

ARKADIUSZ WUDARSKI*

ZASKARŻENIE OJCOSTWA PRZEZ OJCA BIOLOGICZNEGO W PRAWIE NIEMIECKIM

A. REFLEKSJA WSTĘPNA

Polskie prawo rodzinne jest najbardziej zaniedbanym obszarem prawa cywilnego. Zapaść ta trwa od dawna i z czasem niestety się pogłębia. Po przełomie ustrojowym za priorytet uznano przede wszystkim dokonanie zmian w szeroko rozumianym prawie majątkowym, koncentrując się — skądinąd słusznie — na obszarach kluczowych dla gospodarki, w tym między innymi na prawie handlowym, finansowym czy bankowym. Zmiany objęły stopniowo wszystkie dziedziny prawa, choć w różnym stopniu, a wiele z nich zostało wymuszonych procesem akcesyjnym do Unii Europejskiej. W prawie rodzinnym można co najwyżej mówić o powolnej ewolucji¹, którą nierzadko charakteryzuje fragmentaryczność i przypadkowość. Skutki braku systemowego podejścia, pogłębionej analizy dogmatycznej oraz szerszej refleksji widać nie tylko w rozwiązaniach sprzed ponad pół wieku², lecz także w stosunkowo nowych instytucjach, których przydatność w praktyce okaza-

* Autor jest kierownikiem Katedry Polskiego i Europejskiego Prawa Prywatnego oraz Komparatystyki Prawa na Europejskim Uniwersytecie Viadrina we Frankfurcie nad Odrą oraz Katedry Prawa Cywilnego, Postępowania Cywilnego oraz Komparatystyki Prawa Prywatnego na Uniwersytecie w Zielonej Górze; publikacja w zakresie prawa niemieckiego prezentuje wybrane tezy wykładu habilitacyjnego wygłoszonego 31 stycznia 2018 r. na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Hamburgu.

¹ Kodeks rodzinny i opiekuńczy był nowelizowany 34 razy. Ostatnia zmiana z 16 maja 2019 r. weszła w życie 20 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1146).

² Przykładowo wskazać można regulacje dotyczące przesłanek rozwodowych (art. 56 k.r.o.), orzekanie o winie w wyroku rozwodowym (art. 57 k.r.o.) czy alimentacji między rozwiedzionymi małżonkami (art. 60 k.r.o.); zob. krytycznie A. Wudarski: *Wina w wyroku rozwodowym — konieczność czy anachronizm? Rozważania z perspektywy prawa niemieckiego* (w:) *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, red. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2017, s. 1277–1290; por. niejednorodny wyrok ETPC z 10 lipca 2017 r., nr 1955/10 *Babiarz v. Polska*.

ła się znikoma³. Jednocześnie w prawie rodzinnym brak jest wielu regulacji⁴, a istniejące rozwiązania nie zawsze są dostosowane do potrzeb zmieniającego się społeczeństwa⁵; co więcej, są one niesprawiedliwe i nie służą ani rodzinie, ani dobru dziecka. Wykładnia tej klauzuli generalnej jest zresztą dość swobodna, co prowadzi do rozbieżności⁶. Budzi to uzasadnione wątpliwości, które są szczególnie widoczne w przypadku kolizji interesów. W prawie rodzinnym konieczna jest szeroka oraz pogłębiona dyskusja naukowa w celu przesądzenia głównych kierunków zmian, a następnie wypracowanie rozwiązań szczegółowych. Nie sposób w niej pominąć badań prawnoporównawczych, choć trzeba przy tym pamiętać o tle historycznym i ustrojowym oraz specyfice społecznej i kulturowej naszego kraju. Przy reformie polskiego prawa rodzinnego szczególnie przydatna okazać się może analiza prawa niemieckiego. W ostatnim czasie zaszło tam bowiem wiele istotnych zmian. Niezależnie od ich oceny są one prawie niezauważalne w polskiej literaturze naukowej.

B. CEL I ZAKRES ANALIZY

Artykuł dotyczy pozycji prawnej ojca biologicznego niebędącego jednocześnie ojcem prawnym⁷. Jego zakres ogranicza się jednak — ze względu na ramy publikacji — jedynie do wąskiego wycinka tej problematyki. Analiza dotyczy prawa ojca biologicznego do zaskarżenia ojcostwa prawnego i jest przeprowadzona na gruncie prawa niemieckiego, które reguluje tę kwestię w § 1600 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 2

³ Dotyczy to chociażby separacji prawnej (art. 61¹–61⁶ k.r.o.) czy rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków (art. 51²–51⁵ k.r.o.).

⁴ Np. brak regulacji zapewniającej ojcu biologicznemu kontakt z dzieckiem (por. art. 113–113⁶ k.r.o.), co jest sprzeczne z orzecznictwem ETPC; zob. wyroki ETPC z 21 grudnia 2010 r., nr 20578/07 *Anayo v. Niemcy*, a także z 15 września 2011 r., nr 17080/07 *Schneider v. Niemcy*; brak przepisów chroniących poszczególnych członków rodziny; brak regulacji związków partnerskich.

⁵ Za przykłady mogą posłużyć: 1) domniemanie ojcostwa męża matki, w szczególności brak możliwości uznania dziecka przez ojca biologicznego za zgodą matki i jej męża bez konieczności wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa (zob. art. 62 k.r.o.); 2) uniezależnienie biegu terminu do zaprzeczenia ojcostwa przez męża matki od powzięcia wątpliwości co do pochodzenia dziecka (art. 63 k.r.o.); zob. uwagi krytyczne i prawnoporównawcze A. Wudarskiego: *Ustalenie i weryfikacja pochodzenia a poczucie jakości życia. Zagadnienia wybrane w ujęciu prawnoporównawczym*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2014, z. 2, s. 285–322, ocena polskiej regulacji s. 312 i n.; 3) uzależnienie ważności małżeństwa od przekazania przez duchownego zaświadczenia do urzędu stanu cywilnego w terminie zawitym pięciu dni (art. 8 § 3 k.r.o.); postanowienie SN z dnia 16 listopada 2005 r., V CK 325/05, LEX nr 785283; zob. uwagi krytyczne i prawnoporównawcze A. Wudarskiego: *Aktuelle Fragen des Familienrechts in Deutschland und in Polen im europäischen Kontext (w:) Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, Hrsg. Ch. von Bar, A. Wudarski, München 2012, s. 570 i n.

⁶ Widać to na przykładzie braku transparentności i nieefektywności systemu alimentacji, w ramach którego wysokość alimentów oparta jest wyłącznie na klauzulach generalnych.

⁷ O rozróżnieniu terminologicznym pojęcia ojcostwa prawnego i biologicznego, a także genetycznego oraz społecznego w prawie niemieckim zob. D. Schwab: *Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie*, Zeitschrift für Familienforschung 2011, Sonderheft 8, s. 43 i n.

i 3 BGB⁸. Takie rozwiązanie jest obce naszemu prawu rodzinnemu. W Polsce ojciec biologiczny, który nie jest ojcem prawnym, nie ma możliwości wniesienia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa. Może on jedynie — za zgodą matki — uznać ojcostwo (art. 73 § 1 k.r.o.⁹) lub wystąpić o jego sądowe ustalenie (art. 84 § 1 k.r.o.). Jest to jednak dopuszczalne tylko wtedy, gdy dziecko nie ma ojca prawnego. Nie dotyczy to więc dziecka, które rodzi się w małżeństwie i tym samym jest objęte domniemaniem prawnym, wskazującym, że jego ojcem jest mąż matki (art. 62 § 1 zd. 1 k.r.o.). Polska regulacja budzi wiele wątpliwości i pozostawia otwarte pytania, na które warto poszukiwać odpowiedzi z perspektywy prawnoporównawczej. Celem badań jest zatem weryfikacja trafności niemieckich rozwiązań pod względem teleologicznym oraz systemowym, a następnie ocena możliwości ich wykorzystania w ramach reformy polskiego prawa rodzinnego. Analiza niemieckiej regulacji będzie przeprowadzona z perspektywy kolizji prawnie chronionych interesów, w szczególności prawa do poznania własnej tożsamości, ochrony rodziny, praw ojca oraz dobra dziecka.

C. RAMY PRAWNE

Niemieckie prawo rodzinne stanowi integralną część kodeksu cywilnego (BGB). Na całość składają się 624 paragrafy umiejscowione w księdze czwartej (§ 1297–1921 BGB). Już sama liczba norm prawnych sygnalizuje daleko idące odmienności systemowe i uwidacznia różnice w zakresie szczegółowości regulacji w stosunku do polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Kodeks cywilny jest przy tym podstawowym, ale oczywiście nie jedynym źródłem prawa. Zagadnienia procesowe dotyczące spraw rodzinnych uregulowane są w ustawie z dnia 17 grudnia 2008 r. (FamFG¹⁰). Do rodziny odnosi się również art. 6 niemieckiej ustawy zasadniczej (GG¹¹). W badaniach uwzględniono oczywiście nie tylko doktrynę, lecz także orzecznictwo sądowe, w tym przede wszystkim orzecznictwo Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof — BGH¹²) oraz Federalnego Sądu Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht — BVerfG¹³). Szczególne doniosłe znaczenie dla zmian zachodzących w niemieckim prawie rodzinnym ma również

⁸ Ustawa z 18 sierpnia 1896 r. — Bürgerliches Gesetzbuch, w brzmieniu z 2 stycznia 2002 r. (BGBl. I s. 42, 2909; 2003 I, s. 738), ostatnio zmieniona przez art. 7 ustawy z 31 stycznia 2019 r. (BGBl. I s. 54).

⁹ Ustawa z 25 lutego 1964 r. — Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.).

¹⁰ Ustawa z 17 grudnia 2008 r. — Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BGBl. I s. 2586, 2587, ostatnio zmieniona przez art. 13 ustawy z 18 grudnia 2018 r. (BGBl. I s. 2639).

¹¹ Ustawa z 23 maja 1949 r. — Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (BGBl. III nr 100–1), tekst jednolity, ostatnio zmieniony przez art. 1 ustawy z 28 marca 2019 r. (BGBl. I s. 404).

¹² Zob. www.bundesgerichtshof.de.

¹³ Zob. www.bundesverfassungsgericht.de.

dorobek Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC). Odmienności słownictwa są zamierzone i wynikają ze specyfiki prawa niemieckiego.

D. ZASKARŻALNOŚĆ

1. DOPUSZCZALNOŚĆ

Jeszcze stosunkowo niedawno ojciec biologiczny nie miał w Niemczech możliwości zaskarżenia ojcostwa prawnego¹⁴. Była to świadoma decyzja niemieckiego ustawodawcy¹⁵. Całkowite wyłączenie ojca biologicznego z kręgu osób uprawnionych do zaskarżenia ojcostwa zostało jednak zakwestionowane i w konsekwencji uznane za sprzeczne z konstytucją (art. 6 ust. 2 zd. 1 GG)¹⁶. U podstaw takiego rozstrzygnięcia legło między innymi przekonanie, że dążenie ojca biologicznego do przejęcia odpowiedzialności prawnej za dziecko podlega ochronie konstytucyjnej¹⁷. Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wymusiło zmiany legislacyjne, w wyniku których domniemany ojciec biologiczny uzyskał — od maja 2004 r. — prawo zaskarżenia ojcostwa prawnego¹⁸. W odniesieniu do określonych sytuacji zmiana ta była zresztą od dawna postulowana w piśmiennictwie¹⁹. Nowa regulacja nie zrównała jednak pozycji prawnej ojca biologicznego i prawnego.

2. ODMIENNOŚCI

Roszczenie ojca biologicznego jest — w porównaniu z ojcem prawnym — pod wieloma względami odmiennie uregulowane. Różnica jest widoczna nie tylko w przesłankach materialnoprawnych, lecz także w przebiegu postępowania sądowego oraz w skutkach prawnych. Ojciec biologiczny ma przede wszystkim znacznie ograniczoną możliwość zaskarżenia ojcostwa. W odróżnieniu od ojca prawnego nie leży to wyłącznie w jego gestii, ale jest uzależnione od spełnienia dodatkowych przesłanek. Ograniczenia czasowe zaskarżenia są przy tym tylko pozornie takie same jak dla ojca prawnego. Samo

¹⁴ Do 30 kwietnia 2004 r. prawo niemieckie nie dawało ojcu biologicznemu żadnych możliwości do zaskarżenia ojcostwa.

¹⁵ Druk parlamentarny — BT-Drucksache (BT-Drs.) nr 13/4899, s. 57–58.

¹⁶ BVerfG z 9 kwietnia 2003 r., 1 BvR 1493/93, 1 BvR 1724/01, *Neue Juristische Wochenschrift* (dalej: NJW) 2003, s. 2151–2158.

¹⁷ BVerfG z 9 kwietnia 2003 r., 1 BvR 1493/93, 1 BvR 1724/01, *Juris* nb 65.

¹⁸ § 1600 ust. 1 pkt 2 i ust. 2–3 BGB; zmiany wprowadzono ustawą z 23 kwietnia 2004 r. (*Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern*), BGBl. I 2004, s. 598.

¹⁹ Było to zresztą — przynajmniej dla określonych sytuacji — od dawna postulowane w doktrynie niemieckiej: D. Coester-Waltjen: *Familienrecht*, München 2010, § 52 V, s. 625, przyp. 250.

pokrewieństwo genetyczne też nie jest wystarczające. Między dzieckiem a ojcem prawnym nie może istnieć więź społeczno-rodzinna (*sozial-familiäre Beziehung*), a jeżeli ojciec nie żyje, to rozstrzygające znaczenie ma więź istniejąca w chwili jego śmierci²⁰. Ojciec biologiczny musi ponadto złożyć pod przysięgą oświadczenie, że w okresie koncepcyjnym obcował z matką dziecka²¹. Skuteczne zaskarżenie ojcostwa jest jednak zawsze uzależnione od tego, czy wnioskodawca rzeczywiście jest ojcem biologicznym²².

3. KOLEJNOŚĆ DOWODÓW

Wymienione przesłanki mają charakter kumulacyjny²³. Jeśli więc choć jedna z nich nie zostanie spełniona, wniosek²⁴ ojca biologicznego o zmianę ojcostwa prawnego zostanie oddalony. Może to pociągnąć za sobą niepożądane skutki prawne. Kluczowe znaczenie dla ochrony rodziny i dobra dziecka mają w takim przypadku zakres oraz kolejność przeprowadzenia dowodów²⁵. Turbulencji należy spodziewać się w szczególności wtedy, gdy ojcostwo biologiczne wnioskodawcy nie zostanie potwierdzone, a jednocześnie wykaże się, że dziecko nie jest biologicznie spokrewnione z ojcem prawnym. Nie pozostaje to zazwyczaj bez konsekwencji dla stosunków rodzinnych i nierzadko prowadzi do rozpadu małżeństwa. Na tej podstawie ojciec prawny może też w odrębnym postępowaniu dochodzić zaprzeczenia ojcostwa. Zerwanie więzi prawnych z dzieckiem bez zapewnienia mu nowego wsparcia ojcowskiego jest sytuacją, której ustawodawca chce oczywiście uniknąć. W pierwszej kolejności należy zatem sprawdzić ojcostwo wnioskodawcy, a nie weryfikować pokrewieństwo biologiczne ojca prawnego. Ponadto badanie więzi rodzinnej łączącej ojca prawnego z dzieckiem wydaje się działaniem mniej inwazyjnym. Jeśli pojawią się w tym zakresie wątpliwości, sąd powinien przeprowadzić postępowanie dowodowe z urzędu. Wskazanie takich wątpliwości leży jednak w gestii ojca biologicznego. Nie musi on wprowadzić przeprowadzić dowodu obalającego domniemanie prawne, ale nie może się też ograniczyć do samego stwierdzenia braku więzi rodzinnych. Cięży na nim obowiązek przynajmniej uprawdopodobnienia trafności swojego stanowiska²⁶. Jeśli nie uda mu się tego zrobić, sąd

²⁰ § 1600 ust. 2 BGB.

²¹ § 1600 ust. 1 nr 2 BGB.

²² § 1600 ust. 2 *in fine* BGB.

²³ M. Nickel, Ch. Di Cato (w:) *Juris Praxiskommentar BGB*, Hrsg. M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth, M. Würdinger, t. 4, *Familienrecht*, Hrsg. W. Viefhues, <www.juris.de>, 8. Aufl., Saarbrücken 2017 (Juris PK-BGB), § 1600, nb 40.

²⁴ Postępowanie w zakresie ustalenia pochodzenia wszczynane jest na wniosek (§ 171 ust. 1 FamFG); dotyczy to też wszystkich innych postępowań w sprawach rodzinnych. Od wejścia w życie FamFG pozew został zastąpiony przez wniosek; zob. § 113 ust. 5 nr 2 FamFG.

²⁵ D. Coester-Waltjen: *Familienrecht*, *op. cit.*, § 52 V, s. 626 i n.

²⁶ BGH z 6 grudnia 2006 r., XII ZR 164/04, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht* (dalej: FamRZ) 2007, s. 541, Juris nb 37.

powinien powstrzymać się od powołania biegłego w celu weryfikacji więzi biologicznych²⁷. Przy ustalaniu kolejności dowodzenia należy zawsze kierować się zasadą proporcjonalności i unikać zbędnego naruszenia konstytucyjnej zasady ochrony życia rodzinnego²⁸. Sąd ma więc ograniczoną swobodę w ustaleniu kolejności weryfikacji przesłanek ustawowych²⁹.

4. UPRAWNIENIE

Ojciec biologiczny jest uprawniony, ale nie zobowiązany, do zaskarżenia ojcostwa prawnego. Nałożenie takiego obowiązku nie było celem ustawodawcy. Nie wynika on również z orzecznictwa Federalnego Sądu Konstytucyjnego³⁰. Ojciec biologiczny nie może być zatem do tego zmuszony, nawet wtedy, gdy jego więzi biologiczne z dzieckiem są bezsporne. Jego beczynność nie jest traktowana w orzecznictwie jako zachowanie sprzeczne z dobrymi zwyczajami. Niebiologicznemu ojcu prawnemu nie przysługuje w takiej sytuacji roszczenie o naprawienie szkody³¹.

E. WIĘŹ SPOŁECZNO-RODZINNA

W prawie niemieckim podstawowe znaczenie dla możliwości zaskarżenia ojcostwa przez ojca biologicznego ma pojęcie „więź społeczno-rodzinna”. Zostało ono w ustawie jedynie określone ogólnie³². Widać jednak wyraźnie, że wyważenie kolidujących interesów następuje najpierw na korzyść ojca prawnego. Jeśli bowiem między nim a dzieckiem istnieje więź społeczno-rodzinna, to droga ojca biologicznego do zaskarżenia ojcostwa jest zamknięta³³. Ustawodawca utożsamia istnienie takiej więzi z przejściem faktycznej odpowiedzialności za dziecko³⁴. Co więcej, zakłada, że ma to z reguły miejsce, jeśli ojciec prawny jest mężem matki dziecka lub zamieszkuje z dzieckiem przez dłuższy czas we wspólnym gospodarstwie domowym³⁵. Takie za-

²⁷ Jest to zgodne z art. 6 ust. 2 GG oraz art. 8 EKPC; M. Nickel, Ch. Di Cato: *JurisPK-BGB*, 2017, § 1600, nb 43.

²⁸ Art. 6 ust. 1 GG.

²⁹ Por. BVerfG z 19 listopada 2014 r., 1 BvR 2843/14, *FamRZ* 2015, s. 119–121, *Juris* nb 13.

³⁰ Zob. BVerfG z 9 kwietnia 2003 r., 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01, *FamRZ* 2003, s. 816–825; Sąd Krajowy (Landgericht — LG) Saarbrücken z 15 kwietnia 2008 r., 9 O 320/07, *FamRZ* 2009, s. 124–126, *Juris* nb 35.

³¹ M. Nickel, Ch. Di Cato: *JurisPK-BGB*, 2017, § 1600, nb 49; LG Saarbrücken z 15 kwietnia 2008 r., 9 O 320/07 — *FamRZ* 2009, s. 124–126, *Juris* nb 34.

³² § 1600 ust. 3 BGB.

³³ BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, *FamRZ* 2018, s. 275–278, *Juris* nb 22; BGH z 6 grudnia 2006 r., XII ZR 164/04, *FamRZ* 2007, s. 540, *Juris* nb 30.

³⁴ § 1600 ust. 3 zd. 1 BGB. Regulacja ta bezpośrednio nawiązuje do wytycznych Federalnego Sądu Konstytucyjnego, który w orzeczeniu z 9 kwietnia 2003 r. (1 BvR 1493/93, 1 BvR 1724/01, *NJW* 2003, s. 2151–2158) utożsamia więzi społeczne z przejściem faktycznej odpowiedzialności za dziecko: *Elternverantwortung* (C.I.2.b, *NJW* s. 2153), *sozial-familiäre, dauerhafte Verantwortungsgemeinschaft* (C.I.4, 5a), *NJW* s. 2154); zob. BT-Drs. nr 15/2253, s. 11.

³⁵ § 1600 ust. 3 zd. 2 BGB.

łożenie odpowiada doświadczeniu życiowemu, ale jest oczywiście wzruszalne³⁶. Istnienie samego małżeństwa nie stanowi zatem bezwzględnej przeszkody wyłączającej zaskarżenie ojcostwa. Sądowi pozostawiono tutaj możliwość indywidualnego podejścia uwzględniającego wszystkie okoliczności stanu faktycznego, co może mieć znaczenie w szczególności w przypadku tzw. małżeństw fikcyjnych czy separacji małżonków³⁷. Ojciec prawny nie musi jednak obawiać się utraty swojego statusu, jeśli rzeczywiście wykonuje swoją władzę rodzicielską (lub wykonywał ją w chwili śmierci).

Regulację ustawową doprecyzowuje orzecznictwo. Faktyczne przejęcie odpowiedzialności za dziecko może mieć miejsce również wtedy, gdy ojciec prawny nie był mężem matki i nigdy nie mieszkał razem z dzieckiem³⁸. Nie stoi temu na przeszkodzie w szczególności pozostawanie ojca prawnego w związku małżeńskim z inną kobietą i prowadzenie z nią oraz pochodzącymi z tego związku dziećmi wspólnego gospodarstwa domowego³⁹. Takie relacje rodzinne nie są dzisiaj w (niemieckim) społeczeństwie rzadkością. Relacje z matką dziecka nie mają tutaj znaczenia. Ważne jest natomiast właściwe wypełnianie obowiązków opiekuńczo-wychowawczych w stosunku do dziecka, w szczególności regularne utrzymywanie z nim kontaktów, dbanie o jego rozwój i wykształcenie⁴⁰. Za istnieniem więzi społeczno-rodziny mogą przemawiać jeszcze inne, dodatkowe względy, na przykład uznanie ojcostwa, nadanie mu własnego nazwiska, wykonywanie wspólnie z jego matką władzy rodzicielskiej czy regularne wywiązywanie się ze świadczeń alimentacyjnych⁴¹. Aspekty finansowo-formalne nie są jednak przesądzające. Celem regulacji nie jest bowiem ochrona fikcyjnych relacji rodzinnych istniejących tylko „na papierze”. Więzy społeczno-rodziny muszą faktycznie istnieć⁴². Przy ich ustalaniu należy skorzystać z pomocy urzędu do spraw młodzieży (Jugendamt)⁴³. Za niewystarczające uważa się w szczególności istnienie jedynie stosunku zaufania, który jest charakterystyczny dla relacji między krewnymi czy przyjaciółmi i który łączy także z reguły dziecko z opiekunką⁴⁴. Istotne jest wykonywanie typowych praw i obowiązków rodzicielskich⁴⁵. Kluczowe są więc aktualne i rzeczywiste stosunki, w tym konkretne świadczenia opiekuńcze⁴⁶.

³⁶ BGH z 6 grudnia 2006 r., XII ZR 164/04, FamRZ 2007, s. 541, Juris nb 33–34.

³⁷ BT-Drs. nr 15/2253, s. 11.

³⁸ Por. Wyższy Sąd Krajowy (Oberlandesgericht — OLG) Hamm z 11 lutego 2016 r., II 12 UF 244/14, FamRZ 2016, s. 1187–1188, Juris nb 23.

³⁹ OLG Hamm z 4 stycznia 2016 r., II 12 UF 145/15, FamRZ 2016, s. 1185–1187, Juris nb 20.

⁴⁰ BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, FamRZ 2018, s. 277, Juris nb 18.

⁴¹ OLG Hamm z 4 stycznia 2016 r., II 12 UF 145/15, FamRZ 2016, s. 1185–1187, Juris nb 21; M. Nickel, Ch. Di Cato: JurisPK-BGB, 2017, § 1600, nb 42.1.

⁴² OLG Hamm z 11 lutego 2016 r., 12 UF 244/14, FamRZ 2016, s. 1187–1188, Juris nb 27.

⁴³ BGH z 6 grudnia 2006 r., XII ZR 164/04, FamRZ 2007, s. 541, Juris nb 38; M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg, t. 9, *Familienrecht*, 7. Aufl., Hrsg. D. Schwab, München 2017, § 1600, nb 30.

⁴⁴ OLG Hamm z 11 lutego 2016 r., 12 UF 244/14, FamRZ 2016, s. 1187–1188, Juris nb 24.

⁴⁵ OLG Hamm z 11 lutego 2016 r., 12 UF 244/14, FamRZ 2016, s. 1187–1188, Juris nb 24; por. OLG Stuttgart z 23 września 2010 r., 16 UF 107/10, ZAR 2011, s. 68, Juris nb 32.

⁴⁶ OLG Hamm z 11 lutego 2016 r., Juris nb 28.

Minimalny okres wymagany do powstania więzi społeczno-rodzinnej nie jest ustawowo określony. Jest to świadoma decyzja ustawodawcy, który zrezygnował z doprecyzowania pojęcia zamieszkania z dzieckiem przez dłuższy czas⁴⁷ we wspólnym gospodarstwie domowym. Ustawodawca pozostawił wykładnię tego pojęcia praktyce⁴⁸. W doktrynie rozważa się okres od sześciu miesięcy do dwóch lat⁴⁹. Jeśli jednak uwzględni się różną intensywność relacji, to określenie jednego terminu nie jest ani wskazane, ani też możliwe⁵⁰. Ocena więzi społeczno-rodzinych pozostaje więc w gestii sądu. Za moment miarodajny do ich oceny przyjmuje się termin ostatniej ustnej rozprawy⁵¹. Nie wystarczą zatem bliskie relacje, które łączyły ojca prawnego z dzieckiem w przeszłości, jeśli nie odpowiadają one aktualnym stosunkom rodzinnym⁵². Sąd nie ma też obowiązku badać prognozy więzi społeczno-rodzinnej⁵³. W orzecznictwie uznaje się wyjątkowo za miarodajny również termin rozpoczęcia postępowania sądowego, jeśli ojciec prawny wraz z matką celowo (o ponad rok) przedłuża postępowanie, aby w tym czasie nawiązać więź społeczno-rodzinną z dzieckiem, podczas gdy wcześniej taka więź łączyła dziecko z jego biologicznym ojcem⁵⁴.

Otwarte pozostaje przy tym pytanie, czy więź społeczno-rodzinna może powstać również w okresie prenatalnym, a więc jeszcze przed narodzeniem się dziecka. Odpowiedź negatywna rodzi kolejne pytanie dotyczące dopuszczalności zaskarżenia (domniemania) ojcostwa przez ojca biologicznego i to nie tylko w okresie prenatalnym, lecz także bezpośrednio po porodzie. Takie rozwiązanie byłoby jednak trudne do przyjęcia na gruncie obowiązującej regulacji. Jest ono bowiem niespójne z innymi normami, a także sprzeczne z wykładnią celowościową. Należy bowiem pamiętać, że zaskarżalność ojcostwa prawnego przez ojca biologicznego ma charakter wyjątkowy, a jej celem na pewno nie jest destabilizacja życia rodzinnego i to w tak szczególnej sytuacji, w której więź rodzinna — z przyczyn obiektywnych i niezależnych od woli rodziców prawnych — nie istnieje. Ponadto jest to rozwiązanie, które koliduje z czasowymi ograniczeniami, w tym ustawowo określonym terminem do zaskarżenia ojcostwa, którego bieg nie może rozpocząć się przed urodzeniem się dziecka⁵⁵.

⁴⁷ Takim samym, nieokreślonym pojęciem *längere Zeit* posługuje się niemiecki ustawodawca również w innych przepisach kodeksu cywilnego; por. § 1630 ust. 3, § 1632 ust. 4, § 1682, § 1685 ust. 2 BGB.

⁴⁸ BT-Drs. nr 15/2253, s. 11.

⁴⁹ T. Helms: Gutachten F zum 71. DJT F 68; por. M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 1600, nb 28.

⁵⁰ A. Sanders: *Was ist eine Familie? — Der EGMR und die Mehrelternschaft*, NJW 2017, s. 926.

⁵¹ OLG Hamm z 20 lipca 2016 r., 12 UF 51/16, FamRZ 2016, s. 2135–2137, Juris nb 22; BVerfG z 24 lutego 2015 r., 1 BvR 562/13, FamRZ 2015, s. 818, nb 10; BGH z 18 października 2017 r., XII ZB 525/16, FamRZ 2018, s. 41, Juris nb 12; jednocześnie ETPC uznał, że przy zmianie więzi rodzinnych rozsądne może okazać się sprawdzenie, które więzi społeczne (aktualne czy wcześniejsze) lepiej odpowiadają dobru dziecka; wyrok ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, FamRZ 2016, s. 437–438, Juris nb 27.

⁵² BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, FamRZ 2018, s. 277, Juris nb 19–20; w tym kierunku też wyrok ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 27, FamRZ 2016, s. 437–438.

⁵³ BVerfG z 24 lutego 2015 r., 1 BvR 562/13, FamRZ 2015, s. 818, nb 10; M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 1600, nb 22.

⁵⁴ OLG Karlsruhe z 21 stycznia 2010 r., 2 UF 69/08, FamRZ 2010, s. 1175–1176, nb 25, 28.

⁵⁵ § 1600b ust. 2 zd. 1 BGB.

F. ZERWANIE WIĘZI A OGRANICZENIA CZASOWE

Nie każda więź społeczno-rodzinna ma jednak charakter trwały i z biegiem czasu może ulec zmianie. Uzasadnia to pytanie, czy jej zerwanie otwiera (nową) możliwość zaskarżenia ojcostwa. Jeśli sąd oddali wniosek ojca biologicznego, to ponowne jego złożenie jest niedopuszczalne, ponieważ narusza bezpieczeństwo prawne⁵⁶. Bezskuteczne (przedwczesne) zaskarżenie prowadzi zatem bezpowrotnie do utraty prawa. Skoro ojciec biologiczny ma tylko jedno „podejście”, to musi dokładnie rozważyć, kiedy warto z niego skorzystać. Następce zerwanie więzi rodzinnych nie zmieni bowiem jego sytuacji prawnej, jeśli kwestia ta została już prawomocnie rozstrzygnięta. Zaprzeczenie ojcostwa powinno więc być poprzedzone dokładną analizą więzi rodzinnych łączących ojca prawnego z dzieckiem. W praktyce może się to jednak okazać dla ojca biologicznego niezwykle trudnym zadaniem.

Upływ czasu nie działa przy tym na jego korzyść. Zaskarżenie ojcostwa jest bowiem ograniczone w czasie (§ 1600b BGB)⁵⁷. Termin do zaskarżenia ojcostwa wynosi dwa lata i biegnie od momentu dowiedzenia się o okolicznościach⁵⁸ wskazujących na błędną afiliację dziecka⁵⁹. Ograniczenia czasowe dla ojca biologicznego są więc takie same jak dla ojca prawnego. Jest to jednak jedynie pozorne podobieństwo. Kluczowe znaczenie ma tutaj bieg terminu, który nie jest zawieszony w okresie trwania więzi rodzicielskiej łączącej ojca prawnego z dzieckiem. W tym czasie ojciec biologiczny jest więc ustawowo skazany na bezczynność. Pozostaje mu jedynie czekać i liczyć na ustanie więzi społeczno-rodzinnych jeszcze przed upływem terminu zaskarżenia⁶⁰. Takie rozwiązanie jest świadomą decyzją ustawodawcy i wynika wprost z treści ustawy (§ 1600b ust. 1 zd. 2 cz. 2 BGB). Należy jednak uznać, że jest ono z kilku względów chybione.

Może się przecież okazać, że w dniu, w którym ojciec prawny zrywa więzi rodzinne, termin do zaskarżenia już upłynął. W takiej sytuacji ojciec biologiczny nie może dokonać korekty ojcostwa. Jeśli wiedział o swoim ojcostwie w dniu porodu, to traci uprawnienie już po dwóch latach od urodzenia się dziecka. Prawo do zaskarżenia ojcostwa okazuje się więc jedynie pozorne. Skorzystanie z niego nie

⁵⁶ BT-Drs. 15/2253 s. 11; M. Nickel, Ch. Di Cato: JurisPK-BGB, 2017, § 1600, nb 46; krytycznie o tym wypowiada się i reprezentuje odmienny pogląd M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, op. cit., § 1600, nb 26.

⁵⁷ Szerzej A. Wudarski: *Ustalenie i weryfikacja...*, op. cit., s. 303 i n.

⁵⁸ Chodzi o takie okoliczności, które mają charakter obiektywny i dają podstawę do przyjęcia, że dziecko nie pochodzi od ojca prawnego. Subiektywne wątpliwości co do pochodzenia dziecka są istotne tylko wtedy, gdy z punktu widzenia rozsądnego obserwatora są uzasadnione; M. Nickel, Ch. Di Cato: JurisPK-BGB, 2017, § 1600b, nb 18, zob. też nb 19; przykłady okoliczności, które mogą wywołać uzasadnione wątpliwości co do właściwego określenia ojcostwa wraz z orzecznictwem, zob. M. Nickel, Ch. Di Cato: JurisPK-BGB, 2017, § 1600b, nb 20.

⁵⁹ § 1600b ust. 1 zd. 1 i 2 cz. 1 BGB.

⁶⁰ Tak też w odniesieniu do zastąpienia ojca biologicznego przez partnera matki: J. Hager: *Der rechtliche und der leibliche Vater* (w:) *Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*, Hrsg. S. Hofer, D. Klippel, U. Walter, Gieseking Verlag 2005, s. 777.

jest zależne od woli samego uprawnionego, ale jest uwarunkowane okolicznościami, na które nie ma on żadnego wpływu. To zaskakujące rozwiązanie, które nie przewiduje „wentylu bezpieczeństwa”⁶¹, nie uwzględnia dobra dziecka i całkowicie lekceważy interes ojca biologicznego. Uzasadnienia dla tak daleko idącego ograniczenia próbuje się poszukiwać w potrzebie zachowania stabilności stosunków rodzinnych. Istnieje jednak wątpliwość, czy kolidujące ze sobą interesy zostały tutaj na pewno właściwie wyważone. Zaskakujące jest również to, że termin biegnie niezależnie od tego, czy ojciec biologiczny wiedział o więzi rodzinnej łączącej ojca prawnego z dzieckiem, czy też był świadomy jej braku. Dla biegu terminu nie ma również znaczenia błędna ocena obiektywnych okoliczności, w szczególności błędne założenie własnego ojcostwa prawnego. Jego dotychczasowe więzi z dzieckiem pozostają przy tym bez żadnego znaczenia.

Nie ma przeszkód, żeby zaskarżenie ojcostwa przez ojca biologicznego uregulować bardziej elastycznie i pod pewnymi warunkami dopuścić je również po upływie regularnego okresu zaskarżenia. Jeśli dojdzie więc do następczego i trwałego zerwania więzi społeczno-rodzinnych między dzieckiem a ojcem prawnym, to ojciec biologiczny powinien mieć realną możliwość przejęcia prawnej odpowiedzialności za dziecko. Poszukując optymalnego rozwiązania, warto przede wszystkim rozważyć zawieszenie biegu terminu zaskarżenia w okresie trwania więzi rodzinnej z ojcem prawnym. Kompromisowe, choć wymagające pogłębionej refleksji, rozwiązanie mogłoby polegać na ograniczeniu zawieszenia biegu terminu jedynie do ukończenia przez dziecko określonego wieku. Wskazanie odpowiedniej granicy wieku powinno być w takim przypadku poprzedzone wnikliwymi badaniami interdyscyplinarnymi. Dodatkowo możliwość zaskarżenia mogłaby być uzależniona od wykazania istnienia pierwotnego i poważnego zainteresowania dzieckiem. Może się ono przejawiać w różny sposób, między innymi w regularnych kontaktach czy też w korzystaniu z prawa do informacji o rozwoju dziecka. Realizacja tych uprawnień (§ 1686a BGB) może jednak okazać się problematyczna. Praktyka pokazuje bowiem, że matki często robią wszystko, co tylko możliwe, aby trzymać ojca biologicznego na dystans. Przy orzekaniu należy zatem uwzględnić wszelkie okoliczności danego przypadku.

Podsumowując, obowiązujące ojca biologicznego ograniczenia czasowe mogą prowadzić do aksjologicznych dylematów i społecznie trudno akceptowalnych rozwiązań. Ustawodawca niemiecki powinien zapewnić lepszą ochronę interesu ojca biologicznego i dać mu realną możliwość zmiany afiliacji dziecka, o ile nie naruszy to jego dobra i nie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

⁶¹ Tymczasem nie można przecież wykluczyć sytuacji, w których taki „wentyl bezpieczeństwa” (klauzula generalna dająca możliwość indywidualnej oceny stany faktycznego, z której można byłoby skorzystać w sytuacjach wyjątkowych) byłby bardzo potrzebny, chociażby w przypadku porzucenia małego dziecka przez ojca prawnego tuż po upływie terminu zaskarżenia.

G. PODWÓJNE OJCOSTWO SPOŁECZNE

W tym kontekście należy również rozważyć, czy więź społeczno-rodzinna między dzieckiem a ojcem prawnym zawsze powinna blokować możliwość zaskarżenia ojcostwa⁶². Przecież również ojciec biologiczny może mieć bliską więź uczuciową z dzieckiem. Jak zatem postępować w sytuacji, w której obu ojców łączy z dzieckiem więź społeczno-rodzinna? Niemiecki ustawodawca skupił się jedynie na więzi ojca prawnego i nie przewidział podwójnego ojcostwa społecznego. Kwestia ta nie została więc uregulowana. Powyższy problem pojawił się w orzecznictwie. Wyższy Sąd Krajowy w Hamm doszedł do wniosku, że więź społeczno-rodzinna dziecka z ojcem prawnym nie stanowi przeszkody do zaskarżenia ojcostwa, jeśli ojciec biologiczny utrzymuje z dzieckiem więzi społeczno-rodzinne i wraz z nim oraz matką tworzy rodzinę, prowadząc wspólne gospodarstwo domowe⁶³. Sąd próbował zatem rozwiązać problem w drodze wykładni zawężającej treść normy ustawowej (§ 1600 ust. 2 BGB). Argumentacji tej nie podzielił jednak Sąd Najwyższy, który uznał brzmienie normy prawnej za jednoznaczne i wykluczył możliwość uwzględnienia więzi społeczno-rodzinnej między dzieckiem a ojcem biologicznym⁶⁴. Znaczenia nie mają również relacje społeczno-rodzinne łączące rodziców prawnych dziecka ani relacje między dzieckiem a matką. Ustawa nakazuje uwzględnić tylko więzi dziecka z ojcem prawnym⁶⁵. A zatem również więzi między matką dziecka a biologicznym ojcem nie są brane pod uwagę. Wbrew ocenie Wyższego Sądu Krajowego w Hamm do tego samego wniosku prowadzić mają wykładnia historyczna i teleologiczna⁶⁶. Warto jednak podkreślić, że Sąd Najwyższy pozostawił otwartą kwestię, czy istniejące rozwiązanie ustawowe jest właściwe czy też powinno być zmienione, a więc czy należy wzmocnić pozycję ojca biologicznego i silniej chronić jego interes. Stwierdził natomiast wprost, że rozstrzygnięcie tego dylematu leży w wyłącznej kompetencji ustawodawcy⁶⁷.

Wiele przemawia za tym, że niemiecki ustawodawca może o wiele lepiej wykorzystać pozostawioną mu w tym zakresie swobodę⁶⁸. W przypadku podwójnego ojcostwa społecznego brak jest przekonujących argumentów uzasadniających uprzywilejowaną pozycję ojca prawnego⁶⁹. Takie zróżnicowanie obu form ojcostwa nie wynika z konstytucji, która nie przesądza i nie narzuca żadnego stosunku hierar-

⁶² OLG Hamm z 20 lipca 2016 r., II–12 UF 51/16, FamRZ 2016, s. 2135–2137, Juris nb 18.

⁶³ OLG Hamm z 20 lipca 2016 r., II–12 UF 51/16, FamRZ 2016, s. 2135–2137, Juris nb 21.

⁶⁴ BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, FamRZ 2018, s. 275–278, Juris nb 22.

⁶⁵ BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, FamRZ 2018, s. 275–278, Juris nb 25; krytycznie M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 1600, nb 24 i n.

⁶⁶ BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, FamRZ 2018, s. 275–278, Juris nb 23.

⁶⁷ BGH z 15 listopada 2017 r., XII ZB 389/16, FamRZ 2018, s. 275–278, Juris nb 27.

⁶⁸ Por. wyrok ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, FamRZ 2016, s. 437–438, Juris nb 23.

⁶⁹ Por. M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 1600, nb 14; Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów (MBJV), Arbeitskreis–Abstammungsrecht — Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Berlin 2017 (Abstammungsbericht 2017), s. 52.

chicznego (nad- czy podrzędności różnych form ojcostwa). Decydująca powinna być zatem nie forma ojcostwa, ale jakość więzi społeczno-rodziny z dzieckiem. Pod uwagę należy wziąć przede wszystkim ich intensywność, zakres oraz czas trwania. Podwójne więzi społeczne powinny więc podlegać porównaniu i ocenie. Zamierzony przez ustawodawcę cel regulacji, polegający na ochronie istniejącej rodziny społecznej i utrzymaniu stabilności relacji rodzinnych, można w niektórych okolicznościach osiągnąć jedynie poprzez zmianę ojcostwa. Jeżeli ojciec biologiczny mieszka razem z dzieckiem i matką, to przecież taka rodzina również podlega ochronie konstytucyjnej (art. 6 ust. 1 GG). Za błędne należy uznać rozwiązanie, które nastawione jest wyłącznie na ochronę relacji tylko jednej formy ojcostwa i to niezależnie od tego, jakie więzi biologiczne czy prawne faworyzuje. Przy wyważaniu kolidujących interesów i poszukiwaniu właściwej drogi należy oczywiście zawsze kierować się dobrem dziecka, czego w prawie niemieckim niestety obecnie nie uwzględniono⁷⁰. Nie można przy tym jednak zapominać o potrzebie ochrony interesu ojca biologicznego.

H. SKUTKI PRAWNE

Warto też zwrócić uwagę na odmienne skutki prawne zaskarżenia ojcostwa. Zależne są one od osoby wnioskodawcy. Jeśli jest nią ojciec biologiczny, to dziecku nie grozi utrata ojca⁷¹; co więcej, dochodzi do pożądanej unifikacji dwóch form ojcostwa: ojciec biologiczny staje się jednocześnie ojcem prawnym⁷². Dziecko nie traci istniejących więzi społecznych (ojcostwo społeczne)⁷³. Jeśli dojdzie do zmiany ojcostwa, dotychczasowy ojciec prawny powinien być uprawniony do utrzymania więzi społecznych z dzieckiem. Kontakt z dzieckiem może być uzgodniony z rodzicami lub dochodzony sądownie (§ 1685 ust. 2 BGB)⁷⁴. Przyjęcie takiego rozwiązania nie narusza dobra dziecka; co więcej, umożliwia pełną realizacjężądanego społecznie modelu rodziny. Tymczasem skuteczne zaskarżenie ojcostwa przez ojca prawnego uwalnia go od obowiązków; dla dziecka oznacza to utratę ojca. Postępowanie to nie jest bowiem powiązane czy zależne od ustalenia nowego ojcostwa. Dobro dziecka jest więc tutaj całkowicie pominięte. W rezultacie skutkuje to dodatkowym, często nadmiernym obciążeniem matki, która musi sama borykać się z obowiązkami rodzicielskimi. Z konieczności prowadzi to do prawnego pólsierctwa.

⁷⁰ M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 1600, nb 14.

⁷¹ Zob. BT-Drs. 15/2253, s. 11.

⁷² Sądowa zamiana statusu (*Statuswechsel*, § 182 FamFG) polega na tym, że funkcje dotychczasowego ojca prawnego przejmuje ojciec biologiczny; por. M. Nickel, Ch. Di Cato: *JurisPK-BGB*, 2017, § 1600, nb 48, 61.

⁷³ OLG Hamm z 20 lipca 2016 r., II-12 UF 51/16, *FamRZ* 2016, s. 2135-2137, *Juris* nb 24.

⁷⁴ OLG Hamm z 20 lipca 2016 r., II-12 UF 51/16, *FamRZ* 2016, s. 2135-2137, *Juris* nb 25.

I. KONTROLA KONSTYTUCYJNOŚCI ORAZ ZGODNOŚCI Z EUROPEJSKĄ KONWENCJĄ PRAW CZŁOWIEKA

Niektóre z przedstawionych zagadnień, w szczególności dotyczące występujących odmienności między pozycją ojca prawnego i biologicznego, dalej budzą kontrowersje, choć część z nich była już przedmiotem oceny i rozstrzygnięć sądów zarówno na poziomie krajowym, jak i europejskim. Niemiecka regulacja została uznana za dopuszczalną, mieszczącą się w granicach wyznaczonych przez konstytucję oraz konwencję. Niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny stwierdził, że ustawa zasadnicza⁷⁵ chroni wprawdzie interes ojca biologicznego w uzyskaniu statusu prawnego, ale ochrona ta nie ma charakteru absolutnego⁷⁶. Ogranicza ją potrzeba ochrony relacji rodzinnych łączących dziecko z jego prawnymi rodzicami⁷⁷. Tym samym Federalny Sąd Konstytucyjny przyznał pierwszeństwo więzom prawnym przed biologicznymi. Uznane to zostało za kompromis między absolutną ochroną prawnych relacji rodzinnych a całkowitym pozbawieniem ojca biologicznego możliwości zaskarżenia ojcostwa.

Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Z jednej strony uznaje on (całkowite) pozbawienie ojca biologicznego możliwości ustalenia ojcostwa za naruszenie jego prawa do poszanowania życia prywatnego (art. 8 ust. 1 EKPC)⁷⁸; z drugiej strony stwierdza jednak, że taka ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa może być w niektórych sytuacjach usprawiedliwiona w demokratycznym społeczeństwie (art. 8 ust. 2 EKPC)⁷⁹. Europejski Trybunał Praw Człowieka dał temu wyraz w kilku orzeczeniach⁸⁰, uznając, że przyjęte w Niemczech rozwiązanie legislacyjne mieści się w dopuszczalnej przez konwencję i pozostawionej ustawodawcy krajowemu swobodzie kształtowania regulacji prawnych. Zdaniem ETPC konwencja nie nakłada bowiem prawnego zobowiązania do zapewnienia domniemanemu ojcu biologicz-

⁷⁵ Art. 6 ust. 2 zd. 1 GG.

⁷⁶ BVerfG z 9 kwietnia 2003 r., 1 BvR 1493/93, 1 BvR 1724/01, nb 54, 65, FamRZ 2003, s. 816–825.

⁷⁷ BVerfG z 9 kwietnia 2003 r., 1 BvR 1493/93, 1 BvR 1724/01, nb 54, FamRZ 2003, s. 816–825; M. Nickel, Ch. Di Cato: JurisPK-BGB, 2017, § 1600, nb 41.

⁷⁸ Wyroki ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 20, FamRZ 2016, s. 437–438; z 5 listopada 2013 r., nr 26610/09, Juris nb 44, FamRZ 2014, s. 1257–1259; z 22 marca 2012 r., nr 23338/09, Juris nb 78, FamRZ 2012, s. 691–692.

⁷⁹ O rozumieniu konieczności ingerencji władzy publicznej w demokratycznym społeczeństwie i w tym kontekście priorytetowym znaczeniu dobra dziecka zob. wyrok ETPC z 22 marca 2012 r., nr 23338/09, Juris nb 64 wraz z powołanym tam orzecznictwem, FamRZ 2012, s. 691–692; w szczególności: wyroki ETPC z 10 maja 2001 r., nr 28945/95, nb 70, Reports of Judgments and Decisions 2001 — V, s. 119–152; z 8 lipca 2003 r., nr 31871/96, nb 62, Interdisziplinäres Fachjournal für die Anwaltspraxis — Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2004, s. 344–350; zob. też wyrok ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 21 i n., FamRZ 2016, s. 437–438.

⁸⁰ Wyroki ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 30, FamRZ 2016, s. 437–438; z 2 grudnia 2014 r., nr 546/10, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (dalej: EuGRZ) 2015, s. 644; z 5 listopada 2013 r., nr 26610/09, FamRZ 2014, s. 1257–1259; z 22 marca 2012 r., nr 23338/09, FamRZ 2012, s. 691–692; z 11 grudnia 2012 r., nr 11858/10, Beck-Rechtsprechung (BeckRS) 2014, nr 8168.

nemu możliwości zakwestionowania pozycji ojca prawnego czy też wszczęcia odrębnego postępowania w celu ustalenia ojcostwa biologicznego⁸¹. Możliwość zaskarżenia ojcostwa przez domniemanego ojca biologicznego pozostaje zatem w zakresie dyskrecjonalnej decyzji państwa członkowskiego⁸². Trybunał uznał też, że nie dochodzi tutaj do naruszenia zakazu dyskryminacji⁸³. Nie ma to miejsca w szczególności, gdy przepisy przyznają pierwszeństwo więziom rodzinnym łączącym dziecko z jego rodzicami prawnymi i w celu ich ochrony uniemożliwiają ojcowi biologicznemu zaskarżenie ojcostwa⁸⁴. Dotyczyć to ma również takich sytuacji, w których między ojcem biologicznym a dzieckiem istnieje lub istniała porównywalnie silna więź społeczno-rodzinna⁸⁵.

J. NA ROZDROŻU — KIERUNKI ZMIAN

Z przedstawionych rozważań wynika, że prawo niemieckie nadal poszukuje sposobu na pogodzenie przeciwstawnych interesów⁸⁶. Brak w nim jednak jednolitych i przejrzystych kryteriów zaskarżalności ojcostwa. W dalszym ciągu ojciec prawny znajduje się w uprzywilejowanej sytuacji, a ochrona interesu ojca biologicznego jest drugoplanowa. Nawet jeśli obecnie obowiązujący model jest zgodny z konstytucją i EKPC, to na pewno nie jest on jedynym, który w tych ramach może się zmieścić. Bez wątplenia w poszukiwaniu rozwiązań alternatywnych zawsze należy na pierwszym miejscu brać pod uwagę dobro małoletniego dziecka. Nie mniej istotne jest jednak także sprawiedliwe wyważenie innych kolidujących ze sobą interesów. Kluczowa powinna być tutaj nie forma ojcostwa, ale jakość więzi społeczno-rodzinych. Uwzględnić należy więzi łączące dziecko nie tylko z ojcem prawnym, lecz także z ojcem biologicznym⁸⁷. Obowiązująca regulacja nie rozróżnia przy tym ochrony dzieci nieletnich i pełnoletnich⁸⁸. Tymczasem możliwość zaskarżenia ojcostwa w tym trybie powinna być ograniczona i skorelowana z wiekiem dziecka⁸⁹. Natomiast ogra-

⁸¹ Wyroki ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 23, FamRZ 2016, s. 437–438; z 5 listopada 2013 r., nr 26610/09, Juris nb 48, FamRZ 2014, s. 1257–1259; z 22 marca 2012 r., nr 23338/09, Juris nb 78, FamRZ 2012, s. 691–692.

⁸² Wyroki ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 23, FamRZ 2016, s. 437–438; z 22 marca 2012 r., nr 23338/09, Juris nb 79, FamRZ 2012, s. 691–692.

⁸³ Art. 14 w zw. z art. 8 EKPC.

⁸⁴ Wyrok ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 30, FamRZ 2016, s. 437–438; por. też wyrok ETPC z 5 listopada 2013 r., nr 26610/09, Juris nb 65, FamRZ 2014, s. 1257–1259.

⁸⁵ Wyrok ETPC z 10 marca 2015 r., nr 42719/14, Juris nb 25, FamRZ 2016, s. 437–438.

⁸⁶ Krytycznie o obowiązującej regulacji M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, op. cit., § 1600, nb 12 i n.

⁸⁷ Teza 29, Abstammungsbericht, 2017, s. 52 i n.

⁸⁸ Krytycznie D. Schwab: *Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung — Eine Wanderung auf den Pfaden des Bundesverfassungsgerichts* (w:) *Nach geltendem Verfassungsrecht: Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag*, Hrsg. G. Manssen, M. Jachmann, Ch. Gröpl, Richard Boorberg Verlag 2009, s. 774.

⁸⁹ Zaskarżalność ojcostwa przez ojca biologicznego po uzyskaniu przez dziecko pełnoletności, choć teoretycznie możliwa, nie ma jednak dużego praktycznego znaczenia. Sama dopuszczalność takiego zaskarżenia jest jednak

niczenia czasowe dla ojca biologicznego należy zmienić w taki sposób, aby zapewnić mu realną możliwość zmiany ojcostwa prawnego. W ramach dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej zawsze należy poszukiwać rozwiązania najlepiej odpowiadającego konkretnemu stanowi faktycznemu. Zmianę ojcostwa należy uznać za niedopuszczalną jedynie wówczas, gdy jest sprzeczna z dobrem dziecka.

Nie sposób też na koniec pominąć fundamentalnego pytania, czy u podstaw przyjętej przez ustawodawcę niemieckiego koncepcji na pewno leżą właściwe kryteria — przesłanki. Przecież jakość i stabilność stosunków rodzinnych, a tym samym także dobro dziecka są w dużej mierze uzależnione od relacji łączących matkę z ojcem prawnym⁹⁰. Pochodzenia dziecka od innego mężczyzny nie da się długofalowo ignorować. W przypadku rozpadu związku (rodziców prawnych) gotowość do wyrzeczeń i poświęceń ojca prawnego na rzecz dziecka, które nie jest jego biologicznym potomkiem, jest zazwyczaj bardzo ograniczona. Zastanowić trzeba się więc nad tym, czy w ogóle więź społeczno-rodzinna ojca prawnego jest właściwym kryterium oceny. Wątpliwości dotyczą w szczególności tego, czy przyznanie jej bezwzględnego pierwszeństwa w stosunku do nawet potencjalnych więzi ojca biologicznego zawsze będzie służyło dobru dziecka⁹¹.

Przed niemieckim ustawodawcą jest jeszcze wiele wyzwań i trudnych do rozstrzygnięcia dylematów. Odmienne podejście do omawianej problematyki obserwuje się w Kanadzie (Ontario⁹² oraz Kolumbia Brytyjska⁹³) i Stanach Zjednoczonych (Kalifornia⁹⁴), które dopuściły model wielości rodziców prawnych. Dla Europejczyków jest to całkiem nowa koncepcja rodziny, którą jeszcze długo trudno będzie zaakceptować. Wydaje się więc mało prawdopodobne, aby w najbliższym czasie niemiecki ustawodawca zdecydował się na tak daleko idącą rewolucję i odszedł od dogmatu dwuosobowego wzorca rodziców prawnych.

K. POLSKA PERSPEKTYWA

Rozwiązanie niemieckie jest dalekie od doskonałości i na pewno nie nadaje się do kopiowania. Daje nam jednak pouczającą perspektywę. Prawo niemieckie

problematiczna. Więzy rodzinne kształtują się bowiem w takim przypadku zupełnie inaczej i nie chodzi tutaj przecież o wykonywanie władzy rodzicielskiej czy o dobro dziecka. Kwestia ta jest jednak bardziej złożona, niż się wydaje, i wymaga odrębnego opracowania.

⁹⁰ M. Wellenhofer (w:) *Münchener Kommentar...*, *op. cit.*, § 1600, nb 14.

⁹¹ Por. T. Helms: *Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht*, FamRZ 2010, s. 6; T. Helms: *Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive*, Zeitschrift für Familienforschung (dalej: ZfF), Sonderheft 2011, s. 118 i n.; W. Lauterbach: *Bedeutung der Abstammung für die Familien- und Verwandtschaftszugehörigkeit*, ZfF, Sonderheft 2011, s. 205.

⁹² Art. 1–16, Children’s Law Reform Act, R.S.O. 1990, rozdział C.12, tekst jednolity z 30 kwietnia 2018 r.

⁹³ Art. 23–33, Family Law Act [SBC 2011], rozdział 25.

⁹⁴ Senate Bill no. 274 z 4 października 2013 r., rozdział 564.

znajduje się w procesie ewolucji. Obecne rozwiązania mają jedynie charakter przejściowy. Z toczącej się dyskusji widać jednak wyraźnie tendencje do zrównoważenia kolidujących ze sobą interesów rodzinnych i zwiększania ochrony ojca biologicznego. Wszystko wskazuje też na to, że ten kierunek zmian będzie zachowany i waga więzi biologicznych będzie zyskiwać na znaczeniu.

W Polsce problematyka ta jest marginalizowana. Lekceważone jest prawo do poznania własnej tożsamości. Ojciec biologiczny nie tylko nie ma prawa do zaskarżenia ojcostwa, ale z reguły nie ma też prawa do kontaktu⁹⁵ czy do uzyskania informacji o swoim dziecku. Jest to sprzeczne z orzecznictwem ETPC (*Anayo v. Niemcy*)⁹⁶, które gwarantuje mu te prawa i to niezależnie od istnienia więzi rodzinnej⁹⁷. Polski ustawodawca dostrzega potrzebę ochrony dobra dziecka i rodziny, jednak nie chroni poszczególnych jej członków. Nie przesądza również jednoznacznie pozycji ojca biologicznego. Otwarte pozostaje w szczególności pytanie, czy jest on osobą zupełnie obcą, wyłącznie dawcą nasienia⁹⁸, czy może jednak członkiem szeroko rozumianej rodziny. Ustawodawca zdaje się nie zauważać przy tym kolizji interesów i nowych potrzeb wynikających z ewolucji społeczeństwa.

Nie można lekceważyć więzi biologicznych. Są one istotną częścią naszej tożsamości i powinny być odpowiednio chronione. Regulacje prawne dotyczące członków rodziny powinny być lepiej wyważone. Dotyczy to w szczególności ojca biologicznego, który po spełnieniu określonych przesłanek powinien mieć możliwość korekty ojcostwa prawnego. Zdanie się na uprawnienia prokuratora (art. 86 k.r.o.) nie rozwiązuje problemu i dalekie jest od doskonałości. Zresztą archaicznych rozwiązań dotyczących możliwości korekty pochodzenia dziecka jest w naszym prawie rodzinnym niestety znacznie więcej⁹⁹. W tym zakresie konieczne są daleko idące zmiany oraz uelastycznienie regulacji dotyczących afiliacji prawnej dziecka¹⁰⁰.

⁹⁵ Zob. art. 113⁶ k.r.o., który uzależnia kontakty „innych osób” z dzieckiem od sprawowania dłuższej pieczy.

⁹⁶ Wyrok ETPC z 21 grudnia 2010 r., nr 20578/07, FamRZ 2011, s. 269–271.

⁹⁷ Co więcej, z roszczeniem tym może wystąpić osoba, która uważa się za ojca biologicznego, ale jej genetyczne pokrewieństwo nie zostało potwierdzone. Weryfikacja następuje w ramach postępowania o kontakty z dzieckiem; por. zmienioną pod wpływem orzecznictwa europejskiego regulację niemiecką dotyczącą kontaktu z dzieckiem oraz uzyskania informacji o dziecku przez ojca biologicznego: § 1686a BGB; zob. też wyrok ETPC (*Schneider v. Niemcy*) z 15 września 2011 r., nr 17080/07, FamRZ 2011, s. 1715–1718.

⁹⁸ Odrębnego omówienia wymaga problematyka sztucznego zapłodnienia i związanej z nią pozycji prawnej dawcy nasienia.

⁹⁹ Przykładowo: ograniczenie czasowe do zaprzeczenia ojcostwa (art. 63 k.r.o.); szerzej o tym A. Wudarski: *Ustalenie i weryfikacja...*, *op. cit.*, s. 298 i n. Z aprobatą należy przyjąć projekt nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 24 lipca 2019 r., który przewiduje zmianę art. 63 k.r.o. w brzmieniu: „Mąż matki może wytoczyć powództwo o zaprzeczenie ojcostwa w ciągu roku od dnia, w którym dowiedział się, że dziecko od niego nie pochodzi, nie później jednak niż do dnia osiągnięcia przez dziecko pełnoletności”; druk sejmowy nr 3694, sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy — Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy — Kodeks rodzinny i opiekuńczy; dostępny na www.sejm.gov.pl/.

¹⁰⁰ Omówienie tego zagadnienia wymaga odrębnego opracowania. Jedynie przykładowo można wskazać, że nie ma przeszkód do wprowadzenia uproszczonego sposobu zmiany ojcostwa prawnego wynikającego z domniemań prawnych. Mogłoby to się odbywać np. przez zgodne oświadczenia wszystkich zainteresowanych (męża matki, matki dziecka oraz ojca biologicznego) złożone przed kierownikiem stanu cywilnego. Uprości i znacznie

Ewolucja prawa niemieckiego, a w szczególności jego niedoskonałości mogą być dla nas cennym materiałem poznawczym.

BIBLIOGRAFIA

- Coester-Waltjen D.: *Familienrecht*, München 2010.
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Arbeitskreis — Abstammungsrecht, *Abschlussbericht. Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts*, Berlin 2017.
- Hager J.: *Der rechtliche und der leibliche Vater (w:) Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag*, Hrsg. S. Hofer, D. Klippel, U. Walter, Giseking Verlag 2005, s. 773–781.
- Helms T.: Gutachten F zum 71. DJT F 68, *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft — Herausforderungen durch neue Familienformen*, Essen 2016.
- Helms T.: *Das Nebeneinander von rechtlicher Vaterschaft und anderweitiger leiblicher Vaterschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive*, Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, s. 105–120.
- Helms T.: *Die Stellung des potenziellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht (FamRZ) 2010, s. 1–8.
- Lauterbach W.: *Bedeutung der Abstammung für die Familien- und Verwandtschaftszugehörigkeit*, Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft 2011, s. 191–210.
- Nickel M., Di Cato Ch. (w:) *Juris Praxiskommentar BGB*, Hrsg. M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth, M. Würdinger, t. 4, *Familienrecht*, Hrsg. W. Viefhues, <www.juris.de>, 8. Aufl., Saarbrücken 2017 (JurisPK-BGB), § 1600.
- Sanders A.: *Was ist eine Familie? — Der EGMR und die Mehrelternschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 2017, s. 925–927.
- Schwab D.: *Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und sozialen Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie*, Zeitschrift für Familienforschung 2011, Sonderheft 8, s. 41–56.
- Schwab D.: *Zwischen Kenntnis der Abstammung und abstammungsgemäßer Zuordnung — Eine Wanderung auf den Pfaden des Bundesverfassungsgerichts (w:) Nach geltendem Verfassungsrecht: Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag*, Hrsg. G. Manssen, M. Jachmann, Ch. Gröpl, Richard Boorberg Verlag 2009, s. 758–777.
- Wellenhofer M. (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Hrsg. F.J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker, B. Limperg, t. 9, *Familienrecht*, 7. Aufl., Hrsg. D. Schwab, München 2017, § 1600.

przyspieszy to korektę błędnej afiliacji dziecka, w szczególności odizoluje kwestię pochodzenia od innych spraw i postępowań sądowych. Takie rozwiązanie wymaga na pewno pewnych obostrzeń i dokładnej regulacji zagadnień, które mogłyby być niewłaściwie zinterpretowane. Niedopuszczalne powinno być w szczególności korzystanie z tej możliwości w sposób dowolny, np. w celu wielokrotnej zmiany afiliacji.

Wudarski A.: *Aktuelle Fragen des Familienrechts in Deutschland und in Polen im europäischen Kontext* (w:) *Deutschland und Polen in der europäischen Rechts-gemeinschaft*, Hrsg. Ch. von Bar, A. Wudarski, München 2012, s. 565–615.

Wudarski A.: *Ustalenie i weryfikacja pochodzenia a poczucie jakości życia. Zagadnienia wybrane w ujęciu prawnoporównawczym*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2014, z. 2, s. 285–322.

Wudarski A.: *Wina w wyroku rozwodowym — konieczność czy anachronizm? Rozważania z perspektywy prawa niemieckiego* (w:) *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Popiołkowi*, red. M. Pazdan, M. Jagielska, E. Rott-Pietrzyk, M. Szpunar, Warszawa 2017, s. 1277–1290.

Słowa kluczowe: zaskarżenie ojcostwa, ojciec biologiczny, więź społeczno-rodzinna, podwójne ojcostwo społeczne, niemieckie prawo rodzinne.

ARKADIUSZ WUDARSKI

CONTESTING PATERNITY BY THE BIOLOGICAL FATHER
IN GERMAN LAW

S u m m a r y

The paper examines issues related to the right of a biological but non-legal father to contest legal paternity under German law (§ 1600 BGB). The analysis involves considerations regarding the mutual relations among various forms of fatherhood and the relation of each to children and other family members. Special attention is paid to differences in requirements that have to be met in order to contest fatherhood between biological and legal fathers, time limits for contestation, the meaning of the term “social and family relationship”, and the phenomenon of double social fatherhood. The constitutionality of the German regulations and their conformity with the European Convention on Human Rights are also discussed. The paper evaluates the German approach to these issues from a teleological and systematic point of view and assesses its suitability for use in Polish family law. The analysis is conducted from the perspective of conflicting legally protected interests, in particular the right to know one’s own identity, visitation rights, family protection, child maintenance, parental responsibility, fathers’ rights and the best interest of the child.

Keywords: contesting paternity, biological father, social and family relationship, double social fatherhood, German family law.