

*Arkadiusz Wudarski**

Uniwersytet Zielonogórski, Polska

e-mail: wudarski@gmx.de

ORCID: 0000-0001-5227-2671

***PATER EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT
W SZWAJCARII – UJĘCIE KOMPARYTYSTYCZNE***

***PATER EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT IN SWITZERLAND
– COMPARATIVE PERSPECTIVE***

Abstract

The statutory presumption of paternity of the mother's husband causes many problems and – contrary to common belief – does not always protect the child's best interest. The paper examines the impact of this legal principle on family life and considers its viability in today's society. The research focuses on Swiss law but also makes references to German and Polish regulations. In a broader sense, the analysis is made from the perspective of the biological father, who is not the legal father. Based on a critical analysis, the new approaches of intentional parenthood, multiple parents and consensual change of paternity are discussed. Concluding that the mother's marital status cannot determine the child's affiliation, the author recommends a more flexible solution.

* Publikacja powstała w ramach projektu naukowego realizowanego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Zurychu, finansowanego w ramach programu im. M. Bekkera Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej (NAWA); umowa nr PPN/BEK/2020/1/00330/U/00001.

KEYWORDS

presumption of paternity, new concepts of parenthood, legal status of biological father

SŁOWA KLUCZOWE

domniemanie ojcostwa, nowe koncepcje rodzicielstwa, status prawny ojca biologicznego

I. CEL I ZAKRES BADAŃ

Prawo szwajcarskie pozostaje wierne wyrażonej w digestiach justyniańskich zasadzie *pater est quem nuptiae demonstrant*¹, zgodnie z którą ojcem dziecka jest mąż matki. U podstaw takiego domniemania leży idealny model rodzinny, który zakłada, że dzieci rodzą się (powinny rodzić się) w związku małżeńskim, a ich biologicznymi rodzicami są małżonkowie. Takie założenie i związane z nim rozwiązanie legislacyjnie nie jest szwajcarskim fenomenem; jest ono powszechnie znane i stosowane nie tylko w europejskich systemach prawnych². W Szwajcarii ma ono jednak swoją specyfikę i szczególnie doniosłe znaczenie. Jeszcze stosunkowo niedawno domniemanie ojcostwa przesądzało bowiem w tym kraju o pochodzeniu 9 na 10 dzieci³. Ustawowo narzucona afiliacja dziecka coraz częściej odbiega jednak od realiów społecznych, przysparza wiele problemów i – wbrew dość powszechnemu przekonaniu – nie zawsze służy dobru dziecka. Celem opracowania jest analiza i ocena oddziaływania tej regulacji na życie rodzinne. Badania mają charakter prawnoporównawczy, a rozwiązania

¹ Digestia 2.4.5.

² Przykładowo: Gruzja: Art. 1189 gruzińskiego kodeksu cywilnego z dnia 26 czerwca 1997 r. Parliamentis uzkebebi. Sakanonmdablo damateba 1997, Nr. 31, [1189-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (26.06.1997, პარლამენტის უწყებები, საკანონმდებლო დამატება 1997 № 31)]; Chiny: orzeczenie Sądu Najwyższego Chińskiej Republiki Ludowej z dnia 25 września 1956 r, akta sprawy (fayanzi) Nr. 9555 [《最高人民法院關於徐秀梅所生的小孩應如何判斷生父問題的復函》法研字第9555號]; Korea Południowa: art. 844 ust. 1 koreańskiego kodeksu cywilnego – ustawa nr 471 z dnia 22 lutego 1958 r. ostatnio zmieniona ustawą nr 17905 z dnia 26 stycznia 2021 r. [시행 2021. 1. 26] [법률 제17905호, 2021. 1. 26, 일부개정] 법무부 (법무심의관실) 02-2110-3164]: 제844조(남편의 친생자의 추정) ① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다; Kenia: art. 12 ustawy z dnia 9 czerwca 1928 r. (tekst jednolity 2012) o rejestracji narodzin i zgonów (Births and Deaths Registration Act, Cap 149 Laws of Kenya).

³ T. Geiser, *Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft*, „Die Praxis des Familienrechts” 2009, nr 1, s. 44.

szwajcarskie będą analizowane ze szczególnym uwzględnieniem polskiej i niemieckiej perspektywy prawnej. Szczególna uwaga będzie poświęcona pozycji prawnej ojca biologicznego, który nie jest ojcem prawnym. Przedmiotowe opracowanie otwiera cykl publikacji poświęconych tej tematyce badawczej. Następną publikacją dotyczyć będzie problematyki zaprzeczenia ustawowego domniemania ojcostwa.

Badania zbiegają się z trwającymi właśnie w Szwajcarii pracami interdyscyplinarnej grupy eksperów⁴, która została powołana 1 lipca 2019 r. przez Ministerstwo Sprawiedliwości (*Bundesamt für Justiz*) w celu zbadania, czy prawo dotyczące pochodzenia dziecka odpowiada obecnym realiom i potrzebom społecznym⁵. Ekspertki mają przygotować rekomendację wraz z koncepcją ewentualnej reformy. Wyniki prac szwajcarskiej komisji nie są na razie znane. O wiele bardziej zaawansowane są natomiast prace w Niemczech, gdzie reforma tego obszaru prawnego jest przygotowywana już od kilku lat. Mimo opracowania szczegółowych rekomendacji w tym kraju, a nawet projektów zmian legislacyjnych⁶ nie udało się jednak do tej pory przeprowadzić reformy, a poszukiwanie nowej koncepcji dla rodzicielskiej afiliacji dziecka, która odpowiadałaby daleko idącym przemianom społecznym związanym chociażby z większą rozwiązłością pożycia intymnego, nowymi jego formami, w tym nowej definicji małżeństwa, a także postępowaniem w zakresie medycznie wspomaganego prokreacji, cały czas napotyka na szereg trudności. Doświadczenia tych krajów są szczególnie cenne dla Polski, która również musi się zmierzyć z tym wyzwaniem, choć obecnie

⁴ W skład grupy ekspertów powołanych zostało sześciu profesorów prawa: (1) Alexandra Jungo (Fryburg), której powierzono jednocześnie funkcję przewodniczącej grupy, a ponadto (2) Regina Aebi-Müller (Lucerna), (3) Andrea Büchler (Zurich), (4) Michelle Cottier (Genewa), (5) Philippe Meier (Lozanna) oraz (6) Eva-Maria Belser (Fryburg). Przedstawicielem sędziów został (7) Matthias Stein (Bazylea); adwokatów reprezentuje (8) Kai Burkart (Zurich); nauki medyczne (medycznie wspomaganą prokreacją i etyką lekarską) – (9) Samia Hurst (Genewa), a psychologię (psychologia młodzieży i ochrona dzieci) – (10) Heidi Simoni z Instytutu Marie Meierhofer (Zurich). Z głosem doradczym w obradach uczestniczy ponadto dwóch przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości: (11) David Rüetschi oraz (12) Debora Gianinazzi, zob. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht.html> (dostęp: 31.07.2021 r.).

⁵ Wezniej, 12 grudnia 2018 r., Rada Kantonów (*Ständerat*) przyjęła postulat nr 18.3714 dotyczący konieczności weryfikacji prawa pochodzenia dziecka i zleciła Radzie Związkowej (*Bundesrat*) podjęcie dalszych kroków w tej sprawie, <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht.html> (dostęp: 31.07.2021 r.).

⁶ Zob. trzy projekty reform w Niemczech przygotowane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów (MBJV – Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz): (1) *Abstammungsbericht* (Arbeitskreis – Abstammungsrecht – Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 4 lipca 2017 r.), Berlin 2017; (2) *Diskussionsteilentwurf* (Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, 13 marca 2019 r.), Berlin 2019; (3) *Referentenentwurf* (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Abstammungs-, Kindschafts- und Kindesunterhaltsrechts, 19 sierpnia 2020 r.), Berlin 2020.

możemy mówić co najwyżej o bardzo powolnej ewolucji polskiego prawa rodzinnego w tym obszarze⁷.

II. DOMNIEMANIE OJCOSTWA

1. PODSTAWA I ZAKRES

Domniemanie ojcostwa w szwajcarskim kodeksie cywilnym⁸ zależy od spełnienia kumulatywnie trzech przesłanek⁹: (1) pochodzenie dziecka od żony domniemanego ojca, (2) istnienie ważnego małżeństwa oraz (3) urodzenie lub poczęcie dziecka w trakcie trwania małżeństwa. Każdy, kto ma w tym interes, może dochodzić ustalenia spełnienia tych przesłanek¹⁰. W Szwajcarii¹¹ – tak jak w Polsce (k.r.o.)¹²¹³ i w Niemczech (BGB)¹⁴¹⁵ – za matkę dziecka uważa się kobietę, która je urodziła. O macierzyństwie prawnym przesądza zatem poród i *de lege lata* tylko w ten sposób interpretowana jest łacińska paremia *mater semper certa est*¹⁶. Domniemanie ojcostwa obowiązuje również w przypadku macierzyństwa zastępczego (surogacji)¹⁷. Decydujący jest przy tym stan cywilny matki nie

⁷ Zob. art. 1 ustawy z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 2089).

⁸ Ustawa z dnia 10 grudnia 1907 r. – *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZGB), SR 210, AS 2020, s. 957.

⁹ Art. 255 ZGB.

¹⁰ J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, wyd. 3, Zürich 2016, art. 255, teza 2, s. 807; C. Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts*, wyd. 5, Bern 1999, nb 5.12.

¹¹ Zgodnie z art. 252 ust. 1 ZGB stosunek rodzicielski między matką a dzieckiem (*Kindesverhältnis*) powstaje w chwili urodzenia.

¹² Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1359).

¹³ Art. 69¹ k.r.o.

¹⁴ Ustawa z dnia 18 sierpnia 1896 r. – *Bürgerliches Gesetzbuch*, w brzmieniu z dnia 2 stycznia 2002 r. (BGBl. I s. 42, 2909; 2003 I, s. 738), ostatnio zmieniona przez art. 10 ustawy z dnia 30 marca 2021 r. (BGBl. I s. 607).

¹⁵ Zob. § 1591 BGB.

¹⁶ Słusznie budzi to jednak uzasadnione wątpliwości w świetle medycznie wspomaganey prokreacji i rozdzielenia matki genetycznej od biologicznej; I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB*, wyd. 6, Basel 2018, art. 252, nb 6–8, s. 1459–460.

¹⁷ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 2, s. 1472.

w chwili poczęcia, ale w chwili urodzenia dziecka¹⁸. Na ważność domniemania nie ma wpływu separacja prawna¹⁹ czy faktyczna²⁰. Bez znaczenia jest również, czy małżonkowie prowadzą wspólne gospodarstwo domowe²¹, czy są świadomi, że dziecko nie pochodzi od męża matki (wcześniej narzeczonego)²², a nawet czy rzeczywiście mieli wolę zawarcia związku małżeńskiego²³. Domniemanie rozciąga się ponadto na inseminację zarówno homologiczną²⁴, jak i heterologiczną²⁵; co więcej zachowuje ono swoją ważność nawet w sytuacji, gdy wszyscy uczestnicy postępowania alimentacyjnego, w tym także sąd, są świadomi, że mąż matki nie jest ojcem biologicznym (sic!)²⁶. Dopóki bowiem domniemanie ojcostwa nie zostanie prawomocnie obalone w wyroku sądowym, mąż matki pozostaje ojcem prawnym dziecka i musi wywiązywać się ze wszystkich obowiązków, w tym przede wszystkim z obowiązków alimentacyjnych²⁷. Inaczej niż w Polsce²⁸ rozstrzygana jest kolizja norm prawnych. Ustawowe domniemanie ojcostwa męża matki ma w Szwajcarii – tak samo jak w Niemczech²⁹ – pierwszeństwo przed

¹⁸ C. Stehli, (w:) J. Kren Kostkiewicz, S. Wolf, M. Amstutz, R. Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, wyd. 3, Zurich 2016, art. 255, nb 1, s. 452.

¹⁹ Art. 117 – art. 118 ZGB; w praktyce separacja prawna jest – podobnie jak w Polsce – rzadko orzekana; C. Stehli, (w:) J. Kren Kostkiewicz, S. Wolf, M. Amstutz, R. Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar...*, art. 255, nb 1, s. 452.

²⁰ J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen- ...*, art. 255, teza 3, s. 807.

²¹ Zniesienie wspólnego gospodarstwa domowego (*Aufhebung des gemeinschaftlichen Haushaltes*) i jego skutki określone są w art. 175–176 ZGB.

²² J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 255, teza 4, s. 807.

²³ Wyrok Sądu Federalnego (*Bundesgericht*) z dnia 31 maja 1996 r., zbiór orzecznictwa szwajcarskiego Sądu Federalnego (*Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts – BGE*) 122 II, s. 289, nr 1c.

²⁴ J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 255, teza 3, s. 807.

²⁵ C. Stehli, (w:) J. Kren Kostkiewicz, S. Wolf, M. Amstutz, R. Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar...*, art. 255, nb 1, s. 452; I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 9, s. 1474; C. Hegnauer [*Das Familienrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. 2, seria: A. Meier-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, wyd. 4, Bern 1984, art. 255, nb 44] podkreśla, że skutek ten jest niezależny od zgody męża na inseminację; zob. szerzej w kontekście dopuszczalności inseminacji heterologicznej dla par konkubentkich: wyrok Sądu Federalnego z dnia 22 grudnia 1993 r., BGE 119 Ia 460, s. 482 i n., nr 6e.

²⁶ J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 255, teza 3, s. 807; T. Siegenthaler, *Statutsänderungen vor der Geburt des Kindes*, „Zeitschrift für Zivilstandwesen” 1987, nr 1, s. 35.

²⁷ Wyrok Sądu Federalnego z dnia 5 stycznia 2005 r., BGE 5P.415/2004/bie, nr 3.2.2.

²⁸ Art. 75 § 2 k.r.o. wyłącza stosowanie domniemania ojcostwa męża matki (art. 62 k.r.o.) w przypadku prenatalnego uznania ojcostwa przed zawarciem związku małżeńskiego przez innego mężczyznę, niż ten, z którym zostało zawarte małżeństwo; G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2019, art. 75, teza 2.

²⁹ Prenatalne uznanie ojcostwa w Niemczech reguluje § 1594 ust. 4 BGB; o pierwszeństwie domniemania ojcostwa męża matki nad jego prenatalnym uznaniem: Ch. Di Cato, (w:) M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth, M. Würdinger (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar BGB*, t. 4: W. Viefhues (Hrsg.), *Familienrecht*, wyd. 9, Saarbrücken 2020, § 1594, nb 26.

uznaniem ojcostwa dokonany w okresie prenatalnym przed zawarciem małżeństwa przez innego mężczyznę³⁰.

2. ROZWÓD

Od 1 stycznia 2000 r. domniemanie ojcostwa męża matki nie obejmuje dzieci, które urodziły się po rozwodzie lub unieważnieniu małżeństwa³¹. Granicę czasową wyznacza dzień uprawomocnienia się wyroku³². Tym samym szwajcarski ustawodawca uwzględnił postulaty doktryny³³ i poszedł śladem niemieckiego ustawodawcy³⁴, który w 1998 r. zrezygnował z – obowiązującego do dzisiaj w Polsce³⁵ – szerokiego zakresu domniemania³⁶, które wskazuje na pochodzenie dziecka od męża matki, jeśli poród nastąpi przed upływem określonego czasu³⁷ od prawomocnego orzeczenia rozwodu³⁸. Takie rozwiązanie jest spójne z domniemaniem rozpadu wspólnego pożycia, które jest podstawą rozwodu w Niemczech i Szwajcarii. W obu krajach wymagany do rozwodu okres rozkładu pożycia małżeńskiego, a więc również braku kontaktów intymnych, jest dłuższy od okresu ciąży³⁹. Zatem w przypadku porodu po rozwodzie nie ma miejsca na domniemanie, że ojcem dziecka jest były mąż matki. Odmienne rozwiązanie prowadziłoby do sprzeczności.

W ramach reformy polskiego prawa rodzinnego konieczne są w tym zakresie zmiany. Obecna regulacja nie odpowiada bowiem ani rzeczywistości, ani potrzebom społecznym. Również w Polsce rozwód warunkowany jest trwałym i zupełnym rozkładem pożycia, do czego z reguły konieczny jest upływ czasu, a do tego nierzadko sam proces rozwodowy trwa dłużej niż rok. Regulacja polska nie

³⁰ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 4 *in fine*, s. 1473.

³¹ Nowelizacja szwajcarskiego kodeksu cywilnego z dnia 26 czerwca 1998 r., AS 1999, s. 1118 (s. 1136), BBl. (Bundesblatt – Federalny Dziennik Urzędowy) 1996 I 1.

³² I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 5, s. 1473.

³³ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 1, s. 1472; C. Hegnauer, *Anwendung der Ehelichkeitsvermutung auf nach der Scheidung geborene Kinder*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1993, nr 7/8, s. 205–207.

³⁴ Ch. Di Cato, (w:) M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth, M. Würdinger (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar...*, § 1593, nb 3.

³⁵ Art. 62 § 1 zd. 1 k.r.o.

³⁶ Zob. § 1591 ust. 1 zd. 1 BGB w zw. z § 1592 ust. 1 BGB w brzmieniu do dnia 30 czerwca 1998 r.

³⁷ W Niemczech termin ten wynosił 302 dni; zob. § 1593 BGB oraz § 1592 ust. 1 BGB w brzmieniu do dnia 30 czerwca 1998 r.

³⁸ Zob. uzasadnienie do niemieckiego projektu zawarte w druku parlamentarnym – *BT-Drucksache* (BT-Drs.) nr 13/4899, s. 52–53.

³⁹ W Niemczech konieczny jest upływ jednego roku, a w przypadku braku zgody małżonka na rozwód okres rozpadu pożycia wydłuża się do trzech lat (§ 1566 BGB). W Szwajcarii okres ten wynosi dwa lata (art. 114 ZGB).

oddaje więc realiów społecznych, a do tego wymusza korektę afiliacji dziecka w często długotrwałym procesie sądowym. Nie ma przekonujących argumentów na utrzymanie tak szerokiego zakresu domniemania; uzasadnienia dla niego nie można w szczególności poszukiwać w wykładni klauzul generalnych takich jak chociażby dobro dziecka.

3. ŚMIERĆ I ZAGINIĘCIE MĘŻA MATKI

Inaczej wygląda sytuacja w przypadku śmierci męża. Ustawowe domniemanie jego ojcostwa rozciąga się wówczas na okres 300 dni⁴⁰ od chwili śmierci⁴¹. Ustawodawca szwajcarski – przeciwie do polskiego, a podobnie do niemieckiego⁴² – dopuszcza wydłużenie tego okresu. Gdyby dziecko urodziło się później, konieczne będzie jednak wykazanie, że zostało poczęte przed śmiercią męża⁴³. W tym celu niezbędne będzie z reguły przedłożenie opinii lekarskiej (ginekologicznej) dokumentującej czas i przebieg ciąży. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne⁴⁴. Analogicznie do śmierci traktowana jest sytuacja zaginięcia męża matki. W przypadku uznania za zaginionego⁴⁵ uważa się go za ojca, jeśli dziecko urodziło się przed upływem 300 dni od wystąpienia niebezpieczeństwa śmierci lub otrzymania ostatniej wiadomości od zaginionego⁴⁶.

Kwestią sporną pozostaje w doktrynie szwajcarskiej odpowiedź na pytanie, czy domniemanie ojcostwa będzie obowiązywać również wtedy, gdy jednoznacznie wykaże się, że dziecko urodzone w ustawowym terminie zostało poczęte *po* śmierci męża matki⁴⁷. Choć literalne brzmienie przepisu nie pozostawia wątpliwości, to jest ono sprzeczne z wykładnią teleologiczną, która ustala przecież

⁴⁰ Trzystudniowy okres domniemania jest dłuższy od średniego okresu ciąży, który wynosi 280 dni. Ustawowe wydłużenie tego okresu jest uzasadnione z jednej strony upływem czasu między stosunkiem a poczęciem, a z drugiej strony potrzebą zapewnienia elastyczności umożliwiającej objęcie domniemaniem również dłuższych okresów ciąży; S. Wolf, Y. Minnig, *Famlienrecht*, Basel 2021, s. 242, przypis 1126.

⁴¹ Do obliczania biegu terminu stosuje się ogólne przepisy zawarte w prawie obligacyjnym (ustawa z dnia 30 marca 1911 r. – *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Fünfter Teil: Obligationenrecht* (OG), SR 220, BBl 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845 z późn. zm.); zob. art. 7 ZGB w zw. z art. 77 OR oraz art. 132 OR.

⁴² Zob. § 1593 zd. 2 BGB.

⁴³ Art. 255 ust. 2 ZGB.

⁴⁴ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 7, s. 1474.

⁴⁵ Art. 35 ust. 1 ZGB.

⁴⁶ Art. 255 ust. 3 ZGB; art. 38 ust. 2 ZGB.

⁴⁷ C. Stehli, (w:) J. Kren Kostkiewicz, S. Wolf, M. Amstutz, R. Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar...*, art. 255, nb 2, s. 452; I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 256, nb 6, s. 1473.

znaczenie przepisu, kierując się jego celem. Skoro więc domniemanie ojcostwa opiera się na założeniu poczęcia dziecka przez męża matki, to część doktryny opowiada się za jego niestosowaniem, jeśli założenie leżące u jego podstaw okaże się błędne⁴⁸. Zwolennicy tego poglądu widzą tutaj możliwość skorzystania z powództwa o ustalenie stosunku prawnego. Nie brak jest jednak też opinii, że uchylenie skutków domniemania możliwe jest jedynie w drodze powództwa o zaprzeczenie ojcostwa⁴⁹; podnosi się przy tym również, że urzędnik stanu cywilnego dokonuje czynności rejestracyjnych wyłącznie na podstawie daty urodzenia⁵⁰.

Wykładnia teleologiczna może ułatwić ustalenie prawdziwej afiliacji dziecka i tym samym jest szczególnie atrakcyjna dla ojca biologicznego chcącego przejąć prawną odpowiedzialność za dziecko. Otwiera ona bowiem przed nim możliwość uznania lub sądowego ustalenia ojcostwa bez konieczności wcześniejszego zaprzeczenia ojcostwa, do czego nie jest on w Szwajcarii – tak samo jak w Polsce – uprawniony. Dostrzegając korzyści wynikające z takiego podejścia, należy jednak się przychylić do restrykcyjnej, literalnej wykładni, uznając tym samym, że kwestionowanie zgodności domniemania ze stanem faktycznym może nastąpić jedynie w drodze powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. Za taką interpretacją przemawia również bezpieczeństwo, transparentność oraz pewność prawa. Jest to oczywiście rozwiązanie niesatysfakcjonujące. Rozstrzygnięcia tej kwestii należy jednak poszukiwać w kompleksowej reformie systemowej.

4. ZBIEG DOMNIEMAŃ

W pewnych okolicznościach powstałych po śmierci męża matki może dojść do zbiegu domniemań prawnych⁵¹. Chodzi o sytuację, w której dwie osoby uzna-

⁴⁸ Tak przykładowo C. Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts...*, nb 5.09; C. Hegnauer, *Zum Stand des vor Ablauf von 300 Tagen seit Auflösung der Ehe geborenen Kindes*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1991, nr 5, s. 157 i n.; C. Hegnauer, *Das Familienrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. 2, seria: A. Meier-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar...*, art. 255, nb 37, a także J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 255, teza 6, s. 808, który dodatkowo podnosi, że w przypadku poczęcia przed rozwiązaniem małżeństwa a urodzeniem po upływie terminu domniemania, powództwo powinno zmierzać do ustalenia, czy do poczęcia rzeczywiście doszło w trakcie trwania małżeństwa, a więc czy spełniona jest przesłanka domniemania ojcostwa męża matki.

⁴⁹ P. Piotet, *Kindesverhältnis zum Vater eines innerhalb von 300 Tagen seit Eheauflösung gezeugten und geborenen Kindes und eines während der Ehe gezeugten, aber erst nach Ablauf von 300 Tagen seit Eheauflösung geborenen Kindes*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1991, nr 5, s. 152–156; odmiennie C. Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts...*, nb 5.12.

⁵⁰ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 6, s. 1473.

⁵¹ Inne możliwe konstelacje rozważane w ramach reformy: zob. uzasadnienie do zmiany kodeksu cywilnego z dnia 5 czerwca 1974 r.: *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) vom 5. Juni 1974*, BBl 1974 II, s. 33, nr 312.3.

wane są jednocześnie za ojca prawnego. Dojdzie do tego wtedy, gdy matka po śmierci męża wstąpi w nowy związek małżeński i urodzi dziecko. Oba warunki (poród i nowe małżeństwo) muszą być spełnione kumulatywnie i w ściśle określonym czasie, to jest nie później niż w ciągu 300 dni od śmierci męża. W takiej sytuacji za ojca dziecka uważa się drugiego męża matki⁵². Nowemu mężowi przysługuje oczywiście prawo do zaprzeczenia ojcostwa. Obalenie domniemania nie prowadzi do prawnego osierocenia dziecka, ponieważ za ojca dziecka uważa się wówczas pierwszego (zmarłego) męża matki⁵³. Regulacje dotyczące terminu zaskarżenia ojcostwa⁵⁴ stosuje się analogicznie, z tym że zdarzeniem rozpoczynającym bieg bezwzględneho terminu nie będzie urodzenie się dziecka, a uprawomocnienie się wyroku skutkującego powstaniem domniemania ojcostwa pierwszego męża matki⁵⁵. Roczny termin względny zacznie natomiast biec w dniu, w którym uprawniony dowiedział się o wydaniu takiego wyroku⁵⁶. W miejsce zmarłego męża powództwo mogą wnieść jego rodzice⁵⁷. W doktrynie przyjmuje się możliwość analogicznego zastosowania tej regulacji w przypadku bigamii, a więc zawarcia przez matkę drugiego małżeństwa bez rozwiązania pierwszego⁵⁸. W przeciwieństwie do Polski⁵⁹ zbieg domniemań nie występuje natomiast w przypadku ustania lub unieważnienia małżeństw z innych powodów, w szczególności w wyniku rozwodu i zawarcia przez matkę drugiego małżeństwa⁶⁰.

5. SKUTKI NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

Domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki jest w Szwajcarii bardzo silne i obejmuje również dzieci urodzone w małżeństwach dotkniętych zarówno bezwzględną, jak i względną przyczyną nieważności⁶¹, a nawet dzieci, które przyszły na świat w tzw. małżeństwach pozornych. Unieważnienie małżeństwa pociąga za sobą zasadniczo takie same skutki jak rozwód; nie działa więc

⁵² Art. 257 ust. 1 ZGB.

⁵³ Art. 257 ust. 2 ZGB.

⁵⁴ Art. 256c ZGB.

⁵⁵ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 258, nb 3, s. 1488.

⁵⁶ J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 257, teza 3, s. 817; C. Hegnauer, *Das Familienrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. 2, seria: A, Meier-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar...*, art. 257, nb 13.

⁵⁷ Art. 258 ZGB.

⁵⁸ J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 257, teza 1, s. 817; I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 257, nb 1, s. 1487; C. Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts...*, nb 5.13.

⁵⁹ Art. 62 § 2 zd. 1 k.r.o.

⁶⁰ M. Rusch, (w:) A. Büchler, D. Jakob (red.), *Kurzkommentar ZGB. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Basel 2012, art. 257, teza 3, s. 650.

⁶¹ O przyczynach i skutkach nieważności małżeństwa zob. art. 104–109 ZGB.

wstecz⁶², a małżeństwo – do chwili jego prawomocnego rozwiązania – wywołuje wszystkie skutki prawne i podlega pełnej ochronie⁶³.

Od tej reguły ustawodawca szwajcarski wprowadził w 2008 r.⁶⁴ osobliwy wyjątek dotyczący ograniczenia zakresu obowiązywania ustawowego domniemania ojcostwa⁶⁵. Jeśli małżeństwo zostało zawarte w celu obejścia przepisów o przyjmowaniu i pobycie obcokrajowców, domniemanie ojcostwa męża matki nie ma zastosowania⁶⁶. Ustawodawca wychodzi więc tutaj z odmiennego założenia i przyjmuje, że dziecko nie pochodzi z małżeństwa, a mąż matki nie wykonuje obowiązków rodzicielskich. Przemawiać ma za tym doświadczenie życiowe, a także potrzeba ustalenia prawdziwych ojcowskich więzi biologicznych i społecznych. Brak jest przy tym możliwości dopasowania skutków prawnych tej regulacji do zróżnicowanych stanów faktycznych⁶⁷. Zatem nawet w przypadku niebudzącym żadnych wątpliwości, że biologicznym ojcem dziecka jest mąż matki, więź prawna z dzieckiem zostanie ustawowo *ex tunc* zerwana. Według ustawodawcy szwajcarskiego takie rozwiązanie nie pozbawia męża matki ojcostwa. Jeśli jest on rzeczywiście biologicznym ojcem dziecka, to może przecież uznać dziecko lub wystąpić do sądu o ustalenie ojcostwa. Uniemożliwia to natomiast nabycie obywatelstwa na podstawie – w tym przypadku błędnego – ustawowego domniemania ojcostwa⁶⁸. Możliwość unieważnienia małżeństwa nie jest przy tym ograniczona ani czasowo, ani podmiotowo. Unieważnienia może zatem domagać się każdy w dowolnym czasie. Tym samym przyczynę unieważnienia uznano za szczególnie doniosłą, a rozwiązanie małżeństwa za leżące w interesie publicznym.

Jest to jednak rozwiązanie zaskakujące i budzące wiele kontrowersji⁶⁹, a argumentacja ustawodawcy tylko pozornie spójna; całkowicie ignoruje ono istniejące więzi społeczno-rodzinne; co więcej, pozycja prawa dziecka pozostaje niepewna; może ono bowiem w każdym okresie swojego życia stracić ojca, a tym samym nabyte prawa. Trudno pogodzić to z dobrem dziecka⁷⁰, a ponadto wątpliwa jest

⁶² T. Geiser, *Kind und Recht...*, s. 45; R. Fankhauser, K. Wüscher, *Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes*, „Die Praxis des Familienrechts” 2008, s. 763.

⁶³ Art. 109 ust. 1 ZGB.

⁶⁴ 1 stycznia 2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 grudnia 2005 r. – *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer* (AuG), SR 142.20.

⁶⁵ Inny wyjątek dotyczy roszczeń spadkowych.

⁶⁶ Art. 109 ust. 3 ZGB.

⁶⁷ R. Fankhauser, K. Wüscher, *Die neuen Eheungültigkeitsgründe...*, s. 764.

⁶⁸ Uzasadnienie do projekt ustawy z dnia 8 marca 2002 r.: *Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer*, BBl. 2002, s. 3839.

⁶⁹ Krytycznie R. Fankhauser, K. Wüscher, *Die neuen Eheungültigkeitsgründe...*, s. 760 i n.; T. Geiser, *Kind und Recht...*, s. 45 i n.

⁷⁰ I. Schwenzer, M. Cottier, (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar...*, art. 255, nb 4, s. 1473.

skuteczność takiej regulacji na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego⁷¹. Może się bowiem okazać, że prawo szwajcarskie nie będzie miało zastosowania. Taka sytuacja wystąpi w szczególności wtedy, gdy matka z dzieckiem zostaną wydalone ze Szwajcarii przed złożeniem pozwu o unieważnienie małżeństwa. Prawem właściwym do ustalania relacji rodzinnych dziecka będzie wówczas prawo państwa jego stałego pobytu⁷², które może regulować kwestie pochodzenia dziecka odmiennie⁷³.

W literaturze wskazano szereg innych wad i sprzeczności systemowych⁷⁴. Można tam znaleźć między innymi pogląd⁷⁵, zgodnie z którym skutki prawne tej regulacji nie dotyczą dzieci urodzonych i uznanych przez ojca przed zawarciem małżeństwa⁷⁶. Uznania czy sądowego ustalenia ojcostwa nie można przecież utożsamiać z jego ustawowym domniemaniem. Wykładnia rozszerzająca jest natomiast prawnie niedopuszczalna i sprzeczna z dobrem dziecka. Takie stanowisko, co do zasady słuszne, uwidacznia jednak dalsze problemy. Podczas gdy dzieci urodzone w małżeństwie pozornym z obcokrajowcem tracą *ex lege* i *ex tunc* ojca, są więc prawnie osierocone, to w innych przypadkach zerwanie więzi małżeńskich czy rodzicielskich nie pociąga za sobą tak daleko idących skutków. Prowadzi to – moim zdaniem – do nierównego traktowania dzieci, zróżnicowania ich sytuacji prawnej, a więc zagraża ich dobru.

Podobny problem – choć w odmiennej konstelacji – pojawił się w Niemczech, kiedy ustawodawca chciał przeciwdziałać obchodzeniu prawa przez migrantów, którzy wykorzystywali instytucję uznania dziecka do uzyskania prawa pobytu w Niemczech. W tym celu do niemieckiego kodeksu cywilnego wprowadzono w 2008 r.⁷⁷ – a więc w tym samym roku co w Szwajcarii – przepis⁷⁸ dający właściwym organom administracji państwowej możliwość zaskarżenia uznania ojcostwa⁷⁹. Sądowe unieważnienie uznania dziecka wywierało skutki wstecz (*ex tunc*) i prowadziło do utraty nabytych przez dziecko praw, w tym obywatelstwa niemieckiego. Tymczasem sytuacja prawna dzieci z tzw. małżeństw pozornych była w Niemczech odmienna. Sądowe rozwiązanie małżeństwa na wniosek

⁷¹ Ustawa z 18.12.1987 r. – *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (IPRG), SR 291, z późn. zm.

⁷² Art. 68 ust. 1 IPRG.

⁷³ T. Geiser, *Kind und Recht...*, s. 46.

⁷⁴ R. Fankhauser, K. Wüscher, *Die neuen Eheungültigkeitsgründe...*, s. 760 i n.

⁷⁵ R. Fankhauser, K. Wüscher, *Die neuen Eheungültigkeitsgründe...*, s. 764; J. Reich, (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen-...*, art. 255, teza 3, s. 807.

⁷⁶ Art. 259 ZGB.

⁷⁷ Ustawa z dnia 13 marca 2008 r., BGBl. I, s. 313.

⁷⁸ § 1600 ust. 1 nr 5 BGB w związku z § 1592 nr 2 BGB i § 1600 ust. 3 BGB.

⁷⁹ Konieczne było przy tym wykazanie, że w wyniku uznania dziecka spełnione zostały przesłanki do ubiegania się przez dziecko lub jednego z rodziców o prawo wjazdu lub pobytu w Niemczech, a jednocześnie nie istnieje więź społeczno-rodzicielska między ojcem a dzieckiem; § 1600 ust. 3 BGB.

właściwego organu administracji państwowej⁸⁰ wywierało bowiem jedynie skutek na przyszłość (*ex nunc*)⁸¹ i nie wpływało na status prawny dziecka. Było ono zatem traktowane jako dziecko małżeńskie ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami, a więc ojcostwo dalej opierało się na domniemaniu, że ojcem jest mąż matki⁸². To zróżnicowanie sytuacji prawnej od samego początku budziło w Niemczech poważne kontrowersje⁸³. W rezultacie przyjęta regulacja niedługo ostała się w porządku prawnym. Już w 2013 r. Federalny Sąd Konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht – BVerfG⁸⁴) uznał ją za niezgodną z ustawą zasadniczą⁸⁵. Konieczność poszukiwania nowych rozwiązań opisanych problemów wymusiła zmiany legislacyjne⁸⁶. Wydaje się, że warto wziąć pod uwagę to niemieckie doświadczenie w tym obszarze przy reformie prawa również w Szwajcarii.

III. KONCEPCJE *DE LEGE FERENDA*

Budowanie prawnych relacji rodzinnych w oparciu o zasadę *pater est quem nuptiae demonstrant* przysparza coraz więcej problemów. W świetle zachodzących przemian społecznych użyteczność tej zasady, w szczególności adekwatność i celowość jej skutków prawnych staje się coraz bardziej wątpliwa. Widać to szczególnie wyraźnie w tych obszarach naszego życia, w których dokonała się już rewolucja obyczajowa i kulturowa. W poszukiwaniu nowych rozwiązań wysuwane są różne postulaty *de lege ferenda*.

1. RODZICIELSTWO INTENCYJNE

W doktrynie szwajcarskiej⁸⁷ słusznie podnosi się, że przyczyny leżące u podstaw tej zasady straciły obecnie całkowicie na znaczeniu. Chodzi tutaj w szczególności o takie przyczyny jak brak możliwości weryfikacji genetycznego pochodzenia czy potrzeba ochrony dziecka przed ostracyzmem środowiskowym

⁸⁰ Zob. § 1316 ust. 3 BGB.

⁸¹ Zob. § 1313 zd. 2 BGB.

⁸² Zob. § 1592 nr 1 BGB.

⁸³ A. Wudarski, *Aktuelle Fragen des Familienrechts in Deutschland und in Polen im europäischen Kontext*, (w:) Ch. von Bar, A. Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, München 2012, s. 582–583.

⁸⁴ www.bundesverfassungsgericht.de.

⁸⁵ BVerfG z dnia 17 grudnia 2013 r., 1 BvL 6/10, „Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht” (FamRZ) 2014, s. 449.

⁸⁶ Zob. § 1597a BGB.

⁸⁷ I. Schwenzer, *Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*, „Die Praxis des Familienrechts” 2014, nr 4, s. 994.

i odrzuceniem społecznym, jeśli do jego poczęcia doszło w wyniku zdrady małżeńskiej. Jednocześnie „prawo” męża matki do dzieci urodzonych w trakcie trwania małżeństwa nie jest i nie może być uzasadnieniem dla utrzymania takiej regulacji. Prowadzi to bowiem do dyskryminacji, która polega na odmiennym traktowaniu rodzin małżeńskich i pozamałżeńskich⁸⁸. W konsekwencji postuluje się całkowite odejście od obowiązującej zasady i zastąpieniem jej koncepcją rodzicielstwa intencyjnego⁸⁹; zakłada ona, że rodzicem prawnym dziecka staje się osoba, która za zgodą matki uzna dziecko. Rodzicielstwo intencyjne opiera się więc na zgodnej woli przejęcia odpowiedzialności za dziecko, jest zatem odezwane od stanu cywilnego matki oraz pochodzenia biologicznego. Nie jest to całkowicie nowe rozwiązanie; podobne intencje widać chociażby przy zawarciu związku małżeńskiego z ciężarną kobietą, uznaniu dziecka pozamałżeńskiego czy przy wyrażeniu zgody na inseminację heterologiczną⁹⁰. Rodzicielstwo intencyjne otwiera się również na inne formy współżycia, w szczególności na małżeństwa jednopłciowe, których dopuszczalność jest obecnie w Szwajcarii tematem ożywionej dyskusji publicznej poprzedzającej referendum, które ma się odbyć w najbliższym czasie.

Zastąpienie domniemania ojcostwa męża matki oświadczeniem o uznaniu ojcostwa może mieć duży walor psychologiczny i spełnić swoją funkcję w praktyce, pod warunkiem że nie będzie to czynność zbyt sformalizowana. Choć w doktrynie szwajcarskiej przedłożone zostały już konkretne propozycje zmian legislacyjnych, to całkowite odejście od *pater est quem nuptiae demonstrant* jest rozwiązaniem rewolucyjnym, o którego losie – jeśli zyskałoby ono kiedyś poparcie parlamentarne – ostatecznie przesądzą Szwajcarzy zapewne w referendum. Warto rozważyć szwajcarską koncepcję również w Niemczech i w Polsce, gdzie tak daleko idące zmiany nie były dotychczas brane pod uwagę.

2. WIELORODZICIELSTWO PRAWNE

Jeszcze dalej idąca koncepcja podważa zasadność dogmatu dwuosobowego wzorca rodziców i zakłada, że dziecko może mieć kilku rodziców prawnych, wśród których byłoby miejsce między innymi dla ojca biologicznego. Taki model jest rozważany w szczególności w kontekście sztucznego zapłodnienia, surogacji oraz związków jednopłciowych. Wielorodzicielstwo prawne nie jest

⁸⁸ I. Schwenzer, *Familienrecht...*, s. 994.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 995; I. Schwenzer, przy współpracy z M. Dimsey, *Model Family Code. From a Global Perspective*, Antwerpen–Oxford 2006, art. 3.5 MFC, s. 98–99; szczegółowe propozycje zmian prawa szwajcarskiego wraz z uzasadnieniem: M. Rusch, *Rechtliche Elternschaft. Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Schriftenreihe zum Familienrecht, t. 13, Bern 2009, s. 158 i n.

⁹⁰ I. Schwenzer, *Familienrecht...*, s. 995.

rozwiązaniem abstrakcyjnym; zostało ono uznane w Kanadzie (Ontario⁹¹ oraz Kolumbia Brytyjska⁹²) i w Stanach Zjednoczonych (Kalifornia⁹³). Z perspektywy europejskiej taka koncepcja wydaje się być obecnie trudna do przyjęcia. Niemniej jednak wielorodzicielstwo prawne jest już przedmiotem wstępnych rozważań doktrynalnych w Europie, w tym między innymi w Szwajcarii⁹⁴. Dalszej dyskusji towarzyszyć muszą jednak pogłębione i interdyscyplinarne badania naukowe. W najbliższym czasie jest mało prawdopodobne, aby szwajcarski, niemiecki⁹⁵, a tym bardziej polski ustawodawca zdecydował się na taką rewolucję. Brak dla niej przede wszystkim akceptacji społecznej. Biorąc jednak pod uwagę dynamikę zmian społecznych, za którymi stara się podążać legislacja, nie sposób oczywiście całkowicie wykluczyć wprowadzenia takiego rozwiązania w przyszłości.

3. KONSENSUALNA ZMIANA OJCOSTWA

Alternatywnych kierunków zmian można poszukiwać w Niemczech, gdzie od kilku lat toczy się intensywna dyskusja dotycząca reformy przepisów określających pochodzenie dziecka⁹⁶. Grupa ekspertów, która została powołana przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów do przygotowania reformy prawa w tym zakresie, opowiada się w raporcie końcowym⁹⁷ między innymi za możliwością korekty domniemania prawnego ojcostwa męża matki w drodze prenatalnego uznania dziecka, które będzie możliwe za zgodą wszystkich zainteresowanych, to jest matki i jej męża oraz uznającego. Zakłada się przy tym, że dziecko nawiązuje relacje rodzinne dopiero po narodzeniu. Prenatalna zmiana ojca nie zagraża więc dobru dziecka; co więcej, narodzenie się dziecka może wpłynąć na proces decyzyjny. Dlatego propozycja zmiany nie ogranicza się jedynie do konsensualnego uznania dziecka w okresie prenatalnym, ale obejmuje również okres ośmiu tygodni po porodzie⁹⁸. Akceptując takie rozwiązanie, głębszej analizie należałoby jednak poddać proponowany okres, w którym zmiana ojcostwa byłaby możliwa. Konieczne wydaje się przeprowadzenie dokładnych badań, które – biorąc pod uwagę dobro dziecka – pomogą zweryfikować ten okres.

⁹¹ Art. 1–16, Children’s Law Reform Act, R.S.O. 1990, rozdział C.12, tekst jednolity z dnia 30 kwietnia 2018 r.

⁹² Art. 23–33, Family Law Act [SBC 2011], rozdział 25.

⁹³ Senate Bill no. 274 z dnia 4 października 2013 r., rozdział 564.

⁹⁴ I. Schwenzer, *Familienrecht...*, s. 995.

⁹⁵ Przeciwno wielorodzicielstwu prawnemu: MBJV, *Abstammungsbericht*, 2017, s. 75–77.

⁹⁶ M. Wellenhofer, (w:) *Münchener Kommentar...*, nb 17; MBJV, *Abstammungsbericht*, 2017, teza 16–18, s. 44–45.

⁹⁷ MBJV, *Abstammungsbericht*, 2017, teza 17, s. 44–45.

⁹⁸ MBJV, *Abstammungsbericht*, 2017, teza 18, s. 44–45.

Konsensualna zmiana ojcostwa ma liczne zalety; przede wszystkim znacznie uelastycznia zmianę afiliacji dziecka wynikającej ze stanu cywilnego matki i jest niezależna od często długotrwałych postępowań sądowych. W rezultacie zamiana ojcostwa zostaje uproszczona i przyspieszona. Takie rozwiązanie wychodzi naprzeciw potrzebom społecznym. W praktyce znajdzie ono przede wszystkim zastosowanie w sytuacjach, w których ojcostwo męża matki jest wykluczone lub mało prawdopodobne, w szczególności w przypadku długotrwałej separacji małżonków lub bezpłodności. Nie należy jednak zapominać, że proponowane rozwiązanie należy traktować jako wyjątek, który powinien być wąsko interpretowany i ograniczony do jednorazowej zmiany ojcostwa. Kolejna korekta afiliacji w tym trybie nie powinna być możliwa. Zagroza to bowiem bezpieczeństwu prawnemu oraz stabilności relacji rodzinnych. Takie ograniczenie stanowi skuteczną ochronę przed nadużyciami oraz nieprzemysłanymi decyzjami. Żądanie przedłożenia badań DNA dla potwierdzenia ojcostwa biologicznego jest wprawdzie możliwe, ale nie wydaje się to pożądane rozwiązanie⁹⁹; byłoby ono również niekompatybilne z innymi regulacjami i wymagałoby głębszych zmian legislacyjnych. Proponowane rozwiązanie nie zmniejsza poziomu bezpieczeństwa w stosunku do ustawowego domniemania ojcostwa męża matki.

IV. WNIOSKI

1. Budowanie prawnych relacji rodzinnych powinno odzwierciedlać realia społeczne. Należy dążyć do zapewnienia tożsamości ojcostwa prawnego i biologicznego. Ustawowo narzucona afiliacja dziecka oparta na zasadzie *pater est quem nuptiae demonstrant* powinna zostać uelastyczniona. Stan cywilny matki nie może w sposób absolutny determinować afiliacji dziecka.

2. Wyłączenie *ex lege* domniemania ojcostwa męża matki *tylko* w przypadku unieważnienia małżeństwa pozornego z obcokrajowcem, które skutkuje *ex tunc* prawnym osieroceniem dziecka i utratą przez niego obywatelstwa szwajcarskiego, jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania, ochroną praw nabytych, pewnością prawa i dobrem dziecka. Nie jest to również skuteczny mechanizm ochrony przed obejściem przepisów regulujących pobyt obcokrajowców. W poszukiwaniu inspiracji do koniecznych zmian warto wziąć pod uwagę niemieckie doświadczenie w rozwiązywaniu podobnych problemów.

3. W okresie prenatalnym oraz poporodowym korekta domniemanego ojcostwa powinna być możliwa w formie konsensualnej, a więc za zgodą wszystkich zainteresowanych stron. Zakreślenie terminu do zmiany ojcostwa powinno być oparte na wynikach interdyscyplinarnych badań naukowych.

⁹⁹ MBJV, *Abstammungsbericht*, 2017, s. 42.

4. Całkowita rezygnacja z domniemania ojcostwa męża matki i zastąpienie go rodzicielstwem intencyjnym jest koncepcją rewolucyjną, która – choć nie wydaje się bezwzględnie konieczna – to w praktyce może się sprawdzić, jeśli będzie to czynność społecznie akceptowalna i niezbyt sformalizowana.

5. Odejście od dwuosobowego modelu rodziców i wprowadzenie wielorodzicielstwa prawnego nie jest obecnie brane pod uwagę w Europie. Niezależnie od tego, że akceptacja społeczna dla tej koncepcji jest wysoce wątpliwa, to nie wydaje się, żeby była ona właściwym antidotum dla rodzinnych problemów afiliacyjnych, które zapewni dziecku bezpieczeństwo prawne i stabilność relacji rodzinnych.

REFERENCES

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, *Arbeitskreis – Abstammungsrecht – Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, Berlin 2017
- Di Cato Ch., (w:) M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth, M. Würdinger (Hrsg.), *Juris Praxiskommentar BGB*, t. 4: W. Viefhues (Hrsg.), *Familienrecht*, wyd. 9, Saarbrücken 2020
- Fankhauser R., Wüscher K., *Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes*, „Die Praxis des Familienrechts” 2008
- Geiser T., *Kind und Recht – von der sozialen zur genetischen Vaterschaft*, „Die Praxis des Familienrechts” 2009, nr 1
- Hegnauer C., *Anwendung der Ehelichkeitsvermutung auf nach der Scheidung geborene Kinder*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1993, nr 7/8
- Hegnauer C., *Das Familienrecht. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, t. 2, seria: A. Meier-Hayoz (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, wyd. 4, Bern 1984
- Hegnauer C., *Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts*, wyd. 5, Bern 1999
- Hegnauer C., *Zum Stand des vor Ablauf von 300 Tagen seit Auflösung der Ehe geborenen Kindes*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1991, nr 5
- Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2019
- Piotet P., *Kindesverhältnis zum Vater eines innerhalb von 300 Tagen seit Eheauflösung gezeugten und geborenen Kindes und eines während der Ehe gezeugten, aber erst nach Ablauf von 300 Tagen seit Eheauflösung geborenen Kindes*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1991, nr 5
- Reich J., (w:) P. Breitschmid, A. Jungo (Hrsg.), *Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, wyd. 3, Zürich 2016
- Rusch M., (w:) A. Büchler, D. Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar ZGB. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Basel 2012

- Rusch M., *Rechtliche Elternschaft. Rechtsvergleich und Reformvorschlag für die Schweiz*, Schriftenreihe zum Familienrecht, t. 13, Bern 2009
- Schwenzer I., Cottier M., (w:) T. Geiser, Ch. Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB*, wyd. 6, Basel 2018
- Schwenzer I., Dimsey M., *Model Family Code. From a Global Perspective*, Antwerpen–Oxford 2006
- Schwenzer I., *Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen*, „Die Praxis des Familienrechts” 2014, nr 4
- Siegenthaler T., *Statutsänderungen vor der Geburt des Kindes*, „Zeitschrift für Zivilstandswesen” 1987, nr 1
- Stehli C., (w:) J. Kren Kostkiewicz, S. Wolf, M. Amstutz, R. Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, wyd. 3, Zurich 2016
- Wolf S., Minnig Y., *Familienrecht*, Basel 2021
- Wudarski A., *Aktuelle Fragen des Familienrechts in Deutschland und in Polen im europäischen Kontext*, (w:) Ch. von Bar, A. Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, München 2012