

ALDONA JUREWICZ

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

DOMNIEMANIE OJCOSTWA –
RATIO DECIDENDI USTAWODAWCY

Profesor Marek Zirk-Sadowski, podczas wygłoszonego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego wykładu, postawił banalne jak by się wydawało pytanie: „Co to jest prawo?”. Stwierdził, iż według niego prawo to narzędzie. Narzędzie, które służy do regulacji stosunków społecznych. Im będzie ono doskonalsze, im lepiej wykształceni będą ci, którzy się nim mają posługiwać, tym pełniej spełni ono swe funkcje. Jednak wykształcenie to nie powinno opierać się jedynie na technicznym opanowaniu umiejętności stosowania norm i zasad prawnych, ale również na próbie zrozumienia, jakim celem one służą. Jakie stosunki i z jakich powodów ustawodawca uznał za warte szczególnej ochrony. Wybór sposobu ochrony tych stosunków może być różny, czy to poprzez ustanowienie zasady prawnej, reguły interpretacyjnej czy też domniemania.

„Domniemania prawne stanowią istotną rolę w procesie stosowania prawa. Z reguły służą ułatwieniu rozstrzygnięcia prawnego, gdy dowód z faktów, z którymi norma prawna bezpośrednio wiąże skutki prawne, jest niemożliwy lub bardzo utrudniony. Domniemania prawne uzasadniać może ochrona takich wartości, jak niewinność oskarżonego lub dobra wiara. ... Ustawodawca ustanawia je z myślą o osobach, które chce w pewnych sytuacjach chronić. Stanowią one wtedy ułatwienie dowodowe w procesie, gdyż zwalniają

stronę obciążoną ciężarem dowodu od obowiązku jego przeprowadzenia”¹. Jak widać, domniemania są instytucjami w prawie, które służą pomocą w sytuacjach, kiedy zastosowanie normy prawnej napotyka z pewnych powodów na trudności.

W cywilistycznej dogmatyce domniemania to „... sposoby wnioskowania o zaistnieniu faktów spornych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy”², które umożliwiają przyjęcie faktu spornego za ustalony w sposób pośredni, bowiem przedmiotem dowodu nie jest tu bezpośrednio fakt sporny, lecz inny fakt, którego ustalenie skutkuje uprawdopodobnieniem faktu spornego³.

W literaturze przedmiotu rola domniemania wydaje się być ograniczana do jego funkcji w zakresie postępowania dowodowego i ewentualnego wpływu na ciężar dowodu określony w art. 6 k.c.⁴ Czy jednak słusznie? Chciałabym na przykładzie występujących w prawie polskim domniemań ojcostwa oraz odnośnych uregulowań na gruncie prawa rzymskiego odnieść się do tego problemu.

Nie zamierzam przy tym udzielać odpowiedzi na pytanie czy prawo rzymskie znana była instytucja domniemania oraz czy możliwe jest wyszczególnienie na jego gruncie domniemań faktycznych i prawnych. Chciałabym raczej rozważyć, dlaczego na gruncie prawa rzymskiego zajmowano się ustalaniem ojcostwa oraz jaka była treść takiego ustalenia. Jednocześnie, porównując ten zakres z polskimi instytucjami domniemań ojcostwa, zastanowić się czy cele, ja-

¹ A. JAMROZ (red.), *Wstęp do nauk prawnych*, Białystok 1994, s. 110.

² T. A. FILIPIAK, J. MOJAK, M. NAZAR, E. NIEZBECKA, *Zarys prawa cywilnego*, Lublin 2002, s. 103.

³ T. A. FILIPIAK, J. MOJAK, M. NAZAR, E. NIEZBECKA, *op. cit.*, s. 110. Na ten temat por. też A. JAMROZ (red.), *op. cit.*, s. 105; E. ŁĘTOWSKA, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 1997, s. 238; A. WOLTER, J. IGNATOWICZ, K. STEFANIUK, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 384; Z. RADWAŃSKI, *Prawo cywilne – część ogólna*⁵, Warszawa 2002, s. 63.

⁴ „Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne” – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny ze zm. (Dz.U. Nr 16 z 1964 r. poz. 93).

kie przyświecały rzymskim i współczesnym prawodawcom, mogły mieć jakiś wspólny mianownik?

W prawie rzymskim już w okresie archaicznym interesowano się pochodzeniem dziecka a tym samym kwestią ustalenia ojcostwa. Należy zaznaczyć, że pojęcie ojcostwa odnosiło się tylko do dzieci urodzonych w związku małżeńskim będącym *iustum matrimonium*. Dzieci urodzone poza małżeństwem lub ze związków nie stanowiących pełnoprawnego małżeństwa rzymskiego, w aspekcie prawnym traktowano jako nie posiadające ojca⁵.

W Ustawie XII Tablic znajdował się zapis wskazujący, że już w V w. p.n.e. interesowano się pochodzeniem dziecka od danego mężczyzny.

Tab. 4,4 (Gell. 3,16,12): *comperi, feminam – in undecimo mense post mariti mortem peperisse, factumque esse negotium, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent.*

Fragment ten pochodzi od Aulusa Gelliusa, który w swoim dziele *Noctes Atticae* przekazał informację, że według decemwirów człowiek rodzi się w dziesiątym miesiącu, a nie w jedenastym⁶. Opi-

⁵ G. 1,64: *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos: itaque hi qui ex eo coitu nascuntur matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique ...*; por. I. 1,10,12. Por. też G. KULECZKA, *Prawo rzymskie epoki pryncypatu wobec dzieci pozamatżeńskich*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1969, s. 50-63; M. KURYŁOWICZ, *Arogacja własnych dzieci pozamatżeńskich w rzymskim prawie poklasycznym i justyniańskim*, «CPH» 36.2 (1974), s. 24-36; J. MISZTAŁ-KONECKA, *Konsekwencje kazirodztwa na gruncie rzymskiego prawa prywatnego*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. A. DĘBIŃSKI, M. WÓJCIK, Lublin 2004, s. 185-196, na temat pozycji dzieci z konkubinatu por. A. PACZKOWSKA, *Darowizna na rzecz konkubiny i jej dziecka w ustawodawstwie Konstantyna*, [w:] *Współczesna romanistyka*, cit., s. 197-212.

⁶ Ewentualne kontrowersje i odstępstwa od ustalonego w Ustawie XII tablic terminu dziesięciu miesięcy opisuje w swojej pracy J. ZABŁOCKI, 'Postumus' w *'Noctes Atticae'* Aulusa Gelliusa, «PK» 40.1-2 (1997), s. 255-262.

nię tę przytoczył w związku z problemem, jaki się pojawił, kiedy to w jedenastym miesiącu po śmierci męża, kobieta (wdowa po zmarłym) urodziła dziecko. Powstało, bowiem pytanie: czy jest to dziecko zmarłego? W tym konkretnym wypadku ustalenie ojcostwa dziecka rozstrzygało o nabyciu przez nie praw spadkowych po zmarłym ojcu. Kodyfikatorzy Ustawy XII Tablic ustalili granicę czasową, która miała w przyszłości służyć wyjaśnianiu tego rodzaju wątpliwości. Tą granicą był dziesiąty miesiąc⁷. Oczywiście stanowisko takie nie było przypadkowym, bowiem ówczesna wiedza medyczna pozwalała w przybliżeniu określić maksymalny czas trwania ciąży⁸. Podobną opinię wyraził w swojej komedii *aulularia* Titius M. Plaut: „Że w dniu ślubu zrobiłem cię dziadkiem, dlaczego tak rozpaczasz? Dziś był dzień porodu, dziesiąty miesiąc – policz”⁹.

Dokładniej stopień ówczesnej wiedzy medycznej zreferował też jurysta Paulus w dziewiętnastej księdze swoich responsów.

D. 1,5,12 (Paul. 19 resp.): *Septimo mense nasci perfectum par-
tum iam receptur est propter auctoritatem doctissimi viri Hip-
pocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis sep-
timo mense natus est, iustum filium esse.*

Stwierdził on mianowicie, iż na podstawie opinii uczonego meża Hipokratesa, który ustalił, że w siódmym miesiącu płód jest już

⁷ Dokładniej początek dziesiątego miesiąca, por. rozważania na ten temat na podstawie *Noctes Atticae* Aulusa Gelliusa, por. J. ZABŁOCKI, ‘*Postumus*’, cit., s. 259-261.

⁸ Por. K. CZYCHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego*, tłum. F. WITKOWSKI, Warszawa 1923, s. 338; I. KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI, *Prawo rzymskie. Systemat*, Warszawa 1923, s. 320-321; K. CZYCHLARZ, *Lehrbuch der Institutionem des römischen Rechts*, Wien 1924, s. 319; H. INSADOWSKI, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 250; szczegółowe rozważania J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska w świetle ‘Noctes Atticae’ Aulusa Gelliusa*, [w:] *Rodzina w społeczeństwach antycznych i we wczesnym chrześcijaństwie. Literatura, prawo, epigrafika, sztuka*, red. J. JUNDZIŁO, Bydgoszcz 1995, s. 46, który przytacza, za Gelliusem, wypowiedź Varrona na temat przebiegu ciąży i rozwoju płodu w łonie matki; TENŻE, ‘*Postumus*’, cit., s. 257-261.

⁹ Przekł. E. SKWARY, Warszawa 2003, s. 205 przyp. 126 zawiera informację, iż chodzi tu o miesiące księżycowe.

w pełni rozwinięty, uważa się tego, kto urodził się w siódmym miesiącu w pełnoprawnym małżeństwie za legitymowanego syna.

Na podstawie cytowanych wyżej fragmentów źródłowych można wnioskować, iż według prawa rzymskiego dziecko, w odniesieniu do którego było ustalane ojcostwo, musiało urodzić się w siódmym miesiącu po zawarciu małżeństwa (182 dni) oraz nie później niż w 10 miesiącu po jego ustaniu (300 dni¹⁰).

Jak wynika z lektury innego fragmentu, ojcostwo w odniesieniu do dziecka urodzonego w tym okresie nie opierało się jedynie na powyższych przesłankach. Znano okoliczności, które pozwalały je uchylić. Wspomniał o nich Ulpian w dziewiątej księdze komentarza do dzieł Massuriusa Sabinusa¹¹.

D. 1,6,6 (Ulp. 9 *ad Sab*): *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscerere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquam diu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut*

¹⁰ Por. K. CZYCHLARZ, *Instytucje*, cit., s. 338; TENŻE, *Lehrbuch*, cit., s. 319; W. ROZWADOWSKI, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992, s. 210; por. też D. 38,16,3,11 (Ulp. 14 *ad Sab*.): *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*. W określeniu typowego czasu trwania ciąży niektórzy autorzy widzą domniemanie „oparte na ustaleniach medycyny”, por. W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, s. 117; podobnie A. DĘBIŃSKI, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*², Warszawa 2005, s. 193.

¹¹ Według O. LENELA, *Palingenesia Iuris Civilis*, Lipsiae 1889, szp. 1040 – pod tytułem *de testamenti [de rupto vel irrito facto testamento]*. Wypowiedź tę O. Lenel zestawia z D. 28,2,12 (Ulp. 9 *ad Sab*.): *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et tamen rumpit.*

generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

Z wypowiedzi prawnika wynika, że synem [urodzonym w małżeństwie] był nazywany ten, kto urodził się z męża i jego żony. Lecz, jeśli po 10-letniej nieobecności męża w domu, a tym samym rozłąki z żoną, po powrocie zastał on w swoim domu roczne dziecko – to, powołując się na Juliana, Ulpian stwierdził, że to dziecko *non esse mariti filium*¹². Tenże sam Julian powiadał jednak, że to nie odnosi się do męża, który stale przebywał z małżonką, a który nie chce uznać dziecka za swoje, bowiem nie uważa je za swoje. Ulpian nie zgodził się w tym wypadku z Julianem bezkrytycznie. Przytaczając opinię innego prawnika, Scaevoli, zaznaczył, że jeśli wiadomym było, że mąż dość długo nie współżył z żoną z powodu słabości lub innej przyczyny; lub, jeśli stan zdrowia *pater familias* uniemożliwiał mu spółczenie dziecka, mógł on, za wiedzą *vicini*¹³, nie uznać tego dziecka za syna.

Z powyższych rozważań można wywnioskować, że mąż matki, mógł wskazać na pewne okoliczności, które wykluczałyby jego ojcostwo. Oprócz długotrwałej nieobecności w domu, nie pozwalającej w sposób oczywisty na spółczenie dziecka, w grę wchodziły również

¹² A. DĘBIŃSKI, *op. cit.*, s. 193-194: „Celem udowodnienia ojcostwa danego mężczyzny przyjmowano w prawie rzymskim dwa domniemania ... Pierwsze z nich zakładało, że dziecko zrodzone w małżeństwie pochodzi od męża matki. Wyrażała to podana przez Paulusa zasada ... *Pater is est, quem nuptiae demonstrant* ... Przeprowadzenie dowodu, że dziecko urodziła dana kobieta (żona) nie nasuwało wątpliwości ... Drugie domniemanie, oparte na ustaleniach medycyny, określało ... najdłuższy i najkrótszy okres trwania ciąży. ... Domniemanie takie można było obalić, jeśli mąż matki dziecka w sposób oczywisty nie mógł być jego ojcem (np. przebywał w kilkuletniej podróży, po powrocie z niej zastał w domu roczne dziecko)”.

¹³ Termin *vicini* być może należy tłumaczyć raczej jako spokrewnieni, pobratymcy. Por. H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s. v. *Vicinus*, Graz 1958, s. 623; J. SONDEL, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, s. v. *Vicinus*, Kraków 2001, s. 990. Scaevola i Ulpian mogli mieć na myśli *iudicium domesticum*, tzn. sąd domowy złożony z najbliższych krewnych należących do rodziny.

czynniki subiektywne, takie jak, np. stan zdrowia. Choć jak widać i w tym względzie panowały pewne kontrowersje. Jednak w wypowiedzi Ulpiana pojawia się jeszcze jeden interesujący element. Na początku cytowanego fragmentu prawnik stwierdza: *filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur*. Wydawałoby się zatem uprawnionym stwierdzenie, iż jeśli dziecko urodziło się w określonym wcześniej okresie czasu oraz nie zaistniały żadne przesłanki negatywne, powinno ono zostać uznane za pełnoprawne dziecko. Rozważania swoje Ulpian skończył stwierdzeniem ... *qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse*. Czy oznacza to, iż takiej decyzji potencjalny ojciec nie mógł podjąć autonomicznie? Czy owi *vicini* mieli jedynie zaaprobować jego stanowisko, czy mieli w tym zakresie coś więcej do powiedzenia? Powrócę jeszcze do tego problemu.

Teraz jednak chciałabym uzupełnić obraz o jeszcze jeden, pochodzący z Digestów justyniańskich fragment, odnoszący się do poruszanego tu zagadnienia. Fragment ten przytaczany jest często w literaturze romanistycznej jako przykład na domniemanie ojcostwa, a pochodzi od Paulusa, z piątej księgi jego komentarza do edyktu.

D. 2,4,5 (Paul. 5 ad ed.): *Quia [mater] semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*¹⁴.

Matka jest zawsze pewna, znana, możliwa do ustalenia, nawet jeśli poczęła przygodnie. Ojcem zaś prawdziwie jest ten, na kogo wskazuje małżeństwo.

¹⁴ W Digestach justyniańskich wypowiedź Paulusa umieszczona jest w 2 księdze pod tytułem *de in ius vocando*, poświęconym tym, którzy mogą być pozywani przed sąd. W zamiarze kompilatorów fragment ten dotyczył raczej materii procesowej, niż prawa dotyczącego osób. Podobnie wypowiedź Paulusa z D. 2,4,5 umiejscawia O. LENEL, *op. cit.*, szp. 974. Autor zamieszcza ten fragment w IV księdze komentarza Paulusa tytułem *de in ius vocando [in ius vocati, ut eant aut vindicem dent]*, rekonstruując tekst w następujący sposób: *[etsi vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit], quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*.

Jak wynika z tego szczątkowego fragmentu rozważań, w świetle prawa każde dziecko, nawet poczęte przygodnie, miało matkę. Takie stwierdzenie jest truizmem, jednak w tym przypadku chodziło o skutki prawne wypływające dla dziecka z ustalenia takiego faktu. Co do zasady bowiem dzieci pozamałżeńskie swój status prawny przyjmowały po matce¹⁵, zaś ojcostwo nie było uznawane jako fakt rodzący skutki prawne dla dziecka¹⁶. Bezpośrednie potwierdzenie istnienia wskazanych wyżej unormowań znajduje się w cytowanym tekście, z którego jasno wynika, iż ojcostwo było ustalane tylko w stosunku do dzieci urodzonych w związku małżeńskim. Oczywiście uzasadnia to poczynione już wcześniej spostrzeżenia, jednak dopiero tutaj sformułowano to w sposób tak oczywisty i niebudzący wątpliwości.

Reasumując, treść instytucji ustalenia ojcostwa w prawie rzymskim brzmiała następująco: ojcem dziecka był mąż matki jeśli dziecko przyszło na świat w siódmym miesiącu od zawarcia związku małżeńskiego lub nie później niż w dziesiątym po jego ustaniu, pod warunkiem jednakże, iż rodzice żyli w *iustum matrimonium*. Ojciec dziecka mógł uchylić się od skutków prawnych takiego ustalenia przez wykazanie obiektywnej lub [tu z pewnymi wątpliwościami] subiektywnej niemożności poczęcia dziecka. W sytuacji, kiedy dziecko urodziło się poza wyznaczonym przedziałem czasowym, jak się wydaje rozstrzygano wątpliwości na jego korzyść, choć trudno wykazać by stanowiło to powszechną zasadę, ponieważ rozstrzygnięcia przekazane w źródłach dotyczą jednostkowych przypadków opartych bądź na decyzji pretora, bądź postanowieniu cesarskim¹⁷.

¹⁵ Zmiany w tym zakresie wprowadziła *lex Minicia* (I w. p.n.e.), na mocy której dzieci urodzone w związkach obywateli z nieobywatelami (między którymi nie było *conubium*) dzieliły status rodzica gorszego stanu, por. G. 1,78: *Quod autem diximus inter civem Romanam peregrinumque nisi conubium sit, qui nascitur peregrinum esse, lege Minicia cautum est, ut is quidem deterioris parentis condicionem sequatur*. Więcej na temat łagodzenia przepisów tej ustawy G. KULECZKA, *op. cit.*, s. 79.

¹⁶ G. KULECZKA, *op. cit.*, s. 13.

¹⁷ Por. I. KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI, *op. cit.*, s. 321: „Przypuszczenie o ślubnym charakterze dziecka może być również naprawione na korzyść tego ślubnego cha-

W tym momencie rodzi się jednak pytanie, czy takie uznanie ojcostwa następowało *ex lege*, czy może pozostawało to w mocy autonomicznej decyzji ojca dziecka? Dalsza wątpliwość to czy stwierdzenie ojcostwa skutkowało automatycznie wejściem dziecka pod *patria potestas* ojca? Oczywiście na to drugie pytanie odpowiedź wydaje się negatywna. W przypadku rozważanym w Ustawie XII Tablic nie mogło być mowy o wejściu pod władzę ojcowską, ponieważ chodziło o *postumusa*. Nie powstawała wtedy *patria potestas*, jednak dziecko należało do rodziny ojca¹⁸. Co jednak działo się w przypadku, kiedy ojciec żył?

Patria potestas oraz wynikające z niej uprawnienia *pater familias* w prawie rzymskim są powszechnie znane i chyba najczęściej charakteryzuje się absolutyzm tej władzy przez *ius vitae necisque*¹⁹. Jeżeli skutkiem uznania ojcostwa byłoby automatyczne wejście pod *patria potestas* ojca, to w takim razie jego wszelkie decyzje w odniesieniu do dziecka wynikały z uprawnień jemu przysługujących. We wcześniejszym okresie dziecko urodzone przez żonę przyjmowano do rodziny za pośrednictwem aktu *tollere liberum*. Do dziś budzi wątpliwości zależność między nabyciem władzy ojcowskiej a aktem *tollere liberum*. Według W. Litewskiego²⁰ w prawie rzymskim samo urodzenie dziecka w odpowiednim terminie, w ważnym pod wzglę-

akteru, np. jeśli dziecko urodzi się przed 7 miesiącem po zawarciu lub po 10-tym miesiącu po rozwiązaniu małżeństwa. Naprawdę przypuszczenie odbywa się w tym przypadku na podstawie ekspertyzy". Niestety autor nie podaje tu żadnego fragmentu źródłowego na poparcie swojej tezy, podobnie, za Gelliumem, J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska*, cit., s. 46 (autor zaznacza jednak, że w Ustawie XII Tablic mowa była o 10 miesiącach); TENŻE, 'Postumus', cit., s. 260-216, gdzie opisuje przekazane w literaturze pozaprawnej przypadki przyznania prawa do spadku według prawa pretorskiego dziecku urodzonemu w 11, a nawet w 13 miesiącu.

¹⁸ K. CZYCHLARZ, *Instytucje*, cit., s. 338; TENŻE, *Lehrbuch*, cit., s. 319;

¹⁹ Szerzej na ten temat zob. np. H. KUPISZEWSKI, *Porzucenie dziecka w prawach antycznych*, «Meander» 11.1 (1956), s. 57-67; J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska*, cit., s. 45-57; F. LONGSCHAMPS DE BÉRIER, *Niektóre przykłady nadużycia prawa rzymskim prawie prywatnym: władza ojcowska*, «CPH» 53.1 (2001), s. 159-167.

²⁰ W. LITewski, *Prawo rzymskie prywatne*, Warszawa 1995, s. 191.

dem prawnym małżeństwie, nie było wystarczającym warunkiem, by uznać je za członka rzymskiej *familia*. Podobny pogląd, jak się wydaje, wyraził wcześniej w swojej publikacji H. Kupiszewski²¹. Jednak, według niektórych autorów²², samo dopełnienie tego aktu nie znamionowało nabycia władzy ojcowskiej nad dzieckiem, bowiem ta powstawała już przez fakt urodzenia. W swojej pracy E. Volterra²³ trafnie, moim zdaniem, wskazał, iż w okresie klasycznym *tollere liberos* zachowało swoje pierwotne znaczenie w przypadku udzielania *missio honesta* weteranom – obywatelom rzymskim. Tym samym autor uważał, że we wcześniejszych okresach dopiero dopełnienie tego aktu skutkowało nabyciem władzy ojcowskiej²⁴. B. Wierzbowski²⁵ wskazał, powołując się na tekst prawnika okresu przedklasycznego²⁶, że już w prawie klasycznym porzucenie dziecka faktycznie nie zmieniało jego sytuacji prawnej, jeśli urodziło się ono wolne i było pod władzą ojcowską.

Można w tym miejscu pokusić się o stwierdzenie, iż w prawie archaicznym i prawdopodobnie również przedklasycznym uznanie dziecka zależało wyłącznie od woli męża matki i mógł on odrzucić dziecko nawet jeśli urodziło się ono w *iustum matrimonium* z zachowaniem wyżej

²¹ H. KUPISZEWSKI, *Porzucenie dziecka*, cit., s. 60: „... w okresie republikańskim porzucanie dzieci jako skutek *non tollere* było zjawiskiem częstym. Co więcej ojciec mógł porzucić dziecko nawet po podniesieniu go. Uprawnienie to wy pływało z przysługującej mu *patria potestas*”.

²² Por. np. W. ROZWADOWSKI, s. v. *Tollere liberum*, [w:] *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. WOŁODKIEWICZ, Warszawa 1986, s. 149, odmiennie B. ŁAPICKI, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948, s. 249.

²³ E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di 'tollere liberos'*, [w:] *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar 1960, s. 388-398.

²⁴ Por. G. 1,57 oraz B. WIERZBOWSKI, *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym. Władza nad osobami dzieci*, Toruń 1977; podobnie K. CZYCHLARZ, *Lehrbuch*, cit., s. 319 i K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1986, s. 244, zaznaczając, iż pod terminem „dawne prawo” rozumie prawo przedklasyczne, bowiem w prawie klasycznym kwestie te regulowały już domniemania.

²⁵ B. WIERZBOWSKI, *op. cit.*, s. 54 i 57.

²⁶ Q. M. Scaevola, D. 40,4,29.

wspomnianego okresu. Uprawienie to już w tych okresach zaczęło być ograniczane przez władze państwowe, o czym wspominał Dionizjusz z Halikarnasu²⁷, nie zostało jednak wyeliminowane²⁸.

Sytuacja zaczęła się zmieniać w prawie poklasycznym. W odniesieniu do dzieci, które miały urodzić się już po rozwodzie, zagadnienia te zostały uregulowane przez *senatus consultum Plancianum de liberis agnoscendis*²⁹. Szeroko na ten temat pisał między innymi K. Hackl³⁰ w swoim artykule poświęconym kwestii ustalania ojcostwa. Wydaje się, iż uregulowania w okresie klasycznym pozwalały na zmuszenie ojca do uznania dziecka, w przypadku, gdy on tego odmawiał. Mogło to się odbyć na mocy toczącego się przed preto-rem *praeiudicium in ea causa esse, ut agnoscere debeat*, którego wyrok rozstrzygał o ojcostwie³¹. Samo *senatus consultum Plancianum* uprawniało matkę, aby w terminie 30 dni po rozwodzie zawiadomiła byłego męża, że jest z nim w ciąży. Zawiadomiony miał wybór: albo wysłać *custodes*³² albo zaprzeczyć ojcostwu. Jeśli nie uczynił

²⁷ Dion. 2,15,2.

²⁸ H. KUPISZEWSKI, *Porzucenie*, cit., s. 60; TENŻE, *Humanitas a prawo rzymskie*, «PK» 20.1-2 (1977), s. 293-294; J. ZABŁOCKI, *Kompetencje 'patres familias' i zgromadzeń ludowych w sprawach rodzinnych w świetle 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa*, Warszawa 1990, s. 49 przyp. 2.

²⁹ Data uchwalenia jest sporna. A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 358 i 699, wskazał, że uchwalono je przed panowaniem cesarza Trajana (98-117 r. n.e.), z kolei K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, «ZSS» 90 (1973), s. 107 i M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1955, s. 291 datowali je na panowanie cesarza Wespazjana (69-79 r. n.e.).

³⁰ K. HACKL, *op. cit.*, s. 105-149

³¹ M. KASER, *op. cit.*, I, s. 291. Według K. HACKLA, *op. cit.*, s. 122-123 wymuszone uznanie według *senatus consultum Plancianum* przy *cognitio extra ordinem* wiązało się tylko do *alere*. Działanie wyroków sądowych w *praeiudicium* było szersze, ponieważ ten, który uznał, musiał zaliczyć dziecko do *suus heres*, jako że dziecko zostało uznane za małżeńskie.

³² *Custos* – strażnik, obrońca, por. A. BERGER, *op. cit.*, s. 423 i 504, który przy haśle *custodire partum* odsyłał do *inspicere ventrem* (strzec pilnować ciężarnej ko-

żadnej z tych rzeczy, pretor mógł go zmusić do utrzymywania dziecka. Jeśli natomiast mąż wykonał jedną z przewidzianych ewentualności, żona mogła go w *cognitio extra ordinem* skłonić do ponoszenia ciężarów związanych z utrzymaniem dziecka. Za czasów Hadriana zastosowanie tego *senatus consultum* rozciągnięto również na dzieci urodzone podczas trwania *iustum matrimonium*³³. W okresie poklasycznym małżeńskie pochodzenie dziecka było nadal warunkiem uznania ojcostwa³⁴.

Dodatkowo, *pater familias* w stosunku do dziecka, które urodziło się z jego żony mógł skorzystać z *ius exponendi*³⁵. Jednak, jak się wydaje, już od najwcześniejszego okresu nie podejmował tej decyzji samodzielnie, lecz przy współudziale najbliższych krewnych, czyli tzw. *iudicium domesticum*³⁶. Prawdopodobnie to właśnie gremium miał na myśli Ulpian w cytowanym wcześniej fragmencie z Digestów wskazując, iż za wiedzą *vicini* ojciec może nie uznać za własne dziecka urodzonego *intra legitimum tempus*. *Iudicium domesticum* mogło stanowić tu swego rodzaju „alibi” męża, od kiedy rozszerzono stosowanie *senatus consultum Plancianum*.

Tak zakreślone podejście do ustalania ojcostwa dziecka w prawie rzymskim było podyktowane znaczeniem skutków prawnych i pozaprawnych tego faktu zarówno dla zainteresowanych stron jak i dla

biety do momentu porodu, aby uniknąć podrzucenia dziecka); H. HEUMANN, E. SECKEL, *op. cit.*, s. 118; J. SONDEL *op. cit.*, s. 244.

³³ M. KASER, *op. cit.*, I, s. 291, szerzej na ten temat por. K. HACKL, *op. cit.*, s. 124 i n.; z pewnością ten właśnie moment miał na myśli W. LITEWSKI, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 80, pisząc: „W razie odmowy uznania dziecka za swoje, mąż matki mógł być do tego zmuszony sądownie”.

³⁴ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II: *Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1959, s. 146.

³⁵ B. WIERZBOWSKI, *op. cit.*, s. 53-54.

³⁶ Sąd domowy sprawowany przez *pater familias*, w sprawach większej wagi przy współudziale najbliższych krewnych, których opinia jednak nie była wiążącą dla zwierzchnika familijnego, por. W. ROZWADOWSKI, s. v. *Iudicium domesticum*, [w:] *Prawo rzymskie*, cit., s. 79; M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 70.

całego społeczeństwa rzymskiego. Ponieważ według prawa rzymskiego dziecko urodzone w *matrimonium legitimum* dzieliło status prawny ojca³⁷, tym samym zrozumiące stają się podejmowane przez rządzących próby zmuszenia lub zachęty obywateli do większej prokreacji w legalnych małżeństwach³⁸. Jak pisał w swoim artykule J. Zabłocki, „w Rzymie mile było widziane liczne potomstwo”³⁹. Potwierdzają to przekazane w źródłach nieprawniczych informacje w odniesieniu do, jeśli nie pierwszego, to na pewno najgłośniejszego rozwodu w Rzymie dokonanego przez Serviusa Carviliusa Rugę. Przyczyną miała być bezpłodność żony, a dokładniej niemożność wypełnienia przysięgi z tego powodu złożonej cenzorom, iż bierze on żonę celem rodzenia dzieci⁴⁰.

Z pewnością uznanie ojcostwa w wielu aspektach wywierało skutki korzystne dla dziecka. Jak wskazałam, nawiązywało się między nim a ojcem pokrewieństwo agnacyjne i kognacyjne. Jednocześnie dziecko otrzymywało pozycję prawną i społeczną ojca, a zatem związane z tym uprawnienia i obowiązki. Wspomniałam już, że przede wszystkim stawało się ono obywatelem rzymskim. Po śmierci ojca wchodziło do grona *sui heredes*, przejmując w linii męskiej władzę w swojej rodzinie i obowiązek sprawowania kultu, i wreszcie majątek po ojcu⁴¹.

Na ojcu ciążył obowiązek utrzymania dziecka, który z czasem mógł być nawet egzekwowany na drodze postępowania procesowe-

³⁷ D. 1,5,19 (Cel. 29 dig.): *Cum legitimae nuptiae faceta sint, patrem liberi sequuntur ...*, por. również G. KULECZKA, *op. cit.*, s. 64-66.

³⁸ Szerzej na ten temat M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego*, *cit.*, s. 41.

³⁹ J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska*, *cit.*, s. 46. Co do motywów ustawodawstwa dynastii julijsko-klaudyjskiej por. M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego*, *cit.*, s. 60.

⁴⁰ Szerzej na temat tego przypadku pisała A. TARWACKA, *Rozwód Carviliusa Rugi – czy naprawdę pierwszy?*, «CPH» 54.1 (2002), s. 301-308; por. też J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska*, *cit.*, s. 49-50.

⁴¹ Pisał o tym m.in. J. ZABŁOCKI, ‘*Consortium ercto non cito*’ w ‘*Noctes Atticae*’ *Aulusa Gelliusa*, «PK» 31.3-4 (1988), s. 272 oraz TENZE, *Kompetencje ‘patres familias’*, *cit.*, s. 74, 109.

go. W okresie królewskim taki obowiązek wydaje się pośrednio wpływać z ustawy Romulusa zakazującej zabijania potomstwa do trzeciego roku życia⁴². Droga wniosku można jednak z powyższego przepisu wyprowadzić obowiązek alimentacyjny ‘rodziców’ względem swego potomstwa⁴³.

Dla ojca posiadanie liczego potomstwa w epoce przedklasycznej nie wywierało wpływu na jego sytuację prawną⁴⁴. Nie oznacza to jednak, iż stan liczebny populacji nie był przedmiotem zainteresowania władz państwowych. Co więcej F. Wycisk wskazał na ślady świadomej polityki ludnościowej w tym okresie⁴⁵. Wystarczy przypomnieć tu cytowaną wcześniej ustawę Romulusa, która zabraniała ojcu zabijać dzieci do trzeciego roku życia, czy przekaz Dionizjusza z Halikarnasu na temat ustawy Tullusa Hostiliusa o nagrodzie dla ojca, któremu urodziły się trojaczki⁴⁶ – oba źródła datowane na okres królewski. W okresie republikańskim i w epoce klasycznej obowiązki ojca wobec dziecka, jak się wydaje, uległy dalszemu sprecyzowaniu, bowiem nie ograniczały się już tylko do zapewnienia dzieciom utrzymania, ale również do odpowiedniego ich wykształcenia, stosownego do pochodzenia i stanu majątkowego⁴⁷.

⁴² *Necessitatem imposuit Romulusa civibus, omnem virilem prolem educare et filias primogenitas, necare vero nullum fetum trinio minorem ...*, por. C. G. BRUNS, ‘*Fontes iuris Romani antiqui*’, Tübingen 1909, s. 7. Nie dotyczyło to kalek i potworków, por. F. WYCISK, *Obowiązki alimentacyjny i wychowawczy w prawie rzymskim okresu królewskiego*, «RTK» 10.4 (1963), s. 225-227.

⁴³ Por. F. WYCISK, *Obowiązki alimentacyjny*, cit., s. 226, który słowo γεινόμενοι tłumaczył jako łac. „*patres*” – „ojców”, nie zgadzając się z tłumaczeniem swoich poprzedników na „rodziców”.

⁴⁴ Por. J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska*, cit., s. 46.

⁴⁵ Por. F. WYCISK, *Obowiązki alimentacyjny*, cit., s. 224.

⁴⁶ Dion. 3,22,10 (= C. G. BRUNS, *op. cit.*, s. 12) oraz por. F. WYCISK, *Obowiązki alimentacyjny*, cit., s. 224.

⁴⁷ Szerzej na ten temat B. ŁAPICKI, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948, s. 248; F. WYCISK, *Rodzicielski obowiązek wychowania potomstwa w prawie rzymskim okresie republikańskiego*, «RTK» 12.5 (1965), s. 131-151; TENŻE, *Z zagadnień alimentacji w rzymskim prawie klasycznym*, «RTK» 17.5 (1970), s. 57-73.

Sytuacja uległa zmianie w dobie panowania cesarza Oktawiana Augusta. Princeps „ustawodawstwo dotychczasowe przejrzał, pewne ustawy na nowo wprowadził, jak: ... małżeńską ustawę stanowiącą”⁴⁸. Swetoniusz miał tu na myśli *lex Iulia de maritandis ordinibus*, której przepisy zostały zastrzeżone przez *lex Papia Poppaea*⁴⁹. Podejmując próby zachęty obywateli do zakładania rodziny i posiadania jak największej ilości dzieci, cesarz wprowadził dla nich obowiązek założenia rodziny⁵⁰. Dodatkowo ci, którzy zastosowali się do tego wymogu, mogli liczyć na szereg przywilejów zarówno na gruncie prawa publicznego⁵¹ jak i prywatnego np. *ius trium liberorum*. Właśnie poprzez powołanie się na posiadanie trojga dzieci zrodzonych w *iustum matrimonium*, które pozostawały pod jego *patria potestas*, ojciec⁵² mógł starać się o przyznanie mu tego przywileju. Dzięki niemu uzyskiwał on pełną *capacitas* na gruncie prawa spadkowego, unikając ograniczeń związanych z *lex Papia Poppaea nuptialis*⁵³. Stał się potencjalnym beneficjentem części spadku z dziedziczenia testamentowego po wykluczonych od dziedziczenia współdziedzica-

⁴⁸ Suet., *Aug.* 34, w tłum. J. NIEMIRSKIEJ-PLISZCZYŃSKIEJ, Wrocław-Warszawa-Kraków 1965, s. 130.

⁴⁹ *Lex Papia Poppaea nuptialis* uchwalona z inicjatywy konsulów Marka Papiusa Matilusa i Quintusa Poppaeusa Sabinusa w 9 r. n.e. Na temat obu ustaw por. M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego*, cit., s. 34-93.

⁵⁰ Por. M. ZABŁOCKA *Przemiany prawa osobowego*, cit., s. 34-36.

⁵¹ Według *lex Iulia de maritandis ordinibus* w kolejności do piastowania urzędów pierwszeństwo miał zawsze ten kandydat, który miał pod swoją władzą ojcowską więcej dzieci, por. J. ZABŁOCKI, *Rodzina rzymska*, cit., s. 46-47. Należy tu zaznaczyć, że pod *patria potestas* wchodziły nie tylko dzieci zrodzone w małżeństwie ale również te przysposobione.

⁵² M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego*, cit., s. 53. Trzeba zaznaczyć, że z tego przywileju mogły korzystać także kobiety (matki). Szerzej na ten temat na s. 133; TEJŻE, *Il 'ius trium liberorum' nel diritto romano*, «BIDR» 91 (1988), s. 364; oraz TEJŻE, *Osoba ludzka a 'ius trium liberorum'*, «PK» 40.1-2 (1997), s. 249-254.

⁵³ Szczegółowo ograniczenia te opisała i przeanalizowała w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym w swojej pracy M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego*, cit., s. 34-36.

⁵⁴ W. WOŁODKIEWICZ, M. ZABŁOCKA, *op. cit.*, s. 113-115; A. DĘBIŃSKI, *op. cit.*, s. 189-190.

ch⁵⁴, mógł uchylić się od obowiązku sprawowania tuteli lub kurateli lub funkcji sędziego prywatnego⁵⁵.

Z pozycją *filius familias* łączyły się też z pewnością pewne ograniczenia, szczególnie w zakresie zdolności majątkowej. Wiązało się to z podległością władzy *pater familias* i stanowiskiem *alieni iuris*, jednak i tu prawo zaczęło czynić wyłom na rzecz synów pod władzą⁵⁶. Dodatkowo w prawie rzymskim ze stosunku prawnego ojcostwa wynikał zakaz pozywania *pater familias* przed sądem⁵⁷.

W literaturze przedmiotu wskazywano, iż współcześnie jednym z celów ustalenia pochodzenia osoby jest określenie jej stanu cywilnego. Ponieważ w prawie polskim obowiązuje zasada niepodzielności stanu cywilnego, tym samym dziecko może pochodzić tylko od jednej kobiety jako matki i tylko od jednego mężczyzny jako ojca⁵⁸. Uregulowania w obowiązujących przepisach ograniczają się do ustalenia pochodzenia dziecka tylko od jednego rodzica, od ojca⁵⁹. Polski ustawodawca w dążeniu do ustalenia ojcostwa przewidział trzy sposoby: domniemanie, że dziecko urodzone w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem 300 dnia od jego unieważnienia lub orzeczenia separacji pochodzi od męża matki; uznanie przez mężczyznę dziecka pozamałżeńskiego; sądowe ustalenie ojcostwa dziecka pozamałżeńskiego⁶⁰.

⁵⁵ Por. M. ZABŁOCKA, *Osoba ludzka*, cit., s. 250 i 253-254.

⁵⁶ Mowa tu o wyodrębnionych w okresie cesarstwa *peculium castrense* (od czasów Augusta), *peculium quasi castrense* (od Konstantyna Wielkiego) i *bona materna* (od Konstantyna Wielkiego). Szerzej na ten temat W. ROZWADOWSKI, s. v. *Bona materna*; s. v. *Peculium castrense*; s. v. *Peculium quasi castrense*, [w:] *Prawo rzymskie*, cit., s. 28, s. 115, s. 116; W. OSUCHOWSKI, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1988, s. 235.

⁵⁷ Por. np. D. 2,4 *de in ius vocando*: 4; 5; 6; 7; 8.

⁵⁸ J. IGNATOWICZ, M. NAZAR, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2005, s. 230.

⁵⁹ „... konstrukcja przepisów 62-86 KRiO. sugeruje przyjęcie przez ustawodawcę polskiego apriorycznie założenia – zgodnie zresztą ze starorzyską premią *mater semper certa est* – że macierzyństwo jest zwykle z góry przesądzone” – J. STRZEBIŃCZYK, *Prawo rodzinne*, Kraków 2003, s. 227.

⁶⁰ T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 242; TENŻE, *Pochodzenie dziecka. Wstępna charakterystyka*, [w:] *System*

Użyty w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy termin „dziecko” niekoniecznie oznaczać musi jedynie osobę w wieku dziecięcym, a odnosi się do każdego, w stosunku, do kogo ustalany jest stosunek prawny ojcostwa⁶¹.

Według W. Stojanowskiej „konieczne jest odróżnienie pojęcia ojcostwa biologicznego od pojęcia ojcostwa prawnego⁶²”. Ojciec biologiczny to mężczyzna, który obcował z matką dziecka w okresie koncepcyjnym ze skutkiem poczęcia i urodzenia dziecka. Ojcem prawnym będzie natomiast albo mąż matki albo mężczyzna, który nie będąc mężem matki dziecko uznał albo mężczyzna w stosunku do którego ojcostwo zostało ustalone prawomocnym wyrokiem sądu.

Domniemania ojcostwa w prawie polskim funkcjonują jako *prae-sumptiones iuris*.

Art. 62 §1: *Jeśli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia, domniemywa się, że pochodzi od męża matki. Domniemania tego nie stosuje się, jeśli dziecko urodziło się po upływie 300 dni od orzeczenia separacji.*

Art. 85 § 1: *Domniemywa się, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka.*

Zostały tu wyrażone dwa domniemania, to znaczy domniemanie ojcostwa dziecka urodzonego w małżeństwie oraz domniemanie ojcostwa dziecka, które urodziło się w związku pozamałżeńskim.

W art. 62 § 1 k.r.o., ustawodawca uznał, iż kwestia ustalenia czy dziecko pochodzi od obojga małżonków jest sprawą na tyle ważną,

prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze, red. Z. RADWAŃSKI, Warszawa 2003, s. 2.

⁶¹ T. SMYCYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 149.

⁶² W. STOJANOWSKA, *Sądowe ustalenie ojcostwa*, [w:] *System prawa prywatnego*, cit., s. 147.

że ustanowił w tym względzie domniemanie prawne. Jest to oczywiście *praesumptio iuris tantum*⁶³, jednak czynna i bierna legitymacja procesowa została tu ograniczona do podmiotów określonych w przepisach Kodeksu. Jest nim z pewnością mąż matki⁶⁴, jak i jego przedstawiciel ustawowy, jeśli ojciec jest ubezwłasnowolniony⁶⁵, matka dziecka⁶⁶ oraz ono samo po dojściu do pełnoletności⁶⁷, oraz prokurator⁶⁸. Domniemanie to jest usuwalne, jeśli nie zaistnieją przesłanki określone, np. w art. 67, a mianowicie, że dziecko nie urodziło się po upływie sto osiemdziesiątego dnia od zawarcia małżeństwa, a przed upływem trzechsetnego dnia od jego ustania lub unieważnienia. W przeciwnym razie obalenie domniemania będzie skuteczne jedynie poprzez udowodnienie niepodobieństwa, że mąż matki mógł być ojcem dziecka⁶⁹.

T. Smyczyński stwierdził, że „domniemanie wskazujące męża matki jako ojca dziecka urodzonego przez żonę, wynika z powszechnego jeszcze zjawiska społecznego, iż dziecko rodzi się najczęściej w czasie trwania małżeństwa”⁷⁰. Domniemanie to, co zostało zauważone w literaturze przedmiotu, opiera się na fakcie urodzenia, a nie na momencie spółdzenia dziecka. Dla ojca takie ustalenie wywołuje określone skutki prawne, takie jak nabycie władzy rodzicielskiej na dziec-

⁶³ T. SMYCZYŃSKI, *Pochodzenie dziecka*, cit., s. 2.

⁶⁴ Art. 63 k.r.o.: „Mąż matki może wytoczyć powództwo o zaprzeczenie ojcostwa ciągu sześciu miesięcy od dnia, w którym dowiedział się o urodzeniu dziecka przez żonę”.

⁶⁵ Art. 64 § 1 k.r.o.

⁶⁶ Art. 69 k.r.o.

⁶⁷ Art. 70 k.r.o.

⁶⁸ Art. 86 k.r.o.

⁶⁹ Por. art. 68 § 2 k.r.o.: „Jeżeli jednak mąż obcował z matką nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka lub jeżeli zawierając małżeństwo wiedział, że żona jest w ciąży, obalenie domniemania ojcostwa może nastąpić tylko wtedy, gdy zachodzi niepodobieństwo, żeby mąż mógł być ojcem dziecka”.

⁷⁰ T. SMYCZYŃSKI, *Ustalenie ojcostwa dziecka małżeńskiego*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, cit., s. 98.

kiem⁷¹, nabycie praw do dziedziczenia (po obu stronach)⁷², obowiązek alimentacyjny i ewentualne związane z nim roszczenia zwrotne⁷³.

W przypadku tzw. *matrimonium non existens* art. 62 k.r.o. nie ma zastosowania. Dziecko urodzone w związku tego rodzaju traktowane jest w świetle prawa jako dziecko pozamałżeńskie, jednak na gruncie orzecznictwa realizuje się zasadę, iż ojcem jest mężczyzna, który w rzeczywistości nie był mężem matki⁷⁴.

Domniemane wyrażone w art. 85 k.r.o. odnosi się do sądowego ustalenia ojcostwa dziecka pozamałżeńskiego. W tym przypadku sąd powinien dążyć do osiągnięcia zgodności między biologicznym a naturalnym ojcostwem dziecka, bowiem skutki prawne, jakie wynikają z sądowego ustalenia ojcostwa dla mężczyzny są takie same, jak w przypadku pochodzenia dziecka z małżeństwa⁷⁵.

Legitymację czynną w przypadku zastosowania art. 85 k.r.o. mają dziecko⁷⁶, jego matka oraz prokurator⁷⁷. Legitymacja bierna przy-

⁷¹ Na ten temat szerzej por. H. HAAK, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Władza rodzicielska. Komentarz*, Touń 1995; J. STRZEBIŃSKI, *Władza rodzicielska*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, cit., s. 225-364.

⁷² Szerzej na ten temat E. SKOWOROŃSKA-BOCIAN, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1997; J. BIERNAT, *Ochrona osób bliskich spadkodawcy w prawie spadkowym*, Toruń 2002; L. KALTENBEK-SKARBEB, W. ŻUREK, *Prawo spadkowe. Poradnik*, Kraków 2002; J. S. PIĄTOWSKI, *Prawo spadkowe. Zarys wykładni*, Warszawa 2003; J. IGNA-CZEWSKI, *Prawo spadkowe. Art. 922-1088 KC. Komentarz*, Warszawa 2004.

⁷³ H. HAAK, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Obowiązek alimentacyjny. Komentarz*, Toruń 1995; Z. KRZEMIŃSKI, *Alimenty i ojcostwo. Komentarz do przepisów. Orzecznictwo. Piśmiennictwo. Wzory pism*, Kraków 2002; T. SMYCZYŃSKI, *Ustalenie ojcostwa*, cit., s. 119-120.

⁷⁴ Należy w tym przypadku zastosować postępowanie o unieważnienie lub sprostowanie akt stanu cywilnego. Por. J. WINIARZ, J. GAJDA, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1999, s. 162.

⁷⁵ W. STOJANOWSKA, *Sądowe ustalenie ojcostwa*, cit., s. 148.

⁷⁶ Art. 84 § 1 k.r.o., por. W. STOJANOWSKA, *Sądowe ustalenie ojcostwa*, cit., s. 184-186; szereg publikacji zawiera też wzory pism procesowych, por. np. H. CIEPŁA, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Wzory pism procesowych w sprawach rodzinnych i opiekuńczych z objaśnieniem*, Warszawa 2005, s. 61-70.

⁷⁷ Art. 85 k.r.o.

sługuje domniemanemu ojcu dziecka⁷⁸. Jednak według niektórych autorów, w odróżnieniu od konstrukcji domniemania opartego na art. 62, domniemanie z art. 85 pozwala mężczyźnie w procesie o ustalenie ojcostwa wykazać jedynie, że ojcem nie jest⁷⁹ (nie musi zaś wykazywać „niepodobieństwa, że ojcem nie jest”).

Ustalenie pochodzenia dziecka od określonych osób rodzi dla niego bardzo ważne skutki prawne. Przede wszystkim jest to ustalenie pokrewieństwa pierwszego stopnia, a w konsekwencji możliwość określenia innych więzi rodzinno-prawnych wynikających z dalszego pokrewieństwa i powinowactwa. Ogólnie można ująć te zagadnienie jako określenie miejsca człowieka w grupie, którą stanowi rodzina. Dodatkowo, z ustalenia ojcostwa wypływają też dla dziecka określone uprawnienia i ograniczenia związane, np. z porządkiem dziedziczenia, z innym trybem następstwa prawnego, uprawnienie do świadczeń socjalnych, możliwość odmowy zeznań w procesie karnym i cywilnym, zakaz zawierania małżeństwa ze względu na zbyt bliskie pokrewieństwo czy powinowactwo itp.⁸⁰

W odniesieniu do tak wyrażonych domniemań ojcostwa niektórzy autorzy podnoszą, iż zostały one podyktowane brakiem możliwości udowodnienia rzeczywistego pochodzenia dziecka ze względu na obecny poziom wiedzy medycznej⁸¹. Zatem postępowanie w zakresie

⁷⁸ Art. 84 § 2 k.r.o., por. też W. STOJANOWSKA, *Sądowe ustalenie ojcostwa*, cit., s. 189.

⁷⁹ A. CIEPŁA, B. CZECH, T. DOMIŃCZYK, S. KALUS, K. PIASECZKI, M. SYCHOWICZ, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 573.

⁸⁰ T. SMYCZYŃSKI, *Pochodzenie dziecka*, cit., s. 2-3.

⁸¹ Por. H. HAAK, *Kodeks rodziny i opiekuńczy. Pochodzenie dziecka. Komentarz*, Toruń 1997, s. 12-13: „Domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki jest więc ułatwieniem dowodowym wprowadzonym ze względu na niemożliwość przeprowadzenia bezpośredniego dowodu na fakt zapłodnienia, a w konsekwencji – na fakt spłodzenia dziecka przez danego mężczyznę”. A. WOLTER, J. IGNATOWICZ, K. STEFANIUK, *op. cit.*, s. 384-385: „Głównym motywem takiego uregulowania (tu art. 85 k.r.o.) był fakt, że stan nauk biologicznych nie pozwalał na pewne ustalenie ojcostwa. Obecnie te założenia ulegają zmianie bowiem nauka opracowała metodę pozwalającą na pewne zarówno potwierdzenie jak i wykluczenie, tak ojcostwa, jak i macierzyństwa. Dokonuje się tego na podstawie ekspertyzy (dowodu z biegłego)

nauk medycznych powodować powinien rewizję stanowiska ustawodawcy, bowiem samo udowodnienie ojcostwa stało się możliwe bezpośrednio⁸². Czy jednak było to jedyne z *rationes decidendi*, jakimi kierował się ustawodawca?

W obu przedstawionych porządkach prawnych zajmowano się kwestią ustalenia pochodzenia dziecka. Wspólnym dla obu porządków jest założenie, iż ustalanie macierzyństwa nie stanowi zagadnienia mogącego rodzić problemy, odmiennie rzecz miała się z ojcostwem. W prawie rzymskim trudno mówić o *ratio decidendi* ustawodawcy, bowiem całościowy obraz ustalania ojcostwa oparty został na fragmentach aktów prawnych, jak i opinii jurysprudencji czy kazuistycznych rozstrzygnięciach. Rzymianie, odmiennie o naszego porządku prawnego, uznawali prawnie jedynie ojcostwo dziecka urodzonego w małżeństwie. W tej kwestii wypowiadali się zarówno decemwirowie, jak i urzędnicy, prawnicy i cesarze. Obraz przedstawiony artykule, a oparty na tych właśnie wypowiedziach, jawi się jako pewna klarowna, logiczna konstrukcja. Czy jednak taka współczesna logiczna konstrukcja funkcjonowała w prawie rzymskim wydaje się wątpliwe. Oczywiście, da się w tym obrazie wskazać pewne zasady, jak urodzenie w małżeństwie (*iustum matrimonium*), w określonym czasie po jego zawarciu lub ustaniu, brak przesłanek

z tzw. DNA. Ustawodawca będzie musiał rozważyć, czy obecnie opisana konstrukcja prawna – domniemanie prawne ojcostwa nie wymaga pewnej korekty”. A. CIEPŁA, B. CZECH, T. DOMIŃCZYK, S. KALUS, K. PIASECZKI, M. SYCHOWICZ, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, cit., s. 498: „wobec niemożności w świetle obecnej pozycji nauki pozytywnego stwierdzenia pochodzenia dziecka od określonego mężczyzny, ustawodawca zmuszony jest tradycyjnie (porównaj paremię starorzyską *Pater is est, quem nuptiae demonstrant*) posługiwać się konstrukcją domniemania Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na postęp medycyny w tym zakresie”. E. ŁĘTOWSKA, *op. cit.*, s. 238: „Nie udowadnia się więc ojcostwa (co byłoby właściwie niewykonalne), lecz sam fakt obcowania cielesnego kobiety i mężczyzny we właściwym czasie”.

⁸² Na temat dowodów medycznych zob. m.in. W. STOJANOWSKA, D. MIŚCICKA-ŚLIWKA, *Dowód z badań DNA a inne dowody w procesie o ustalenie ojcostwa*, Warszawa 2000; W. STOJANOWSKA, *Dowody biologiczne w procesach*, [w:] *System prawa prywatnego*, cit., s. 17-95.

negatywnych. Ale z drugiej strony każde z tych uregulowań miało swoją własną drogę rozwoju. Nie sądzę, aby można było mówić o instytucji domniemania ojcostwa we współczesnym jej rozumieniu na gruncie prawa rzymskiego.

Polski ustawodawca uznał za konieczne uregulować kwestię pochodzenia dziecka za pomocą instytucji domniemań prawnych. O ile jednak w prawie rzymskim małżeńskie pochodzenie było to przesłanką *sine qua non* dla nawiązania się węzła prawnego między dzieckiem a ojcem, w polskim prawie współczesnym stało się to jedynie warunkiem utrudniającym przeprowadzenie dowodu przeciwnego. Przedstawione w niniejszym artykule starorzyskie zasady ustalania ojcostwa oraz skutki prawne z tego wypływające nie pozwalają jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, czy zastosowano w nich konstrukcję domniemania, czy nie⁸³. Oczywiście pewne podobieństwa z dzisiejszymi instytucjami domniemań ojcostwa w prawie polskim są zauważalne. Szczególnie na tle art. 62 § 1 k.r.o., który traktuje o domniemaniu pochodzenia od męża dziecka urodzonego przez żonę. Również w prawie rzymskim znaczenie prawne miał moment urodzenia się dziecka – w oparciu o ówczesną wiedzę medyczną. Zauważano, iż w pewnych sytuacjach, mimo istnienia małżeństwa i urodzenia się dziecka w przepisany termin, nie zawsze będzie ono pochodzić od męża matki. Stąd też ewentualny ojciec lub ten, pod którego władzą się ojciec dziecka się znajdował, miał możliwość uchylić się od ojcostwa.

Jak się wydaje jednak, przynajmniej jeszcze w prawie poklasycznym decyzja o uznaniu lub nie dziecka zrodzonego w małżeństwie była raczej⁸⁴ autonomiczną decyzją *pater familias*. W prawie klasycznym powoli zaczynają się pojawiać się instrumenty umożliwiające matce domaganie się uznania dziecka przez ojca, jednak nadal trudno zrekonstruować wynikające z nich pełne skutki prawne (czy

⁸³ Niektórzy autorzy upatrywali takiego właśnie domniemania w cytowanym tekście Paulusa z D. 2,4,5, jednak nie wskazując, jaki typ domniemania mają na myśli. Por. W. LITEWSKI, *Podstawowe wartości* cit., s. 80.

⁸⁴ Poza ograniczeniami wynikającymi chociażby z ustawy Romulusa.

chodziło tylko o obowiązek alimentowania dziecka, czy też wchodziło ono pod władzę ojcowską).

Głównym zadaniem domniemań prawnych jest ochrona praw podmiotowych oraz zapewnienie ładu i stabilizacji w sytuacji niepewnej⁸⁵. Dzisiaj domniemanie, że ojcem dziecka jest mąż matki jest domniemaniem prawnym i nie wymaga złożenia przez zainteresowane strony żadnego oświadczenia woli. Dopiero próba jego usunięcia nakazuje podjęcie określonych działań.

Zarówno w prawie rzymskim jak i w prawie polskim, prawny ojciec nabywa nad dziećmi władzę rodzicielską, choć naturalnie jej treść jest różna. Wydaje się jednak, iż już w prawie rzymskim ojcostwo i władza ojca nad dziećmi przeszły powolną ewolucję i poddały się coraz większej, choć nie całkowitej, kontroli ze strony państwa.

Uprawnionym, jak sądzę, jest przypuszczenie, iż nie jedynie brak możliwości faktycznego i bezspornego stwierdzenia ojcostwa legł u podstaw tego rodzaju rozwiązań. Prawdą jest, iż poziom wiedzy medycznej starożytnych nie pozwalał na bezsporne stwierdzenie takiego faktu. Jednak przecież w rodzinie rzymskiej władza ojcowska nie powstawała jedynie nad dziećmi naturalnymi, tzn. spółdzionymi przez męża matki. Taki sam status miały dzieci przysposobione. Rzymianie, jak się zdaje, mniejszą wagę przywiązywali do faktu biologicznego ojcostwa, niż do uszanowania autonomii i spokoju rodziny. Jak widać z cytowanych wcześniej rozstrzygnięć jurystów⁸⁶, nie kwestionowano małżeńskiego pochodzenia dziecka z urzędu,

⁸⁵ W. STOJANOWSKA, *Sądowe ustalenie ojcostwa*, cit., s. 151-152.

⁸⁶ Uważam, iż dobrze scharakteryzowały to zjawisko słowa włoskiego romanisty G. SEGRÈ, *Di alcune pericolose tendenze nello studio sistematico del diritto romano*, [w:] *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, s. 571: „Bisogna partire da ciò che i giuristi romani, non altrimenti di un moderno legislatore, determinavano i principi giuridici in base ai bisogni della vita sociale o alter esigenze della vita conducevano all'obliterazione od alla modificazione del principio prima stabilito. La scienza del diritto non era per essi uno studio atratto, ma si ricollegava essenzialmente alla scienza della vita”.

nawet jeśli urodziło się ono np. poza *tempus legitimum*. Wskazywano tylko, na jaką okoliczność mógł powołać się ojciec lub jego krewni (np. spadkobiercy), gdyby chciał się od ojcostwa uchylić.

Współczesne domniemania ojcostwa, które funkcjonują na gruncie prawa polskiego według niektórych cywilistów tracą powoli swoją rację bytu. Oczywiście można się z tym zgodzić, jeśli przyjmie się założenie, że domniemania te spełniają jedynie swoją techniczno-prawną funkcję ułatwienia rozstrzygnięcia w sytuacji trudnej pod względem dowodowym. Jeśli jednak rozważy się inny kontekst, to z pewnością rację należy przyznać tym, którzy jak T. Smyczyński, uważali, iż są one podyktowane troską o dobro dziecka i dążeniem do zagwarantowania stabilności istniejącego już stanu cywilnego⁸⁷.

PATERNITY'S PRESUMPTION – *RATIO DECIDENDI* OF LEGISLATOR

Summary

Paternity's presumption is an important legal tool in contemporary Polish civil law. It enables e. g. to define the civil status of a private person. Paternity's presumption is regulated in art 62 §1 i 85 § 1 of k.r.o. Undoubtedly we cannot reduce its effect to the sphere of legal proceedings and the author considers, that the intention of the legislator was different. The legislator found it necessary to regulate the child's origin by a legal presumption, which allows to establish legal connections between the child and the husband or partner of the child's mother.

Some scholars claim, that the ancient Roman law knew the paternity's presumption. There is a probable confirmation – a passage from Paul's Edict Commentary, which was placed by compilers in D. 2,4,5: *Quia [mater] semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*. This kind of a presumption in Roman law was applied only in order to establish the child's origins and its legal status on

⁸⁷ T. SMYCZYŃSKI, *Pochodzenie dziecka*, cit., s. 12.

the grounds of *iustum matrimonium*. Nevertheless analysis of the problem allows a theory, that a presumption was applied not only in the issues connected with providing evidence.

The aim of this article is to answer questions concerning some common points in *ratio decidendi* of ancient Roman legislator and the contemporary Polish one. In the author's opinion, the similarity lies in an attempt to protect basic values against an excessive interference of law into individual life.