłby postawę do coraz szerszej dopuszczalności stosowania art. 5 k. c. Wpierw w odniesieniu do art. 63 k. r. o., a następnie na inne sprawy związane z pochodzeniem dziecka. Oznaczałoby to przekreślenie, przynajmniej co do spraw o pochodzenie dziecka, powszechnie chyba akceptowanej reguły, iż zasady współżycia społecznego nie mogą podważać obowiązujących przepisów oraz że nie powinny prowadzić do unicestwiania praw przyznanych podmiotom przez te przepisy. Mając więc na uwadze poczynione zastrzeżenia, należy opowiedzieć się przeciwko możliwości oddalenia powództwa przewidzianego w art. 63 k. r. o. na podstawie art. 5 k. c.

Nie wydaje się aby wzgląd na zasady współżycia społecznego oraz dobro dziecka mógł mieć znaczenie dla jego uznania. Trudno sobie wyobrazić np. odmowę przyjęcia oświadczenia o uznaniu, dlatego że zdaniem sądu uznanie to byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Nie wydaje się również, aby mogło dojść do uznania dziecka mimo braku zgody osób wymienionych w art. 77 k. r. o. (o ile oczywiście nie zachodzi przypadek, w którym zgoda ta nie jest wymagana)

z uwagi na to, że sąd uznałby iż np. odmowa wyrażenia zgody na uznanie dziecka jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego i dobrem dziecka. Dopuszczenie wspomnianych uprzednio możliwości oznaczałoby podważenie, z powołaniem się na zasady współżycia społecznego, obowiązujących przepisów. Mogłoby też naruszać podstawową funkcję uznania dziecka, jaką jest ustalenie pochodzenia dziecka od określonego ojca. Odrębnym jest natomiast zagadnienie, czy wyrażenie albo odmowa zgody przez matkę na uznanie dziecka może być przyczyną ograniczenia lub pozbawienia jej władzy rodzicielskiej. Kwestia ta nie będzie jednak, ze względu na ramy niniejszego opracowania analizowana. Zostanie jedynie zasygnalizowane, że w razie dopuszczenia takiej możliwości powstanie sytuacja, w której zgoda matki na uznanie nie będzie potrzebna. Niezbędna natomiast stanie się zgoda przedstawiciela ustawowego dziecka (art. 77 § 1 k. r. o.).

Kolejnym problemem, na który należy zwrócić uwagę jest to, czy możliwe jest, na gruncie art. 80 k. r. o., oddalenie powództwa o unieważnienie uznania, z powołaniem się na zasady współżycia społecznego i dobro dziecka. Zagadnienie to wywołuje wątpliwości. Z jednej bowiem strony względ na dobro dziecka sugerowałby aby takie rozwiązanie dopuścić. Z drugiej jednak oznaczałoby to pozbawienie mężczyzn dokonujących uznania i tak już niewielkich możliwości żądania unieważnienia uznania. Zgodnie bowiem ze wspomnianym przepisem mężczyzna, który dziecka uznał może żądać uznania z powodu wady swego oświadczenia woli. Nie wchodzi więc w grę możliwość unieważnienia uznania z tej przyczyny, że uznał on nie swoje dziecko. Taką możliwość ma natomiast uznane dziecko (art. 81 k. r. o.). Ponadto jeżeli np. mężczyzna dokonał uznania pod wpływem groźby, to pozbawienie go możliwości żądania unieważnienia uznania byłoby wobec niego szczególnie niesprawiedliwe. Z drugiej jednak strony może się pojawić pytanie, czy jednakowo traktować wszystkie przypadki, jakie mogą zaistnieć w związku z wadami oświadczeń woli. Na przykład. Czy tak samo traktować mężczyznę, który dokonał uznania pod wpływem groźby, błędu lub znajdował się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli z przyczyn od siebie niezależnych z mężczyzną, który uznał dziecko w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli z przyczyn leżących po jego stronie (np. wprawił się w stan upojenia alkoholowego lub odurzenia narkotykami). Identyczne potraktowanie tych mężczyzn nie wydaje się słuszne. Można się zastanawiać, czy w tym ostatnim wypadku nie dopuścić możliwości oddalenia powództwa o unieważnienie uznania. Jednak wydaje się mało prawdopodobne, aby doszło do uznania przez mężczyznę znajdującego się w tak znacznym upojeniu alkoholowym (albo odurzeniu narkotykowym), że wyłączona była jego świadomość co do wyrażanej przezeń woli. Można więc zaryzykować stwierdzenie, że oddalenie powództwa z art. 80 § 1 k. r. o. z powołaniem się na zasady współżycia społecznego oraz dobro dziecka, nie powinno wchodzić w rachubę.

Jak należy ponadto mniemać, brak jest podstaw do tego, aby oddalić powództwo, z powołaniem się na art. 5 k. c., o sądowe ustalenie ojcostwa na podstawie art. 84 § 1 k. r. o. Przecież to właśnie takie ustalenie powinno odpowiadać dobru dziecka i sprawić, że jego interesy będą bardziej wszechstronnie chronione. Pojawić się jednak może pytanie, czy nie istnieje możliwość dopuszczenia, ze względu na zasady współżycia społecznego i dobro dziecka, sądowego ustalenia ojcostwa po osiągnięciu przez dziecko pełnoletności. Łątwo można wyobrazić sobie sytuację, w której ojciec dziecka dowiedział się o swoim ojcostwie już po osiągnięciu przez dziecko pełnoletności. Dziecko jest np. chore. Ojciec pragnie mu zapewnić jak najlepszą pieczę. Nie jest natomiast możliwe uznanie dziecka np. z powodu braku zgody matki. Względy słusznościowe mogłyby w takim wypadku przemawiać za dopuszczeniem zastosowania art. 5 k. c. Pamiętać jednak należy, iż oznaczałoby to podważenie wyraźnej dyspozycji zawartej w art. 84 § 1 k. r. o.

Zagadnienia dotyczące dobra dziecka w związku z ustaleniem jego pochodzenia występują także na gruncie przepisów p. a. s. c. W odniesieniu do tej ustawy zasadne wydaje się stwierdzenie, że zasada prawdy obiektywnej jest jedną z podstawowych zasad w systemie aktów stanu cywilnego. Wynika to z funkcji tych aktów. Powinny one bowiem odzwierciedlać fakty w nich zawarte w sposób zgodny z rzeczywistością. Zasada ta nie ma jednak na gruncie p. a. s. c. charakteru absolutnego²⁸. Istnieją bowiem od niej wyjątki. Jedynie tytułem przykładu można wskazać na art. 42 ust. 2 p. a. s. c., zgodnie z którym jeżeli dziecko pozamałżeńskie nie zostało uznane ani też nie doszło do sądowego ustalenia ojcostwa, wówczas do aktu urodzenia takiego dziecka jako imię ojca wpisuje się imię wskazane przez przedstawiciela ustawowego dziecka. W przypadku, w którym nie doszło do takiego wskazania, jako imię ojca wpisuje się jedno z imion zwykle używanych w Polsce. Jako zaś nazwisko ojca i jego nazwisko rodowe wpisywane jest nazwisko matki. Innym jeszcze przykładem może być art. 48 ust. 1 p. a. s. c., na podstawie którego sporządzany jest nowy akt urodzenia przysposobionego całkowicie, w którym jako rodziców wpisuje się przysposabiających. Działanie wspomnianego wyjątku od zasady prawdy obiektywnej zostało jednak złagodzone możliwością udostępnienia osobie przysposobionej (po osiągnięciu przez nią pełnoletności) księgi stanu cywilnego w części dotyczącej dotychczasowego aktu urodzenia (art. 48 ust. 4 ale i też art. 49 ust. 2a p. a. s. c.).

Kwestie związane z pochodzeniem dziecka znajdują swoje odzwierciedlenie w jego aktach stanu cywilnego. Tak więc np. w razie uznania dziecka pozamałżeńskiego przez jego ojca albo sądowego ustalenia ojcostwa do aktu urodzenia dziecka wpisuje się dane dotyczące osoby ojca (art. 42 ust. 1 p. a. s. c.).

²⁸ Por. A. Zielenacki, Zasada prawdziwości wpisów do aktów stanu cywilnego (w:) Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej, pod red. T. Smoczyńskiego, Poznań 1990, s. 45.

Dopuszczalność możliwości zastosowania art. 5 k. c., w sprawach o prawa stanu, skutkuje więc również w sferze rejestracji stanu cywilnego dziecka. Zwiększa się liczbę przypadków, w których spłyceciu ulega zasada prawdy obiektywnej na gruncie przepisów p. a. s. c. Co więcej są to sytuacje nie przewidziane wprost w istniejących unormowaniach. Jeżeli bowiem np. sąd oddali powództwo o zaprzeczenie macierzyństwa, ze względów uprzednio wspomnianych, spowoduje to, że w akcie urodzenia dziecka, jako jego matka, wpisana będzie kobieta nie będąca jego rzeczywistą matką.

Reasumując poczynione uwagi, należy stwierdzić, że w odniesieniu do zawartej w k. r. o. regulacji, dotyczącej pochodzenia dziecka niezbędną wydaje się interwencja ustawodawcy. Istniejący stan prawny trudno jest uznać za zadowalający. Stwarza zbyt wiele wątpliwości interpretacyjnych, które muszą skutkować niejednorodnym rozstrzygnięciem spraw przez sądy. Trafny wydaje się pogląd, że praktycznej realizacji zasady dobra dziecka nie sprzyja nadmierna ogólnikowość uregulowań normatywnych dotyczących tej zasady. Konieczne jest więc konkretyzowanie kwestii szczegółowych²⁹. Dlatego też, mimo zgłoszonych uprzednio wątpliwości, zasadna wydaje się propozycja wprowadzenia do niektórych przepisów regulujących pochodzenie dziecka klauzuli jego dobra. Klauzula taka mogłaby zostać umieszczona np. w art. 63 k. r. o. Artykuł ten mógłby zostać poszerzony o § 2, zgodnie z którym wytoczenie powództwa przez męża matki o zaprzeczenie ojcostwa nie byłoby możliwe jeżeli wywołałoby to skutki sprzeczne z dobrem dziecka. Także w art. 80 § 1 k. r. o. mogłoby znaleźć się stwierdzenie, iż nie jest dopuszczalne żądanie unieważnienia dziecka jeżeli byłoby to sprzeczne z jego dobrem. Do rozważenia jest też, czy nie uzupełnić w podobny sposób art. 84 § 1 k. r. o. tak, aby było możliwe sądowe ustalenie ojcostwa dziecka także po osiągnięciu przez nie pełnoletności.

Wprowadzenie wspomnianych innowacji uczyniłoby sytuację klarowniejszą od istniejącej obecnie. Sądy nie miałyby wątpliwości, w jakich wypadkach mogą oddalać stosowne powództwa z powołaniem się wprost (bez potrzeby „pośrednictwa” zasad współzycia społecznego) na dobro dziecka. Niezbędna byłaby jednak w takich wypadkach bardzo dogłębna analiza wszystkich okoliczności sprawy tak, aby mogące się pojawiać zarzuty o „upraszczaniu sobie życia” przez sądy w takich sprawach można było uznać za bezzasadne. Trzeba też pamiętać, iż wnikliwa analiza każdego konkretnego wypadku służyć miała przede wszystkim dobru dziecka. Niedopuszczalne byłyby sytuacje, w których np. sąd oddalając powództwo męża matki z art. 63 k. r. o. nie dostrzegłby, że w ten sposób zamieni dziecku dotychczasowe życie w przysłowiowe piekło za sprawą męża matki, który rozgoryczony takim załatwieniem sprawy zacząłby „mścić się” na swojej rodzinie.

²⁹ Por. A. Cisek, J. Mazurkiewicz, J. Strzebinczyk, O zmiany w prawie rodzinnym w celu wzmocnienia ochrony dobra dziecka, *Nowe Prawo* 1990, nr 10-12, s. 70.

Wprowadzenie wspomnianych zmian oznacza też, że trzeba wreszcie jasno powiedzieć, iż dobro dziecka ma nadrzędne znaczenie, i że realizacja tego dobra odbywać się może także kosztem dóbr, czy uprawnień innych osób. Ma to zresztą już miejsce. Czymże bowiem innym jest regulacja pozwalająca przysposobionemu dziecku, po osiągnięciu pełnoletności, na poznanie swego „naturalnego” pochodzenia, jeżeli nie zrealizowaniem dobra osobistego przysposobionego kosztem dóbr osobistych jego rodziców oraz ich rodzin³⁰.

Odrębnego omówienia wymaga kwestia dobra dziecka w związku z ustaleniem jego pochodzenia w przypadku tzw. „sztucznej” inseminacji. Rozważania w tej materii rozpocząć chyba trzeba od stwierdzenia, że dobru poczętych w ten sposób dzieci powinno sprzyjać uchwalenie stosownej w tej mierze ustawy. Zbyt wiele jest bowiem w tej mierze wątpliwości oraz rozbieżnych poglądów. Uprzednio zostało wspomniane, że praktycznej realizacji dobra dziecka nie sprzyja nadmierna ogólnikowość unormowań. Tę tezę należy uzupełnić o jeszcze jedno stwierdzenie, a mianowicie, że w tym wypadku realizacji dobra dziecka nie sprzyja brak unormowań. Dlatego też za całkowicie trafne należy uznać zapatrywanie, że przy projektowaniu prawnej regulacji omawianej problematyki niezbędne jest wzięcie pod uwagę zasady dobra dziecka. Przecież w grę wchodzi powołanie do życia dziecka, na którego dobro, realizowane po urodzeniu, wpływa sama decyzja o poddaniu się stosownym zabiegom lekarskim i wyborze metody działania³¹.

Jak się wydaje, w wypadku zagadnień związanych z dobrem dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia zasadne jest rozpatrzenie tych kwestii wpierw na gruncie obowiązujących przepisów, a następnie w sferze postulatów *de lege ferenda*.

W odniesieniu do tzw. sztucznej inseminacji tradycyjnie odróżnia się trzy jej rodzaje: homologiczną, heterologiczną oraz mieszaną. Najmniej zastrzeżeń wywołuje pierwsza z nich. Jeżeli zostanie ona bowiem dokonana w naturalnym okresie płodności pary małżeńskiej, wówczas pochodzenie dziecka jest pewne. Rodzice prawni są jednocześnie rodzicami biologicznymi. Z tych względów sytuacja dziecka jest stabilna i można przypuszczać, że dobro dziecka nie jest zagrożone³². Zapatrywanie to należy uznać za trafne. W omawianym bowiem wypadku próba obalenia domniemania z art. 62 § 1 k. r. o. przez męża matki nie powiedzie się. Zarzut, iż małżonkowie nie obcowali ze sobą w okresie koncepcyjnym, nie ma dla obalenia domniemania znaczenia. Zaprzeczenie ojcostwa byłoby możliwe wówczas, gdyby powód wykazał, że między nim a dzieckiem nie istnieją więzi biologiczne. Zaprzeczenie ojcostwa nie powiedzie się również wówczas, gdy mąż

³⁰ Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z 3.4.2000 r., I KKN 564/98, niepubl., w którym stwierdzono, że ustawodawca dokonał w art. 63 k. r. o. wyboru na korzyść dziecka między zasługującym na ochronę co do zasady interesem ojca a interesem dziecka polegającym na wychowywaniu w naturalnym nie kwestionowanym środowisku rodzinnym.

³¹ Tak T. Smoczyński, *Aksjologiczne podstawy...*, s. 10.

³² Tak T. Smoczyński, *Aksjologiczne podstawy...*, s. 10.

matki nie wyraził zgody na inseminację homologiczną. Nie wdając się jednak w bliższe rozważania na ten temat należy stwierdzić, że pisemna zgoda męża matki na dokonanie zabiegu musi być konieczną przesłanką jego przeprowadzenia³³. Wprawdzie bowiem mąż matki nie zdoła zaprzeczyć swojego ojcostwa ale przecież pozostaje względ na dobro dziecka. Wystarczy wspomnieć chociażby tylko o zaakceptowaniu tak poczętego dziecka przez męża matki.

Podobnie rzecz się przedstawia w odniesieniu do zabiegu inseminacji homologicznej co do osób pozostających w konkubinacie, o ile oczywiście konkubent uznałby dziecko poczęte. Wówczas status takiego dziecka względem rodziców przypominałby status dziecka małżeńskiego. Z tą jednak różnicą, że w razie rozpadu związku rodziców dziecka, jego dobro nie podlegałoby ochronie przewidzianej w art. 56 § 2 k. r. o.³⁴

Znacznie więcej problemów przysparza natomiast inseminacja heterologiczna. Wówczas bowiem biologicznym ojcem dziecka jest dawca nasienia, a nie mąż matki. O możliwości obalenia domniemania pochodzenia takiego dziecka z małżeństwa w razie wyrażenia zgody na zabieg ze strony męża wspomniano już uprzednio w związku z uchwałą Sądu Najwyższego z 27 października 1983 r. Z tej uchwały można *a contrario* wyprowadzić wniosek, że jeżeli zabiegu inseminacji heterologicznej dokonała matka bez zgody swego męża, to możliwe jest zaprzeczenie ojcostwa w trybie określonym art. 63 – 65 k. r. o. Wobec tego zasadny jest wniosek, że konieczną przesłanką dopuszczalności inseminacji heterologicznej powinna być niewzruszalność pochodzenia dziecka od obojga małżonków³⁵. Jak się wydaje, realizacja tego słusznego postulatu *de lege lata* jest możliwa jedynie przy bardzo rygorystycznym przestrzeganiu zasady, iż dokonanie tego zabiegu może nastąpić wyłącznie po uzyskaniu przez lekarza pisemnej zgody męża matki.

Również w wypadku dokonania zabiegu inseminacji mieszanej postulować należy aby konieczną przesłanką było wyrażenie zgody przez męża matki. Pozwoli to na uniknięcie prób wytaczania powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. Próby te mogą być zresztą nieskuteczne skoro zapłodnienia kobiety dokonuje się nasieniem męża oraz innego mężczyzny, które jest mieszane. Mąż matki może być więc ojcem dziecka.

Kolejne problemy pojawiają się w razie tzw. macierzyństwa zastępczego. Nie wdając się w tej chwili w dyskusję nad dopuszczalnością w polskim systemie prawa umowy o macierzyństwo zastępcze³⁶, należy stwierdzić, że w ra-

³³ Obszerniej na temat postępowania lekarza przy zabiegach sztucznej inseminacji patrz np. M. Działyńska, Postępowanie lekarza przy dokonywaniu zabiegu sztucznej inseminacji kobiety zamężnej, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1985, z. 1.

³⁴ Tak T. Smyczyński, *Aksjologiczne podstawy...*, s. 10.

³⁵ Zob. T. Smyczyński, *Aksjologiczne podstawy...*, s. 11.

³⁶ Co do problematyki macierzyństwa zastępczego zob. jedynie tytułem przykładu Z. Czarnik, M. Majcher, *Macierzyństwo zastępcze w prawie polskim*, *Przegląd Powszechny* 1993, nr 2; M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, *Studia Prawnicze* 1993, s. 1.

zie przyznania takiej możliwości pojawia się problem tego, kto w akcie urodzenia dziecka powinien zostać ujawniony jako matka: matka genetyczna, czy matka zastępcza. W świetle obowiązujących przepisów (art. 40 ust. 1 p. a. s. c.) do aktu urodzenia zostanie wpisana jako matka dziecka matka zastępcza. Jej pozycja jest zresztą uprzywilejowana w stosunku do matki genetycznej. Już choćby tylko z tego powodu, że akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich zawartych (art. 4 p. a. s. c.). Ponadto matka zastępcza może doprowadzić do uznania dziecka poczętego wskutek implantacji zarodka do jej organizmu przez mężczyznę, który nie jest ojcem dziecka. Pojawia się wobec tego pytanie: czy z punktu widzenia dobra dziecka taka sytuacja jest korzystna. Czy nie lepiej byłoby jednak aby rodzice genetyczni mogli być rodzicami w świetle prawa. Nie można kwestionować więzi jaka mogła powstać między dzieckiem a matką zastępczą. Więzi wynikającej z faktu przebytej ciąży. Bardziej chyba jednak właściwe, z punktu widzenia dobra dziecka, byłoby aby prawo kreowało więź prawną między dzieckiem a jego rodzicami genetycznymi, a nie matką zastępczą. Będzie jeszcze o tym mowa w dalszej części niniejszego opracowania poświęconego postulatowi *de lege ferenda*.

Dotychczas prowadzone rozważania dotyczyły sztucznego zapłodnienia kobiety pozostającej w związku małżeńskim (konkubinacie). Tymczasem sztuczemu zapłodnieniu może zostać poddana także kobieta samotna nie pozostająca w związku małżeńskim czy konkubinacie, aczkolwiek powstają wątpliwości, czy takie zabiegi powinny być dokonywane. Jak się podnosi, żądanie kobiety samotnej dokonania stosownego zabiegu sztucznej inseminacji od razu pozbawia dziecko rodziny pełnej (ojca i matki). Żądanie to jest przejawem egoistycznego podejścia do przyszłego dziecka i tym samym sprzeciwia się jego dobru. Pragnienie spełnienia roli rodzicielskiej kobieta samotna może spełnić przez przysposobienie dziecka³⁷. Wydaje się jednak, że nie powinno się pozbawiać *a priori* kobiety samotnej prawa do posiadania dziecka. Decydujące znaczenie powinna odgrywać w tym wypadku przesłanka dobra dziecka. To prawda, że konsekwencją dopuszczenia wspomnianej inseminacji byłby m. in. fakt nieustalonego ojcostwa, ale przecież takie sytuacje występują również w wypadku naturalnego poczęcia. Co więcej, jeżeli dopuszczamy możliwość adopcji przez kobietę samotną, to również w takim wypadku dochodzi do sytuacji, w której przysposobione dziecko nie ma rodziny pełnej. Istnieje również możliwość, że takie dziecko zostanie np. przysposobione przez męża (w razie późniejszego zamążpójścia tej kobiety) i wychowywać się będzie w pełnej rodzinie. Nie da się też chyba całkowicie wykluczyć sytuacji, w której matka dziecka dowie się o tym, kto był dawcą nasienia, a ten męż-

³⁷ Tak T. Smoczyński (w:) System Prawa Prywatnego. Tom 12. Prawo rodzinne i opiekuńcze, pod red. T. Smoczyńskiego, Warszawa 2003, s. 220.

czynna, za jej zgodą, zapragnie uznać dziecko. Jak się więc wydaje założenie z góry, że dopuszczalność rozpatrywanej inseminacji godzić będzie w dobro dziecka nie zawsze może się okazać trafne.

Wiele kontrowersji wywołuje też problem tzw. postmortalnej inseminacji. Przeciwnicy dopuszczalności tej inseminacji wskazują, że decyzja o dokonaniu zabiegu po śmierci dawcy (nawet jeżeli był to mąż matki) jest aktem na ogół zaspokajającym egoistyczny interes kobiety, nie liczącym się z dobrem dziecka³⁸. Z takim stanowiskiem trudno się jednak do końca zgodzić. W wypadku dokonania zabiegu inseminacji nasieniem obcego mężczyzny, wobec anonimowości dawcy nasienia, może przecież dojść do sytuacji, że matka dziecka w ogóle nie wiedziała, iż dawca już nie żyje. Więcej. Może o tym nie wiedzieć także i lekarz dokonujący zabiegu. A jeżeli taką informację lekarz uzyskał już po dokonaniu zabiegu, to czy powinien o tym kobietę poinformować? Rodzi się w takim wypadku pytanie: czemu miałoby to służyć?

W wypadku natomiast dokonania inseminacji nasieniem zmarłego męża może dojść do sytuacji, w której dziecko mimo, że genetycznie pochodzi od zmarłego męża matki będzie dzieckiem pozamałżeńskim. Taka sytuacja będzie miała miejsce wówczas, jeżeli urodzi się ono po upływie 300 dni od ustania małżeństwa. Jeżeli natomiast narodziny będą miały miejsce przed upływem tego terminu, to dziecko będzie dzieckiem małżeńskim. Przeprowadzenie zabiegu może być dokonywane tylko wówczas, gdy wyraził na niego zgodę mąż. Dopuszczalna powinna być również postmortalna inseminacja nasieniem obcego mężczyzny, jeżeli mąż przed swoją śmiercią wyraził na to zgodę.

W szczególnie trudnej sytuacji znajduje się dziecko poczęte *in vitro* i pozostające poza organizmem matki. Punktem wyjścia do dalszych rozważań na ten temat niech będzie stwierdzenie, że takie dziecko ma prawo do życia – jako istota ludzka i to od momentu poczęcia. Człowiekiem jest bowiem istota pochodząca od rodziców będących ludźmi. Nie można więc odmawiać dziecku poczętemu *in vitro* prawa do życia tylko dlatego, że zostało poczęte poza organizmem matki i poza nim się znajduje. Zaznaczyć również należy, że dziecko takie – od chwili zapłodnienia komórki jajowej do chwili implantowania jej do organizmu matki – pozbawione jest ochrony. Nie ma nawet tej ochrony, jaką zapewnia nasciturusowi fakt pozostawania w organizmie matki³⁹. Spoglądając na zasygnalizowane zagadnienie z punktu widzenia ochrony praw dziecka, należy stwierdzić, że podstawową sprawą jest zachowanie tego dziecka przy życiu. W razie bowiem późniejszej implantacji dziecka do organizmu matki, pojawiają się problemy już wcześniej sygnalizowane. Na przykład, kto ma być wpisany jako matka do aktu urodzenia takiego dziecka. Powstają też wątpliwości dotyczące usta-

³⁸ T. Smyczyński (w:) System, s. 221 oraz cyt. tam piśmiennictwo.

³⁹ Obszerniej na ten temat zob. np. Z. Czarnik, J. Gajda, Ochrona dziecka poczętego *in vitro* i pozostającego poza organizmem matki (uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*), Nowe Prawo 1990, nr 10-12.

lenia (lub zaprzeczenia) ojcostwa dziecka. *De lege lata* brak jest unormowań, które pozwoliłyby jednoznacznie rozstrzygnąć, komu przysługuje prawo do decydowania o dalszych losach dziecka poczętego *in vitro*. Najczęściej w takich wypadkach udzielana jest odpowiedź, że genetyczni rodzice⁴⁰. Tymczasem w polskim ustawodawstwie brak jest podstaw do takiego stwierdzenia. Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie określa przecież od jakiej chwili rodzicom przysługuje władza rodzicielska. Nie pora jednak obecnie wdawać się w spór czy tą chwilą jest chwila urodzenia się dziecka, czy też jego poczęcia. Przeważać się wydaje pierwsze stanowisko⁴¹. Przyjęcie tego stanowiska za trafne skutkować musi stwierdzeniem, że rodzice genetyczni nie mają uprawnień do decydowania o dalszych losach poczętego *in vitro* dziecka. Wątpliwość wywołuje też możliwość powołania dla strzeżenia praw takiego dziecka kuratora (art. 182 k. r. o.). Rozwiązania szukać ponownie trzeba w sferze postulatów *de lege ferenda*.

Rozważania na temat sztucznej inseminacji nieuchronnie muszą skutkować zwróceniem uwagi na problem prawa do poznania swego naturalnego pochodzenia. Ponieważ kwestia ta była już wielokrotnie dyskutowana w piśmiennictwie⁴², dlatego obecnie zwrócona zostanie uwaga jedynie na zagadnienia bezpośrednio wiążące się z tytułem niniejszego opracowania. I tak, zwolennicy przyznania dziecku takiego prawa wskazują, że dobra dziecka nie można upatrywać w zatajaniu przed nim jego prawdziwego pochodzenia genetycznego. Jeżeli zaś zgodzić się na poinformowanie dziecka, że jego dotychczasowi rodzice faktyczni nie są jego rodzicami genetycznymi, to nie należy się wahać z przyznaniem dziecku prawa do poznania rzeczywistego pochodzenia. Za przyznaniem dziecku tego prawa przemawiać ma również istnienie chorób dziedzicznych⁴³. Stanowisko takie trudno jednak podzielić. Wśród argumentów przemawiających przeciwko wspomnianemu rozwiązaniu, pozostając jedynie na gruncie zagadnień dotyczących dobra dziecka, można właśnie zaakcentować, że dziecko, które nie wie o swoim pochodzeniu biologicznym, nie dostrzega żadnego interesu w tym, by dochodzić swojego pochodzenia genetycznego. Wzajemne stosunki rodzice – dziecko wyrastają w codziennym współżyciu, a nie przez wykazanie biologicznego pochodzenia⁴⁴. Nie zawsze jest też tak, iż

⁴⁰ Zob. P. Singer, D. Wells: Dzieci z probówki. Etyka i praktyka sztucznej prokreacji, Warszawa 1988, s. 115.

⁴¹ Zob. np. J. Ignatowicz (w:) Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 469; J. Strzebińczyk (w:) System prawa prywatnego. Tom 12. Prawo rodzinne i opiekuńcze, pod red. T. Smoczyńskiego, Warszawa 2003, s. 237 oraz cyt. tam literatura; J. Winiarz: Prawo rodzinne, Warszawa 1993, s. 211.

⁴² Zob. np. Z. Radwański: Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasienienia matki, *Studia Iuridica Silesiana*, t. 5, Katowice 1979; L. Stecki oraz J. Winiarz, J. Gajda: Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos), *Państwo i Prawo* 1990, z. 10; A. Zielonacki: Zasada prawdziwości wpisów..., s. 54 i nast.; Tenże: Prawo do znajomości własnego pochodzenia, *Studia Prawnicze* 1993, z. 1.

⁴³ Zob. np. L. Stecki: Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego, s. 67- 68.

⁴⁴ Por. J. Winiarz, J. Gajda: Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego, s. 76.

udzielenie dziecku informacji o jego rzeczywistym pochodzeniu jest zgodne z jego dobrem. Bywa, że taka informacja, mająca służyć dobru dziecka, obraca się przeciwko niemu niszcząc jego dotychczasowe życie. Przesadzona jest też chyba obawa przed wystąpieniem u dziecka chorób dziedzicznych. W razie bowiem choroby dziecka o podłożu genetycznym, dostęp do informacji o rzeczywistym pochodzeniu powinien mieć lekarz a nie faktyczni rodzice dziecka. Należy też wątpić, czy nie da się normalnie żyć bez wiedzy o swoim pochodzeniu genetycznym. Często bywa bowiem tak, że to właśnie po uzyskaniu informacji o swoim rzeczywistym pochodzeniu życie staje się trudniejsze⁴⁵. Przykładów w tej mierze dostarcza np. realizacja prawa osoby przysposobionej do poznania swego rzeczywistego pochodzenia.

Przytoczone uprzednio kwestie związane z problematyką sztucznego zapłodnienia wskazują jak wiele kontrowersji istnieje w tej mierze. Występujące wśród przedstawicieli nauki prawa rodzinnego, nieraz od szeregu lat, rozbieżności i spory dotyczące tej problematyki zdają się przekonywać o trafności poczynionej na wstępie analizy uwagi, odnoszącej się do sztucznej prokreacji, że dobru poczętych w ten sposób dzieci powinno sprzyjać uchwalenie stosownej w tej mierze ustawy. Jest w tej chwili rzeczą wtórną, czy ustawa ta miałaby polegać na nowelizacji stosownej części k. r. o., czy też problematyce sztucznej inseminacji powinna zostać poświęcona odrębna ustawa. Zasadniejszy wydaje się jednak pogląd, że powinna to być oddzielna ustawa. Mogłaby ona bowiem w sposób bardziej kompleksowy, niż k. r. o., regulować tę problematykę. Jedyne tytułem przykładu można wspomnieć, że w tej ustawie powinny znaleźć się zasady postępowania lekarza w razie dokonywania zabiegu sztucznej inseminacji. Trudno jest zaś przypuszczać aby te kwestie znalazły się w ramach k. r. o.

Niezbędne jest aby wśród unormowań zawartych w tej ustawie pierwszoplanowe znaczenie miała zasada dobra dziecka. Można więc postulować aby dopuszczalność którejkolwiek z postaci sztucznej inseminacji uwarunkowana była jej zgodnością z dobrem dziecka. Dlatego też wydaje się, że niezbędne byłoby sformalizowane procedury uzyskiwania zgody na zabieg. Nie przekonują postulaty o potrzebie odformalizowania i maksymalnego uproszczenia procedury jego dokonywania⁴⁶. Fakt, że zabieg ten ma charakter intymny i osobom go dokonującym będzie zależało na tym, aby o nim wiedziała jak najmniejsza liczba osób nie zwalnia od pamiętania o dobru dziecka. Dlatego należy opowiedzieć się za tym aby takie zabiegi mogły być dokonywane przez lekarza dopiero po uzyskaniu przez osoby (osobę), zainteresowane tym zabiegiem, zezwolenia sądu. Sąd

⁴⁵ J. Gajda, Prawo rodzinne i opiekuńcze w dobie rozwoju technik sztucznej prokreacji (w:) Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego? Materiały z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 21 i 22 września 1995 roku w Katowicach, pod red. B. Czecha, Katowice 1997, s. 328.

⁴⁶ Tak np. M. Działyńska, Postępowanie lekarza przy dokonywaniu zabiegu sztucznej inseminacji..., s. 89.

musiałby ustalić, czy dokonywany zabieg będzie zgodny z dobrem dziecka. Konieczne wydaje się w związku z tym wprowadzenie przesłanki odpowiednich kwalifikacji osobistych zainteresowanych przeprowadzeniem zabiegu. Postulować w tej mierze należy obligatoryjne wysłuchanie przez sąd opinii właściwego ośrodka adopcyjno-opiekuńczego. Fundamentalne znaczenie, z punktu widzenia dobra dziecka, ma również istnienie zgody męża matki dokonującej zabieg. Taka zgoda powinna być niezbędną przesłanką udzielenia zezwolenia przez sąd. W treści proponowanej ustawy powinno znaleźć się stwierdzenie, że poczęte w drodze przeprowadzenia zabiegu sztucznej inseminacji dziecko nie ma prawa do poznania swego genetycznego pochodzenia. Pogląd na pewno trudny do zaakceptowania, chociażby wobec faktu, iż w p. a. s. c. przewidziano możliwość poznania swego naturalnego pochodzenia w razie dokonania adopcji. Jak się jednak wydaje, za przyjęciem tego poglądu przemawia nie tylko dobro dziecka, co było sygnalizowane, ale i szereg innych względów dotyczących dóbr rodziców faktycznie dziecko wychowujących, dawcy i jego rodziny itp.

Zaprezentowane propozycje dotyczące prawnej regulacji problematyki sztucznego poczęcia nie wyczerpują oczywiście całokształtu zagadnień jakie powinny w tej regulacji się znaleźć. Wskazują one jedynie na potrzebę akcentowania dobra dziecka w takim wypadku. Trzeba jednak zauważyć, że nawet uchwalenie takiej ustawy nie „załatwiałoby sprawy” w całości. Konieczne wówczas stałyby się zmiany także w innych aktach prawnych, a zwłaszcza w k. r. o. i p. a. s. c. I znów jedynie tytułem przykładu, koncentrując się tylko na przesłance dobra dziecka, można wskazać, że zamieszczenie w art. 62 k. r. o. regulacji, zgodnie z którą zamieszczone tam domniemanie odnosi się także do dziecka poczętego w drodze sztucznej inseminacji, powinno służyć dobru tego dziecka stabilizując jego sytuację rodzinną zwłaszcza w zestawieniu z wcześniejszą propozycją modyfikacji art. 63 k. r. o. Dobru dziecka powinno służyć również sprecyzowanie w art. 92 k. r. o. chwili od jakiej rodzicom przysługuje władza rodzicielska. Powinna nią być chwila poczęcia dziecka. Przyjęcie tej zmiany usuwałoby wątpliwości co do tego, na jakiej podstawie rodzice podejmują decyzje odnośnie dziecka poczętego. Zagadnienie szczególnie istotne w stosunku do dziecka poczętego *in vitro* i pozostającego poza organizmem matki. W ślad za tym rozwiązaniem należałoby postulować zmianę art. 182 k. r. o. Przepis ten mógłby uzyskać brzmienie: „Dla dziecka poczętego ustanawia się kuratora w razie przeszkody w wykonywaniu władzy rodzicielskiej, jeżeli jest to potrzebne dla strzeżenia praw dziecka”. Kurator byłby ustanawiany tylko wówczas gdy rodzice jako przedstawiciele ustawowi nie mogliby chronić praw dziecka lub nie byłiby w stanie tych praw chronić należycie.

Mając na uwadze potrzebę ochrony dobra dziecka z punktu widzenia stabilności jego sytuacji rodzinnej konieczne byłoby, w razie dopuszczenia tzw. macierzyństwa zastępczego, zniesienie uprzywilejowania matki zastępczej

w stosunku do matki genetycznej. Trafne wydaje się też zapatrywanie, że to właśnie matka genetyczna, a nie zastępcza stwarza większą gwarancję prawidłowego realizowania zasady dobra dziecka po jego urodzeniu⁴⁷. Dlatego też można postulować, aby w rozpatrywanym przypadku wpisywać do księgi urodzeń, zgodnie z art. 44 ust. p. a. s. c., oświadczenie ojca o uznaniu oraz zamieszczać wzmiankę o matce zastępczej na podstawie oświadczeń matki genetycznej i zastępczej. W takim wypadku zaświadczenie o urodzeniu dziecka stanowiłoby, zgodnie z art. 40 p. a. s. c. podstawę do sporządzenia aktu urodzenia dziecka, w którym jako matkę wpisywałoby się matkę genetyczną a nie matkę zastępczą⁴⁸.

Kończąc uwagi poświęcone problematyce sztucznej inseminacji należy opowiedzieć się za zakazem dokonywania selekcji płci przewidzianym w art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny z 4 kwietnia 1997 r. Zasadny jest też zakaz tworzenia embrionów ludzkich dla celów naukowych (art. 18 ust. 2 tej Konwencji).

W niniejszym opracowaniu nie zostały przedstawione zagadnienia dotyczące klonowania. Nie wdając się w rozważania związane z argumentami zwolenników i przeciwników dopuszczalności klonowania istot ludzkich⁴⁹, za zasadne należy przyjąć stanowisko zakazujące tego typu działań. Dopuszczalność klonowania stwarza zbyt duże możliwości wykorzystywania go dla celów sprzecznych z dobrem człowieka. Wskazówką w tej mierze powinien być art. 2 Europejskiej Konwencji Bioetycznej z 4 kwietnia 1997 r. przewidujący prymat istoty ludzkiej nad interesami społeczeństwa lub nauki. Dlatego też należy za właściwy poczytać zakaz klonowania istot ludzkich zawarty w art. 1 ust. 1 Protokołu Dodatkowego do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej wobec Zastosowań Biologii i Medycyny w sprawie zakazu klonowania istot ludzkich.

⁴⁷ Co do argumentacji przemawiającej za tym poglądem zob. M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, s. 97.

⁴⁸ Zob. J. Gajda, *Zgoda matki na uznanie dziecka poczętego*, *Przegląd Sądowy* 1994, nr 5, s. 67.

⁴⁹ O kwestiach tych piszą P. Singer, D. Wells, *op. cit.*, s. 162-169.

Mediacja w sprawach rodzinnych i opiekuńczych

Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 172, poz. 1804) wprowadza do tegoż Kodeksu instytucję mediacji. Nowa regulacja weszła w życie 10 grudnia 2005 r. Jej zasadnicze elementy to: możliwość skierowania do mediacji, relacje między mediacją a tokiem postępowania, minimalne standardy dotyczące samej mediacji i wreszcie postępowanie o zatwierdzenie ugody zawartej w wyniku mediacji. Mediacja ma też elementy o charakterze materialnoprawnym, np. co do wymagań umowy o mediację, czy też co do odpowiedzialności odszkodowawczej mediatora. Te aspekty jednak nie zostały objęte ustawą, uznano bowiem za wystarczające unormowania ogólne materialnego prawa cywilnego, które również w tym zakresie z powodzeniem mogą znaleźć zastosowanie.

Mediacja nie jest wprawdzie sądowym postępowaniem cywilnym, lecz jako tzw. alternatywny sposób rozstrzygania sporów (ADR – *alternative dispute resolution*), jest z nim silnie powiązana. To powiązanie znajduje potwierdzenie w omawianej nowelizacji i polega przede wszystkim na możliwości skierowania do mediacji przez sąd w toku postępowania, na instytucji zatwierdzenia ugody i w efekcie – także na włączeniu kosztów mediacji do niezbędnych kosztów procesu, podlegających rozliczeniu między stronami procesu (art. 98¹. k. p. c.).

Argumentem dla włączenia do Kodeksu postępowania cywilnego również regulacji mediacji przedprocesowej jest fakt, że podobny styk z postępowaniem cywilnym ma rozpoznanie sprawy przez sąd polubowny, a regulacja sądu polubownego jest zamieszczona właśnie w Kodeksie.

Regulacja mediacji w kodeksie postępowania cywilnego znajduje już precedens np. w kodeksie francuskim. Początkowo wprawdzie wydano tam ustawę pozakodeksową z 8 lutego 1995 r. regulującą mediację i koncyliację, jednakże następnie dekret z 22 lipca 1996 r. wprowadził tę regulację do Kodeksu postępowania cywilnego. Z reguły, a w szczególności w krajach prawa anglosaskiego (to jest krajach, gdzie mediacja rozpoczęła swą światową karierę i które nadal przodują w praktycznym jej stosowaniu), prawo procesowe dopuszcza skierowanie do mediacji, które jest pozostawione do decyzji sędziego. Niektóre systemy – w razie decyzji o skierowaniu do mediacji – przewidują obligatoryjne jej podjęcie przez strony (np. USA, Niemcy). Jeżeli chodzi o zasady mediacji, to są one z reguły pozostawione prowadzącym je instytucjom – istnieją natomiast kodeksy etyczne instytucji i środowisk zajmujących się mediacją. Z tego wynika różnorodność mediacji – z reguły jej prowadzenie pozostawio-

ne jest instytucjom prywatnym (tak z reguły w USA) – niemniej należy odnotować też eksperymenty z prowadzeniem mediacji przez sędziów (np. w Quebecu w sprawach gospodarczych, w Austrii – w sprawach rodzinnych¹).

W 2003 r. regulacji mediacji dokonano we Włoszech (ustawa z 17 stycznia 2003 r., która weszła w życie 1 stycznia ub. roku). W trakcie prac legislacyjnych jest projekt kolejnej ustawy, który zakłada już także zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego.

Syntetyczny opis różnych podejść ustawodawców państw członkowskich Unii Europejskiej do regulacji mediacji i podobnych ADR w kontekście postępowania cywilnego znajduje się w tzw. Zielonej Księdze Komisji Europejskiej o alternatywnych metodach rozwiązywania sporów cywilnych i handlowych², cyt.: „ADR powierzane przez sąd osobie trzeciej są przedmiotem ogólnych regulacji albo projektów regulacji w większości państw członkowskich. Wahają się one od możliwości skierowania do ADR (np. w Belgii i we Francji), poprzez zachęcanie (w Hiszpanii, we Włoszech, Szwecji, Anglii i Walii), nawet do obowiązkowego skorzystania z ADR z mocy prawa lub na podstawie decyzji sędziego (np. w Niemczech, w Belgii i w Grecji)”.

I. Ogólne uwagi.

Omawiana regulacja przewiduje dwa tryby inicjowania mediacji. Pierwszy jest niezależny od postępowania cywilnego – na wniosek jednej strony skierowany do drugiej strony w realizacji umowy stron lub bez takiej umowy – jako propozycja podjęcia mediacji, której przyjęcie jest w konsekwencji także umową o mediację. Drugi to skierowanie przez sąd w trakcie postępowania cywilnego. W sprawach rodzinnych i opiekuńczych najczęściej będziemy mieli do czynienia z tą drugą formą – mediacją w toku postępowania cywilnego na podstawie skierowania przez sąd. Niemniej jednak nie można wyłączyć, że strony stosunków rodzinnych, w szczególności rodzice w sprawach dotyczących wspólnych dzieci, będą się umawiać, że konflikty w kwestiach wykonywania władzy rodzicielskiej czy też kontaktów z dziećmi będą załatwiać, czy przynajmniej próbować załatwiać – w drodze mediacji.

Mediacja w trakcie postępowania sądowego znana już jest w polskim systemie prawnym: w postępowaniu karnym, w postępowaniu w sprawach nieletnich, w postępowaniu sądowo-administracyjnym oraz w sporach zbiorowych z zakre-

¹ Family Counselling at Court, Mediation, child Guidance in Divorce Cases, Report on a Pilot Project of the Austrian Federal Ministry of Environment, Youth and Family Affairs and the Austrian Federal Ministry of Justice, Wiedeń 1998.

² Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial laws, Brussels 19.04.2002 COM (2002) 196 final, publikowano w Polsce np. w M. Bobrowicz, Mediacje gospodarcze – jak mediuwać i przekonywać, C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 103 i nast.

su prawa pracy³. Regulacja w postępowaniu sądowo-administracyjnym wyróżnia się tym, że mediatorem jest sędzia, w pozostałych wymienionych postępowaniach mediatorem jest osoba wpisana na właściwą listę. Niezmiernie istotne jest podkreślenie, iż zasadnicze różnice między omawianą nowelizacją Kodeksu postępowania cywilnego i wyżej wymienionymi regulacjami wynikają przede wszystkim z prywatnoprawnego charakteru spraw, których dotyczy. W tym należy upatrywać uzasadnienia zasadniczych różnic w ujęciu zagadnienia, przede wszystkim – dominującej zasady autonomii woli stron. Z tej zasady wypływa uzasadnienie dla szczegółowych rozwiązań projektu, m. in. liberalnego ujęcia wymagań stawianych mediatorowi, jeżeli wybierają go same strony i ograniczenia do niezbędnego minimum podstaw odmowy zatwierdzenia ugody.

Wprowadzana nowela do k. p. c. z założenia ma charakter regulacji uniwersalnej, zawiera schemat mediacji odpowiadający potrzebom tak spraw rodzinnych, jak gospodarczych i pracowniczych. Szczególna regulacja dotycząca spraw rodzinnych polega m. in. na uwzględnieniu szczególnej kategorii podmiotów (pracowników państwowych) jako uprawnionych do prowadzenia mediacji, a także specyfiki spraw rozwodowych, gdzie mediacja może prowadzić nie do ugody, lecz do pogodzenia małżonków. Wobec ewentualnych wątpliwości, co może być przedmiotem mediacji w sprawach rozwodowych i opiekuńczych (gdzie zawarcie ugody może nie być dopuszczalne) wyraźnie wskazano, co może być w tych sprawach przedmiotem mediacji, ale niekoniecznie ugody, o czym będzie mowa poniżej.

Istotą mediacji prowadzonej w trakcie postępowania cywilnego jest bowiem – podobnie jak w przypadku każdej mediacji – osiągnięcie ugody, która miała by moc ugody sądowej. Wyjątek od tej zasady pojawia się właśnie w sprawach rodzinnych i opiekuńczych i zasługuje poniżej na odrębne omówienie.

Do mediacji prowadzonej w trakcie postępowania będą się odnosić wszystkie zasady dotyczące mediacji, w szczególności zasada, że mediacja jest poufna. Tak, jak w przypadku mediacji prowadzonej niezależnie od postępowania cywilnego jest ona całkowicie dobrowolna i zależy od woli stron na każdym etapie jej prowadzenia.

Sankcją za nieusprawiedliwioną odmowę podjęcia mediacji byłaby jedynie możliwość obciążenia kosztami procesowymi (art. 103 § 2 k. p. c.). Rozwiązanie to może spotkać się z krytyką w związku z niejasnością sformułowania „nieusprawiedliwiona odmowa poddania się mediacji, na którą strona uprzednio wyraziła zgodę”. Wydaje się, że może to być oceniane jako sprzeczne z zasadą dobrowolności mediacji na każdym etapie jej prowadzenia. W szczególności należy zauważyć, że praktycznie to strona, która nie podjęła mediacji lub ją przerwała, byłaby obciążona

³ Art. 23a Kodeksu postępowania karnego, art. 3a ustawy z dnia 26 X 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, art. 115-118 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, przepisy rozdz. 3 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych.

żona trudnym zadaniem dowiedzenia, że było to usprawiedliwione np. zarzutami do kwalifikacji czy bezstronności mediatora. Należy jednak zauważyć, że nawet dalej idące rozwiązanie znane jest w praktyce amerykańskiej. Sankcje za brak udziału w mediacji lub brak dobrej wiary mogą obejmować nałożenie na stronę kary pieniężnej, zasądzenie pełnych kosztów postępowania a nawet umorzenie postępowania wobec roszczeń niesolidnej strony⁴. Podobnie dalej idące niż w omawianym projekcie rozwiązanie znajduje się także w powołanej wyżej ustawie włoskiej, gdzie „sankcja kosztowa” zależy od oceny przez sędziego zachowania strony w trakcie mediacji i może być stosowana w każdym wypadku mediacji zakończonej niepowodzeniem (art. 40.6 powołanej ustawy włoskiej z 17 stycznia 2003 r.).

Nie ma wymagań kwalifikacyjnych, niemniej w sprawach rodzinnych projekt wskazuje jako uprawnionych do prowadzenia mediacji kuratorów sądowych oraz osoby wskazane przez Rodzinne Ośrodki Diagnostyczno-Konsultacyjne. Ich wskazanie wynika z faktu, że podmioty te miałyby funkcjonować jako tzw. stali mediatorzy w rozumieniu projektu, a w tym zakresie ogólna norma przewiduje, że stałych mediatorów mają wskazywać organizacje społeczne. Ponadto chodzi tu o wskazanie szczególnie predestynowanych podmiotów do mediacji rodzinnej, co będzie miało istotne znaczenie przy kierowaniu do mediacji w sprawach rodzinnych stron, które nie uzgodniły swojego mediatora.

Określenie kosztów mediacji generalnie zależy od umowy stron z mediatorem, niemniej w zakresie mediacji ze skierowania sądu, w razie braku umowy dotyczącej wynagrodzenia mediatora, będą stosowane stawki, które określi Minister Sprawiedliwości w rozporządzeniu.

Regulacja mediacji bierze pod uwagę dwie rekomendacje Rady Europy: 10/2002 dotyczącą spraw cywilnych w ogólności oraz 1/1998 dotyczącą spraw rodzinnych. Projekt uwzględnia zawarte tam zalecenia w przepisach dotyczących fakultatywności i poufności mediacji oraz niezależności i bezstronności mediatora. Bardzo istotnym standardem jest zawarty w projekcie zakaz wykorzystywania przed sądem wiadomości i oświadczeń zebranych w trakcie mediacji.

Mechanizm mediacji w toku procesu tak jest skonstruowany, aby mediacja nie prowadziła do przewlekłości postępowania sądowego. Nie przewiduje się na przykład zawieszenia postępowania i określa się maksymalny termin jej prowadzenia (1 miesiąc), który może być przedłużony tylko wolą obu stron. Sąd może skierować strony do mediacji tylko raz w sprawie, chyba że obie strony wyrażą wolę ponownego mediowania.

Wprowadzenie mediacji nie narusza dotychczasowego postępowania pojednawczego (art. 184-186 k. p. c.), natomiast zakłada się likwidację posiedzenia pojednawczego w sprawie rozwodowej.

⁴ Ewa Gmurzyńska, Mediacje – czy nowa metoda rozstrzygania sporów w systemie sądów powszechnych? Uwagi krytyczne na temat mediacji w systemie amerykańskim. Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego, numer 2/2004, str. 71.

II. Zagadnienia szczegółowe

Jako kluczowe można wyodrębnić następujące założenia omawianej regulacji:

- 1) Mediacja może toczyć się w każdej sprawie, w której dopuszczalna jest ugoda sądowa, nadto w przypadkach wskazanych w ustawie.
- 2) Kierowanie do mediacji i wybór mediatora zależy przede wszystkim od woli stron, gdy strony tej woli jeszcze nie objawiły – jest w zasadzie dyskrecjonalną decyzją sądu.
- 3) Mediatorem może być każdy bez specjalnych wymagań. Zasadą jest wolny wybór mediatora przez strony, z tym że pomocny w znalezieniu mediatora będzie wykaz mediatorów lub zespołów mediatorów – dostępny w sądzie. Wykaz sporządzony byłby na podstawie list przekazywanych przez stowarzyszenia i inne organizacje społeczne. Sąd powinien informować o wykazie mediatorów lub instytucji zrzeszających mediatorów, a w razie braku wyboru mediatora przez strony – wskazać mediatora.
- 4) Ugoda zawarta przed mediatorem po jej zatwierdzeniu przez sąd ma moc ugody sądowej. Przesłanki odmowy zatwierdzenia ugody zbliżone są do art. 203 § 4 k. p. c.
- 5) Koszty mediacji powinny być niskie i nie przekraczać 1/4 wpisu sądowego, przy czym w rezultacie ugody przed mediatorem w trakcie postępowania sądowego następuje zwrot 3/4 wpisu sądowego – 1/4 pochłaniają koszty mediacji, zatem powodowi pozostaje połowa wpisu, tak, jak przy zwykłej ugodzie sądowej.

Ad 1) Wydaje się, że kryterium dopuszczalności ugody sądowej powinno być zasadniczą przesłanką dopuszczalności mediacji, podobnie jak ma to miejsce w kwestii dopuszczalności zapisu na sąd polubowny⁵, niemniej jednak kryterium to nie jest wyraźnie sformułowane w omawianych przepisach dotyczących mediacji (jak wynika z dalszych rozważań, zabieg ten był celowy). Cele mediacji i arbitrażu są podobne – jest to możliwość alternatywnego w stosunku do orzeczenia sądowego rozstrzygnięcia sprawy. W przypadku mediacji o jej powodzeniu można mówić wtedy, gdy strony rozstrzygają spór w drodze ugody. Dlatego też zarówno strony, jak i sąd kierujący strony do mediacji, musi brać pod uwagę dopuszczalność ugody w danej sprawie. Problem dopuszczalności ugody nie jest niestety jednoznacznie rozstrzygnięty w doktrynie i judykaturze, a niniejsze opracowanie nie pozwala na zbyt szerokie zajęcie się tym zagadnieniem. Niemniej

⁵ Por. art. 1157 k.p.c. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 178, poz. 1478), która weszła w życie 17 października 2005 r.

jednak można pokusić się o pewne uwagi, które byłyby pomocne przynajmniej dla praktyków prawa rodzinnego i opiekuńczego, a do nich jest ten artykuł adresowany.

Generalną zasadą jest, że o ile w sprawach majątkowych zakres dopuszczalności ugody sądowej jest szeroki, o tyle w sprawach niemajątkowych jest dokładnie odwrotnie. Przyjmuje się nawet, że w sporach niemajątkowych ugoda sądowa nie jest dopuszczalna. Niemniej jednak, w sprawach rodzinnych i opiekuńczych odnajdujemy istotne wyjątki od tej zasady. Nie są one należyście rozpoznane w nauce prawa cywilnego. Przede wszystkim chodzi o sprawy o kontakty z dzieckiem. Doktryna prawa cywilnego zdaje się w ogóle nie odnotowywać, że w tych sprawach, które przecież niewątpliwie nie mają charakteru majątkowego, ugoda sądowa jest nie tylko częstym, ale też jak najbardziej pożądanym sposobem rozstrzygnięcia sporów. Z kolei pomija się, że zniesienie wspólności majątkowej małżeńskiej, czy obecnie ustanowienie przymusowej rozdzielności majątkowej, które niewątpliwie jest sprawą majątkową, nie może być przedmiotem ugody sądowej. Natomiast nie można zakwestionować oceny, że sprawy o prawa stanu nie mogą być przedmiotem ugody sądowej, co przyjmuje się zgodnie w doktrynie. Z powyższego wynika jednak, że podstawy do stanowiska, iż wymienione kategorie spraw nie mogą być przedmiotem ugody sądowej, są niezależne od tego, czy sprawa ma charakter majątkowy, czy niemajątkowy. Chodzi mianowicie nie tylko o konstytutywny charakter orzeczenia sądu w tych sprawach, ale także o postulat zgodności rozstrzygnięcia sprawy z rzeczywistym stanem rzeczy. Postulat ten znajduje wyraz w art. 431 k. p. c., który nie pozwala sądowi poprzestać wyłącznie na uznaniu powództwa lub przyznaniu okoliczności faktycznych.

Na tej samej zasadzie nie można zakwestionować wyłączenia spod możliwości zawarcia ugody spraw dotyczących istnienia, ważności małżeństwa, rozwodu i separacji.

Natomiast rozważenia wymaga, w jakim zakresie dopuszczalne są ugody w kwestiach związanych z władzą rodzicielską. Również przyjęcie tu kryterium niedopuszczalności ugody w sprawach niemajątkowych prowadziłoby do niewątpliwie zbyt pochopnego wniosku, że żadna sprawa w tym zakresie nie może być przedmiotem ugody. Tymczasem nie ma żadnego uzasadnienia dla wyłączenia ugody w sprawach takich jak zgoda na wydanie paszportu dla dziecka, wybór kierunku edukacji dla dziecka, decyzje z zakresu zarządu majątkiem dziecka. itp. Zgodnie z art. 97 § 1 k. r. o. o tych kwestiach decydują rodzice – dlaczego zatem nie mogliby oni zawrzeć ugody rozstrzygającej ewentualny spór w tym zakresie, jeśli jest on przedmiotem postępowania opiekuńczego (por. art. 97 § 2 k. r. o.)? Co więcej, jeżeli dopuścimy ugodę w zakresie jednostkowych decyzji z zakresu władzy rodzicielskiej, to dlaczego nie mielibyśmy zaakceptować bardziej ogólnych porozumień dotyczących repartycji

uprawnień z zakresu władzy rodzicielskiej? Takie decyzje mogą zaś wchodzić już w zakres rozstrzygnięć kwalifikowanych jako ograniczenie władzy rodzicielskiej (por. art. 107 k. r. o.). Wydaje się, że nie ma istotnych argumentów przeciw stwierdzeniu, że nie ma zasadniczych przeszkód dla dopuszczalności ugody w tym zakresie.

Nie zmienia to jednak faktu, że tak doktryna prawa jak i praktyka może mieć problemy z akceptacją tego poglądu. Wynika to w jakiejś mierze z nieodległej tradycji prawnej, na którą niestety miały wpływ założenia omnipotencji państwa sięgającej również do spraw z zakresu prawa prywatnego. Natomiast w większości państw europejskich nie byłaby problemem repartycja w ugodzie uprawnień z zakresu władzy rodzicielskiej między rodzicami żyjącymi w rozłączeniu (aczkolwiek dla wykonalności takiej ugody konieczne jest z reguły zażalenie ugody przez sąd lub inną władzę publiczną).

Z tych chyba względów ustawodawca zdecydował się na otwarte dla orzecznictwa rozstrzygnięcie kwestii, w jakich sprawach rodzinnych i opiekuńczych może być zawarta ugoda sądowa. Ponadto ustawodawca zdecydował się dopuścić mediację w pewnym zakresie także w tych sprawach rodzinnych i opiekuńczych, w których ugoda sądowa, nawet przy liberalnym podejściu, może okazać się niedopuszczalna.

Chodzi tu o następujące przepisy:

Art. 436. § 1. Jeżeli istnieją widoki na utrzymanie małżeństwa, sąd może skierować strony do mediacji. Skierowanie to jest możliwe także wtedy, gdy postępowanie zostało zawieszono.

§ 2. Przepisy o mediacji stosuje się odpowiednio, z tym że przedmiotem mediacji może być także pojednanie małżonków.

§ 3. Mediatorami mogą być także kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne.

§ 4. Jeżeli strony nie uzgodniły osoby mediatora, sąd kieruje je do mediacji prowadzonej przez mediatora, o którym mowa w § 3, albo do stałego mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych.

Art. 445². W każdym stanie sprawy o rozwód lub separację sąd może skierować strony do mediacji w celu ugodowego załatwienia spornych kwestii dotyczących zaspokojenia potrzeb rodziny, alimentów, sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, kontaktów z dziećmi oraz spraw majątkowych podlegających rozstrzygnięciu w wyroku orzekającym rozwód lub separację. Przepisy art. 436 § 3 i 4 stosuje się odpowiednio.

Art. 570². W sprawie, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd może skierować uczestników do mediacji. Przedmiotem mediacji może być także określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej. Jeżeli uczestnicy postępowania nie uzgodnili osoby mediatora, sąd kieruje ich do mediacji prowa-

dzionej przez mediatora, o którym mowa w art. 436 § 3, albo do stałego mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną i umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych.

Wskazane przepisy nie przesądzają o dopuszczalności ugody sądowej w wymienionych w nich sprawach, przesądzają zaś o dopuszczalności przeprowadzenia mediacji. Co to oznacza? Otóż oznacza to, że nie zawsze w sprawach rodzinnych i opiekuńczych celem mediacji musi być zawarcie ugody sądowej. W sprawach o rozwód mediacja może być prowadzona w kierunku pogodzenia stron i cofnięcia pozwu (wówczas nie dochodzi do żadnej ugody sądowej, zaś orzeczenie sądu polega na umorzeniu postępowania). Ponadto w zakresie zastosowania art. 445² k. p. c. oraz art. 570² k. p. c. znajdują się kwestie, w których zawarcie ugody nie będzie dopuszczalne, niemniej ugodzone postanowienia mogą być „wciągnięte” do merytorycznego orzeczenia sądu. Dotyczy to w szczególności pierwszego z wymienionych artykułów, bowiem zasada integralności wyroku rozwodowego wynikająca z art. 58 k. r. o. będzie stała na przeszkodzie zawarciu ugody co najmniej do tych kwestii, które obligatoryjnie podlegają rozstrzygnięciu w wyroku rozwodowym lub separacyjnym. Wydaje się natomiast, że możliwe byłoby zawarcie ugody w kwestiach podlegających rozstrzygnięciu fakultatywnemu lub w kwestii kontaktów z dzieckiem, która w ogóle nie jest wymieniona w art. 58 kro. Jeżeli więc przeprowadzona zostanie mediacja w zakresie, o którym mowa w art. 445² k. p. c., to osiągnięte przez strony porozumienie będzie z reguły stanowiło wniosek do sądu, o rozstrzygnięcie zgodne z tym porozumieniem, nie będzie zaś ugodą podlegającą zatwierdzeniu. Rozwiązanie to było praktykowane także dotychczas przy tzw. zgodnych rozwodach, nie jest też obce innym kategoriom spraw w polskiej procedurze cywilnej – por. art. 622 § 2 k. p. c., dotyczący zniesienia współwłasności zgodnie z wnioskami współwłaścicieli.

Podobny problem występuje w sprawach opiekuńczych. Jak już wyżej wspomniano, powszechnie praktykowane są ugody w sprawach o kontakty z dzieckiem, które dogmatycznie rzecz biorąc są poza zakresem rozstrzygnięć dotyczących władzy rodzicielskiej. Natomiast są liczne wątpliwości co do dopuszczalności ugody w kwestiach związanych z wykonywaniem władzy rodzicielskiej. Niewątpliwie jest, że poza zakresem dopuszczalności ugody jest pozbawienie i zawieszenie władzy rodzicielskiej. Dyskusyjne zaś jest, czy niektóre rozstrzygnięcia prowadzące do ograniczenia władzy rodzicielskiej nie mogłyby podlegać ugodzie, np. rozstrzygnięcie z art. 107 k. r. o. Wydaje się, że decyzja o dopuszczalności ugody w tego rodzaju sprawach powinna być pozostawiona sądowi i być podejmowana *ad casum*. Natomiast skierowanie do mediacji może być w omawianych sprawach celowe nawet, jeżeli w danym przypadku zawarcie ugody byłoby – we wspomnianej ocenie *ad casum* – niedopuszczalne. Dlatego też regulacja art. 570² zdanie drugie k. p. c. dopuszcza

tam mediację, mimo że zawarcie ugody może być niedopuszczalne. Jeżeli ugoda nie byłaby dopuszczalna, to podobnie jak przy rozwodzie, ugodzone postanowienia mogą być „wciągnięte” do merytorycznego orzeczenia sądu.

Ad 2) Skierowanie do mediacji i wybór mediatora.

Skierowanie do mediacji jest fakultatywne i decyzja w tym zakresie należy do sądu lub przewodniczącego. Decyzja ta może być podjęta z urzędu, albo też w uwzględnieniu wniosku strony (np. zawartego w pozwie). Wyjątkiem od tej swobody decyzji jest sytuacja, gdy strony zawarły umowę o mediację, wówczas sąd musi skierować do mediacji na zarzut pozwanego. Reguluje to art. 202¹ k. p. c. „Jeżeli strony przed wszczęciem postępowania sądowego zawarły umowę o mediację, sąd kieruje strony do mediacji na zarzut pozwanego zgłoszony przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy”.

Skierowanie będzie skuteczne tylko wtedy, gdy żadna ze stron się temu nie sprzeciwi (art. 183⁸ k. p. c.). W okresie od złożenia pozwu do zakończenia pierwszego posiedzenia wyznaczonego na rozprawę sąd może skierować do mediacji z własnej inicjatywy, później – tylko na zgodny wniosek stron (art. 183⁸ k. p. c.).

W wypadku skierowania do mediacji sąd będzie mógł samodzielnie wyznaczyć mediatora, co motywowane jest przyspieszeniem postępowania. Reguluje to art. 183 zdanie pierwsze, cyt.: „Kierując strony do mediacji sąd wyznacza mediatora, jednakże strony mogą wybrać innego mediatora.” Z tego zapisu wynika, że strony mogą zawsze zgodnie wybrać mediatora nawet po skierowaniu przez sąd. Tym samym, mogą one dokonać wiążącego wyboru także przed skierowaniem sądu i ten wybór sąd musi uwzględnić kierując do mediacji. Wskazanie mediatora tylko przez jedną stronę nie jest wiążące i sąd może dokonać innego wskazania lub też zapytać drugiej strony o stanowisko.

Przyjęto, że przy dobrowolności mediacji – w każdym momencie jej prowadzenia – zbędna jest instytucja wyłączenia mediatora. Jeżeli jedna ze stron stwierdzi, że mediator nie jest bezstronny i niezależny, wówczas do mediacji nie dojdzie lub zostanie przerwana.

Omawiane przepisy nie stoją na przeszkodzie prowadzeniu mediacji przez zespół mediatorów. Zależy to od woli stron, bowiem taki wybór ma zasadniczy wpływ na koszty mediacji. Nie ma potrzeby szczególnej regulacji w tym zakresie, w przeciwieństwie do sądu polubownego, gdzie należało szczególnie unormować np. kwestię wyboru kilku arbitrów, głosowania itp.

Ad 3) Kwestia kwalifikacji mediatora.

Omawiana regulacja przyjęła jedną z wielu możliwych koncepcji w tym zakresie. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego nie pominęła rozważenia, czy powinny istnieć regulacje natury „administracyjnej” co do mediatorów – np. dotyczące wpisywania ich na listę stałych mediatorów, swoistego koncesjono-

wania świadczenia przez nich usług mediacyjnych, sprawdzania kwalifikacji, itd., czy też mediatorem może być każda osoba, na którą wyrażą zgodę strony. Nie tylko w ramach Komisji Kodyfikacyjnej, ale także w ramach uzgodnień wewnątrz- i międzyresortowych oraz w trakcie prac sejmowych, przeważał pogląd o niezasadności tworzenia systemu koncesji, czy też nowej korporacji.

Zgodnie z rekomendacją Komitetu Ministrów Rady Europy, mediatorzy powinni być niezależni i bezstronni. Rekomendacja nie zaleca natomiast jakichś administracyjnych rygorów ich dotyczących, w szczególności – wpisywania osób chcących zostać mediatorami na listę mediatorów. Optymalne dla powodzenia mediacji byłoby, gdyby mediatora wybierały same strony sporu, a nie sąd. Aby stronom ułatwić ten wybór, sąd powinien informować, gdzie można znaleźć osoby trudniące się mediacją – np. w sprawach rodzinnych, konsumenckich, handlowych itd. Natomiast w sytuacji, gdy sąd będzie odpowiedzialny za wybór mediatora, a mianowicie gdy wobec braku wyboru przez strony sam wskaże mediatora, będzie się oczywiście kierował własnym rozeznaniem co do jego umiejętności, doświadczenia i skuteczności. Podstawę do tego stanowi fakt, że już obecnie znane są sądom organizacje i instytucje prowadzące profesjonalnie usługi mediacyjne. Szczególna troska o kompetencje mediatora powinna dotyczyć spraw rodzinnych. Specyfika spraw rodzinnych wymaga odmiennego (bardziej szczegółowego) ich potraktowania. W sprawach tych zamieszczono szczególną regulację wskazującą rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne i kuratorów sądowych, których profesjonalizm w omawianym zakresie nie budzi wątpliwości. Poza tym sądy będą mogły korzystać z mediatorów wskazanych przez organizacje społeczne działające od dawna na tym obszarze i znane sądom rodzinnym ze swojego zaangażowania i profesjonalizmu. Ta grupa podmiotów zrzeszających potencjalnych mediatorów mieści się w ogólnej kategorii organizacji społecznych, które mogą zgłaszać listy kandydatów na mediatorów.

Będzie rzeczą organizacji społecznych, które będą aspirować do wskazywania mediatorów i prowadzenia mediacji, przeprowadzenie odpowiednich szkoleń i weryfikacji. Skarb Państwa będzie zaś obciążony odpowiednim przeszkoleniem kuratorów sądowych i pracowników RODK, którzy zechcą podjąć się roli mediatorów w sprawach rodzinnych.

Brak regulacji w ustawie kwalifikacji mediatorów oraz problematyki ich przeszkolenia nie utrudnia zafunkcjonowania takich wymagań w praktyce w odniesieniu do mediatorów prowadzących tę działalność profesjonalnie. W Europie Zachodniej kwestie te zostały unormowane w drodze norm pozaprawnych i praktyki tworzonej przez organizacje zajmujące się mediacją lub zrzeszające mediatorów. Nie ma przeszkód, aby w Polsce rozwój mediacji poszedł podobną drogą.

Ten aspekt mediacji także był przedstawiony w cytowanej wyżej tzw. Zielonej Księdze Komisji Europejskiej o alternatywnych metodach rozwiązywania sporów cywilnych i handlowych.

O ile w powołanym dokumencie rozważano możliwość ujęcia tego zagadnienia w jakimś przyszłym instrumencie prawa wspólnotowego, który określałby minimalne standardy kwalifikacji mediatorów, o tyle obecnie po dwóch latach dyskusji Komisja Europejska odstępuje od tej opcji. Wyrazem tego jest projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych⁶. Wyraźnie stanowisko to zostało sformułowane w uzasadnieniu przedłożenia projektu, cyt.: „Propozowana dyrektywa nie obejmuje przepisów dotyczących procesu mediacji lub powoływania bądź akredytowania mediatorów. Uwzględniając reakcje wywołane zieloną księgą z 2002 roku oraz bieżące wydarzenia na szczeblu krajowym, nie wydaje się, żeby ustawodawstwo było preferowaną opcją polityki w odniesieniu do tego typu przepisów. Wyłączając z niniejszej propozycji środki regulacyjne dotyczące samej procedury mediacyjnej, Komisja starała się i nadal stara się zapewnić wsparcie dla inicjatyw samoregulacyjnych także w niniejszej wnioskowanej dyrektywie.”

Wspomniane w zacytowanym fragmencie „inicjatywy samoregulacyjne” oznaczają kodeksy etyki i zbiory zasad przyjmowane przez organizacje zrzeszające mediatorów.

Należy przypomnieć, że projekt przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego zawierał propozycję delegacji do wydania rozporządzenia przez Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie określenia kwalifikacji stałych (w rozumieniu projektu – zgłoszonych przez organizacje społeczne) mediatorów rodzinnych. Byłoby to jednak odstępstwo od ogólnej zasady nieregulowania tej kwestii. Poza tym nawet w tym wypadku rozporządzenie nie stanowiłoby podstaw do zamknięcia możliwości mediacyjnych w sprawach rodzinnych tylko do określonego grona osób spełniających wymagania kwalifikacyjne. Nadal bowiem projekt dopuszczałby wybór przez strony mediatora spoza grona stałych mediatorów rodzinnych.

To pierwotnie przyjęte przez Komisję Kodyfikacyjną rozwiązanie budziło kontrowersje w łonie samej Komisji, ponadto zaś nie zyskało akceptacji Rządowego Centrum Legislacji w toku uzgodnień międzyresortowych ze względu na trudność ze wskazaniem wytycznych dla Ministra Sprawiedliwości w tym zakresie.

Przed wszystkim jednak, jak wyżej wspomniano, takie wyjątkowe rozwiązanie dla spraw rodzinnych stanowiłoby wyłom w zasadzie przyjętej dla mediacji w ogólności i byłoby argumentem dla wszystkich środowisk mediatorów do żądania podobnej regulacji prawnej dla mediatorów w innych kategoriach spraw cywilnych.

⁶ Ostatnie doniesienia zdają się wskazywać na zmniejszenie szans na jej przyjęcie. Rozważane jest ograniczenie zastosowania dyrektywy do sporów transgranicznych, gdyż podnoszone są uzasadnione wątpliwości co do kompetencji UE w zakresie harmonizacji prawa procesowego.

Ad 4) Zatwierdzenie ugody.

Ugoda zawarta przed mediatorem dla swej skuteczności podlegać będzie zatwierdzeniu przez sąd. Jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, zatwierdzenie nastąpi w postępowaniu o nadaniu klauzuli wykonalności – zatem na posiedzeniu niejawnym. Również ugoda, która nie podlegać będzie wykonaniu w drodze egzekucji będzie zatwierdzona na posiedzeniu niejawnym (art. 18314 § 2 k. p. c.).

Nie ma podstaw do przyjęcia, że zasady te nie odnoszą się do mediacji prowadzonej w trakcie postępowania cywilnego. Zatem po wpłynięciu do sądu protokołu mediacji konieczne jest wyznaczenie posiedzenia niejawnego w celu zatwierdzenia ugody w jednej z dwóch wyżej wskazanych form. Nadanie klauzuli wykonalności nie wymagające wysłuchania stron może nastąpić na posiedzeniu niejawnym (art. 766 k. p. c.). To samo rozwiązanie przyjmuje ustawa w odniesieniu do zatwierdzenia ugody nie podlegającej egzekucji, które następuje także na posiedzeniu niejawnym, co wynika z art. 183¹⁴ § 2 k. p. c., cyt.: „Jeżeli ugoda podlega wykonaniu w drodze egzekucji, sąd zatwierdza ją przez nadanie jej klauzuli wykonalności, w przeciwnym przypadku sąd zatwierdza ugodę postanowieniem na posiedzeniu niejawnym.”

Na postanowienie w przedmiocie nadania klauzuli przysługuje zażalenie. Zażalenie ma – w świetle pkt. 101 dodanego w art. 394 § 1 k. p. c. – przysługiwać również na postanowienie w przedmiocie zatwierdzenia ugody nie podlegającej egzekucji. Umorzyć postępowanie będzie zatem można dopiero po uprawomocnieniu postanowienia o zatwierdzeniu ugody. Aby w celu umorzenia postępowania nie trzeba było wyznaczać rozprawy, dokonano stosownej nowelizacji art. 355 § 2 k. p. c., zgodnie z którym, umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym jest dopuszczalne także wtedy, gdy strony zawarły ugodę przed mediatorem, którą zatwierdził sąd.

Sąd odmówi zatwierdzenia ugody zawartej przed mediatorem, gdy ugoda jest sprzeczna z prawem lub z zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa (do tego miejsca przesłanki art. 183¹⁴ § 3 k. p. c. są zgodne z przesłankami odmowy zatwierdzenia ugody zawartej przed sądem – art. 203 § 4 k. p. c.), a także gdy treść ugody jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności. Ujęcie podstaw odmowy zatwierdzenia ugody jest w projekcie na tyle wąskie, na ile jest to możliwe. Przede wszystkim nie może być ono węższe niż regulacja prawa materialnego dotycząca ważności czynności prawnych w ogólności (art. 58 k. c., w szczególności – § 2) oraz regulacja prawa procesowego dotycząca ugody sądowej (art. 203 § 4 w zw. z art. 223 § 2 k. p. c.).

Szerokie ujęcie grona ewentualnych mediatorów, w tym dopuszczenie prowadzenia mediacji przez osoby niemające wiedzy prawniczej, powoduje, że niezbędne było dodanie negatywnej przesłanki zatwierdzenia ugody „treść ugody jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności”.

Ad 5) Koszty

Koszty mediacji, obejmujące wynagrodzenie mediatora i poniesione przez niego wydatki, nie stanowią kosztów sądowych i nie podlegają regulacji ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. W konsekwencji przyjętego rozwiązania, zwolnienie strony (stron) postępowania sądowego od kosztów sądowych nie powoduje przejścia przez Skarb Państwa obowiązku pokrycia kosztów związanych z prowadzeniem mediacji. Jak wcześniej już stwierdzono, mediacja nie jest postępowaniem cywilnym i nie ma podstaw do obejmowania jej zasadami tego postępowania odnoszącymi się do zwolnienia od kosztów. Celem instytucji zwolnienia od kosztów sądowych jest przecież umożliwienie osobom ubogim dostępu do drogi sądowej. Mediacja zaś jest drogą „pozasądową”. Nie wyłącza to jednak starań władz publicznych o zorganizowanie systemu bezpłatnych usług mediacyjnych dla osób ubogich, szczególnie w sprawach rodzinnych i opiekuńczych. Nie powinno to być jednak problemem wymiaru sprawiedliwości, lecz zadaniem organów właściwych dla pomocy społecznej i wsparcia rodziny. Istotną rolę mogłyby tu odegrać organizacje pożytku publicznego, wiele z nich wskazuje w swoich celach statutowych pomoc rodzinie.

Wynagrodzenie mediatora powinno być ustalone między mediatorem i stronami, powinno to nastąpić jeszcze przed rozpoczęciem mediacji, zwłaszcza jeżeli miałoby odbiegać od stawek określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości.

Mediator może się podjąć prowadzenia mediacji także bez wynagrodzenia (tak mogą działać np. mediatorzy z poradni małżeńskich działających w ramach kościołów czy związków wyznaniowych). Wynagrodzenie mediatora rodzi po stronie uczestników mediacji w stosunku do mediatora zobowiązanie natury cywilnoprawnej i może być dochodzone przez mediatora od stron w procesie cywilnym. W przeciwieństwie do mediacji pozaprocesowej, gdzie wysokość wynagrodzenia nie podlega żadnej regulacji – w przypadku postępowania mediacyjnego wszczętego na podstawie skierowania sądu projektowana ustawa przewiduje określenie zasad ustalania tego wynagrodzenia (w braku odmiennej umowy stron z mediatorem) w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości, o którym będzie mowa poniżej.

Odrębną sprawą jest rozdzielenie kosztów mediacji między stronami. W razie dojścia do ugody, podział kosztów między stronami określą same strony w ugodzie. Jeśli tego nie uczynią – koszty te będą wzajemnie zniesione (art. 104¹ k. p. c.). W razie niedojścia do ugody, koszty mediacji – jako część kosztów procesu (art. 98¹ § 1 k. p. c.) – będą rozliczone między stronami w zależności od wyniku postępowania według zasad określonych w art. 98 – 109 k. p. c.

Jak wyżej stwierdzono, koszty mediacji podjętej w wyniku skierowania stron do postępowania mediacyjnego w ramach toczącego się postępowania sądowego nie będą traktowane jako wydatek mieszczący się w kategorii kosztów są-

dowych. W konsekwencji sąd kierując strony do mediatora nie może pobierać od stron zaliczki na wydatki (tak, jak np. na opinię biegłego). Koszty mediacji, a w szczególności wynagrodzenie mediatora mieszczą się zatem jedynie w kategorii kosztów procesu jako wydatek stron niezbędny do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (art. 98 k. p. c.), co oznacza, że strony sporu decydując się na mediację uzgadniałyby między sobą (i z mediatorem) wysokość wynagrodzenia i zasady jego poniesienia przez każdą z nich. W razie braku porozumienia koszty te będą podlegały rozliczeniu w ramach kosztów procesu.

Mając na względzie powyższe założenia ustawowe, Minister Sprawiedliwości na podstawie art. 98¹§ 4 k. p. c. wydał rozporządzenie w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora za prowadzenie postępowania mediacyjnego⁷ wszczętego na podstawie skierowania sądu.

Należy mieć na uwadze, że wynagrodzenie określone w rozporządzeniu ma się odnosić tylko do mediacji ze skierowania sądu, poza tym wysokość wynagrodzenia zależy od stron. Jeżeli jednak mediacja toczy się ze skierowania sądu, to jej koszty podlegają rozliczeniu w ramach rozliczenia kosztów postępowania między stronami. W przypadku pozytywnego wyniku mediacji, jej koszty nie powinny przewyższać 1/4 wpisu pobranego w danej sprawie, bowiem rozporządzenie przewiduje zwrot tej części wpisu jako zachętę dla stron do prowadzenia mediacji i zawarcia ugody. Z kolei w przypadku negatywnego wyniku mediacji, koszt mediacji będzie dodatkowym kosztem postępowania, który z reguły obciąży stronę przegrywającą. Z tych względów zbyt szerokie widełki wynagrodzenia mediatora mogłyby odstręczać strony od podjęcia mediacji, która z natury rzeczy obarczona jest ryzykiem niepowodzenia. Jeżeli strony decydują się na ryzyko poniesienia wyższych kosztów niż przewiduje to rozporządzenie, to nic nie stoi na przeszkodzie dowolnemu ich ustaleniu w umowie stron z mediatorem.

⁷ Tekst rozporządzenia opublikowany w Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2018 – w załączeniu do niniejszego artykułu.

ROZPORZĄDZENIE
MINISTRA SPRAWIEDLIWOŚCI
z dnia 30 listopada 2005 r.
w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi
wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym
(Dz. U. Nr 239, poz. 2018)

Na podstawie art. 98¹ § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.) zarządza się, co następuje:

- § 1. Rozporządzenie określa wysokość wynagrodzenia mediatora za prowadzenie postępowania mediacyjnego w sprawach cywilnych, wszczętego na podstawie skierowania sądu i wydatki mediatora podlegające zwrotowi.
- § 2. 1. W sprawach o prawa majątkowe wynagrodzenie mediatora wynosi 1% wartości przedmiotu sporu, jednak nie mniej niż 30 złotych i nie więcej niż 1000 złotych za całość postępowania mediacyjnego.
2. W sprawach o prawa majątkowe, w których wartości przedmiotu sporu nie da się ustalić oraz o prawa niemajątkowe, wynagrodzenie mediatora za pierwsze posiedzenie mediacyjne, przeprowadzone w wyznaczonym przez sąd czasie mediacji, wynosi 60 złotych, a za każde następne posiedzenie – 25 złotych.
3. Jeżeli sąd upoważnił mediatora do zapoznania się z aktami sprawy wynagrodzenie za całość postępowania, o którym mowa w ust. 1 i 2, podwyższa się o 10 %.
- § 3. Zwrotowi podlegają udokumentowane i niezbędne wydatki mediatora poniesione w związku z przeprowadzeniem mediacji na pokrycie kosztów:
- 1) przejazdów – w wysokości i na warunkach określonych w przepisach dotyczących wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej i samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju;
 - 2) zawiadomień stron;
 - 3) zużytych materiałów biurowych;
 - 4) wynajmu pomieszczenia niezbędnego do przeprowadzenia posiedzenia mediacyjnego, w wysokości nieprzekraczającej 50 złotych za jedno posiedzenie.
- § 4. Rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 10 grudnia 2005 r.

Problematyka procesowa dowodu z DNA.

Nie ma już chyba wątpliwości tak wśród teoretyków jak i praktyków, że aktualny system prawa polskiego w zakresie trzech podstawowych procedur: cywilnej, karnej a nawet administracyjnej dopuszcza możliwość wykorzystywania dowodu z badań DNA.

Wskazuje na to w zakresie procedury karnej przepis art. 74 § 2 ust. 2 i § 3 Kodeksu postępowania karnego, w zakresie zaś procedury administracyjnej – art. 75 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego zgodnie z którym w tym postępowaniu jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem.

Natomiast w procedurze cywilnej możliwość dopuszczenia przez sąd takiego dowodu przewiduje przepis art. 309 Kodeksu postępowania cywilnego, według którego dowód z badań DNA zaliczany jest do „innych środków dowodowych”, poza dowodami wskazanymi (i nazwanymi) w przepisach Działu III rozdziału 2 tego Kodeksu. Podobnie jak pozostałe dowody wymienione w Oddziale 7 tego rozdziału.

Zaszeregowanie dowodu z badań polimorfizmu DNA do „innych środków dowodowych” nie umniejsza jego wagi w procesie orzekania. Przepisy nie ustalają bowiem hierarchii dowodów. Podkreślał to także w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy, który przypisywał nawet właśnie temu dowodowi „valor szczególny” w procesach o ustalenie ojcostwa.

Dlatego spróbuję Państwu przybliżyć, na podstawie przeprowadzonych przeze mnie badań aktowych, aktualną w tym zakresie praktykę sądów okręgu warszawskiego. Do analizy wybrałam sprawy zakończone i niezakończone merytorycznym rozstrzygnięciem dotyczące pochodzenia dziecka a więc o ustalenie jego pochodzenia od mężczyzny, który nie jest mężem matki oraz o zaprzeczenie ojcostwa męża matki dziecka złożone w okresie od 1 lipca 2004 r. do końca marca 2005 r., z terenu właściwości wszystkich sądów rodzinnych Warszawy.

Podobne badania przeprowadzałam w 2003 r. w odniesieniu do orzecznictwa sądów rodzinnych w tego rodzaju sprawach w latach 2001 i 2002.

Aktualna analiza miała na celu wykazanie czy domniemani ojcowie nie będący mężami matek dziecka, którego ojcostwo ma ustalić sąd wykorzystując swoje uprawnienia wynikające ze znowelizowanego przepisu art. 84 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a także czy w wytoczonym przez siebie procesie sięgają po tak mocny argument, jakim jest dowód z badań polimorfizmu DNA. Ponadto aktualne badania aktowe miały na celu wykazanie czy dowód z opinii wydanej na podstawie badań DNA jest w procesach dotyczących pochodze-

nia dziecka dowodem dominującym, a także czy sądy mają wpływ na zakres tych badań oraz czy przywiązują wagę do całości treści opinii, czy też ograniczają się do stwierdzenia, na jakie wyniki prawdopodobieństwa pochodzenia dziecka od konkretnego mężczyzny wskazuje opinia.

Objęty analizą okres orzekania wyznaczony został z jednej strony – czasem wejścia w życie znowelizowanego ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 162 poz. 1691) art. 84 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, z drugiej zaś możliwością dysponowania danymi statystycznymi na koniec I kwartału 2005 r.

Analizą, której wyniki prezentuję, objęto 265 spraw, z czego:

- 159 dotyczy zaprzeczenia ojcostwa,
- a 106 jego ustalenia.

Spośród 106 spraw, w których ojcostwo dziecka nie było ustalone, w większości przypadków powództwo o ustalenie złożyła matka dziecka (aż w 90 przypadkach tj. w $\approx 85\%$). Natomiast domniemany ojciec skorzystał z uprawnień znowelizowanego przepisu art. 84 K. r. o. w 15 przypadkach (co stanowi w $\approx 15\%$). Z uwagi jednak na krótki okres obowiązywania powołanego przepisu można już z jednej strony przyjąć, że mężczyźni – domniemani ojcowie, nie będący mężami matek posiadają świadomość przyznanych im przez ustawodawcę praw. Z drugiej jednak strony niski, w porównaniu z procentem powództw o ustalenie ojcostwa składanych w tym samym okresie przez matki, świadczyć może, że mężczyznom mniej niż matkom zależy na unormowaniu pochodzenia nieślubnego dziecka.

W jednym badanym przypadku powództwo o ustalenie ojcostwa złożył prokurator.

Powództwo o zaprzeczenie faktu, iż dziecko pochodzi od męża matki także w większości przypadków, w 113 na ogólną liczbę 159 (tj. w $\approx 71\%$) składały matki. Mężowie matek złożyli takie powództwa w 28 przypadkach (tj. w $\approx 18\%$), natomiast prokurator w 18 przypadkach (tj. w $\approx 11\%$). Wskazuje to, że większą inicjatywę organy prokuratury wykazują w sprawach dotyczących zaprzeczenia niż ustalenia pochodzenia dziecka od konkretnego mężczyzny. Nie wydaje się jednak, aby było to wynikiem bagatelizowania przez ten urząd dobra dziecka. Wiąże się to bowiem z ograniczeniem czasowym, w jakim zgodnie z przepisami art. 69 § 1 i 63 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego matka dziecka i jej mąż mogą skutecznie wnosić o zaprzeczenie.

Wydaje się istotne ustalenie, na jakich dowodach dochodzący swoich praw, w obu rodzajach procesów, opierali swoje żądania. Czy i w jakim zakresie oraz w jakiej fazie postępowania na poparcie swego stanowiska zajętego w sprawie wnioskowali dopuszczenie przez sąd dowodu z badań genetycznych DNA, czy też poprzestawali na wnioskowaniu dowodu z zeznań świadków, przeprowadzeniu innych dowodów biologicznych lub wyłącznie przesłuchaniu stron.

Otóż okazuje się, że wnioski o przeprowadzenie dowodu z badań DNA złożono w 40 spośród badanych spraw (tj. w $\approx 15\%$). W pozostałych strony opierały swoje stanowisko w sprawie o dowody z zeznań świadków, z dokumentacji medycznej dotyczącej porodu i zeznań stron.

Co ciekawe, choć nie zaskakujące, że w 65 przypadkach (tj. w $\approx 25\%$) w sprawach o zaprzeczenie pochodzenia dziecka od męża matki głównym, obok przesłuchania stron, dowodem był nie dowód natury biologiczno-medycznej a dowód z zeznań jedyne go świadka – mężczyzny, który przyznawał, że obcował z matką w okresie koncepcyjnym i że dziecko, którego dotyczy postępowanie pochodzi od niego, a nie od męża matki. Spośród 106 spraw o ustalenie ojcostwa tylko, a może aż w 34 sprawach, czyli w 1/3 przypadków (w $\approx 32\%$) strony procesu złożyły wniosek o przeprowadzenie dowodu z badań DNA. Częściej bo w 19 przypadkach wniosek taki składali broniący się przed ojcostwem mężczyźni, rzadziej kobiety (w tylko 8 przypadkach). Od obu stron wniosek taki pochodził w 1 przypadku. Wniosków prokuratora w tym zakresie nie było. W żadnym przypadku sądy nie ignorowały wniosku stron o przeprowadzenie dowodu z badań DNA i nie oddały go, a w 6 przypadkach (w $\approx 6\%$) dopuściły taki dowód z urzędu.

Ciekawe jest też, że przy złożeniu powództwa o ustalenie ojcostwa przez domniemanego ojca, niebędącego oczywiście mężem matki (z 15 przypadków) wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii na podstawie badań DNA złożyło tylko 4 mężczyzn.

Natomiast w sprawach o zaprzeczenie pochodzenia dziecka od męża matki na 159 zbadanych spraw tylko w 8 sprawach strony wnioskowały o przeprowadzenie dowodu z badań DNA, a wśród wnioskujących przeważali mężowie matek (w 6 przypadkach), w 1 przypadku wnioskującą była matka i w 1 – prokurator. W 2 też sprawach stwierdzono złożenie opinii z badań DNA przeprowadzonej na prywatne zlecenie stron przed wytoczeniem powództwa, a sąd taki dowód w toczącym się procesie przyjął. Opinie te nie pochodziły z placówek, którym sądy rutynowo zlecały przeprowadzenie badań. Charakterystyczne jest, że w sprawach dotyczących zaprzeczenia bardzo rzadko przeprowadzone było rozbudowane postępowanie dowodowe. Zwykle strony poprzestawały na wnioskowaniu a sądy na orzekaniu w oparciu o dowód z przesłuchania stron i przeprowadzeniu dowodu z zeznań jedyne go świadka, jakim był mężczyzna przyznający, iż dziecko pochodzi od niego.

Orzeczenia sądy najczęściej wydawały po przeprowadzeniu jednej, najwyżej dwóch rozprawach.

Obszerniejsze postępowanie dowodowe sądy prowadziły na okoliczność ustalenia ojcostwa. Rutynowo już choć, moim zdaniem, nie zawsze potrzebnie, w takich sprawach przed wydaniem orzeczenia sądy sięgały po dowód z do-

kumentacji medycznej związanej z porodem. Dowód ten w 100% dopuszczany był z urzędu. Nie stwierdzono natomiast w tych sprawach dowodu z podstawowych badań grup krwi czy badań antropologicznych.

W procesach o ustalenie dowód z opinii wydanej na podstawie badań materiału genetycznego DNA dopuszczony był zawsze po informacyjnym przesłuchaniu stron, a nierzadko po złożeniu zeznań przez świadka a nawet strony, który to dowód przeprowadzony jest z reguły w końcowej fazie procesu.

Wyniki badań DNA w wielu przypadkach zmieniały stanowiska strony pozwanej i po początkowym negowaniu ojcostwa mężczyźni uznawali powództwo lub składali przed sądem oświadczenie o uznaniu dziecka. W 2 przypadkach nie czekając na termin rozprawy uznali dziecko przed kierownikiem Urzędu Stanu Cywilnego. Nieliczni upierając się przy przeczeniu swego ojcostwa z orzeczeniem ustalającym go godzili się, czemu dawali wyraz nie skarżąc go. Orzeczenia w sprawach o ustalenie ojcostwa, w których przeprowadzony był dowód z badań polimorfizmu DNA w 100% zgodne były z wynikami tych badań.

Warto zwrócić uwagę na fakt wykazywany przeze mnie także w poprzednich badaniach, że w żadnej ze spraw, w których przeprowadzony był dowód z badań DNA strony nie zaskarżyły orzeczenia. Apelacje dotyczyły ewentualnie innych zawartych w wyroku rozstrzygnięć niż samo ustalanie ojcostwa. W analizowanych sprawach o zaprzeczenie pochodzenia dziecka od męża matki, strony także orzeczenia nie apelowały. Zmiana stanowiska pozwanego mężczyzny w trakcie procesu – po badaniach oraz brak zaskarżalności świadczyć może o sile przekonywania tego dowodu. Nie stwierdzono też, aby na rozprawie strony kwestionowały wyniki badań bądź analizowały treść sprawozdania złożonego po ich przeprowadzeniu. Nie zadawały też żadnych pytań dotyczących treści opinii. Charakterystyczne też dla obu tych procesów jest to, że sądy zlecając przeprowadzenie badań i wydanie na ich podstawie opinii nie ingerowały w żaden sposób w zakres ich przeprowadzenia. O ile może trudno byłoby sądom ingerować w metody wykorzystywane w badaniach, to wydaje się, że mogłyby w pewnych sytuacjach narzucić, czy choćby sugerować placówkom, którym zlecają badania, dokonania porównań cech materiału genetycznego osób badanych w konkretnej liczbie układów, a także wskazać, jakiego rodzaju materiał genetyczny ma być pobrany do porównań. Analiza akt wykazała, że jeżeli już sąd wskazał na ten materiał w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu, to zawsze, mimo istnienia innych możliwości była nim krew. Placówkami, do których sądy warszawskie zleciły badanie polimorfizmu DNA w procesach dotyczących ustalenia ojcostwa były Zakład Medycyny Sądowej AM w Warszawie oraz Instytut Badań DNA. Zakład Medycyny Sądowej prawie zawsze, z wyjątkiem jednego przypadku, pobierał do badań porównawczych wyłącznie krew. O tym, do jakiej placówki przesłane zostanie zlecenie wykonania badań DNA, mimo wydania postanowienia o dopuszczeniu tego dowodu, nie zawsze – co ocenić

należy krytycznie – decydował rzeczywiście sąd. W niektórych bowiem przypadkach zabrakło wskazania biegłym z jakiej placówki zlecone zostało przeprowadzenie badań. W nielicznych też tylko przypadkach sądy zakreślały termin wykonania zlecenia, a jeżeli już go określały, badania powinny być przeprowadzone w ciągu miesiąca lub półtora miesiąca. Skoro mowa o terminie wykonania badań, który nie pozostaje bez wpływu na sprawność postępowania sądowego, to obecnie przeprowadzona analiza akt sądowych wskazuje, że termin ten na przestrzeni kilku lat uległ skróceniu. O ile w latach 2001-2002 termin ten wynosił od 2 do 4 miesięcy, a czasami nawet więcej, obecnie właściwie nie przekracza on 2 miesięcy. Nie tylko zresztą te parametry uległy poprawie, ale co chyba najistotniejsze, zakres badań wyznaczony liczbą układów, w których dokonywano porównań cech genetycznych osób badanych znacznie się rozszerzył do stosowanych już standardowo 19 układów.

Wydaje się jednak, że niezależnie od tego ewidentnego postępu, nie jest dobrze, że Zakład Medycyny Sądowej wykonujący badania, przysyłając do sądu ich wyniki i opinię rezygnuje z dołączenia do niej teoretycznej informacji o stosowanych metodach, przebiegu badań i sposobie wnioskowania, które to objaśnienia we wcześniejszych latach stanowiły rutynowo przesyłany załącznik opinii.

Nadal, jak się wydaje, pilną sprawą jest stworzenie listy upoważnionych placówek wykonujących badania DNA na potrzeby sądownictwa, w szczególności dla uniknięcia ewentualnych negatywnych skutków braku kontroli ich jakości.

Konkurencyjność placówek bez kontroli może sprowadzać się jedynie do porównywania kosztów, nie zaś jakości wykonywanych przez nie usług, a to może być niebezpieczne nie tylko dla sądu, ale przede wszystkim dla stron procesu. Koszt zaś badań DNA w poddanych analizie sprawach wynosił 1550 zł.

Jeżeli już mowa o kosztach to warto zwrócić jeszcze uwagę na to kto te koszty ponosi. Otóż nie zawsze pokrywała je strona pozwana. Nadal sądy obciążają nimi także Skarb Państwa. Analiza wykazała, że miało to miejsce w 30% przypadków.

Koszt badań DNA w procesie o ustalenie ojcostwa, choć nie jedyna, to główna pozycja tych kosztów i tu nasuwa się moja uwaga dotycząca zbyt częstego obciążania przez sądy rodzinne (warszawskie) Skarbu Państwa kosztami postępowania w sprawach dotyczących regulacji pochodzenia dziecka (o ustalenie i zaprzeczenie ojcostwa). Sądy wprowadzie zwalniały strony z ponoszenia kosztów procesu sądowego z uwagi na wskazaną przez nich złą sytuację finansową ale i to, jak się wydaje, nie powinno decydować o 100 % zwolnieniu z kosztów badań.

Problematyka procesowa dowodu z DNA w procedurze cywilnej

Dowód z badania grupowego krwi, a właściwie dowód z badania grup krwi opiera się na stwierdzonym porządku dziedziczenia poszczególnych grup krwi, wyrażającym się tym, że osoby o pewnych grupach krwi mogą przekazywać dziecku określone cechy i w tym, że dziecko pewne cechy musi odziedziczyć po jednym lub drugim z rodziców.

Dowód z badania grup krwi ma decydującą wartość, jeżeli wynik prowadzi do wykluczenia ojcostwa. Jeżeli natomiast grupowe badanie krwi nie wyklucza ojcostwa, to wynik taki nie przesądza kwestii ustalenia ojcostwa na podstawie innych dowodów.

Naczelną zasadą rozstrzygającą o właściwym załatwieniu sprawy o ustalenie pochodzenia dziecka jest zasada prawdy obiektywnej, która decyduje o zakresie postępowania dowodowego. Wyraża się ona w znaczeniu materialnoprawnym jak i procesowym. W znaczeniu procesowym sąd powinien dążyć do ustalenia prawdy obiektywnej rzeczywistego ustalenia pochodzenia dziecka. Oznacza to, że poza dowodami osobowymi szczególne znaczenie dla oceny mają dowody przyrodnicze, które o tyle mają przewagę nad dowodami osobowymi, że są obiektywne.

Mimo zmian proceduralnych w brzmieniu nadanym art. 3 ustawy o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw¹ nadal istnieje obowiązek ustalenia okoliczności zgodnych z prawdą obciążający strony i uczestników postępowania.

W sprawach dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka nie jest wyłączone, nawet po zmianie przepisów i uchyleniu art. 3 § 2 k. p. c., uzupełnienie postępowania z urzędu. W przeciwieństwie do dowodów przyrodniczych dowody osobowe charakteryzują się bowiem tym, że przejawiają pewny subiektywizm w przekazywaniu informacji w zależności od tego, która ze stron postępowania je amplifikuje.

Badanie kodu genetycznego DNA pozwala ze 100% pewnością na wykluczenie ojcostwa i z przeważającym stopniem prawdopodobieństwa na jego ustalenie. Powoduje to, że mimo zmian w procedurze cywilnej w zakresie możliwości

¹ Dz. U. z 1996 r. Nr 43 poz. 189 ze zm.

dopuszczania dowodów z urzędu sąd powinien dopuścić taki dowód nawet wówczas, gdy nie żąda tego żadna ze stron. Nie oznacza to jednak, że w każdej sprawie o ustalenie ojcostwa badania genetyczne polimorfizmu DNA muszą być przeprowadzane ponownie. O ile wyniki uprzednio przeprowadzonego badania grup krwi wykluczyły pochodzenie dziecka od danego mężczyzny, a badania DNA miałyby mieć charakter kontrolny, nie jest konieczne ich powtórzenie tylko pod kątem sprawdzenia, czy nie zaszła pomyłka, w sytuacji gdy strona nie kwestionuje prawidłowości warunków w jakich zostały przeprowadzone.

Ocena dowodów przyrodniczych była wielokrotnie przedmiotem analizy orzeczniczej Sądu Najwyższego. I tak w orzeczeniu z dnia 1 października 1973 r., I CR 531/73² sąd rozstrzygając stwierdził, że jeżeli dowód z grupowego badania krwi stanowi jedyny dowód w sprawie, a pozostały materiał zgromadzony przemawia za przeciwnymi ustaleniami, wówczas dowód ten powinien być przeprowadzony w sposób gwarantujący całkowitą pewność jego wyniku. Praktycznie taką pewność może dać tylko ponowne przeprowadzenie badania przez inny zakład naukowy, jeżeli wynik tego badania będzie całkowicie zgodny z wynikiem badania poprzedniego, i to zgodny co do bezwzględnie wszystkich cech krwi. Jakakolwiek niezgodność wskazuje na możliwość błędu i dyskwalifikuje oba badania”.

Bezspornie teza ta dotyczyła badania podstawowych grup krwi, niemniej jednak jej aktualność wyraża się w tym, że o ile strony kwestionują prawidłowość i prokolarność przeprowadzenia badania, zachowaniu ciągłości ciągu laboratoryjnego wymaganego przy przeprowadzaniu badania polimorfizmu DNA, przechodzenia próbki tkanki przez kolejne stanowiska laboratoryjne zachodzi konieczność powtórzenia badań.

Kodeks postępowania cywilnego nie ustanawia hierarchii dowodów z zakresie art. 244- 309 k. p. c. Stwierdza jedynie, że żadne postanowienie dowodowe nie wiąże sądu i, podobnie jak każdy dowód z badania polimorfizmu DNA, podlega swobodnej ocenie sędziowskiej w rozumieniu art. 233 § 1 k. p. c.

Jednakże z uwagi na pełny obiektywizm tego dowodu jest on bardziej pewny od innych dowodów co nadaje mu szczególny charakter. Generuje to problem na jakim etapie postępowania powinien być dopuszczony, czy na początku postępowania, gdy uprawniony wykazał prawdopodobieństwo pochodzenia dziecka, czy też po przeprowadzeniu szeregu innych dowodów osobowych. Nie rozstrzygają tej kwestii przepisy procesowe. Aby uniknąć zwłoki w postępowaniu, powinien być on dopuszczony na początku postępowania dowodowego po uprawdopodobnieniu istnienia domniemania pochodzenia dziecka od określonego mężczyzny, a nie po wyczerpaniu innych środków dowodowych w toku postępowania sądowego. W konsekwencji przesądzający

² OSP 1974, nr 10, poz. 201.

pozytywny wynik może przyczynić się do podjęcia przez strony decyzji o ograniczeniu zakresu postępowania. Nie zwalnia to sądu z obowiązku przeprowadzenia postępowania dowodowego w pozostałym zakresie i oceny materiału zgromadzonego w sprawie przed wydaniem orzeczenia.

Kolejnym problemem wymagającym zastanowienia jest krąg osób, których krew podlega badaniu. Zarówno kodeks rodzinny i opiekuńczy jak i kodeks postępowania cywilnego nie wskazują katalogu osób, które w sprawach o pochodzenie dziecka powinny być objęte badaniem. Uzależnione jest to od wywodzonego roszczenia. Generalnie ogranicza się w sprawach o pochodzenie dziecka do: dziecka, jego matki i domniemanego ojca.

Obowiązujące przepisy nie rozszerzają tego kręgu, co nie oznacza, że w szczególnych sytuacjach, jeżeli w sprawie o ustalenie ojcostwa okaże się, iż w okresie koncepcyjnym matka dziecka współżyła także z innym mężczyzną niż wskazanym w pozwie – a równocześnie mężczyzna na to wyraża zgodę – objęcie go badaniem jest wyłączone. Wówczas możliwe jest dopuszczenie dowodu z badań wszystkich zainteresowanych, w tym za zgodą drugiego z mężczyzn, także jego badanie. Nie ma zatem przeszkód proceduralnych, aby w wypadku zarzutu *plurium concubentium* objęty był tym dowodem inny mężczyzna niż pozwany. Nie ma natomiast podstaw na zasadzie art. 194 § 1 k. p. c. do wezwania osoby trzeciej do wzięcia udziału w sprawie w charakterze strony pozwanej. Wyrok bowiem niepodzielnie powinien dotyczyć wszystkich pozwanych, a w tym wypadku możliwe byłoby rozstrzygnięcie pozytywne tylko w stosunku do jednego z nich.

Procedura cywilna nie przyjęła zasady obowiązku poddania się grupowemu badaniu krwi. Pobranie krwi w warunkach art. 306 k. p. c. nie należy uznawać za czynność prawną, a jedynie faktyczną, mającą wywołać skutki w sferze praw stanu cywilnego. Pobranie materiału do badań nie mieści się w kategoriach zabiegu medycznego. W wypadku, gdy krew ma być pobrana od osoby, która nie ukończyła lat 13 potrzebna jest zgoda ustawowego przedstawiciela małoletniego. W sprawach o ustalenie ojcostwa, z uwagi na brak sprzeczności w dochodzeniu roszczeń wynikających z powództwa przedstawicielem ustawowym dziecka jest jego matka. Odmiennie wygląda sytuacja w sprawach o zaprzeczenie pochodzenia dziecka. Wówczas małoletnie dziecko powinno być reprezentowane przez kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy. Sąd powinien zatem wyjaśnić stronom ewentualne ujemne skutki procesowe w razie niewyrażenia zgody przez osoby, które mają być poddane badaniu, na przeprowadzenie dowodu z badań DNA i wyjaśnić cel oraz szczegółowo zasady przeprowadzania dowodu.

Sama odmowa wyrażenia zgody na pobranie krwi wyrażona przez stronę przed postanowieniem sądu o dopuszczeniu dowodu, nie może mieć wpływu na jego dopuszczenie. Ciężar określonego dowodzenia istotnego dla rozstrzy-

gnięcia faktu w sprawach o ustalenie ojcostwa spoczywa na powódce. W wypadku więc, gdy pozwany odmawia poddania się badaniom prowadzi to do ustalenia jego ojcostwa. I konsekwentnie, gdy po stronie powódki, w wypadku zgłoszenia wniosku przez pozwanego o przeprowadzenie badania, zachodzą utrudnienia w jego wykonaniu stwarzane przez powódkę, nie jest konieczne odwoływanie się do domniemania faktycznego. Wystarczy uznać, że strona powodowa nie wykazała faktu, z którego wywodziła skutki prawne i powództwo oddalić. Okoliczność, że matka dziecka wykazała fakt obcowania z mężczyzną, przeciwko któremu wniosła powództwo o ustalenie ojcostwa, który pozwala korzystać jej z domniemania z art. 85 k. r. o. nie ogranicza możliwości dowodzenia przez pozwanego, że istnieją okoliczności faktycznie sprzeczne z twierdzeniami powódki. Stwarzanie przez matkę dziecka przeszkód w przeprowadzeniu dowodu z badania DNA, z uwagi na obawy o wynik badania nakazują sądowi rozważyć, czy domniemanie prawne znajduje uzasadnienie.

Rodzi to problem w zakresie możliwości zastosowania środków ingerencji sądu opiekuńczego we władzę rodzicielską. Zarządzenia sądu opiekuńczego w tym zakresie mogą między innymi polegać na zobowiązaniu rodziców do określonego postępowania. A zatem zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego na podstawie art. 109 k. r. o. możliwe jest wydanie zarządzenia przez sąd opiekuńczy pobrania krwi od dziecka, które nie ukończyło 13 lat, z tym że są to sytuacje w danych okolicznościach sprawy mające na celu ochronę dobra małoletniego. Przy ocenie dobra dziecka należy mieć na względzie nie tylko okoliczności konkretnej sprawy, ale także inne elementy. Samo dążenie do ustalenia biologicznego pochodzenia dziecka nie może stanowić podstawy do ingerencji we władzę rodzicielską. Nie ma natomiast podstaw, by dobro dziecka utożsamiać z zasadą prawdy obiektywnej w sferze praw stanu cywilnego. Oznacza to, że nie może stanowić wyłącznej podstawy uzasadnienia dążenie do ustalenia rodziny dziecka zgodnie z rzeczywistymi więzami krwi. Istotnym jest też, aby nie doprowadziło to do sytuacji, w której dziecko zostanie pozbawione jednego z rodziców, a nie dojdzie do uznania przez ojca biologicznego.

Reasumując, problematyka dowodu z badań polimorfizmu DNA pozwala na rozwianie szeregu dotychczasowych wątpliwości w stosunkach rodzinno-prawnych w zakresie pochodzenia dziecka, w szczególności, gdy dla rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest pozytywne ustalenie kwestii ojcostwa. Rodzi ono bowiem dalsze stosunki cywilnoprawne rzutujące na sferę życia zarówno w kwestiach osobowych jak i majątkowych. Dlatego sąd powinien dążyć do przeprowadzenia tych badań w każdej sprawie, gdzie ochronie podlegają prawa stanu. Dowód ten stanowi obiektywne źródło oceny pochodzenia dziecka pozwalające na utrzymanie się bądź obalenie ustawowego domniemania.

Tomasz Justyński

Prawo rodzica do osobistych kontaktów z dzieckiem (w judykaturze niemieckiej)

1. Uwagi wprowadzające

Rozwód stanowi wprawdzie zakończenie bytu małżeństwa, nie oznacza jednak rozwiązania rodziny. Spostrzeżenie to jest tyleż oczywiste, co zaskakujące. Ta ostatnia zmienia jedynie swój kształt. Cierpią na tym przede wszystkim dzieci, które na ogół całe swoje dotychczasowe życie (a przynajmniej jego znaczną część) spędziły z obojgiem rodziców. Właśnie dalszemu utrzymaniu oraz pogłębieniu powstałych w tym czasie więzi opartych na zaufaniu służy prawo do osobistych kontaktów z dzieckiem (*Umgangsrecht*).

Kontakty z dzieckiem bezwzględnie słusznie uznawane są w piśmiennictwie niemieckim za najbardziej konfliktogenny obszar stosunków między żyjącymi w rozłączeniu rodzicami. Statystyki dowodzą, iż prawda ta w takim samym stopniu dotyczy małżeństw rozwiedzionych, co stosunków między rodzicami dziecka pozamałżeńskiego. W jednym i w drugim przypadku w ramach sporu o prawo do kontaktów często wyphywają dotychczas nierozwiązane spory i narosłe konflikty. Dziecko wykorzystywane jest jako swoisty środek nacisku umożliwiający rodzicom rozgrywanie własnych interesów.

Właśnie z tego powodu prawo do kontaktów z dzieckiem zostało w prawie niemieckim wyraźnie (a więc inaczej niż w systemie polskim) oraz stosunkowo szczegółowo unormowane. Oprócz tego zostało ono następnie w znacznym stopniu sprecyzowane przez judykaturę.

W literaturze polskiej, ze względu na skromny, albo raczej szczątkowy zakres regulacji prawnej, dyskutowana jest przede wszystkim kwestia charakteru prawnego prawa do osobistej styczności z dzieckiem. A zatem to, czy chodzi tu o prawo samodzielne, w pełni niezależne od władzy rodzicielskiej (jak chce tego pogląd dominujący¹), czy też raczej o jakąś jej emanację. W zasadzie natomiast nie rozważa się treści prawa do kontaktów oraz jego zakresu.

¹ Tak np. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2005, s. 229, nb. 283; J. Ignatowicz [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny i opiekuńczy*, Warszawa 2003, s. 888, teza 1 do art. 113; M. Grudzińska, *Kontakty z dzieckiem*, Warszawa 2000, s. 19; odmiennie np. J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Zakamycze 2003, s. 297 i 298.

Zupełnie odmienna jest w tym zakresie sytuacja w Niemczech. Wobec istnienia wyraźnej, stosunkowo rozbudowanej regulacji prawnej, kwestia określenia charakteru prawnego nie jest kontrowersyjna. Wysitek judykatury oraz doktryny koncentruje się zatem przede wszystkim na tym, co praktycznie doniosłe, a więc na sprecyzowaniu jego treści. Właśnie owa treść widziana przez pryzmat judykatury niemieckiej stanowić będzie przedmiot dalszych rozważań.

Warto zapoznać się z tym dorobkiem również dlatego, że w istocie stan prawny obowiązujący w Polsce (mimo braku wyraźnej regulacji) jest bardzo zbliżony do niemieckiego. Dlatego zasady tam wypracowane na ogół mogą być, bez dodatkowych zastrzeżeń, zaaprobowane w naszym porządku prawnym.

2. Regulacja ustawowa

Ustawowa regulacja prawa do kontaktów z dzieckiem została w Niemczech gruntownie przebudowana w 1997 r. Przeprowadzono wówczas kompleksową reformę znacznych fragmentów niemieckiego prawa rodzinnego (*Kindschaftsrechtsreform*²). Chodziło przede wszystkim o usankcjonowanie bogatego dorobku judykatury wypracowanego w poprzednim stanie prawnym. Wprowadzono jednak kilka istotnych nowości. Przed przystąpieniem do analizy treści prawa do styczności wypada zasygnalizować najważniejsze z nich.

Otóż, po nowelizacji osobista styczność z dzieckiem ukształtowana została z jednej strony, co postulowano już od dawna, jako samodzielne prawo dziecka, z drugiej zaś nie tylko jako prawo (jak dotąd), ale też jako obowiązek rodziców. Nałożenie na rodziców obowiązku ma charakter swoistej deklaracji, nie podlegającej przymusowemu wykonaniu. Jego egzekucja jest powszechnie wykluczana. Byłaby przecież nie do pogodzenia z godnością dziecka.

Po drugie, ważną nowością była również jednolita regulacja prawa do kontaktów z dzieckiem małżeńskim oraz pozamałżeńskim. O ile dotychczas prawo rodzica dziecka pozamałżeńskiego opierało się przede wszystkim na uzgodnieniach z matką (sąd zaś mógł je przyznać wbrew jej woli jedynie wtedy, gdy kontakty służyły dobru dziecka), o tyle obecnie rodzicowi nie sprawującemu opieki na co dzień służy własne prawo do osobistej styczności. Identycznie zatem jak rodzicowi dziecka małżeńskiego.

I po trzecie, ustawodawca niemiecki po raz pierwszy *expressis verbis* przyznał prawo do kontaktów z dzieckiem także innym osobom (§ 1685 k. c. n.). Służy ono: dziadkom, rodzeństwu a także niektórym osobom niespokrewnionym z dzieckiem. Chodzi tu o opiekunów dziecka oraz macochę lub ojczyma

² Kindschaftsreformgesetz z 16 grudnia 1997 r., BGBl. 1997 I 2942. Zob. na ten temat: B. Nipmann, Die Reform des Kindschaftsrechts, Monatschrift für deutsches Recht (MDR) 1998, z. 10, s. 565 i n.; I. Brokamp, Die Verrechtlichung der Eltern – Kind – Beziehung in hundert Jahren BGB, Bielefeld 2002, s. 229 i n.

o ile zamieszkiwali wspólnie z dzieckiem przez dłuższy czas. Ponieważ prawo osób spoza kręgu krewnych ma dla dziecka daleko mniejsze znaczenie niż prawo rodzica, ustawodawca nie ukształtował go jako roszczenia dziecka, ani też jako obowiązku tych osób. Dodatkowo uzależnił jego przyznanie od tego, czy kontakt odpowiada dobru dziecka.

3. Czas i miejsce spotkań

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

Zasadą jest, że w czasie spotkań **miejsce** pobytu dziecka określa uprawniony do kontaktów rodzic³. Zarówno judykatura, jak i doktryna niemiecka od lat zajmuje stanowisko, zgodnie z którym rodzic uprawniony może swe prawo realizować we własnym miejscu zamieszkania, a w szczególności we własnym mieszkaniu⁴. Wynika to z przeświadczenia, iż dziecko powinno mieć możliwość obserwowania rodzica i jego zachowań w jego zwykłym, codziennym otoczeniu. Tylko bowiem w ten sposób możliwe jest w pełni niezakłócone pielęgnowanie stosunków rodzinnych w całej ich złożoności. W pełni słusznie wskazuje się na to, że właśnie takie podejście najbardziej odpowiada *ratio legis* prawa do kontaktów osobistych.

Do realizacji prawa do kontaktów z zasady nie nadaje się natomiast mieszkanie rodzica sprawującego na co dzień opiekę. W takich bowiem okolicznościach rodzic uprawniony nie może czuć się dostatecznie swobodnie w kontakcie z dzieckiem. Znajduje się przecież pod stałą obserwacją i kontrolą⁵. Sądy zatem zupełnie wyjątkowo jako miejsce kontaktów wyraźnie wskazywały mieszkanie tego rodzica. Zawsze jednak chodziło o regulację przejściową spowodowaną wiekiem dziecka (na ogół rzecz dotyczyła bardzo małych dzieci) lub dotychczasowym brakiem kontaktów, które trzeba było dopiero nawiązywać, a więc przyzwyczajając dziecko, przełamywać jego lęki oraz zdobywać zaufanie. Jeśli dziecko ma bardzo dobry kontakt z dziadkami ich mieszkanie mogłoby, przy uwzględnieniu pozostałych okoliczności, bardziej nadawać się do nawiązania przejściowej fazy kontaktów.

Prawo niemieckie zezwala również na wyznaczenie przez sąd rodzinny „neutralnego miejsca” kontaktów z dzieckiem. Ponieważ chodzi tu o środek w znacznym stopniu ograniczający prawo rodzica do osobistych kontaktów, może to mieć miejsce jedynie wówczas, gdy dobro dziecka jest zagrożone. Po-

³ Szerzej A. Schulte, *Eltern und Kinder (Elterliche Sorge, Umgang, Unterhalt)*, München 2002, s. 111. Zob. też np. OLG Frankfurt, FamRZ 1999, s. 1008.

⁴ Por. np. OLG Celle, FamRZ 1996, s. 364.

⁵ Por. np. P. Finger [w:] D. Schwab (red.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tom 8, Familienrecht II, §§ 1589 – 1921, München 2002, s. 1071, nb. 20.

winien być przy tym stosowany wstrzeźliwie. Zagrożenie dobra dziecka judykatura potwierdzała m. in. wobec możliwych niepożądanych kontaktów z osobami trzecimi w mieszkaniu uprawnionego rodzica. W praktyce chodziło wyłącznie o przypadki nasilonej antypatii dziecka wobec nowego partnera rodzica. W takich sytuacjach na ogół wskazywano pomieszczenia Urzędu ds. młodzieży (*Jugendamt*) lub miejscowej parafii.

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

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

Zwraca się też uwagę, że odwiedziny (szczególnie te „przedłużone”, połączone z noclegami) ustalone jako cotygodniowe, nie powinny przypadać na każdy weekend. Powodowałoby to bowiem wzmocnienie niepożądanego efektu „podziału ról” między rodzicami. Jeden zmagalby się z szarą codziennością (i byłby tak kojarzony), tymczasem dla drugiego pozostawałby wyłącznie „przyjemny czas”⁶.

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

⁶ Tak np. OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, s. 45.

Ustaliła się również zasada, że po dłuższej trwającym zerwaniu kontaktów, wywołującym w następstwie znaczne poczucie obcości, sądy wyznaczają stopniowo narastający czas odwiedzin⁷. Nie powinno być tu jednak automatyzmu. Stąd nie może dziwić to, że niektóre sądy za wystarczające uznawały w takich przypadkach trzy godziny miesięcznie, gdy tymczasem inne ustalały nawet trzy godziny w każdym tygodniu.

4. Noclegi

Powszechnie przyjmuje się, iż w razie sporu sąd ma obowiązek rozważyć również kwestię sporadycznych noclegów dziecka u rodzica uprawnionego. Trudno tu o regułę generalną. Prawidłowe rozstrzygnięcie problemu zależy w pierwszym rzędzie od indywidualnych uwarunkowań konkretnego przypadku. Wśród decydujących o kierunku rozstrzygnięcia okoliczności wymienia się przede wszystkim: ogólny rozwój psychiczny dziecka (który na ogół wiązany jest z jego wiekiem) oraz intensywność kontaktów z uprawnionym rodzicem. Zwykle judykatura odrzucała noclegi dzieci w wieku przedszkolnym jeśli między dorosłymi toczył się spór. Stanowisko takie cieszy się poparciem doktryny. Przynajmniej zatem w przypadku sporu rodziców (a zatem wbrew woli rodzica sprawującego opiekę) regułą będzie wykluczenie „okresowych” noclegów dzieci przedszkolnych. Oczywiście rodzice zawsze mogą zgodnie zdecydować inaczej. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że szczególne okoliczności sprawy, nawet w przypadku bardzo małych dzieci, mogą przemawiać za odmiennym rozstrzygnięciem. Dla przykładu sąd w Holzminden⁸ dopuścił pojedyncze noclegi niespełna trzyletniego dziecka po półrocznym okresie przyzwyczajania. Za takim stanowiskiem przemawiała szczególnie silna więź emocjonalna łącząca dziecko z uprawnionym do kontaktów rodzicem. Orzeczenie to spotkało się z aprobatą w doktrynie⁹.

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

Panuje natomiast przekonanie, iż w przypadku dzieci szkolnych okresowe noclegi u rodzica nie sprawującego na co dzień opieki, w pełni odpowiadają dobru dziecka. Właśnie bowiem kontakty połączone z noclegami dają dziecku rzeczywistą możliwość obserwowania obojga rodziców w codziennych, zwy-

⁷ Por. np. OLG Hamm, FamRZ 1994, s. 58.

⁸ AG Holzminden, FamRZ 1997, s. 47.

⁹ Por. np. D. Büte, *Das Umgangsrecht bei Kinder geschiedener oder getrennt lebender Eltern*, Berlin 2001, s. 88, nb. 144.

kłych sytuacjach. To z kolei zapobiega utrwaleniu się w świadomości dziecka, wspomnianego już, niepożądanego „podziału ról” między rodziców. A więc łączeniu jednego z trudną codziennością i obowiązkami, drugiego zaś wyłącznie ze „słoneczną stroną życia” (czyli wypoczynkiem oraz prezentami).

Na ogół przyjmuje się, iż warunkiem dopuszczenia noclegów jest tu wcześniejszy regularny kontakt. Ważne jest także, aby dziecko w miarę możliwości znało już mieszkanie rodzica uprawnionego, a w szczególności akceptowało ewentualnych współzamieszkujących¹⁰. Zwykle sądy zezwalają na od jednego do dwóch noclegów w miesiącu.

5. Święta

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

Co do zasady zarówno judykatura, jak i doktryna niemiecka potwierdzają „pierwszeństwo” rodzica sprawującego opiekę do świąt natury „wyznaniowej”. A więc do Świąt Wielkiejnocy, Zielonych Świątek oraz Bożego Narodzenia. Słusznie zwraca się jednak uwagę na to, że takie podejście jest rzeczywiście w pełni usprawiedliwione jedynie wówczas, gdy konkretne święto ma dla rodzica sprawującego opiekę szczególne znaczenie oraz, gdy jest przez niego odpowiednio cenione, natomiast w rodzinie uprawnionego do kontaktów rzeczy mają się inaczej¹¹. W pozostałych przypadkach przyjmuje się raczej „podział świąt” lub ewentualnie „coroczną zmianę”.

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

Warto jednak zasygnalizować również, coraz mocniej zarysowujące się w literaturze, odmienne stanowisko. Otóż zdaniem wielu autorów, jeśli rozwiązanie opierające się na swego rodzaju „podziale świąt” nie wynika z pełnej akceptacji obu stron, należałoby raczej, szczególnie przy nieco starszych dzieciach, rozważyć możliwość przyznania rodzicowi uprawnionemu do kontaktów poszczególnych świąt „w całości”. Miałoby to w szczególności tę zaletę, iż w mniejszym stopniu naruszałoby rytm życia rodzica sprawującego opiekę¹².

¹⁰ OLG Hamm, FamRZ 1990, s. 654.

¹¹ Por. np. P. Finger, op. cit., s. 1074, nb. 28.

¹² Por. np. D. Büte, op. cit., s. 88, nb. 144.

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

W przypadku świąt „świeckiej natury” brak już tak daleko idącej zgodności poglądów. Chodzi tu przykładowo o: urodziny, imieniny, inaugurację roku szkolnego oraz pozostałe święta szkolne, zawody sportowe, szkolne przedstawienia teatralne. Dominuje pogląd, że „pierwszeństwo” jednego z rodziców byłoby tu raczej nieusprawiedliwione. Te okazje należy zatem (w braku zgodności poglądów) podzielić równomiernie między obojga rodziców¹³.

6. Wakacje

W związku z dynamicznym rozwojem turystyki, a także coraz powszechniejszą praktyką kilkukrotnego w ciągu roku podróżowania, szczególnego znaczenia nabrały regulacje dotyczące wakacji (*Ferienregelungen*).

W dawniejszej judykaturze rozpowszechnione było stanowisko, że zaburzenie ciągłości procesu wychowawczego przemawia raczej przeciwko tego typu regulacjom w stosunku do dzieci w wieku przedszkolnym oraz będących w szkole podstawowej (czyli klasy 1 – 4)¹⁴. Pod wpływem orzecznictwa Sądu Najwyższego RFN (*Bundesgerichtshof*) uległo ono zasadniczej zmianie. Obecnie zwraca się uwagę na to, że co do zasady oboje rodzice muszą mieć możliwość spędzenia z dzieckiem dłuższego czasu bez przerwy. Wspólne wakacje doskonale nadają się bowiem do stabilizacji oraz intensyfikacji stosunków między uprawnionym oraz dzieckiem. Dziecko ma wtedy nie tylko szansę umocnienia związków z tym rodzicem, ale także lepszego jego poznania w zwykłych okolicznościach (a nie – jak to na ogół bywa przy krótkich odwiedzinach – w atmosferze pewnej wyjątkowości). Jeśli zatem szczególny wzgląd na dobro dziecka nie przemawia przeciwko takiej regulacji, sąd powinien przyznać uprawnionemu prawo do kilkutygodniowych wspólnych wakacji.

Warunkiem wstępnym będzie jednak okoliczność, że dziecko już dobrze znosi dłuższe rozstanie z rodzicem sprawującym opiekę na co dzień. Na ogół zatem swego rodzaju etapem przejściowym będą tu „przedłużone” odwiedziny połączone z noclegami u rodzica uprawnionego. W literaturze podkreśla się przy tym stanowczo, że argumentacja, iż dziecko nie jest przyzwyczajone do nieobecności rodzica sprawującego opiekę, absolutnie nie może zamykać sprawy¹⁵.

Zasadą jest, iż również w czasie wakacji to uprawniony do kontaktów rodzic określa miejsce wypoczynku. Może on zatem zabrać dziecko nawet za granicę, w tym także do kraju swego pochodzenia. Jednocześnie, przy dłuż-

¹³ Tak m. in. P. Finger, op. cit., s. 1074, 1075, nb. 29.

¹⁴ Tak np. OLG München, FamRZ 1978, s. 614.

¹⁵ Por. np. P. Finger, op. cit., s. 1074, teza 27 do art. 1684 k. c. n.

szych wyjazdach zupełnie oczywiste są wcześniejsze ustalenia rodziców. Rodzic, któremu służy władza rodzicielska ma przecież prawo wiedzieć gdzie przebywa jego dziecko.

Wyjątkowo, wobec istnienia szczególnych niebezpieczeństw, sąd rodzinny mógłby uzależnić wyjazd zagraniczny dziecka od zgody drugiego rodzica. Tak zdecydował m. in. sąd w Karlsruhe¹⁶ wobec wzbudzających obawę gróźb uprawnionego rodzica zatrzymania dziecka za granicą. Natomiast sąd w Monachium¹⁷ podobnie orzekł w przypadku ojca, który próbował już wcześniej uprowadzić swe własne dziecko; a sąd w Kolonii w przypadku planowanego urlopu dla nurkowania nad Morzem Czerwonym z trzyletnim dzieckiem¹⁸.

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

Jeżeli dziecko dłuższy czas przebywa u rodzica uprawnionego do kontaktów (co w przypadku wspólnych wakacji jest regułą), w grę wchodzi może odpowiednia redukcja należności alimentacyjnych¹⁹.

7. Kontakty z osobami trzecimi w czasie odwiedzin

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

¹⁶ OLG Karlsruhe, NJW 1996, s. 1416.

¹⁷ OLG München, FamRZ 1993, s. 94.

¹⁸ OLG Köln, NJW 1999, s. 295.

¹⁹ Zob. dalej pkt. 8. Co do szczegółów zob. U. Diederichsen [w:] Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, C. H. Beck München 2003, s. 1969, nb. 35 i 36. Por. też OLG Hamm, FamRZ 1994, s. 529; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, s. 74.

Zasadą jest, że w wyznaczonym czasie odwiedzin to rodzic uprawniony do kontaktów decyduje o ewentualnej styczności dziecka z osobami trzecimi. Chodzi tu w szczególności o innych krewnych (np. dziadków). Co oczywiste, w grę nie wchodzi przeniesienie uprawnienia do kontaktu na inne osoby, ani nawet wykonywanie go przez osobę trzecią²⁰. Nie chodzi przecież o prawo, którym można swobodnie dysponować.

W czasie odwiedzin mogą zatem być obecne inne osoby, w tym również (co szczególnie często wywołuje spory) nowy partner lub współmałżonek uprawnionego. Ewentualny sprzeciw rodzica sprawującego opiekę, bez względu na jego motywację, uznawany jest zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie za pozbawiony znaczenia²¹. Decydujące znaczenie może tu mieć wyłącznie to, jak taką okoliczność przeżywa samo dziecko oraz jaki ma ona wpływ na dziecko. Zwraca się jednak uwagę na to, że w rzeczywistości często będzie ono podzielało nastawienie rodzica, z którym stale zamieszkuje. Ze względu na dobro dziecka Wyższy Sąd Krajowy w Szlezwiku²² wykluczył obecność nowej partnerki ojca podczas spotkań z dzieckiem. Powodem była jej nadmierna skłonność do okultyzmu. Motywacją rozstrzygnięcia był tu ewentualny negatywny wpływ na dziecko. Przyczyny nie stanowił natomiast sam związek.

8. Koszty odwiedzin

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

Zwraca się jednak uwagę również na to, że wyjątkowo mogłaby powstać sytuacja, w której obciążenia alimentacyjne byłyby na tyle duże, że uniemożliwiłyby w praktyce wykonywanie prawa do kontaktów. Chodzi szczególnie o sytuacje, w których miejsca zamieszkania rodziców są od siebie znacznie oddalone, a co za tym idzie koszty dojazdu wysokie. W prawie niemieckim wskazuje się w takiej sytuacji na możliwość skorzystania ze świadczeń właściwych, trzeba przyznać dobrze zorganizowanych, instytucji publicznych²³. Z perspektywy prawa polskiego koszty te należałoby jednak uwzględnić przy określaniu wysokości alimentów, aby w następstwie nie wywołać tego rodzaju problemu.

²⁰ Por. P. Finger, op. cit., s. 1076, nb. 36.

²¹ Inaczej orzekł jednak OLG Nürnberg (FamRZ 1998, s. 976) w przypadku planowanych wakacji z przyjaciółką, na które nie zgadzała się matka dziecka.

²² OLG Schleswig, NJW 1985, s. 1786.

²³ Np. Jugendamt-u (chodzi w szczególności o roszczenia z § 18 KJHG).

W judykaturze niemieckiej akceptowane są natomiast roszczenia odszkodowawcze związane z niepotrzebnie poniesionymi kosztami przejazdu do miejsca kontaktów. Jeśli zatem ustalony termin odwiedzin odpadł bez usprawiedliwionej przyczyny oraz, co ważne, bez jego odwołania, rodzic uprawniony może dochodzić zwrotu poniesionych kosztów²⁴.

9. Zaległe odwiedziny

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

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

Warto jeszcze zwrócić uwagę i na to, że rodzice mają obowiązek wzajemnego informowania o ewentualnych przeszkodach uniemożliwiających kontakt. Jeśli w tym zakresie dochodziło już do problemów, sąd rodzinny nie tylko mógłby, ale nawet powinien i tę kwestię wyraźnie uregulować (np. wskazując termin albo formę właściwą do zawiadomienia)²⁵.

10. Kontakt listowny i telefoniczny

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

²⁴ Por. np. P. Finger, op. cit., s. 1077, nb. 41 i powołane tam orzecznictwo.

²⁵ Tak OLG Nürnberg, FamRZ 1999, s. 1008.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na pewną interesującą kwestię, która obok pryncypialnego zagadnienia samej dopuszczalności kontaktów listownych, szczególnie mocno absorbowwała uwagę doktryny niemieckiej. Chodzi mianowicie o problem ewentualnej dopuszczalności kontroli tej formy kontaktu przez rodzica sprawującego opiekę. Sprawa początkowo była dość kontrowersyjna. Obecnie w zasadzie zgoda panuje co do tego, że listy nie powinny być kontrolowane. Wniosek taki wywodzony jest przede wszystkim ze spostrzeżenia, iż również podstawowa forma styczności z dzieckiem, czyli kontakty osobiste, nie podlega przecież kontroli rodzica sprawującego opiekę²⁶.

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

W piśmiennictwie niemieckim dominuje jednak przekonanie, że również w takim przypadku rodzic sprawujący opiekę nie może sam zdecydować o kontroli. Powinien natomiast przedłożyć listy sądowi. Sąd może wówczas skorzystać z jednej z dwóch możliwości. Jeżeli uzna to za celowe i wystarczające może wezwać drugiego rodzica aby ten zaniechał działań naruszających dobro dziecka (§ 1684 ust. 3 zd. 2 k. c. n.). Jeśli zaś nie byłby to środek wystarczający, sąd może od razu w ogóle zakazać kontaktu listownego (§ 1684 ust. 4 k. c. n.).

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

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

W niemieckiej praktyce sądowej istotne znaczenie odgrywała jeszcze jedna kwestia. Chodziło o ewentualny obowiązek udostępnienia numeru telefonu rodzicowi uprawnionemu do kontaktów. Punktem wyjścia do rozważenia tego problemu czyniono na ogół spostrzeżenie, że zasadniczo to rodzic sprawujący opiekę sam decyduje o tym, czy i komu poda numer swego telefonu. Chodzi tu przecież o sferę jego dóbr osobistych. Mimo to w wielu orzeczeniach sądy wyraźnie potwierdzały istnienie prawa uprawnionego do kontaktów rodzica domagania się od rodzica spra-

²⁶ Por. np. D. Büte, op. cit., s. 95.

wującego opiekę telefonicznej osiągalności. Leży bowiem w interesie dziecka, aby w nagłych wypadkach uprawniony do kontaktów miał możliwość szybkiego kontaktu z drugim rodzicem²⁷. Takie stanowisko można uznać za dominujące również w piśmiennictwie. Do innych wniosków można by dojść tylko wówczas, gdyby rodzic sprawujący opiekę miał zastrzeżony z ważnych powodów numer telefonu. Nie mogłoby to dotyczyć sytuacji utajnienia numeru telefonicznego właśnie ze względu na uprawnionego do kontaktu. W literaturze sporne jest jednak to, czy wyjaśnienie powodu, dla którego numer został zastrzeżony, należy do zadań sądu rodzinnego.

Jeśli zatem sami rodzice nie mogą osiągnąć porozumienia w kwestii kontaktów telefonicznych z dzieckiem, sąd rodzinny powinien sprawę tę bliżej uregulować. Może zatem określić zarówno czas trwania rozmów, jak też ich liczbę, a nawet porę. Dla przykładu sąd w Monachium w dość typowej sprawie za wystarczające przyjął 10 minut tygodniowo²⁸.

11. Wola dziecka

Elementem wywierającym istotny wpływ na uregulowanie prawa do osobistych kontaktów jest wola dziecka. W literaturze niemieckiej zgodnie podkreśla się, że dziecko nie może zostać zredukowane do roli przedmiotu regulacji w tym zakresie. Nie budzi wątpliwości, iż interes uprawnionego rodzica oraz interes dziecka powinny być właściwie wyważone²⁹.

Praktyczny problem pojawia się wtedy, gdy samo dziecko odmawia sądowo zarządzonego kontaktu z uprawnionym rodzicem. Pojawia się wówczas kwestia oceny znaczenia takiej odmowy. Szczegółowe naświetlenie tego zagadnienia nie jest możliwe w wąskich ramach opracowania. Wypada zatem ograniczyć się do zasygnalizowania jedynie najbardziej ogólnych reguł wypracowanych w tym kontekście przez judykaturę niemiecką.

Powszechnie przyjmuje się, iż prawidłowa ocena znaczenia odmowy wymaga wnikliwego rozważenia okoliczności konkretnego przypadku. Chodzi przede wszystkim o ustalenie tego, czy opór dziecka wynika z istnienia jego własnego potencjału ocennego, czy też jest raczej efektem mniej lub bardziej zakamuflowanych wskazówek drugiego rodzica lub nawet wyraźnego nacisku z jego strony³⁰.

²⁷ Por. OLG Düsseldorf, FamRZ 1997, s. 46.

²⁸ OLG München, FamRZ 1998, s. 976.

²⁹ Por. np. D. Büte, op. cit., s. 97 i n.

³⁰ W ostatnich latach w literaturze niemieckiej szczególnie intensywnie dyskutowany jest psychologiczny fenomen odmowy kontaktów z rodzicem określany anglojęzycznym terminem Parental Alienation Syndrome (PAS). Chodzi tu o zaburzenia emocjonalne dotykające dzieci znajdujące się w konflikcie lojalności wobec rozchodzących się rodziców. Konflikt ten często wykorzystywany jest przez sprawującego opiekę rodzica dla zburzenia normalnych relacji z drugim z rodziców. Z reguły następuje to poprzez stworzenie negatywnego obrazu „rodzica – wroga” i wytworzenie stanu bezkompromisowej solidarności z rodzicem sprawującym opiekę. Szerzej na ten temat D. Büte, op. cit., s. 100 i n.

W piśmiennictwie powszechną aprobatą cieszy się pogląd, zgodnie z którym przy młodszych dzieciach (mniej więcej do 12 lat) na rodzicu sprawującym opiekę ciąży bezwzględny obowiązek przełamania oporu poprzez stosowanie odpowiednich środków wychowawczych. Wprawdzie wola młodszych dzieci na ogół nie odgrywa podstawowej roli przy uregulowaniu prawa do kontaktów, jednak sąd nie powinien pominąć wyjaśnienia przyczyn odmowy. Mogą one mieć istotne znaczenie w kontekście prawidłowości wykonywania władzy rodzicielskiej przez rodzica na co dzień opiekującego się dzieckiem.

Z kolei przy dzieciach starszych, w większym stopniu zdolnych do kształtowania własnych ocen, a w efekcie do podejmowania samodzielnych decyzji urzeczywistniających ich prawo do samostanowienia, sąd rodzinny ma obowiązek nie tylko wyjaśnienia przyczyn odmowy, ale też uwzględnienia ich przy kształtowaniu rozstrzygnięcia. Istotne jest, czy chodzi o okoliczności obiektywnie usprawiedliwiające odmowę a przy tym oparte na rzeczywistych doświadczeniach dziecka. Jeśli tak, wolę dziecka należy uwzględnić, o ile ta nie będzie sprzeczna z jego dobrem. Również jednak w przypadku dzieci starszych ich wola nie ma w żadnym razie znaczenia decydującego³¹. Kontakt z rodzicem zwykle służy dobru dziecka, dlatego powszechne jest przekonanie, że co do zasady należy go ustanowić także wbrew woli dziecka. Dla przykładu nawet bardzo silny opór dziecka nie będzie mógł prowadzić do wyłączenia osobistej styczności z rodzicem, jeśli ma swe źródło wyłącznie w zerwanych od dłuższego czasu kontaktach. Do wykluczenia kontaktu nie może także prowadzić opór dziecka związany z jego przekonaniem, że obecny mąż matki jest jego biologicznym ojcem.

12. Stymulująca rola przepisów o egzekucji

Oczywistością będzie stwierdzenie, iż jeśli kontakty z dzieckiem zostały sprecyzowane w orzeczeniu sądowym, mogą być, co do zasady, przymusowo egzekwowane. Prawo niemieckie przewiduje tu całą gamę możliwości. Ich szczegółowa analiza przekraczałaby zdecydowanie ramy opracowania. Zostanie zatem pominięta.

Warto jednak zasygnalizować pewną osobliwość. Otóż prawo niemieckie zna wyodrębnione postępowanie „mediacyjne” (*Umgangsvermittlungsverfahren*) mające na celu doprowadzenie do porozumienia między rodzicami w zakresie kontaktów z dzieckiem. W ramach postępowania sąd ma obowiązek, z jednej strony, wyjaśnienia rodzicom znaczenia osobistych kontaktów z rodzicem dla dobra dziecka, z drugiej zaś naświetlić prawne konsekwencje ich utrudniania (sięgające nawet możliwości pozbawienia władzy rodzicielskiej). Jeśli rodzice

³¹ Por. np. Diederichsen, op. cit., s. 1968, nb. 23.

nie osiągną porozumienia, sąd z urzędu rozważy czy i jakie środki przymusu należy zastosować. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na to, że jako szczególnie efektywny środek przymusu w tym zakresie w piśmiennictwie wskazywana jest możliwość ukarania grzywną (*Zwangsgeld*). Jednocześnie jednak słusznie zwraca się uwagę na to, że przymusowo realizowane kontakty muszą budzić istotne wątpliwości. Na ogół przecież dodatkowo obciążają stosunki między dzieckiem oraz rodzicem sprawującym opiekę na co dzień, który prawo drugiego rodzica bojkotuje. Mimo to ustawodawca niemiecki nie zrezygnował z uregulowań dotyczących przymusowej egzekucji. Wynika to w szczególności z przekonania, że to nie tyle sama egzekucja, co raczej już jej teoretyczna dopuszczalność może mieć w konkretnym przypadku istotne znaczenie.

Raport na temat zasad dotyczących ustalenia i konsekwencji prawnych rodzicielstwa¹

A. Wprowadzenie

1. Komisja ekspertów z dziedziny prawa rodzinnego (CJ-FA), po przeanalizowaniu propozycji sformułowanych podczas XXVII Kolokwium Prawa Europejskiego w sprawie kwestii prawnych odnoszących się do pochodzenia dziecka i funkcji rodzicielskich, które to Kolokwium odbyło się w Valletcie (Malta) w dniach 15 do 17 września 1997 r., wzięła pod uwagę fundamentalne znaczenie problemów dotyczących rodzicielstwa, a szerzej, statusu prawnego dziecka. Dlatego, na swym 30-tym posiedzeniu (Malta, 17-19 września 1997 r.) CJ-FA podjęła decyzję wydania polecenia swej Grupie Roboczej nr 2 (CJ-FA-GT2)², zajmującej się statusem prawnym dzieci, by zajęła się kwestiami dotyczącymi rodzicielstwa i sporządziła raport przedstawiający zasady odnoszące się do ustalania i konsekwencji prawnych rodzicielstwa, aby w ten sposób stworzyć wytyczne dla Państw (zob. dok. CJ-FA (97) 27, par. 9). Nadto, podczas swego 32-go posiedzenia CJ-FA podkreśliła, że niektóre bądź wręcz wszystkie z tych zasad dotyczących ustalania i konsekwencji prawnych rodzicielstwa można uważać za modele, po które obecnie lub w przyszłości mogą sięgnąć Państwa Członkowskie opracowując lub rewidując swe prawo krajowe w zakresie omawianych tu kwestii.

2. Obowiązujący obecnie zakres pełnomocnictw CJ-FA w odniesieniu do kwestii badanych przez CJ-FA-GT2, jest następujący:

„przyjąć, dla rozważenia przez CDCJ, raport na temat zasad ustalania i konsekwencji prawnych rodzicielstwa. Projekt raportu winien być ukończony przez CJ-FA w 2001 r.”

3. Na swym pierwszym posiedzeniu (2-5 grudnia 1997 r.) CJ-FA-GT2 sporządziła pierwszy szkic zasad dotyczących ustalania i konsekwencji prawnych rodzicielstwa, a na spotkaniu drugim (17-19 lutego 1998 r.) i trzecim (11-15 ma-

¹ Tłumaczenie z języka angielskiego.

² Skład Grupy Roboczej zajmującej się statusem prawnym dzieci (CJ-FA-GT2) jest następujący: p. Miłos HATAPKA (Słowacja) – Przewodniczący, p. Jacqueline BROWN (Zjednoczone Królestwo), p. Markku HELIN (Finlandia), p. Isabelle MAISTRE (Francja), p. Margit MOSER-SZELESS (Szwajcaria), p. Xeni SKORINI-PAPARRIGOPOULOU (Grecja) oraz p. Anita WICKSTRÖM (Szwecja). Konsultantem Grupy CJ-FA-GT2 jest p. Linda NIELSEN, Profesor prawa rodzinnego Uniwersytetu w Kopenhadze i przewodnicząca Duńskiej Komisji Reformy Prawa Dziecka.

ja 1998 r.) zrewidowała pierwszy projekt przeznaczony do przedłożenia CJ-FA na 32-gim posiedzeniu (17-19 marca 1999 r.). Po sprawdzeniu zakresu pełnomocnictw CJ-FA, CJ-FA-GT2 przeanalizowała kwestie władzy (odpowiedzialności) rodzicielskiej podczas 4-go posiedzenia (21-23 kwietnia 1999 r.). CJ-FA-GT2 przeanalizowała i ukończyła ostateczny projekt Raportu na temat zasad ustalania i konsekwencji prawnych rodzicielstwa na swym 5-tym, 6-tym i 7-mym posiedzeniu. Ostateczny projekt Raportu został przekazany CJ-FA na jej 34-te posiedzenie w roku 2001.

4. Dla sporządzenia niniejszego Raportu CJ-FA-GT2 wzięła pod uwagę sprawozdania, łącznie z raportem generalnym, przedstawione na XXVII Kolokwium, a także propozycje zgłoszone na tym forum.

B. Zasady odnoszące się do ustalania rodzicielstwa prawnego

a) Sprawy ogólne odnoszące się do rodzicielstwa prawnego

5. Uczestnicy XXVII Kolokwium Prawa Europejskiego na temat problemów prawnych związanych z rodzicielstwem (wrzesień 1997, Valletta, Malta) uznali, że od czasu otwarcia do podpisu *Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci* [ETS 58] oraz *Europejskiej Konwencji w sprawie statusu prawnego dzieci ze związków pozamałżeńskich* [ETS 85] odpowiednio w latach 1967 i 1975, w każdym z Państw zaszły znaczne społeczne i prawne zmiany, nadto należy uwzględnić postanowienia *Konwencji Praw Dziecka ONZ* z 1989 r. oraz *Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dziecka* [ETS 160] z 1996 r. Wyżej wspomniane zmiany społeczne i prawne, w połączeniu z nowymi, dostępnymi technikami medycznymi, zwiększyły potrzebę uaktualnienia przez Państwa Europy uregulowań prawnych, tak by w prawie ich zostały zawarte właściwe standardy, a także by zapewnić większą pewność prawną statusu prawnego wszystkich dzieci.

6. Sprawy związane z rodzicielstwem są jednymi z głównych kwestii powstających przy rozpatrywaniu statusu prawnego dzieci. Dlatego, godnym polecenia jest stworzenie głównych zasad rządzących określeniem i prawnymi konsekwencjami rodzicielstwa, aby stworzyć wytyczne, którymi mogą kierować się Państwa wprowadzając bądź rozważając reformy prawne w tej dziedzinie.

7. Przy nakreślaniu zasad zawartych w niniejszym raporcie wzięto pod uwagę główne zasady wprowadzone orzecznictwem byłej Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w omawianej sprawie. W tym zakresie należy przypomnieć interpretację, jaką Trybunał nada-

je Artykułowi 8 *Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* w zakresie ustalania rodzicielstwa: „Poszanowanie rodziny implikuje w szczególności, w opinii Trybunału, iż w prawie krajowym winny istnieć prawne zabezpieczenia umożliwiające integrację dziecka z rodziną od momentu jego urodzenia” (por. Marckx przeciwko Belgii (1979)³; Johnston przeciwko Irlandii (1986)⁴). Biorąc nadto pod uwagę zasadę braku dyskryminacji, zakreśloną w Artykule 14 Konwencji, interpretacja ta dopuszcza wyjątki jedynie wówczas, gdy istnieje należyte uzasadnienie zgodne z zasadami praworządności, konieczności obrony wartości wymienionych w paragrafie 2 Artykułu 8 w społeczeństwie demokratycznym oraz zasady proporcjonalności środków.

8. Zasady niniejszego raportu dotyczą wyłącznie kwestii związanych z rodzicielstwem prawnym, ponieważ ustalenie rodzicielstwa biologicznego jest sprawą medyczną. Stąd, wszelkie odniesienia do rodzicielstwa winny być rozumiane, jako odniesienia do prawnego pochodzenia dziecka. W tym też zakresie podkreślono, że odniesienia raportu do „rodzica” winny być rozumiane jako dotyczące wyłącznie „rodzica prawnego”, którego definiuje się jako osobę, której rodzicielstwo zostało ustalone w sposób przewidziany prawem.

9. Dla interpretacji i stosowania podanych dalej zasad kwestią nadrzędną powinien być interes dziecka. Tu znów należy podkreślić, że w interesie dziecka leży przede wszystkim ustalenie rodzicielstwa od momentu jego narodzin, a po wtóre nadanie tak ustalonemu rodzicielstwu stabilności na przestrzeni czasu.

10. W uzupełnieniu interesów dziecka można również rozważać inne interesy, w rodzaju interesu rodziny, a także interesu publicznego. Dlatego prawo może nie dozwolić na ustalenie rodzicielstwa na podstawie pokrewieństwa biologicznego w takich przypadkach, jak prokreacja wspomagana medycznie przy anonimowym dawcy spermy. Ustalenie biologicznego pokrewieństwa może być też zabronione w przypadku pochodzenia dziecka ze związku kazirodczego.

11. Podane niżej zasady dotyczące rodzicielstwa prawnego mają w swej intencji oddawać równowagę między „biologiczną prawdą”, odzwierciedlającą przede wszystkim rodzicielstwo biologiczne i genetyczne, a „rodzicielstwem społecznym” biorącym pod uwagę to, z kim dziecko żyje i kto się nim opiekuje. W związku z tym warto wspomnieć, iż w przypadku, w którym po-

³ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Marckx przeciwko Belgii z 13 czerwca 1979, Seria A, nr 31.

⁴ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Johnston i inni przeciwko Irlandii z 24 stycznia 1986, Seria A, nr 112.

wód wnosił, iż jest biologicznym ojcem dziecka swej byłej partnerki, która w momencie narodzin dziecka pozostawała w związku z innym mężczyzną, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził: „W tym konkretnym przypadku powód [...] nie stworzył żadnej emocjonalnej więzi z dzieckiem [...]. Dlatego więź powoda z dzieckiem była niewystarczająca, by ją uznać za więź rodzinną. [...] Sądy krajowe nie bezpodstawnie uznały większą wagę interesów dziecka i rodziny, w której żyje, aniżeli interesu powoda, w uzyskaniu potwierdzenia faktu biologicznego” (Europejski Trybunał Praw Człowieka (Dział IV), postanowienie z dnia 29 czerwca 1999 r. w sprawie apelacji nr 27110/95 w sprawie Nylynd przeciwko Finlandii).

b) Ustalenie macierzyństwa

Zasada nr 1:

Kobieta, która rodzi dziecko, powinna być uważana za jego matkę.

12. Zasada 1 podkreśla, iż macierzyństwo prawne zdeterminowane jest faktem urodzenia. Zasada 1 jest zgodna z treścią paragrafu 1 Zasady 14 warunków ogólnych, dotyczących stosowania technik sztucznego zapłodnienia, zawartych w raporcie sporządzonym przez Komisję ekspertów Rady Europy do spraw postępu nauk biomedycznych (CAHBI) na temat „sztucznej prokreacji u ludzi”. Nadto, jest ona zgodna z interpretacją podaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie Marckx, według którego fundamentalnym prawem matki i dziecka jest pełne ustalenie ich pokrewieństwa od momentu narodzin⁵.

13. Jednakże, skutki nowych osiągnięć biologii i medycyny, a w szczególności istnienie matek zastępczych (z wykorzystaniem jej własnych jajeczek albo innej kobiety), a także różne możliwości stwarzane przez medycznie wspomaganą prokreację muszą być wzięte pod uwagę. W odniesieniu do tego zagadnienia te państwa, które dopuszczają możliwość zastępczej matki w przypadkach określonych prawem krajowym, powinny stworzyć procedury pozostające pod kontrolą kompetentnych władz, które uwzględnią interes dziecka w momencie przeniesienia rodzicielstwa prawnego z matki zastępczej na nową matkę prawną. Ponadto, należy też stosować zasady odzwierciedlone w raporcie „Sztuczna prokreacja u ludzi”, sporządzonym przez Komisję ekspertów Rady Europy w sprawie postępów nauk biomedycznych (CAHBI) w okre-

⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Marckx przeciwko Belgii z 13 czerwca 1979, Seria A, nr 31.

sie 1985–1987, szczególnie zasady wymienione w paragrafach 2 i 4 Zasady 15 raportu, które brzmią:

„2. Wszelkie kontrakty lub porozumienia między matką zastępczą i inną osobą bądź związkiem dwojga osób, dla których nosiła ona dziecko, będą prawnie nieskuteczne.

4. Jednakże, w wyjątkowych przypadkach określonych prawem krajowym, przy jednoczesnym należyтым uwzględnieniu paragrafu 2 niniejszej zasady, Państwa mogą przyjąć, że lekarz lub instytucja może przystąpić do zapłodnienia zastępczej matki technikami sztucznej prokreacji pod warunkiem, że:

- a. matka zastępcza nie uzyska żadnych materialnych korzyści z tego zabiegu;
- b. matka zastępcza będzie mieć w momencie urodzenia możliwość zatrzymania dziecka.”

14. Niemniej, po przeanalizowaniu różnych sytuacji powstających przy medycznie wspomaganej prokreacji uzgodniono, że zasada 1 dotyczy sytuacji prawnej w momencie narodzin. Dlatego, wszelkie umowy uprzednie, dotyczące narodzin dziecka i obowiązku jego oddania potem innej osobie nie będą mieć wpływu na macierzyństwo prawne w momencie urodzin. Innymi słowy, wszystkie poprzednie okoliczności dotyczące zapłodnienia i ciąży (na przykład przypadki macierzyństwa zastępczego) oraz wszelkie dalsze modyfikacje rodzicielstwa prawnego (na przykład przysposobienie przez inną osobę) nie będą mieć wpływu na macierzyństwo prawne w momencie narodzin.

c) Ustalenie ojcostwa

Zasada 2:

1. Prawo winno zawsze przewidywać możliwość ustalenia ojcostwa w drodze domniemania, uznania lub orzeczenia sądowego.

2. Ustalenie ojcostwa może być zabronione jedynie w wyjątkowych okolicznościach określonych prawem, gdy interes dziecka tego wymaga.

15. Paragraf 1 niniejszej Zasady podkreśla konieczność stworzenia zawsze możliwości ustalenia ojcostwa.⁶

⁶ W zakresie tym odnotowano toczącą się sprawę przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, w której powód podający się za ojca nie mógł uzyskać ustalenia ojcostwa po zgonie matki (Europejski Trybunał Praw Człowieka, Yousef przeciwko Holandii, orzeczenie z dnia 5 września 2000, Ap. nr 33711/96).

16. Zasada 2 ma charakter ogólny i stosuje się niezależnie od tego, czy dziecko urodziło się w wyniku medycznie wspieranej prokreacji, czy też nie.

17. Zasada wskazuje, iż istnieją trzy wyraźnie różniące się od siebie formy ustalenia ojcostwa: poprzez domniemanie (sposób najczęstszy), uznanie oraz na mocy orzeczenia sądowego. Formy te wymieniamy w normalnym porządku ich stosowania. Niemniej, kolejność ta nie uniemożliwia Państwu zastąpienia w pewnych sytuacjach jednej formy inną lub nawet ich łączenia.

18. Termin: 'domniemanie', w znaczeniu użytym w Raporcie, określa sytuację, gdzie skutki prawne osiąga się drogą zwykłego działania prawa (z mocy prawa). Użyty w Raporcie termin: 'uznanie' opisuje sytuację, gdzie ojcostwo ustalane jest na podstawie dobrowolnych czynności rodziców. Uznanie może przybierać różne formy, np. oświadczenia złożonego przed organem władz administracyjnych (Urząd Stanu Cywilnego), do protokołu sądowego lub administracyjnego, pisemnej umowy rodziców lub wspólnego podpisania aktu urodzenia.

19. Paragraf 2 Zasady 2 dotyczy przypadków, gdzie w imię najlepiej rozumianych interesów dziecka ustalenie ojcostwa jest w ogóle niedozwolone, np. w odniesieniu do dzieci zrodzonych ze związku kazirodczego. Zakaz ten może się stosować do wszystkich form ustalania ojcostwa. Zasada nie rozważa możliwości dochodzenia przez konkretnego mężczyznę ustalenia swego ojcostwa.

Ustalenie ojcostwa drogą domniemania w przypadku związków małżeńskich

20. Domniemanie skutkujące ustaleniem ojcostwa opiera się na prawdopodobieństwie mówiącym, iż ojcostwo biologiczne jest zbieżne z sytuacją uznaną prawnie (np. mąż kobiety rodzącej dziecko jest poprzez domniemanie uznawany za ojca dziecka). Zapis ten uwzględnia orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: W sprawie Berrehab przeciwko Holandii (1988)⁷ Trybunał stwierdził, że związek istniejący pomiędzy małżonkami przy zawartym prawnie i prawidłowo związku małżeńskim musi być uznany za związek rodzinny w znaczeniu Artykułu 8 Konwencji: wspólne pożycie rodziców nie jest tu warunkiem koniecznym. Ponadto, Trybunał wziął nawet pod uwagę i to, że dziecko zrodzone z takiego związku jest *ipso iure* jego częścią, stąd od momentu narodzin i wskutek samego faktu narodzin między nim a jego rodzicami istnieje więź rozstrzygająca o istnieniu związku rodzinnego chronionego Artykułem 8, nawet jeśli rodzice żyją w rozłączeniu.

⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Berrehab przeciwko Holandii z 21 czerwca 1988, Seria A, nr 138.

21. Biorąc pod uwagę różnorodność faktycznych sytuacji istnieje konieczność zastanowienia się, w których przypadkach należy stosować domniemanie. Aby ustalić, jakie domniemania można stosować przy ustalaniu ojcostwa w związkach małżeńskich, rozważono następujące sytuacje:

- dziecka poczętego przed zawarciem związku małżeńskiego, a urodzonego w trakcie trwania związku,
- dziecka poczętego w trakcie trwania związku małżeńskiego i urodzonego w trakcie jego trwania,
- dziecka poczętego w trakcie trwania związku małżeńskiego, a urodzonego po jego ustaniu,
- dziecka poczętego w trakcie trwania pierwszego związku małżeńskiego matki, a urodzonego w trakcie trwania jej drugiego związku małżeńskiego,
- dziecka poczętego przed zawarciem związku małżeńskiego, a urodzonego po jego ustaniu.

22. Uwzględniając powyższe przypadki proponujemy dwie następujące zasady:

Zasada 3:

- 1. Dziecko urodzone w trakcie trwania związku małżeńskiego swej matki jest przez domniemanie uznawane za dziecko męża swej matki.**
- 2. Państwa mogą nie stosować powyższego domniemania, jeśli dziecko urodziło się po faktycznej lub prawnej separacji małżonków.**

23. Paragraf 1 Zasady 3 dotyczy zazwyczaj występującego domniemania, które mówi, że mąż kobiety rodzącej dziecko jest automatycznie i przez domniemanie uznawany za jego ojca.

24. Drugi paragraf Zasady zainspirowany został pewnymi krajowymi systemami prawnymi, które zabraniają domniemania ojcostwa po faktycznej lub prawnej separacji małżonków. W prawie niektórych państw, na przykład, mimo iż generalnie stosuje się ustalenie ojcostwa poprzez domniemanie, zasada ta nie ma zastosowania w przypadkach, gdy dziecko urodziło się po nastąpieniu prawnej separacji rodziców.

Zasada 4:

- 1. Dziecko urodzone przed upływem terminu określonego w myśl prawa poprzez odniesienie do normalnego okresu ciąży, po ustaniu związku małżeńskiego matki, jest przez domniemanie uznawane za dziecko męża swej matki.**

2. Państwa mają swobodę odejścia od powyższego domniemania, jeśli dziecko urodziło się po rozwiązaniu związku małżeńskiego na drodze jego unieważnienia lub rozwodu.

25. Paragraf 1 Zasady 4 odnosi się do przypadków, gdy związek małżeński ustaje wskutek zgonu męża albo na mocy wyroku rozwodowego lub unieważniającego związek.

26. Paragraf drugi Zasady zainspirowany został pewnymi krajowymi regulacjami prawnymi, które zabraniają ustalenia ojcostwa poprzez domniemanie po unieważnieniu lub rozwiązaniu związku małżeńskiego wyrokiem rozwodowym. Paragraf ten pozostawia swobodę decyzji tym Państwom, które nie chcą w takich przypadkach stosować paragrafu 1. Ideą leżącą u podłoża tego zapisu jest przekonanie, że fakt, iż mąż nie jest biologicznym ojcem dziecka, może być czynnikiem, który doprowadził do rozwodu lub unieważnienia małżeństwa. Dlatego, w przypadkach tego rodzaju bardziej praktycznym podejściem dla wszystkich zainteresowanych stron jest wyłączenie automatycznego ustalenia ojcostwa męża matki po rozwodzie lub unieważnieniu związku małżeńskiego, ponieważ pomaga to uniknąć spraw o zaprzeczenie ojcostwa. Brak zastosowania domniemania umożliwi w takich przypadkach biologicznemu ojcu uznanie dziecka bez konieczności występowania najpierw o zaprzeczenie ojcostwa w postępowaniu sądowym.

Ustalanie ojcostwa poprzez domniemanie w przypadku związków nieformalnych

Zasada 5:

Państwa mają swobodę stosowania domniemania, o którym mowa w Zasadach 3 i 4, w przypadkach, gdy matka dziecka pozostaje lub pozostawała w związku nieformalnym z mężczyzną.

27. Zasada 5 odnosi postanowienia dotyczące stosowania domniemania, o którym mowa w Zasadach 3 i 4, do związków nieformalnych. Bierze ona pod uwagę fakt, iż zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dziecko urodzone ze związku, w którym ojciec i matka pozostawali bez zawarcia związku małżeńskiego, jest *ipso iure* członkiem tej rodziny od momentu urodzenia wskutek samego faktu narodzin (Keegan przeciwko orzeczeniu Irlandii (1994)⁸). Główna trudność stosowania domniemania w przypadku osób pozostających w związkach nieformalnych polega na udowodnieniu początku i końca wspólnego pożycia.

⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994, Seria A, nr 291.

Trudność tę można rozwiązać na przykład poprzez stosowanie domniemania jedynie wobec osób pozostających obecnie lub w jakimś czasie w związku w okolicznościach porównywalnych do związku małżeńskiego, albo w związku zarejestrowanym we właściwych organach. Niemniej, należy wziąć pod uwagę, iż Trybunał za wyrokował, że: „mimo, iż w stosunku do osób nie pozostających w związku małżeńskim wspólne pożycie stanowi z zasady warunek uznania ich związku za równoważny związkowi rodzinnemu, w wyjątkowych przypadkach również i inne czynniki mogą posłużyć do wykazania, iż związek ich jest wystarczająco stały, by stworzyć „rodzinne więzy *de facto*” (Kroon przeciwko orzeczeniu Holandii (1994)⁹).

Zasada 6:

Państwa winny zawrzeć w swym własnym prawie zasady rozwiązywania sytuacji powstałych wskutek konfliktu ustaleń opartych o domniemanie.

28. Celem tej zasady jest zobligowanie Państw do wprowadzenia we własnym prawie rozwiązań dla przypadków, gdzie zastosowanie zasady domniemania może prowadzić do sprzecznych ze sobą ustaleń (np. jeśli kobieta wyjdzie ponownie za mąż krótko po zgonie męża, po czym krótko po tym fakcie wyda na świat dziecko). Zasada nie dąży do narzucenia sposobu, w jaki Państwa powinny rozwiązać taki konflikt.

29. Jeżeli Państwa zdecydują się stosować domniemanie również w stosunku do związków nieformalnych (Zasada 5), wówczas i tu może powstać konflikt ustaleń poprzez domniemanie. W takich sytuacjach stosuje się Zasadę 6, a znalezienia rozwiązań konfliktu domniemań w przypadkach osób pozostających w związkach nieformalnych oczekuje się od poszczególnych Państw.

Ustalenie ojcostwa poprzez dobrowolne uznanie

Zasada 7:

1. Jeżeli ojcostwo nie zostaje ustalone przez domniemanie, wówczas prawo winno przewidywać możliwość jego ustalenia poprzez dobrowolne uznanie.

2. Państwa mogą obwarować takie ustalenie jednym lub dwoma z poniższych warunków:

⁹ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Kroon i inni przeciwko Holandii z 27 października 1994, Seria A, nr 297-C.

- a) zgodą dziecka, a póki w myśl prawa wewnętrznego dziecko nie jest uważane za osobę mającą wystarczające zrozumienie sprawy, zgodą jego przedstawiciela;
b) zgodą matki dziecka.

3. Państwa mogą też uzależnić ustanowienie ojcostwa poprzez dobrowolne uznanie od zgody lub potwierdzenia kompetentnych władz, gdy celem takiego uwarunkowania jest zapewnienie, by osoba, która uznała dziecko, spełniła wymogi ustanowione prawem.

30. Ponieważ dobrowolne uznanie dziecka ma bezpośredni wpływ na jego status, a także sytuację matki, Państwa mogą pragnąć dać matce lub dziecku, albo im obojgu, możliwość wniesienia sprzeciwu wobec ustanowienia ojcostwa poprzez dobrowolne uznanie przez osobę twierdzącą, iż jest ojcem. Nie oznacza to jednak, że ojcostwo nie może być ustanowione, jeśli któraś z ww. osób wniesie sprzeciw wobec dobrowolnego uznania. W takich przypadkach, choć uznanie ojcostwa drogą dobrowolnego uznania będzie niemożliwe, można je uzyskać w drodze postępowania sądowego.

31. Jeżeli chodzi o zgodę dziecka, należy zauważyć, że w większości przypadków w momencie ustanawiania ojcostwa dziecko jest zbyt małe, by wyrazić swoją zgodę. W przypadku bardzo małych dzieci, jeśli Państwa zdecydują się uwarunkować ustanowienie ojcostwa zgodą dziecka, wymagana zgoda może być wyrażona przez jego przedstawiciela. Natomiast wówczas, gdy prawo wewnętrzne uzna dziecko za posiadające wystarczające zrozumienie sytuacji, należy uzyskać jego zgodę zgodnie z duchem *Konwencji Praw Dziecka ONZ* oraz *Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dziecka*.

32. Zasada ta dąży do znalezienia równowagi między dwoma przeciwstawnymi poglądami. Z jednej strony istnieje pogląd, iż ustanowienie ojcostwa drogą dobrowolnego uznania powinno być zawsze uwarunkowane zgodą dziecka i ewentualnie matki. Zgodnie z tym poglądem każde inne podejście będzie sprzeczne z prawami dziecka, określonymi w ww. Konwencjach, choć najstarsze europejskie, międzynarodowe instrumenty prawne (*Europejska Konwencja o statusie prawnym dzieci ze związków pozamałżeńskich* z 1975 r. oraz *Europejska Konwencja o przysposobieniu dzieci* z 1967 r.) nie wymagają uzyskania zgody dziecka. Nadto, pogląd ten utrzymuje, że ustanowienie ojcostwa drogą dobrowolnego uznania nie powinno być uwarunkowane zgodą żadnych kompetentnych organów władz. Pogląd przeciwstawny mówi, że obwarowanie dobrowolnego uznania ojcostwa zgodą dziecka lub matki nie ułatwiłoby ustanowienia ojcostwa, toteż byłoby niekorzystne. Dlatego, w poglądzie tym twierdzi

się, że decyzja o ewentualnym uwarunkowaniu ustalenia ojcostwa w ten sposób winna pozostać w gestii Państw.

33. Czynione w niniejszej Zasadzie, a także w zasadach dalszych, odniesienia do „dziecka uważanego w myśl prawa międzynarodowego za mające wystarczające zrozumienie sytuacji” należy interpretować w ten sam sposób, w jaki termin ten został użyty w *Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dziecka*. W tym zakresie komentarz do tej Konwencji stwierdza, że „zdefiniowanie kryteriów umożliwiających ocenę, czy dziecko jest w stanie sformułować i wyrazić własną opinię, pozostawia się Państwom, a więc mają one swobodę przyjęcia wieku, jako jednego z kryteriów. W sytuacjach, gdzie prawo międzynarodowe nie ustala konkretnego wieku, od którego należy uważać dziecko za posiadające wystarczające zrozumienie sytuacji, władze sądowe lub administracyjne same ustalają poziom zrozumienia sytuacji, jaki dziecko winno wykazać, aby zostało uznane za zdolne do formułowania i wyrażania własnych opinii, zależnie od istoty danego przypadku” (zob. paragraf 36 komentarza do *Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dziecka*).

34. Aby ograniczyć ilość przypadków spornego ustalenia ojcostwa, Państwa mogą podjąć decyzję o uzależnieniu dobrowolnego uznania od zgody lub potwierdzenia właściwych władz. Takie rozwiązania już istniejące w niektórych Państwach, mogą podnieść pewność rodzinnej sytuacji dziecka. Wówczas jednak, do podstawowych przyczyn ewentualnej odmowy zgody bądź potwierdzenia przez właściwe władze należeć będzie istnienie materiału dowodowego, który podważa pewność, iż osoba zgłaszająca chęć uznania lub która już uznała dziecko, jest jego biologicznym ojcem, albo – w przypadkach wspieranej medycznie prokreacji – wyraziła zgodę na zabieg. W tym ostatnim przypadku wzięto pod uwagę Artykuł 4 *Europejskiej Konwencji o statusie prawnym dzieci ze związków pozamatżeńskich*. Zgodnie z nim nie można wnosić sprzeciwu, ani odwoływać się od dobrowolnego uznania ojcostwa w zakresie, w jakim prawo wewnętrzne zezwala na ten tok postępowania, chyba że osoba zgłaszająca chęć uznania lub która już uznała dziecko, nie jest jego biologicznym ojcem. W przypadkach wykorzystania spermy dawcy będącego osobą trzecią ojcostwo opiera się na zgodzie partnera matki na zabieg w miejsce ojcostwa biologicznego. Stąd, właściwym jest wprowadzenie odpowiednich zmian do zasady. Jednakże, procedury tej nie należy mylić ani z procedurą ustanowienia ojcostwa drogą postępowania sądowego, o czym mówi poniższa Zasada 8, ani z procedurą nieuwzględnienia ewentualnej odmowy ze strony dziecka i/lub matki zgody na dobrowolne uznanie.

Ustalenie ojcostwa na mocy orzeczenia sądowego

Zasada 8:

1. Jeżeli ojcostwo nie zostanie ustanowione ani przez domniemanie, ani przez dobrowolne uznanie, wówczas prawo winno przewidywać możliwość wszczęcia postępowania celem jego ustalenia mocą orzeczenia sądowego.

2. Dziecko lub jego przedstawiciel mają prawo wszcząć postępowanie sądowe celem ustanowienia ojcostwa.

Prawo to może być również przyznane jednej lub większej liczbie następujących stron:

- matce
- mężczyźnie twierdzącemu, iż jest ojcem dziecka
- innym osobom, które uzasadnią swoje szczególne prawo
- władzom publicznym.

3. Państwa mogą określić ramy czasowe, w których można wszcząć postępowanie prawne celem ustalenia ojcostwa.

35. Zasada 8 dotyczy ustanowienia ojcostwa na drodze orzeczenia sądowego. Paragraf pierwszy Zasady podkreśla subsydiarny charakter orzeczenia sądowego w ustanowieniu ojcostwa dla większości przypadków.

36. Paragraf 2 Zasady 8 ustala prawo dziecka uznanego w myśl prawa wewnętrznego za posiadające wystarczające zrozumienie sytuacji, do wszczęcia postępowania, by stworzyć możliwość ustanowienia ojcostwa drogą orzeczenia sądowego.

37. Nadto, prawo wszczęcia postępowania o ustanowienie ojcostwa posiadają też inne osoby, poza dzieckiem, tj. matka, mężczyzna twierdzący, iż jest biologicznym ojcem dziecka, inne osoby, które uzasadnią swoje szczególne prawo dochodzenia ustanowienia ojcostwa oraz władze publiczne. 'Innymi osobami, które uzasadnią swoje szczególne prawo dochodzenia ustanowienia ojcostwa' mogą być, na przykład, zstępni lub wstępni osoby twierdzącej, iż jest ojcem, albo zstępni bądź wstępni matki. W niektórych krajach władze publiczne (np. instytucje społeczne zajmujące się ochroną dzieci) mogą mieć prawo wszczęcia postępowania o ustanowienie ojcostwa albo w roli szczególnych przedstawicieli dziecka, albo działając we własnym imieniu, szczególnie w odniesieniu do postępowania o alimenty na rzecz dziecka

(utrzymanie). We wszystkich procesach wszczętych przez osoby inne, aniżeli dziecko, samo dziecko, uznane przez prawo wewnętrzne jako mające wystarczające rozumienie sytuacji, powinno mieć prawo uzyskiwania na bieżąco informacji i wyrażania własnych opinii (zob. Artykuł 3 *Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dziecka*).

38. Paragraf 3 Artykułu 8 stwierdza możliwość nałożenia pewnych ograniczeń na wszczęcie postępowania, dla ochrony stabilności sytuacji rodzinnej zainteresowanych osób na przestrzeni czasu. Dlatego, nawet prawo dziecka do wszczęcia postępowania prawnego, mającego na celu ustanowienie ojcostwa, może ulec przedawnieniu (prawo to może być ograniczone do pewnego okresu po osiągnięciu pełnoletności).

d) Wspomagana medycznie prokreacja w ustanowieniu ojcostwa

Zasada 9:

Domniemania stosowane przez Państwa zgodnie z zasadami 3, 4 i 5 będą mieć zastosowanie do przypadków medycznie wspomaganej prokreacji.

Zasada 10:

- 1. Jeżeli domniemania nie mają zastosowania, stosuje się zasady 7 i 8.*
- 2. Mąż lub partner matki, który wyraził zgodę na zabieg, nie może wnieść sprzeciwu wobec ustanowienia jego ojcostwa, chyba że sąd stwierdzi, iż dziecko nie urodziło się w efekcie zabiegu, na który wyraził zgodę.*

39. Zasady 9 i 10 opierają się na przekonaniu, iż ustanowienie ojcostwa w przypadkach medycznie wspieranej prokreacji powinno być oparte o te same zasady, które regulują prokreację naturalną, stąd najpierw należy stosować domniemanie. Jeżeli Państwa nie zastosują domniemania, albo domniemanie nie będzie mieć zastosowania, wówczas prawo winno stwarzać możliwość ustanowienia ojcostwa poprzez dobrowolne uznanie w myśl Zasady 7. Jeżeli ojcostwo nie zostanie ustanowione tą drogą, winna istnieć możliwość wszczęcia postępowania w myśl Zasady 8. W takich przypadkach zgoda na zabieg może stać się fundamentalnym elementem, jeżeli mąż lub partner matki w terminie późniejszym odmówi uznania ojcostwa. W kontekście postępowania sądowego mąż lub partner matki nie może mieć prawa wniesienia sprzeciwu, co do ustanowienia jego ojcostwa, chyba że sąd stwierdzi, że dziecko nie urodziło się wskutek zabiegu, na jaki wyraził zgodę. Według Zasady 10 zgoda na za-

bieg nie jest jedynym faktem, na którym można oprzeć ustanowienie ojcostwa. W przypadkach przeprowadzenia zabiegu medycznie wspieranej prokreacji przy użyciu spermy męża lub partnera matki Państwa mogą wybrać opcję oparcia ojcostwa na pokrewieństwie biologicznym. Zasada ta jedynie unieemożliwia mężowi lub partnerowi matki, który zgodził się na zabieg, wnoszenie sprzeciwu wobec ustanowienia jego ojcostwa.

40. W tym względzie konieczne jest wzięcie pod uwagę, iż zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz z interpretacją pojęcia „życia rodzinnego”, jaką podał Trybunał w wyżej wspomnianym orzeczeniu w sprawie Marckx, w przypadku mężczyzny, który zgodził się oddać swą spermę wyłącznie po to, by pozwolić kobiecie nie będącej z nim w związku małżeńskim zająć w ciążę drogą sztucznego zapłodnienia, sam ten fakt nie daje dawcy spermy prawa dochodzenia poszanowania życia rodzinnego wraz z dzieckiem (*Europejska Komisja Praw Człowieka, M. przeciwko orzeczenia Holandii* z dnia 8 lutego 1993 r., Ap. Nr 16944/90)

41. Fakt, iż Raport podaje zasady ustanawiania ojcostwa w przypadkach medycznie wspieranej prokreacji osób pozostających ze sobą w związku nieformalnym nie implikuje, że zabieg taki nie może być poddany warunkom i ograniczeniom w prawie wewnętrznym, nie mówi też nic o tym, czy zabieg taki jest legalny, czy też niezgodny z prawem.

e) Zaprzeczenie rodzicielstwa

42. Zasady 11 do 13 dotyczą zaprzeczenia macierzyństwa i ojcostwa, a w szczególności podstaw do tego oraz osób mających prawo zaprzeczać pokrewieństwu. Zasada 14 mówi o materiałach dowodowych w postępowaniu dotyczącym ustanowienia i zaprzeczenia ojcostwa. Podane poniżej zasady dotyczące zaprzeczenia ojcostwa nie mają na celu regulacji kwestii odnoszących się do zmian w aktach urodzenia.

Zasada 11:

- 1. Ojcostwo ustalone domniemaniem lub uznaniem może być zaprzeczone w postępowaniu przed właściwymi władzami.**
- 2. Powództwo o zaprzeczenie ojcostwa może być wniesione na następujących podstawach:**
 - a) dziecko nie zostało poczęte przez ojca lub**
 - b) w przypadkach medycznie wspieranej prokreacji:**

-
- ojciec wyraził zgodę na medycznie wspieraną prokreację, ale dziecko nie pochodzi z tego zabiegu;
 - ojciec wyraził zgodę na medycznie wspieraną prokreację z użyciem jego własnej spermy, a użyto spermy osoby trzeciej;
 - ojciec nie wyraził zgody na medycznie wspieraną prokreację.

3. Prawo zaprzeczenia ojcostwa winno przysługiwać:

- ojcu oraz
- dziecku lub jego przedstawicielowi

Prawo takie może również być nadane jednej lub większej licznie z następujących osób:

- matce oraz
- innym osobom powołującym się na szczególne prawa, w szczególności osobie twierdzącej, iż jest ojcem dziecka.

4. Mając na uwadze interes dziecka prawo może w pewnych przypadkach zabronić zaprzeczenia ojcostwa.

43. Zasada 11 dotyczy jedynie podstaw zaprzeczania ustanowionego ojcostwa, a także osób, którym takie prawo przysługuje. Zasada ta nie zajmuje się kwestiami związanymi z ważnością ustanowienia ojcostwa (np. z ważnością uznania), ani też podstawami zaskarżenia orzeczenia sądu, na mocy którego ojcostwo zostało ustanowione.

44. Paragraf 1 Zasady 11 wprowadza fundamentalną zasadę mówiącą, że ojcostwo ustanowione w drodze domniemania lub poprzez uznanie może być zaprzeczone jedynie w postępowaniu przed właściwymi władzami. Termin „właściwe władze” jest tu używany zamiast „władz sądowych”, by uwzględnić systemy, w których organy administracyjne posiadają w tym względzie uprawnienia równoważne uprawnieniom sądu.

45. Paragraf 2 Zasady 11 rozważa przypadki, w których zaprzeczenie ojcostwa jest dopuszczalne. W tym względzie należy odróżnić przypadki naturalnego poczęcia dziecka od przypadków, w których poczęcie nastąpiło w drodze medycznie wspieranej prokreacji. Jeżeli poczęcie dziecka nastąpiło w sposób naturalny, wówczas jedyną podstawą zaprzeczenia ojcostwa jest twierdzenie, iż ojciec prawny nie jest ojcem biologicznym. W odniesieniu do pierwszej z podstaw zaprzeczenia ojcostwa w przypadkach, gdy ojcostwo zostało ustanowione drogą uznania, warto przypomnieć, że Artykuł 4 *Europejskiej Konwencji o statusie prawnym dzieci ze związków pozamałżeńskich* stanowi, że „nie wolno wnosić

sprzeciwu ani zaprzeczać ojcostwa ustanowionego w drodze dobrowolnego uznania w zakresie, w jakim prawo wewnętrzne przewiduje tę procedurę, chyba, że osoba pragnąca uznać lub która uznała dziecko nie jest jego ojcem biologicznym". Druga podstawa zaprzeczenia ojcostwa, to przypadki medycznie wspieranej prokreacji. W tym względzie mężczyzna będący prawnym ojcem nie może skorzystać z prawa zaprzeczenia ojcostwa, jeżeli wyraził zgodę na medycznie wspieraną prokreację, chyba że dziecko urodzi się z innego związku lub wskutek medycznie wspieranej prokreacji przeprowadzonej z użyciem spermy innego dawcy podczas, gdy ojciec zgodził się wyłącznie na zabieg przy użyciu swej własnej spermy. Zaprzeczenie ojcostwa powinno też być możliwe w przypadkach, gdy mężczyzna będący ojcem prawnym nie zgodził się w ogóle na przeprowadzenie medycznie wspieranej prokreacji (zob. Zasada 10 powyżej). Przy medycznie wspieranej prokreacji Państwa mogą zdecydować o tym, które z podstaw zaprzeczenia ojcostwa będą dozwolone ich prawem krajowym.

46. Paragraf 3 Zasady 11 wymienia osoby mające prawo zaprzeczyć ustanowione ojcostwo. Osobami tymi są: ojciec, a także dziecko lub jego przedstawiciel. Ujęcie dziecka lub jego przedstawiciela na tej liście wychodzi naprzeciw pogładowi, że dzieciom przysługują prawa, które mogą wykonywać samodzielnie lub poprzez przedstawicieli, dlatego też powinny mieć uczestniczyć w dotyczącym ich postępowaniu przed organem sądowym.

47. Nadto, prawo zaprzeczenia ojcostwa może być przyznane matce i innym osobom, które uzasadnią swe szczególne prawo zaprzeczenia ojcostwa, szczególnie osobie trzeciej, która twierdzi, iż jest ojcem dziecka. Szczególne prawo zaprzeczenia ojcostwa może też przysługiwać innym stronom (np. rodzicom ojca, jeśli ten ostatni nie żyje, itp.)

48. Paragraf 4 Zasady 11 umożliwia państwom, które sobie tego zażyczą, wprowadzenie zakazu zaprzeczenia ojcostwa w przypadkach, gdy będzie to uważane za godzące w interesy dziecka. Państwa mogą podjąć decyzję o wprowadzeniu takiego zakazu, na przykład w pewnych przypadkach medycznie wspieranej prokreacji, a także gdy ojciec uznał i opiekował się dzieckiem w pełnej świadomości, iż nie jest jego ojcem biologicznym. Nadto, prawo może zabronić zaprzeczania rodzicielstwa, albo właściwe władze mogą, odmówić wydania polecenia przeprowadzenia genetycznych badań krwi z uwagi na zabezpieczenie związków rodzinnych i stabilności statusu prawnego, poprzestając na zastosowaniu domniemania, np. wówczas, gdy żonaty mężczyzna jest uważany za ojca dziecka swej żony¹⁰. W tym względzie, przypomina się, że Europejska Komisja Praw

¹⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie X., Y. i Z. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 22 kwietnia 1997, Seria A.

Człowieka uznata, że odmowa wydania przez sąd angielski nakazu przeprowadzenia testu DNA dla upewnienia się, czy dziecko było rzeczywiście dzieckiem mężczyzny, który zawsze był uważany za jego ojca, nie była brakiem poszanowania życia prywatnego tegoż mężczyzny. Odmowa oparta była na przekonaniu, że interes dziecka był nierozłącznie związany z jednostką rodzinną, w której się wychowywało i że ryzyko zachwiania stabilności tej rodziny w efekcie badań krwi byłoby ze szkodą dla dziecka. Komisja stanęła na stanowisku, że istnieją uzasadnione powody zachowania stabilności prawnej i bezpieczeństwa związków rodzinnych, by Umawiające się Państwa zastosowały „domniemanie prawne”, zgodnie z którym żonatego mężczyznę uważa się za ojca dzieci jego żony, a dozwole nie naruszenia zasady „domniemania” wymaga zaistnienia poważnej przyczyny (*Europejska Komisja Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie M. B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 6 kwietnia 1994, Ap. nr 22920/93).

Zasada 12:

1. Zasady zawarte w paragrafach 1,3 i 4 Zasady 11 winny być stosowane odpowiednio, przy zaprzeczaniu macierzyństwa.

2. Ustanowione macierzyństwo może być zaprzeczone jedynie na tej podstawie, iż kobieta uważana za matkę, nie była osobą, która urodziła dziecko.

49. Zasada 12 dotyczy zaprzeczania macierzyństwa. W tym względzie odpowiednie zastosowanie mają wszystkie paragrafy Zasady 11, z wyjątkiem paragrafu 2, który dotyczy podstaw zaprzeczenia. Odpowiednie zastosowanie postanowień Zasady 11, paragraf 3 implikuje, że matka jest („winna być”) osobą mającą absolutne prawo zaprzeczenia macierzyństwa, a także że ojciec, podobnie jak inne osoby, może mieć prawo zaprzeczenia macierzyństwa. Fakt, iż kobieta uważana za matkę nie urodziła dziecka jest jedyną podstawą dopuszczającą zaprzeczenie macierzyństwa. Zasada ta wynika naturalnie z Zasady 1, która mówi, że matką jest zawsze kobieta, która urodziła dziecko. Stąd, zaprzeczenie macierzyństwa może się opierać wyłącznie na fakcie, że matka prawna nie urodziła konkretnego dziecka: kobieta fałszywie twierdzi, iż dała życie dziecku, albo dziecko zostało przy urodzeniu zamienione na inne (czyli dziecko to nie jest tym samym, które urodziła dana kobieta). W ostatnim z przypadków kobieta urodziła dziecko, ale nie to, wobec którego zaprzecza swego macierzyństwa. Państwa powinny wprowadzić procedurę zaprzeczania macierzyństwa, aby rozpatrywać takie przypadki.

Zasada 13:

Prawo może określić limity czasowe dla wykorzystania prawa zaprzeczenia pokrewieństwa przez pewne osoby.

50. Zasada 13 dotyczy wprowadzenia ograniczeń czasowych na realizację praw zaprzeczenia pokrewieństwa. Termin „pewne osoby” implikuje, że Państwa mogą podjąć decyzję o nie wprowadzaniu ograniczeń czasowych na wykorzystanie tego prawa w stosunku do pewnych osób (np. dziecka), mogą też wybrać opcję zastosowania ograniczenia w stosunku do korzystania z tego prawa przez inne osoby (np. osobę twierdzącą, iż jest ojcem dziecka). Państwa mogą też w różny sposób określać momenty, od których zaczyna swój bieg okres przedawnienia dla różnych osób, np. moment urodzin lub wiek osiągnięcia pełnoletniości przez dziecko. Intencją leżącą u podstaw tego postanowienia jest stworzenie dziecku stabilnej prawnie sytuacji (stąd, okresy przedawnienia nie powinny być zbyt długie) poprzez określenie w sposób definitywny tożsamości jego ojca i matki w pewnym okresie po jego urodzeniu, nadto przez nie uzależnianie jego sytuacji od zmian zapatrywań osób mających prawo zaprzeczyć pokrewieństwo.

Zasada 14:

Państwa winny podjąć kroki, by w postępowaniu dotyczącym ustanowienia i zaprzeczenia rodzicielstwa promować dostępność nowych technik medycznych i genetycznych i dopuszczać dowód z informacji uzyskanych przy zastosowaniu takich technik.

51. Zasada 14 odnosi się do kwestii rodzicielstwa biologicznego, a w szczególności do dostępności nowych technik medycznych i genetycznych, a także dopuszczenia dowodu z informacji uzyskanych poprzez ich zastosowanie w postępowaniu dotyczącym ustanowienia i zaprzeczenia rodzicielstwa. Jeśli celem jest dojście prawdy biologicznej, wówczas w kontekście postępowania dotyczącego ustanowienia lub zaprzeczenia rodzicielstwa istotne znaczenie ma to, by stosować najlepsze dostępne metody. Współczesne techniki DNA, w powiązaniu z innymi informacjami medycznymi, umożliwiają ustalenie z niemal całkowitą pewnością, kto jest, a kto nie jest ojcem biologicznym dziecka. Dlatego Państwa powinny podjąć kroki, by promować dostępność nowych technik medycznych i genetycznych i dozwolnić na wykorzystanie informacji uzyskanych z ich zastosowania w postępowaniu dotyczącym pokrewieństwa rodziców wobec dziecka. Przykładem takich działań jest, np.:

- wprowadzenie obowiązku poddania się testom DNA przez strony;

-
- ciężar dowodu – wprowadzenie zasad mówiących, że odmowa poddania się właściwym testom stanowi dowód przeciwko stronie wyrażającej odmowę;
 - w przypadkach zaistnienia takiej potrzeby, zapewnienie wsparcia finansowego na przeprowadzenie badań krwi, albo stworzenie sposobu zaspokojenia takiej potrzeby poprzez system pomocy prawnej.

52. W tym względzie należy wziąć pod uwagę orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który twierdzi, iż fakt posiadania ojca prawnego na mocy zasady *pater is est quem nuptiae demonstrant*, która może być zaprzeczona jedynie przez ojca prawnego, co rodzi w konsekwencji to, że ojciec biologiczny nie może uznać tego dziecka, nie stanowi sam w sobie wystarczającego uzasadnienia dla uniemożliwienia pełnych i prawnych więzów rodzinnych między tym mężczyzną a jego dzieckiem. W ocenie Trybunału poszanowanie życia rodzinnego wymaga, by biologiczna i społeczna rzeczywistość miały pierwszeństwo wobec „domniemań prawnych” w przypadkach, gdzie istnieją związki rodzinne między mężczyzną nieżonatym z matką oraz jej dzieckiem. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił konieczność, by prawa krajowe stworzyły szeroką gamę możliwości zaprzeczania ojcostwa ustanowionego domniemaniem prawnym¹¹.

53. Obowiązek przeprowadzenia badań wywołał pewne wahania wynikające z uregulowań konstytucyjnych pewnych krajów. Jednakże, należy wskazać, że kilka orzeczeń byleż Europejskiej Komisji Praw Człowieka stwierdzało, że obowiązek poddania się tym testom celem ustalenia ojcostwa nie jest sprzeczny z *Konwencją Praw Człowieka*, jako że badania te służą interesom dziecka. Jednakże, choć zgodnie z orzecznictwem Europejskiej Komisji Praw Człowieka obowiązek poddania się testom dla ustalenia ojcostwa nie narusza praw ojca zawarowanych Artykułem 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, niniejsze postanowienie nie stawia Państwom wymogu umożliwienia wprowadzenia obowiązku badań (*Europejska Komisja Praw Człowieka, M. B. przeciwko orzeczeniu Zjednoczonego Królestwa z dnia 6 kwietnia 1994, Ap. nr 22920/93*). Nadto, nawet jeżeli *Konwencja o ochronie praw człowieka i godności ludzkiej w świetle stosowania biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 1997r.* rozważa jedynie możliwość przeprowadzania testów ustalających potencjalną możliwość wystąpienia chorób genetycznych, wykonywanych wyłącznie w celach zdrowotnych, wstępne prace nad tą Konwencją wskazywały wyraźnie, że odnośny artykuł nie miał w swej intencji zakazać sądom wydawania nakazów przeprowadzenia testów w postępowaniach karnych, ani też w badaniach na ojcostwo (zob. dok. CDBI (97) 15).

¹¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Kroon i inni przeciwko Holandii z 27 października 1994, Seria A, nr 297-C.

54. Słowo „dopuszczenie” nie implikuje, że organ sądowiczy winien być zobowiązany wydać nakaz wykorzystania informacji medycznych i genetycznych we wszystkich przypadkach, nie implikuje ono również, że władze sądowe muszą dopuścić badania, których wykonania nie nakazały. Organ sądowy może odmówić dopuszczenia takich informacji ze względu na „bezpieczeństwo związków rodzinnych i ich stabilności prawnej”¹², co stwierdza Europejski Trybunał Praw Człowieka.

f) Zmiana rodzicielstwa.

Zasada 15:

1. *Pozwolenie na przysposobienie dziecka nie może być udzielone, o ile nie zostanie uzyskana na nie zgoda niżej podanych stron, które zgody tej nie wycofają:*
 - *zgoda matki,*
 - *zgoda ojca,*
 - *państwa mogą również wymagać zgody dziecka, które w myśl prawa krajowego uznane jest za posiadające dostateczne rozeznanie sytuacji.*
2. *Prawo może pomijać zgodę ojca lub matki, albo też obojga, jeżeli nie pełnią oni władzy rodzicielskiej, albo jeśli zgody tej nie można uzyskać, szczególnie jeżeli miejsce pobytu matki bądź ojca, albo obojga, jest nieznane i nie można ich odnaleźć, bądź jeśli nie żyją.*
3. *Właściwe władze mogą nie uwzględnić odmowy wyrażenia zgody przez którąkolwiek z osób wymienionych w paragrafie 1 jedynie w wyjątkowych przypadkach określonych prawem.*

55. Przysposobienie jest najczęstszą postacią zmiany rodzicielstwa. W tym względzie, myślą przewodnią jest to, że zezwolenia na przysposobienie nie należy udzielać, jeżeli właściwe władze nie „stwierdzą, że przysposobienie będzie leżało w interesie dziecka”, należy też zwrócić szczególną uwagę „na wagę przysposobienia, które stwarza dziecku stabilny i harmonijny dom” (paragrafy 1, 2 Artykułu 8 *Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci*). Zakładając, że takie są oczywiste cele przysposobienia, nie ujęto tu żadnej konkretnej Zasady, która by regulowała tę sprawę.

¹² Europejski trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie X., Y. i Z. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 22 kwietnia 1997, Seria A.

56. Po przeanalizowaniu wybranych postanowień *Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci*, a w szczególności Artykułu 5, który dotyczy zgód koniecznych dla przysposobienia, przyjęto wyżej przytoczoną Zasadę wymagającą zgody przynajmniej matki¹³ i ojca. W tym względzie należy podkreślić, że w systemach prawa anglosaskiego odniesienie do „ojca” w postanowieniach dotyczących przysposobienia należy rozumieć jako odniesienie do mężczyzny sprawującego obowiązki ojca. Państwa mogą zdecydować się na wprowadzenie wymogu uzyskania również zgody dziecka przeznaczonego do przysposobienia, a uważanego w myśl prawa krajowego za posiadające wystarczające rozeznanie sytuacji. Ponieważ twierdzono jednak, że postawienie wymogu takiej zgody może w pewnych przypadkach nie wносить niczego do sprawy (np. jeżeli dziecko wzrosło w przekonaniu, że mąż matki jest jego ojcem), toteż może być przeciwnie interesom dziecka, nie przyjęto żadnego absolutnego wymogu uzyskania takiej zgody (w przeciwieństwie do wymogu uzyskania zgody matki i ojca). Fakt, iż Państwa nie wymagają uzyskania zgody dziecka w pewnych przypadkach, nie implikuje, że dziecku nie należy udostępniać wszystkich tyczących jego informacji, ani też, że nie dozwala mu się na wyrażenie własnych opinii.

57. W pewnych przypadkach istnieje możliwość obycia się kompetentnych władz bez tych zgód, albo nie uwzględnienia odmowy udzielenia zgody przy zaistnieniu wyjątkowych podstaw określonych prawem. Jeżeli chodzi o kwestię, bez której ze zgód prawo może się obyć, należy stwierdzić, że istnieje możliwość obycia się bez zgody matki i/lub ojca w sytuacji, w której uzyskanie jej nie jest możliwe, a także gdy matka i ojciec nie mają władzy rodzicielskiej. Fakt, iż prawo może się obyć bez zgody ojca lub matki w sytuacji, gdy nie mają oni władzy rodzicielskiej, nie implikuje, że nie mogą one wyrazić swojego stanowiska.

58. Właściwe władze mogą nie uwzględnić odmowy udzielenia zgody przez matkę i/lub ojca, szczególnie w przypadkach, gdy ojciec lub matka nie mają praw rodzicielskich lub zostali ich pozbawieni (w tej sprawie zob. Artykuł 5 paragraf 3 *Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci*). W tym względzie przypomniano, że w przypadku, gdy szwedzkie sądy udzieliły ojczymowi – mężowi matki – zezwolenia na przysposobienie dziecka pomimo odmowy udzielenia zgody jego ojca naturalnego, który nie pełnił obowiązków opiekuna, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, iż fakt nie uwzględnienia przez władze sądowe braku zgody ojca nie stanowił naruszenia Artykułu 8 Konwencji¹⁴.

¹³ Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził naruszenie Artykułu 8 i Artykułu 6, paragraf 1 Konwencji w przypadku, gdzie uznano możliwość przysposobienia córki, a wszelkie kontakty między dzieckiem i matką zostały zerwane z powodu choroby psychicznej matki (Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie E. P. przeciwko Włochom z 16 listopada 1999).

¹⁴ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Söderbäck przeciwko Szwecji z 28 października 1998

59. W odniesieniu do wymaganych zgód Europejska Konwencja o przysposobieniu dzieci z 1967r. wymaga zgody ojca lub dziecka na przysposobienie wyłącznie wówczas, gdy dziecko zostało zrodzone ze związku małżeńskiego. Jednakże, w myśl orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w szczególności w sprawie Keegan przeciwko Irlandii¹⁵, oddanie dziecka do adopcji przez matkę, gdzie prawo nie dawało ojcu dziecka zrodzonego ze związku pozamałżeńskiego prawa do wyrażenia stanowiska, stanowiło naruszenie Artykułu 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W tym względzie zastanawiano się, czy w tym konkretnym przypadku „wymóg uzyskania zgody” jest różny od „prawa wyrażenia stanowiska”. Niezależnie od wyników debaty wyrażono opinię, iż Państwa winny w możliwie dużym stopniu zapewnić prawo rodziców do składania oświadczeń w postępowaniach dotyczących przysposobienia ich dziecka. Jeżeli chodzi o osoby, których zgoda jest wymagana, należy wskazać na fakt, że paragraf 1 Zasady 15 stanowi, iż należy wymagać przynajmniej zgody ojca i matki. Dlatego, Państwa mogą ustalić, że zgoda innych osób również winna być wymagana.

60. Omówiono również kwestię kto może przysposobić dziecko. W tym względzie podkreślono, że *Europejska Konwencja o przysposobieniu dzieci* stwierdza, że dziecko może być przysposobione przez tylko jedną osobę lub małżeństwo. Należy też zauważyć, że od czasu przyjęcia Konwencji w roku 1967 nastąpiły istotne zmiany wzorców rodzinnych. Zmiany te mogą spowodować, iż właściwym będzie ponowne rozważenie kwestii osób, które mają prawo ubiegać się o przysposobienie. Jednakże, wzięwszy pod uwagę, że zadaniem niniejszego Raportu jest przebadanie kwestii dotyczących ustalenia i konsekwencji prawnych rodzicielstwa, Raport ten nie zajmuje się kwestiami dotyczącymi określenia osób¹⁶, które mogą przysposobić dziecko, ani też innymi warunkami przysposobienia, nie związanymi z tematem Raportu.

Zasada 16:

Zanim przysposobiony osiągnie wiek pełnej zdolności prawnej przysposobienie może być rozwiązane jedynie mocą decyzji kompetentnych władz, na poważnych podstawach ustalonych prawnie z uwzględnieniem najlepszych interesów dziecka.

¹⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Keegan przeciwko Irlandii z 26 maja 1994, Seria A, nr 290.

¹⁶ Przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka toczy się sprawa z powództwa nieżonatego, homoseksualnego mężczyzny, dotycząca odrzucenia na podstawie jego „stylu życia” jego wniosku o przysposobienie dziecka. Wnioskodawca złożył odwołanie powołując się inter alia na naruszenie przysługujących mu praw poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz dyskryminacji (uzasadnionej jego seksualną orientacją) związanej z tymże stylem życia (Europejski Trybunał Praw Człowieka, Frette przeciwko Francji, orzeczenie z marca 1999r., Ap. nr 36515/97).

61. Przeanalizowano kwestię odnoszącą się do możliwości cofnięcia przysposobienia. Paragraf 1 Artykułu 13 *Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci* stwierdza, że „Zanim osoba przysposobiona osiągnie pełnoletniość, przysposobienie można rozwiązać jedynie mocą decyzji władz sądowych lub administracyjnych, w oparciu o poważne podstawy i jedynie wówczas, gdy prawo dozwala na rozwiązanie na tych podstawach”. Odnosząc się do tego Artykułu podnoszono, że określenie „w oparciu o poważne podstawy” jest zbyt szeroki, toteż należy go sprecyzować. Uzgodniono więc, że interes dziecka powinien być kwestią naczelną, uwzględnioną w brzmieniu prawa ustalającego podstawy rozwiązania, a także przez właściwe władze przy podejmowaniu decyzji o rozwiązaniu przysposobienia. Podobnie do Artykułu 13 wyżej wymienionej Konwencji, Zasada zajmuje się jedynie regułą odnoszącą się do możliwości rozwiązania przysposobienia w okresie, gdy dziecko pozostaje małoletnie. Nie dotyczy, natomiast, możliwości rozwiązania go po osiągnięciu pełnoletniości przez dziecko, którą to ewentualność Państwa zawsze mogą wprowadzić. Nadto, postanowienie Zasady nie narzuca na Państwa obowiązku dopuszczenia możliwości rozwiązania przysposobienia w okresie, gdy dziecko jest małoletnie, natomiast jeśli podejmą decyzję o jego dopuszczalności, wówczas winny zastosować się do tej zasady.

Zasada 17:

Wszelkie nowe postacie zmiany rodzicielstwa winny następować pod kontrolą kompetentnych władz i przy zastosowaniu procedur, które należy uwzględnić interes dziecka. Wszelkie postacie tego rodzaju winny podlegać tym samym zabezpieczeniom, jak przysposobienie.

62. Zauważono, iż jedyną prawną formą zmiany rodzicielstwa dziś jest przysposobienie. Niemniej, zgodzono się z poglądem, iż biorąc pod uwagę możliwe wydarzenia społeczne, medyczne i prawne w najbliższej przyszłości, a także inwencję prawników mogą pojawić się próby stworzenia nowych form zmiany rodzicielstwa, na przykład w obszarze macierzyństwa zastępczego. Dlatego zdecydowano się sformułować powyższą Zasadę.

C. Zasady odnoszące się do prawnych konsekwencji rodzicielstwa

63. Zajmując się kwestią rodzicielstwa należy rozważyć następujące jego aspekty:

- a) zakres władzy rodzicielskiej
- b) alimentacja
- c) nazwisko

- d) narodowość
- e) dziedziczenie
- f) prawo dziecka do znajomości własnego pochodzenia

a) Zakres władzy rodzicielskiej

Zasada 18:

Zakres władzy rodzicielskiej, to zbiór obowiązków i uprawnień mających na celu zapewnienie moralnego i materialnego dobra dziecka, a w szczególności:

- **piecza i ochrona,**
- **utrzymywanie więzi osobistych,**
- **zapewnienie wykształcenia,**
- **przedstawicielstwo prawne,**
- **decydowanie o miejscu zamieszkania oraz**
- **zarząd majątkiem.**

64. Uznano, iż główny zakres władzy rodzicielskiej został już zawarty w definicji „władzy rodzicielskiej”, podanej w Zasadzie 1 *Zalecenia nr R (84) 4 Komitetu Ministrów Państw członkowskich w sprawie władzy rodzicielskiej*. Jednakże, uznano też, iż pożądanym byłoby zastosować wyrażenie „piecza i ochrona”, ponieważ jest ono szersze, niż pojęcie „sprawowania pieczy nad osobą dziecka” użyte w Zaleceniu nr R (84) 4. W określeniu „piecza i ochrona” zawiera się też zdrowie, żywienie i dobro dziecka. Uznano również, że biorąc pod uwagę *Konwencję praw dziecka Narodów Zjednoczonych* oraz [wersję roboczą] *Konwencji o kontaktach w sprawie dzieci Rady Europy* kwestia „decydowania o miejscu zamieszkania dziecka” wymagała odrębnego potraktowania wśród praw i obowiązków wchodzących w zakres władzy rodzicielskiej.

65. Pytanie o to, czy kwestię alimentacji należy ująć wśród obowiązków leżących w zakresie władzy rodzicielskiej, stanowiło jeden z głównych punktów dyskusji. Zalecenie nr R (84) 4 włączało utrzymanie w zakres władzy rodzicielskiej. Jednakże, biorąc pod uwagę fakt, że alimentacja winna zawsze być obowiązkiem rodziców nawet wówczas, gdy nie sprawują już władzy rodzicielskiej, a także fakt, iż w niektórych systemach prawnych alimentacja nie wiąże się z zakresem władzy rodziców, zdecydowano nie ujmować „utrzymania” wśród obowiązków i uprawnień wchodzących w skład pojęcia zakresu władzy rodzicielskiej. Stąd też uzgodniono, że kwestia alimentacji zostanie potraktowana, jako niezależna konsekwencja prawna statusu rodzica, bezpośrednio powiązana z ewentualnymi obowiązkami dziecka wobec jego rodziców (ten aspekt poruszono w poniższej zasadzie 26).

Zasada 19:

- 1. Władza rodzicielska winna być z zasady sprawowana wspólnie przez oboje rodziców.*
- 2. W przypadkach, gdzie tylko jedno z rodziców sprawuje władzę rodzicielską z mocy prawa, drugie z rodziców powinno mieć możliwość jej uzyskania, chyba że godzi to w interesy dziecka.
Brak zgody lub sprzeciw rodzica sprawującego władzę rodzicielską nie powinien sam w sobie stanowić przeszkody w jej uzyskaniu.*

Zasada 20:

- 1. Rodzice sprawujący władzę rodzicielską winni mieć równe prawa jej wykonywania, a kiedy tylko będzie to możliwe, winni ją wykonywać wspólnie, o ile interes dziecka nie wymaga inaczej.*
- 2. Z zastrzeżeniem dobra dziecka, władzę rodzicielską może wykonywać jedno z rodziców samodzielnie, można też jej wykonanie rozdzielić między oboje rodziców, zgodnie z decyzją kompetentnych władz lub w oparciu o umowę zawartą między rodzicami.*
- 3. W przypadkach określonych prawem osoba inna, aniżeli rodzic, może mocą decyzji właściwych władz wykonywać część lub całość władzy rodzicielskiej w uzupełnieniu lub w miejsce rodziców.*

Zasada 21:

Przy wykonywaniu praw i uprawnień rodzicielskich dziecko winno mieć prawo wyrażać własne opinie, którym należy przyznać odpowiednią wagę zgodnie z wiekiem i dojrzałością dziecka.

Zasada 22:

Rozwiązanie lub unieważnienie małżeństwa, separacja rodziców lub ustanie ich wspólnego pożycia nie powinno samo w sobie mieć wpływu na prawo rodzica do sprawowania władzy rodzicielskiej. Jednakże, właściwe władze mogą wydać orzeczenie odbierające prawo wykonywania tej władzy biorąc pod uwagę interes dziecka.

Zasada 23:

1. *W sytuacji, gdy władza rodzicielska sprawowana jest wspólnie przez oboje rodziców, po czym nastąpi zgon jednego z nich, władza zmarłego winna zostać przejęta w całości przez rodzica pozostającego przy życiu.*
2. *W sytuacji, gdy jedno z rodziców mające prawo sprawować samodzielnie część lub całość władzy rodzicielskiej umrze, wówczas obowiązki przezeń pełnione winny być przejęte przez rodzica pozostającego przy życiu lub osobę trzecią z mocy prawa lub mocą decyzji podjętej w interesie dziecka przez właściwe władze.*
3. *W sytuacji, gdy żadne z rodziców nie pozostaje przy życiu, właściwe władze winny podjąć decyzję w sprawie przekazania władzy rodzicielskiej. Prawo krajowe może przewidywać, że obowiązki te mogą być przekazane członkowi rodziny lub ojczymowi / macosze, albo osobie wskazanej przez ostatniego z umierających rodziców, chyba że interes dziecka wymaga podjęcia innych środków.*
4. *Państwa mogą ustalić, że rodzic mający prawo sprawowania władzy rodzicielskiej może sporządzić testament, w którym wyznaczy inną osobę do sprawowania tej władzy po swej śmierci. Kompetentne władze winny mieć moc orzec, że osoba wskazana nie powinna pełnić władzy rodzicielskiej, jeżeli byłoby to sprzeczne z interesem dziecka.*

66. Ideą leżącą u podstaw tych zasad jest przekonanie, że wspólne sprawowanie władzy rodzicielskiej leży w interesie dziecka niezależnie od tego, czy urodziło się z, czy też spoza związku małżeńskiego. Dlatego nie czyni się różnienia między osobami pozostającymi w związku małżeńskim i nie, ze względu na to, iż jeśli ustanowione zostało rodzicielstwo prawne, wówczas jest ono takie samo niezależnie od tego, czy rodzice są w związku małżeńskim, a przydzielenie obojgu rodzicom prawa wspólnego sprawowania władzy rodzicielskiej byłoby idealną sytuacją dla dziecka. Nawet w przypadku rozwiązania związku małżeńskiego lub separacji rodziców pozostających w związku małżeńskim bądź nieformalnym, wspólne sprawowanie władzy rodzicielskiej winno być automatycznie kontynuowane, chyba że zostanie jasno wykazane, iż byłoby to sprzeczne z interesem dziecka (okoliczności wyjątkowe). Umowa rodziców nie powinna być warunkiem wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej.

67. Jednakże, w niektórych przypadkach może się zdarzyć, że w interesie dziecka leży podział władzy pomiędzy rodziców, albo przyznanie jej jedynie jednemu z partnerów (na przykład, gdy jedno z rodziców nie wykazuje żadne-

go zainteresowania dzieckiem od czasu urodzenia, albo – w przypadku rodziców nie będących w związku małżeńskim – gdy ojcostwo zostało ustalone drogą orzeczenia sądowego wbrew woli ojca). W odniesieniu do tego ostatniego aspektu zob. szczególnie paragraf 2 zasady 7 Zalecenia nr R (84) 4.

68. W przypadku zgonu jednego z rodziców sprawujących dotychczas wspólnie władzę rodzicielską, władza ta winna być sprawowana dalej przez rodzica pozostałego przy życiu. Jeżeli zmarłemu rodzicowi przysługiwało prawo samodzielnego sprawowania części bądź całości władzy rodzicielskiej, wówczas z zasady władza rodzicielska zmarłego rodzica winna być przejęta przez rodzica pozostałego przy życiu lub osoby trzeciej. Paragraf drugi Zasady 23 ma w swej intencji objąć cały szereg sytuacji: sytuację, gdzie obojgu rodzicom przysługuje prawo wykonywania władzy rodzicielskiej, a tylko jedno ją wykonuje; sytuację, gdzie tylko jedno z rodziców, któremu przysługuje prawo sprawowania władzy rodzicielskiej, wykonuje te obowiązki; sytuację, gdzie prawo sprawowania władzy rodzicielskiej zostało podzielone między oboje rodziców (zob. Zasadę 20.2), a jednocześnie jedno z rodziców wykonuje pewne uprawnienia lub obowiązki samodzielnie. Ustalenie osoby, która podejmie sprawowanie władzy rodzicielskiej – pozostały przy życiu rodzic, czy też osoba trzecia – można przeprowadzić albo bezpośrednio z mocy prawa, albo na drodze decyzji właściwych władz. Odniesienie do osoby trzeciej obejmuje nie tylko osoby fizyczne – np. małżonkę zmarłego ojca – ale i osoby prawne (np. władze publiczne). Tam, gdzie nie pozostaje przy życiu żaden z rodziców, właściwe władze winny podjąć stosowną decyzję.

69. Ewentualne wskazanie przez rodzica osoby w kontekście paragrafu 3 Zasady 23 nie uniemożliwi właściwym władzom przyznać władzę rodzicielską innej osobie, jeśli sprawowanie jej przez osobę wskazaną byłoby ze szkodą dla interesów dziecka.

Zasada 24:

1. W wyjątkowych okolicznościach określonych prawem rodzice mogą częściowo lub całkowicie zostać pozbawieni prawa lub możliwości sprawowania władzy rodzicielskiej mocą decyzji właściwych władz, podjętą z myślą o interesie dziecka.

2. Państwa winny rozważyć potrzebę ustalenia procedur okresowej rewizji takich decyzji, nawet przy braku wniosku o jej przeprowadzenie ze strony zainteresowanej osoby.

Zasada 25:

1. Interes dziecka winien być pierwszorzędnym kryterium brany pod uwagę przy podejmowaniu przez kompetentne władze wszelkich decyzji w sprawie przyznania, pozbawienia lub wykonywania władzy rodzicielskiej. Nie wolno przy tym czynić różnicy między dzieckiem zrodzonym ze związku małżeńskiego i innego. Należy też jednak, respektować równość rodziców bez dyskryminacji na podłożu płci, rasy, koloru skóry, języka, wyznania, poglądów politycznych i innych, pochodzenia narodowościowego lub społecznego, powiązań z mniejszościami narodowymi, majątku, urodzenia, czy innego statusu.

2. Podejmując decyzję odnośnie władzy rodzicielskiej właściwe władze winny uznać należyłą wagę opinii wyrażanych przez dziecko, zgodnie z jego wiekiem i dojrzałością.

70. Pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej może nastąpić jedynie w wyjątkowych okolicznościach określonych prawem, ponieważ leży ona w zakresie rodzicielstwa. Dlatego ustalono, iż należy położyć nacisk na wyjątkowość okoliczności, ponieważ sytuacja, w której rodzice pozbawiani są władzy, nie powinna być powszechna. Normalnie interes dziecka wymaga, by zajmowali się nim rodzice, nawet jeśli nie są idealni. Wyjątkowe okoliczności mogą obejmować przestępstwa popełnione przez rodzica na dziecku, np. molestowanie seksualne lub maltretowanie fizyczne, ale i inne okoliczności, np. chorobę psychiczną rodzica¹⁷, a więc sytuacje, gdy fizyczne lub moralne dobro dziecka jest zagrożone. O pozbawieniu rodzica władzy rodzicielskiej winny zawsze decydować właściwe władze. Tego rodzaju decyzje właściwych władz winny być zawsze podejmowane z myślą o interesach dziecka: co może oznaczać na przykład, że w pewnych sytuacjach lepszym wyjściem może być pozostawienie dziecka pod opieką rodziców pomimo zaistnienia pewnych wyżej wspomnianych okoliczności, aniżeli odizolowanie go od rodziny i umieszczenie w instytucji opiekuńczej.

71. Biorąc pod uwagę, że celem władzy rodzicielskiej jest zapewnienie moralnego i materialnego dobra dziecka, a także że interes dziecka musi decydować o przyznaniu i wykonywaniu tej władzy, wszelkie różnice między dziećmi zrodzonymi ze związku małżeńskiego i innego winny być wyeliminowane. W tym względzie każde rozwiązanie prawne, które by różnicowało dzieci ze

¹⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka, Kutzner przeciwko Niemcom, orzeczenie z dnia 23 marca 2000r., Ap. nr 46544/99.

związków małżeńskich i spoza nich, byłoby sprzeczne z licznymi międzynarodowymi dokumentami prawnymi, a także orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

72. Dyskryminacja któregokolwiek z rodziców w zakresie przyznania i sprawowania władzy rodzicielskiej jest przedmiotem drugiego zdania paragrafu pierwszego Zasady 25, które stanowi o równości rodziców. Tekst Zasady, odnoszący się do dyskryminacji, opiera się na Artykule 14 *Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. Dlatego do dyskryminacji dotyczącej życia prywatnego i rodzinnego zastosowanie mieć będzie również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Artykuł 14 w związku z Artykułem 8 wyżej wspomnianej Konwencji).

b) Alimentacja

Zasada 26:

- 1. We wszystkich przypadkach oboje rodzice winni być obowiązani łączyć na utrzymanie dziecka.***
- 2. Prawo krajowe może wprowadzić zapis o obowiązku wspierania rodziców w niedostatku przez dzieci.***

73. Rozważając kwestię alimentacji dzieci należy wziąć pod uwagę następujące aspekty:

- alimentacja winna być bezpośrednią konsekwencją prawną rodzicielstwa;
- alimentacja winna być zawsze obowiązkiem rodziców nawet wówczas, gdy nie sprawują już władzy rodzicielskiej;
- w odniesieniu do alimentacji dzieci nie należy czynić żadnych różnic między dziećmi urodzonymi w związku małżeńskim i poza nim. Mimo, iż Zasada ta nie odnosi się bezpośrednio do tej kwestii, do dzieci zrodzonych poza związkiem małżeńskim należy stosować to samo podejście, jak w przypadkach, gdzie prawo reguluje sprawę subsydiarnej alimentacji dzieci zrodzonych w związku małżeńskim przez niektórych członków rodziny matki, ojca lub obojga (stąd sformułowanie: „we wszystkich przypadkach” w paragrafie 1 Zasady).

74. Jak wzmiankowano powyżej, podjęto decyzję o tym, by nie włączać alimentacji w zakres obowiązków i uprawnień wchodzących w skład pojęcia władzy rodzicielskiej. Dlatego kwestię alimentacji przeanalizowano, jako niezależną konsekwencją prawną rodzicielstwa i powiązano ją bezpośrednio z ewentualnym obowiązkiem dzieci względem własnych rodziców.

75. Paragraf 1 Zasady 26 ma charakter ogólny, dlatego warunki i/lub okres trwania obowiązku utrzymania dziecka pozostaje do określenia w prawie krajowym.

76. Uzgodniono, że dzieci mają nie tylko prawa, ale i obowiązki lub zobowiązania. Zobowiązania te są dwojakiego rodzaju: moralnego i prawnego (szczególnie w zakresie świadczeń na utrzymanie rodziców w niedostatku). Zobowiązaniom pierwszego rodzaju nie da się nadać statusu prawnej wykonalności. Jeśli chodzi o rodzaj drugi, w wielu Państwach dzieci nie mają obowiązku świadczenia na utrzymanie rodziców w niedostatku.

77. Biorąc pod uwagę, że zasady przyjęte w niniejszym raporcie są zasadami prawnymi, adresowanymi do wszystkich Państw członkowskich, zdecydowano, że w myśl paragrafu 1 Zasady 26 ustalą one w swym prawie krajowym, czy konsekwencją prawną rodzicielstwa winien być obowiązek dziecka łożenia na utrzymanie rodziców. Podjąwszy decyzję o tym, że obowiązek taki istnieje, dane Państwo określi jego warunki (np. czy obowiązek ten może być wykonalny wobec dziecka małoletniego, gdy jego rodzice uznani zostaną za „znajdujących się w niedostatku”, itp.).

c) Nazwisko dziecka

78. W sprawie nazwiska dziecka uzgodniono przyjęcie następującej zasady:

Zasada 27:

1. Dziecko winno mieć prawo nabycia nazwiska od momentu swego urodzenia.

2. Państwa korzystają ze swobody stosowania różnych systemów wyboru nazwiska, pod warunkiem że nie spowoduje to nieuzasadnionej dyskryminacji jednego z rodziców.

79. Rozważając kwestię wyboru nazwiska, jakie ma nosić dziecko, trzeba uwzględnić postanowienia *Uchwały (78) 37 Komitetu Ministrów Państw członkowskich o równości małżonków w prawie cywilnym, Zalecenia nr R (85) 2 Komitetu Ministrów Państw członkowskich o prawnej ochronie przeciwko dyskryminacji płci, a także Zaleceń Zgromadzenia Parlamentarnego 1271 (1995) i 1362 (1998) o dyskryminacji między kobietą i mężczyzną w wyborze nazwiska i o przenoszeniu nazwisk rodziców na dzieci*. Państwa winny też rozważyć zastosowanie takich postanowień do osób żyjących w związkach nieformalnych.

80. Paragraf 17 Uchwały (78) 37 stwierdza w szczególności: „[...] podejmowanie koniecznych kroków, by obojgu małżonkom przysługiwały równe prawa do nadania nazwiska dzieciom zrodzonym z ich związku małżeńskiego bądź przez nich przysposobionych z wykorzystaniem, na przykład, jednego z następujących systemów:

- i. kiedy rodzice nie posiadają wspólnego nazwiska:
 - a. dozwolić dziecku na przyjęcie nazwiska rodzica, którego nazwisko nie zostało mu nadane mocą prawa,
 - b. dozwolić na to, by nazwisko nadane dziecku było wybierane za obopólną zgodą rodziców;
- ii. kiedy rodzice, poprzez dodanie własnych nazwisk, stworzyli wspólne nazwisko albo wybrane przez siebie, albo utworzone wskutek działania prawa, dodanie części tego nazwiska nie powinno prowadzić do dyskryminacji przy wyborze nazwiska lub nazwisk do pominięcia. [...]”

81. Zasada 27 nie dotyczy możliwości późniejszej zmiany nazwiska dziecka według procedury administracyjnej lub wskutek zawarcia przez dziecko związku małżeńskiego.

d) Obywatelstwo dziecka

82. Najświeższa *Europejska Konwencja o obywatelstwie* z 1997r. stwierdza w paragrafie 1. a Artykułu 6:

„Każde z Państw Stron [Konwencji] przewidzi we własnym prawie krajowym, iż następujące osoby nabędą ich obywatelstwo *ex lege*:

- a. dzieci, którego jedno z rodziców w momencie narodzenia dziecka posiada obywatelstwo tego Państwa, z zastrzeżeniem ewentualnie przewidzianych w prawie tego kraju wyjątków dotyczących dzieci urodzonych za granicą. W stosunku do dzieci, których rodzicielstwo zostało ustanowione poprzez uznanie, orzeczenie sądowe lub podobne procedury, każde z Państw Stron [Konwencji] może ustalić, że dziecko nabywa obywatelstwo tego kraju według procedury określonej w jego prawie wewnętrznym”.

83. Artykuł 6 paragraf 4 litera d. *Europejskiej Konwencji o obywatelstwie* stwierdza:

„Każde z Państw Stron [Konwencji] wprowadzi do swego prawa wewnętrznego ułatwienia nabycia jego obywatelstwa przez:

- d. Dzieci przysposobione przez swego obywatela”.

Paragraf 1 Artykułu 11 Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci stwierdza:

„Jeżeli przysposabiane dziecko nie posiada obywatelstwa osoby je przysposabiającej – gdy przysposobienie dokonywane jest przez jedną osobę, bądź obywatelstwa wspólnego obojgu przysposabiającym – gdy przysposabiającymi są osoby pozostające w związku małżeńskim, wówczas Umawiająca się Strona, której obywatelami jest osoba bądź osoby przysposabiające, winna ułatwić nabycie jej obywatelstwa przez dziecko”.

84. Uwzględniając powyższe zapisy postanowiono nie formułować żadnej zasady dotyczącej obywatelstwa dziecka. Powodem tej decyzji jest to, iż wszelkie zasady niesprzeczne z powyższymi postanowieniami musiałyby być dyskryminujące dla dzieci urodzonych poza związkiem małżeńskim i dzieci przysposobionych. Nadto, stwierdzono, że po ustaleniu przysposobienia dziecka innej narodowości przez osobę posiadającą obywatelstwo danego Państwa, Państwo to winno przyznać swe obywatelstwo przysposobionemu dziecku *ex lege*. Uznano przy tym jednak, że obywatelstwo jest sprawą bardzo drażliwą i polityczną, o istotnych implikacjach w praktyce. Dlatego, uznając, że powyższe postanowienia są dyskryminujące dla dzieci urodzonych poza związkiem małżeńskim i przysposobionych, postanowiono nie formułować żadnych zasad, aby uwzględnić zarówno bieżąco obowiązujące prawa Państw członkowskich, jak i najnowszą Europejską Konwencję o obywatelstwie.

e) Sukcesja

85. W podzielanej opinii zasada zawarta w Artykule 9 („Artykuł ten nadaje dzieciom urodzonym ze związków pozamatrzeńskich te same prawa sukcesji, jak dzieciom urodzonym w związku małżeńskim”) *Europejskiej Konwencji o dzieciach ze związków pozamatrzeńskich* jest zadowalająca. W dwóch niedawnych sprawach¹⁸ dotyczących, odpowiednio, dyskryminacji wobec dzieci ze związków cudzołożnych i dzieci urodzonych ze związków pozamatrzeńskich wobec praw spadkowych, Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał naruszenie Artykułu 14 Konwencji w powiązaniu z Artykułem 1 Pierwszego Protokołu Konwencji w jednym przypadku, zaś naruszenie Artykułu 14 w związku z Artykułem 8 w drugim. Zauważono nadto, iż są Państwa, które zgłosiły zastrzeżenia do Artykułu 9 *Europejskiej Konwencji o dzieciach ze związków pozamatrzeńskich*, co ujawnia kontrowersyjną naturę tej kwestii. Dlatego uzgodniono nie formułować żadnej zasady w tej sprawie.

¹⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Mazurek przeciwko Francji z 1 lutego 2000r. oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Camp i Bourimi przeciwko Holandii z 3 października 2000 r.

86. Kwestię sukcesji może przeanalizować bardziej szczegółowo Komisja ekspertów prawa rodzinnego (CJ-FA) w roku 2002. W tym względzie należy podkreślić, że zakres pełnomocnictw CJ-FA na rok 2001 i 2002 jest następujący: „Komisja otrzymała polecenie sporządzenia dla CDCJ raportu o ochronie prawnej pozostającego przy życiu dziecka, współmałżonka lub innego członka rodziny w odniesieniu do sukcesji. Prace te zostaną przeprowadzone przez CJ-FA i Grupę Roboczą w roku 2002 w świetle rezultatów 6 Europejskiej Konferencji w sprawie prawa rodzinnego. Raport na ten temat zostanie przedstawiony CDCJ w roku 2002 lub 2003”.

f) Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia

Zasada 28:

Prawo winno należycie uwzględnić interes dziecka w zakresie posiadania informacji o swym biologicznym pochodzeniu.

87. Grupa Robocza omówiła tę kwestię w świetle prawa dzieci do znajomości swych rodziców (swego pochodzenia). Dyskusja na forum Grupy potwierdziła kontrowersyjną naturę tematu, szczególnie ze względu na brak jednolitej interpretacji Artykułu 7 *Konwencji o prawach dziecka Narodów Zjednoczonych*, która stanowi, że „[...] dziecko winno [...], na ile jest to możliwe, mieć prawo poznania [...] swych rodziców”. W tym względzie Zasada 28 idzie krok dalej mówiąc konkretnie o „biologicznym pochodzeniu” dziecka. Grupa Robocza odnotowała toczące się obecnie zasadnicze dyskusje w tej sprawie w niektórych Państwach członkowskich.

88. Grupa Robocza nie sformułowała propozycji zasady, która by ustanawiała absolutne prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia. Jednakże, uznała ona, że prawowity interes wszystkich dzieci leży w znajomości ich pochodzenia. Jednocześnie uznała też, że w pewnych sytuacjach ten sam, najlepszy interes dziecka lub innych zaangażowanych osób może uzasadnić powstrzymanie się od przekazania dziecku takich informacji lub ich części.

89. W związku z omawianym tu prawem dziecka wskazano, że w przypadku wniosków dotyczących podtrzymywanej odmowy dostępu wnioskodawcy do akt znajdujących się w rękach lokalnych władz, a odnoszących się do okresu, jaki spędził w publicznej instytucji opieki po zgonie swej matki, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że „osoby w sytuacji powoda są żywo zainteresowane, a prawo ich chronione jest Konwencją, w uzyskaniu informacji koniecznych do poznania i zrozumienia swego dzieciństwa i okresu wczesnego rozwoju. Z drugiej strony, należy mieć na uwadze, że poufność archiwów danych ma znaczenie dla uzyskania informacji obiektywnej i rzetelnej, a także że poufność taka może

być konieczna dla ochrony osób trzecich. [...] Trybunał uważa, że interesy osoby ubiegającej się o dostęp do akt odnoszących się do jej prywatnego i rodzinnego życia należy zabezpieczyć, gdy osoba, która dokonała wpisu do rejestrów jest albo nieosiągalna, albo niesłusznie odmówi swej zgody. System taki odpowiada zasadzie proporcjonalności jedynie wówczas, gdy stanowi, że jeżeli zgłaszający dane nie udzieli odpowiedzi lub odmówi swej zgody [...], wówczas niezależny organ winien ostatecznie zdecydować, czy dostęp do danych należy zapewnić¹⁹. Obecnie, przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka toczy się sprawa dotycząca niemożności, w myśl prawa francuskiego, ustalenia pochodzenia przez dziecko przysposobione ze względu na mającą tu zastosowanie zasadę tajemnicy urodzin²⁰; skarga zarzuca pogwałcenie Artykułu 8 i 14 Konwencji.

D) Możliwe konsekwencje prawne braku ustalenia rodzicielstwa

Zasada 29:

1. W przypadkach, gdy prawo nie dozwala na ustanowienie rodzicielstwa między daną osobą, a dzieckiem, Państwa mogą dozwolnić na sprawowanie przez tę osobę niektórych obowiązków rodzicielskich na mocy decyzji kompetentnych władz.

2. W przypadkach, gdy prawo nie dozwala na ustanowienie rodzicielstwa między daną osobą, a dzieckiem, Państwa mogą też dopuścić możliwość ustanowienia zobowiązania utrzymania dziecka przez tę osobę na mocy decyzji kompetentnych władz.

90. Istnieją pewne przypadki, gdy wiadomo, że dana osoba jest rodzicem dziecka, a jednak prawo nie dozwala na ustanowienie rodzicielstwa (np. w niektórych krajach ojciec dziecka zrodzonego ze związku kazirodczego). W pewnych przypadkach mogą też być utrzymane pewne konsekwencje prawne (np. ojciec dziecka, w przypadku kazirodztwa, może mieć obowiązek łożenia na jego utrzymanie, a dziecko może mieć prawo utrzymywać z nim kontakt).

91. Brak ustanowienia rodzicielstwa nie stanowi koniecznie przeszkody nie pozwalającej dziecku uzyskać informacje o swych biologicznych rodzicach. W tym względzie należy uwzględnić Artykuł 7 wyżej powołanej *Konwencji praw dziecka Narodów Zjednoczonych* (zob. uwagi do Zasady 28). Zapewnienie informacji genetycznych o biologicznym(ch) rodzicu(ach) dla celów medycznych winno być możliwe we wszystkich przypadkach.

¹⁹ Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie w sprawie Gaskin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 7 lipca 1989r., paragraf 49.

²⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka, Odievre przeciwko Francji, orzeczenie spodziewane w maju 2000r., Ap. nr 42326/98.

Uchwała SN z dnia 22 lipca 2005 r., III CZP 52/05

Skarga o wznowienie postępowania od wyroku orzekającego rozwiązanie małżeństwa przez rozwód jest – po śmierci małżonka, która nastąpiła po uprawomocnieniu się wyroku – niedopuszczalna.

Uzasadnienie

Prawomocnym wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2003 r. Sąd Okręgowy w Warszawie rozwiązał przez rozwód związek małżeński między Piotrem S. a Jolantą S., zawarty w dniu 4 marca 1995 r., z winy pozwanej Jolanty S.

W skardze o wznowienie postępowania, opartej na podstawie nieważności, pozwana zarzuciła, że w postępowaniu rozwodowym została pozbawiona możliwości działania, w związku z czym domagała się uchylenia zaskarżonego wyroku i umorzenia postępowania. Wniosek o umorzenie postępowania wynikał z faktu, że powód Piotr S. zmarł w dniu 24 listopada 2003 r., a więc po uprawomocnieniu się wyroku rozwodowego, a przed wniesieniem skargi o wznowienie postępowania.

Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 28 grudnia 2004 r. odrzucił skargę jako niedopuszczalną, powołując się na art. 447 i 406 w związku z art. 199 § 1 i art. 64 § 1 k. p. c.

Rozpoznając zażalenie pozwanej na to postanowienie, Sąd Apelacyjny w Warszawie przedstawił Sądowi Najwyższemu – na podstawie art. 390 § 1 w związku z art. 397 § 2 k. p. c. – określone zagadnienie prawne, budzące poważne wątpliwości.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zagadnienie przedstawione do rozstrzygnięcia nie jest w judykaturze nowe, gdyż było podejmowane jeszcze na gruncie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r. W orzeczeniu z dnia 12 maja 1937 r., C. III. 907/36 (Zb. Urz. 1938, poz. 145), wydanym w sprawie, w której miały zastosowanie przepisy ustawy o postępowaniu cywilnym z dnia 30 stycznia 1877 r., obowiązującej na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że śmierć małżonka nie wyłącza dopuszczalności wznowienia postępowania zakończony wyrokiem rozwiązującym lub unieważniającym małżeństwo. Nie przesądzając kwestii, czy dopuszczalne jest wznowienie postępowania także w wypadku prawomocnego oddalenia powództwa o rozwód lub unieważnienie małżeństwa, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że art. 628 u. p. c. nie tamuje wznowienia, gdy rozwód prawomocnie orzeczono, ale w rzeczywistości nie zachodziły ku

temu podstawy. W takiej sytuacji, skoro nie było przesłanek rozwodowych, to – zdaniem Sądu Najwyższego – do rozwiązania małżeństwa doszło w rzeczywistości dopiero z chwilą śmierci małżonka, co nakazuje uchylenie wadliwie wydanego wyroku.

Problemem wznowienia postępowania w sprawach o rozwód po śmierci jednego z małżonków Sąd Najwyższy zajmował się również w okresie powojennym. W orzeczeniu z dnia 13 maja 1960 r., 2 CR 104/60 (OSPika 1961, nr 2, poz. 41) przyjęto, że art. 433 d. k. p. c. według tekstu jednolitego z 1950 r. (odpowiednik art. 446 k. p. c. z 1964 r.) ma zastosowanie wyłącznie w toku sprawy o rozwód, a zatem nie dotyczy postępowań incydentalnych lub zainicjowanych po uprawomocnieniu się orzeczenia co do istoty sprawy (np. postępowania o przywrócenie terminu do wniesienia środka odwoławczego, o wznowienie postępowania lub wszczętego rewizją nadzwyczajną). To stwierdzenie stało się podstawą do tezy, że śmierć strony nie stoi na przeszkodzie wznowieniu postępowania w sprawie o rozwód, chyba że po uprawomocnieniu się wyroku orzekającego rozwód jedna ze stron wstąpiła w nowy związek małżeński, co zresztą wyraźnie wynikało z art. 435 d. k. p. c. (obecnie art. 400 k. p. c.).

W kolejnym orzeczeniu, wydanym zapewne pod wpływem krytyki, z jaką spotkało się ze strony doktryny orzeczenie z dnia 13 maja 1960 r., Sąd Najwyższy skorygował swoje wcześniejsze stanowisko, stwierdzając, że skutki śmierci strony w procesie rozwodowym zostały uregulowane w sposób szczególny w art. 433 d. k. p. c. nie tylko w odniesieniu do sprawy o rozwód pozostającej w toku, ale także w odniesieniu do postępowania o wznowienie postępowania, a ponieważ proces cywilny nie może się toczyć przy udziale tylko jednej strony, to w wypadku śmierci jednego z małżonków po uprawomocnieniu się wyroku rozwodowego skarga o wznowienie postępowania jest niedopuszczalna i podlega odrzuceniu (orzeczenie z dnia 23 października 1962 r., 1 CR 886/61, OSPika 1963, nr 9, poz. 237). Sąd Najwyższy zaakcentował, że żądanie rozwodu ma charakter niemajątkowy i jako ściśle związane z osobą małżonka nie przechodzi na jego spadkobierców. W tej sytuacji następstwo procesowe stron w którejkolwiek fazie postępowania jest wyłączone, jak też nie może być mowy o ustanowieniu kuratora, gdyż wypadki jego ustanowienia są regulowane przez ustawę w sposób wyczerpujący. Zważywszy ponadto, że celem wznowienia postępowania – instytucji o charakterze wyjątkowym – jest nie tylko uchylenie prawomocnego orzeczenia co do istoty sprawy, ale także jego ewentualna zmiana, co uszło uwagi składu Sądu Najwyższego wydającego orzeczenie z dnia 13 maja 1960 r., skarga o wznowienie postępowania w sprawach o rozwód po śmierci jednej ze stron nie może być uznana za dopuszczalną.

Pod rządem kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r. judykatura nie podejmowała już wprost kwestii dopuszczalności skargi o wznowienie postępowania w omawianym wypadku, podobnie jak nauka prawa procesowego cy-

wilnego, która przechodziła obok tego problemu bez większego zainteresowania. Trzeba jednak odnotować dwie wypowiedzi Sądu Najwyższego, nawiązujące do analizowanego zagadnienia.

W postanowieniu z dnia 3 lipca 1967 r., I CZ 144/66 (OSPika 1968, nr 10, poz. 207) wyrażono pogląd, że w postępowaniu z wniosku pozostałej przy życiu strony o przywrócenie terminu do złożenia sprzeciwu od wyroku zaocznego rozwiązującego małżeństwo przez rozwód, sukcesja procesowa przysługuje spadkobiercy zmarłej strony, przy czym – w razie uwzględnienia wniosku – wyrok rozwiązujący małżeństwo przez rozwód przestaje być prawomocny, a postępowanie w przedmiocie żądania rozwodu ulega umorzeniu. Orzeczenie to zostało uznane w piśmiennictwie za dyskusyjne, a w jednym wypadku spotkało się z ostrą krytyką opartą na twierdzeniu, że przywrócenie terminu do zaskarżenia wyroku rozwodowego po śmierci jednego z małżonków jest niedopuszczalne, spadkobiercy zaś zmarłego małżonka nie mają legitymacji do wystąpienia w postępowaniu w przedmiocie przywrócenia terminu w charakterze następców procesowych (por. art. 170 k. p. c.).

Z kolei w postanowieniu z dnia 30 grudnia 1980 r., II CRN 293/80 (OSNCP 1981, nr 6, poz. 117) Sąd Najwyższy przyjął, nawiązując wyraźnie do poglądów wyrażonych w orzeczeniu z dnia 23 października 1962 r., że wyrok orzekający rozwód nie może być – po śmierci jednego z byłych małżonków – zaskarżony rewizją nadzwyczajną. Zaznaczył w szczególności, że dopuszczenie możliwości wniesienia rewizji nadzwyczajnej równałoby się wyrażeniu zgody na prowadzenie postępowania o rozwód z udziałem tylko jednej strony.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego w niniejszej sprawie, trzeba przede wszystkim podkreślić, że – zgodnie z art. 56 § 1 k. r. o. – sprawa o rozwód może się toczyć tylko między małżonkami oraz że tylko jeden z małżonków może wytoczyć powództwo w tym zakresie (por. art. 7 k. p. c.). Ze względu na ściśle osobisty charakter tej sprawy oraz treść art. 446 k. p. c. nie wchodzi również w grę zawieszenie postępowania (art. 174 § 1 pkt 1 k. p. c.) oraz wstąpienie do sporu spadkobierców zmarłego małżonka na podstawie art. 180 § 1 pkt 1 k. p. c., jak też wykluczony jest udział kuratora, gdyż przepisy kodeksu cywilnego, kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz kodeksu postępowania cywilnego nie przewidują możliwości ustanowienia kuratora dla zmarłego małżonka w celu reprezentowania go w sprawie o rozwód. Tym bardziej nie jest możliwe ustanowienie kuratora dla nieżyjącego byłego małżonka do działania w postępowaniu wywołanym skargą o wznowienie postępowania.

Oczywiście, dopuszczalność jakiegokolwiek analogii z art. 450 k. p. c. należy *a limine* odrzucić, gdyż przepis ten – podobnie jak art. 447 i 448 k. p. c. – odnosi się tylko do spraw o unieważnienie małżeństwa, a więc do spraw, które na podstawie wyraźnych przepisów prawa materialnego mogą być wnoszone

lub toczyć się także po śmierci jednego z małżonków (art. 18 zdanie drugie i art. 19 k. r. o.). Przepisów takich dotyczących spraw o rozwód nie ma, a art. 446 k. p. c. – ulokowany w rozdziale zawierającym przepisy dotyczące spraw o rozwód i separację – jednoznacznie nakazuje, w wypadku śmierci jednego z małżonków, umorzyć postępowanie.

Nie można również, o czym już była mowa, abstrahować od charakteru instytucji wznowienia postępowania. Postępowanie wywołane skargą ma ze swej natury – mimo uchylecia art. 411 k. p. c. – charakter dwufazowy; w pierwszej fazie sąd rozstrzyga o dopuszczalności wznowienia, a dopiero gdy to uczyni – rozpoznaje sprawę merytorycznie (por. art. 412 § 4 k. p. c.). W tej sytuacji możliwość wniesienia skargi o wznowienie postępowania w sprawie o rozwód po śmierci jednego z byłych małżonków oznaczałaby – w wypadku orzeczenia dopuszczalności wznowienia – zgodę na prowadzenie procesu z udziałem tylko jednej ze stron, co oczywiście należy wykluczyć. Dochodziłoby także do nieusuwalnej kolizji z art. 446 k. p. c., a w konsekwencji cel wznowienia postępowania – tj. ponowne rozpoznanie sprawy i rozstrzygnięcie sprawy zakończonej prawomocnym orzeczeniem co do istoty sprawy, gdy zachodzą oznaczone w ustawie podstawy wznowienia (por. art. 412 § 2 k. p. c.) – nie zostałby spełniony.

Z tych względów przytoczone orzeczenia Sądu Najwyższego, dopuszczające skargę o wznowienie postępowania w rozważanym wypadku, nie zasługują na aprobatę, co uzasadnia podjęcie uchwały, jak na wstępie.

Wyrok SN z dnia 19 stycznia 2005 r., V CK 364/04

W razie zaskarżenia przez jedną tylko stronę wyroku rozwodowego w zakresie dotyczącym winy rozkładu pożycia małżeńskiego (art. 57 § 1 k. r. o.), sąd drugiej instancji nie jest związany zakazem *reformationis in peius* (art. 384 k. p. c.) i może orzec w tym przedmiocie z urzędu także na niekorzyść strony skarżącej.

Uzasadnienie

Po ostatecznym sprecyzowaniu stanowisk pozwana wносиła o orzeczenie rozwodu z winy męża, zaś powód, żądający orzeczenia separacji z winy żony, nie sprzeciwiał się orzeczeniu rozwodu, jednak także z jej winy.

Wyrokiem z dnia 4 września 2003 r. Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej orzekając rozwód ustalił, że żadna ze stron nie ponosi winy za rozkład pożycia, uregulował kontakty powoda z małoletnią córką, zasądził od niego na jej rzecz alimenty i orzekł o kosztach procesu.

Uznając, że między stronami nastąpił trwały i zupełny rozkład pożycia małżeńskiego uzasadniający orzeczenie rozwodu, Sąd Okręgowy stwierdził, iż żadnej ze stron nie można postawić zarzutu, że swoim zawinionym zachowaniem doprowadziła do rozkładu pożycia, którego przyczyną była niemożność porozumienia się małżonków co do miejsca wspólnego zamieszkania.

Apelację od powyższego wyroku wniósł jedynie powód zaskarżając orzeczenie w przedmiocie winy rozkładu pożycia, uregulowania jego kontaktów z córką i wysokości alimentów zasądzonych na jej rzecz.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 9 stycznia 2004 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji w punkcie pierwszym w ten sposób, że orzekł rozwód z winy pozwanej a w pozostałej części oddalił apelację.

Sąd drugiej instancji uznał apelację za uzasadnioną w części dotyczącej rozstrzygnięcia o winie stron za rozkład pożycia. Stwierdził, że poczynione ustalenia wskazują, iż niemożność osiągnięcia kompromisu w kwestii wspólnego mieszkania była zawiniona przez obie strony i zachodzą podstawy do uznania, że do rozkładu pożycia małżeńskiego doszło z winy obojga małżonków, co powinno prowadzić do orzeczenia rozwodu z winy obu stron. Jednakże wobec tego, iż wadliwe orzeczenie Sądu Okręgowego w tym przedmiocie zaskarżył tylko powód, Sąd Apelacyjny uznał, że zawarty w art. 384 k. p. c. zakaz orzekania na niekorzyść strony wnoszącej apelację, nie pozwala mu na zmianę zaskarżonego wyroku przez stwierdzenie winy

obu stron a możliwe jest jedynie orzeczenie rozwodu z winy pozwanej, co, jak wskazał, jest proceduralną konsekwencją zaskarżenia w tej części wyroku przez powoda a nie zaskarżenia przez pozwaną.

W kasacji od powyższego wyroku wniesionej przez pozwaną, powołała ona obie podstawy kasacyjne wskazane w art. 393¹ k. p. c., zarzucając naruszenie art. 57 § 1 k. r. o. w związku z art. 384 k. p. c. przez pominięcie zasady integralności wyroku rozwodowego i obowiązku Sądu orzekania z urzędu o winie stron za rozkład pożycia oraz zastosowanie art. 384 k. p. c. w sytuacji procesowej, w której przepis ten nie ma zastosowania.

Wnosiła o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie rozwodu z winy obojga małżonków, ewentualnie uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, przy uwzględnieniu w obu przypadkach wniosku o zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 57 § 1 k. r. o., sąd orzekając rozwód, orzeka także, czy i który z małżonków ponosi winę rozkładu pożycia, co oznacza obowiązek sądu orzekania w tym przedmiocie z urzędu, chyba że oboje małżonkowie zgodnie wniosą o zaniechanie orzekania o winie (art. 57 § 2 k. r. o.). Wskazany przepis, podobnie jak przepisy art. 58 k. r. o., realizuje obowiązującą w prawie polskim zasadę integralności wyroku rozwodowego, która, jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 października 1970 r., III CZP 6/70 (OSNC 1971/7-8/117), oznacza konieczność orzekania w sprawie rozwodowej nie tylko o ewentualnym rozwiązaniu małżeństwa, lecz także o całości spraw rodziny. Obowiązek orzekania przez sąd z urzędu o winie rozkładu pożycia małżeńskiego wynika także z tego, że stosownie do art. 56 k. r. o., dopuszczalność orzeczenia rozwodu nie zależy tylko od samego faktu powstania zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego, lecz także od przyczyn rozkładu oraz od tego czy i który z małżonków ponosi winę za ten stan rzeczy. Oznacza to, że bez wyjaśnienia i oceny okoliczności związanych z zawinieniem przez małżonków rozkładu pożycia małżeńskiego, nie jest możliwa ocena, czy rozwód jest dopuszczalny. Konsekwencją takiej regulacji jest zaś to, że niemożliwe jest uprawomocnienie się samego orzeczenia o rozwodzie, bez uprawomocnienia się rozstrzygnięcia w przedmiocie winy stron za rozkład pożycia a zatem zaskarżenie apelacją wyroku rozwodowego w części dotyczącej rozstrzygnięcia o winie, oznacza zaskarżenie całego orzeczenia o rozwodzie.

W takiej sytuacji Sąd odwoławczy jest także zobowiązany, na podstawie art. 57 § 1 k. r. o., do badania z urzędu wszystkich okoliczności dotyczących winy rozkładu pożycia, niezależnie od tego czy wyrok zaskarżyła jedna czy obie strony. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny, z tych przyczyn w sprawach o rozwód nie ma zastosowania w postępowaniu apelacyjnym przepis art. 384 k. p. c. zawierający zakaz *reformationis in peius*. W sprawach

tych bowiem przepisy art. 57 § 1 i art. 58 k. r. o. nakładają na sądy obu instancji obowiązek orzekania z urzędu o wszystkich kwestiach stanowiących konieczne i integralne części rozstrzygnięcia wyroku rozwodowego, w tym o winie stron. Podobne stanowisko zajął także Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 13 maja 1957 r. III CR 56/56 (OSNCK 1958/2/48) i stanowisko to należy podzielić. Skoro bowiem zaskarżenie apelacją przez którąkolwiek ze stron orzeczenia w zakresie winy rozkładu pożycia sprawia, że całe orzeczenie rozwodowe staje się przedmiotem zaskarżenia, Sąd apelacyjny obowiązany jest samodzielnie ocenić wszystkie przesłanki art. 56 i art. 57 § 1 k. r. o. a więc także zbadać z urzędu, czy i która ze stron zawiniła rozkład pożycia i czy orzeczenie rozwodu jest dopuszczalne. W obecnym systemie apelacyjnym sąd odwoławczy jest sądem rozpoznającym po raz drugi sprawę merytorycznie, co dodatkowo uzasadnia w sprawie rozwodowej konieczność badania i oceny przez ten sąd z urzędu wszystkich przesłanek materialnoprawnych rozwodu w zakresie, jaki obciążał sąd pierwszej instancji i jest uzasadniony zakresem zaskarżenia. Należy zatem uznać, że w razie zaskarżenia przez jedną tylko stronę wyroku rozwodowego w zakresie dotyczącym winy za rozkład pożycia, sąd apelacyjny, niezwiązany zakazem *reformationis in peius*, jest uprawniony do orzeczenia z urzędu także na niekorzyść strony skarżącej.

Oznacza to, że w rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny uznając, że obie strony zawiniły rozpad pożycia małżeńskiego i zachodzą podstawy do wydania rozstrzygnięcia merytorycznego, orzekającego rozwód z winy obojga małżonków, powinien wydać wyrok zgodnie z zasadami art. 56, art. 57 § 1 i art. 58 k. r. o., natomiast nie miał podstaw do orzeczenia rozwodu tylko z winy pozwanej, z powołaniem się na regulację art. 384 k. p. c.

Z tych przyczyn kasacyjne zarzuty naruszenia art. 57 § 1 k. r. o. i art. 384 k. p. c. należało uznać za uzasadnione, co spowodowało uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (art. 393¹³ § 1 k. p. c. oraz art. 108 § 2 w związku z art. 393¹³ k. p. c.).

Janusz Stawiarski

Pochodzenie dziecka – zagadnienia prawa materialnego i procesowego w ustawodawstwie polskim i europejskim

W dniach od 30 maja do 1 czerwca 2005 r. w Popowie pod Warszawą Instytut Badań DNA wraz z Ministerstwem Sprawiedliwości oraz Stowarzyszeniem Sędziów Polskich *IUSTITIA* zorganizował konferencję naukowo-szkoleniową na temat „**Pochodzenie dziecka – zagadnienia prawa materialnego i procesowego w ustawodawstwie polskim i europejskim**”.

Była to już trzecia konferencja zainicjowana przez Instytut Badań DNA, nad którą honorowy patronat objął Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny RP.

W konferencji udział wzięło ponad stu sędziów w tym większość sędziów wizytatorów z całego kraju. Instytut Badań DNA zaprosił również wykładowców zagranicznych.

Po otwarciu konferencji kolejno przez przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości, Instytutu Badań DNA oraz Stowarzyszenia Sędziów Polskich *IUSTITIA* wykład inauguracyjny wygłosiła Halina Dąbrowska – dyrektor Biura Ekspertyz Instytutu Badań DNA. Tematem wykładu były **Dowody biologiczne w postępowaniu o pochodzenie dziecka i w postępowaniu karnym**. Halina Dąbrowska, ekspert w dziedzinie badań DNA, praktyk z długoletnim doświadczeniem, skoncentrowała się w swoim wystąpieniu na wzrastającym znaczeniu badań genetycznych w ustalaniu i zaprzeczaniu ojcostwa. Referat ten zostanie przedstawiony w następnym numerze kwartalnika. Dr Janusz Gajda z Wyższej Szkoły Administracji i Zarządzania w Przemysłu przygotował wykład **Prześlanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia**. Zasada dobra dziecka jest jedną z podstawowych zasad prawa rodzinnego w Polsce. Wpływa ona istotnie na całą instytucję prawa rodzinnego i opiekuńczego. Jako przykład może służyć instytucja przysposobienia. Do pojęcia dobra dziecka odnoszą się także międzynarodowe akty prawne jak chociażby Konwencja o Prawach Dziecka.

Drugi dzień konferencji rozpoczęli goście zagraniczni. Klaus Reinhold z Sądu Rejonowego w Ottendorfie w Niemczech podjął w swoim wystąpieniu temat **Dobro dziecka w sprawach o pochodzenie dziecka w orzecznictwie sądów**

niemieckich. Pojęcie dobra dziecka w niemieckim procesie o ustalenie ojcostwa nie odgrywa tak dużej roli jak w prawie polskim. Sędzia Reinhold odróżnił także pojęcia: pochodzenie genetyczne, pochodzenie socjologiczne i pochodzenie psychologiczne. Szczególnie interesujące są sytuacje związane z tzw. adopcją *incognito*. Orzecznictwo Niemieckiego Trybunału Federalnego (BGH) opiera się na ogólnych prawach człowieka do własnej osobowości i godności ludzkiej. Dla zilustrowania zagadnienia wykładowca podał kilka interesujących kazuś. Valentina Sellaroli z Sądu Rejonowego w Turynie zajęła się zagadnieniem **Dobro dziecka w sprawach o pochodzenie dziecka w orzecznictwie sądów włoskich.** Interesujące we włoskim wymiarze sprawiedliwości jest to, że zakwestionowanie ojcostwa urodzonego poza małżeństwem dziecka uważane jest za mniej krzywdzące dla interesów dziecka niż na przykład w prawie polskim. Prawo włoskie przewiduje możliwość podjęcia tego typu działań przez jakąkolwiek zainteresowaną osobę bez ograniczeń czasowych. Dr Marek Sycho-wicz, sędzia Sądu Najwyższego wygłosił wykład **Stosunki majątkowe łączące małżonków w świetle nowych uregulowań Kodeksu Rodzinnego i Nielet-nich.** Od 1950 r. prawie w niezmiennym kształcie obowiązywał Kodeks Rodziny i wynikające z niego zasady regulujące małżeńskie stosunki majątkowe. Bardzo istotne zmiany w ustroju społeczno-gospodarczym, które nastąpiły po roku 1989 pokazały, że te zasady nie odpowiadają gospodarce wolnorynkowej. Aktywność gospodarcza małżonków wymusiła nowe uregulowania Kodeksu Rodzinnego. Sędzia Katarzyna Biernacka – naczelnik Wydziału Prawa Międzynarodowego Departamentu Współpracy Międzynarodowej Ministerstwa Sprawiedliwości przedstawiła w swoim wystąpieniu temat **Pomoc prawna w postępowaniu z zakresu prawa rodzinnego.** Treść wystąpienia zostanie zamieszczona w następnym numerze kwartalnika.

Trzeci dzień Konferencji rozpoczął wykład **Legitymacja czynna ojca w procesach o pochodzenie dziecka** profesora Krzysztofa Pietrzykowskiego – dyrektora Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego. Na wstępie wykładu K. Pietrzykowski odróżnił legitymację czynną „ojca” od legitymacji czynnej „mężczyzny”. Trudno bowiem kogoś, kto próbuje zaprzeczyć swego ojcostwa nazwać ojcem. Głównym tematem wykładu były zagadnienia związane z dochodzeniem i poszukiwaniem stanu cywilnego: sprawy o prawa niemajątkowe z zakresu prawa rodzinnego. Sędzia – Grażyna Niemiałowska, wizytator Sądu Okręgowego w Warszawie swoje wystąpienie poświęciła **Problematyce procesowej dowodu z DNA.** Wykład zawierał wiele danych liczbowych wskazujących na coraz większe zastosowanie dowodu DNA w procesach o ustalenie i zaprzeczanie ojcostwa, któremu Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach przypisywał „walor szczególny”. Ponadto zaprezentowana analiza akt miała na celu wykazanie czy domniemani ojcowie niebędący mężami matki dziecka, którego ojcostwo ma ustalić sąd, wykorzystują swoje uprawnienia wynikające ze zno-

welizowanego przepisu art. 84 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Ostatnim wykładem, wieńczącym trzydniową Konferencję było wystąpienie sędzi Barbary Przytuły-Chrostek – wizytatora Sądu Okręgowego w Łodzi nt. **Problematyka procesowa dowodu DNA w procedurze cywilnej**. Badanie kodu genetycznego DNA pozwala ze 100 % pewnością na wykluczenie ojcostwa i z przeważającym stopniem prawdopodobieństwa jego ustalenie. Sędzia Przytuła-Chrostek podsumowując stwierdziła, że sąd powinien dopuścić taki dowód nawet wówczas, gdy nie żąda tego żadna ze stron.

Po zakończeniu wykładów i towarzyszących im dyskusji uczestnicy wypełnili ankiety oceniające kilka aspektów Konferencji. Z pisma jakie Instytut Badań DNA otrzymał od dyrektora Departamentu Centrum Szkolenia Kadr Wymiaru Sprawiedliwości Ministerstwa Sprawiedliwości wynikało, że uczestnicy poprzez ankiety ocenili poziom wykładów jako „bardzo wysoki”, a także iż „wykłady z tej tematyki wzbudziły żywe zainteresowanie i ocenione zostały jako niezwykle przydatne w praktyce sędziowskiej”.

Ostatni dzień Konferencji został uświetniony koncertem fortepianowym Waldemara Malickiego.

Omówienie referatu wygłoszonego na konferencji w dniu 30 maja 2005 r. przez Klausa Reinholda, sędziego Sądu Rejowego w Ottendorfie, Dobro dziecka w sprawach o pochodzenie dziecka w orzecznictwie sądów niemieckich

Sędzia Klaus Reinhold przedstawił zagadnienie dobra dziecka w postępowaniach sądowych dotyczących pochodzenia dziecka w świetle niemieckiego prawa i orzecznictwa (dobro dziecka w niemieckim procesie o ustalenie ojcostwa).

Referent na wstępie stwierdził, że niemiecki proces o ustalenie ojcostwa w sposób jednoznaczny nie jest podporządkowany tego rodzaju pojęciu nadrzędnemu. Inaczej niż ma to miejsce w prawie opiekuńczym, w części ustawy dotyczącej pochodzenia dziecka pojęcie **dobro dziecka** nie występuje często. Jedynie § 1600a ust. 4 niemieckiego kodeksu cywilnego (n. k. c.) stanowi, że w przypadku ustawowego reprezentowania dziecka (a więc przede wszystkim, gdy jest ono jeszcze małoletnie) podważanie ojcostwa przez ustawowego opiekuna dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy zgodne jest z **dobrem dziecka**. W postępowaniu procesowym o ustalenie ojcostwa nie ma również **kuratora procesowego**, swoistego rodzaju **advokata dziecka**, który pojawia się zwykle w pozostałych postępowaniach dotyczących dzieci.

Następnie Referent odróżnił dwa konteksty słowa pochodzenie, die Abstammung w języku niemieckim oznacza: **genetyczne pochodzenie**. Die Ursprünge może oznaczać także **pochodzenie socjologiczne** a nawet **psychologiczne**. W związku z tym Sędzia postawił pytanie: czy osoby odpowiedzialne za wychowanie dziecka powinny mieć obowiązek wyjawić mu w określonym wieku jego pochodzenie? Referent wskazał na problemy, które były rozważane w związku z tzw. adopcją *incognito*. Psychologowie dziecięcy są w przeważającej mierze zgodni co do tego, że do zrównoważonego rozwoju osobowości dziecka powinno ono być w stanie odnaleźć własną tożsamość, która jest zgodna z rzeczywistością. W tym miejscu można już zwrócić uwagę na fakt, że według orzecznictwa niemieckiego Trybunału Federalnego (BGH) chodzi tutaj o podstawowe prawo obywatelskie, które wywodzi się od ogólnego prawa człowieka do własnej osobowości i godności ludzkiej.

Prawne regulacje na temat pochodzenia w niemieckim kodeksie cywilnym zawiera księga 4, zatytułowana **prawo rodzinne**, pod podtytułem **pochodzenie**.

Aby zilustrować zagadnienie, Referent posłużył się kasami.

1. Małoletnie jeszcze dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa. Matka od kilku lat przed przyjściem dziecka na świat żyła z innym mężczyzną będąc w faktycznej separacji z mężem. Zarówno małżonkowie jak i ten inny mężczyzna zgadzają się co do tego, że dziecko nie jest dzieckiem męża. Czy zgodność stanowisk stron powoduje już, że za ojca dziecka w sensie prawnym uznany zostanie ten „drugi” mężczyzna? Oczywiście nie.

§ 1592 nr 1 kodeksu cywilnego stanowi, że ojcem dziecka jest ten mężczyzna, który w momencie przyjścia dziecka na świat jest mężem jego matki. Przepis ten obowiązuje odpowiednio, gdy małżeństwo ustało przez śmierć małżonka a dziecko urodziło się w czasie 300 dni od ustania małżeństwa. Jeśli kobieta, która zawarła kolejne małżeństwo, urodzi dziecko, które może być zarówno dzieckiem pierwszego męża, jak również według § 1592 ust. 1 n. k. c. dzieckiem drugiego męża, to należy je traktować jako dziecko drugiego małżonka. Dopiero w przypadku prawomocnego wyroku w procesie o zaprzeczenie ojcostwa drugiego męża, w którym sąd orzeknie, że nie jest on ojcem dziecka, ojcem dziecka jest pierwszy mąż.

2. Konkubent uznaje swoje ojcostwo w momencie, kiedy jeszcze trwa małżeństwo matki dziecka z innym mężczyzną.

§ 1592 ust. 2 n. k. c. stanowi, że ojcem dziecka jest ten mężczyzna, który uznał ojcostwo. Oznacza to, że w poświadczonej urzędowo formie złożył on oświadczenie o uznaniu ojcostwa. Może to nastąpić przed notariuszem lub też przed sądem, przed którym toczy się postępowanie zaprzeczające ojcostwo. Z reguły oświadczenie takie składane jest w urzędzie ds. młodzieży, powiązane zazwyczaj ze zobowiązaniem do płacenia na rzecz dziecka określonej kwoty alimentów. Zobowiązanie to daje taką samą możliwość egzekucji jak wyrok nakazujący płacenie alimentów. Ten przepis dotyczący ustalenia ojcostwa przez uznanie nie może być w powyższym przypadku jeszcze zastosowany, ponieważ wg § 1594 ust. 2 n. k. c. uznanie ojcostwa nie jest skuteczne, dopóki nie zostanie uchylone ojcostwo innego mężczyzny. A istnieje ono zgodnie z § 1592 nr 1 n. k. c. Mężczyzna, który jest w związku małżeńskim z matką dziecka w momencie jego narodzin jest w rozumieniu prawa jego ojcem. Musi on więc najpierw przestać nim być.

3. Konkubent uznaje swoje ojcostwo w sytuacji gdy:

- dziecko urodziło się podczas zawisłości sprawy rozwodowej,
- uznanie następuje w okresie roku od uprawomocnienia się wyroku rozwodowego.

W tym przypadku uznanie ojcostwa złożone przez innego mężczyznę jest skuteczne. Jednak od uprawomocnienia wyroku rozwodowego do uznania nie może upłynąć dłuższy czas niż 1 rok.

Przykład: Matka dziecka jest jeszcze zamężna. W dniu 12 czerwca 2004 r. złożyła pozew rozwodowy we właściwym sądzie rodzinnym i od tego dnia sprawa jest zawista. Wyrok rozwodowy uprawomocnia się 1 lipca 2004 r. Dziecko przychodzi na świat 30 lipca 2004 r. Konkubent uznaje ojcostwo 15 września 2004 r. Uznanie ojcostwa jest skuteczne, jeżeli mężczyzna pozostający w związku małżeńskim z matką dziecka w momencie jego narodzin wyraził zgodę na uznanie ojcostwa.

Uznanie ojcostwa jest skuteczne najwcześniej w momencie uprawomocnienia się wyroku o rozwodzie udzielonym na podstawie wniosku rozwodowego (co w naszym przykładzie jest spełnione). Jeśli uznanie ojcostwa nastąpiłoby dopiero 2 lipca 2005 r., oświadczenie to nie miałoby żadnej mocy prawnej.

Biologiczny ojciec może w określonych okolicznościach wytoczyć powództwo zaprzeczające ojcostwo. Właściwymi osobami uprawnionymi do wytoczenia powództwa zaprzeczającego ojcostwo są mąż matki, matka i dziecko. W określonych okolicznościach powództwo takie może wytoczyć także ojciec biologiczny. Według obowiązującego zaledwie od kilku lat § 1600 ust. 1 nr 2 n. k. c., do złożenia pozwu o zaprzeczenie ojcostwa uprawniony jest także mężczyzna, który zaręczy z mocą przyrzeczenia, że obcował z matką dziecka podczas ustawowego okresu koncepcyjnego, jednak tylko pod warunkiem, że między dzieckiem a jego ojcem prawnym (na podstawie domniemania ustawowego) nie występują **żadne** kontakty społeczno-rodzinne lub też nie istniały takowe w momencie jego śmierci. Co oznacza pojęcie kontaktów społeczno-rodzinych? Przyjmuje się, że istnieją one np. wtedy, gdy domniemany ojciec jest żonaty z matką dziecka lub też gdy żył on z dzieckiem przez dłuższy czas we wspólnym gospodarstwie domowym. (§ 1600 ust. 3 n. k. c.).

Pozew męża matki skierowany jest przeciwko dziecku, które – w przypadku, gdy jest małoletnie – reprezentuje przedstawiciel ustawowy lub przedstawiciele ustawowi, z reguły są to więc rodzice. Mąż matki z racji sprzeczności interesów nie może reprezentować dziecka. Matka – w przypadku wspólnej opieki obojga rodziców – nie może reprezentować dziecka samodzielnie. W takim wypadku należy ustanowić opiekuna uzupełniającego, którego powołuje sąd rodzinny. Z reguły jako opiekuna uzupełniającego ustanawia się właściwy terytorialnie urząd do spraw nieletnich. Matka zaskarża ojcostwo we własnym imieniu. Pozew może być skierowany zarówno przeciwko dziecku jak i przeciwko ojcu domniemanemu. Jeśli matka zaskarża ojcostwo w imieniu własnym, to zagadnienie dobra dziecka w przypadku dziecka małoletniego nie odgrywa żadnej roli.

Pozew składany przez dziecko skierowany jest przeciwko ojcu. W przypadku małoletniości dziecko reprezentowane jest przez matkę, jeśli wyłącznie ona sprawuje opiekę rodzicielską. Opiekuna uzupełniającego ustanawia się w tym przypadku tylko w obliczu widocznej rozbieżności interesów matki i dziecka. W wielu przypadkach dziecko reprezentuje urząd do spraw nieletnich jako

opiekun zgodnie z § 55 ustawy o pomocy dla dzieci i młodzieży. Zgodnie z § 1600 b n. k. c. pozew o zaprzeczenie ojcostwa można wytoczyć jedynie w ciągu **2 lat** od momentu, gdy osoba uprawniona do zaskarżenia dowiadyuje się o okolicznościach przemawiających przeciwko ojcostwu.

„Miarodajną dla początku terminu wiedzę na temat okoliczności, które przemawiają przeciwko ojcostwu, posiadamy, gdy poznajemy fakty, które w przypadku rzeczowej oceny mogą wzbudzić wątpliwości odnośnie ojcostwa i uzasadnienie niecałkiem wykluczonej ewentualności nie bycia ojcem” (Palant-Diederichsen, Komentarz do niemieckiego kodeksu cywilnego, Monachium, wydanie 64). Według Trybunału Federalnego, okolicznościami, które określają początek terminu zaskarżenia, będą np.: wiedza na temat własnej bezpłodności, wiedza na temat zdrady małżeńskiej ze strony matki dziecka w okresie koncepcyjnym, wiedza na temat faktu, że dziecko urodziło się po upływie 11 miesięcy od ostatniego współżycia małżeńskiego. Jeśli prawny ojciec małoletniego dziecka nie podważył swojego ojcostwa w określonym terminie, może dokonać tego samo dziecko dopiero po osiągnięciu pełnoletności. W tym przypadku termin na zaprzeczenie ojcostwa nie rozpoczyna się przed osiągnięciem pełnoletności i przed momentem, w którym dziecko dowie się o okolicznościach przemawiających przeciwko ojcostwu.

Jeżeli matka dziecka nie pozostaje w związku małżeńskim, możliwe jest uznanie dziecka, pod warunkiem, że dziecko nie zostało już uznane przez innego mężczyznę. W przeciwnym razie ustalone już prawnie ojcostwo musi zostać zaprzeczone.

Ustawa przewiduje specjalne wsparcie ze strony urzędu do spraw nieletnich. § 52 ustawy o pomocy dla dzieci i młodzieży określa, że: **„urząd do spraw nieletnich, niezwłocznie po urodzeniu się dziecka, którego rodzice nie są małżeństwem, powinien służyć matce poradą i udzielać jej pomocy, w szczególności w ustaleniu ojcostwa i dochodzeniu roszczeń alimentacyjnych...”**

Według § 1712 n. k. c., urząd do spraw nieletnich na wniosek jednego z rodziców staje się pełnomocnikiem dziecka między innymi w sprawie o ustalenie ojcostwa.

Należy zauważyć, że uznanie ojcostwa dopuszczalne jest jeszcze przed narodzeniem dziecka.

Jak ustala się ojcostwo?

Według § 1600d n. k. c., jeśli nie istnieje ustawowe domniemanie ojcostwa, ojcostwo zostaje ustalone sądownie. Oznacza to, że zostanie ustalone ojcostwo biologiczne. Należy przy tym oczywiście przestrzegać zasad dowodowych. Według § 1600 d ust. 2 n. k. c. w postępowaniu o ustalenie ojcostwa domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką w okresie poczęcia. Za czas

poczęcia uznaje się okres od 300 do 181 dni przed urodzeniem się dziecka, włącznie z 300 i 181 dniem. To domniemanie można podważyć. Może to nastąpić, jeśli – co jest kolejnym punktem spornym w wielu procesach sądowych – istnieje poważna wątpliwość dotycząca ojcostwa. Przedstawiona ekspertyza DNA może również rozstrzygnąć sprawę ojcostwa, jednak według orzecznictwa niemieckiego Trybunału Federalnego ekspertyza DNA przeprowadzona po tajemnie nie może być brana pod uwagę jako dowód w sprawie.

Kwestia macierzyństwa!

Według § 1591 n. k. c. **matką dziecka jest kobieta, która je urodziła**. Przepis ten jasno wskazuje, że genetyczne pojęcie pokrewieństwa nie jest realizowane w pełnym zakresie. Zatem matką jest również kobieta, która nosi zapłodnioną komórkę pochodzącą nie od niej, lecz od innej kobiety. Dla przypadków, w których interes prawny wymaga określenia pokrewieństwa, ustawa daje możliwość wniesienia powództwa o ustalenie macierzyństwa. Dotyczy to sytuacji, w których należy sprawdzić, czy dla zawarcia związku małżeńskiego nie istnieje według § 1307 n. k. c. zakaz zawarcia związku. Według tego przepisu małżeństwo nie może zostać zawarte między osobami spokrewnionymi w linii prostej. Zgodnie z tym przepisem genetyczny dawca nie może poślubić swojego dziecka. Także o zakazie małżeństwa rodzeństwa decydują więzi krwi. Syn genetycznego ojca nie spokrewniony prawnie nie może poślubić jego córki, córka dawczyni komórki nie spokrewniona prawnie nie może poślubić jej syna.

Ostatecznie należy stwierdzić, że według § 1591 n. k. c. z góry i na trwałe ustalone jest, że matką jest ta, która urodziła.

Postępowania dotyczące stanu cywilnego dziecka są postępowaniami cywilnymi. Właściwy w tych sprawach jest sąd rodzinny, jednostka organizacyjna sądu najniższego szczebla, który również jest właściwy w sprawach rozwodowych, opieki rodzicielskiej itd.

Sąd orzeka po przeprowadzeniu rozprawy, na której są przesłuchiwani matka i domniemany ojciec jako strony. Przesłuchiwani są również świadkowie. Jeśli po przesłuchaniu istnieje przekonanie sądu, że np. ojcostwo, o którego ustalenie wniesiono, nie ma miejsca, bądź że oskarżony jest ojcem – przy przekonującej akceptacji wszystkich uczestników – sędzia może wydać stosowny wyrok bez medycznej opinii biegłego.

Omówienie referatu wygłoszonego na konferencji w dniu 30 maja 2005 r. przez Valentinę Sellaroli, sędziego Sądu Rejonowego w Turynie, Dobro dziecka w sprawach o pochodzenie dziecka w orzecznictwie sądów włoskich

Sędzia Valentina Sellaroli przedstawiła zagadnienie dobra dziecka we włoskim postępowaniu cywilnym dotyczącym jego pochodzenia.

We włoskim systemie prawnym punktem wyjścia jest artykuł 231 k. c. mówiący, iż małżonek matki jest ojcem dziecka poczętego w czasie trwania związku małżeńskiego oraz artykuł 232 k. c., który określa, jakie dziecko można uznać za poczęte w trakcie trwania związku małżeńskiego. W przeciwnym razie, gdy rodzice nie są małżeństwem, w celu ustanowienia pokrewieństwa, ojciec oraz biologiczna matka powinni dokonać aktu „uznania” dziecka. Ich oświadczenie jest wystarczające i w przypadku braku jakichkolwiek sporów, dostarczenie dalszych dowodów macierzyństwa lub ojcostwa jest zbędne. Dlatego też różnorodność wynikłych sytuacji, jakie mogą się pojawić, jest oczywista, w zależności od tego, czy dziecko, którego tożsamość została zakwestionowana, narodziło się w związku małżeńskim.

Ojcostwo wobec dziecka urodzonego w małżeństwie może podważyć mąż, żona lub pełnoletnie dziecko. Czynność taka jest ograniczona czasowo, można jej dokonać pod warunkiem uprzedniego dowiedzenia wystąpienia jednej z następujących okoliczności:

- rodzice nie żyli razem i nie utrzymywali kontaktów seksualnych ze sobą w czasie poczęcia;
- ojciec był impotentem przez cały wspomniany okres;
- żona w tym samym czasie utrzymywała kontakty seksualne lub ukrywała ciążę i poród.

Jedynie w ww. okolicznościach można dowieść braku ojcostwa męża. Zgodnie z włoską tradycją prawną i kulturową, u podstaw wspomnianych ograniczeń leżą dwa współzależne czynniki:

- związki rodzinne,
- interesy niepełnoletniego dziecka.

Zakwestionowanie ojcostwa ojca urodzonego poza małżeństwem (czyli unieważnienie uznania dziecka) postrzega się jako mniej krzywdzące dla interesów dziecka. Dlatego też art. 263 i 264 k. c. przewidują możliwość podjęcia działań przez jakąkolwiek zainteresowaną osobę bez ograniczeń czasowych.

Wystarczy wykazać brak biologicznego pochodzenia. We włoskim systemie prawnym nie istnieje automatyczne uznanie macierzyństwa na podstawie jedynie porodu (nie obowiązuje zasada *mater semper certa est*). Matka mogłaby w zasadzie, nie uznając macierzyństwa, odmówić ojcu prawa do dochodzenia swojego związku prawnego z dzieckiem.

Następnie Referentka rozważała dylemat między ustaleniem pochodzenia biologicznego a dobrem dziecka. Test naukowy rozwiewa wątpliwości i dochodzi do prawdy biologicznej. Jednakże, nie rozwiązuje problemu dobra dziecka.

Włoski wymiar sprawiedliwości jest świadom poważnych konsekwencji jakie niesie za sobą możliwość ustalenia rzeczywistego pochodzenia w drodze testów naukowych. We włoskim systemie sądowniczym obserwujemy obecnie rozbieżności między orzeczeniami sądu konstytucyjnego oraz sądów powszechnych. Włoski Sąd Najwyższy w orzeczeniu nr 341/90 (oceniającym konstytucyjną zasadność artykułu 274 k. c., który określa postępowanie w sprawie orzeczenia naturalnego ojcostwa lub macierzyństwa) postawił wymaganie, aby postępowanie było zgodne z interesem niepełnoletniego dziecka. Orzeczenie to pokazuje, że weryfikacja faktów biologicznych nie zawsze służy interesom dziecka. Niemniej jednak, wiele orzeczeń sądów niższej instancji nadal zdaje się postrzegać ustalenie biologicznej prawdy jako zawsze służące dobru dziecka.

Orzeczenie Sądu Kasacyjnego z roku 2004 (orzeczenie nr 10742/04) pokazuje, jaką drogę przebyła praktyka sądowa od uznania zasady *favor legitimitatis*, (czyli pierwszeństwa zachowania istniejącego statusu), do zasady *favor veritatis* (czyli ustalenia prawdy biologicznej). Mąż matki wniósł o wszczęcie postępowania w sprawie zaprzeczenia się ojcostwa wobec swojej córki. Odwołanie się do sądu pierwszej i drugiej instancji nie przyniosło oczekiwanych rezultatów ze względu na fakt, iż nie dostarczył on materiału dowodowego na wymagane przez prawo okoliczności, o których była mowa powyżej (mąż usiłował dowieść faktu, iż jego żona utrzymywała wcześniej pozamążelne stosunki seksualne). Dopiero po tym, zgodnie z prawem włoskim, mógłby dowodzić braku pokrewieństwa biologicznego za pomocą testu hematologicznego lub DNA. Jednak materiał dowodowy okazał się niewystarczający. Sąd Kasacyjny, jako sąd najwyższej instancji, stwierdził, iż sędziowie postępowali zgodnie z prawem, jednak uznał za uzasadnione wątpliwości powoda, dotyczące konstytucyjnej zasadności ustawy (powód zauważył, że przepisy prawne pochodzą z roku 1940, kiedy to ich celem była ochrona prawowitości pochodzenia dziecka i ochrona przed wątpliwościami i sporami sądowymi mogącymi podważyć jego status społeczny, zwłaszcza że wówczas naukowy materiał dowodowy był bardzo zawodny). Sąd Kasacyjny orzekł, iż wątpliwości dotyczące zgodności takiego postępowania z konstytucją, są uzasadnione. Zgodnie z argumentacją powoda, w związku z artykułem 30 włoskiej Konstytucji, dowodzenie ojcostwa lub macierzyństwa jest chronione, jednak tylko

w granicach określonych przez ustawodawcę. Z drugiej jednak strony, zgodność zakwestionowanej regulacji z Konstytucją budzi wątpliwości w odniesieniu do artykułu 24 włoskiej Konstytucji, który gwarantuje każdemu prawo do dochodzenia swoich praw przed sądem. W tym kontekście, przepisy prawne, które ograniczają lub pozbawiają prawa do należytych procedur prawnych, są niezgodne z Konstytucją. Ponieważ dowiedzenie wystąpienia wymaganych przez prawo szczególnych okoliczności (jak np.: utrzymywanie przez żonę pozamażeńskich kontaktów seksualnych w chwili poczęcia dziecka) jest bardzo trudne, akta sprawy przesłano do Włoskiego Sądu Konstytucyjnego, który powinien wydać orzeczenie zgodne z Konstytucją, umożliwiające ustawodawcy usunięcie ograniczeń prawnych w weryfikacji prawdy. Można przypuszczać, iż sąd konstytucyjny nie uzna już weryfikacji prawdy biologicznej za niebezpieczną. W przeciwnym razie, będziemy musieli działać na wzór sądu w Pizie, gdzie nie można było uwzględnić biologicznego materiału dowodowego ze względu na brak przesłanek prawnych dopuszczających taki materiał. W tym szczególnym przypadku, ojciec nie był w stanie dostarczyć dowodu nieślubnego pochodzenia dziecka (ponieważ nie dowiódł, iż jego żona utrzymywała pozamażeńskie kontakty seksualne) urodzonego przez swoją żonę, nawet jeśli brak jakiegokolwiek związku biologicznego między mężem, a dzieckiem był bezsprzeczny. W ostatnim przypadku, dziecko było mulatem, a ojciec, poza wszelkimi wątpliwościami, biały.

Inny kazus, wskazujący, że należałoby uwzględnić dobro dziecka, to tzw. „kazus Cremona” (noszący nazwę od miasta). Orzeczenie to dowodzi niezgodności stanu prawnego z postulatem dobra dziecka – wskazuje, iż absolutne pierwszeństwo prawdy biologicznej nie zawsze leży w interesie dziecka. Mąż, po przeprowadzeniu sztucznego zapłodnienia za pomocą nasienia anonimowego dawcy, wniósł o zaprzeczenie ojcostwa. Żona sprzeciwiła się działaniu męża, wykazując, iż wyraził on zgodę na dokonanie sztucznego zapłodnienia; jednocześnie zwróciła się o wypłacenie odszkodowania za szkody wyrządzone niewłaściwym zachowaniem się męża, na wypadek orzeczenia sądu na korzyść mężczyzny. Działając zgodnie z prawem (mąż był impotentem w chwili poczęcia), mąż wygrał sprawę. Sąd orzekł, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zgoda męża na dokonanie sztucznego zapłodnienia nie ma znaczenia prawnego. Obowiązujące obecnie przepisy prawne nie ujmują kwestii sztucznego zapłodnienia. Sąd Apelacyjny, w którym złożono apelację, utrzymał w mocy powyższe orzeczenie. Sąd Apelacyjny sformułował jedynie wniosek *de lege ferenda*, aby ustawodawca dał pierwszeństwo rodzicielstwu w rozumieniu prawnym lub uczuciowym, co skuteczniej zabezpieczy interesy dziecka niż biologiczna prawda, która w takim przypadku pozbawia dziecka ojca, przedkładając w obecnym stanie rzeczy anonimowość dawcy. Jednakże, dopóki przepisy prawne nie ulegną zmianie, sędzia nie miał prawa wydać innego orzeczenia.

Na zakończenie Referentka przytoczyła kasus amerykański, który podobnie jak ten ostatnio opisany przypadek z Cremony, wykazuje jak łatwo nowoczesne systemy prawne łamią zasadę dobra dziecka. Sprawa miała miejsce w USA i dotyczyła dziewczynki o imieniu Jaycee. Jaycee poczęto za pomocą komórki jajowej oraz nasienia pochodzących od anonimowych dawców. Powstały zarodek wprowadzono do łona matki zastępczej na wniosek pary małżeńskiej. Jednakże, przed narodzinami dziecka małżeństwo rozpadło się. W roku 1997 Sądowi Najwyższemu Kalifornii nie powiodła się próba znalezienia przynajmniej jednego rodzica dla dziecka spośród pięciu osób zaangażowanych w jego przyjście na świat. W rzeczywistości, oboje dawcy byli anonimowi i, co oczywiste, nie zamierzali przez swój czyn mieć własnych dzieci. Orzeczono, iż pomiędzy parą, która zleciła zabieg, a dzieckiem, nie istnieje żaden związek ani biologiczny, ani prawny, ponieważ nie wystąpiono z wnioskiem o adopcję. Między matką zastępczą, a dzieckiem nie było związku genetycznego; jej rola ograniczała się do utrzymania ciąży i urodzenia dziecka, wykluczając macierzyństwo. Przy tym sąd uznał, iż umowa w sprawie macierzyństwa zastępczego nie stoi w sprzeczności z prawem.

W takiej sytuacji Referentka wyraziła pogląd, że prawda biologiczna ma ogromne znaczenie; niemniej zasadę prawdy należy rozważyć w kategoriach „odpowiedzialności za akt prokreacji”, o której mówi obecnie wielu naukowców, czyli o odpowiedzialności wynikającej z decyzji o urodzeniu dziecka (za pomocą środków naturalnych lub sztucznych). Wprawdzie pochodzenie dziecka powinno opierać się na związku biologicznym, to jednak samo to nie wystarczy; decyzja o poczęciu dziecka, w sposób naturalny, czy też za pomocą sztucznego zapłodnienia powinna zakładać, iż osoba odpowiedzialna za podjęcie decyzji ponosi jej konsekwencje.

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji zarówno w formie wydruku z dyskietką lub w formie elektronicznej w edytorze Word 6.0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami.

Na pierwszej stronie należy zamieścić imię i nazwisko autora (autorów) oraz tytuł pracy. Na końcu pracy należy podać: adres(y) autora(ów), nr telefonu, faksu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora(ów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska.

Materiały wraz z dyskietką należy przysyłać pocztą elektroniczną na adres e-mail: redakcja@ibdna.pl

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmiany tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje tylko prace oryginalne. Niezamówione materiały zwracane są wyłącznie na życzenie Autora.

