

**Miscellanea
Historico-Iuridica**

Współautorzy tomu XIII, z. 2

Katarzyna Bagan-Kurluta (Uniwersytet w Białymstoku)
Leah Bornstein-Makovetsky (Ariel University, Israel)
Anetta Brezko (Uniwersytet w Białymstoku)
Agnieszka Daniluk (Uniwersytet w Białymstoku)
Urszula Drozdowska (Uniwersytet w Białymstoku)
Piotr Fiedorczyk (Uniwersytet w Białymstoku)
Sanja Gligić (University of Belgrade)
Ewa Kowalewska-Borys (Uniwersytet w Białymstoku)
Tomasz Marek Królasik (Uniwersytet Warszawski)
Sławomir Patrycjusz Kursa (Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej
w Warszawie)
Marek Andrzej Lebensztejn (Radca prawny z Okręgowej Izby Radców
Prawnych, Białystok)
Anna Leszczuk-Fiedziukiewicz (Uniwersytet w Białymstoku)
Tomasz Litwin (Akademia Ignatianum w Krakowie)
Marek Ławreszuk (Uniwersytet w Białymstoku)
Karol Łopatecki (Uniwersytet w Białymstoku)
Agnieszka Malarewicz-Jakubów (Uniwersytet w Białymstoku)
Aneta Michałowska (Asesor Prokuratury Rejonowej Warszawa-Mokotów
w Warszawie)
Bartłomiej Oszkinis (Uniwersytet w Białymstoku)
Katarzyna Pfeifer-Chomiczewska (Uniwersytet Łódzki, Université
François Rabelais de Tours)
Piotr Zbigniew Pomianowski (Uniwersytet Warszawski)
Krzysztof Szczygielski (Uniwersytet w Białymstoku)
Renata Tanajewska (Uniwersytet w Białymstoku)
Cezary Wiśniewski (Uniwersytet w Białymstoku)

UNIwersytet w Białymstoku
Wydział Prawa
Katedra Nauk Historycznoprawnych i Komparatystyki Prawniczej
Zakład Historii Państwa i Prawa

Miscellanea Historico-Iuridica

Tom XIII, z. 2

**Związki pozamałżeńskie
na przestrzeni wieków**

pod redakcją

Krzysztofa Szczygielskiego

Białystok 2014

Rada Naukowa/Scientific Board:

Adam Czarnota (University of Białystok and International Institute for the Sociology of Law, Oñati, Spain); Soazick Kerneis (Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France); Adam Lityński (Humanitas University, Sosnowiec, Poland); Marju Luts-Sootak (University of Tartu, Estonia); Piotr Niczyporuk (University of Białystok, Poland); Kenneth J. Pennington (The Catholic University of America, Washington, USA); Janis Pleps (University of Latvia); Anton D. Rudokvas (St. Petersburg University, Russia); Karel Schelle (Masaryk University, Brno, Czech Republic); Dariusz Szpoper (University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland); Charles Szymanski (Vytautas Magnus University, Kaunas, Lithuania); Jaroslav Volkonovski (University of Białystok, Faculty in Vilnius, Lithuania); Jan Zablocki (Cardinal Stefan Wyszyński University, Warsaw, Poland)

Redakcja/Editors:

Piotr Fiedorczyk (redaktor naczelny/chief editor)
Piotr Kołodko (sekretarz/secretary)

Redakcja i korekta/Correction:

Halina Ławnicka (język polski/Polish), Richard Crow (język angielski/English)

Adres Redakcji/Editors' Address:

Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku,
15-213 Białystok, ul. Mickiewicza 1; tel. (fax): (+48 85) 732 70 62
e-mail: miscellanea@uwb.edu.pl; <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea>

Recenzenci/Reviewers:

dr hab. Sławomir Godek (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw); prof. dr hab. Dariusz Kielczewski (University of Białystok); dr Irena Kleniewska (Łazarski University); dr Edward Komorowski (Łazarski University); prof. dr hab. Franciszek Longchamps de Bérier (Jagiellonian University in Kraków); dr hab. Barbara Nita-Świątłowska (Łazarski University); prof. dr hab. Adam Olejniczak (Adam Mickiewicz University in Poznań); dr hab. Mieczysław Różański (University of Warmia and Mazury in Olsztyn); prof. dr hab. Bronisław Sitek (University of Social Sciences and Humanities in Warsaw); prof. dr hab. Ryszard Stefański (Łazarski University); dr hab. Przemysław Szustakiewicz (Łazarski University); dr hab. Jarosław Wyrembak (University of Finance and Management in Warsaw)

Projekt okładki: Teodor Worona

Skład i redakcja techniczna: Grzegorz Gnerowicz

© Copyright by Uniwersytet w Białymstoku, Białystok 2014

„Miscellanea Historico-Iuridica” są umieszczone od 2008 r. w wykazie czasopism punktowanych przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego na potrzeby oceny parametrycznej jednostek naukowych (6 pkt.)

Abstracts of articles published in “Miscellanea Historico-Iuridica” are available online by “The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (CEJSH) under: <http://cejsh.icm.edu.pl>

Publikacja w cenie 16,00 zł + VAT (5%) do nabycia:

15-328 Białystok, ul. Świerkowa 20; e-mail: transhum@uwb.edu.pl
Kontakt: Kinga Dolida, tel. (+48 85) 745 74 23; fax (+48 85) 745 72 86

ISSN 1732-9132

Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku
15-097 Białystok, ul. M. Skłodowskiej-Curie 14
<http://wydawnictwo.uwb.edu.pl>; e-mail: ac-dw@uwb.edu.pl

Druk i oprawa: „QUICK-DRUK” s.c., Łódź

Spis treści

I. ARTYKUŁY

Sławomir Patrycjusz Kursa Przysporzenia majątkowe na rzecz konkubiny w Digestach Justyniana ..	9
Leah Bornstein-Makovetsky Extramarital Relations among Jews in the Ottoman Empire	25
Karol Łopatecki Związki małżeńskie i pozamałżeńskie w armii koronnej i litewskiej w XVI i XVII stuleciu – prawo i stan faktyczny	47
Piotr Zbigniew Pomianowski Związek pozamałżeński jako podstawa orzeczenia rozwodu w świetle orzecznictwa sądów Księstwa Warszawskiego	73
Tomasz Marek Królasik Poglądy Franciszka Ksawerego Szaniawskiego na temat uregulowania rozwodów w Kodeksie Napoleona	89
Sanja Gligić Adulteresses and fornicatrices in Serbian law in the first half of the XIX century	101
Piotr Fiedorczyk Status prawny dzieci pozamałżeńskich w prawie rodzinnym pierwszych lat Polski Ludowej	123
Marek Ławreszuk Stosunek Kościoła prawosławnego wobec osób żyjących w związkach pozamałżeńskich	139
Krzysztof Szczygielski Konkubinaty jako źródło małżeńskiej przeszkody przyzwoitości publicznej w prawie kanonicznym	149
Tomasz Litwin Instytucja związków partnerskich w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku	167
Bartłomiej Oszkinis Pojęcie konkubinatu w świetle polskiej doktryny i orzecznictwa	193

Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Renata Tanajewska Konkubinaty w polskim prawie handlowym	217
Ewa Kowalewska-Borys, Aneta Michałowska Karnoprosesowe uprawnienia osób pozostających w związkach partnerskich	227
Cezary Wiśniewski Osoba najbliższa w polskich kodeksach karnych	241
Agnieszka Daniluk Żądanie wyłączenia pracownika organu w postępowaniu administracyjnym w kontekście konkubinatu	253
Urszula Drozdowska Status prawny partnera pacjenta w świetle uregulowań polskiego prawa medycznego	265
Katarzyna Bagan-Kurluta Macierzyństwo zastępcze a adopcje – symbioza czy konkurencja?	281
Marek Andrzej Lebensztejn Macierzyństwo zastępcze – problemy etyczne i prawne	299
Katarzyna Pfeifer-Chomiczewska Adopcja prosta – kontrowersyjny sposób na stworzenie więzi prawnej między konkubentami. Analiza prawa francuskiego	317
Anetta Brezko O potrzebie redefinicji pojęć „małżeństwo” i „rodzina” we współczesnym pluralistycznym świecie. Rozważania w kontekście związków partnerskich	335
Anna Leszczuk-Fiedziukiewicz Medialny obraz związków partnerskich w polskich kampaniach społecznych w latach 2004–2013	353

I

ARTYKUŁY

Sławomir Patrycjusz Kursa

Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej

e-mail: slawomirpatrycjusz@wp.pl

telefon: +48 22 517 96 07

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.01

Przysporzenia majątkowe na rzecz konkubiny w Digestach Justyniana

SUMMARY

Donations in favor of concubine in the Digest of Justinian

This article is a contribution to show the evolution of the legal regulation of donations in favor of concubine in the legislation of Justinian. It contains an overview of all the extracts from Justinian's Digest relating to donations in favor of concubine made by legal acts *inter vivos* and *mortis causa*. Analysis carried out on particular extracts reveals that apart from indicating the possibility of donations being made there is no mention of restrictions on their property values, and none of the fragments contained in the Digest refer either to testamentary inheritance, or intestate inheritance by a concubine after the deceased partner. Legal solutions approved in the Digest show that Justinian did not intend to carry on a restrictive policy towards concubinage, that characterized especially the legislation of Constantine the Great, but treated it positively and fully rationally.

Key words: concubine, donation, legacy, trust, Digest, Justinian

Słowa kluczowe: konkubina, darowizna, legat, fideikomis, Digesta, Justynian

Termin *concubinatus* pojawia się w Digestach Justyniana w różnych przypadkach łącznie osiemnaście razy¹. Popularniejszym od niego jest jednak termin *concubina*, który oprócz tego, że występuje w treści tytułu siódmego dwudziestej piątej księgi: *De concubinis*, został użyty aż trzydzieści trzy razy². Ich występowanie dowodzi, że instytucja konkubinatu zajmowała istotne miejsce

¹ D. 23,2,24; D. 23,2,41,1; D. 24,1,58pr.; D. 24,1,58,1; D. 24,2,11pr.; D. 25,7,1pr. (2x); D. 25,7,1,1; D. 25,7,1,2; D. 25,7,1,3; D. 25,7,2; D. 25,7,3pr. (2x); D. 25,7,3,1 (2x); D. 38,1,46; D. 38,10,7; D. 48,5,14pr.

² D. 20,1,8; D. 23,2,56; D. 24,1,3,1; D. 24,2,11,2; D. 25,2,17pr.; D. 25,7,1pr. (2x); D. 25,7,1,4; D. 25,7,2; D. 25,7,4; D. 25,7,5; D. 31,29pr. (2x); D. 32,29pr. (3x); D. 32,41,5 (2x); D. 32,49,4; D. 33,2,24,1; D. 34,1,15,1 (3x); D. 34,9,16,1 (2x); D. 39,5,31pr.; D. 42,5,38pr.; D. 45,1,121,1; D. 48,5,14pr. (2x); D. 48,5,14,6; D. 48,5,35pr.; D. 50,16,144.

w prawie rzymskim³. Tym niemniej w prawodawstwie Justyniana nie znajdziemy ustawowej definicji konkubinatu. Źródła traktują o nim w sposób opisowy albo w konfrontacji z pojęciami takimi, jak *matrimonium*, *adulterium*, *stuprum*, *incestum*⁴.

Biorąc pod uwagę różne wymogi stawiane małżeństwu i konkubinatowi, P. Bonfante określił konkubinat w prawie justyniańskim jako stały związek mężczyzny z kobietą jakiegokolwiek stanu i pozycji społecznej, wolno urodzo-

³ Na temat konkubinatu w prawie rzymskim zob.: P. Gide, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, „Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger” (dalej: NRHD) 1880, nr 4, s. 378 i nast.; J. Mougeot, *Du concubinat en droit romain*, Dijon 1882; A. Fauvelle, *De la paternité des enfants nés dans le concubinat*, Paris 1883; P. Meyer, *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig 1895; E. Costa, *Il concubinato in Roma*, „Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano” (dalej: BIDR) 1898, nr 11, s. 223 i nast.; G. Castelli, *Il concubinato nella legislazione augustea*, BIDR 1914, nr 27, s. 55 i nast.; J. Plassard, *Le concubinat romain sous le Haut-Empire*, Toulouse – Paris 1921; P. Bonfante, *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, [w:] *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo 1925, s. 281 i nast.; K. Rebro, *Konkubinát v práve rímskom od Augusta do Justiniána*, Bratislava 1940; C. Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano 1940; R. Danieli, *Sul concubinato in diritto giustiniano*, [w:] *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, t. III, Napoli 1953, s. 175 i nast.; G. Caselli, *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al C. 17 del primo concilio di Toledo*, „Rivista di Storia del Diritto Italiano” (dalej: RSDI) 1964–1965, nr 37–38, s. 163 i nast.; M. Kuryłowicz, *Arogacja własnych dzieci pozamatrzeńskich w rzymskim prawie klasycznym*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” (dalej: CPH) 1969, nr 2, s. 13 i nast.; C. S. Tomulescu, *Justinien et le concubinat*, [w:] *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, t. 1, Milano 1972, s. 299 i nast.; M. Kuryłowicz, *Arogacja własnych dzieci pozamatrzeńskich w rzymskim prawie poklasycznym i justyniańskim*, CPH 1974, nr 2, s. 25 i nast.; C. Van de Wiel, *La légitimation per mariage subséquent, de Constantin à Justinien. Sa réception sporadique dans le droit byzantin*, „Revue internationale des droits de l'antiquité” (dalej: RIDA) 1978, nr 25, s. 307 i nast.; idem, *Compléments à la légitimation per mariage subséquent sous Justinien et dans le droit gréco-romain*, RIDA 1979, nr 26, s. 453 i nast.; R. Domingo, *La legislación matrimonial de Costantino*, Pamplona 1989; J. Gaudemet, *Union libre et mariage dans la Rome imperiale*, „IURA. Rivista internazionale di diritto Romano e antico” (dalej: IURA) 1989, nr 40, s. 1 i nast.; C. Van de Wiel, *La légitimation per oblation à la curie dans le droit romain. Quelques traces dans les droits canonique, civil et byzantin*, RIDA 1990, nr 37, s. 447 i nast.; D. Gemmiti, *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano. Con appendice sul diritto bizantino*, Napoli – Roma 1993; R. Friedl, *Der Konkubinat im kaiserzeitlichen Rom. Von Augustus bis Septimius Severus*, Stuttgart 1996; L. Sandirocco, *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, „Labeo” 2004, nr 50, s. 197–230; A. Paczkowska, *Darowizna na rzecz konkubiny i jej dziecka w ustawodawstwie Konstancyna*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2004, s. 197 i nast.; K. Szczygielski, *Stanowisko Kościoła i cesarzy chrześcijańskich wobec konkubinatu*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2004, s. 247 i nast.; C. Fayer, *La familia Romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio. Parte terza*, Roma 2005; A. Paczkowska, *Wymogi istnienia konkubinatu w prawie rzymskim*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2006, nr 15, s. 109 i nast.; J. Gołębiowska, *Przysporzenia majątkowe w stosunkach konkubencyjnych w ustawodawstwie Justyniana*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Inadowski (1888–1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007, s. 95 i nast.; eadem, *Wpływ chrześcijaństwa na ustawodawstwo Justyniana wobec konkubinatu*, [w:] *Romanitas et christianitas. Stanisław Płodzień in memoriam*, red. A. Dębiński, S. Józwiak, Lublin 2008, s. 29 i nast.; A. Paczkowska, *Terminologia związana z instytucją konkubinatu w prawie rzymskim – interpretacja wybranych pojęć*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7, s. 189 i nast.; K. Szczygielski, *Christian emperors' attitude towards concubinage*, [w:] *Person and family in Roman law and in tradition of European law*, red. O. Bucci, F. Lempa, S. Tafara, Taranto – Warszawa 2009, s. 431 i nast.

⁴ A. Paczkowska, *Darowizna na rzecz konkubiny...*, s. 197–198.

nej lub wyzwolenicy, bez *affectio maritalis* i bez *honor matrimonii*⁵. Również według B. Biondiego małżeństwo i konkubinaty były legalnymi związkami, które różniły się między sobą wyłącznie godnością⁶. Zdaniem O. Robledy godność ta była naturalną konsekwencją wynikającą z istoty małżeństwa⁷. W czasach justyniańskich konkubinaty miały szerokie zastosowanie w praktyce⁸. Mimo nieprzychylnego stosunku chrześcijaństwa do niego⁹, spotkał się ze strony Justyniana, po raz pierwszy w historii cesarzy chrześcijańskich, ze zrozumieniem¹⁰, w myśl eksponowanego przez niego ludzkiego podejścia (*humanitatis intuitus*) przy stanowieniu prawa¹¹, i stanowił, obok małżeństwa, ważną instytucję prawną.

Czegokolwiek by nie powiedzieć o stosunku Justyniana do instytucji konkubinatu, przy całym jego dążeniu do legalizacji pozamałżeńskich stanów faktycznych, pewne jest, że w sposób bardzo humanitarny w swoich rozwiązaniach prawnych podchodził także do kobiet, które z różnych powodów dochowywały wierności mężczyznom, a nie łączyła ich z nimi *affectio maritalis*¹² lub którym pozycja ich życiowych partnerów nie pozwalała z braku *conubium* zawrzeć z nimi *iustum matrimonium*. Kobiety te, nazywane wprost konkubinami albo *paelex*, *amica*, czy *focaria*¹³, różnił od legalnych żon przede wszystkim brak *dignitas*, jaką cieszyła się każda *uxor*. Kompilatorzy nie pominęli tego szczegółu przywołując w Digestach opinię Ulpiana: *Parvi autem refert uxorem an concubinae quis leget... sane enim nisi dignitate nihil interest*¹⁴. Na ich sytuację prawną

⁵ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, t. I, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, s. 323: „il concubinato può essere definito nel diritto giustiniano la relazione stabile con donna di qualunque condizione e di qualunque rango sociale, ingenua o liberta, senza *affectio maritalis*, senza *honor matrimonii*”.

⁶ B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, t. III: *La famiglia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano 1954, s. 138: „Le unioni riconosciute dalla legge sono matrimonio e concubinato, i quali non differiscono che per la dignitas”. Podobnie J. Evans Grubbs, *Law and family in late antiquity. The Emperor Constantine's marriage legislation*, Oxford 2003, s. 294.

⁷ O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, s. 283: „La dignitas es una mera consecuencia del matrimonio en sí”.

⁸ Zdaniem R. Danieliego, nie ma istotnej różnicy między konkubinatem w prawie justyniańskim a konkubinatem w poprzedniej epoce, zob. R. Danieli, op. cit., s. 178; por. J. Gołębiowska, *Przystosowania majątkowe...*, s. 98.

⁹ Na ten temat zob. B. Sitek, *Infamia w ustawodawstwie cesarzy chrześcijańskich*, Olsztyn 2003, s. 61; K. Szczygielski, *Stanowisko Kościoła...*, s. 249–258; J. Gołębiowska, *Wpływ chrześcijaństwa...*, s. 29–30.

¹⁰ P. Bonfante, *Nota sulla riforma...*, s. 284; D. Gemmiti, op. cit., s. 31.

¹¹ C. 5,27,8. Dowodzi tego także nazwanie konkubinatu *licita consuetudo*, zob. C. 6,57,5,2; J. Gołębiowska, *Wpływ chrześcijaństwa...*, s. 33.

¹² Na temat *affectio maritalis* zob. E. Albertario, *Honor matrimonii e affectio maritalis*, [w:] *Studi di diritto romano*, t. I: *Persone e famiglia*, Milano 1933, s. 195 i nast.; G. Longo, *Affectio maritalis*, BIDR 1939, nr 46, s. 125 i nast.; E. Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova 1940; J. Zabłocki, *Zgoda małżeńska w prawie rzymskim*, [w:] *Honestie vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001, s. 308–312.

¹³ A. Paczkowska, *Terminologia...*, s. 193–200.

¹⁴ D. 32,49,4 (*Ulpianus libro 22 ad Sabinum*); zob. M. Talamanca, *Trebazio Testa fra retorica e diritto. Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, [w:] *Atti di un seminario*, Firenze 1983, s. 100; M. De Filippi, *Dignitas. Tra Repubblica e Principato*, Bari 2009, s. 149.

w czasach Justyniana wskazują także inne fragmenty Digestów, zaczerpnięte od Marcellusa¹⁵ i Ulpiana¹⁶, w których wyraźnie odmawia się konkubinom miana *mater familias*¹⁷.

Zasadniczą reformę dotyczącą pozamałżeńskich stosunków majątkowych Justynian przeprowadził dopiero w swoim Kodeksie i w Nowelach, o czym dość szeroko pisali ostatnio polscy autorzy¹⁸. Jednakże o intencjach Justyniana, odmiennych od cesarza Konstantyna Wielkiego i innych cesarzy chrześcijańskich, którzy prowadzili restrykcyjną politykę wobec konkubinatu¹⁹, świadczy także zamieszczenie w Digestach fragmentów zaczerpniętych od jurystów rzymskich, odnoszących się do przysporzeń majątkowych na rzecz konkubin. Stąd też hipotezę badawczą w niniejszym artykule stanowi założenie, że Justynian miał przychylny stosunek do przysporzeń majątkowych na rzecz konkubin już na etapie redakcji Digestów. Podjęte w nim analizy mają potwierdzić tezę, że Justynian miał stabilne, pozytywne, pragmatyczne i oparte na rzymskim *aequitas* podejście do tej kwestii.

Niezbadane do tej pory pod tym kątem fragmenty jurystów, będące przedmiotem niniejszego opracowania, dotyczą różnych przysporzeń majątkowych, które ze względu na ich skuteczność prawną można podzielić na darowizny *inter vivos* i przysporzenia *mortis causa*. Porządek artykułu uwzględni powyższy podział.

1. Przysporzenia *inter vivos*

Mimo tego, że konkubinie nie przysługiwała ani godność rzymskiej matrony, ani tytuł jej konkubenta, jej sytuacja prawna pod względem możliwości dokonania przysporzeń majątkowych *inter vivos* na jej rzecz w trakcie konkubinatu była lepsza od tej, w jakiej znajdowała się żona (*uxor*). Konkubentów nie obowiązywał bowiem zakaz darowizn między małżonkami (*inter virum et uxorem*)²⁰.

¹⁵ D. 23,2,41,1 (*Marcellus libro 26 digestorum*); R. Astolfi rozważa ten fragment pod kątem *feminae probrosae*, zob. R. Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, „*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” (dalej: SDHI) 1965, nr 31, s. 21–22; idem, *La lex Iulia et Papia*, Milano 1996, s. 52, przyp. 8.

¹⁶ D. 48,5,14(13) pr. (*Ulpianus libro 2 de adulteriis*); R. Friedl, op. cit., s. 87; J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007, s. 67–68, zauważa, że „w ocenie społecznej konkubina zobligowana była do uczciwego zachowania na wzór żony, [...] wobec konkubenta była osobą *in quam stuprum non committitur*”.

¹⁷ R. Fiori, *‘Materfamilias’*, BIDR 1993–1994, nr 96–97, s. 485–486; L. Sandirocco, op. cit., s. 222.

¹⁸ A. Paczkowska, *Darowizna na rzecz konkubiny...*; K. Szczygielski, *Stanowisko Kościoła...*; J. Gołębiowska, *Przysporzenia majątkowe...*; eadem, *Wpływ chrześcijaństwa...*

¹⁹ A. Paczkowska, *Darowizna na rzecz konkubiny...*, s. 202 i nast.

²⁰ G. Kuleczka trafnie zauważa, że „zaletami konkubinatu były możliwości wzajemnego obdarowywania się partnerów oraz każdorazowego, jednostronnego zerwania tego związku, bez obowiązku

Cesarz Justynian uznał za wiążącą prawnie zasadę, na którą wskazał Papinian w dwunastej księdze *responsorum*.

D. 39,5,31pr.: (*Papinianus libro 12 responsorum*) *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere quod ante iure valuit.*

Jurysta stwierdził tam, że darowizny dokonane przez konkubenta na rzecz jego konkubiny są ważne i nie mogą być ani odwołane, ani unieważnione, gdyby wyszła później za niego za męża. Henryk Insadowski, powołując się na D. 39,5,31pr., pisze, że „konkubentów nie obowiązywał zakaz darowizn *inter virum et uxorem*, nawet gdyby później pomiędzy nimi zostało zawarte małżeństwo prawne”²¹. Podobnie komentuje przywołany fragment J. Gaudemet, pisząc wyraźnie, że chociaż darowizny były zakazane wśród małżonków, to były możliwe między konkubentami i pozostawały przy stronie obdarowanej, nawet jeżeli doszło później do małżeństwa między konkubentami²². Także wówczas, gdy dochodziło do *venditio bonorum* dóbr męża, majątek konkubiny nie podlegał uszczupleniu, podobnie jak majątek ich dzieci naturalnych. Wynikało to z faktu, że między nimi nie istniała formalna więź prawna²³.

O ważności darowizn dokonanych między mężczyzną i kobietą żyjących w stałym związku pisał Ulpian w księdze trzydziestej drugiej komentarza *ad Sabinum*.

D. 24,1,3,1: (*Ulpianus libro 32 ad Sabinum*) *Videamus, inter quos sunt prohibita donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interueniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. Divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*

zachowania odpowiednich form i nie pociągającego żadnych ujemnych skutków prawnych w rodzaju zwrotu majątku posagowego, jaki istniał w przypadku rozwiązania małżeństwa”, zob. G. Kulczka, *Prawo rzymskie epoki pryncypatu wobec dzieci pozamałżeńskich*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969, s. 38. Podobnie stwierdza R. Friedl, op. cit., s. 92: „Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal zwischen Ehe und Konkubinat bestand darin, dass den Konkubinen Geschenke gemacht werden konnten, während diese zwischen Eheleuten verboten waren”.

²¹ H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 98.

²² J. Gaudemet, op. cit., s. 10.

²³ D. 42,5,38pr. (*Paulus libro 2 sententiarum*); D. 20,1,8 (*Ulpianus libro 73 ad edictum*); zob. J. Gaudemet, op. cit., s. 10.

Były one ważne, jeśli zostały dokonane między mężczyzną i kobietą żyjącymi w stałym związku, który z powodu jakichś przeszkód prawnych nie mógł stanowić małżeństwa. Zdaniem Ulpiana rozwiązanie to nie było jednak słuszne, gdyż stawiało w lepszej sytuacji osoby łamiące prawo. Na koniec Ulpian przywołał rozstrzygnięcie cesarza Septymiusza Sewera, który uznał ważność darowizn poczynionych przez senatora Poncjusza Paulina na rzecz swojej wyzwolenicy²⁴, ponieważ z powodu braku z jego strony *affectio uxoris* traktował ją bardziej jako konkubinę niż jako żonę²⁵. Brak *affectio maritalis* był więc wystarczającą przyczyną do uznania trwałego związku zachodzącego między mężczyzną i kobietą za konkubiną²⁶ i w konsekwencji uznania ważności darowizn poczynionych na rzecz konkubiny.

Scaevola w księdze drugiej *responsorum* wypowiedział się na temat zamiany przedmiotu darowizny udzielonej kobiecie przez konkubenta, który następnie stał się jej mężem.

D. 24,1,58pr.: (*Scaevola libro 2 responsorum*) *Si praedia et mancipia Seiae data effecta sint eius tempore concubinatus ac postea tempore matrimonii aliis acceptis reddita sunt, quid iuris est? Respondit secundum ea quae proponerentur negotium potius gestum videri, quam donationem intervenisse*²⁷.

Z tekstu wynika, że otrzymała ona od niego w darowiźnie ziemię i niewolników, a następnie, będąc już jego żoną, zgodziła się na zamianę tego majątku na inny. Powstało pytanie, czy w tym przypadku chodziło o zakazaną darowiznę między małżonkami, czy o zamianę wcześniej podarowanych dóbr. Scaevola uznał, że w takim przypadku nie dochodzi do jakiegś dodatkowej darowizny. Tekst ten świadczy, że zamiana dóbr nie naruszała istoty darowizny na rzecz konkubiny i, nawet jeżeli była dokonana w małżeństwie, nie powodowała jej nieważności.

Tam też Scaevola wypowiada się na temat kosztów żywienia niewolników podarowanych konkubinie, która została żoną.

D. 24,1,58,1: (*Scaevola libro 2 responsorum*) *Item cum quaereretur de cibariis mancipiorum, respondit: tempore quidem concubinatus data cibaria repeti non possunt, sed nec tempore matrimonii, si ea mancipia uxoris in communi usu fuerint*.

²⁴ R. Friedl, op. cit., s. 92: „Diese Schenkungen waren unwiderruflich und daraus hervorgehende Geschäfte rechtsgültig, selbst wenn es sich um eine Beziehung zwischen dem Patron und seiner *liberta* handelte”.

²⁵ O. Robleda, op. cit., s. 101, mówi w tym przypadku o braku *consensus*.

²⁶ M. Lauria, *Matrimonio e dote in diritto romano*, Napoli 1952, s. 12, zauważa, że „Il consenso soltanto distingue il matrimonio dal concubinato con donna che potrebbe essere moglie”; zob. także: O. Robleda, op. cit., s. 109–110.

²⁷ M. Niziołek, *Legal effects of concubinage in reference to concubine's offspring in the light of imperial legislation of the period of dominate*, Kraków 1980, s. 10, przyp. 17.

W tym przypadku stwierdza, że mąż nie mógł domagać się ich zwrotu, jeżeli żywił ich w trakcie konkubinatu ani także w czasie trwania małżeństwa, jeżeli wspólnie korzystali z tych niewolników. Zmiana statusu związku konkubentckiego na małżeński nie pociągała więc za sobą w tym zakresie zmiany w stosunkach majątkowych.

2. Przysporzenia *mortis causa*

Przysporzenia majątkowe na wypadek śmierci, o jakich mówią różne fragmenty Digestów, koncentrują się jedynie na różnych formach sukcesji syngularnej. Innymi słowy żaden z fragmentów nie dotyczy sukcesji uniwersalnej, czyli dziedziczenia spadku po zmarłym konkubencie. Należy to tłumaczyć tym, że ustawodawstwo z okresu republiki i pryncypatu nie przewidywało jeszcze ograniczeń w zakresie dziedziczenia testamentowego przez konkubinę po jej konkubencie, a prawo do dziedziczenia ustawowego zostało jej przyznane dopiero w Nowelach Justyniana²⁸.

Wzmiankę na temat zapisu pieniędzy na rzecz konkubiny odnajdujemy w trzydziestej szóstej księdze *digestorum* Celsusa.

D. 31,29pr.: (*Celsus libro 36 digestorum*) *Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset petissetque ab eo, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo testatore decessisset et quod ei relictum erat apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinae reddere.*

Celsus wspominał, jak jego ojciec referował będąc na naradzie u konsula swój punkt widzenia w sprawie Otaciliusa Catulusa, który ustanowił swoją córkę dziedzicem *ex asse*, a swojemu wyzwolencowi zapisał dwieście aureusów, prosząc go jednocześnie, aby przekazał je w całości jego konkubinie. Jednakże ów wyzwolenc zmarł za życia testatora i to, co było przeznaczone dla konkubiny, pozostało w rękach córki. Zdaniem ojca Celsusa córka powinna wydać fideikomis konkubinie²⁹. Z tekstu wynika, że już w czasach Celsusa konkubina mogła liczyć na przysporzenie *mortis causa* ustanowione w formie fideikomisu.

O zapisie, którego przedmiotem była suknia, wzmiankował Labeo w księdze drugiej *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*.

²⁸ Nov. 18,5.

²⁹ R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, Milano 1996, s. 247, przyp. 54, zauważa, że w tym przypadku zachodzi wyjątek od reguły, zgodnie z którą zapis przewyższający wartość korzyści, jaką odniósł ze spadku nim obciążony, był traktowany jako *inutilis*.

D. 32,29pr.: (*Labeo libro 2 posteriorum a Iavoleno epitomatorum*) *Qui concubinam habebat, ei vestem prioris concubinae utendam dederat, deinde ita legavit: "Vestem, quae eius causa empta parata esset". Cascellius, Trebatius negant ei deberi prioris concubinae causa parata, quia alia condicio esset in uxore. Labeo id non probat, quia in eiusmodi legato non ius uxorium sequendum, sed verborum interpretatio esset facienda idemque vel in filia vel in qualibet alia persona iuris esset. Labeonis sententia vera est.*

Przywołany fragment opisuje przypadek pewnego mężczyzny, który miał konkubinę i dał jej w używanie suknię zakupioną z myślą o swojej poprzedniej konkubinie, a następnie zapisał w testamencie, że ta suknia ma przypaść drugiej konkubinie tytułem legatu. Według opinii Cascelliusa i Trebatiusa suknia ta nie należała się drugiej konkubinie, skoro była kupiona pierwszej, gdyż nie chodzi tu o przypadek żony. Labeo natomiast nie zgadzał się z tą opinią, ponieważ w tego rodzaju legacie nie chodziło o prawo żon, lecz należało dokonać wykładni słów testatora. Słowa te miałyby bowiem to samo znaczenie, gdyby zapis dotyczył córki lub jakiegokolwiek innej osoby³⁰. Z tekstu wynika więc, że: 1) należało uszanować wolę zmarłego wyrażoną w testamencie; 2) możliwy był zapis testamentowy na rzecz konkubiny.

Przedmiotami legatu na rzecz konkubiny opisanego przez Scaevolę w dwudziestej drugiej księdze był z kolei grunt oraz niewolnicy.

D. 32,41,5: (*Scaevola libro 22 digestorum*) *Concubinae inter cetera his verbis legaverat: "Fundum in Appia cum vilico suo et contubernali eius et filiis dari volo": quaesitum est, an nepotes quoque vilici et contubernalis eius testator ad concubinam pertinere voluit. Respondit nihil proponi, cur non deberentur.*

W przywołanym fragmencie pewien testator pozostawił swojej konkubinie legat ustanowiony w następujących słowach: „chcę, żeby dano grunt w Appii wraz z niewolnikiem, który nim zarządzał, jego kobietą i dziećmi”. Powstało pytanie, czy testator chciał, by także wnuki zarządcy przypadły konkubinie. Scaevola odpowiedział, że nie widzi żadnej racji, by nie były jej dane³¹. Fragment ten potwierdza, że prawo dopuszczało ustanawianie na rzecz konkubin legatów, do których wykonania byli zobowiązani dziedzice. Jednocześnie wskazuje, że niektóre sformułowania mogły rodzić wątpliwości, zarówno po stronie dziedzica zobowiązanego do wykonania legatu, jak i po stronie obdarowanej kosztem spadku konkubiny. Potwierdza także, że konkubina mogła otrzymać na własność zarówno nieruchomości, jak i niewolników.

Z kolei we fragmencie pochodzącym z siódmej księgi *responsorum* Papijana mowa jest o zapisie imiennie oznaczonego niewolnika.

³⁰ M. Garcia Garrido, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Madrid 1958, s. 125–126; R. Friedl, op. cit., s. 88.

³¹ R. Friedl, op. cit., s. 89.

D. 33,2,24,1: (*Papinianus libro 7 responsorum*) "*Scorpum servum meum Semproniae concubinae meae servire volo*". *Non videtur proprietas servi relicta, sed usus fructus.*

Zapis ten został ustanowiony na rzecz konkubiny imieniem Sempronia. Papinian w odpowiedzi na pytanie, czy przedmiotowy niewolnik Scorpus został dany konkubinie na własność, stwierdził, że dyspozycja legatu zawiera ustanowienie użytkowania, a nie własności³². W tym przypadku chodzi zatem o ustanowienie służebności osobistej na rzecz konkubiny w drodze legatu. W konsekwencji niewolnik Scorpus miał służyć konkubinie za jej życia, a ta nie mogła ani go zbyć, ani rozporządzić nim testamentowo.

O kolejnym zapisie niewolników na rzecz konkubiny wzmiankował Scaevola w siedemnastej księdze *digestorum*.

D. 34,1,15,1: (*Scaevola libro 17 digestorum*) *Testator concubinae mancipia rustica numero octo legavit et his cibaria praestari iussit in haec verba: "Eisque mancipiis, quae supra legavi, cibarii nomine ab heredibus meis praestari volo, quae me vivo accipiebant"*. *Quaesitum est, cum vivo testatore semper mancipia rustica tempore messium et arearum delegata fuerint et eo tempore cibaria ex ratione domini sui numquam acceperint excepto custode praedii, an heres eius quoque temporis, id est messis et arearum, et cibaria concubinae pro mancipiis rusticis praestare deberet. Respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. Claudius: merito: nam si eodem modo, quo apud testatorem fuerunt, et apud concubinam futura legavit, non debebantur eius temporis, de quo quaesitum est, cibaria: verum si velut in ministerium urbanum ab his transferentur, debebuntur.*

Podniesiony w przywołanym fragmencie problem dotyczy kwestii alimentacji ośmiu niewolników wiejskich, których testator zapisał konkubinie w legacie i nakazał dziedzicom ich żywić w następujących słowach: *Eisque mancipiis, quae supra legavi, cibarii nomine ab heredibus meis praestari volo, quae me vivo accipiebant*. Problem polegał na tym, że testator nie zawsze żywił tych niewolników. Spadkobiercy podnieśli szczegół, że w czasie pracy na polu i żniw żaden z nich, z wyjątkiem dozorczy pola, nie otrzymywał od testatora jedzenia. W związku z tym powstało pytanie, czy dziedzice powinni w tym samym czasie płacić konkubinie za żywienie niewolników. Zdaniem Scaevoli, skoro konkubina miała korzystać z niewolników w taki sam sposób, jak testator za swojego życia, dziedzice nie powinni ich żywić w sytuacjach, w których nie byli żywieni przez spadkodawcę. Jeżeli zaś zmieniona zostałaby posługa niewolników z wiejskiej na miejską, powinni być żywieni przez konkubinę³³. Z tekstu wynika, że konkubina oprócz legatu, który przekazywał jej własność niewol-

³² C. Orio, *Lasciti di « usus fructus » in funzione di rendita*, „Index” 1980, nr 9, s. 235.

³³ R. Friedl, op. cit., s. 89.

ników, miała zagwarantowany w legacie obowiązek żywienia (*cibaria*) swoich niewolników przez spadkobierców, ale na sposób, w jaki za swojego życia żywił ich testator. Obowiązek ciążyący na dziedzicach odnosił się tylko do jednego z trzech elementów wchodzących w skład pojęcia *alimenta*, które obejmowało *cibaria*, *vestitus* i *habitatio*³⁴. Jednakże, by dziedzice byli zobowiązani świadczyć żywność owym niewolnikom, nie mogła ona zmienić ustalonego w testamencie charakteru pracy niewolników³⁵.

Przypadek zapisu damnacyjnego na rzecz konkubiny przedstawił Paulus w czternastej księdze *responsorum*.

D. 34,2,35pr.: (*Paulus libro 14 responsorum*) "*Titiae amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo*": *quaero, an heredes ad praestationem integrae materiae auri an ad pretium et quantum praestandum compellendi sint. Paulus respondit aut aurum ei, de qua quaeritur, praestari oportere, aut pretium auri, quanti comparari potest.*

W związku z treścią legatu: *Titiae amicae meae, cum qua sine mendacio vixi, auri pondo quinque dari volo*, Paulus postawił pytanie, czy dziedzice są zobowiązani do świadczenia złota w naturze, czy też do wysokości ceny i na ile powinni określić świadczenie. Paulus odpowiedział, że powinni świadczyć albo złoto, albo cenę złota stosownie do jego wartości³⁶. Dziedzice mogli więc wykonać legat damnacyjny na rzecz konkubiny określonej jako *amica*³⁷, w tym przypadku bardzo drogiej testatorowi, bądź przekazując jej złoto w naturze, bądź płacąc jej ekwiwalent złota.

Wypowiedź Scaevoli z trzeciej księgi *responsorum* dotyczy fideikomisu na rzecz konkubiny.

D. 34,2,36: (*Scaevola libro 3 responsorum*) "*Seiae dulcissimae Poculum aureum quod elegerit fidei heredum committo ut darent*". *Quaero, cum in hereditate non sint nisi truellae scyphi modioli phialae, an Seia de his speciebus eligere possit. Respondit, cum omnia potui parata pocula dicuntur, posse eam ex his eligere.*

³⁴ Zob. F. Wycisk, *Z zagadnień alimentacji w rzymskim prawie klasycznym*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 17.5/1970, s. 65.

³⁵ M. Sixto, dokonując analizy tekstu D. 34,1,15,1, zauważa problem wykonawcy testamentu, na którym spoczywał obowiązek prawny wykonania legatu. W tekście jest bowiem mowa o nim raz w liczbie pojedynczej (*an heres eius*), a w innych miejscach w liczbie mnogiej (*ab heredibus meis praestari volo; praestare deberet; ab his*). Jego zdaniem, w świetle manuskryptu florenckiego, który w całym fragmencie zachowuje liczbę mnogą w odniesieniu do wykonawcy testamentu, należy przyjąć, że występujący w tekście termin *heres* w liczbie pojedynczej jest efektem błędu kopistów i w związku z tym należy przyjąć, że wykonanie testamentu spoczywało na dziedzicach testatora, a nie na jednym z nich, zob. M. Sixto, *Una nueva interpretación de D. 34,1,15,1*, RIDA 1988, nr 35, s. 256.

³⁶ R. Friedl, op. cit., s. 88.

³⁷ A. Paczkowska, *Terminologia...*, s. 197–198.

Scaevola pyta tam, odwołując się do słów testamentu: *Seiae dulcissimae Poculum aureum quod elegerit fidei heredum committo ut darent*, czy jeżeli wśród rzeczy spadkowych nie ma nic innego oprócz czerpaków, kielichów, kubków i czar, Seia może sobie coś z nich wybrać. W odpowiedzi stwierdza, że skoro pojęcie puchar odnosi się do wszystkich naczyń służących do picia, może sobie z nich wybrać cokolwiek zechce³⁸. Z przytoczonego tekstu nie wynika jednak jednoznacznie, że Seia była konkubina³⁹. W jakiejś mierze wskazuje na to użyty na jej określenie przymiotnik *dulcissima*, przy pomocy którego między innymi określano relację, jaka łączyła konkubenta z konkubina⁴⁰. W źródłach prawa nie spotykamy ani razu wyrażenia *uxor dulcissima*, chociaż przymiotnik ten występuje na określenie córek⁴¹, synów⁴², dzieci⁴³, braci⁴⁴ i wina⁴⁵. Brak dopowiedzenia w tekście, czy chodzi o żonę Seię⁴⁶, czy o córkę Seię⁴⁷, zdaje się wskazywać na to, że testatora łączyła z Seią więź pozamałżeńska i pozarodzinnna, w przeciwnym razie użyte zostałyby wyrażenie *Seia uxor dulcissima* lub *Seia filia dulcissima*.

W kwestii sukcesji po żołnierzu przez kobietę żyjącą z nim stałym związku wypowiedział się Papinian w księdze trzydziestej trzeciej *quaestionum*.

D. 34,9,14: (*Papinianus libro 33 quaestionum*) *Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi.*

Zgodnie z jego opinią kobieta uważana za nierządnicę, z którą żołnierz utrzymywał stałe relacje seksualne (*mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit*) nie miała prawa do sukcesji po żołnierzu, chociażby ten rozporządził testamentowo na jej korzyść. W takim przypadku przeznaczone dla niej dobra miały przypaść fiskusowi⁴⁸.

³⁸ R. Friedl, op. cit., s. 88.

³⁹ Por. W. Dajczak, *Zapis na rzecz żony w prawie rzymskim*, Toruń 1995, s. 49, przyp. 25.

⁴⁰ Zob. A. Paczkowska, *Terminologia...*, s. 194.

⁴¹ D. 31,34,6 (*Modestinus libro 10 responsorum*); D. 34,2,32,4 (*Paulus libro secundo ad Vitellium*).

⁴² D. 31,88,2 (*Scaevola libro 3 responsorum*).

⁴³ D. 32,41,14 (*Scaevola libro 22 digestorum*).

⁴⁴ D. 31,77,20 (*Papinianus libro 8 responsorum*).

⁴⁵ D. 33,6,9pr. (*Ulpianus libro 23 ad Sabinum*).

⁴⁶ Por. D. 16,1,28pr. (*Scaevola libro 1 responsorum*); D. 24,1,66pr. (*Scaevola libro 9 digestorum*); D. 24,3,45 (*Paulus libro sexto quaestionum*); D. 32,41,14 (*Scaevola libro 22 digestorum*); D. 33,4,11 (*Paulus libro 7 responsorum*); D. 35,1,31 (*Africanus libro 2 quaestionum*); D. 35,1,72,4 (*Papinianus libro 18 quaestionum*); D. 37,11,2,6 (*Ulpianus libro 41 ad edictum*); D. 40,5,14 (*Modestinus libro 10 responsorum*); D. 46,3,82 (*Proculus libro 5 epistularum*); FV. 111; FV 112.

⁴⁷ Por. D. 29,2,98 (*Scaevola libro 26 digestorum*).

⁴⁸ R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia...*, s. 59–60, wyjaśnia, że kobieta ta nie mogła dziedziczyć ze względu na *indignitas*; R. Friedl, op. cit., s. 122, komentując ten fragment stwierdza, że odnosi się on do *focariae*.

Od tego rodzaju kobiety należy jednak odróżnić kobietę określoną mianem *focaria*, na którą jako dziedzićkę wskazuje inskrypcja zamieszczona w *Corpus Inscriptionum Latinarum*.

C.I.L. 11,39: *M. Aureli Vitalis militis cl. praet. antoniniane ravenn. natione pann. III. providentia stip. XXVII Valeria Faustina focaria et heres eius benemerenti posuit*⁴⁹.

Nie ma całkowitej zgodności wśród romanistów co do znaczenia tego terminu. Pietro Tassistro uważał, że oznaczał on kobietę, która zajmowała się domem, prawdopodobnie konkubinę, nierządną lub przyzwoitą⁵⁰. Henryk Insadowski przez *focaria* rozumiał raz konkubinę⁵¹, raz tylko kucharkę⁵². Według C. S. Tomulescu oznaczała ona konkubinę, która żyła dłuższy czas z żołnierzem⁵³. Podobnie A. Paczkowska traktuje *focaria* jako konkubinę żołnierza⁵⁴. Friedrich Savigny skłaniał się ku temu, że relacja zachodząca między żołnierzem i kobietą, określaną mianem *focaria*, była konkubinatem⁵⁵. Filippo Stella Maranca wskazał, że istnieją co najmniej trzy możliwości rozumienia tej relacji, a mianowicie, że w tekście chodzi o: 1) kobietę współżyjącą nielegalnie z mężczyzną; 2) jakiś szczególny rodzaj niegodziwego współżycia; 3) konkubinatem z żołnierzem⁵⁶.

Termin *focaria* pojawia się również w reskrypcie cesarza Antonina Karakalli z 213 roku skierowanym do pewnego żołnierza Marka.

C. 5,16,2: (*Imperator Antoninus*) *Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emptionis esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. Nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adultationibus spoliari nolo.*

Wspomniany żołnierz był zainteresowany odzyskaniem niewolnicy, którą podarował swojej konkubinie (*focaria*). W reskrypcie cesarz stwierdził, że jeżeli Marek udowodni przed namiestnikiem prowincji, że jest w posiadaniu doku-

⁴⁹ Na temat rozporządzenia testamentowego na rzecz konkubiny zob. także: C.I.L. 5,1918; F. Schulz, *Classical Roman law*, Oxford 1954, s. 139; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 263; J. Misztal-Konecka, *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin 2011, s. 121.

⁵⁰ P. Tassistro, *Il matrimonio dei soldati romani*, „Studi e documenti di storia e diritto” (dalej: SDS) 1901, nr 22, s. 45: „la donna che attendeva ai mestieri di casa, fosse poi concubina, meretrice od onesta”.

⁵¹ H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie...*, s. 91.

⁵² Ibidem, s. 98.

⁵³ C. S. Tomulescu, op. cit., s. 319.

⁵⁴ A. Paczkowska, *Terminologia...*, s. 200.

⁵⁵ F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, t. IV, Torino 1891, s. 203–204.

⁵⁶ F. Stella Maranca, *Il matrimonio dei soldati romani*, SDS 1902, nr 23, s. 321.

mentu potwierdzającego kupno owej niewolnicy celem jej podarowania swojej konkubinie, należy mu się jej zwrot, gdyż cesarz nie chce, by jego żołnierze byli podstępnie wykorzystywani przez swoje konkubiny. Wynika z tego, że namiestnik prowincji miał nakazać zwrot żołnierzowi wyłudzonej przez konkubinę darowizny, mimo iż dokonał jej nieżonaty mężczyzna. Treść reskryptu wskazuje na to, że Antonin Karakalla nie zakazał żołnierzom czynienia darowizn na rzecz *focariae*, lecz wskazał jedynie na motyw nieważności dokonanej w przedmiotowym przypadku darowizny⁵⁷. Warte uwagi jest też to, że w tejże konstytucji *focaria* nie jest traktowana jako *stupro cognita* i z tego powodu zachowuje ona *ius capiendi*⁵⁸.

Fragment zamieszczony w D. 34,9,14, inskrypcja nagrobna zamieszczona w C.I.L. 11,39 oraz konstytucja cesarza Karakalli przywołana w C. 5,16,2 potwierdzają zatem, że na rzecz *focariae* były możliwe przysporzenia nie tylko *inter vivos*, lecz także *mortis causa*.

3. Wnioski

Omówione powyżej fragmenty Digestów potwierdzają w sposób jednoznaczny, że Justynian przykładał wagę do kwestii przysporzeń majątkowych na rzecz konkubin. Przywołane w Digestach Justyniana fragmenty pozwalają na wyciągnięcie wniosku, że Justynian podszedł do przysporzeń na rzecz konkubin w sposób pragmatyczny i wskazał na ich zgodność z dawnym prawem. Generalnie opowiedział się za przysporzeniami majątkowymi na rzecz konkubin, dokonywanymi zarówno w drodze czynności prawnych *inter vivos*, jak i *mortis causa* (legaty i fideikomisy) oraz szeroko potraktował przedmiot tych przysporzeń, który stanowić mogły tak ruchomości (niewolnicy, pieniądze, złote naczynia, suknie), jak i nieruchomości. Pozostawienie w Digestach uprawnienia do dokonywania wspomnianych wyżej przysporzeń wpisuje się w liberalną politykę Justyniana w stosunku do instytucji konkubinatu, liczącą się z realiami, mimo zwalczania konkubinatu przez Kościół katolicki i prób nakłaniania cesarzy chrześcijańskich do wprowadzania restrykcyjnego ustawodawstwa w tym zakresie.

⁵⁷ Por. R. Friedl, op. cit., s. 122: „Dabei stützte er sich auf kaiserliche Reskripte, die es Soldaten verbieten, *focariae* sowohl durch Schenkungen als auch testamentarisch zu bedenken, während es für Konkubinen erlaubt war“. Inaczej H. Insadowski, który przypisując autorstwo C. 5,16,2 Antoninowi Piusowi, stwierdził, że zakazał on żołnierzom czynienia darowizn swym kucharkom, zob. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie...*, s. 98. F. Savigny wyraził pogląd, że w kazusie tym chodzi o nieważność poczynionej darowizny ze względu na niedoskonałość czynności prawnej, a nie stosunek osobisty jej stron, zob. F. C. Savigny, op. cit., s. 203–204.

⁵⁸ C. S. Tomulescu, op. cit., s. 319.

Bibliografia

- Albertario E., *Honor matrimonii e affectio maritalis*, [w:] *Studi di diritto romano*, t. I: *Persone e famiglia*, Milano 1933.
- Astolfi R., *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, „*Studia et Documenta Historiae et Iuris*” 1965, nr 31.
- Astolfi R., *La lex Iulia et Papia*, Milano 1996.
- Biondi B., *Il diritto romano cristiano*, t. III: *La famiglia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano 1954.
- Bonfante P., *Nota sulla riforma giustiniana del concubinato*, [w:] *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo 1925.
- Bonfante P., *Corso di diritto romano*, t. I: *Diritto di famiglia*, Roma 1925.
- Caselli G., *Concubina pro uxore. Osservazioni in merito al C. 17 del primo concilio di Toledo*, „*Rivista di Storia del Diritto Italiano*” 1964–1965, nr 37–38.
- Castelli G., *Il concubinato nella legislazione augustea*, „*Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*” 1914, nr 27.
- Castello C., *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano 1940.
- Costa E., *Il concubinato in Roma*, „*Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*” 1898, nr 11.
- Dajczak W., *Zapisy na rzecz żony w prawie rzymskim*, Toruń 1995.
- Danieli R., *Sul concubinato in diritto giustiniano*, [w:] *Studi in onore di Vincenzo Arancio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, t. III, Napoli 1953.
- De Filippi M., *Dignitas. Tra Repubblica e Principato*, Bari 2009.
- Domingo R., *La legislación matrimonial de Costantino*, Pamplona 1989.
- Evans-Grubbs J., *Law and family in late antiquity. The Emperor Constantine’s marriage legislation*, Oxford 2003.
- Fauvelle A., *De la paternité des enfants nés dans le concubinat*, Paris 1883.
- Fayer C., *La familia Romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio. Parte terza*, Roma 2005.
- Gaudemet J., *Union libre et mariage dans la Rome imperiale*, „*IURA. Rivista internazionale di diritto Romano e antico*” 1989, nr 40.
- Gemmiti D., *Il concubinato nel diritto romano e giustiniano. Con appendice sul diritto bizantino*, Napoli – Roma 1993.
- Gide P., *De la condition de l’enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*, „*Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*” 1880, nr 4.
- Gołębiowska J., *Przysporzenia majątkowe w stosunkach konkubencjach w ustawodawstwie Justyniana*, [w:] *Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Insadowski (1888–1946) in memoriam*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007.
- Gołębiowska J., *Wpływ chrześcijaństwa na ustawodawstwo Justyniana wobec konkubinatu*, [w:] *Romanitas et christianitas. Stanisław Płodzień in memoriam*, red. A. Dębiński, S. Józwiak, Lublin 2008.

- Insadowski H., *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935.
- Kuleczka G., *Prawo rzymskie epoki pryncypatu wobec dzieci pozamałżeńskich*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1969.
- Kuryłowicz M., *Arogacja własnych dzieci pozamałżeńskich w rzymskim prawie klasycznym*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1969, nr 2.
- Kuryłowicz M., *Arogacja własnych dzieci pozamałżeńskich w rzymskim prawie poklasycznym i justyniańskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1974, nr 2.
- Longo G., *Affectio maritalis*, „Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano” 1939, nr 46.
- Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, Milano 1990.
- Meyer P., *Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*, Leipzig 1895.
- Misztal-Konecka J., *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007.
- Misztal-Konecka J., *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin 2011.
- Mougeot J., *Du concubinat en droit romain*, Dijon 1882.
- Niziołek M., *Legal effects of concubinage in reference to concubine’s offspring in the light of imperial legislation of the period of dominate*, Kraków 1980.
- Paczkowska A., *Darowizna na rzecz konkubiny i jej dzieci w ustawodawstwie Konstantyna*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2004.
- Paczkowska A., *Wymogi istnienia konkubinatu w prawie rzymskim*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2006, nr 15.
- Paczkowska A., *Terminologia związana z instytucją konkubinatu w prawie rzymskim – interpretacja wybranych pojęć*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7.
- Plassard J., *Le concubinat romain sous le Haut-Empire*, Toulouse – Paris 1921.
- Rebro K., *Konkubinát v práve rimskom od Augusta do Justiniána*, Bratislava 1940.
- Robleda O., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970.
- Sandirocco L., *Il concubinato nella tarda antichità tra legge laica e visione religiosa*, „La-beo” 2004, nr 50.
- Savigny F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, t. IV, Torino 1891.
- Schulz F., *Classical Roman Law*, Oxford 1954.
- Sitek B., *Infamia w ustawodawstwie cesarzy chrześcijańskich*, Olsztyn 2003.
- Sixto M., *Una nueva interpretación de D. 34,1,15,1*, „Revue internationale des droits de l’antiquité” 1988, nr 35.
- Stella Maranca F., *Il matrimonio dei soldati romani*, „Studi e documenti di storia e diritto” 1902, nr 23.
- Szczygielski K., *Stanowisko Kościoła i cesarzy chrześcijańskich wobec konkubinatu*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2004.

- Szczygielski K., *Christian emperors' attitude towards concubinage*, [w:] *Person and family in Roman law and in tradition of European law*, red. O. Bucci, F. Lempa, S. Tafaro, Taranto – Warszawa 2009.
- Talamanca M., *Trebazio Testa fra retorica e diritto. Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, [w:] *Atti di un seminario*, Firenze 1983.
- Tassistro P., *Il matrimonio dei soldati romani*, „Studi e documenti di storia e diritto” 1901, nr 22.
- Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955.
- Tomulescu C. S., *Justinien et le concubinat*, [w:] *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, t. I, Milano 1972.
- Van de Wiel C., *La légitimation per mariage subséquent, de Constantin à Justinien. Sa réception sporadique dans le droit byzantin*, „Revue internationale des droits de l'antiquité” 1978, nr 25.
- Van de Wiel C., *Compléments à la légitimation per mariage subséquent sous Justinien et dans le droit gréco-romain*, „Revue internationale des droits de l'antiquité” 1979, nr 26.
- Van de Wiel C., *La légitimation per oblation à la curie dans le droit romain. Quelques traces dans les droits canonique, civil et byzantin*, „Revue internationale des droits de l'antiquité” 1990, nr 37.
- Volterra E., *La conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova 1940.
- Wycisk F., *Z zagadnień alimentacji w rzymskim prawie klasycznym*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 1970, nr 5.
- Zabłocki J., *Zgoda małżeńska w prawie rzymskim*, [w:] *Honeste vivere... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, Toruń 2001.

Leah Bornstein-Makovetsky*

Ariel University

e-mail: leama@ariel.ac.il

phone: +972 3 906-63-69

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.02

Extramarital Relations among Jews in the Ottoman Empire

SUMMARY

The present paper deals with the ways in which Jewish communities in the Ottoman Empire handled cases of extramarital relations (fornication) among Jewish men (married or unmarried) and unmarried women. The present study covers a wide range of Jewish legal sources from the beginning of the 16th century to the last decade of the 19th century. As we have seen, the occurrence of sexual relations out of wedlock for married men, or unmarried men and unmarried women, was an extant feature of Jewish society; it was almost certainly much more widespread than adultery. Particularly common were relations between the betrothed, usually leading to marriage. Similarly, cases were common of unmarried women, often maidservants in Jewish homes, who had sexual liaisons with different men. Most of the surviving sources deal with women's pregnancy and their demands that the men marry them, or at least acknowledge their paternity and pay child support for the babies. Jewish society stood guard over its sexual morality, deliberating about cases of extramarital pregnancy within the confines of the local legal court. The communities' supervision of sexual morality led to the enactment of new decrees in some places and in rare cases, the offenders involved would be punished by lashes. We learn that Jewish society attempted to conceal sexual offenses from the eyes of the Muslim rulers.

Key words: extramarital relations, Jews, Ottoman Empire

Słowa kluczowe: związki pozamałżeńskie, Żydzi, Imperium ottomańskie

1. Introduction

The purpose of the present paper is to discuss the ways in which Jewish communities in the Ottoman Empire handled cases of extramarital relations (fornication) among Jewish men (married or unmarried) and unmarried

* Associate Professor in the Department of Jewish Heritage at Ariel University. English by Elen Rochlin.

women. The topic will be based on the extensive responsa literature which provides a wealth of information about Jewish life in the Ottoman Empire¹, offering solutions to actual legal and social problems. The present study covers a wide range of Jewish legal (*Halakhic*) sources from the beginning of the 16th century to the last decade of the 19th century. Many responses were written by the leading law authorities of the greatest communities during the Ottoman period.

The topic may be studied over a period of 400 years: throughout these centuries, society remained observant and conservative; its conventions concerning sexual relations outside the marital framework did not change. They were based on the Halakhic notion forbidding sexual relations out of wedlock². This notion is present in the Talmud and in all of Jewish legal literature composed in the Middle Ages and the Modern period.

Sephardic Jews settling throughout the Ottoman Empire after the expulsion of the Jews from Spain in 1492 made efforts to establish religious communities in accord with Jewish Halakhic laws and the norms customary in society in Christian Spain. These new arrivals made up the preponderant majority of the Jewish population in most communities; living side by side with them, primarily in Istanbul and a number of Greek cities, were Romaniote Jews, descended from the Jews of the original Byzantium. Mustaarab Jews lived in the Arab provinces of the Empire side by side with the Sephardim; these Jews spoke Arabic and, like their Arab neighbors, were very strict in observing the principles of modesty for women. Their wives almost never left the doors of their houses or the Jewish neighborhood³. Large cities of the Ottoman Empire were home to Jews of Italian origin who observed those moral norms which had been accepted in the Jewish communities of medieval Italy⁴.

¹ See Libraries at Union College, "Responsa", <http://huc.edu/libraries/exhibits/rablit/responsa.php>. The responses below will be marked as follows: the number of the response will be signed No. The symbol # meanings for a clause in the response. Many Responsa books are divided into four parts: *Orach Haim*; *Yore De'ah*, *Even ha-Ezer* and *Hoshen Mishpat*. Most of the responses dealing with extramarital relations are included in *Even ha-Ezer*.

² Maimonides, *Mishneh Torah (Repetition of the Torah)*, *Ishut* (laws of marriage), chapter 1#1–4; Rabbi Yaacov b. Asher, *Tur* (Four Rows) *Even ha-Ezer*, Kiddushin (Betrothal), No. 26; Rabbi Yosef Caro, *Sulchan Aruch* (Code of Jewish Law), *Even ha-Ezer* 26:1.

³ Leah Bornstein-Makovetsky, *The Jewish Woman in Aleppo and the Norms of Modesty in the Ottoman Period* (in Hebrew), [in:] Tova Cohen & Saul Regev, eds., *Woman in the East, Woman From the East: The Study of the Oriental Jewish Woman* (Ramat-Gan: Bar-Ilan University, 2005), pp. 55–68 (in Hebrew); Ruth Lamdan, *Deviations from the accepted moral norms in Jewish Society in Eretz Israel and Egypt in the 16th Century*, (in Hebrew), [in:] Israel Bartal & Isaiah Gafni (eds), *Sexuality and the Family in History* (Jerusalem: Shazar, 1998), pp. 119–130 (in Hebrew). About Jewish women's modesty in Middle East and West Europe communities in the middle-Ages see Abraham Grossman, *Pious and Rebellious: Jewish Women in Medieval Europe* (Lebanon, New Jersey: Tauber: 2004), pp. 105–108.

⁴ On the Jewish Society in the Ottoman Empire there is extensive research. For Example see Leah Bornstein-Makovetsky, *The Structure, Administrative, Organization and Spiritual Life of the Sephardic*

2. Sexual Relations between Unmarried Jewish Men and Women

It is to be assumed that sexual relations between unmarried men and women and between unmarried women and married men were more common than adultery; in general, they did not pose a *Halakhic* problem which needed to be turned over to the *Halakhic* arbiters of the period. This explains why relatively few sources pertaining to these cases have been preserved.

The *Halakhic* authorities and the Jewish judges (*dayanim*) were asked to intervene only in problematic cases, such as a man's refusal to marry the expectant woman of his future child, or libels against unmarried women, which originated with men or women interested in leveling a charge of fornication against them.

We hear of such situations on occasion when financial disputes would arise concerning monetary support for raising a child, or the question would be raised as to whether the child may serve as a Kohen [priest, as per the *Halakhic* definition] due to the doubt attaching to the identity of the father.

We learn that problems of low-level sexual morality came up even in the most conservative communities. For example, a mid-eighteenth-century British visitor in Aleppo writes about the phenomenon, though limited in scope, of young Jewish women in the city who had become pregnant as a result of relations with members of their household or with other men⁵.

3. Supervision of Morality in Jewish Society

Jewish society in the Ottoman Empire observed the Jewish laws of morality and modesty, and men and women who violated these laws had to improve their behavior and to submit to the requirements of the Jewish legal authorities. Problems of extramarital relations in the community were turned over to the local Jewish court according to the legal powers granted the Jewish communities by the Ottoman authorities. The Jewish legal authorities (*dayanim*) dealt with most such cases in secret.

Communities in the Ottoman Empire in the 16th–18th Centuries, [in:] *The Sephardi Heritage, II: The Western Sephardim*, eds. R. Barnett & W. Schwab (London: Grendon Northants, 1989), pp. 314–349; idem, *A City of Sages and Merchants, the Jewish Community of Aleppo, 1492–1800* (Ariel: Ariel University Center, 2012) (in Hebrew); Avigdor Levy, ed., *The Jews of the Ottoman Empire* (Princeton, New Jersey: 1994); ibid., *The Sephardim in the Ottoman Empire* (Princeton, 1992); Minna Rozen, *The Last Ottoman Century and Beyond: The Jews of Turkey and the Balkans, 1808–1945*, vol. 1 (Tel Aviv: Tel Aviv Diaspora Institute, 2005); Yaron Ben Naeih, *Jews in the Realm of the Sultans, Ottoman Jewish Society in the Seventeenth Century*, (Tubingen: Mohe Siebeck 2008).

⁵ Alexander Russell, *The Natural History of Aleppo*, vol. 2 (London: G. G. and J. Robinson, 1794), pp. 55–56.

Jewish communal and religious leaders in the Ottoman Jewish communities had ways of coercing their members to obey the Jewish sexual morality laws⁶. Only in extreme cases did they appeal to the Ottoman authorities which, according to Islamic law, did not differentiate between the concepts of “adultery” and “fornication” and used to brand both as sins. The term “*Zinā*” is generally defined in Islamic law as denoting sexual intercourse voluntarily engaged in by a man and a woman who are not married to each other, regardless of whether one or both of them is married to someone else⁷.

Muslim law defines any situation in which a man spends time alone with a woman of any age as a violation. The Ottoman Criminal Code specifies that a non-Muslim offender is liable to half the fine imposed on a Muslim in a similar situation, depending on the offender’s economic status⁸.

4. Meeting and Mixing between the Sexes

We will see that the Jewish communities did everything they could to control and prevent meeting and mixing between the sexes by means of ethics regulations. In reality, it was not possible to prevent these meetings entirely, even though it appears that they were limited in number, due to the young marriage age of men and women in Jewish society.

Generally women were first married at the age of approximately 13 or 14, and men beginning between the ages of 13 and 17, up until 20 at the latest. It was customary in Jewish society to marry off the women at a young age so as to prevent them from engaging in sexual relations before marriage⁹. Rabbi Shmuel de Medina, a leading Halakhic authority of the 16th century in Salonika, writes that due to “the deterioration of the times”, girls need supervising and improvement; they should be married off early¹⁰. Since most Jewish women did not work outside the home, there was more of an opportunity to keep up their modesty within the confines of the household.

⁶ See Joseph R. Hacker, *Jewish Autonomy in the Ottoman Empire – Its Scope and Limits: Jewish Courts from the Sixteenth to the Eighteenth Centuries*, [in:] Avigdor Levy, ed., *The Jews of the Ottoman Empire* (Princeton: Darwin Press, 1994), pp. 153–202.

⁷ See Rudolph Peters, “*Zina*”, [in:] *The Encyclopedia of Islam, second edition*, (Leiden: Brill Online); idem, *Crime and Punishment in Islamic Law, Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty First Century* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp. 35–36.

⁸ Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, ed. V. L. Ménage (Oxford: Oxford University Press, 1973), p. 101.

⁹ See Minna Rozen, *A History of the Jewish Community in Istanbul, The Formative Years, 1453–1565* (Leiden–Boston: Brill, 2002), pp. 114–120.

¹⁰ Rabbi Shmuel de Medina, *Rashdam Responsa* (Lvov: Balaban: 1862), *Hoshen Mishpat*, No. 320.

During the 19th century, the number of girls and young women working for pay outside the home rose perceptibly. As a result, more opportunities for men and women to meet without supervision arose during this period¹¹.

5. The Attitude to Extramarital Relations in Jewish Law

Fornication (cohabitation of a man, married or unmarried, and an unmarried woman) is in Jewish law a much lighter offense than adultery (sexual intercourse between a man and a married woman). Yet it is strictly prohibited by Jewish law, which objects to any sexual relationship between a man and a woman who are not married to each other¹².

As far back as in the Talmud, every Jewish male is required to write a Ketubah [wedding document specifying the conditions of marriage and support for the wife]; a Halakhic ruling was issued to the effect that anyone cohabiting with his wife in the absence of a Ketubah, renders his intercourse with her an act of harlotry. It was also specified that a bridegroom may not spend time alone with his betrothed before the two of them stand under the traditional bridal canopy and the Seven Blessings are recited for them¹³. This was the way of thinking accepted in all Jewish communities.

Even so, debates arose during the Middle Ages concerning the possibility of a man's having regular sexual intercourse with a woman designated as available to him alone (a concubine) without marrying her. The problem came up primarily in Christian Spain. The Spanish rabbis opposed the institution of concubinage; the decision articulated by Nahmanides (Rabbi Moses ben Nachman Girondi) to the effect that a concubine is permitted to a layman, was not accepted by most Halakhic authorities. Many sources indicate that Spanish authorities struggled against sexual licentiousness so as to prevent relations out of wedlock¹⁴.

Instances of extramarital relations between men (whether married or single) and single women (whether unmarried, divorced, or widowed) were a familiar enough occurrence in Jewish communities, even though one has the general impression that their occurrence was limited in scope. R. David Ibn

¹¹ See Gila Hadar, Carmen Salonica – *Gender in, Family and Tension among Jewish Women Tobacco Workers, "Pe'amim"* 2006, no. 107, pp. 5–37 (in Hebrew).

¹² Maimonides, *Mishne Torah* (Tel Aviv: Rishonim) *Nashim*, Isorei Biah, Nos. 21, 22; Rabbi Yosef Caro, *Shulchan Aruch, Even ha-Ezer* (Venice: Zagara, 1697), Nos. 26 #1–4 (in Hebrew).

¹³ Rabbi Yosef Caro, *Kesef Mishneh*, *Ishut* (Matrimonial), Chapter 10#1; *Talmud Bavli, Ketubot*. P. 7b. (in Hebrew).

¹⁴ See Yom Tov Assis, *Sexual Behaviour in Mediaeval Hispano-Jewish Society*, [in:] Ada Rapoport-Albert and Steven J. Zipperstein (ed.), *Jewish History [Essays in Honour of C. Abramsky]* (London: P. Halban, 1988), pp. 25–59; Grossman, *Pious and Rebellious* (See note 3 above at pp. 111–116).

Zimrah (1479–1573), Rabbi of the Cairo community, discusses in one of his responsa the occurrence of concubinage in his time as the practice of a few violators; he forbids having a concubine under any circumstances¹⁵.

6. Sexual Relations for the Betrothed

Cases of bridegrooms who had sexual relations with their betrothed before marriage were known of in Jewish society. This is why little documentary evidence survives of their occurrence. In practice, it was common for bridegrooms to visit the homes of their brides, despite the fact that this custom was usually considered unfit in Jewish society. Thus, for instance, the words “evil custom” are used concerning a betrothed man who visited the home of his future bride in Skopje (Macedonia) in 1592¹⁶.

Normally, a long time would elapse between the betrothal and the wedding ceremony, at least one year, during which the couple were not permitted to be in intimate contact with each other. This led to the emergence of a tradition of courting among young people, which would in turn occasionally lead to sexual liaisons.

Once the future bride became pregnant, the betrothed couple usually made haste to marry. If the bridegroom refused, for whatever reason, to take the woman in marriage, various types of pressure would be exerted upon him by her family, and occasionally by the community, to coerce him to marry her. The principal argument was that he had “despoiled” her, making her no longer be a virgin. The situation was particularly dire for Romaniote Jews, who treated betrothal as marriage, making it obligatory for the bridegroom to give the woman a *get* [document of divorce] if he wanted to annul the betrothal. Such a case arose, for instance, in Istanbul in the early 16th century, when Yehudah Ibn Tzur, wanted to divorce his betrothed, the daughter of Chaim Badurko, for no specifiable reason after he had engaged in sexual intercourse with her during a period of 9 months. He was suspected of wanting to divorce her because she belonged to the Romaniote group, who were not permitted to leave Istanbul. The leaders of the Romaniot Old Poli congregation gathered to listen to the charges brought by the father that Ibn Tzur had tricked his daughter, who had been certain that they were about to get married. She wanted to commit suicide, and was even rescued by neighbors when she once attempted to do this; she claimed that she had had intercourse with the man because they were about to get married anyway. Her father claimed that his daughter was a modest young woman, threatening to kill her before the entire

¹⁵ Rabbi David ben Avi Zimra, *Radbaz Responsa*, vol. 4 (New York: Otzar ha-Sefarim, 1978), No. 1296.

¹⁶ Rabbi Shlomo Hacohen, *Maharshach Responsa*, vol. 3 (Jerusalem: Zichron Aharon, 2011), No. 30.

congregational gathering, should the bridegroom not marry her. The court ruled that the man was not permitted to divorce her. His desire to divorce her and his claim about wanting to do this for reasons of hatred, were considered a pretext by the court. The argument was also stated by the court that should he want to divorce her as a betrothed woman, the sexual relations between them would be thereby rendered a lawless act, and that "no greater disgrace than this situation can arise in the world"¹⁷.

Cases of this type would be decided by the Jewish legal courts. For example, a bridegroom promised to marry his betrothed, but later, when it became clear that she was pregnant and her father demanded that the bridegroom marry her, the man shirked the demand, going as far as to annul the match and even charging that the young woman had engaged in licentious relations with her mother's bachelor brother. The Jewish court (almost certainly in Safed) ruled that he could swear to not having had intercourse with her, but also proposed that he should compromise with her concerning the child support which he would pay for the newborn¹⁸.

The occurrence of a future bride's pregnancy in a situation when the bridegroom attempted to deny his paternity was apparently rather common. In this vein, we hear of one Yaakov Abuhav, most likely a resident of Safed in the 16th century, who confessed in the presence of two witnesses to having had a son by an unmarried woman that he had engaged in sexual intercourse with for a long period of time while she lived in his courtyard¹⁹. In the course of the same century, a young woman arrived in Salonika from Italy turned out to be pregnant. The young man she indicated as the father of the fetus denied the identification, claiming before the Rabbi of the Italian synagogue that he had never engaged in sexual relations with the woman. Even so, he was forced to take her in marriage, after being threatened with being charged before a Muslim judge. The community's chief dayan (judge) Rabbi Shmuel de Medina, was angered by this, since according to the Halakhah in Judaism, a man may not marry a woman who is pregnant by a different man. The court ruled in this case that as a compromise, the young man should pledge to contribute 2,500 akçe (silver coins) toward the young woman's marriage on account of her honor, as well as because there had been witnesses to the young man's admission that he had kissed and embraced her. The compromise was also meant to prevent non-Jews from hearing about the case. However, later, Rabbi Shmuel di Medina ruled to exempt the man from any debt to the young woman²⁰.

¹⁷ Rabbi Eliyahu Mizrahi, [in:] Rabbi Eliyahu Ibn Haim, *Maim Amukim Responsa*, (Venice: Francisco Viseri, 1647), No. 1.

¹⁸ Rabbi Yom Tov Tshalon, *Maharitz Responsa* (Venice: Vendramin Press, 1694), No. 108.

¹⁹ Rabbi Moshe Mitrani, *Mabit Responsa*, vol. 1 (Venice 1629: Yoani Kalioni), No. 323.

²⁰ *Rashdam Responsa* (see note 10 above at *Even ha-Ezer*, No. 137).

The occurrence of extramarital pregnancy was to be encountered throughout the Ottoman period. For instance, in August 1915, the court in Istanbul deliberated concerning the case of an adolescent woman who had claimed in court that she was pregnant by a certain man. The court permitted him to marry her, and the man in their presence assumed the obligation to feed and provide for the future newborn. When it became known that the man was already married, the court forbade him to marry the woman in addition to his first wife, who refused to be divorced. Upon hearing this, the man attempted to deny his paternity²¹. Similarly, we learn about an unmarried woman in Istanbul in 1905, who was pregnant by a married man. The man confessed his paternity but later denied it. Rabbi David Pifano ruled that he was required to support the newborn child²².

7. Modesty rules and ordinances

To prevent problems of this kind, some Jewish communities enacted modesty rules and ordinances, with the goal of maintaining a good reputation for the Jewish public, as well as of preventing sexual relations between men and women affianced to each other but not yet married. One example is the regulation in the community of Arta, a sizable community in Greece, in the first half of the 16th century, which forbade bridegrooms to come to their brides' houses²³. Another example is the Aleppo community regulations of 1774, forbidding bridegrooms to visit their brides²⁴.

In addition, we know of the Decrees of Jerusalem and Safed in the 16th century which forbade a bridegroom to see his betrothed before the night of their wedding. Rabbi Moshe Trani, one of the great rabbis of Safed, ruled more leniently, permitting the bridegroom-to-be to visit the home of his future bride together with his father or elder brother, but not to eat there unless a celebration should be in process at the house. Shortly before the planned time of his wedding, the betrothed man would be able to enter the house daily to see to needs connected with the wedding ceremony. In Egypt, too, limitations were imposed in the 16th century upon meetings between men and women²⁵.

²¹ Rabbi David Piffano, *Nose ha-Efod Responsa*, in his book *Chagor ha-Efod*, vol. 2 (Sofia: A. Assa Press 1928), No. 5.

²² Pifano, *Nose ha-Efod Responsa*, (see note 21 above at No. 6).

²³ See Leah Bornstein-Makovetsky, *Life and Society in Arta Community in the 16th Century*, "Pe'amin" 1991, no. 45, pp. 143–145 (in Hebrew).

²⁴ Rabbi Yehuda Katsin, *Machane Yehuda Responsa* (Jerusalem: Ahavat Shalom, 1989), Nos. 12, 30–32, 34; L. Bornstein-Makovetsky, *The Jewish Woman* (See note 3 above at pp. 60–62).

²⁵ Abraham Haim Freimann, *Jerusalem Regulations*, [in:] Yizhaq Baer et al, eds, *Dinaburg Jubilee Book*, (Jerusalem 1949), p. 209 (in Hebrew); Lamdan, *Deviations* (See *supra* note 3 above at pp. 123–124). In Jerusalem this regulation existed overall the Ottoman period, Freimann, *op. cit.*

8. Pregnant betrothed woman

Some rabbis in Jewish society were concerned that if pregnancy was not by the betrothed man and this last refused to marry the pregnant betrothed woman, she may hurt the child. It appears that the occurrence of relations between a betrothed woman with a man other than her betrothed was rare; it is only rarely mentioned. In one instance, we learn in the first half of the 17th century, about a betrothed adolescent in Gallipoli who had given birth, with the child almost certainly not having been fathered by her bridegroom. She claimed to have been made pregnant by her bridegroom. On the day when she gave birth to a baby after 9 months – and not 7½ months, as she claimed – the Jewish court sent an emissary to the home of her parents to prevent them from causing the death of the newborn, this being a severe transgression. But the young woman brought about the baby's death herself, thus making the court certain that her bridegroom had not been its father. The court had ruled that the bridegroom should pay her 15,000 akce as compensation, but exempted him from payment after the birth. This case of the death of the baby is exceptional²⁶.

In another instance, from the first half of the 17th century a new arrival man took most probably in Salonika “a virgin unmarried young woman” in marriage, staying with her in the home of her father, where he ate, drank, and spent the night. He divorced her 4 months later. Two months after that, she realized that she was pregnant, and the man acknowledged his paternity. In this case, the man involved was “an elder and learned in Torah”, claiming that he had denied his paternity on account of the disgrace at having the pregnancy be from him. The Jewish court ruled that his confession should be accepted²⁷.

9. Extramarital Pregnancy of Unmarried Women – and the Consequences

Extramarital pregnancy did not necessarily lead to punishment for young or unmarried women in Jewish society. It seems that in most cases of pregnancies of unmarried women, the name of the father was known and the child was considered legitimate; Jewish courts or Jewish community leaders would typically resolve the issue by obtaining a confession of paternity from the father of the child either before or after birth; this would typically be followed by the man's marriage to the child's mother²⁸.

²⁶ Rabbi Meir de Boton, *Responsa* (Izmir: Gabai, 1660), No. 26.

²⁷ Rabbi Haim Shabtai, *a Torat Haim Responsa*, vol. 3 (Salonica: Nachman and Kanpilius, 1722), No. 52.

²⁸ For instance see Rabbi Nissim Haim Moda'i, *Meimar Haim Responsa*, [in:] Rabbi Haim Moda'i,

Very few cases are attested in which the father's name was not available. Once born, the child in such a case would be referred to as "*shtoki*" among the Jews²⁹.

Extramarital pregnancy of unmarried women was considered a defect, with women denying pregnancy out of wedlock. The fact that divorced women, widows, and fiancées had sexual intercourse and became pregnant out of wedlock, was almost certainly an occurrence limited in scope, just as the phenomena of adultery and prostitution were limited in extent in Jewish society³⁰. Extramarital sexual relations resulted in a bad reputation for both the men and the women in Jewish society.

Thus, for instance, in the 16th century, a children's *melamed* [teacher] was defamed after he had engaged in extramarital sexual relations with an adolescent girl³¹. A widow's betrothed in early 17th-century Safed claimed that he had learned that the bride-to-be was a woman of ill repute, and that the commissioners of offences who functioned as an investigate body in the Jewish community had punished a number of young men who had been suspected of offences committed together with her, as well as that the commissioners had sent her for investigation after it had become known that she was pregnant³².

Among the reasons for a man's refusal to marry the woman made pregnant by him could be various considerations, including that in some cases such a man would already be married to another woman. Spanish and Italian Jews included in their marriage contracts (*Ketubbot*) the pledge not to take another wife, while the Romaniote Jews abided by the "Prohibition of Rabbenu Gershom" dating from the 10th century, which forbade marrying a second wife³³. Thus, for instance, Rabbi Shmuel de Medina deliberated concerning an "honored" unmarried woman in Salonika who had become pregnant by a married man. The man acknowledged the child as his son, and provided support for him. The Halakhic arbiter ruled that the child was the man's son in all respects, and should inherit his father equally with the man's other sons, those born him by his wife³⁴.

Haim le-Olam Responsa, vol. 2 (Izmir: Di Sigura Press, 1879), *Even ha-Ezer*, No. 45; Rabbi Haim Palagi, *Haim ve-Shalom Responsa*, vol. 2 (Izmir: Roditi Press, 1872), *Even ha-Ezer*, Nos. 35, 74.

²⁹ The sources provide information about a native of Ioanina, a "*shtoki*", who married a woman that knew nothing of his problematic status. He was forced to divorce her in Izmir in 1878. See *Meimar Haim*, (see note 28 above at No. 39, #62). A *shtoki* is only permitted to marry a convert or a slave who has been freed from bondage.

³⁰ About the 16th century see Lamdan, *Deviations* (see note 3 above at pp. 119–130).

³¹ *Rashdam Responsa* (see note 10 above at *Yore De'ah* no. 141).

³² Rabbi Yosef Trani, *Maharit Responsa*, 2 (Fiorda: Beer, 1700), *Even ha-Ezer*, No. 49.

³³ See Bornstein-Makovetsky, *Life and Society in Arta* (see note 23 above at pp. 150–154); Rozen, *A History* (see note 9 above at, pp. 129–139). On this topic see Elimelech Westreich, *Transitions in the Legal Status of the Wife in Jewish Law – A Journey Among Traditions* (Jerusalem: Magnes Press, 2002) (in Hebrew).

³⁴ *Rasham Responsa* (see note 10 above at *Even ha-Ezer*, no. 233).

Additional reasons for a man's not marrying the pregnant woman could include hatred which he developed toward her, the desire not to have to support the new child, or the desire to marry someone else. The case is known of a woman in the 16th century whose husband maintained a sexual liaison with an unmarried woman; the wife demanded that the court issue a ruling forbidding this woman to her husband. She was afraid that her husband might contrive ways to bring about her own death for sheer love of the other woman, whom he would then be able to take in marriage³⁵.

Jewish society was compelled to find a solution for the cases of unmarried women who had become pregnant; it also had to take into account the women's distress. There was primarily the need to look into whether the claims put forth by the woman in such a situation about the paternity of the fetus were correct. In all these cases, the community and the court became involved. The Jewish authorities were generally unable to coerce the man to marry his child's mother³⁶.

10. Libelous Accusations Made by Men or Women

The phenomenon was also current of a pregnant woman's charging that some man was the father of the fetus in order to force him to marry her or to acknowledge his paternity, even though the pregnancy would really be by someone else. There were also cases of women considered "abandoned" who became pregnant. In such a case, the woman would try to claim that she had become pregnant by a certain man, and when the man in question would deny paternity, she would appeal to the Muslim court with the demand that he should acknowledge his paternity there.

In such a case, if the man thought it likely that she should fulfill her threats by appealing to the Muslim court, he would normally agree, paying her child support as per the decision of the *cadi*; he would then later appeal to the Jewish court to confirm that the child was not his. Thus, for example, in Egypt we learn of an unmarried "wanton" woman who engaged in licentious behavior with both Jews and Muslims. Upon becoming pregnant, she claimed to be pregnant by a certain Jew. This last claimed to have had intercourse with her in a way that does not lead to pregnancy. He went with her to the town of Rashid, there writing her a "Kabin" document in the Muslim court; she gave birth to a son, and he was required to provide child support for 8 years. He thereafter divorced her in Muslim court, as well as gave her a *get* in the Jewish court. When the son reached the age of 20, the Jewish man denied being

³⁵ *Radbaz Responsa*, vol. 7 (Warsaw: Zetzer, 1982), No. 30.

³⁶ See, for instance, Palagi, *Haim ve-Shalom Responsa* (see note 28 above at No. 102).

his father, arguing that he had originally gone with the woman to the town of Rashid because of her ties with non-Jews. He also claimed to have never married her in a Jewish ceremony, nor to have divorced her by means of a *get*. Rabbi Meir Gavizon, a leading Cairo rabbi, ruled that the young man was not his son and that the son was a “son stubborn and rebellious” (Deut 21:18). The ruling also stated that the son was not a *mamzer* [offspring of illegitimate union unfit to become a part of the Jewish People], but that, nevertheless, due to the persistence of a slight doubt that he may be the man’s biological son, he would not be able to marry even the granddaughter of this particular man³⁷.

In rare instances, men would bring against young girls trumped up charges as per which the young girls had supposedly had sexual intercourse with them. The courts would disqualify such accusations, which were bound to harm the women, primarily by preventing them from being able to get married successfully in the future, and by preventing them from being considered fit to marry *kohanim* [priestly descendants of the Biblical Aharon]³⁸.

Sometimes the wedding would take place after the child’s birth; sometimes this would also be after its death. Thus, in Izmir we learn about a Jew who had seduced a virgin. He acknowledged his paternity. Three months after the birth, the child died and the couple wanted to get married without waiting out a period of 3 months as is the norm in Jewish law³⁹. It is a reasonable assumption that the man had been married prior to this time.

Similarly, in 16th-century Egypt, we hear of an unmarried woman who became pregnant, and the man acknowledged his paternity in the presence of a number of people, claiming that he was forced to make the confession because she had had intercourse with other men, as well, during the same period of time. He married her in a Muslim court, and then divorced her while she was still pregnant, later providing for the circumcision for the new baby after the birth⁴⁰.

11. Maidservants and Masters

Among Jews in Christian Spain of the Middle Ages, sexual relations between masters and Jewish maidservants were common, similar to the situation

³⁷ Rabbi Meir Gavizon, *Responsa*, ed, Eliav Shochatman, vol. 2 (Jerusalem: Jerusalem Institute, 1985), *Even ha-Ezer*, No. 5.

³⁸ For example: Rabbi Yitzhak Mayo, *sa Sefat ha-Yam Responsa* (Salonica, Bezalel Ashkenazi, 1818), *Even ha-Ezer*, No. 12.

³⁹ *Haim le-Olam* (see note 28 above at *Even ha-Ezer*, No. 7).

⁴⁰ Rabbi David Ibn Zimra, *Radbaz Responsa*, 3 (Fiorda: Zirendorf & Hayyim b. Zvi Hirsh Orphans Press, 1781), No. 536 (561).

in Christian society⁴¹. The same was also true in Italy at the time of the Renaissance, and in Eastern Europe of the 17th century⁴². This type of behavior was transferred by the exiles from Spain to the communities which they established in the Ottoman Empire; even so, one has the general impression that the phenomenon was limited in scope. Young girls and women from the lower strata of Jewish society often worked as house servants in wealthy Jewish homes; the women in question were utterly unprotected when beyond the confines of their own homes.

The extant evidence indicates that Jewish maidservants would at times become pregnant by their employers; in some instances, they would have intercourse with particular men in the house. For instance, we hear of an adolescent maidservant in a Jewish home, concerning whom a rumor spread to the effect that she engaged in sexual relations with the master of the house and his two adult sons. After she became pregnant, she claimed that she had conceived by the son known as "Shimon", who was married but childless. The man confessed to this in his parents' presence before he died. He said to them that he had not made his confession in the presence of witnesses on account of shame and disgrace. In this case, the woman was said to be "a whore," and her sister a prostitute who had given birth to three sons from three different men. It may then be that the maidservant conducted herself in a way similar to her sister. The arbiter deliberating concerning this case ruled that the suspect's widow should not become his brother's wife in levirate marriage, but should go through the ritual of *chalitzah* [lit., discarding: the removing of the shoe as part of the ceremony of refusing to marry the widow of a man who had died childless].

Hence, it follows that he thought the likelihood was great that the child was Shimon's son⁴³.

In a similar case from the early 17th century, the son of the master of the house, himself still a bachelor, had intercourse with the maidservant, who became pregnant by him. He took her as his wife, but died shortly thereafter. The maidservant gave birth to a daughter, and the man confessed his paternity in the presence of his parents⁴⁴.

In another case from the 16th century, we learn of a widowed maidservant who was seduced by the master of the house, later giving birth to a son. The master of the house supported her and the child during his lifetime, leaving

⁴¹ See Assis, *Sexual Behaviour* (see note 14 above).

⁴² See Eliot Horowitz, *Masters and Women Servants in Jewish Society in Europe during Late Middle Ages and Early Modern Periods*, [in:] *Sexuality and the Family in History*, ed. Israel Bartal and Isaiah Gafni (eds) (Jerusalem: Shazar, 1998), pp. 198–197 (in Hebrew).

⁴³ *Torat Haim Responsa*, vol. 3 (see note 27 above at no. 55).

⁴⁴ *Maharit Responsa*, 2 (see note 32 above at *Even ha-Ezer*, no. 17). This rabbi suspects her of having sexual relations also with other Jews.

a daughter by his wife at the time of his death. There was a concern that relatives of the daughter's would not let the son inherit, but would demand the whole of the deceased man's possessions in a Muslim court, based on that according to Muslim law, only the children of the married wife inherit. In this case, the Jewish court fought for the rights of the son, so as to enable him to inherit his father⁴⁵.

12. Sexual Relations among Family Members

Family members lived in the same houses, sharing the same courtyards. This led to instances of sexual relations between adolescent girls and members of their own families. For example, evidence from the 18th century – apparently from Iraq or Syria – indicates that an adolescent found to be pregnant said that she had conceived by her father's brother who lived under the same roof with her family after he had seduced her⁴⁶. In another case dating from the same time, an adolescent conceived by the son of her father's partner, who used to come to the house⁴⁷.

13. Punishment by the Jewish Authorities

Such couples were seldom beaten by the Jewish communal leaders. We learn that in 1758 Jewish leaders of a village in the Istanbul area ordered the beating of a woman engaged to be married; she was suspected of sexual relations with the son of her employer, but was not handed over to the Ottoman authorities. Subsequently, both she and the suspected man denied having had intercourse, and the midwives who had checked her claimed that she was, indeed, a virgin⁴⁸.

During the 16th century in the communities of Istanbul, Bursa, Safed, Sophia, and Salonica, a special committee of a few members known as *commissioners of offences (berurei averot)* functioned as an investigative body, and as a body for the collection of testimony and examination of witnesses about offenders, especially offenders against morality⁴⁹. In Bursa, this committee

⁴⁵ *Radbaz Responsa*, vol. 4 (see note 15 above at No. 120). About the Islamic inheritance laws see Joseph Schacht, *Mirāth*, [in:] *Encyclopaedia of Islam* 7 (2nd ed.) (Leiden: Brill 1991), pp. 106–113.

⁴⁶ Rabbi Tsedaka Hutsin, *Mishpat u-Tsedakah Responsa, Even ha-Ezer* (edition by Rabbis Mordechai Lopez & Rabbi Yitzhak Nissim (Tel Aviv: Privately published, 1975), No. 1.

⁴⁷ *Mishpat u-Tsedakah*, *ibid*, *Even ha-Ezer*, No. 2.

⁴⁸ *Haim le-Olam* (see note 28 at *Even ha-Ezer*, No. 3).

⁴⁹ L. Bornstein-Makovetsky, *The Va'ad Berurei Averot as a Judicial Body in Christian Spain and the Ottoman Empire*, "Jewish Law Association Studies", X (New York: Global Publications, State University, 2000), pp. 136–138.

operated also during the 17th century, while in Istanbul, it seems to have functioned from the beginning of the 17th century until the final years of the 18th century. A similar committee of *commissioners of fines* (*berurei hakenasot*) operated in Izmir, Bursa and Magnesia throughout the 17th–19th centuries⁵⁰. For example, in Istanbul on August 31, 1602, this committee summoned an individual to appear before them, because he was suspected of cohabitation with a maid-servant. Now, in light of his oath to them that she had converted and married him in full accordance with the law, he had received a document from the committee. Rabbi Yehiel Bassan writes in his responsa that had he not taken the oath, the individual could have “suffered punishment either by the levying of a fine, or through flogging, or through excommunication, as any of these would have been appropriate measures”⁵¹. Most likely, the same committee or the Jewish court of Istanbul also looked into the case of the pregnant widow at about the same time⁵².

14. Rape

Jewish society treated cases of rape with severity, at times coercing the rapist to marry the victim. We learn of the occurrence of rape in rare instances, albeit it is a reasonable enough assumption that many of the cases noted above as extramarital relations actually belong under this rubric. Thus, close to the beginning of the 17th century, apparently in Safed, we hear of an adolescent raped by someone proposed as her future fiancé. When it became clear that she was pregnant, her father coerced the young man to marry her. The young man wanted to divorce her a short time thereafter, allegedly on account of the hatred that he had for her. Rabbi Yom Tov Tzahalon ruled that if the case was one of rape, the man could not divorce his wife, while if he seduced her originally, divorce was permissible for him⁵³.

In the 18th century, the *commissioners of offenders* of Istanbul investigated the molestation of an eight-year-old girl by a young man by the name of Moshe Abuhav. The testimony and evidence were handed over to Rabbi Avraham Meyuhas, who obligated the young man to wed the girl⁵⁴.

⁵⁰ L. Bornstein-Makovetsky, *The Va'ad Berurei Averot* (see note 49 above at pp. 117–140); Yaron Ben-Nae'h, *A Scandal in Istanbul*, “East and Maghreb” 2008, no. 8, pp. 37–56 (in Hebrew).

⁵¹ Rabbi Yehiel Bassan, *Yehiel Bassan Responsa* (Constantinople: Yona b, Yaacov, 1737), No. 34. In the 17th century a Jew married his maidservant after she gave birth to a son. Rabbi Haim Benveneste, *Ba'ei Hay'e Responsa, Even ha-Ezer* (Salonica: Israeliga, 1788), No. 6.

⁵² Rabbi Eliyahu Ibn Haim, *Ra'anah Responsa* (Jerusalem: Stizberg, 1960), No. 45.

⁵³ See Rabbi Yom Tov Tzahalon, *Responsa Maharitaz Hchadashot*, ed. Yaacov Spigel, vol. 1 (Jerusalem: Jerusalem Institute, 1980), No. 29.

⁵⁴ Rabbi Abraham Meyuchas, *Bene Avraham Responsa* (Constantinople: Ashkenazi, 1773), *Even ha-Ezer*, No. 26.

It appears that in cases of rape, the Jewish court would occasionally opt to hand the rapist over to the Muslim court or to the Ottoman ruler in order to ensure severe punishment. In one case, the rapist was judged by the Muslim court, and sentenced to penal servitude in the galleys of the Empire⁵⁵. Occasionally, the Jewish community would opt to punish the rapist by making the case public in the synagogues of the city. This is what happened in Izmir in 1827, when a rumor spread that the master of a house had abused a virgin young girl working as a maidservant in his home. The commissioners of fines investigated the case, threatening the man and charging him with despoiling and mistreatment of a virgin. The man denied the charge, but refused to swear to it. They wanted to proclaim his guilt in the city's synagogues, but he cried out against this. Rabbi Avraham Palagi was requested to issue a ruling by his father.

He ruled that the man must not be coerced to swear. However, should they find out that he had committed the forbidden act he should be punished "as befits him"⁵⁶. It is to be supposed that most cases of rape were adjudicated only in the Jewish court, with the minority reaching the Muslim courts⁵⁷. By contrast, when a Jewish woman would be raped by a Muslim, she would complain before a Muslim court⁵⁸.

15. Punishment by the Ottoman Authorities

Medieval Islamic law and Ottoman law adopted the Qur'anic punishments for fornication which became "chastisement" (*ta'zir*), or flogging with 100 lashes and excommunication⁵⁹. Sometimes, the offenders would be expelled from the city or pay fines. The fixed fines varied between 10 and 3,000 akce⁶⁰.

⁵⁵ Rabbi Meir de Boton, *Responsa* (see note 26 above at No. 52).

⁵⁶ Rabbi Abraham Palagi, *Shema Avraham Responsa*, vol. 1 (Salonica: Saadya Halevi Ashkenazi Press, 1850), *Yore De'ah*, No. 23.

⁵⁷ A Jewish woman in Jerusalem sued on April 28, 1695 a Jew who raped her and as a result she became pregnant. He denied it and swore. The Cadi rejected the claim. Amnon Cohen and Elisheva Pikali, *Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 17th century: Society, Economic and Organization* (Jerusalem 2010), p. 333 note 2 (in Hebrew).

⁵⁸ A Jewish woman claimed in the Muslim court on 10 May, 1585 that a Muslim man and his slave raped her when she returned from the bath. Because she did not bring evidences it is not known what was the judge's ruling. Amnon Cohen and Elisheva Pikali, *Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 16th century: Society, Economic and Organization* (Jerusalem: Ben Zvi Institute, 1993), p. 172 document 179. In the year 1654 a Jewish woman accused a Muslim man in the Muslim court of raping her little daughter. Her claim was denied. Cohen & Pikali, *Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 17th century* (*ibid*), pp. 332–333 document 253.

⁵⁹ Heyd, *Studies* (see note 8 above at pp. 273–277); Peters, *Crime and Punishment*, (see note 7 above at 35–36).

⁶⁰ Heyd, (see note 8 above at pp. 275–279).

Criminal justice in the Ottoman Empire was administered by two classes of officials: the judges (*qadis*) charged to conduct investigations according to Muslim law; and the military, primarily consisting of the Ottoman governors and their subordinates⁶¹. Fornicators were generally handed over by the *qadis* to executive officials who were authorized to punish them. We learn that in many cases, the actual punishment was flogging, but in many cases, the defendants, both Muslim and non-Muslim, would not be brought before a Muslim court at all, but would be punished immediately upon arrest with lashes or blows by order of an executive officer⁶². Jewish moral offenders were also afraid of being summoned before the Admiral of the Ottoman navy (*Kapudan Pasha*) in Istanbul, who had the authority to adjudicate criminal cases⁶³. The instance of Ovadia Halevi from Istanbul, serves as an example. This wealthy man was suspected of having sexual relations with a young girl. After her problematic marriage with his son in 1768, he expressed his concern before the leaders of the Jewish community that his daughter-in-law would level severe charges against him, and even convey them to the Admiral of the Ottoman navy⁶⁴.

Imprisonment was resorted to, often in addition to chastisement and a fine, for a number of sexual offences. An offender would be imprisoned either by the judge or after the judge had convicted him, or by the executive officers that would often imprison a person without trial in order to extort money from him. The *Kanun* normally did not prescribe prison term length, leaving this to the discretion of the judge.

16. Conclusions

As we have seen, the occurrence of sexual relations out of wedlock for married men, or unmarried men and unmarried women, was an extant feature of Jewish society; it was almost certainly much more widespread than adultery. Particularly common were relations between the betrothed, usually leading to marriage. Similarly, cases were common of unmarried women, often maid-servants in Jewish homes, who had sexual liaisons with different men. Most of

⁶¹ Beglerbegis (Valis, Pashas), governors of the *vilayets* (provinces), and the sancakbegis (district governors).

⁶² Heyd, (see note 8 above, at pp. 273.–277); Peters, *Crime* (see note 7 above at pp. 35–36). A Jewish source from the second half of the eighteenth century points out that some Jews from Rhode wanted to hold over to the governor two Jewish men and one Jewish woman accusing them as adulterers in order that he would punish each of them with 50 lashes and squeeze money from them. Rabbi Haim Shlomo Tarsa, *Haim Shena'im Responsa* (Izmir: Di Segura, 1861), No. 26.

⁶³ For the legal authorization and capacities of the Admiral, see Heyd, (see note 8 above at pp. 210, 260).

⁶⁴ *Haim le-Olam*, (see note 28 above at *Even ha-Ezer*, Nos. 3–4. Rabbi Shlomo Sfami decided to punish the rabbi who organized the marriage of the couple.

the surviving sources deal with women's pregnancy and their demands that the men marry them, or at least acknowledge their paternity and pay child support for the babies. Quite often, a man would deny being responsible for the pregnancy; in addition, there was the occurrence of trumped up accusations made by the woman against the man, charging him with responsibility for the pregnancy. There were also cases of accusations made by men against women. Jewish society stood guard over its sexual morality, deliberating about cases of extramarital pregnancy within the confines of the local legal court. Leaders of the community also dealt extensively with the matter. In dire cases, Jewish society made a practice of threatening men and women who maintained sexual liaisons with each other; it was aided in this by both the commissioners of offences and commissioners of fines operating within a number of communities. The communities' supervision of sexual morality led to the enactment of new decrees in some places, aiming to limit contact between men and women and between bridegrooms and their brides. In rare cases, the offenders involved would be punished by lashes. It seems that only in extreme situations, such as in cases of rape, did the Jewish courts and leaders hand over to the Muslim courts and the Ottoman authorities those moral offenders who refused to obey the ruling issued by the Jewish court. It stands to reason that the Jewish men and women who maintained extramarital liaisons with each other were aware of the Muslim court's and Ottoman rulers' authority to impose punishment in these situations. Insofar as Jewish sources do not often mention punishment of this kind, it becomes more and more likely that in most cases – even those which did not end in marriage – Jewish society attempted to conceal these sexual offenses from the eyes of the Muslim rulers.

Bibliografia

- Bassan Y., *Yehiel Bassan Responsa* (Constantinople: Yona b, Yaacov, 1737), No. 34.
- Benveneste H., *Ba'ei Hay'e Responsa, Even ha-Ezer* (Salonica: Israeliga, 1788), No. 6.
- Ben Avi Zimra D., *Radbaz Responsa*, vol. 4 (New York: Otzar ha-Sefarim, 1978), No. 1296.
- Ben Naeh Y., *Jews in the Realm of the Sultans, Ottoman Jewish Society in the Seventeenth Century*, (Tubingen: Mohe Siebeck 2008).
- Ben-Naeh Y., *A Scandal in Istanbul, "East and Maghreb"* 2008, no. 8, in Hebrew).
- Bornstein-Makovetsky L., *The Structure, Administrative, Organization and Spiritual Life of the Sephardic Communities in the Ottoman Empire in the 16th–18th Centuries*, [in:] *The Sephardi Heritage, II: The Western Sephardim*, (ed.) R. Barnett & W. Schwab (London: Grendon Northants, 1989).

- Bornstein-Makovetsky L., *Life and Society in Arta Community in the 16th Century*, "Pe'amin" 1991, no. 45, in Hebrew).
- Bornstein-Makovetsky L., *The Va'ad Berurei Averot as a Judicial Body in Christian Spain and the Ottoman Empire*, "Jewish Law Association Studies", X (New York: Global Publications, State University 2000).
- Bornstein-Makovetsky L., *The Jewish Woman in Aleppo and the Norms of Modesty in the Ottoman Period* (in Hebrew), [in:] Tova Cohen & Saul Regev, eds., *Woman in the East, Woman From the East: The Study of the Oriental Jewish Woman* (Ramat-Gan: Bar-Ilan University 2005, in Hebrew).
- Bornstein-Makovetsky L., *A City of Sages and Merchants, the Jewish Community of Aleppo, 1492–1800* (Ariel: Ariel University Center, 2012, in Hebrew).
- de Medina S., *Rashdam Responsa* (Lvov: Balaban: 1862), *Hoshen Mishpat*, No. 320.
- Caro Y., *Shulchan Aruch, Even ha-Ezer* (Venice: Zagara, 1697), Nos. 26 #1–4 (in Hebrew).
- Caro Y., *Kesef Mishneh, Ishut* (Matrimonial), Chapter 10#1; *Talmud Bavli, Ketubot*. P. 7b. (in Hebrew).
- Cohen A. and Pikali E., *Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 16th century: Society, Economic and Organization* (Jerusalem: Ben Zvi Institute, 1993).
- Cohen A. and Pikali E., *Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 17th century: Society, Economic and Organization* (Jerusalem 2010, in Hebrew).
- de Boton M., *Responsa* (Izmir: Gabai, 1660), No. 26.
- Freimann A. H., *Jerusalem Regulations*, [in:] Yizhaq Baer et al, eds, *Dinaburg Jubilee Book*, (Jerusalem 1949, in Hebrew).
- Gavizon M., *Responsa*, Eliav Shochatman (ed.), vol. 2 (Jerusalem: Jerusalem Institute, 1985), *Even ha-Ezer*, No. 5.
- Grossman A., *Pious and Rebellious: Jewish Women in Medieval Europe* (Lebanon, New Jersey: Tauber: 2004).
- Hacker J. R., *Jewish Autonomy in the Ottoman Empire – Its Scope and Limits: Jewish Courts from the Sixteenth to the Eighteenth Centuries*, [in:] Avigdor Levy, ed., *The Jews of the Ottoman Empire* (Princeton: Darwin Press, 1994).
- Hacohen S., *Maharshach Responsa*, vol. 3 (Jerusalem: Zichron Aharon, 2011), No. 30.
- Hadar G., *Carmen Salonica – Gender in, Family and Tension among. Jewish Women Tobacco Workers*, "Pe'amim" 2006, no. 107, in Hebrew).
- Heyd U., *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, ed. V. L. Ménage (Oxford: Oxford University Press, 1973).
- Horowitz E., *Masters and Women Servants in Jewish Society in Europe during Late Middle Ages and Early Modern Periods*, [in:] *Sexuality and the Family in History*, ed. Israel Bartal and Isaiah Gafni (ed.), (Jerusalem: Shazar, 1998, in Hebrew).
- Hutsin T., *Mishpat u-Tsedakah Responsa, Even ha-Ezer* (edition by Rabbis Mordechai Lopez & Rabbi Yitzhak Nissim (Tel Aviv: Privately published, 1975), No. 1.

- Katsin Y., *Machane Yehuda Responsa* (Jerusalem: Ahavat Shalom, 1989), Nos. 12, 30–32, 34.
- Lamdan R., *Deviations from the accepted moral norms in Jewish Society in Eretz Israel and Egypt in the 16th Century*, (in Hebrew), [in:] Israel Bartal & Isaiah Gafni (ed.), *Sexuality and the Family in History* (Jerusalem: Shazar, 1998, in Hebrew).
- Levy A., *The Sephardim in the Ottoman Empire* (Princeton, 1992).
- Levy A., (ed.) *The Jews of the Ottoman Empire* (Princeton, New Jersey: 1994).
- Mayo Y., *sa Sefat ha-Yam Responsa* (Salonica, Bezalel Ashkenazi, 1818), *Even ha-Ezer*, No. 12.
- Meyuchas A., *Bene Avraham Responsa* (Constantinople: Ashkenazi, 1773), *Even ha-Ezer*, No. 26.
- Mitrani M., *Mabit Responsa*, vol. 1 (Venice 1629: Yoani Kalioni), No. 323.
- Mizrachi E., [in:] Rabbi Eliyahu Ibn Haim, *Maim Amukim Responsa*, (Venice: Francisco Viseri, 1647), No. 1.
- Moda'i N. H., *Meimar Haim Responsa*, [in:] Rabbi Haim Moda'i, *Haim le-Olam Responsa*, vol. 2 (Izmir: Di Sigura Press, 1879), *Even ha-Ezer*, No. 45.
- Palagi A., *Shema Avraham Responsa*, vol. 1 (Salonica: Saadya Halevi Ashkenazi Pess, 1850), *Yore De'ah*, No. 23.
- Palagi H., *Haim ve-Shalom Responsa*, vol. 2 (Izmir: Roditi Press, 1872), *Even ha-Ezer*, Nos. 35, 74.
- Peters R., "Zina", [in:] *The Encyclopedia of Islam, second edition*, (Leiden: Brill Online).
- Peters R., *Crime and Punishment in Islamic Law, Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty First Century* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- Piffano D., *Nose ha-Efod Responsa*, in his book *Chagor ha-Efod*, vol. 2 (Sofia: A. Assa Press 1928), No. 5.
- Rozen M., *A History of the Jewish Community in Istanbul, The Formative Years, 1453–1565* (Leiden–Boston: Brill, 2002).
- Rozen M., *The Last Ottoman Century and Beyond: The Jews of Turkey and the Balkans, 1808–1945*, vol. 1 (Tel Aviv: Tel Aviv Diaspora Institute, 2005).
- Russell A., *The Natural History of Aleppo*, vol. 2 (London: G. G. and J. Robinson, 1794).
- Schacht J., *Mirāth*, [in:] *Encyclopaedia of Islam* 7 (2nd ed.) (Leiden: Brill 1991).
- Shabtai H., *a Torat Haim Responsa*, vol. 3 (Salonica: Nachman and Kanpiliias, 1722), No. 52.
- Tarsa H. S., *Haim Shena'im Responsa* (Izmir: Di Segura, 1861), No. 26.
- Tov Assis Y., *Sexual Behaviour in Mediaeval Hispano-Jewish Society*, [in:] Ada Rapoport-Albert and Steven J. Zipperstein (ed.), *Jewish History [Essays in Honour of C. Abramsky]* (London: P. Halban, 1988).
- Tzahalon Y. T., *Maharitz Responsa* (Venice: Vendramin Press, 1694), No. 108.
- Tzahalon Y. T., *Responsa Maharitz Hchadashot*, ed. Yaacov Spigel, vol. 1 (Jerusalem: Jerusalem Institute, 1980), No. 29.

Trani Y., *Maharit Responsa*, 2 (Fiorda: Beer, 1700), *Even ha-Ezer*, No. 49.

Westreich E., *Transitions in the Legal Status of the Wife in Jewish Law – A Journey Among Traditions* (Jerusalem: Magnes Press, 2002, in Hebrew).

Zimra D. I., *Radbaz Responsa*, 3 (Fiorda: Zirendorf & Hayyim b. Zvi Hirsh Orphans Press, 1781), No. 536 (561).

Karol Łopatecki

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: karollopatecki@gmail.com
telefon: +48 85 745 74 87

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.03

Związki małżeńskie i pozamałżeńskie w armii koronnej i litewskiej w XVI i XVII stuleciu – prawo i stan faktyczny

SUMMARY

**Marriages and illegitimate relationships in the army of the Crown
of the Polish Kingdom and the Grand Duchy of Lithuania
in the sixteenth and seventeenth centuries – the law and the practice**

The article presents the legal regulations on the principles of the presence of women in the Polish-Lithuanian army in the sixteenth and seventeenth centuries. Jan Tarnowski, at the end of the first half of the sixteenth century, introduced the first significant limitations on this issue. According to military law the only women that could exist in the army were the wives of soldiers and persons accompanying the troops (e.g. merchants, servants and the like). The soldiers were not satisfied with this arrangement and began to exploit loopholes for their own purposes. Firstly, marriages were concluded to make prostitution possible. Secondly, in many cases, soldiers declared a concubine or sexual slave to be their lawful wife. During the latter half of the sixteenth century and first half of the seventeenth century, lawmakers endeavoured to refine the rules. As a result (despite the difficulties involved and with the help of military law) during that period the Polish-Lithuanian army had only a small percentage of women present, especially when compared to Western armies. During periods of war there was a significant departure from the legal rules. Then the soldiers treated captured women as spoils of war. Some of the women became “military wives”, others were simply used as sex slaves.

Key words: illegitimate relationships, military law, concubine, army

Słowa kluczowe: związki pozamałżeńskie, prawo wojskowe, konkubina, armia

Obecność kobiet w wojskach epoki nowożytnej, zakładanie i funkcjonowanie związków małżeńskich i pozamałżeńskich w warunkach polowych znajduje się na uboczu zainteresowań historyków wojskowości¹. Od XIX stulecia,

¹ A. Bowler, *Logistics and the Failure of the British Army in America, 1775–1783*, Princeton 1975, s. 3.

kiedy pojawiły się pierwsze prace dotyczące organizacji wojsk, autorzy nie dostrzegali problemu, przyjmując ówczesną rzeczywistość wojskową – zupełny brak kobiet w armii – jako stan odwieczny i naturalny². Brak badań wynikał też po części z interdyscyplinarności zagadnienia, które plasuje się na pograniczu historii wojskowości i prawa, demografii oraz historii społecznej. Lukę tę wypełnił Geoffrey Parker, który w książce *The Army of Flanders and the Spanish Road: The Logistics of Spanish Victory and Defeat in the Low Countries Wars*³ ukazał obozy i tabory wojskowe pełne kobiet i dzieci. Podsumowanie tego zagadnienia znajduje się w pracy Johna A. Lynna *Women, Armies, and Warfare in Early Modern Europe*⁴. Autor przedstawił nie tylko „kobiety obozowe” jako żony żołnierzy i prostytutki (rozd. II), ale również zauważył udział kobiet w funkcjonowaniu oddziałów, tak w ujęciu gospodarczym, jak i militarnym (rozd. III–IV).

Powyższy problem był do niedawna również pomijany w polskiej historiografii. Dopiero Urszula Augustyniak zauważyła zjawisko, uznając rzeczywistość zachodnioeuropejską za obowiązującą również na terenie Rzeczypospolitej⁵. Analizę zjawiska dla wojsk połowy XVIII stulecia przeprowadził Tomasz Ciesielski, który ustalił, że nawet do 30% żołnierzy żyło w formalnych związkach małżeńskich⁶. Z drugiej strony, należy podkreślić, że analiza T. Ciesielskiego dotyczyła przede wszystkim autoramentu cudzoziemskiego. Autor zauważył przy tym znaczne różnice występujące w jeździe narodowej – wskazał na odmienne regulacje prawne (brak utrudnień przy zawieraniu związków małżeńskich) oraz powszechność małżeństw wśród oficerów tej formacji⁷.

W epoce nowożytnej kobiety przebywające przy oddziałach wojskowych możemy podzielić na sześć kategorii⁸:

- ² Jediną sferą, gdzie kobiety odgrywały istotną rolę w XIX-wiecznej armii była służba zdrowia, B. C. Hacker, M. Vining, *From Camp Follower to Lady in Uniform: Women, Social Class and Military Institutions before 1920*, „Contemporary European History” 2001, nr 3, s. 353–373.
- ³ G. Parker, *The Army of Flanders and the Spanish Road: The Logistics of Spanish Victory and Defeat in the Low Countries Wars*, Cambridge 1972, s. 86–87.
- ⁴ J. A. Lynn, *Women, Armies, and Warfare in Early Modern Europe*, Cambridge – New York – Melbourne – Madrid – Campe Town – Singapore – Sao Paulo – Delhi 2008.
- ⁵ U. Augustyniak, *W służbie hetmana i Rzeczypospolitej. Klientela wojskowa Krzysztofa Radziwiłła (1585–1640)*, Warszawa 2004, s. 101.
- ⁶ T. Ciesielski, *Rodzina wojskowa w połowie XVIII wieku*, [w:] *Rodzina i gospodarstwo domowe na ziemiach polskich w XV–XX wieku. Struktury demograficzne, społeczne i gospodarcze*, red. C. Kuklo, Warszawa 2008, s. 231–246.
- ⁷ *Ibidem*, s. 235–236.
- ⁸ R. G. Asch, ‘*Wo der soldat hinkömbt, da ist alles sein*’: *Military Violence and Atrocities in the Thirty Years War Re-examined*, „German History” 2000, nr 3, s. 304–305; M. Griffin, *Regulating Religion and Morality in the King’s Armies, 1639–1646*, Leiden – Boston 2004, s. 3–4; G. Parker, *Żołnierz*, [w:] *Człowiek baroku*, red. R. Villari, przekł. B. Bielańska, M. Gurgul, M. Woźniak, Warszawa 2001, s. 66; F. Tallett, *War in Context. War and Society in Early-Modern Europe, 1495–1715*, New York 2001, s. 131; P. Burschel, *Söldner im Nordwestdeutschland des 16. und 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1994, s. 241–242; K. Żojdź, *Przeciwko moralności, czy dyscyplinie? „Przestępstwa seksualne” popełniane przez żołnierzy koronnych i litewskich w XVII w.*, [w:] *Studia nad staropolską sztuką wojenną*, t. III, red. Z. Hundert,

- a) żony – kobiety pozostające z żołnierzami w związku małżeńskim;
- b) konkubiny – nieformalny związek, charakteryzujący się dobrowolnością oraz prowadzeniem wspólnego gospodarstwa domowego;
- c) prostytutki – osoby towarzyszące armii i oferujące usługi seksualne w zamian za korzyści majątkowe;
- d) niewolnice seksualne – kobiety przetrzymywane i wykorzystywane (m.in. seksualnie) wbrew swojej woli;
- e) markietanki – wraz z mężami lub samodzielnie prowadzące karczmy i stragany w bazarach usytuowanych przy obozach wojskowych;
- f) służące – wykonujące zarobkowe usługi jak gotowanie, szycie, opieka nad chorymi.

W niniejszym artykule analizie poddano jedynie prawne regulacje dotyczące stałych i nieformalnych (konkubin) związków żołnierzy z kobietami podczas pełnienia służby wojskowej⁹. Zagadnienie to nierozdzielnie związane jest z instytucją małżeństwa. Tym samym problematyka niniejszego artykułu odnosi się do pkt. a i b wyżej zaprezentowanego podziału, choć należy zaznaczyć, iż w praktyce stypizowane kategorie przenikały się wzajemnie¹⁰. Pod względem chronologii analizuję prawo i zachodzące przemiany społeczne od XVI wieku, czyli od momentu pojawienia się w prawie wojskowym problematyki obecności kobiet w oddziałach wojskowych¹¹. Końcem podjętych badań jest przełom XVII i XVIII stulecia, kiedy to w całej Europie zawieranie małżeństw przez żołnierzy poddano ścisłej kontroli¹². To w połączeniu z rozbudo-

K. Żojdź, J. J. Sowa, Oświęcim 2014, s. 95–102; K. Łopatecki, *Blaski i cienie funkcjonowania rodzin w nowożytnych wojskach Europy Zachodniej*, „Białostockie Teki Historyczne” 2007, nr 5, s. 57–7; idem, *Funkcjonowanie rodzin w strukturach autoramentu narodowego*, [w:] *Studia historyczno-wojskowe*, t. III, red. T. Ciesielski, Zabrze 2009, s. 66–81.

⁹ Pomijam przy tym trwałe związki homoseksualne pomiędzy żołnierzami, które w źródłach historycznych występują wyjątkowo i mają charakter skrajnie subiektywny. Przykładowo o związku dwóch lisowczyków – Starzeńskiego i Markowskiego – oraz o „dziedziczeniu” przez pierwszego majątku ruchomego po śmierci Markowskiego: W. Nekanda-Trepka, *Liber generationis plebeorum*, wyd. W. Dworzaczek, J. Bartyś, Z. Kuchowicz, Wrocław – Warszawa – Kraków 1963, s. 511.

¹⁰ „Kto tylko chce, nawet żołnierka, jeżeli jej to przekupno smakuje, może trzymać bazar”: A. L. d’Oelsnitz, *O bagażach wojska w polu będącego*, Warszawa 1769, Biblioteka Kórnicka, sygn. 667, s. 84.

¹¹ 1. poł. XVI w. to czas, kiedy wprowadzano zakazy przebywania prostitutek w armii, co stanowiło próbę ograniczenia rozprzestrzeniania się chorób wenerycznych, *Same-Sex Desire in the English Renaissance: A Sourcebook of Texts, 1470–1650*, ed. K. Borris, New York – London 2004, s. 121; W. Piotrowski, *Medycyna polskiego renesansu*, Jawor 1995, s. 37, 122–124.

¹² Żołnierze musieli otrzymywać pozwolenie na zawarcie związku małżeńskiego. Nieprzestrzeganie przepisów wiązało się z degradacją lub utratą możliwości awansu. W Brandenburgii-Prusach od 1656 r. wprowadzono karną opłatę za małżeństwo w wysokości 6 talarów, a od 1681 r. edykt ograniczył żonatych mężczyzn w kompanii do 30–40 osób. Kolejne akty normatywne nakazujące otrzymanie zezwolenia wydawane były w latach 1701, 1705. W Anglii analogiczny akt wydano w wersji drukowanej w 1716 r., F. Tallett, op. cit., s. 132; J. A. Lynn, *Giant of the Grand Siècle: The French Army, 1610–1715*, Cambridge – New York – Melbourne 1998, s. 339–341; S. Brodowski, *Corpus iuris militaris Polonicum*, Elbląg 1753, s. 128.

wanym aparatem urzędniczymi i oficerskim, a także rozwojem duszpasterstwa wojskowego, doprowadziło do ograniczenia małżeństw i niemal całkowitego wyeliminowania związków konkubencjalnych, w których stroną był żołnierz¹³.

Aby przeprowadzić analizę małżeństw i konkubinatu, które funkcjonowały w obozach koronnych i litewskich, pomocne jest przyjęcie teorii Geoffreya i Angeli Parkerów, którzy potraktowali je jako ruchome miasta, pełne sklepów, rzemieślników, służących, żon i dzieci¹⁴. Taka koncepcja wiele tłumaczy, zwłaszcza biorąc pod uwagę stopień urbanizacji w Europie. Według tej teorii obozy wojskowe jawiły się jako duże lub średnie miasta i ich funkcjonowanie musiało czerpać wzorce z tradycyjnych rozwiązań cywilnych¹⁵.

W nowożytnych armiach Europy Zachodniej naturalna była obecność kobiet przy oddziałach wojskowych¹⁶. Podstawowy argument był prozaiczny – żołnierze, wiążąc całe swoje życie zawodowe z armią, chcieli mieć żonę i dzieci¹⁷. Przede wszystkim kobiety pomagały im w trudach obozowych: zajmowały się zdobywaniem żywności, gotowaniem, sprzątaniem i szyciem¹⁸. O ich wielkiej roli w armiach pisze XVII-wieczny żołnierz i teoretyk wojskowości, James Turner: „As woman was created to be a helper to man, so women are great helpers in Armies to their husbands, especially those of the lower condition (...) they are useful in Camps and Leaguers”¹⁹. Ukonstytuowaniem tego zjawiska było powołanie specjalnego urzędnika zwanego hurenweibel. Dbał on o porządek, regulował zasady podróżowania, stacjonowania oraz zaopatrzenia w żywność kobiet i dzieci żyjących wraz z żołnierzami²⁰.

¹³ Najbardziej radykalne ograniczenie nastąpiło we Francji. Zjawisko to zanalizował J. A. Lynn (*Women...*, s. 13–14) na podstawie raportów z okręgu wojskowego w Dijon z lat 1692–1710. Przykładowo, w drugim batalionie regimentu z Ponthieu 21 kwietnia 1709 r. na 32 oficerów, 26 sierżantów i 472 żołnierzy były 22 kobiety (4,07%). Około pięcioprocentowa grupa kobiet przebywała przy wojskach francuskich do rewolucji. Nieco większy odsetek (od 6 do 9%) obserwujemy w Wielkiej Brytanii od połowy XVIII do początku XIX stulecia. W Prusach w świetle okólnika adresowanego do dowódców z 23 sierpnia 1733 r. w oddziałach stosunek kobiet nie mógł być większy niż 1 do 10.

¹⁴ G. Parker, A. Parker, *European Soldiers, 1560–1660*, Cambridge 1977, s. 34.

¹⁵ Przykładowo, podobieństwa istnieją w kwestii planowania przestrzennego miast i obozów, zob. T. Zarębska, *Początki polskiego piśmiennictwa urbanistycznego*, Warszawa – Łódź 1986, *passim*.

¹⁶ Szerzej problematykę tę przedstawiłem w artykule: K. Łopatecki, *Blaski i cienie...*, s. 57–73.

¹⁷ R. G. Asch, *op. cit.*, s. 304–305.

¹⁸ B. C. Hacker, *Women and Military Institutions in Early Modern Europe: a Reconnaissance*, „Signs” 1981, nr 4, s. 653; E. Swart, *From „Landsknecht” to „Soldier”: The Low German Foot Soldiers of the Low Countries in the Second Half of the Sixteenth Century*, „International Review of Social History” 2006, nr 1, s. 87; C. Carlton, *Going to the Wars: The Experience of the British Civil Wars, 1638–1651*, London 1993, s. 102–103; U. Augustyniak, *op. cit.*, s. 101.

¹⁹ J. Turner, *Pallas Armata: Military Essayes of the Ancient Grecian, Roman, and Modern Art of War*, London 1683 [reprint: New York 1968], s. 277.

²⁰ Uprawnienia i kompetencje hurenweibla przedstawił: L. Fronsberger, *Fünff Bücher von Kriegs Regiment vnd Ordnung*, Franckfurt am Mayn 1555, s. LVI–LVIV, CXXVIIv; B. C. Hacker, M. Vining, *The World of Camp and Train. Women’s Changing Roles in Early Modern Armies*, www.assostoria.it/Armisovrano/Hacker-Vining.pdf, s. 4; K. Górski, *Historia piechoty polskiej*, Kraków 1893, s. 32–33; idem, *Historia jazdy polskiej*, Kraków 1894, s. 53; J. A. Lynn, *Giant...*, s. 124–125.

Na podstawie szczegółowych danych można ogólnie stwierdzić, że „słaba płeć” stanowiła czwartą część stanu osobowego zgrupowań wojskowych²¹. Mamy również do czynienia z dużym odsetkiem dzieci, co świadczy o stosunkowo częstym zawieraniu przez żołnierzy związków małżeńskich lub konkubencjach. Najwybitniejszy w Europie teoretyk wojskowości, zajmujący się tym zagadnieniem w 1. połowie XVII stulecia Johann Jacob Wallhausen pisał, że przeciętnie przy 3 tys. armii przebywa dodatkowo 2 tys. kobiet i dzieci²².

Na tle wojskowości zachodnioeuropejskiej wyjątkowo prezentuje się sytuacja w oddziałach autoramentu narodowego w Koronie i Wielkim Księstwie Litewskim. Były to wojska, szczególnie w okresie pokoju, w znacznym stopniu pozbawione kobiet²³. Znamienne jest zaskoczenie wywołane u zawodowego żołnierza, Jana Władysława Poczobuta Odlanickiego, widokiem Kalwarii Żmudzkiej, „gdziem przy zażyciu nabożeństwa, z łaski Najwyższego Pana, widział wielką moc niewiast, jakim nigdy nie widział, bo mi wojska nie nowina było z obu stron rachując po sto tysięcy widzieć, a niewiast tak siła, coś dziwnego mi się zdało, których, najmniej kładąc, było ze dwadzieścia tysięcy”²⁴. Nawet obcokrajowiec – Hieronim Christian Holsten – który odbył służbę w Koronie, tak przyzwyczał się do panujących tam zasad, iż w ciągu dalszej służby w Rzeszy z utęsknieniem wspomina stare czasy. „O ile przedtem [w Rzeczypospolitej – K.Ł.] nie miałem przy kompanii kobiet, to teraz miałem je z całym majdanem, ponieważ starzy żołnierze z Brunszwiku mieli przeważnie żony i dzieci”²⁵.

W konsekwencji, na terenie Rzeczypospolitej nie istnieli ani specjaliści urzędnicy pilnujący kobiet, ani nie istniały regulacje dotyczące ciągnięcia wojsk z uwzględnieniem towarzyszących żołnierzom rodzin²⁶. Co więcej, potępiano nawet sytuacje, gdy żołnierze posiadali żony, które zarządzały gospodarstwem w okresie nieobecności męża²⁷. Obowiązki żon, służących, konkubin w większości spełniała czeladź obozowa²⁸.

²¹ F. Tallett, op. cit., s. 131–133; B. C. Hacker, M. Vining, *The World...*, s. 4; por. G. Parker, *The Army...*, s. 86–87; por. J. A. Lynn, *Giant...*, s. 337.

²² J. J. Wallhausen, *Defensio patriae oder Landrettung*, Frankfurt 1621, s. 171.

²³ Szeroko uzasadniam tę tezę w pracy: K. Łopatecki, *Funkcjonowanie rodzin w strukturach autoramentu narodowego*, [w:] *Studia historyczno-wojskowe*, t. III, red. T. Ciesielski, Zabrze 2009, s. 66–81.

²⁴ J. W. Poczobut Odlanicki, *Pamiętnik [1640–1684]*, oprac. A. Rachuba, Warszawa 1987, s. 212.

²⁵ H. Ch. Holsten, *Przygody wojenne 1655–1666*, wyd. T. Wasilewski, przekł. J. Leszczyński, Warszawa 1980, s. 100.

²⁶ W państwach, gdzie było dużo kobiet podążających z oddziałami, tworzone specjalny hufiec nadzorowany przez oficera. Powinien on zajmować miejsce na końcu kolumny, „aby w potykaniu żadnego zamieschania, albo zawadzenia jakiego między żołnierstwem nie uczynili”, A. Hohenzollern, *Sztuka wojenna Albrechta Hohenzollerna w przekładzie M. Strubicza*, Biblioteka Kórnicka, rkps 669, k. 140 oraz 133v. Odpowiednie przepisy pojawiły się dopiero w XVIII stuleciu.

²⁷ Jak rzeczowo wyklada Andrzej Maksymilian Fredro, „pospolicie żonate towarzystwo najwięcej przyczyn odjazdu szukają, będąc rozdwojeni między wojną a gospodarstwem (iż tedy żaden nie

Dla współczesnych było to tak oczywiste zjawisko, iż nie wymagało opisu ani komentarza. Specyfika ujawniała się wówczas, kiedy starano się porównać wojska zachodnioeuropejskie z polsko-litewskimi. Dokładna charakterystyka autoramentu narodowego konieczna była podczas negocjacji polsko-hiszpańskich, prowadzonych w latach 1639–1641. Wysłannicy Władysława IV Wazy informowali księcia de Medina de las Torres, że zaciągnięcie 13 tys. żołnierzy oznacza w rzeczywistości posiadanie na służbie od 40 do 58 tys. mężczyzn (w znaczeniu osób zdolnych do walki). Wyjaśnili, że husarz zabiera dla swego pocztu „dwa wozy, jeden ciągnie cztery lub sześć koni, z zapasem żywności, broni, amunicji, kopii i innych rzeczy potrzebnych do wojennego utrzymania. W drugim wozie znajduje się namiot i inny wojenny rynsztunek, prowadzi również dużo luźnych koni, po to by wysłać swoje sługi z pocztą, dlatego kiedy jakiś rycerz otrzyma żołd na trzy kopie, musi trzymać zawsze 16 koni i 14 doświadczonych i gotowych do boju”²⁹. Również biskup Paweł Piasecki odnotował znamiennej informację: „niezliczona hałastry obozowej zgraja, owa odwieczna polskich obozów choroba, gdzie na 10,000 wojowników 50,000 ciurów i tyleż koni nadpotrzebnych rachować można”. Dodaje jednak, że w obozach tych „większa, jak w innych wszystkich obozach chrześcijańskich panuje uczciwość, bo żadnych ze sobą nie prowadzą nierządnic”³⁰.

Oczywiście specyfika występująca w wojskach autoramentu narodowego wprowadzona została przy pomocy przepisów prawnych. Jeszcze pod koniec XV wieku, podczas wyprawy Jana Olbrachta (1497) do Mołdawii, obecność kobiet była dopuszczalna³¹. O przełomie możemy mówić podczas kolejnej wyprawy *expeditio generalis* w 1509 roku pod wodzą hetmana wielkiego koronnego, Mikołaja Kamienieckiego. Na potrzebę tej wyprawy ogłoszono najstarsze znane obozowe artykuły wojskowe (*Senatusconsultum de disciplina militari in castris observanda*), które miały obowiązywać w oddziałach pospolitego ru-

może dwiema panom służyć, ojczyźnie i prywatnie), będzie starszyzna doglądała, aby żonatego towarzystwa jako najmniej albo żadnego żonatego nie było; gdyż okrom niepilności dla rozdwojonej myśli największa ciężkość ubogim ludziom w ciągnięciu i na stanowiskach bywa, gdy takiemu siła do mieszka i do wozu, z osobna żonie do domu potrzeba”, J. M. Fredro, *O porządku wojennym i o pospolitym ruszeniu materia*, wyd. K. Pollak, Sanok 1856, s. 4.

²⁸ Zob. R. Sikora, *Zapomniana armia*, [w:] *W kręgu Hadziacza A.D. 1658. Od historii do literatury*, red. P. Borek, Kraków 2008, s. 157–168.

²⁹ *Propozycja, którą przedstawił polski poseł Księciu de Medina de las Torres*, [w:] R. Skowron, *Preliminaria wojskowe z okresu polsko-hiszpańskich rokowań sojusznicych w Neapolu*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” (dalej: SMHW) 2006, nr 42, s. 246.

³⁰ P. Piasecki, *Kronika*, wyd. J. Bartoszewicz, Kraków 1870, s. 402.

³¹ Po pierwsze, nieznanne są jakiegokolwiek zakazy w tej materii; po drugie, posiadamy pojedynczą wzmiankę lwowskiego sądu konsystorskiego, w świetle którego niewymieniona z nazwiska Katarzyna porzuciła swego męża i zbiegła wraz ze szlachtą ciągnącą pod Suczawę, F. Papée, *Jan Olbracht*, Kraków 1936, s. 138; *Acta officii consistorialis Leopoliensis antiquissima*, ed. G. Rolny, t. II, Leopoli 1930, nr 1664, s. 448.

szenia³². W art. 20 całkowicie zakazano kobietom uczestniczenia w wyprawie wojennej. Ostrzegano, że każda złapana zostanie utopiona, a dla szlachty, która je przechowywała przewidziano niezwykle surową karę infamii. Wyjątek uczyniono dla szynkarek. Z normy prawnej wynika, iż dowódcy (*concampiductorum*) powinni sporządzić imienną listę markietanek³³. Właściwie przepis odnosił się do prostytutek oraz konkubin, gdyż w założeniu to one towarzyszyły w pocztach posesjonatów.

To nowatorskie na tle zachodniej Europy rozwiązanie recypował Jan Tarnowski, choć nie nastąpiło to od razu. W pierwszym okresie jego rządów przyjęto łagodniejszą wersję, którą w 1. połowie XVI wieku prezentował Stanisław Łaski. Sformułował on postulat, aby kobiety mogły na zasadach koncesjonowanych przebywać przy żołnierzach. Nawet prostytutki miały podlegać „autoryzacji”, jednak ich liczba powinna być ściśle limitowana. Przykładowo przewidywał, że na jednym zamku wystarczyłyby dwie panie, które zaspokajałyby popęd płciowy mężczyzn. Aby z powodu obecności kobiet nie wyniknęły kłótnie i spory, powinna być nad nimi roztoczona specjalna opieka hetmana. Również wątpliwa kwestia moralna miała być złagodzona poprzez zagwarantowanie prostytutkom dobrej zapłaty oraz zgody zainteresowanej na propozycję seksualną, „boby to świętokradztwo było pospolite brać a niewolić”³⁴. Potwierdzeniem stosowania bardziej liberalnych przepisów przez Tarnowskiego są artykuły obozowe pospolitego ruszenia, wydane w 1537 roku, gdzie brakuje normy zakazującej kobietom przebywania w otoczeniu wojsk³⁵.

Poglądy Jana Tarnowskiego uległy radykalizacji na początku lat czterdziestych XVI wieku (być może na bazie doświadczeń wojen starodubskiej i kokoszej). W *Uczonej rozmowie o prowadzeniu wojny z Turkami, zaprzysiężymi wrogami wiary chrześcijańskiej* z 1542 roku hetman jednoznacznie stwierdza, że kobiety w armii powodują „nieszczęścia polegające na porzuceniu oddziałów [przez żołnierzy – K.Ł.], ale także rozmaite niegodziwości i haniebna słabość”. Hetman wiąże więc plagę dezercji, upadek dyscypliny wojskowej oraz rozprzestrzenianie się chorób z obecnością kobiet. Uzupełnić ten pogląd można o opinie współczesnych, którzy ostrzegali, że często tzw. babom powierzano funkcje

³² K. Łopatecki, *Organizacja, prawo i dyscyplina w polskim i litewskim pospolitym ruszeniu (do połowy XVII wieku)*, Białystok 2013, s. 91–103.

³³ *Senatusconsultum de disciplina militari in castris observanda*, [w:] *Corpus iuris Polonici*, t. III: 1506–1529, wyd. O. Balzer, Kraków 1906, art. 20, s. 102.

³⁴ S. Łaski, *Prace naukowe i dyplomatyczne*, wyd. M. Malinowski, Wilno 1864, s. 29. Stanisław Łaski uznawał za zasadne pozostawienie żon żołnierzy oraz pewnej niezbędnej liczby kobiet pełniących rolę szwaczek czy sanitariuszek. Należy podkreślić, że ważny dla rozwoju wojskowości europejskiej Sancho de Londoño (*Discurso sobre la forma de reducir la Disciplina Militar a mejor y antiguo estado*, Madrid 1993, s. 41) wprowadził minimalny parytet 8 kobiet na 100 żołnierzy, które powinny zaspokajać ich potrzeby, aby armia nie dokonywała przestępstw seksualnych wobec ludności cywilnej.

³⁵ K. Łopatecki, *Organizacja...*, s. 111–124.

szpiegów i dywersantów, głównego problemu upatrywano jednak w konieczności większego zaopatrzenia armii w żywność oraz w zwiększeniu liczby wozów taborowych³⁶.

Tarnowski w dalszej części wypowiedzi zwracał uwagę na wyższość w tej dziedzinie tureckiej sztuki wojennej. „Oby ich [wodzów europejskich – K.L.] poruszył lekceważący głos pewnego baszy, który w zwycięskiej bitwie, patrząc w zdobytym obozie Niemców na zgraję nierządnic, powiedział rozgniewany: *Przyszliśmy zdobywać burdel, a nie obóz żołnierski*”³⁷. Prawdopodobnie niedługo później (lata czterdzieste – pięćdziesiąte XVI wieku) hetman wielki koronny wprowadził do obrony potocznej specjalny przepis regulujący obecność kobiet. „Panie wesole, które za wojskiem niegdy chodzą, aby za wojskiem nie szły, dla zwad wołania, a iżby oprócz własnych żon nie śmiał się żaden z tymi niewiastami rozpustnymi wozic a w wojszcze ich mieć, pod srogim karaniem”³⁸. Konstrukcję tę rozszerzono również na korpus artyleryjski, co odnotowano w regulaminie dla puszkarzy, który został uchwalony przez Zygmunta Augusta w latach 1548–1556³⁹.

W świetle prawa wojskowego kobieta przebywająca w oddziale wojskowym mogła być bądź żoną osoby przebywającej w armii (przede wszystkim żołnierzy i kupców, ale również czeladzi), bądź „panią wesołą”⁴⁰. Sprowadzało to skomplikowane relacje, które zachodziły wśród żołnierzy (żona – służąca – markietanka – konkubina – prostytutka – niewolnica seksualna) do bardzo prostego podziału na kobiety „stateczne” (pozostające w związku małżeńskim) oraz wszystkie inne. Instytucja „konkubinatu” powoli wyodrębniała się z tego

³⁶ S. Brodowski, op. cit., s. 228, 352; W. Kochowski, *Lata Potopu 1655–1657*, wyd. A. Kersten, przekł. L. Kukulski, Warszawa 1966, s. 245, 313–314; J. M. Kampenhausen, *Observacje do wojennych operacji... dla kommanderującego oficera albo wodza*, Biblioteka Kórnicka, sygn. 659, k. 95; *Zbiór pamiętników historycznych o dawnej Polsce*, t. III, wyd. J. U. Niemcewicz, Lipsk 1859, s. 147; J. J. Wallhausen, op. cit., s. 172–5; F. Tallett, op. cit., s. 133; M. Roberts, *Gustavus Adolphus: A History of Sweden, 1611–1632*, t. II, London 1958, s. 242; J. A. Lynn, *Giant...*, s. 338; J. W. Wijn, *Military Forces and Warfare, 1610–1648*, [w:] *The New Cambridge Modern History*, vol. 4: *The Decline of Spain and the Thirty Years War, 1609–48/59*, ed. J. P. Cooper, Cambridge 1972, s. 207.

³⁷ Z. Spieralski, *Jana Tarnowskiego rozmowa o prowadzeniu wojny z Turkami (1542)*, SMHW 1987, nr 29, s. 309.

³⁸ J. Tarnowski, *Consilium rationis belicae*, wyd. T. M. Nowak, Warszawa 1987, s. 137; *Artykuły hetmańskie*, [w:] Z. Spieralski, *Instrukcje i artykuły hetmańskie Jana Tarnowskiego*, SMHW 1994, nr 36, art. 49, s. 305.

³⁹ *Krola Zygmunta Augusta artykuły dla puszkarzy*, [w:] *Polskie ustawy i artykuły wojskowe od XV do XVIII wieku*, oprac. S. Kutrzeba, Kraków 1937, art. 19, s. 77: „Gdy puszkarze (z) strzelbą na polu będą, niema żaden niewiast obłudnych krom żony swej mieć, a kteryby nad to uczynił, ma być karany i niewiasta z wojska wywiedziona z przyzwoleniem i wiadomością nawyższego hetmana. I ci wszyscy, ktorzy ku strzelbie obligowani będą, mają się tego artykułu trzymać”; por. K. Łopatecki, *„Disciplina militaris” w wojskach Rzeczypospolitej do połowy XVII wieku*, Białystok 2012, s. 548–553.

⁴⁰ Warto podkreślić, iż nieco później, w 2. poł. XVI w. w Niderlandach władze zbuntowanych przeciwko władzy Habsburgów prowincji zaczęły ograniczać możliwość istnienia nieformalnych związków w armii, co badacze wiążą z rozwojem reformacji, E. Swart, op. cit., s. 88.

dualistycznego podziału. W prawie wojskowym została ona jednak zdefiniowana dopiero przez Janusza Radziwiłła w 1648 roku. Związek konkubencki zachodził wtedy, gdy żołnierz „z wszeteczną mieszkał i onę z sobą woził albo gdziekolwiek przechowywał”⁴¹. W Koronie zaś w 1661 roku uznano, iż to „podejrzane mężatki”, które są „luźnymi białogłowymi”, „chowanyimi pod chorągwiami”⁴².

Oceniając rozwiązanie zaproponowane przez Tarnowskiego, należy stwierdzić, iż powyżej cytowany przepis prawny stanowił kompromis będący wypadkową planów hetmana oraz koniecznością sprawnego funkcjonowania armii⁴³. Niepośrednią rolę odegrało również stanowisko stanu wojskowego niechętnego jakimkolwiek ograniczeniom⁴⁴. Całkowity zakaz przebywania kobiet przy wojsku występował jedynie wtedy, gdy oddziały „ciągnęły komunikiem”, czyli bez wozów, na których podróżowały kobiety i dzieci⁴⁵. Taka sytuacja co do zasady obowiązywała zawsze w formacji lisowczyków⁴⁶.

Plany Tarnowskiego były co do zasady słuszne. Niestety, wprowadzone przez hetmana wielkiego koronnego regulacje prawne spowodowały, że żołnierze zaczęli omijać prawo, wykorzystując jego kazuistyczny charakter. Problem omijania, wyszukiwania niedoskonałości legislacyjnych i luk w prawie wymaga odrębnego studium. W tym miejscu warto przywołać powszechnie występujący w artykułach wojskowych przepis karzący ucięciem ręki (lub mniej represyjnymi sankcjami) wyjęcie broni przeciwko innemu żołnierzowi, natomiast zranienie przy pomocy broni karane powinno być śmiercią. Postawę żołnierzy możemy scharakteryzować trzema sprawami z przełomu XVI i XVII wieku.

W wyprawie pod Psków (1581) dworzanin Gołkowski szklanym naczyniem w bójce ranił drugiego żołnierza. Gołkowskiego przed zarzutami karnymi broniono następująco: „nie bronią ranił, ale szklenicą, a w artykulech stoi: *Kto rani,*

⁴¹ Janusza Radziwiłła hetmana polnego W. Ks. Litewskiego artykuły wojskowe, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 7, s. 262.

⁴² *Fundament do porządku dobrego przychodzeniu krowawego żoldu naszego*, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, sygn. 438, art. 13, s. 83; sygn. 1655, art. 11, s. 6; sygn. 1957, art. 11, s. 11.

⁴³ Samuel Brodowski (op. cit., s. 128) tłumaczył przepisy dotyczące kobiet: „nie była ta intencja, żeby wszystkim in genere żołnierzom broniono żon mieć: bo y w Obozach są konieczne z tey racy potrzebne białogłowy, że one myją y naprawiają chusty żołnierzkie, taniey niż cudzoziemki, y że żołnierze nie turbują się o Markietanach: gdyż one sprzedają wodkę, leguminę, wino, y inne żywności naypotrzebniejsze. Ale kiedy znowu nie chcieli Prawodawcy, wszystkim żołnierzom pozwolić żony mieć”.

⁴⁴ Jak opisywał w 1. ćwierci XVII w. gdański oficer J. J. Wallhausen (op. cit., s. 176), wojsko broniło przywileju posiadania kobiet i stanowczo reagowało na wszelkie próby ograniczeń. Żołnierze twierdzili: „bin ich dir gutt genug, so muß dir mein Hur[en] auch gutt genug seyn”.

⁴⁵ Tak podczas potopu szwedzkiego podobną decyzję podjął Jerzy Lubomirski przygotowujący się do najazdu na Siedmiogród oraz Stefan Czarniecki wyruszający z wyprawą do Danii, J. Ch. Pasek, *Pamiętniki*, wyd. R. Pollak, Warszawa 1989, s. 13; H. Ch. Holsten, op. cit., s. 45.

⁴⁶ S. Stroynowski, *Artykuły glogowskie*, [w:] W. Magnuszewski, *Z dziejów elearów polskich. Stanisław Stroynowski lisowski zagończyk, przywódca i legislator*, Warszawa – Poznań 1978, art. 2, s. 186–187.

co się rozumieć ma szablą albo bronią, ale szklenica nie broń⁴⁷. Jeszcze dalej posunął się Zbigniew Lubieniecki podczas kłótni z niejakim Radziwiskim, co miało miejsce w 1640 roku. Po wyzwiskach towarzysze przeszli do czynów: „Ja wypadzyszy z obuchem, bo artykuły szable dobywać zakazały, przetrzepałem go. On porwał się do szable raz, drugi i trzeci”. Lubieniecki wiedział, że ówczesny obowiązujący przepis brzmiał: „Ktoby zwadziwszy się by szable porwał rękę traci, a kto rani garło⁴⁸. W tej sytuacji nie tylko dostosował się on do przepisów, ale i wykorzystał je na swoją korzyść – wyciągnął nadziak, czym sprowokował adwersarza do zakazanego ataku szablą. Dwa dni później odbył się sąd, w dekrecie nakazano obu obwinionym przeprosić dowódcę za swoje zachowanie, przyznano jednak główną odpowiedzialność za zajście Radziwiskiemu. „Kazał [sędzia – K.Ł.] abyśmy (...) ja jedną noc, a on trzy mój adwersarz wartował muszkiet na ramieniu mając i aby mię przeprosił, gdyż commisit crimen dobytciem szable⁴⁹. Prezentację kazuistycznego myślenia wśród żołnierzy możemy uzupełnić wydarzeniem z 1578 roku, kiedy to we Lwowie w otoczeniu królewskim rotmistrz Timruk pokłócił się z pisarzem polnym Wąsowiczem, w wyniku czego Tatar został raniony. Podczas sądu wojennego „Król kilka razy dekret zawieszał, aby się jedno pojednali, czynił wielkie staranie Wąsowicz i naprawowanie na Timruka, ale on jak wściekły inaczej nie, jedno chciał aby Wąsowiczowi gardło wziąć, a jemu rękę uciąć, albo niemożeli być tak, więc powiada i mnie i onego ściąć, a inaczej serce moje ukojone być nie może⁵⁰. Znamienne, że Krzysztof Radziwiłł w zachowanym brudnopisie projektu zmian artykułów wojskowych z lat trzydziestych XVII wieku zapisał, iż w nowych prawach wojskowych należy wprowadzić karanie dla tych „co się słowy i ręką, a nie bronią tkną, albo niezwyczajną bronią⁵¹”.

Podobnie żołnierze podeszli do zakazu przebywania kobiet w wojskach. Zaczęto powszechnie omijać prawo i jako żony ukrywać wszystkie kobiety będące w związku konkubinatu lub też pełniące swoje posługi jako prostytutki lub niewolnice seksualne. Samuel Brodowski opisuje postępowanie żołnierzy przed rozwiązaniami prawnymi wprowadzonymi w XVIII wieku, kiedy to jedni „bez differencyi białęgłowy publiczne y niewstydlive za żony brali”,

⁴⁷ Ówczesny art. 20 miał postać: „Ktoby zwadę czynił, na hetmańskiej łasce karanie jego być ma. Jeśli kto rani, tedy gardło, jeśli nie rani, ale broni dobiedzie albo do niej sie targnie, tedy rękę stracić ma” (*Polskie ustawy...*, s. 156); J. Piotrowski, *Dziennik wyprawy Stefana Batorego pod Psków*, wyd. A. Czuczyski, Kraków 1894, s. 119, 122.

⁴⁸ Svenska Riksarkivet Stockholm, Skokloster Samlingen, E 8600,teczka: *Acta comitorum Poloniae*, a. 1616, 1624, 1642, 1652, k. 411.

⁴⁹ *Diariusz drogi*, [w:] *Wielka legacja Wojciecha Miaskowskiego do Turcji w 1640 r.*, oprac. A. Przyboś, Warszawa – Kraków 1985, s. 131–132.

⁵⁰ J. Piotrowski do A. Opalińskiego, Lwów 3 VIII 1578, [w:] *Sprawy wojenne króla Stefana Batorego. Diariusze, relacje, listy i akta z lat 1576–1586*, wyd. I. Polkowski, Kraków 1887, s. 125.

⁵¹ Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, ф. 971: Автографи Дубравскаго, 321/2, № 258, k. 1.

drudzy zaś „pod kolorem y figurą małżeństwa, nałożnicę przy sobie chowali”⁵². W konsekwencji, w 2. połowie XVI wieku oraz w stuleciu XVII mieliśmy do czynienia z procesem uszczegóławiania stworzonej przez Tarnowskiego normy prawnej z jednej strony oraz coraz to nowych pomysłów polegających na unikaniu wprowadzonych zakazów.

Wojska koronne stosowały przepis wprowadzony przez Leliwitę również po jego śmierci. Potwierdza to występowanie analogiczne normy prawnej w funkcjonujących pod koniec lat sześćdziesiątych i w latach siedemdziesiątych XVI wieku artykułach wojskowych (tzw. wersji „K” i „L” *Porządku praw rycerskich*, wersji „Dz” *Floriana Zebrzydowskiego hetmana artykułów wojskowych* oraz w *Ustawach i prawach ludzi rycerskich*)⁵³. Nie oznacza to jednak, że regulacje działały prawidłowo. Jako pierwszy scharakteryzował występujące patologie hetman zaciężny wojska polskiego służącego w Inflantach – Stanisław Cikowski. W 1565 roku po ciągłych, czteroletnich działaniach wojennych z Moskwą, sytuacja w armii była na tyle zła, że wymagała sanacji panujących tam stosunków. Dlatego naczelnym wódz „przypomniał (...) aby żadna białogłowa w wojsce nie była, nie rzkać te wszetecznicze, ale i mężatki, albowiem wiele ich że jedno dlatego tu męże pojmują, aby jeno sub praetextu męża tu łotrostwo płodziły, a tak już żadna aby nie była”⁵⁴. Powyższy przepis wskazuje, iż rozpowszechniało się zjawisko fikcyjnych małżeństw. Przy czym nie tyle chodziło o zawarcie związku sakramentalnego, ile o deklarację, iż taka ceremonia przed duchownym się odbyła.

Możliwość weryfikacji danych podanych przez żołnierzy była bliska zeru. Należy podkreślić, iż na szerszą skalę kapelani wojskowi w Rzeczypospolitej pojawili się w XVIII stuleciu i dopiero wówczas zaczęli prowadzić wyznaniowe księgi metrykalne⁵⁵. Przykładowo w regulaminie wojskowym z czasów saskich kapelan regimentowy był zobowiązany udzielać ślubu jedynie po pozwoleniu komendanta, a inni duchowni nie powinni podejmować działań kapłańskich wobec żołnierzy bez jego zgody. Przede wszystkim zobowiązany on był „trzymać regestr porządnny do odnotowania dzieci chrzczonej przy regimencie,

⁵² S. Brodowski, op. cit. 128. Zjawisko takie występowało, co oczywiste, w całej Europie, F. Tallett, op. cit., s. 134.

⁵³ *Polskie ustawy*, s. 71 (art. 49), 73 (art. 49), 115 (art. 34), 339 (art. 39); K. Łopatecki, *„Disciplina militaris”*..., s. 167–168, 182–185, 223–224.

⁵⁴ *Stanisława Cikowskiego wiceregenta artykuły dla wojska polskiego w W. Ks. Litewskiem*, [w:] *Polskie ustawy*..., art. 3, s. 124.

⁵⁵ W Europie Zachodniej już podczas wojny trzydziestoletniej prowadzono wobec ludności żyjącej w obozach rejestrację metrykalną. Dokonywały tych rejestrów kościoły garnizonowe, G. Parker, *Żołnierzy*..., s. 53. Podana przez Edmunda Nowaka (*Rys dziejów duszpasterstwa wojskowego w Polsce 968–1831*, Warszawa 1932, s. 71–72) informacja, że początek zorganizowanego polskiego duszpasterstwa wojskowego następuje w 1690 r. jest powszechnie w literaturze przedmiotu powtarzana. Tymczasem Marian Kukiel (*„Kwartalnik Historyczny”* 1933, nr 47, s. 244) zwrócił uwagę, że dane te są wynikiem pomyłki i w rzeczywistości przytoczone źródło odnosi się do 1710 r.

tudzież żołnierzy żonatych i zmarłych z przyłożeniem miejsca dnia i roku⁵⁶. Oczywiście w wiekach XVI i XVII kapelani wojskowi funkcjonowali w oddziałach polskich i litewskich, ale struktury te nie miały charakteru systemowego, ich obecność każdorazowo zależała od decyzji dowódców⁵⁷. Duchowni, którzy przebywali z wojskiem nie prowadzili ksiąg metrykalnych, nie można było zweryfikować deklaracji żołnierzy i osób towarzyszących armii o zawarciu związku małżeńskiego.

Oczywiście surowe prawa ogłoszone podczas ofensywnej wyprawy z 1565 roku nie mogły być stosowane w okresie pokoju. Wojskowi prawodawcy zgodnie z zaleceniami Tarnowskiego dopuszczali kobiety zamężne do mieszkania w obozach wojskowych, coraz większą uwagę zwracali jednak na rozpowszechniające się zjawisko konkubinatu. Było ono szczególnie widoczne na tzw. leżach, kiedy to żołnierzy rozlokowywano po wiejskich gospodarstwach w okresie zimowym. Darmowy „wikt i opierunek” przyciągał rzeszę ludzi luźnych, między innymi kobiet, które wiązały się z żołnierzami na kilka miesięcy w związki pozamałżeńskie. Już Jan Chodkiewicz w 1568 roku przestrzegał, aby towarzysze „łupić chłopów w swych przystawach nie mają, chowając kurwy niepotrzebne”⁵⁸. Konkubinaty był bardzo rozpowszechniony wśród puszkarzy. Przepisy z 1567 roku nakazywały, aby w cekhauzach, arsenałach nie odbywało się „obcowanie z prośnymi niewiastami i inne szkaradne a wszeteczne zisčia zgoła w arklariej zaniechane a zakazane być mają. (...) A przede wszystkim żaden puszkarz albo pomocnik okrom żonej swej poślubionej z żadną białogłową sprośną (...) mieszkać a przebywać nie ma”⁵⁹.

Zdecydowane kroki przedsięwziął w 1572 roku Krzysztof Myszkowski, ogłaszając artykuły wojskowe na czas bezkrólewia. W art. 35 nakazał: „Takież też panie wesołe prze zbytki i niecnoty ich, aby na leżach nie były, pod srogim karaniem utopienia, abowiem stąd wszelakie niezdrowie, zbytki i france przychodzą, stąd najczystsze pacholka takowe choroby złamią i wniwecz obrocą”⁶⁰. W przepisie tym, oprócz konstatacji o powszechności zjawiska konkubinatu, ujawnia się pogląd, że inicjatywę wspólnego pożycia często zgła-

⁵⁶ Archiwum Państwowe w Krakowie, Archiwum Podhoreckie, II 8, s. 79–80; por. E. Nowak, op. cit., s. 87, 91–92, 96, 107, 110–111.

⁵⁷ Niektórzy dopuszczali nawet przebywanie w obozach wojsk koronnych lub litewskich duchownych wyznań protestanckich, co wiązało się z reakcją dworu królewskiego stojącego na stanowisku, iż kapelanami wojskowymi powinni być jedynie duchowni rzymskokatolicki, K. Łopatecki, *Cuius regio eius religio w wojskach Rzeczypospolitej? Kwestia wolności głoszenia wiary wśród żołnierzy w latach dwudziestych XVII wieku*, [w:] *Studia nad Reformacją*, red. E. Bagińska, P. Guzowski, M. Liedke, Białystok 2010, s. 37–50.

⁵⁸ *Jana Chodkiewicza starosty żmudzkiego artykuły dla wojska na leżach*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 13, s. 122; por. K. Łopatecki, „*Disciplina militaris*”..., s. 363–365.

⁵⁹ *Artykuły dla puszkarzy*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 8, s. 141.

⁶⁰ *Krzysztofa Myszkowskiego hetmana tempore interregni artykuły dla wojska na granicach śląskich*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 35, s. 148.

szaly kobiety. Stąd ciężar winy prawodawca przeniósł z mężczyzn na kobiety i wprowadzono wobec nich bardzo rygorystyczną karę (śmierć przez utopienie). Nieco inną konstrukcją prawną przyjął Jan Zborowski w 1570 roku. Uznał on, że jeżeli jakakolwiek niewiasta przyjedzie do miejsca kwaterunku żołnierzy i zwiąże się tam z jednym z nich, zostanie pryskowana – czyli publicznie wychłostana, po czym kat „uszy obrzezać ma”. Z kolei żołnierze zostaną wydaleny ze służby⁶¹.

Powyższe rozwiązania miały charakter nadzwyczajny i nie przyjęły się na trwałe w prawie wojskowym. Pierwszą systemową reformę przeprowadzono w wojskach kwarcianych w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XVI wieku. Obowiązujący wówczas przepis brzmiał: „Panie wesole aby za wojskiem nie śmiali wozic ani ich przechowywać dla hałasow, zwad, a iżby oprócz własnych żon nie śmiał się tego ważyć temi sprosnemi y niewiastami, przy wojsce ani w karczmach ich chować, pod dosyć srogim karaniem, tak tego, co je przechowywa, i z tego, co w je u kogo zastaną; tedy sam pokutę weźmie srogą i będzie z wojska wyświecon. A próżno się ma wymawiać u paniej służą albo kucharką albo piastunką, żadnej nie będą cirpieć okromia tych, co mężę mają”⁶².

Wprowadzono wówczas uzupełniające regulacje w stosunku do wzorcowego przepisu prawnego, uchwalonego przez Jana Tarnowskiego:

- 1) rozszerzenie zakazu dotyczącego przechowywania kobiet do terenu bazaru (towarzyszącej przy obozie osadzie kupieckiej);
- 2) rozszerzenie zasad karania na osoby, u których kobiety zostaną znalezione;
- 3) zaostrzenie sankcji dla osób przechowujących i „opiekunów” (wydalenie z wojska)⁶³;
- 4) wprowadzenie zakazu posiadania służących przy „legalnej” rodzinie wojskowej (służąca, opiekunka do dziecka, kucharka).

Wszystkie powyższe zmiany musiały być wynikiem postępującej patologii życia rodzinnego w wojsku. Można jednak wątpić, czy eliminowało to niepożądane zjawisko. Nową jakością stworzył dla wojsk inflanckich Jan Zborowski w 1570 roku. Po raz pierwszy zastosowano określenie „pocziwa małżonka”. Już nie tyle deklaracja zawarcia sakramentu, ile zachowanie konkubiny lub żony decydowało o represjach. Zborowski przyjął, iż kobieta, która nie sto-

⁶¹ *Artykuły pana Jana Zborowskiego ... hetmana polnego ziemie inflanckiej*, Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравскаго, 321/1, № 152, art. 24, k. 3v.

⁶² *Porządek praw rycerskich*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 49, s. 71.

⁶³ Oprócz wykreślenia żołnierza z roli, z czasem dodawano dodatkowe sankcje – hańbiące wygnanie zwane wyświeceniem, a także karę majątkową polegającą na utracie poczty oraz pozbawienie żołdu za należną służbę, *Artykuły wojskowe na ekspedycję inflanckiej od księcia Jego Mości Pana Krzysztofa Radziwiłła (...) wojsku podane*, Archiwum Główne Akt Dawnych, Archiwum Radziwiłłowskie II, sygn. 1154, art. 83, s. 15; *Krzysztofa Radziwiłła hetmana wielkiego litewskiego artykuły wojskowe*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 83, s. 251.

sowała się do norm moralnych powinna być „przez mistrza wyświeczona”⁶⁴. Jan Zamoyski w 1583 roku poruszył również kwestię szynkarek, które pod pozorem prowadzenia działalności handlowej prowadziły domy publiczne – odtąd stręczycielstwo miało być karane pryskowaniem⁶⁵. Kompilację wszystkich powyższych przepisów sporządził i wydał Krzysztof Radziwiłł „Piorun” dla armii litewskiej w 1601 roku. W świetle ówczesnego przepisu bezpieczne były jedynie „właściwe małżonki”, które „się uczciwie rządzą”⁶⁶.

Podobnie jak Krzysztof Radziwiłł „Piorun” dla wojsk litewskich, zebrania rozproszonych w różnych aktach normatywnych norm i zredagowania ich w jednym przepisie dokonał w oddziałach koronnych Jan Zamoyski. Nastąpiło to w 1593 roku. Wówczas też hetman wielki koronny zajął się kwestią oceny wiarygodności deklaracji małżeńskich żołnierzy. Stworzył on normę: „gdyby była wątpliwość, będzie powinien dać wywod mąż, że jest żona jego własna i pewną wiadomością to okazać, a gdyby się ukazało inaczej, i on i ona od wojska będą wyświeceni i u pręgiarza sieczeni”⁶⁷. Tym samym, jeżeli zachowanie „małżeństwa” wychodziło poza normy społeczne lub było podejrzenie, że jest to związek nieformalny, wojskowy wymiar sprawiedliwości przesuwał na żołnierza przeprowadzenie ciężaru dowodowego. Norma ta została niemal dosłownie przyjęta w najważniejszej kodyfikacji wojskowej w Rzeczypospolitej z 1609 roku⁶⁸.

Rozwiązanie to należy ocenić wysoko, choć i ono nie zapobiegło rozwojowi dalszych patologii. Co prawda żołnierze nie mogli już skutecznie bronić się w postępowaniu sądowym, ale mogli kobiety ukryć. Zaczęto więc niewiasty przebierać w stroje męskie, aby pozostały niewykryte przez służby porządkowe⁶⁹. Krzysztof Radziwiłł w 1635 roku starał się rozwiązać ten problem

⁶⁴ *Artykuły pana Jana Zborowskiego...*

⁶⁵ *Jana Zamojskiego hetmana koronnego artykuły żołnierskie*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 18, s. 166: „jeśliby szynkarki nierząd jaki za wojskiem wozily, tedy mają być pryskowane i uszy mają im być obrzezane”.

⁶⁶ *Artykuły które wszystkim wobec ludziom rycerskim (...) publikowane*, Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравскаго, 321/1, № 141, art. 61, k. 94v–95: „Niewiasty nie wstydlive aby za obozem zaciągnęły a nie chowane były dla uważania i zwady wyjmując własne żony aby takich w wojsce albo w obozie ani w karczmach żaden chować nie śmiał pod wielkim karaniem. Albowiem ten co ją chowa i ów u którego będzie pojmana ciężko będą karani i z obozu jako to bywa różgami wygnani, próżno się też tym ma wymawiać, że której białejgłowy służebnicą i kucharką albo mamką jest albowiem żadna nie będzie cierpienia. To samo wyjąwszy, którzy właściwe małżonki mają i te jeśli się uczciwie rządzą”.

⁶⁷ *Jana Zamojskiego hetmana wielkiego koronnego artykuły wojenne*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 44, s. 347.

⁶⁸ *Artykuły wojenne hetmańskie autoritate sejmju aprobowane*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 8, s. 185. Samuel Brodowski (op. cit., s. 352), interpretując ten przepis w połowie XVIII w., stwierdza: „w tym Artykule poczwie białogłowy od tego zakazu [obecności – K.L.] excypowano, y onym wespoł z Woyskiem ciągnąć pozwolono”.

⁶⁹ „Z moich zdobyczy najlepsze były cztery podolskie woły i młodziutka dziewczyna, węgierska czternaoletnia szlachcianka, którą przebrałem za polskiego chłopca”, H. Ch. Holsten, op. cit., s. 46.

wprowadzając nowy przepis prawny: „Jeśliby też kto ważył się białogłową w habicie męskim przy sobie tajemnie chować, tedy on cześć traci, a ta ma być pryskowana”. Przy tym zauważył, iż znaczna część ukrywanych osób jest faktycznie jeńcami przymuszanymi m.in. do czynności seksualnych. Dlatego od karania kobiety uwalniał kontratyp – „jeśliby się tym sędziom sama opowiedziała i tego dowiodła, że to poniewolnie za przymuszeniem czyniła, tedy od pryskowania wolna, a on na garle karany będzie”⁷⁰. Podstawowy warunek polegał na zgłoszeniu się do służb porządkowych przed ujęciem pary na gorącym uczynku.

W Wielkim Księstwie Litewskim na początku XVII stulecia wymyślono instytucję gwarantującą przestrzeganie prawa w omawianym zakresie. Zdawano sobie sprawę, że żandarmeria (profos i przydani mu drabi) oraz sędziowie wojskowi nie są w stanie wyłapać konkubin i prostytutek w armii. Starano się złamać solidarność żołnierzy i zobowiązano rotmistrzów, żeby sami wyeliminowali ze swoich oddziałów kobiety. Aby zmusić ich do tego niewdzięcznego zadania, grożono: „gdzieby zaś rotmistrz abo porucznik widząc swowolnego towarzysza nie napomniał go i nie egzekwował powinności swej na się włożonej tedy zaraz od urzędu rotmistrzowskiego odpada i chorągiew traci”⁷¹. W późniejszym czasie do normy prawnej dodano rozbudowane uzasadnienie: „przed Bogiem jest obrzydłe i znaczny gniew i pomstę bożą przeciwko ludziom zwykło pobudzać, aby i zwady i wielkie tumulty i krwie rozlania, a nade wszystko zaniechanie powinności stąd pochodzi”⁷². Cała procedura w świetle przepisów prawa miała wyglądać następująco:

- 1) rotmistrz upominał towarzysza, aby nie „przechowywał sobie jaką nierządnicę” i żądał pozbycia się kobiety z oddziału;
- 2) w razie uporu żołnierzy
 - a) w obozie kierował jako oskarżyciel sprawę do sądu hetmańskiego lub
 - b) podczas ciągnięcia sam wydawał wyrok (sądu rotmistrzowskiego) o wyrzuceniu żołnierza z oddziału;
- 3) w razie recydywy uznany za winnego miał „być o to gardłem karany wspólnie z tą maskarą jeśliby dobrowolnie na to wszeteczeństwo zezwoliła”⁷³.

⁷⁰ *Artykuły wojskowe na ekspedycyie inflanckiej od księcia Jego Mości Pana Krzysztofa Radziwiłła (...) wojsku podane*, Archiwum Główne Akt Dawnych, Archiwum Radziwiłłowskie II, sygn. 1154, art. 83, s. 15; *Krzysztofa Radziwiłła hetmana wielkiego litewskiego artykuły wojskowe*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 83, s. 251.

⁷¹ *Artykuły wojenne hetmańskie, których pilno każdy żołnierz postrzegać i według nich się prawować ma*, Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравскаго, 321/2, № 283, art. 22, k. 3. Są to przepisy wydane prawdopodobnie przez Krzysztofa Radziwiłła w 1617 r.; istnieje możliwość, że swą genezę biorą z artykułów wydanych przez hetmana wielkiego litewskiego Jana Karola Chodkiewicza, K. Łopatecki, „*Disciplina militaris*”..., s. 401–406.

⁷² *Artykuły wojskowe publikowane w obozie na Krasnym z rozkazania (...) Krzysztofa Radziwiłła*, Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравскаго, 321/2, № 197, art. 92, k. 6v; *Janusza Radziwiłła hetmana polnego W. Ks. Litewskiego artykuły wojskowe*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 84, s. 270.

Rozwiązanie to na Litwie, w niemal niezmienionej formie, funkcjonowało do końca XVII wieku⁷⁴. W Koronie zaś z uwagi na zakończenie wydawania artykułów hetmańskich na roku 1609 norma ta nie była rozpowszechniona⁷⁵. Prowadziło to do coraz silniejszych głosów wśród opinii szlacheckiej o konieczności podjęcia radykalnego rozwiązania⁷⁶. Ich rzecznikiem w Koronie był „trybun ludu szlacheckiego”, Andrzej Maksymilian Fredro. On to w swoich propozycjach reform artykułów wojskowych z 1609 roku opowiadał się za całkowitą absencją kobiet przy oddziałach obu autoramentów. „Żaden przytem żołnierz, konny i pieszy, nie ma się wozić z żoną w ciągnienu, a daleko więcej z jaką inszą białogłową, pod osądzeniem zaraz od pocztu, a pieszy kapitani pod utraceniem kompanii albo pod wytrąbieniem z obozu albo pod gardłem, bo tacy na ludzki koszt radzi różne wczasy sobie obmyślują, a zatem powody biorą, które najbarziej ludzi niszczą”⁷⁷. Oczywiście administracyjny aparat wojskowy był zbyt słaby, by móc zastosować ten postulat *de lege ferenda* w praktyce.

Stosunkowo proste, a skuteczne rozwiązanie polegało na obowiązku otrzymania od przełożonego pozwolenia na ślub. Norma taka wprowadzona została jednak dopiero przez Augusta II Mocnego w 1709 roku wobec wszystkich żoł-

⁷³ W latach 1612–1614 r. konfederaci wprowadzili nieco wydłużoną w stosunku do pierwotnej procedurę (*Artykuły wojenne do konfederacji wojska naszego należące*, Biblioteka Jagiellońska, sygn. 102, art. 14, s. 471; *Porządek i artykuły do konfederacji należące*, Львівська Наукова Бібліотека НАН України ім. В. Стефаника, f. 5, op. 1, nr 5268, art. 11, k. 50–50v; *Porządek i artykuły do konfederacji należące*, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, 1612, k. 35v; *Artykuły wojsku uchwalone*, Lietuvos mokslų akademijos Vrublevskių biblioteka, f. 17–178, k. 4v–5; *Artykuły panów konfederatów moskiewskich roku 1612*, Biblioteka Raczyńskich, sygn. 12, s. 141–142; *Józefa Cieklińskiego marszałka konfederacji artykuły wojska stołecznego*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 11, s. 208–209): 1) pierwsze upomnienie porucznika, 2) drugie upomnienie porucznika (mogło być połączone z karą pieniężną), 3) w razie uporu żołnierza skierowanie oskarżenia przed koło generalne (pułkowe), 4) w razie potwierdzenia zarzutu wyrzucenie z wojska bez możliwości ponownego zaciągu.

⁷⁴ *Artykuły według których wojsko (...) pod regimentem moim będące sprawować się powinno*, Російська національна бібліотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравського, 321/2, № 42, art. 49, k. 4v–5; *Artykuły wojskowe publikowane w obozie na Krasnym z rozkazania (...) Krzysztofa Radziwiłła*, Російська національна бібліотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравського, 321/2, № 197, art. 92, k. 6v; *Janusza Radziwiłła hetmana polnego W. Ks. Litewskiego artykuły wojskowe*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 83–84, s. 270–271.

⁷⁵ Występowało ono jednak w artykułach konfederackich z 2. poł. XVII w., zob. *Artykuły przez Ich Mściów Panów wojskowych na komisij lubelskiej postanowione*, Biblioteka Jagiellońska, sygn. 3778, k. 1v; *Artykuły na komisij lubelskiej od wojska uchwalone*, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, sygn. 2446, art. 8, k. 199; Biblioteka Jagiellońska, sygn. 5, s. 894; *Fundament do porządku dobrego przychodzeniu krawawego żołdu naszego*, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, sygn. 1655, art. 11, s. 6; *Fundament do porządku dobrego przychodzeniu krawawego żołdu i artykuły*, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, sygn. 1957, art. 11, s. 11.

⁷⁶ Szczególnie mocno niepożądane zjawisko zwalczał w swoich dziełach Szymon Starowolski (*Prawy rycerz*, wyd. K. J. Turowski, Kraków 1859, s. 22). Pisał m.in.: „Wielka to bowiem niesprawiedliwość, iż żołnierz na parę koni służąc, rydwan sześciami koni ma, w którym się jego nierządnicą wozi, i pacholików kilka z myśliwsem, którym żywność ubogi chłopek dawać musi, sam od głodu z dziatkami swymi umierając”.

⁷⁷ J. M. Fredro, op. cit., art. 18, s. 16.

nierzy, do rangi wachmistrza włącznie⁷⁸. Zgodę miał wyrazić na piśmie pułkownik lub dowódca regimentu⁷⁹.

Na koniec rozważań należy bliżej przyjrzeć się zjawisku „żon wojennych”. Generalnie konkubinaty w okresie pokojowym można było, choć z trudem, poddać kontroli. Natomiast zjawisko to było niemal niemożliwe do opanowania podczas działań wojennych. Wówczas następował gwałtowny przyrost liczebności kobiet towarzyszących żołnierzom. Były to po części osoby, które z różnych pobudek (bezpieczeństwo, względny dostatek itp.) przyłączały się do oddziałów⁸⁰. Przede wszystkim jednak żołnierze, zgodnie z prawem wojennym, jako łup mogli traktować ludność wrogiego państwa⁸¹. Wśród pojmanych pewien odsetek kobiet traktowany był jako niewolnice seksualne⁸², część mogła tego uniknąć wiążąc się w bardziej stałe relacje z żołnierzami lub czeladzią.

Pojęcie „żon wojennych” nie opiera się na pojedynczym, pasującym do wszystkich sytuacji, schemacie. Jeżeli związek powstawał na zasadzie dobrowoli obu stron, były to relacje kilkutygodniowe, maksymalnie kilkumiesięczne. Barwnie przedstawia je najwybitniejszy pamiętnikarz doby staropolskiej, Jan Chryzostom Pasek. Podczas pobytu korpusu Stefana Czarnieckiego w Danii autor opisuje, jak do obozu polskiego przychodziły żony żołnierzy niemieckich w celach zarobkowych. „Przyszła kobieta nadobna, młoda, a chuda jakoby z najcięższego oblężenia, to oracyja taka wszystka przyszedszy do szafasu: *Mospan Polak, daj troszki kleb, będziem tobie koszul uszyć*”. Prace dorywcze wiązały się z powstawaniem krótkotrwałych związków konkubencjalnych. Tak zwane „szycie koszuli” trwało „i tydzień i dwie niedzieli, aż mężowie szukali żon od szafasu do szafasu; skoro znalazł, to ją wziął ze sobą podziękowawszy,

⁷⁸ Jeszcze artykuły wojskowe dla autoramentu cudzoziemskiego z 1698 r. wprowadzały stosunkowo nieprecyzyjny nakaz: „Nałożnicow, nierządnoego życia białych głów i innych podejrzałych kobiet ani oficer ani żołnierz przy sobie trzymać i przy kompaniej cierpieć nie powinien, i owszem takowe wcale odprawić ma, inaczej należytej nie ujdzie kary”, *Polskie ustawy...*, art. 14, s. 294.

⁷⁹ S. Brodowski, op. cit., s. 128. Dowódcy powinni „ile możności [aby – K.L.] szukali sposobow do wyperswadowania im rezolucyji żenienia się; a jeżeli ktoremu konsens dadzą na to, muszą naprzod inkwirować, co zac jest kobieta z którą się żenić chce? czy nie zamężna? nierządem się bawiąca? czy nie porzucił żołnierz swoiey pierwszey żony? czy nie iest przez omamnienie iedwabnych słówek białogłowy jakiey, do tego przyprowadzony, aby ją za żonę wziął? czy nie chce dla długiey niebytności żony, o ktorey że umarła wierzy, z inszą zawierać małżeństwo? Czy mu pokrewieństwo albo powinowactwo nie iest przeciwnne?”.

⁸⁰ Jest to zjawisko, które wymaga pogłębionej analizy psychologicznej i socjologicznej; niewątpliwie ma ono ponadczasowy charakter. Przykładowo: J. P. Wiśniewski, *Żony czasu wojny. „Wojenne żony” w wojskach czeskosłowackich i polskich na Syberii w latach 1918–1920*, „Klio” 2011, nr 4, s. 55–78.

⁸¹ M. Iwanejko, *Prawo zdobyczy wojennej w doktrynie XVI–XVIII wieku*, Kraków 1961, s. 57–76, 83–84.

⁸² Zob. przykładowo relację J. Piotrowskiego, op. cit., s. 100, z 27 IX 1581 r.: „Dwaj Włosiska jakieś dwie moskiewskie dziewczęta pokupili u Kozaków, dali im za nie po rusznicy i dziś w nocy w namiocie swym, tut niedaleko P. Hetmana, że ależ sam krzyk słyszał leżąc, uczciwszy uszy WMci, mego Miłościwego Pana, zgwałcić usiłowali. Rano naleziono u nich te Moskiewki i wzięto; zwiezie się podobno Włochom, jako cudzoziemcom”.

że ją przeżywiono”. Rzeczywiście dawało to gwarancję przeżycia, jak lakonicznie kwituje autor: „małpa niejedna tak się poprawiła za dwie niedzieli, że jej zaś mężowie nie popoznawali”⁸³. Zjawisko „żon wojennych” dotyczyło również elit wojskowych⁸⁴. W połowie XVII wieku Szymon Starowolski pisał: „Jako się wygranej z nieprzyjacielem spodziewać mamy, kiedy wszystka starszyzna nierządem się obłożywszy, raczej fraucymer, niżeli rycerzów na wojnę prowadzi”⁸⁵. Bardziej długotrwałe relacje zachodziły w sytuacjach, gdy kobiety były łupem wojennym.

Jedynym skutecznym rozwiązaniem podczas działań wojennych był całkowity zakaz przechowywania kobiet w obozie wojskowym. Trzeba było jednak ten przepis narzucić wojsku oraz go wyegzekwować, co było zadaniem bardzo trudnym. Wspomniałem już o działaniu Stanisława Cikowskiego z 1565 roku. Warto dodać, że wprowadził on instytucję gwarantującą likwidację „żon wojennych”. Nakazał mianowicie: „Białogłowy żaden w nieprzyjacielski ziemi aby nie śmiał brać ani jednej godziny przechowywać krom dziewczęcia, któreby było 6 lat, albowiem chcemyli, aby P. Bog znami był a do wszystkiego dopomagał, niechajże wojsko nasze nie pomazane będzie pijaństwem, cudzołustwem i innemi szpetnymi grzechami etc.”⁸⁶. Dowódca uznał za bezpieczne, pozbawione elementu seksualnego, posiadanie jedynie kilkuletnich dziewczynek. Podobną normę wprowadził Jan Zamoyski podczas kampanii o Wielkie Łuki w 1580 roku⁸⁷.

O nieskuteczności powyższych przepisów zdawał sobie sprawę Stefan Batory. Na początku wyprawy na Psków zebrał on w tej kwestii opinię od najbliższego mu otoczenia. Stanowiska były różne, jednakże kapelan królewski Maciej Laterna usilnie bronił dotychczasowych rozwiązań, wskazując na negatywne skutki bardziej liberalnej polityki w Europie Zachodniej⁸⁸. Prawdopodobnie to

⁸³ J. Ch. Pasek, op. cit., s. 13.

⁸⁴ J. Sobieski, *Listy do Marysieńki*, t. II, wyd. L. Kukulski, Warszawa 1973, s. 120: „Książę Radziwiłł i Dymitr cały obóz przesiedzieli u panny Konkordii w Lublinie, choć ten ostatni ma młodą, grzeczną i kochającą go żonę; p. krajaczy, ów u wszystkich ludzi świętoszek, już się kilka dni z damami *qui se gouvernement mal bon tempo* w Lublinie zażywa, a żona o mil tylko czternaście od niego; pan bełski także już tydzień a żona tylko o dwie mile. Innych wypisywać i papieru by nie stało”.

⁸⁵ Sz. Starowolski, op. cit., s. 23.

⁸⁶ *Stanisława Cikowskiego wiceregenta artykuły dla wojska polskiego w W. Ks. Litewskiem*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 23, s. 126.

⁸⁷ *Jana Zamojskiego hetmana koronnego artykuły wszemu rycerstwu opowiadane*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 15, s. 151: „W nieprzyjacielskiej ziemi aby nikt panien nie wozieł”.

⁸⁸ M. Laterna do P. Skargi, Zawołocz 1 VIII 1581, [w:] *Listy ks. Piotra Skargi T.J. z lat 1566–1610*, wyd. J. Sygański, Kraków 1912, s. 152–156 (zob. przykładowo: „Dixi et de mulieribus, pudicitiam prostituere hic impudenter solitis, exturbandis. Tum ille, cum initio consuetudinem rigidam bellorum, in quibus esset, et ubi nullam mulierem in infinito numero militum vidisset, exposuisset, postremo addidit, se omnino serio Marsalcis, cum venerint (quot anete nunc prope Vielicolucum: pasculi forsitan commodioris gratia) iniuncturum, ut decretum illud Polocense mandent executioni. Deni-

on przekonał króla do stworzenia typowego jak na warunki Rzeczypospolitej przepisu, który przyzwał na obecność w wojsku jedynie kobietom „co mężę mają, a żywność za wojskiem wiozą, a uczciwie się sprawują”⁸⁹. Zaostrzono jednakże sankcje, osoby występujące przeciwko prawu miały podlegać karze śmierci. Rzeczywiście, dwa tygodnie po uchwaleniu artykułów wojskowych Jan Piotrowski donosił: „P. Hetman [Jan Zamoyski – K.Ł.] srogość pokazuje. Jedną panią wesołą dał ściąć, co porzuciwszy własnego męża do towarzysza jednego z roty P. Bonarowej przyłączyła się, drugą z obozu wychłostawszy nos i uszy oberznąć jej kazał”⁹⁰. Fakt odnotowania tego wydarzenia w diariuszu raczej wskazuje na wyjątkowość egzekwowania surowych przepisów prawa niż na jej skuteczną realizację w praktyce⁹¹. Jednoznacznie poświadczają to artykuły ogłoszone na czas powrotu spod Pskowa, wydane 3 lutego 1582 roku. Wprost pisze się tam o kobietach przechowywanych w charakterze jeńców (niewolnic). Odwrót odbywał się w tragicznych warunkach zimowych i dlatego Jan Zamoyski zwracał się z prośbą, aby niewiasty „kto w drodze pomiatać albo też głodem i zimnem morzyć miał” oddał dla hetmana, który przekaże je stronie rosyjskiej⁹².

O postępującej podczas wojen demoralizacji oraz powszechności zjawiska „żon wojennych” pisali konfederaci wracający po latach walk z Cesarstwa Rosyjskiego do Rzeczypospolitej. Z uwagi na ich wagę, przytoczę dłuższy fragmenty przepisu prawnego: „W pierwszych obozach i w wojskach zawsze się to zachowało, że białych głów bezecnych w nich chować zabraniano (...). Teraz, iż lubo to za złem zwyczajem, lubo za koniwencją starszych, lubo za pobłażaniem sobie w tej mierze towarzyskiem, ktorzy w ziemi nieprzyjacielskiej białogłowy, ktorych do nierządu używają, łupem i plonem sobie być (m)niemają, weszło to w obyczaj, że peny na takich, ktorzyby takie białogłowy przy sobie trzymali, nie mogły być ekstendowane”⁹³. Dostrzegamy tu współdziałanie kilku

que cum hic cum vulnerationibus coniunctae rapinae nonnullae essent observatae, etiam rogavi, ut Mtas sua iustitiam firei iuberet”, s. 153–154); M. Laterna do P. Skargi, Ostrów 21 VIII 1581, [w:] *ibidem*, s. 161–164.

⁸⁹ *Króla Stefana Batorego artykuły uszemu rycerstwu*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 23, s. 156.

⁹⁰ J. Piotrowski, *op. cit.*, s. 51.

⁹¹ Charakterystyczne są propozycje zmian mające za zadanie poprawić stan dyscypliny w wojsku Dymitra Samozwańca. Pułk Mikulińskiego, odpowiadając na postulaty „z strony wszeteczństwa”, zgodził się na nie, przy czym zauważył, że dotychczasowe przepisy są dobre („na co egzekutia dobra jest i peny postanowione”), a jedynie nieprzestrzegane. Svenska Riksarkivet Stockholm, Skokloster Samlingen, E 8600, teczka: *Acta ad historiam bellorum inter Poloniam et Moschoviam*, k. 37.

⁹² *Jana Zamoyskiego hetmana wielkiego artykuły w ruszeniu i ciągnienu*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 8, s. 160.

⁹³ *Porządek i artykuły do konfederacji należące*, Львівська Наукова Бібліотека НАН України ім. В. Стефаника, f. 5, op. 1, nr 5268, art. 11, k. 50–50v; *Porządek i artykuły do konfederacji należące*, Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, sygn. 1612, k. 35v; *Artykuły wojsku uchwalone*, Lietuvos mokslų akademijos Vrublevskių biblioteka, f. 17–178, k. 4v–5; *Artykuły panów konfederatów moskiewskich roku 1612*, Biblioteka Raczyńskich, sygn. 12, s. 141–142; *Józefa Cieklińskiego marszałka konfederacji artykuły wojska stołecznego*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 11, s. 208–209.

aspektów: złego przykładu dowódców, przyzwolenia obyczajowego środowiska żołnierskiego i braku reperkusji karnych za złamanie prawa.

Nawet jeżeli przepisy prawne były stosowane na terenie obozu wojskowego, żołnierze znaleźli inny sposób na omijanie prawa – kobiety wywożono i ukrywano. Przykładowo, łupem towarzysza jazdy Stanisława Galińskiego, który udał się z Zygmuntem III Wazą pod Smoleńsk w latach 1609–1611, było sześć osób: „moskalików wyrostków dwóch Wasieła i Jakuba, trzeciego chłopię mniejsze Iwaśka przez sturm zamku smoleńskiego wziętego i moskiewską matronę oraz dziewczkę pod Wiaźmą wziętą i drugą dziewczkę Maskę w zamku w sturmie smoleńskim wzięte”. Dla kobiety żołnierz postanowił znaleźć kryjówkę, w tym celu zajął opuszczone gospodarstwo, w którym przez dwa lata pod nadzorem dwóch swoich sług przetrzymywał jeńców. Notabene, w 1611 roku inny towarzysz najechał na zabudowania, czeladź przepędził, a jeńców wojennych przejął⁹⁴.

Koło konfederackie, wiedząc, że w Rzeczypospolitej taki stan oddziałów będzie budził zgorszenie i negatywnie nastawi stan szlachecki do wojska, nakazało⁹⁵, „aby żaden tak z towarzystwa jako z pacholików białychgłów takich, lub moskiewskiego lub polskiego narodu, chować się nie ważył, ale zaraz te branki białogłowy w tydzień najdali po wyjściu zagranicę aby był od roty albo odesłane albo porzucone”⁹⁶. Na trwałe w prawie wojskowym zakazał przyjmować „wojenne żony” Krzysztof Radziwiłł w 1635 roku, co potwierdził 38 lat później Michał Kazimierz Pac⁹⁷.

Podsumowując, w wojsku koronnym i litewskim prawo wojskowe dążyło do maksymalnego ograniczenia liczby kobiet. Całkowite wyeliminowanie nie było możliwe ze względów użytecznych oraz w wyniku silnego oporu stanu żołnierskiego. Jan Tarnowski wprowadził do końca analizowanego okresu respektowaną zasadę, że żołnierzom (oraz kupcom, czeladzi) mogły w trudach wojennych towarzyszyć ich żony. Jednocześnie zakazywano przebywania w obozach wojskowych prostytutek, niewolnic seksualnych i wszelkich służących. Najtrudniejsza kwestia dotyczyła konkubin, gdyż wojskowi wchodzili w długotrwałe relacje z kobietami, a w razie oskarżenia bronili się, iż partnerka została przez niego poślubiona. Okres 2. połowy XVI i 1. połowy XVII wieku to ciągle proces udoskonalania prawa, będący odpowiedzią

⁹⁴ Нацыянальны Гістарычны Архіў Беларусі, f. 1708, 27, k. 232–232v.

⁹⁵ Zob. A. Michałek, *Zejsście załogi polskiej z Kremła i konfederacja Cieklińskiego 1612–1614*, „Teki Historyczne” 1966–1968, nr 15, s. 113–142.

⁹⁶ *Józefa Cieklińskiego marszałka konfederacji artykuły wojska stołecznego*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 11, s. 208–209.

⁹⁷ *Artykuły wojskowe na ekspedycyjej inflanckiej od księcia Jego Mości Pana Krzysztofa Radziwiłła (...) wojsku podane*, Archiwum Główne Akt Dawnych, Archiwum Radziwiłłowskie II, sygn. 1154, art. 83, s. 15; *Krzysztofa Radziwiłła hetmana wielkiego litewskiego artykuły wojskowe*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 83, s. 251; *Artykuły Michała Kazimierza Paca*, [w:] *Polskie ustawy...*, art. 68, s. 259.

na pomysłowość żołnierzy. Na przykładzie normy prawnej o obecności kobiet w obozach wojskowych widoczna jest kultura prawna żołnierzy, którzy, znając obowiązujące przepisy prawa, starali się ominąć niewygodne regulacje. Pociągało to za sobą długotrwały proces kazuistycznych regulacji, które miały stanowić odpowiedź na coraz to nowe patologiczne zjawiska. W efekcie w coraz nowszych wersjach przepisów prawnych pojawiły się uzasadnienia, które miały przekonać żołnierzy do konieczności przestrzegania wprowadzonego zakazu.

Prawo wojskowe starało się wymóc posłuszeństwo poprzez system kar. W Rzeczypospolitej przykładowo nie przyjęły się zachęty do wzięcia ślubu z konkubiną, co proponowano m.in. w szwedzkich artykułach wojskowych z 1621 roku⁹⁸. Takie rozwiązania z rzadka były stosowane jedynie w autoramencie cudzoziemskim⁹⁹. Żołnierzom złamanie zakazu groziło przede wszystkim wydaleniem ze służby, często połączonym z hańbiącą ceremonią „wyświecenia”. W XVII wieku grozono również konfiskatą pocztu oraz żołdu, w skrajnych przypadkach przewidywano karę śmierci, w szczególności wobec recydywistów. Natomiast specyficzne dla kobiet przebywających w wojsku sankcje pojawiły się już w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XVI wieku. Wprowadzono wówczas trzy rodzaje kar – śmierć przez utopienie¹⁰⁰, pryskowanie¹⁰¹ oraz chłosta¹⁰², które utrzymały się do XVIII stulecia. Dla porównania, w Anglii wobec nielegalnie przebywających przy wojsku kobiet stosowano karę chłosty, wypalenia piętna i połamania lewej ręki.

⁹⁸ *Code of articles of king Gustavus Adolphus of Sweden (1621)*, [w:] W. Winthrop, *Military Law and Precedents*, Washington 1920, art. 86, s. 912.

⁹⁹ Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, ф. 971: Автографи Дубравскаго, 321/2, № 243, art. 51, k. 6; *Króla Władysława IV artykuły dla wojska cudzoziemskiego*, [w:] *Polskie ustawy...*, tytuł XIII, art. 2, s. 218: „Ani w obozie ani w oszadzie alias nigdzie nierządnicą nijaka nie ma być cierpiana; ktoby jednak białogłowę chciał mieć przy sobie, ten ją niech ślubnie pojmie, jako i każdemu wolno mieć i chować swoją żonę przy sobie”.

¹⁰⁰ W. Organiściak, *Kara śmierci w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej od XVI do XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1994, nr 20, s. 82–83. Przykładowo, podczas wyprawy Stanisława Żółkiewskiego na Mołdawię, przed przekroczeniem Dniestru nakazał on opuszczenie armii wszystkim, prócz dwóch wskazanych, prostytutkom. Kobiety, które nie posłuchały rozkazu zostały utopione w rzece, R. Majewski, *Cecora. Rok 1620*, Warszawa 1970, s. 167, przyp. 99.

¹⁰¹ Warto przytoczyć sytuację z okresu potopu szwedzkiego, kiedy to oddziały koronne zdobyły Nowy Sącz wspólnie ze zgromadzonymi tam łupami i kobietami towarzyszącymi armii szwedzkiej. Żołnierze dokonali wobec niewiast pryskowania: „poucinali uszy i kazali biec z powrotem”, H. Ch. Holsten, op. cit., s. 40; por. W. Organiściak, *Kodeksy wojskowe w Polsce roku 1775*, Katowice 2001, s. 126.

¹⁰² W XVIII stuleciu wytworzył się spetryfikowany sposób „egzekucji niewiast i domowych”, polegający na „ćwiczeniu różgami” przez kata. Oprawcy mieli asystować trzej żołnierze, w pobliżu zaś powinien stać kapral z 12 ludźmi, „żeby się żaden nie wszczął hałas ani tumult. Adjutant zaś na koniu się przejechać ma dla lepszej i doskonalszej wiadomości”, Archiwum Państwowe w Krakowie, Archiwum Podhoreckie, II 8, k. 372v.

Bibliografia

Archiwalia

- Archiwum Główne Akt Dawnych, Archiwum Radziwiłłowskie II, sygn. 1154.
 Archiwum Państwowe w Krakowie, Archiwum Podhoreckie, II 8.
 Biblioteka Jagiellońska, sygn. 5, 102, 3778.
 Biblioteka Kórnicka, sygn. 659, 667, 669.
 Biblioteka Książąt Czartoryskich w Krakowie, sygn. 438, 1612, 1655, 1957, 2446.
 Biblioteka Raczyńskich, sygn. 12.
 Нацыянальны Гістарычны Архіў Беларусі, f. 1708, 27.
 Lietuvos mokslų akademijos Vrublevskių biblioteka, f. 17–178.
 Львівська Наукова Бібліотека НАН України ім. В. Стефаника, f. 5, оп. 1, nr 5268.
 Российская национальная библиотека, Санкт-Петербург, f. 971: Автографи Дубравского, 321/1, № 141, 152; 321/2, № 42, 197, 243, 258, 283.
 Svenska Riksarkivet Stockholm, Skokloster Samlingen, E 8600.

Źródła

- Acta officii consistorialis Leopoliensis antiquissima*, ed. G. Rolny, t. II, Leopoli 1930.
Artykuły hetmańskie, [w:] Z. Spieralski, *Instrukcje i artykuły hetmańskie Jana Tarnowskiego*, „Studia i Materiały do Historii Wojskowości” 1994, nr 36.
 Brodowski S., *Corpus juris militaris Polonicum*, Elbląg 1753.
Corpus iuris Polonici, t. III: 1506–1529, wyd. O. Balzer, Kraków 1906.
 Fredro J. M., *O porządku wojennym i o pospolitym ruszeniu materia*, wyd. K. Pollak, Sanok 1856.
 Fronsberger L., *Fünff Bücher von Kriegß Regiment vnd Ordnung*, Franckfurt am Mayn 1555.
 Holsten H. Ch., *Przygody wojenne 1655–1666*, wyd. T. Wasilewski, przekł. J. Leszczyński, Warszawa 1980.
 Kochowski W., *Lata Potopu 1655–1657*, wyd. A. Kersten, przekł. L. Kukulski, Warszawa 1966.
 Łaski S., *Prace naukowe i dyplomatyczne*, wyd. M. Malinowski, Wilno 1864.
Listy ks. Piotra Skargi T.J. z lat 1566–1610, wyd. J. Sygański, Kraków 1912.
 Londoño S. de, *Discurso sobre la forma de reducir la Disciplina Militar a mejor y antiguo estado*, Madrid 1993.
 Nekanda-Trepka W., *Liber generationis plebeanorum*, wyd. W. Dworzaczek, J. Bartyś, Z. Kuchowicz, Wrocław – Warszawa – Kraków 1963.
 Pasek J. Ch., *Pamiętniki*, wyd. R. Pollak, Warszawa 1989.
 Piasecki P., *Kronika*, wyd. J. Bartoszewicz, Kraków 1870.

- Piotrowski J., *Dziennik wyprawy Stefana Batorego pod Psków*, wyd. A. Czuczyński, Kraków 1894.
- Poczobut Odlanicki J. W., *Pamiętnik [1640–1684]*, oprac. A. Rachuba, Warszawa 1987.
- Polskie ustawy i artykuły wojskowe od XV do XVIII wieku*, oprac. S. Kutrzeba, Kraków 1937.
- Propozycja, którą przedstawił polski poseł Księciu de Medina de las Torres*, [w:] R. Skowron, *Preliminaria wojskowe z okresu polsko-hiszpańskich rokowań sojuszniczych w Neapolu*, SMHW 2006, nr 42.
- Same-Sex Desire in the English Renaissance: A Sourcebook of Texts, 1470–1650*, ed. K. Borris, New York – London 2004.
- Sprawy wojenne króla Stefana Batorego. Diariusze, relacje, listy i akta z lat 1576–1586*, wyd. I. Polkowski, Kraków 1887.
- Sobieski J., *Listy do Marysieńki*, t. II, wyd. L. Kukulski, Warszawa 1973.
- Starowolski Sz., *Prawy rycerz*, wyd. K. J. Turowski, Kraków 1859.
- Stroynowski S., *Artykuły głogowskie*, [w:] W. Magnuszewski, *Z dziejów elearów polskich. Stanisław Stroynowski lisowski zagończyk, przywódca i legislator*, Warszawa – Poznań 1978.
- Tarnowski J., *Consilium rationis belicae*, wyd. T. M. Nowak, Warszawa 1987.
- Turner J., *Pallas Armata: Military Essayes of the Ancient Grecian, Roman, and Modern Art of War*, London 1683 [reprint: New York 1968].
- Wallhausen J. J., *Defensio patriae oder Landrettung*, Frankfurt 1621.
- Wielka legacja Wojciecha Miaskowskiego do Turcji w 1640 r.*, oprac. A. Przyboś, Warszawa – Kraków 1985.
- Zbiór pamiętników historycznych o dawnej Polsce*, t. III, wyd. J. U. Niemcewicz, Lipsk 1859.

Opracowania

- Asch R. G., 'Wo der soldat hinkömbt, da ist alles sein': *Military Violence and Atrocities in the Thirty Years War Re-examined*, „German History” 2000, nr 3.
- Augustyniak U., *W służbie hetmana i Rzeczypospolitej. Klientela wojskowa Krzysztofa Radziwiłła (1585–1640)*, Warszawa 2004.
- Bowler A., *Logistics and the Failure of the British Army in America, 1775–1783*, Princeton 1975.
- Burschel P., *Söldner im Nordwestdeutschland des 16. und 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1994.
- Carlton C., *Going to the Wars: The Experience of the British Civil Wars, 1638–1651*, London 1993.
- Ciesielski T., *Rodzina wojskowa w połowie XVIII wieku*, [w:] *Rodzina i gospodarstwo domowe na ziemiach polskich w XV–XX wieku. Struktury demograficzne, społeczne i gospodarcze*, red. C. Kuklo, Warszawa 2008.

- Górski K., *Historia piechoty polskiej*, Kraków 1893.
- Górski K., *Historia jazdy polskiej*, Kraków 1894.
- Griffin M., *Regulating Religion and Morality in the King's Armies, 1639–1646*, Brill, Leiden – Boston 2004.
- Hacker B. C., Vining M., *From Camp Follower to Lady in Uniform: Women, Social Class and Military Institutions before 1920*, „Contemporary European History” 2001, nr 3.
- Hacker C., Vining M., *The World of Camp and Train. Women's Changing Roles in Early Modern Armies*, www.assostoria.it/Armisovrano/Hacker-Vining.pdf.
- Hacker B. C., *Women and Military Institutions in Early Modern Europe: a Reconnaissance*, „Signs” 1981, nr 4.
- Iwanejko M., *Prawo zdobyczy wojennej w doktrynie XVI–XVIII wieku*, Kraków 1961.
- Lynn J. A., *Giant of the Grand Siècle: The French Army, 1610–1715*, Cambridge – New York – Melbourne 1998.
- Lynn J. A., *Women, Armies, and Warfare in Early Modern Europe*, Cambridge – New York – Melbourne – Madrid – Campe Town – Singapore – Sao Paulo – Delhi 2008.
- Łopatecki K., *Blaski i cienie funkcjonowania rodzin w nowożytnych wojskach Europy Zachodniej*, „Białostockie Teki Historyczne” 2007, nr 5.
- Łopatecki K., *Cuius regio eius religio w wojskach Rzeczypospolitej? Kwestia wolności głoszenia wiary wśród żołnierzy w latach dwudziestych XVII wieku*, [w:] *Studia nad Reformacją*, red. E. Bagińska, P. Guzowski, M. Liedke, Białystok 2010.
- Łopatecki K., *„Disciplina militaris” w wojskach Rzeczypospolitej do połowy XVII wieku*, Białystok 2012.
- Łopatecki K., *Funkcjonowanie rodzin w strukturach autoramentu narodowego*, [w:] *Studia historyczno-wojskowe*, t. III, red. T. Ciesielski, Zabrze 2009.
- Łopatecki K., *Organizacja, prawo i dyscyplina w polskim i litewskim pospolitym ruszeniu (do połowy XVII wieku)*, Białystok 2013.
- Majewski R., *Cecora. Rok 1620*, Warszawa 1970.
- Michałek A., *Zejsście załogi polskiej z Kremla i konfederacja Cieklińskiego 1612–1614*, „Teki Historyczne” 1966–1968, nr 15.
- Nowak E., *Rys dziejów duszpasterstwa wojskowego w Polsce 968–1831*, Warszawa 1932.
- Organiściak W., *Kara śmierci w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej od XVI do XVIII wieku*, „Problemy Prawa Karnego” 1994, nr 20.
- Organiściak W., *Kodeksy wojskowe w Polsce roku 1775*, Katowice 2001.
- Papée F., *Jan Olbracht*, Kraków 1936.
- Parker G., *The Army of Flanders and the Spanish Road: The Logistics of Spanish Victory and Defeat in the Lou Countries Wars*, Cambridge 1972.
- Parker G., *Żołnierz*, [w:] *Człowiek baroku*, red. R. Villari, przekł. B. Bielańska, M. Gurgul, M. Woźniak, Warszawa 2001.

- Parker G., Parker A., *European Soldiers, 1560–1660*, Cambridge 1977.
- Piotrowski W., *Medycyna polskiego renesansu*, Jawor 1995.
- Roberts M., *Gustavus Adolphus: A History of Sweden, 1611–1632*, t. II, London 1958.
- Sikora R., *Zapomniana armia*, [w:] *W kręgu Hadziacza A.D. 1658. Od historii do literatury*, red. P. Borek, Kraków 2008.
- Spierski Z., *Jana Tarnowskiego rozmowa o prowadzeniu wojny z Turkami (1542)*, SMHW 1987, nr 29.
- Swart E., *From „Landsknecht” to „Soldier”: The Low German Foot Soldiers of the Low Countries in the Second Half of the Sixteenth Century*, „International Review of Social History” 2006, nr 1.
- Tallett F., *War in Context. War and Society in Early-Modern Europe, 1495–1715*, New York 2001.
- Wijn J. W., *Military Forces and Warfare, 1610–1648*, [w:] *The New Cambridge Modern History*, vol. 4: *The Decline of Spain and the Thirty Years War, 1609–48/59*, ed. J. P. Cooper, Cambridge 1972.
- Winthrop W., *Military Law and Precedents*, Washington 1920.
- Wiśniewski J. P., *Żony czasu wojny. „Wojenne żony” w wojskach czeskoślowańskich i polskich na Syberii w latach 1918–1920*, „Klio” 2011, nr 4.
- Zarębska T., *Początki polskiego piśmiennictwa urbanistycznego*, Warszawa – Łódź 1986.
- Żojdź K., *Przeciwko moralności, czy dyscyplinie? „Przestępstwa seksualne” popełniane przez żołnierzy koronnych i litewskich w XVII w.*, [w:] *Studia nad staropolską sztuką wojenną*, t. III, red. Z. Hundert, K. Żojdź, J. J. Sowa, Oświęcim 2014.

Piotr Zbigniew Pomianowski

Uniwersytet Warszawski
e-mail: p.pomianowski@gmail.com
telefon: +48 22 55 24 395

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.04

Związek pozamałżeński jako podstawa orzeczenia rozwodu w praktyce sądów Księstwa Warszawskiego

SUMMARY

Extramarital affair as a ground for divorce in the practice of courts of the Duchy of Warsaw

This paper explores extramarital affair as a ground for civil divorce in the practice of courts of the Duchy of Warsaw. In 1808 the Napoleonic Code was enforced on this territory. Under the rules of the *Code Civil* a couple could petition for a divorce with mutual consent (article 233). There were also three grounds entitling either spouse to demand a divorce, when it was possible to attribute fault to the second party. In the case of the husband's infidelity, the wife could demand a divorce only when he brought his concubine into their common residence (article 230). On the other hand, the husband could demand a divorce as a result of every act of his wife's adultery (article 229). Moreover, each spouse could demand a divorce for outrageous conduct, ill-usage or grievous injuries exercised by the other (article 231). Condemnation of one of the married parties to infamous punishment was also a ground for a divorce to the second party (article 232).

In spite of the discrimination of women in cases of adultery, more than 75% of all divorce judgments were issued as a result of actions filed by wives. This was probably caused by the Polish Courts which applied a broad interpretation to article 230 in their jurisprudence. Each act of a husbands' adultery in a common residence was treated as a ground for divorce, although, according to article 230, a wife had to prove that her husband lived with his concubine in a conjugal home.

The husbands' adultery can be easily distinguished from that of wives'. Generally, men committed adultery out of lust. Female infidelity was usually connected with leaving a husband. Husbands often committed adultery with maids, whereas wives – with soldiers.

Key words: Napoleonic Code, Duchy of Warsaw, civil divorce, adultery, extramarital affair

Słowa kluczowe: Kodeks Napoleona, Księstwo Warszawskie, rozwód, cudzołóstwo, związek pozamałżeński

1. Wstęp

Instytucja rozwodu, rozumianego jako rozwiązanie ważnie zawartego małżeństwa, przyjmowała w różnych okresach i w różnych kulturach prawnych rozmaite formy. Niemniej jednak cechą wspólną bardzo wielu spośród istniejących w przeszłości i w teraźniejszości unormowań rozwodowych jest uznanie cudzołóstwa za jedną (a w niektórych systemach wręcz jedyną) z podstaw rozwodu. W przedrozbiorowej Rzeczypospolitej sprawy ważności małżeństwa i ogłoszenia rozwodu pozostawały w jurysdykcji poszczególnych wyznań, przy czym Kościół katolicki w ogóle rozwodu nie uznawał (i nadal nie uznaje). Natomiast wszystkie pozostałe popularniejsze wyznania dopuszczały rozwód ze względu na cudzołóstwo. Tym niemniej już w dobie rozbiorów Prusy i Austria rozpoczęły laicyzację prawa małżeńskiego – także na ziemiach polskich. Najpierw w roku 1783 Józef II Habsburg wydał patent o małżeństwie¹, mocą którego sprawy ważności małżeństwa i rozwodu zostały przejęte przez sądy państwowe, a unormowania rozwodowe ujednoczone dla wszystkich niekatolików. Następnie Fryderyk Wilhelm II nadał sankcję *Landrechtowi*², który wszedł w życie 1 czerwca 1794 roku. Kodeks ten dopuszczał możliwość rozwodu dla wszystkich poddanych – także uznających zwierzchnictwo papieża, przy czym na ziemiach drugiego i trzeciego zaboru w stosunku do tych ostatnich możliwość tę wprowadzono z opóźnieniem i z pewnymi ograniczeniami³. Obie ustawy uznawały zdradę małżeńską za podstawę do orzeczenia rozwodu. Cudzołóstwo umożliwiało również orzeczenie rozwodu na gruncie unormowań Kodeksu Napoleona (dalej: KN), który został wprowadzony w Księstwie Warszawskim 1 maja 1808 roku⁴.

Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie praktyki trybunałów cywilnych pierwszej instancji związanej ze stosowaniem unormowań *Code Civil* na podstawie analizy akt dwudziestu dwóch spraw rozwodowych, zakończonych w latach 1808–1812, w których orzeczono rozwód z powodu niewierności któregoś z małżonków. Ze względu na stan zachowania źródeł tekst przygotowano zasadniczo na podstawie orzecznictwa Trybunału Cywilnego Pierwszej Instancji Departamentu Kaliskiego, pomocniczo zaś wykorzystano spu-

¹ *Ustawa w sprawach małżeństw co do kontraktu cywilnego, y onego wnioskow dla wszystkich, którzy chrześcijańską wiarę wyznają na Królestwa także Gallicyi y Lodomeryi rozciągniona y ustanowiona*, Wiedeń 1783.

² *Powszechne prawo krajowe dla państw pruskich* (dalej: *Landrecht*), t. I, cz. 2, Poznań 1826, tytuł pierwszy (*O małżeństwie*).

³ J. Wąsicki, *Ziemie polskie pod zaborem pruskim. Prusy Południowe 1793–1806*, Wrocław 1957, s. 245–246. W piśmie z 18 marca 1808 r. minister sprawiedliwości Feliks Lubieński informował monarchę, że sądy pruskie często rozpatrywały sprawy rozwodowe między katolikami (Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół: Rada Stanu i Rada Ministrów Księstwa Warszawskiego, sygn. II. 111 Rozwody. Branie w małżeństwo siostry po siostrze 1808–1811, k. 1).

⁴ *Kodex Napoleona z przypisami*, przekł. F. K. Szaniawski, Warszawa 1808.

ściżnę Trybunału Cywilnego Pierwszej Instancji Departamentu Bydgoskiego. Akta trybunału kaliskiego zachowały się względnie dobrze, podczas gdy księgi z Bydgoszczy nie są kompletne. Natomiast spuścizny pozostałych ośmiu trybunałów, w których jurysdykcji pozostawały sprawy rozwodowe (w pierwszej instancji), a także sądów apelacyjnego i kasacyjnego (rozpatrujących środki zażalenia), dotrwały do naszych czasów jedynie szczątkowo. Zatem kwerendą objęto oba istniejące – w postaci innej niż szczątkowa – zespoły archiwalne pozostałe po sądach rozstrzygających sprawy rozwodowe w czasach Księstwa Warszawskiego.

W przedmiotowych sprawach zdrada małżeńska przyjmowała dwie podstawowe formy – cudzołóstwo popełnione w trakcie wspólnego pożycia (jednorazowe lub wielokrotne) albo opuszczenie małżonka i związanie się z inną osobą. Te dwie główne kategorie zdrad trybunały cywilne traktowały jako przyczyny rozwodu, powołując cztery różne podstawy prawne, tj.: 1) art. 230 KN (czternaście przypadków), 2) art. 229 KN (pięć przypadków), 3) paragraf 670 części drugiej tomu pierwszego *Landrechtu* (dwie sprawy), 4) art. 231 KN (za obelgę uznano zdradę popełnioną przez męża poza domem wspólnym). W sumie siedemnaście wyroków rozwodowych zostało wydanych ze względu na zdradę męża, a pięć – z powodu zdrady żony.

2. Rozwody orzeczone ze względu na niewierność mężów

Najczęstszą podstawą do orzeczenia rozwodu w sytuacji, gdy żona dowiodła niewierność mężowi, był art. 230 KN, który stanowił: „Żona może żądać rozwodu z przyczyny cudzołóstwa swego męża, gdy ten trzymał nałożnicę w domu wspólnym”. Z pozoru ograniczenie to może się wydawać na tyle daleko idące, że praktycznie nie sposób na tej podstawie rozwiązać małżeństwa. Często jest również uznawane za przejaw patriarchalnego charakteru *Code Civil*⁵. Jednak – jak już wspomniałem – w zbadanym materiale znalazło się aż czternaście orzeczeń rozwodowych wydanych na bazie omawianego przepisu. Trybunały – wbrew zasadzie, że wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco – tak odczytywały ten przepis, że pozwalał on na udzielenie rozwodu na podstawie praktycznie każdej zdrady małżeńskiej, której mąż dopuścił się w domu wspólnym.

Wypada poświadczyć w tym miejscu nieco uwagi francuskiemu terminowi *concubine*, ponieważ od zakresu jego denotacji zależy, w których przypadkach intencją francuskiego ustawodawcy było dopuszczenie rozwodu ze względu

⁵ Przykładowo: E. von Bóné, *Women and violence in the Netherlands: grounds for divorce in the French Civil Code*, [w:] *El cisne II: violencia, proceso y discurso sobre género: red de trabajo de derecho romano, estudios de género y tradición jurídica romana*, Lecce 2012, s. 38–39; K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008, s. 94–95.

na zdradę mężowską, a w których uważał to za niedozwolone. Interesujący nas termin wywodzi się od łacińskiego słowa *concupina*. W prawie rzymskim mianem konkubinatu określano trwały związek wolnego mężczyzny i wolnej kobiety, niebędących małżeństwem⁶. Znaczenie to zostało przejęte przez nowożytną francuszczyznę. Siedemnastowieczny słownik Antoine'a Furetière'a podaje, że *concupine* to kobieta, którą mężczyzna się cieszy, ale z którą nie jest ożeniony⁷. Podobnie *Le Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle* definiuje jako *concupinat*⁸ stan dwóch osób mieszkających razem bez ślubu, zaś *concupine*⁹ jako kobietę współzamieszkującą z mężczyzną, który nie jest jej mężem. Wykładnia językowa oryginalnego tekstu kodeksu prowadzi zatem do jednoznacznej konstatacji, że prawodawca miał na myśli nie współniczkę jednorazowej zdrady małżeńskiej, ale kobietę, z którą mąż utrzymuje relację o stosunkowo trwałym charakterze.

Także dyrektywy pozajęzykowe przemawiają za tym, że prawodawca odnosi się do trwalszej relacji. Gdyby ustawodawca chciał wprowadzić normę, zgodnie z którą każda zdrada męża w domu wspólnym może być powodem rozwodu, regulacja ta brzmiałaby zapewne mniej więcej tak: „żona może żądać rozwodu z powodu cudzołóstwa popełnionego przez męża w domu wspólnym”. Takie unormowanie budziłoby jednak od razu pytanie o *ratio legis*. W końcu, czy miejsce wykroczenia aż tak bardzo wpływa na jego ciężar gatunkowy? Prawodawcy chodziło raczej o ograniczenie możliwości żądania przez żonę rozwodu tylko do sytuacji, kiedy mąż w sposób trwały związał się z inną kobietą, która w dodatku zamieszkuje we wspólnym domu.

Tak też rozumieli omawiany przepis mówcy, którzy na forum ciała prawodawczego prezentowali założenia *Code Civil*. Jean-Claude Gillet stwierdził, że przesłanka rozwodu z art. 230 KN zachodzi, kiedy mąż dzieli swój dom i z żoną, i z konkubiną¹⁰. Jean-Baptiste Treilhard wywodził, że zdrada mężowska uzasadnia żądanie rozwodu tylko wtedy, gdy wiąże się z wyjątkową pogardą okazywaną żonie, jaką jest utrzymywanie konkubiny w domu wspólnym¹¹. Z kolei Jacques-Fortunat Savoye-Rollin podkreślał, że cudzołóstwo żony

⁶ W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 229; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001, s. 100–101.

⁷ *Concupine*, [w:] A. Furetière, *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots français...*, t. I, la Haye 1694 [brak numeracji stron].

⁸ *Concupinat*, [w:] P. Larousse, *Le Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, t. IV, Paris 1869, s. 862.

⁹ *Concupine*, [w:] ibidem.

¹⁰ J. C. Gillet, *Discours prononcé au corps législatif, par le tribun Gillet, l'un des orateurs chargés de présenter le voeu du tribunat, sur la loi relative au divorce*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paris 1804, s. 401.

¹¹ J. B. Treilhard, *Exposé des motifs de la loi sur le divorce, par le conseiller d'état Treilhard*, [w:] *Code civil des Français...*, s. 327.

niszczy rodzinę jako taką, podczas gdy cudzołóstwo męża nie musi przynosić aż tak daleko idących konsekwencji¹². W świetle powyższych wypowiedzi nie ma wątpliwości, że intencją twórców *Code Civil* było umożliwienie żonie domagania się rozwodu z powodu cudzołóstwa męża tylko w sytuacji, gdy ten w sposób jawny i trwały utrzymywał konkubinę we wspólnym domu. Z pewnością nie chodziło o uznanie za podstawę rozwodową, o której mowa w art. 230 KN, jednorazowej zdrady – mającej na dodatek w intencji męża pozostać poza świadomością żony.

Przechodząc na grunt polski, wypada przypomnieć, w jaki sposób słowo *concubine* było przekładane na język ojczysty. Osiemnastowieczny słownik polsko-niemiecko-francuski Michała Abrahama Trotza podaje jako odpowiednik w ówczesnej polszczyźnie słowo *nałożnica*¹³. Także wszyscy trzej najbardziej znani tłumacze Kodeksu Napoleona z czasów Księstwa Warszawskiego – Franciszek Ksawery Szaniawski, Ksawery Michał Bohusz i Samuel Gottlob Laube – przekładali *concubine* jako *nałożnicę*¹⁴. We współczesnym im a zarazem najstarszym słowniku języka polskiego Samuela Bogumiła Lindego hasło *nałożnica* odpowiada znaczeniowo słowu *concubine*, choć autor nie podaje francuskiego odpowiednika. (Niemniej i Trotz, i Linde uznają za niemiecki odpowiednik *nałożnicy* słowo *Kebsweib*¹⁵). Z kolei spolonizowana wersja omawianego terminu pojawia się w wileńskim słowniku Aleksandra Zdanowicza, który uznaje *konkubinę* za synonim słowa *nałożnica*¹⁶. To ostatecznie definiuje zaś w sposób następujący: „kobieta żyjąca z mężczyzną niepraw[ny]m, jako żona, nie mając do tego prawa”¹⁷. Analogicznie określano znaczenie słowa *nałożnik*: „mężczyzna żyjący z obcą kobietą, jak ze swoją żoną”¹⁸.

¹² J. F. Savoye-Rollin, *Rapport fait Au trybunat, par le tribun Savoye-Rollin, au nom de la section de législation, sur la loi relative au divorce*, [w:] *Code civil des Français...*, s. 353.

¹³ *Nałożnica*, [w:] M. A. Trotz, *Nowy dykcyonarz to iest mownik polsko-niemiecko-francuski: z przydatkiem przysłów potocznych, przestrog gramatycznych, lekarskich, matematycznych, fortyfikacyjnych, żeglarskich, łowczych i inszym Naukom przyzwoitych wyrazów*, t. III, Lipsk 1764, szp. 914.

¹⁴ *Kodex Napoleona z przypisami...; Kodex Napoleona Xięstwu Warszawskiemu Artykułem 69tym Ustawy Konstytucyjney Roku 1807 dnia 22. lipca za prawo cywilne podany, z niektórymi odmianami na Seymie Warszawskim w roku 1809 od Nayaśniejszego Pana szczęśliwie nam panującego Fryderyka Augusta dekretem roku tegoż 1809 dnia 18 marca potwierdzonemi*, przekł. X. M. Bohusz, Warszawa 1810; S. G. Laube, *Krótka nauka z Cywilnego Statutu Napoleona Wielkiego sposobem słownika publiczności podana*, Wrocław 1808, s. 141; szerzej na temat przekładów Kodeksu Napoleona: A. Rosner, *Pierwsze polskie tłumaczenia Kodeksu Napoleona*, [w:] K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 271–294.

¹⁵ *Nałożnica*, [w:] S. B. Linde, *Słownik Języka Polskiego*, t. II, cz. 1, Warszawa 1809, s. 231.

¹⁶ *Konkubina*, [w:] A. Zdanowicz, *Słownik języka polskiego, obejmujący: oprócz zbioru właściwie polskich, znaczną liczbę wyrazów z obcych języków polskiemu przyswojonych; momenclatury tak dawne, jak też nowo w użycie wprowadzone różnych nauk, umiejętności, sztuk i rzemiosł; nazwania monet, miar i wag główniejszych krajów i prowincji; mitologje plemion słowiańskich i innych ważniejszych, tudzież oddzielną tablicę słów polskich nieforemnych z ich odmianą*, cz. 1, Wilno 1861, s. 519.

¹⁷ *Nałożnica*, [w:] ibidem, s. 720.

¹⁸ *Nałożnik*, [w:] ibidem.

Tak też rozumiał interesujące nas pojęcie profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, Piotr Burzyński, autor wydanego w połowie XIX wieku *Wykładu prawa cywilnego francuzkiego*. Uważał on, że przez nałożnicę należy rozumieć „kobietę, z którą mąż ma stosunki ciągle i przez pewien czas. Czyny pojedyncze, dorywcze niewierności męża nie utworzyłyby tej przyczyny”. Do tego Burzyński dodawał jeszcze, że „potrzeba by kobieta mająca stosunki z mężem z rozkazu jego, z narzucenia jego woli lub przynajmniej z rad jego zostawała w domu”¹⁹. Ten ostatni sąd należy uznać jednak za kontrowersyjny. Słusznie bowiem Jean-Joseph Delsol wywodził, że „mąż, który by się oddawał nierządowi z ochmistrzynią lub służącą wybraną i zgodzoną przez żonę, nie znalazłby w tej okoliczności wymówki, mogącej wpłynąć na odrzucenie skargi, gdyby z nią żona wystąpiła”²⁰.

W świetle powyższych wywodów trudno odmówić racji pełnomocnikowi jednego z niewiernych mężów, który wywodził w sposób następujący: „Kodeksu Napoleona Wielkiego art. 230 wymaga, że jeżeli cudzołóstwo ma stanowić przyczynę do rozwodu potrzeba do tego, żeby mąż ciągle w domu mieszkania wspólnego z żoną nałożnicę utrzymywał. Księga za tym powtarzanego cudzołóstwa i utrzymywania nałożnicy w tym względzie, nie zaś przypadkowo ze zdarzenia raz popełnionego [wymaga]. Racja tego przepisu jest jak najsprawiedliwsza, gdyż utrzymywanie takowej kobiety w domu narusza spokojność żony i całego domu i żona sprawiedliwie się przez to za wzgardzoną uważać może, ponieważ nikt wiedzieć nie może jest prawdziwą panią domu, czyli żoną czyli nałożnicą, bo są równie przez męża w domu utrzymywane, kontrakt jednak małżeński wcale inne prawa żonie nadaje. Trafunkowe zaspokojenie temperamentu, które powódka za cudzołóstwo bierze, prawo francuskie nie uważa za najmniejsze wykroczenie męża. Gdy więc wszyscy świadkowie o jednym razie zeznali, w którym się pozwany tegoż dopuścić miał, więc za cudzołóstwo branym być nie powinno, do tego główny świadek Józef Marcinkiewicz wyraźnie zeznaje: iż pozwany natenczas był pijanym, a wszyscy świadkowie dokładają, że zaraz po tym dziewczyna została odprawioną”²¹.

Argumentacja ta nie spotkała się jednak z aprobatą sędziów, choć faktycznie mężowi udowodniono tylko jedną zdradę, acz popełnioną w sposób dość spektakularny, w obecności kilkorga świadków. Znajdująca się wśród nich akuszerka Rozalia Hofman opisała to zdarzenie następująco: „Przyszedł W. Gogolewski razu jednego już może po 10-tej godzinie wieczorem na salę, w któ-

¹⁹ P. Burzyński, *Wykład prawa cywilnego francuzkiego*, t. I, Kraków 1852, s. 281.

²⁰ J.-J. Delsol, *Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurysprudencją przedstawione*, przekł. z fr. dopełniony pod red. M. Godlewskiego, t. I, Warszawa 1874, s. 221.

²¹ Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół: Trybunał Cywilny Kaliski (dalej: AGAD, TCK) 300, k. 365–365v.

rej spały ja, dziewczyna Jadwiga i panna Dąbrowska, przyszli także z nim j.p. Piotr Bagniewski i oficer francuski. W. Gogolewski począł się sprzeciwiać pannie Dąbrowskiej, która [się] go pozbywszy uciekła, stamtąd przyszedł do mnie i zburczawszy go odszedł ode mnie, nareszcie poszedł do dziewczyny Jadwigi która spała na leżu [?] z tą począł gadać po cichu, czegom i dosłyszeć nie mogła, potem poszli na sienniak oboje, na którym gdy się położyli słyszałam tylko jak się całowali i sapali. Natenczas weszła W. Gogolewska do sali boso i w koszuli, wołając na Jadwigę, ale gdy jej się nikt nie odezwał, przyszła spostrzegłszy siennik do obojga, a ujrzawszy leżącego W. Gogolewskiego z dziewczyną, oświadczyła tyś to tu tegom sobie zażyczyła. Na co W. Gogolewski odpowiedział, pociś tu przyszła, możesz sobie pójść²².

Jak wynika z zacytowanej wcześniej wypowiedzi pełnomocnika pozwanego, Wiktor Gogolewski zasadniczo nie kwestionował prawdziwości opisanego incydentu. Twierdził jednak, że i żona nie pozostawała mu wierna. Dla udowodnienia tego zarzutu powołał na świadka swoją matkę, która – między innymi – zeznała, co następuje: „Co się zaś tyczy podpułkownika Tavernier wiadomo mi jest, iż ten w moim domu miał kwatery przez 26 tygodni, w przeciągu tego czasu przyjeżdżała synowa moja co niedziela do kościoła, stąd bywała we dworze gdzie się z sobą widywali. W czasie bywania mojej synowej u mnie nie widziałam żadnej nieprzyzwoitej zabawy z tymże podpułkownikiem, powiadał mi tylko brat mój Szymon Makowski, którego już nie żyje, iż miał widzieć raz tylko tegoż podpułkownika całującego w twarz Wnę Gogolewską. Kiedy rzeczony podpułkownik odebrał ordynans do marszu przyjechała do mnie moja synowa z prośbą, abym wspólnie jechała odprowadzić tegoż podpułkownika, perswadowałam zaraz mojej synowej, iż to dla nas nie będzie ładnie, lecz zdołała namówić nas i żeśmy razem z nią do Częstochowy pojechali, przyjechawszy stanęliśmy w oddzielnym domu razem, w czasie bytności naszej w Częstochowie, wspomniany podpułkownik przebywał u nas ciągle, chodziliśmy razem wszyscy po spacerach, w początkach chodziliśmy po ulicach małych, lecz to nie podobało się ani ~~mojemu mężowi ani bratu mojemu męża~~²³, zaczęliśmy więc chodzić po ulicach prywatnych, w ostatku poszła synowa moja z podpułkownikiem do ogrodu na spacer, którego był za oknami naszej stacji, słyszałam że niejaka panna Więckowska miała być przytomną w początkach spaceru czyli kto więcej był przytomnym [tego nie wiem]. Mówiono mi tylko jako to mój mąż i bratowa mego męża że sami chodzą i po tam chodzą. Widziałam także na moje oczy, jak tenże podpułkownik Tavernier pokazywał podwiązkę mojej synowej, lecz jakim sposobem ta była wzięta czyli gwałtownie czy dobrowolnie dana od mojej synowej tego nie wiem. Po powrocie ze spaceru pytał się wspomniany podpułkownik syna mego i mnie samej

²² AGAD, TCK 299, k. 342v.

²³ Przekreślenie w rękopisie.

o przyczynę smutku jego. Odpowiedziałam, że nie wiem. Odchodząc wieczorem podpułkownik zaprosił nas na czekoladę na dzień następny. Wymawiałam mu się, że się z nim nie będę widziała bo nazajutrz odjeżdżałam, jakoż w rzeczy samej nie pojechałam, tylko synowa moja wraz z swoim mężem powrócili potem oboje, i wyszliśmy razem do ostatniej ulicy i do jednego domu przenieśliśmy się gdzie w czasie marszu moja synowa weszła na stołek i zęgnąła się kłaniając się zaraz po owym marszu zaczęła moja synowa płakać a po powrocie do domu zachorowała”²⁴. Ponadto, wedle zeznań matki pozwanego, w domu Gogolewskich odnaleziono dwanaście listów miłosnych, które synowa wymieniła z niejakim Karwosieckim (były to listy od tegoż Karwosieckiego i kopie odpowiedzi na nie)²⁵. Abstrahując od kwestii autentyczności opisanych zajęć, sprawa Gogolewskich dobrze ilustruje stereotyp, zgodnie z którym kobieta jest bardziej skłonna do nielojalności w sferze psychicznej, a mężczyzna – do zdrady fizycznej²⁶.

Z przejranych akt trudno wnioskować, czy mężowie sprowadzali kobiety do domu rodzinnego specjalnie w celu utrzymywania z nimi kontaktów seksualnych. W jedenastu przypadkach mężowie dopuścili się cudzołóstwa z kobietą pracującą w ich domu jako służąca (czasem nawet z więcej niż jedną służącą), w jednym przypadku partnerką niewiernego małżonka była jego szwagierka, w dwóch sprawach zaś akta nie pozwalają na ustalenie, jaki dokładnie był status współniczki grzechu (krewna, służąca?), acz prawdopodobne się wydaje, że i w tych przypadkach były to służące²⁷. Za dość nietypowy należy uznać przypadek małżeństwa Ewy i Jana Riewe. W sprawie tej mężowi udowodniono wielokrotne cudzołóstwo popełniane ze służącą. Wyjątkowe było jednak traktowanie żony przez męża. Zgodnie z relacją pani Riewe mąż obchodził się z nią gorzej niż ze służącą, z którą cudzołożył: między innymi odbierał pościel i dawał kochance²⁸.

Jak już wspomniałem, art. 230 KN nie był jedynym przepisem, na podstawie którego orzekano rozwód w sytuacji, gdy mąż nie dochował wierności żonie. W przejrzanym materiale spotkałem się również z wyrokiem rozwodowym wydanym na bazie art. 231 KN, który pozwalał na rozłączenie małżeństwa z powodu gwałtów, srogości lub ciężkich obelg. W wyroku

²⁴ AGAD, TCK 300, k. 153–153v.

²⁵ Ibidem, k. 154v–156.

²⁶ Por. R. Dawkins, *Samolubny gen*, Warszawa 1996, s. 231 i nast.

²⁷ Zdarzył się też zarzut cudzołóstwa z kobietą przybyłą do domu w gości. W sprawie wytoczonej przez Karolinę Linzerową pytanie do jednego ze świadków sformułowano następująco: „od kogo wie i słyszał, że szl. Malinowska późno w wieczór do JW Pana Michała Linzera przychodziła i w jednej z nim izbie zostawała” [Archiwum Państwowe w Bydgoszczy, zespół: Trybunał Cywilny Departamentu Bydgoskiego w Bydgoszczy (dalej: TCDB) 7, s. 34]. Nie znamy jednak finału tej sprawy, w związku z powyższym nie wiadomo, czy trybunał uznał ten zarzut za wiarygodny.

²⁸ AGAD, TCK 195, k. 238v.

tym trybunał kaliski stwierdził: „Gdy (...) się wykazuje że pozwany wyrazami powódce ciężkich obelg słownych się dopuszczał niemniej że przez obcowanie cielesne z innymi kobietami w czasie wspólnego stron zamieszkania teże równie dokuczliwe obelgi zadawał, zatem sąd swój uznawszy te najnieprzyzwoitsze słowa których pozwany łącz powódkę naprzeciw niej używał w klasie ludzi wyższej do której strony spór wiodące należą stosownie do art. Kod. Nap. 231 za przyczynę rozwodu stanowiącą – do których przychodzi i obcowanie cielesne z innymi niewiastami tu równie za dotkliwą żonie wyrządzoną obelgę uznane wyrokiem niniejszym na zasadzie ciężkich obelg powódce przez pozwanego zadawanych po wysłuchaniu wniosków prokuratora królewskiego rozwód (...) ogłasza i stanowi²⁹”. Orzeczenie to jest jednak tym dziwniejsze, że przesłuchiwana w tej sprawie służąca zeznała: „w rzeczy samej z pozwanym cztery razy cielesnie już to w domu mieszkaniem stron już po budynkach gospodarskich obcowała³⁰”. Trudno zatem dociec, dlaczego w tym przypadku trybunał nie oparł swego rozstrzygnięcia na art. 230 KN.

Dopuszczenie możliwości uznania zdrady mężowskiej za obelgę umożliwiającą rozwód – i w konsekwencji zniwelowanie ustanowionej przez prawodawcę nierówności w traktowaniu zdrady kobiecej i męskiej – nie było tylko polską specyfiką. Emese von Bóné, badaczka akt sądu w Dordrechcie z czasów, gdy obowiązywał tam Kodeks Napoleona (1811–1838), także spotkała się ze skargą rozwodową opartą na zarzucie, że mąż prowadził rozwiązły tryb życia i korzystał z usług prostytutek³¹. Możliwość zakwalifikowania jako obelgi zdrady popełnionej przez męża poza domem wspólnym dostrzegali również Jean-Joseph Delsol³² i Piotr Burzyński³³.

Ponadto dwukrotnie spotkałem się z zastosowaniem par. 670 części drugiej tomu pierwszego *Landrechtu*, który stanowił: „cudzołóstwo popełnione przez jednego z małżonków stroną niewinną upoważnia do żądania rozwodu”. W pierwszym kazusie mąż wygnał żonę z domu i związał się ponownie z pierwszą żoną, z którą się uprzednio rozwiódł³⁴. W drugim przypadku trybunał ograniczył się do stwierdzenia, że cudzołóstwo zostało popełnione (co ciekawe, na podstawie obciążającej przysięgi żony złożonej jeszcze przed sądem pruskim³⁵).

²⁹ AGAD, TCK 9, k. 297v.

³⁰ Ibidem, k. 296.

³¹ E. von Bóné, op. cit., s. 37.

³² J.-J. Delsol, op. cit., t. I, s. 221.

³³ P. Burzyński, op. cit., t. I, s. 283.

³⁴ AGAD, TCK 1, k. 95v.

³⁵ AGAD, TCK 292, s. 25.

3. Rozwody orzeczone ze względu na niewierność żon

Artykuł 229 KN, pozwalający mężowi na żądanie rozwodu ze względu na cudzołóstwo żony (niezależnie od miejsca, gdzie się wydarzyło), znalazł zastosowanie w pięciu przypadkach. Zatem kobieca niewierność była podstawą ogłoszenia rozwodu przeszło trzykrotnie rzadziej niż zdrada mężowska. Co charakterystyczne, aż w trzech z omawianych przypadków cudzołóstwo żony łączyło się z opuszczeniem domu męża i trwałym związaniem się z innym mężczyzną (wypada przypomnieć, że Kodeks Napoleona – w odróżnieniu od ustawodawstwa rewolucyjnego i *Landrechtu* – nie uznawał opuszczenia przez współmałżonka za podstawę do rozwodu). W dwóch pozostałych przypadkach trudno z dostępnego materiału wywnioskować, czy niewierne żony związały się z kimś na stałe. Nie ma jednak wątpliwości, że ich cudzołóstwa były popełniane w sposób dość jawny i być może polegały właśnie na odejściu do innego partnera. Dodać należy, że w obu tych przypadkach małżonkowie nie należeli do klas wyższych. Uzasadnieniem bardziej szczegółowego omówienia wspomnianych trzech spraw jest fakt, że orzeczenie rozwodów było w nich skutkiem stosunkowo trwałych związków pozamałżeńskich.

3.1. Małżeństwo Wojciechowskich

Wincenty Wojciechowski i Agnieszka z Radolińskich pobrali się w roku 1803³⁶. Jak to często wówczas bywało, nupturientka została nakłoniona do zamążpójścia przez rodziców³⁷. Pożycie właściwie od początku się nie układało – wedle relacji żony miał miejsce tylko jeden stosunek małżeński³⁸ – dlatego po dwóch latach mąż zostawił żonę u jej ojca, a sam udał się na służbę³⁹. Po rozstaniu z mężem pani Agnieszka związała się z niejakim Bełzą, który służył u ziemianina Korytkowskiego. Ze związku tego narodził się syn. Trybunał, zważywszy na okoliczności sprawy, orzekł rozwód, ale odstąpił od wymierzenia kary za cudzołóstwo⁴⁰, dzieląc stanowisko pełnomocnika pozwanej, który argumentował: „Za dopuszczenie się z ur. Bełzą w czasie nieprzytomności swego męża, który jej w młodym wieku odstąpił i na los wystawił tak że tylko ze służby i pracy rąk swoich życie utrzymywać musiała, cudzołóstwa i spółdenie z nim syna na imię Augustyna karze art. 298 tegoż kodeksu ob-

³⁶ AGAD, TCK 298, k. 6.

³⁷ AGAD, TCK 299, k. 78.

³⁸ AGAD, TCK 298, k. 6v.

³⁹ AGAD, TCK 299, k. 77.

⁴⁰ Ibidem, k. 76.

ostrzonej to jest osadzeniu siebie w domu poprawy podpadać nie powinna, bo jak wyżej wspomniano powód jej odstąpił samej sobie zostawił, a doradca strony powodowej ten czyn męża pozwanej przyznaje⁴¹.

3.2. Małżeństwo Nerskich

Zuzanna z Sokolnickich i Rafał Nerski wzięli ślub 1 lutego 1804 roku, a już 5 lipca urodził się pierwszy syn. Później przyszło na świat jeszcze troje dzieci, przy czym – według słów samej pozwanej (zrelacjonowanych przez jej znajomą) – powód nie był ojcem żadnego z nich⁴². Małżonkowie początkowo zamieszkiwali w Wilkowie w departamencie poznańskim. Wedle relacji ich ówczesnego kamerdynera pewnego razu dwór odwiedził oficer pruski. Wówczas „proszony byłem – zeznał służący – od pozwanej abym drzwi do sali zamknięte trzymał, aby będący tam powód nie wszedł, wtenczas widziałem sam jako z sobą czynność cielesną mieli⁴³”. Po pewnym czasie Nerscy przeprowadzili się do Bogusławowic (kaliskie). Tam zaś, jak relacjonował ówczesny kucharz stron, „Pozwana raz konie po pana Zielińskiego oficera do Kalisza przysłała i ten tam [do niej] pojechał. Widziałem, że łóżko dla niego przysposobione zostało w tym samym pokoju gdzie ona sypia, i to łóżko stało naprzeciwko łóżka pozwanej. Na noc zamknęli się w pokoju⁴⁴. Owocem relacji Nerskiej z Zielińskim był chłopczyk imieniem Karol⁴⁵. Następnie pozwana przebywała w Kaliszu, gdzie romansowała z oficerami Duninem i Arnoldem⁴⁶. W końcu z tym ostatnim z Kalisza wyjechała⁴⁷.

Taki stan faktyczny wyłaniał się z wyjaśnień powoda oraz zeznań pięciorga świadków (w tym matki pozwanej) i taki też trybunał uznał za udowodnione. Nie może zatem dziwić orzeczenie rozwodu i skazanie niewiernej żony na dwa lata pobytu w domu poprawy⁴⁸. Inna rzecz, że wobec braku wiadomości o miejscu pobytu pozwanej wyrok w tym zakresie mógł się okazać niemożliwy do wyegzekwowania.

⁴¹ Ibidem, k. 75v.

⁴² AGAD, TCK 7, k. 235v.

⁴³ Ibidem, k. 237v.

⁴⁴ Ibidem, k. 236.

⁴⁵ Ibidem, k. 237.

⁴⁶ Ibidem, k. 235–235v.

⁴⁷ Ibidem, k. 234v.

⁴⁸ AGAD, TCK 8, k. 217v.

3.3. Małżeństwo Psarskich

Z kolei Marianna z Trzczańskich opuściła swego męża Franciszka Psarskiego, ponieważ, jak „z listów własnoręcznych pozwanej pokazuje się (...) dla miłości innego z kraju wyjechała i żyć z powodów nie chce i (...) w czasie mieszkania za granicą syna urodziła”⁴⁹. Tym razem usprawiedliwienie niewiernej żony nie spotkało się ze zrozumieniem trybunału. Orzeczono osadzenie jej w domu poprawy na rok⁵⁰, ale i w tym przypadku – skoro pozwana mieszkała za granicą – kara była trudna do wyegzekwowania.

4. Podsumowanie

Przechodząc do podsumowania, wypada przypomnieć, że ze względu na skromność przebadanego materiału trudno wyciągać wnioski, które mogłyby się odnosić do ogółu społeczeństwa (przeanalizowano dwadzieścia dwie sprawy, a skalę zjawiska można szacować pomiędzy pięćset a tysiącem rozwodów orzeczonych w całym okresie istnienia liczącego ponad cztery miliony mieszkańców Księstwa Warszawskiego). Niemniej jednak dają się zauważyć pewne prawidłowości.

Patrząc na rozwód jako na zjawisko społeczne, po pierwsze, należy podkreślić, że żony znacznie częściej domagały się rozwodu ze względu na zdradę męża niż mężowie z powodu cudzołóstwa żony. Po drugie, zdrady mężów były zupełnie różne od zdrad żon (czas, trwałość, współwinny). Żony przeważnie wiązały się z kimś na stałe i opuszczały mężów (można przypuszczać, że nowe więzi miały charakter zarówno fizyczny, jak i psychiczny). Mężowie zaś raczej dopuszczali się zdrad ze względu na popęd seksualny. Tylko w jednej⁵¹ z siedemnastu spraw, w których do rozwodu doszło z powodu zdrady mężowskiej, z akt wynika jasno, że niewierny mąż rozstał się z żoną i trwale związał się z inną kobietą. Z przeanalizowanego materiału można wnosić, że w większości przypadków (w kilku jest to pewne, w kilku – wysoce prawdopodobne) relacje niewiernych mężów ze współniczkami grzechu ograniczały się do kontaktów seksualnych (czasem jednokrotnych, a czasem powtarzających się) i nie towarzyszyła im żadna bliskość emocjonalna. Zatem przeprowadzone badanie potwierdza stereotyp, że kobieta częściej zdradza z pobudek psychicznych, a mężczyzna – ze względu na popęd seksualny. Charakterystyczne są też różnice pomiędzy sposobami, w jaki kobiety i mężczyźni usprawiedliwiali cudzołóstwo. Mężowie często utrzymywali, że żona też była im niewierna, a do tego

⁴⁹ AGAD, TCK 6, k. 447v.

⁵⁰ AGAD, TCK 7, k. 158v.

⁵¹ AGAD, TCK 1, k. 95v. Mąż wrócił do byłej żony.

zachowywała się kłóliwie, rozrzutnie itp. Wśród usprawiedliwień przedstawianych przez kobiety przewijały się okoliczności, że partner życiowy został narzucony przez rodziców⁵², oraz miłość do innego mężczyzny⁵³.

Jednocześnie, badając stosowanie przepisów francuskich w polskiej rzeczywistości, dostrzegamy tendencję sądów do interpretowania podstaw rozwodowych w sposób rozszerzający. Zwłaszcza art. 230 KN, zezwalający na rozwiązanie małżeństwa, gdy mąż cudzołoży z konkubiną we wspólnym domu, był stosowany częściej niż zyczyliby sobie tego jego twórcy, gdyż podciągano pod ten przepis niemal każdy stosunek pozamałżeński, do którego doszło pod wspólnym dachem⁵⁴. Także art. 231 był interpretowany rozszerzająco. Natomiast analizując problemy proceduralne, zauważamy, że najpopularniejszym środkiem dowodowym było przesłuchanie świadków. Zdarzało się też uznanie faktu za udowodniony na podstawie przysięgi strony, czy dowiedzenie pewnych okoliczności poprzez dokumenty (np. metryki chrztu). Zaznaczyć jednak wypada, że w części spraw postępowanie dowodowe zasadniczo się nie odbyło ze względu na przyznanie przez stronę pozwaną faktów przytoczonych w skardze rozwodowej⁵⁵.

Bibliografia

- Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół: Rada Stanu i Rada Ministrów Księstwa Warszawskiego.
- Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół: Trybunał Cywilny Kaliski.
- Archiwum Państwowe w Bydgoszczy, zespół: Trybunał Cywilny Departamentu Bydgoskiego w Bydgoszczy.
- Bóné E. von, *Women and violence in the Netherlands: grounds for divorce in the French Civil Code*, [w:] *El cisne II: violencia, proceso y discurso sobre género: red de trabajo de derecho romano, estudios de género y tradición jurídica romana*, Lecce 2012.
- Burzyński P., *Wykład prawa cywilnego francuzkiego*, t. I, Kraków 1852.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bériér F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009.

⁵² Przykładowo: AGAD, TCK 299, k. 78.

⁵³ Przykładowo: AGAD, TCK 6, k. 447v.

⁵⁴ Wydaje się też, że polska praktyka była w tym zakresie odmienna od francuskiej. Badacz spuścizny sądu w Rouen spotkał się tylko z jednym rozwodem orzeczonym na podstawie art. 230 i aż 13 na podstawie art. 229 KN, R. Phillips, *Family breakdown in late eighteenth-century France. Divorces in Rouen 1792–1803*, Oxford – New York 1980, s. 58–59.

⁵⁵ Przykładowo: TCDB 3, k. 34v.

- Dawkins R., *Samolubny gen*, Warszawa 1996.
- Delsol J.-J., *Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurysprudencej przedstawione*, przekł. z fr. dopełniony pod red. M. Godlewskiego, t. I, Warszawa 1874.
- Furetière A., *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots français...*, t. I, la Haye 1694.
- Gillet J. C., *Discours prononcé au corps législatif, par le tribun Gillet, l'un des orateurs chargés de présenter le voeu du tribunal, sur la loi relative au divorce*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paris 1804.
- Kodex Napoleona Xięstwu Warszawskiemu Artykułem 69tym Ustawy Konstytucyjney Roku 1807 dnia 22. lipca za prawo cywilne podany, z niektórymi odmianami na Seymie Warszawskim w roku 1809 od Nayiaśniejszego Pana szczęśliwie nam panującego Fryderyka Augusta dekretem roku tegoż 1809 dnia 18 marca potwierdzonemi*, przekł. X. M. Bohusz, Warszawa 1810.
- Kodex Napoleona z przypisami*, przekł. F. K. Szaniawski, Warszawa 1808.
- Larousse P., *Le Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, t. IV, Paris 1869.
- Laube S. G., *Krótką nauka z Cywilnego Statutu Napoleona Wielkiego sposobem słownika publiczności podana*, Wrocław 1808.
- Linde S. B., *Słownik Języka Polskiego*, t. II, cz. 1, Warszawa 1809.
- Phillips R., *Family breakdown in late eighteenth-century France. Divorces in Rouen 1792–1803*, Oxford – New York 1980,
- Powszechnie prawo krajowe dla państw pruskich*, t. I, cz. 2, Poznań 1826.
- Rosner A., *Pierwsze polskie tłumaczenia Kodeksu Napoleona*, [w:] K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008.
- Savoye-Rollin J.-F., *Rapport fait Au trybunat, par le tribun Savoye-Rollin, au nom de la section de législation, sur la loi relative au divorce*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paris 1804.
- Sójka-Zielińska K., *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008.
- Treilhard J. B., *Exposé des motifs de la loi sur le divorce, par le conseiller d'état Treilhard*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paris 1804.
- Trotz M. A., *Nowy dykcyonarz to iest mownik polsko-niemiecko-francuski: z przydatkiem przysłów potocznych, przestróg gramatycznych, lekarskich, matematycznych, fortyfikacyjnych, żeglarskich, łowczych i inszym Naukom przyzwoitych wyrazów*, t. III, Lipsk 1764.
- Ustawa w sprawach małżeństw co do kontraktu cywilnego, y onego wnioskow dla wszystkich, którzy chrześcijańską wiarę wyznają na Królestwa także Gallicyi y Lodomeryi rozciągniona y ustanowiona*, Wiedeń 1783.
- Wąsicki J., *Ziemie polskie pod zaborem pruskim. Prusy Południowe 1793–1806*, Wrocław 1957.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2001.

Zdanowicz A., *Słownik języka polskiego, obejmujący: oprócz zbioru właściwie polskich, znaczną liczbę wyrazów z obcych języków polskiemu przyswojonych; nomenklatury tak dawne, jak też nowo w użycie wprowadzone różnych nauk, umiejętności, sztuk i rzemiosł; nazwania monet, miar i wag główniejszych krajów i prowincij; mitologje plemion słowiańskich i innych ważniejszych, tudzież oddzielną tablicę słów polskich nieforemnych z ich odmianą*, cz. 1, Wilno 1861.

Tomasz Marek Królasik

Uniwersytet Warszawski

e-mail: t.krolasik@gmail.com

telefon: +48 22 55 24 397

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.05

Poglądy Franciszka Ksawerego Szaniawskiego na temat uregulowania rozwodów w Kodeksie Napoleona

SUMMARY

Franciszek Ksawery Szaniawski on legal regulation of divorce in the Napoleonic Code

This paper concerns Franciszek Ksawery Szaniawski and his interpretations of legal regulation of divorce in the Napoleonic Code. In 1808, the Napoleonic Code was enforced on territory of the Duchy of Warsaw. This modern civil code included regulations of divorce unknown in traditional Polish law (there was no institution of divorce). Soon it appeared that Polish society, especially the Catholic Church but not only, was strongly opposed to divorce in the newly restored Polish State. Szaniawski was both Catholic priest and state official working in the Ministry of Justice. As the very first translator of Napoleonic Code into the Polish language, he took part in national debate on the regulation of divorce under the Code. Szaniawski pointed to several general disadvantages of divorce; the ruination of family life, the negative impact on social customs and behaviour and the uncertain future for the children of a broken marriage. However, In spite of these disadvantages, Szaniawski stated that the institution of divorce, used under limits protected by judges in Polish Courts, is highly compatible with other provisions of the Napoleonic Code and should remain in place. According to Szaniawski, divorce can be applied but only when it is necessary and in a very precise and narrow way. Exercising such a pragmatic view on divorce was very uncommon for a Catholic priest. Szaniawski eventually popularized a new hybrid idea of marriage in the Duchy of Warsaw reflecting its religious and civil aspects separately.

Key words: Napoleonic Code, Duchy of Warsaw, civil divorce, Franciszek Ksawery Szaniawski

Słowa kluczowe: Kodeks Napoleona, Księstwo Warszawskie, rozwód, Franciszek Ksawery Szaniawski

1. Wstęp

Okres Księstwa Warszawskiego jest dla historyków prawa szczególnie interesujący ze względu na obowiązywanie na jego terytorium regulacji fran-

cuskich, często odmiennych od dawnego prawa polskiego czy ustawodawstwa państw zaborczych. Najbardziej doniosła ustawa francuska, która obowiązywać miała w Księstwie Warszawskim na mocy art. 69 Konstytucji Księstwa Warszawskiego, to Kodeks Napoleona (na terenach polskich oficjalna nazwa wprowadzona w 1808 roku). *Code civil des Français*, przemianowany w 1807 roku na *Code Napoleon*, od ponad dwustu lat stanowi obiekt wyjątkowej uwagi historyków i cywilistów m.in. ze względu na wysoko oceniane walory formalne. Uważany za „arcydzieło sztuki legislacyjnej swojej epoki. Zwięzły, operujący prostymi i jasnymi sformułowaniami”¹, w dziedzinie prawa małżeńskiego był dla mieszkańców Księstwa Warszawskiego rewolucyjny, gdyż m.in. wprowadzał – znaną już od tzw. *droit intermédiaire* z okresu rewolucji francuskiej – zasadę świeckiej formy małżeństwa² ze wszystkimi tego konsekwencjami, z których do najbardziej doniosłych należy rozwiązanie małżeństwa, czyli rozwód³. Relacje między świeckimi i duchownymi decydentami Księstwa Warszawskiego to temat licznych opracowań⁴ ze względu na konflikt na gruncie prawa małżeńskiego w Kodeksie Napoleona. Franciszek Ksawery Szaniawski jest na tym tle jednostką niezwykle interesującą, gdyż, z jednej strony, jako etatowy pracownik ministerstwa sprawiedliwości, autor popularnego tłumaczenia na język polski Kodeksu Napoleona, a wreszcie wykładowca w nowo powstałej Szkole Prawa, ale także duchowny katolicki pełniący rozmaite funkcje w diecezji warszawskiej⁵, był przedstawicielem zarówno grupy wyższych urzędników państwowych, jak i Kościoła. Chciałbym przedstawić poglądy Franciszka Ksawerego Szaniawskiego na temat rozwodu w Kodeksie Napoleona, które zawarł w pracy pt. *Jak przepisy Kodexu Napoleona o rozwodach rozumianými byđź maiq?*⁶

¹ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 193.

² Eadem, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008, s. 93–94.

³ Rozwody przewidywał także Landrecht pruski.

⁴ M. Loret, *Stosunek Kościoła do państwa w Księstwie Warszawskim*, „Przegląd Narodowy”, R. VII, t. XIII, Warszawa 1914, s. 120–140; S. Cynar, *Ignacy Raczyński. Ostatni Prymas Polski porozbiorowej i jego działalność duszpasterska w okresie Księstwa Warszawskiego*, Londyn 1954; S. Kieniewicz, *Czasy Księstwa Warszawskiego (1806–1813)*, [w:] *Historia Polski*, red. T. Manteuffel, t. II, Warszawa 1958, s. 132–133.; B. Grochulska, *Księstwo Warszawskie*, wyd. II, Warszawa 1991, s. 125–128; H. Gryn-waser, *Kodeks Napoleona w Polsce. Pisma*, Wrocław 1951; W. Sobociński, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego*, Toruń 1964; idem, *Struktura społeczno-prawna Księstwa Warszawskiego*, „Studia Śląskie” 1971, nr 20, s. 451–480; J. Dutkiewicz, *Watykan wobec Księstwa Warszawskiego i Królestwa Kongresowego 1807–1831*, [w:] *Szkice z dziejów papieżstwa*, red. K. Piwarski, Warszawa 1960; K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona...*; P. Góralczyk, *Państwo a Kościół katolicki w Księstwie Warszawskim w latach 1807–1815*, [w:] *Księstwo Warszawskie w historii i tradycji napoleońskiej (1807–2007)*, red. K. Bucholc-Srogosz, M. Trąbski, Częstochowa 2008.

⁵ H. E. Wyczawski, *Fr. Ks. Szaniawski*, [w:] *Słownik polskich teologów katolickich*, t. IV, Warszawa 1983, s. 248–250. Był on, poczynając od 1809 r., kanonikiem w kapitule warszawskiej, pełniącym obowiązki surogata w konsystorzu warszawskim, oficjałem generalnym, a następnie wikariuszem kapitulnym archidiecezji warszawskiej.

⁶ F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodexu Napoleona o rozwodach rozumianými byđź maiq?*, Warszawa 1811.

w kontekście jego aktywności o charakterze urzędowym, dydaktycznym i duchownym. Szaniawski stara się pogodzić literę świeckiego kodeksu o świeckim prawie małżeńskim z katolickim sakramentem małżeństwa.

2. Działalność publiczna, naukowa i dydaktyczna F. K. Szaniawskiego

Autor pierwszego przekładu Kodeksu Napoleona na język polski był od początku swojej działalności publicznej związany z osobą Feliksa Łubieńskiego. Jako wychowawca dzieci Łubieńskiego, od końca lat dziewięćdziesiątych XVIII wieku, F. K. Szaniawski, wychowanek kieleckiego seminarium duchownego i prawnik (doktorem obojga praw zostanie w 1816 roku), szybko zaczął cieszyć się szczególnym zaufaniem swojego patrona⁷. Wraz z objęciem przez Feliksa Łubieńskiego nowych funkcji we władzach Księstwa Warszawskiego (w styczniu 1807 roku został mianowany dyrektorem wydziału sprawiedliwości Komisji Rządzącej, a od października 1807 roku był ministrem sprawiedliwości) Szaniawski rozpoczyna pracę w resorcie sprawiedliwości oraz wchodzi w skład Komisji Prawodawczej Księstwa Warszawskiego⁸.

2.1. Przekład Kodeksu Napoleona na język polski

Niewątpliwie jednym z najważniejszych zadań F. K. Szaniawskiego w początkach jego pracy państwowej było zlecone przez Łubieńskiego tłumaczenie Kodeksu Napoleona. Warto podkreślić szczególne predyspozycje tłumacza, gdyż w 1804 roku przebywał we Francji, gdzie żywo interesował się zarówno prawem francuskim, jak i nauką prawa – szczególnie rolą o organizacji ówczesnych francuskich szkół prawa oraz tzw. wolnych akademii prawa – czego owocem była ukazana w druku *Organizacja Notariuszów i szkół prawa*^{9,10}. Tłumaczenie Kodeksu Napoleona na język polski ukazało się w trzech częściach w czerwcu 1807 roku, w grudniu 1807 oraz na początku 1808¹¹, lecz mimo faktu, że było ono gotowe przed wejściem w życie tej ustawy 1 maja 1808 roku, to i tak tekstem legalnym był oryginalny tekst francuski. Zostało to potwierdzone 10 października 1809 roku dekretem królewskim stanowiącym, że „oryginał francuski jest prawem, dopóki autentyczne tłumaczenie na język polski ogłoszonym nie będzie”. Żadne tłumaczenie w dobie Księstwa

⁷ K. Pol, *Poczet prawników polskich XIX–XX w.*, Warszawa 2011, s. 47–48.

⁸ Ibidem, s. 51.

⁹ F. K. Szaniawski, *Organizacja Notariuszów i szkół prawa*, Warszawa 1807.

¹⁰ K. Pol, op. cit., s. 48.

¹¹ Ibidem, s. 51.

Warszawskiego nie uzyskało statusu tekstu autentycznego (m.in. w 1810 roku ukazało się również tłumaczenie kodeksu autorstwa ks. Ksawerego Michała Bohusza). Do 1830 roku ukazało się sześć wydań przekładu kodeksu autorstwa F. K. Szaniawskiego, co najlepiej świadczy o jego nieprzemijającej popularności, a autor w międzyczasie odbył kolejną podróż do Paryża w 1810 roku w celu „lepszego poznania ducha prawa francuskiego”¹². Należy zauważyć, że użytek z oryginalnego tekstu francuskiego kodeksu musiał być co najmniej ograniczony nie tylko ze względu na brak powszechnej znajomości języka francuskiego, ale także z powodu braku znajomości francuskiego języka prawniczego oraz francuskiej tradycji prawnej¹³, i nie ma się tu na myśli zwykłych mieszkańców Księstwa, ale również jego urzędników (szczególnie niższych szczebli i pracujących na prowincji).

2.2. Szkoła Prawa w Warszawie

W toku prac w ministerstwie sprawiedliwości Księstwa Warszawskiego szybko dały o sobie znać problemy na polu nauki i znajomości prawa, ponieważ brakowało dostatecznej liczby przygotowanych pod względem prawniczym i administracyjnym urzędników, a na terenie Księstwa nie było w tym czasie ani jednej szkoły wyższej¹⁴. W celu zaradzenia tym niedostatom w ministerstwie zaczęto realizować inicjatywę A. Łabęckiego, F. K. Szaniawskiego i A. Wyczechowskiego w postaci kursów doszkalających, na które składały się publiczne wykłady prawa cywilnego francuskiego, prawa karnego oraz postępowania cywilnego (francuskiego) oraz karnego¹⁵. W związku z dużym sukcesem kursów zrealizowano projekt o wiele dalej idący w postaci utworzonej na wzór placówek francuskich Szkoły Prawa w Warszawie, głównie sumptem ministra Łubieńskiego, który w tym celu m.in. użyczył części swojego pałacu na tymczasową siedzibę jednostki dydaktycznej. Szaniawski został głównym wykładowcą Kodeksu Napoleona i prawa cywilnego, których to przedmiotów nauczał po kolejnych zmianach organizacyjnych także w Królewskim Uniwersytecie Warszawskim.

Należy nadmienić, że wiele publikacji F. K. Szaniawskiego powstało w ramach nauczania w Szkole Prawa (później na Wydziale Prawa itd.) i zazwyczaj były one prezentowane w formie wykładów i wystąpień przed studentami. Również praca o rozwodach pt. *Jak przepisy Kodexu Napoleona o rozwodach rozumianemi byćdź maiq?* powstała w związku z wykładem o tym samym ty-

¹² Ibidem.

¹³ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona...*, s. 199–203.

¹⁴ *Zarys dziejów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808–2008*, red. G. Bałtruszajtyś, Warszawa 2008, s. 17.

¹⁵ Ibidem, s. 18.

tule, dzięki czemu wiemy do kogo w pierwszej kolejności była zaadresowana. Pogląd F. K. Szaniawskiego był zatem skierowany do przyszłych praktyków: sędziów, asesorów przy trybunałach, podsędków, adwokatów (patronów), sekretarzy, komorników, pisarzy, inkwirentów, aplikantów i innych urzędników, którzy rekrutowali się ze studentów Szkoły Prawa¹⁶.

2.3. Dyskusja wokół wprowadzenia Kodeksu Napoleona i F. K. Szaniawski

Wprowadzenie Kodeksu Napoleona do systemu prawa Księstwa Warszawskiego wiązało się z wielką debatą publiczną, która zaczęła się przed tym wydarzeniem, a która miała być kontynuowana w kolejnych latach. Jeszcze przed rokiem 1808 sfery ziemiańskie i duchowieństwo sprzeciwiały się przyjęciu Kodeksu Napoleona, czego przykładem jest postawa Stanisława Małachowskiego, członka Komisji Rządzącej, oraz prymasa Ignacego Raczyńskiego. Szlachta obawiała się zapowiedzi nowego prawa w kontekście art. 4 Konstytucji Księstwa Warszawskiego, który mówił: „znosi się niewola”, co mogło doprowadzić do zniesienia pańszczyzny i uwłaszczenia chłopów¹⁷. Kontrowersje budziły również zasady hipoteczne francuskie, a także nowe prawo egzekucyjne przewidziane we francuskim kodeksie postępowania cywilnego¹⁸. W przypadku duchowieństwa kluczową rolę odgrywały laickie zasady prawa małżeńskiego, a później dodatkowo obowiązki urzędnicze, które także w związku z nową kodyfikacją miały spaść na kler parafialny. Mimo obowiązywania Kodeksu Napoleona od 1 maja 1808 roku dyskusja nad jego przydatnością w tej formie na ziemiach Księstwa Warszawskiego nie była zakończona. Opozycja Adama Czartoryskiego czy Fryderyka Skarbka po 1813 roku doprowadziła do powstania Komitetu Reformy Cywilnej w 1814 roku¹⁹. W tym momencie należy stwierdzić, że nowy Kodeks znalazł licznych obrońców związanych wcześniej z ministrem Feliksem Łubieńskim oraz Ignacym Sobolewskim. Szczególnie aktywni byli wykładowcy Szkoły Prawa – Antoni Łabęcki, Antoni Wyczechowski, Jan Wincenty Bandtkie oraz Franciszek Ksawery Szaniawski. Za kolejną odsłonę konfliktu wokół Kodeksu Napoleona, znowu o przepisy prawa małżeńskiego, można uznać polemikę, do której doszło między W. A. Maciejowskim, atakującym Kodeks z pozycji szkoły historycznej, i samym Szaniawskim, broniącym logiki przepisów prawa małżeńskiego w *Code Civil*²⁰.

¹⁶ Ibidem, s. 27; F. K. Szaniawski, *O szkole prawa i administracyjnych nauk w Warszawie*, Warszawa 1815.

¹⁷ K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona...*, s. 196–197.

¹⁸ Ibidem, s. 202.

¹⁹ Ibidem, s. 208.

²⁰ J. Bardach, *Wacław Aleksander Maciejowski i jego współcześni*, Wrocław 1971, s. 73–74.

3. Rozprawa o instytucji rozvodu w Kodeksie Napoleona

27 marca 1811 roku Szaniawski wygłosił w warszawskiej Szkole Prawa wykład poświęcony przepisom prawa małżeńskiego w dziedzinie rozwodów. Materia ta była kością niezgody nie tylko między episkopatem a władzami świeckimi Księstwa, gdyż równie silne były protesty szlachty i mieszczaństwa przeciwko laicyzacji narodu, o czym po latach pisał inny wykładowca Szkoły Prawa, hr. Fryderyk Skarbek w *Dziejach Księstwa Warszawskiego*²¹.

Autor, oprócz sześciu odsyłaczy do objaśnienia będącego dodatkiem do głównego tekstu, znajdującym się na końcu pracy, w którym rozwija własną lub podaje zewnętrzną interpretację przepisów²², nie stosuje przypisów. Jedyna znajdująca się w objaśnieniu końcowym literatura to tzw. *motifs*²³, czyli motywy – uzasadnienie dla rozwiązań przyjętych w kodeksie cywilnym francuskim, zaprezentowane przed jego uchwaleniem w Ciele Prawodawczym przez jego członków oraz mówców Trybunatu. Oprócz tych rzadkich i skąpych odsyłaczy, Szaniawski nie stosuje innych przypisów i nie podaje dzieł, które byłyby bazą dla jego stanowiska, choć wspomina, że źródłem jego rozważań jest treść Tytułów V i VI Księgi I Kodeksu Napoleona, a także „zbierane oraz różne stosowne objaśnienia”²⁴, do których w pierwszej kolejności należy zaliczyć *motifs*. Z drugiej strony, już we wstępie swojego wykładu autor podkreśla, że źródłem wszelkiej (czyli także i tej) refleksji nad każdym przepisem i instytucją kodeksu powinien być kodeks rozumiany jako całość²⁵. Ta holistyczna metoda polegała na szeroko stosowanej również dzisiaj wykładni systemowej. Kodeks był wyrazem pewnej aksjologii, jego przepisy powinny być konfrontowane ze sobą i porównywane nie tylko w obrębie jednego tytułu czy nawet księgi.

3.1. Społeczeństwo, rodzina oraz mniejsze zło w kontekście rozwodów

Przechodząc do treści pracy Szaniawskiego, to czytana nawet po upływie wielu lat w innej rzeczywistości społecznej (jak i religijnej), zadziwia niezwykle demokratycznym charakterem argumentacji duchownego, który przedstawia dualistyczną instytucję małżeństwa z oddzielnymi, ale komplementarnymi

²¹ F. Skarbek, *Dzieje Księstwa Warszawskiego*, Warszawa 1860.

²² F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodexu Napoleona...*, s. 17.

²³ *Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du Gouvernement; des rapports faits au Tribunal au nom de la Commission de législation; des opinions émises dans le cours de la discussion; des discours prononcés au Corps législatif par les orateurs du Tribunal*, red. G. J. Favard de Langlade, Paryż 1804.

²⁴ F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodexu Napoleona...*, s. 16.

²⁵ *Ibidem*, s. 6.

sferami: świecką (państwową) oraz religijną, należącą do prawa i świata boskiego²⁶. Demokratyczny charakter zawdzięcza ona temu, że autor powołuje się przede wszystkim na podstawową zasadę Kodeksu, czyli na równość wobec prawa, oraz poprzez to, że często przytaczanym tłem dla problemów małżeńskich i podejmowanymi w związku z nimi czynnościami procesowymi i decyzjami małżonków jest „towarzystwo”, czyli społeczeństwo.

Towarzystwo–społeczeństwo to kategoria, którą autor przywołuje kilkakrotnie w celu egzemplifikacji swojej podstawowej tezy, że podług Kodeksu Napoleona rozwód to instytucja wielce niepożądana i negatywna, która powinna być stosowana ostrożnie i w nielicznych przypadkach, a organy wymiaru sprawiedliwości muszą czynić wszystko, żeby odwieść od niego strony. Pomijając zagadnienia natury religijnej, Szaniawski twierdzi, że wszelkie prawa winny dotyczyć socjety raczej, a nie poszczególnych jednostek. Stwierdza, że „często mniejszym złem jest jawna przeciw prawom rozwiązłość w obyczajach, powszechną odrazę ciągnąca za sobą niż nawet stwierdzone prawem szybkie stanu przemiany, dla dogadzania dziwactwu chęci, i przemiającym widokom”. Oprócz sankcji w postaci następczego rozmyślenia się rozwodnika najważniejszym argumentem przeciwko rozwodom jest sytuacja wychowawcza dziecka z rozwiązanego lub tylko unieważnionego małżeństwa. Obok spraw czysto wychowawczych, jak bliżej nieokreślona „pociecha familiynego życia”, Szaniawski zauważa, że dziecko z tak „zakończonemu” związku małżeńskiego ma o wiele gorszą pozycję społeczną i można je porównać do sieroty, w związku z czym słusznie związane są silne uprawnienia o charakterze kształtującym i moderującym sędziów w sprawach o rozwód. Warto w tym miejscu podkreślić, że sprawy o rozwód były rozpatrywane w I instancji przez trybunały cywilne. W samym Trybunale Cywilnym Kaliskim w latach 1808–1812 było kilkadziesiąt spraw rozwodowych lub skutkujących rozwodem (np. o obelgi) rocznie²⁷. Na marginesie należy zauważyć, że zasada dobra społecznego jest zwycięsko przeciwstawiana zasadzie dobra jednostki²⁸, co nie do końca odpowiada liberalnemu duchowi Kodeksu oraz pierwowzorom napoleońskiego rozwodu z *droit intermédiaire*²⁹.

Szaniawski podkreśla, że w sprawach małżeńskich stronami nie są wyłącznie małżonkowie, ale w pewien sposób także społeczeństwo, które stoi na straży porządku rodzinnego – fundamentu ustroju państwowego. Nie są to zatem zwykle sprawy cywilne, w których sąd powinien pozostać bezstron-

²⁶ Ibidem, s. 4.

²⁷ Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół: Trybunał Cywilny Kaliski (dalej: AGAD, TCK), jednostki od 1 do 11.

²⁸ F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodeksu Napoleona...*, s. 7–11.

²⁹ K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 181 i nast.

nym arbitrem. W pracy *explicite* wyrażone jest stanowisko, że „Sędziowie są w tenczas obrońcami najważniejszego interesu towarzystwa, opiekunami sierot, stróżami obyczajów, podstawą na której się opiera tak potrzebne do szczęścia narodów, i osób familiyne życie”³⁰. Stanowisko tak wyrażone pozostaje spójne z obecnie przyjmowaną zasadą odrębności spraw cywilnych o charakterze rodzinnym od innych spraw cywilnych. Autor przywołuje całość uregulowań Tytułu VI Księgi I Kodeksu Napoleona (art. 229–311), żeby wykazać, iż opisane tam prawa, mechanizmy, procedura oraz zastrzeżenia mają na celu uzmysłowienie współmałżonkom negatywnych i dalekosiężnych skutków rozwodu (sytuacja rodziny, brak możliwości ponownego małżeństwa między rozwiedzionymi, czy okres wstrzymania się od ponownego wejścia w związek małżeński z inną osobą). Wymowny jest obowiązek sędziego, wynikający z art. 282 Kodeksu: „Sędzia obojgu razem, i każdemu z nich w szczególności, w przytomności dwóch notaryuszów, przełoży uwagi, i napomnienia przyzwoite; da im przeczytać Dział IV. Niniejszego Tytułu, który urządzi skutki rozwodu, i wystawi im wszelki wypadki, z takiego ich postępku”³¹.

Szaniawski traktuje rozwód oraz unieważnienie małżeństwa za równie niebezpieczne dla społeczeństwa i nie wdaje się w rozważania odnośnie do podstawowych różnic między tymi instytucjami³². Ponadto formułuje pogląd, że gdyby sądy trzymały się ściśle litery Kodeksu dotyczącej prawa o małżeństwach, wtedy „ledwo kiedy nieważność małżeńskiego związku wyrokować może”³³. W praktyce miano jednak do czynienia z tendencjami odwrotnymi. Przesłanki rozwiązania małżeństwa z Kodeksu Napoleona były interpretowane rozszerzająco³⁴, co w pierwszej kolejności dotyczyło obelgi jako podstawy żądania rozwodu.

Autor odnosi się również do treści przepisu art. 231 Kodeksu, gdzie mowa jest o trzech przyczynach żądania rozwodu przez każdego z małżonków: z powodu gwałtów, srogości i ciężkich obelg. Trzeba podkreślić, że ustawodawca francuski, oprócz podania przyczyn, nie załączył dodatkowej charakterystyki czy opisu, które ułatwiałyby przeprowadzenie precyzyjnej kwalifikacji różnych stanów faktycznych pod rzezone gwałty, srogości czy ciężkie obelgi³⁵. W pierwszym wydaniu tłumaczenia Szaniawskiego z 1808 roku przy art. 231 umieszczony został przypis (1) końcowy Tytułu VI Księgi I Kodeksu³⁶, w któ-

³⁰ F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodexu Napoleona...*, s. 10.

³¹ A. Rosner, *Pierwsze polskie tłumaczenia Kodeksu Napoleona*, [w:] K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona...*, s. 325.

³² F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodexu Napoleona...*, s. 11 i nast.

³³ *Ibidem*, s. 11.

³⁴ P. Pomianowski, *Z problematyki rozwodów w Księstwie Warszawskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, nr 2.

³⁵ *Code civil des Français...*, s. 77.

³⁶ A. Rosner, op. cit., s. 325 i 335.

rzym tłumacz zacytował wypowiedzi dwóch osób, które zamieszczone zostały w podanych wcześniej *motifs*: J.-P. Treicharta, radcy stanu we Francji, oraz J.-C. Gilleta, członka Trybunatu. Oba stanowiska są niezwykle ogólne, nie podają jakichkolwiek stanów faktycznych za przykład. Treichart podkreśla, że pod postacią gwałtów, srogości i ciężkich obelg należy rozumieć zachowania trwałe i niepodejmowane pod przypiływem przemijającego i chwilowego popędu, złego humoru czy nieukontentowania. Na marginesie dodajmy, że ustawiczność, wielokrotność i ciągłość zachowań składających się na gwałt, srogość czy ciężkie obelgi w Kodeksie Napoleona z 1804 roku korespondują z dzisiejszą sądową definicją psychicznego lub fizycznego znęcania się nad drugą osobą³⁷. Z kolei według zacytowanych słów Gilleta to gwałty wymierzone są w bezpieczeństwo cielesne małżonka, srogości ingerują w „spokojność i zachowanie przyzwoitości życia”, a ciężkie obelgi naruszają honor i sławę. Należy podkreślić, że w oryginalnym tekście francuskim Kodeksu z 1804 roku nie ma żadnych przypisów i zostały one przygotowane i dodane przez tłumacza, który czerpał ich treść z aktów powstałych we francuskich instytucjach publicznych w ramach debaty nad tekstem i rozumieniem Kodeksu. W omawianej broszurze o rozumieniu przepisów o rozwodach Kodeksu Napoleona Szaniawski ogranicza się do krótkiego opisu każdej z przyczyn wymienionej w art. 231 Kodeksu oraz przytacza (w odesłaniu) oryginalną, francuską wersję wypowiedzi Treicharta oraz Gilleta³⁸. Uważa, że sformułowania użyte w przepisie art. 231 Kodeksu nadto są ogólne, ale ich dokładne zrozumienie jest łatwe w oparciu o tekst oraz opinie załączone w odniesieniu³⁹.

3.2. Ewolucja poglądów na kwestię rozwodów w dalszej twórczości F. K. Szaniawskiego

Omawiana broszura była pierwszą wypowiedzią autora odnośnie do kwestii rozwodów na gruncie Kodeksu Napoleona, choć nie ostatnią. Swoje poglądy rozwijał zarówno w kolejnych pracach o ogólnym charakterze⁴⁰, jak i na łamach „Themis Polskiej”, gdzie starał się godzić z jednej strony tradycję staropolską i doktrynę katolicką, a z drugiej – wewnętrzną logikę Kodeksu Napoleona, który wywodził się z innej tradycji kulturowej. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że o ile w broszurze z 1811 roku Szaniawski bronił samej instytucji rozwodu, podkreślając jednak, że może być ona zasadna jedynie w nielicznych przypadkach i po przeprowadzeniu specjalnego postępowania

³⁷ Por. wyrok SN z 27 lutego 2002 r., II KKN 17/00, OSNKW z 2002 r. nr 7–8, poz. 55.

³⁸ F. K. Szaniawski, *Jak przepisy Kodexu Napoleona...*, s. 18–19.

³⁹ *Ibidem*, s. 12.

⁴⁰ F. K. Szaniawski, *Wiadomości początkowe w Nauce prawa przez X. Szaniawskiego D. O. P. i Profesora w Królewsko-Warszawskim Uniwersytecie*, Warszawa 1815, s. 128 i n.

w sprawie, gdyż sama zgodność stron nie powinna wystarczać, to z czasem zmienia swoje stanowisko. Właśnie na łamach „Themis Polskiej”⁴¹, po uchyleniu w 1825 roku Księgi I Kodeksu i przyjęciu Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego Szaniawski przedstawia pogląd, w którym krytykuje instytucję rozvodu, gdyż może ona zachęcać innych do tego samego, co skutkowałoby pochopnością przy zawieraniu małżeństw⁴². Autor poleca jednak zamiast rozvodu stosowanie separacji jako bardziej właściwej, mniej niebezpiecznej społecznie oraz posiadającej długą tradycję i zgodnej z prawem kanonicznym. Według Rafała Kania mogło to wynikać z oportunistycznego samego Szaniawskiego w kontekście dojścia do głosu dawnej opozycji przeciwko ustawodawstwu francuskiemu⁴³.

4. Podsumowanie

Przechodząc do podsumowania, należy jeszcze raz podkreślić, że F. K. Szaniawski, duchowny Kościoła rzymskokatolickiego, zaraz po wprowadzeniu nowego ustawodawstwa francuskiego akceptował obecność instytucji rozvodu w Kodeksie Napoleona, obowiązującym na terytorium Księstwa Warszawskiego, tłumacząc, że zgodnie z rozumowaniem prawodawcy francuskiego rozwód jest mniejszym złem. Ten wentyl bezpieczeństwa powinien być stosowany bardzo rzadko i w szczególnie uzasadnionych przypadkach, a sędziowie trybunałów muszą w pierwszej kolejności dołożyć wszelkich starań, żeby chronić związek małżeński już zawarty. Szaniawski znał dobrze francuską tradycję prawną, dziwi więc brak nawiązania do o wiele bardziej liberalnych przepisów z okresu tzw. *droit intermédiaire* w tej materii, żeby pokazać, jak przepisy o rozwodach w Kodeksie Napoleona w istocie zostały zaostrzone w stosunku do prawa z lat dziewięćdziesiątych XVIII wieku we Francji. Szaniawski nie zapomina o wymiarze religijnym aktu małżeństwa, pisząc o podwójnym świecko-boskim charakterze małżeństwa, ale skupia się przede wszystkim na jego prawnym (laickim) i społecznym kontekście. Ostatecznie jego poglądy na ten temat uległy drastycznej zmianie wraz ze zmianą okoliczności politycznych w Królestwie Polskim, co tym bardziej może podkreślać raczej ich funkcjonalizm (po 1808 roku bronienie Kodeksu Napoleona jako całości), a po 1825 roku polityczny lub towarzyski oportunizm.

⁴¹ Idem, *Uwagi z powodu zastrzeżenia w artykule 203 i 249 Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego, że nieważność małżeństwa, rozwiązanie onegoż i rozłączenie co do stołu i łoża jedynie na zasadzie ustaw wyznawania małżonków uznanymi być mogą*, „Themis Polska” 1828, nr 3.

⁴² Ibidem, s. 133 i n.

⁴³ R. Kania, *Myśl polityczno-prawna Franciszka Ksawerego Szaniawskiego (1768–1830)*, Płock 2012, s. 388.

Bibliografia

Dokumenty archiwalne

Archiwum Główne Akt Dawnych, zespół: Trybunał Cywilny Kaliski.

Źródła

Code civil des Français, Paryż 1804.

Kodex Napoleona z przypisami, przekł. F. K. Szaniawski, Warszawa 1808.

Literatura

Bardach J., *Wacław Aleksander Maciejowski i jego współcześni*, Wrocław 1971.

Bieliński J., *Królewski Uniwersytet Warszawski*, Warszawa 1911.

Bieliński J., *Szkoła Prawa Księstwa Warszawskiego (1808–1815)*. *Zarys Historyczny*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1906, nr 9–19.

Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du Gouvernement; des rapports faits au Tribunal au nom de la Commission de législation; des opinions émises dans le cours de la discussion; des discours prononcés au Corps législatif par les orateurs du Tribunal, red. G. J. Favard de Langlade, Paryż 1804.

Dzieje Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego 1807–1915, red. S. Kieniewicz, Warszawa 1981.

Gillet J.-C., *Discours prononcé au corps législatif, par le tribun Gillet, l'un des orateurs chargés de présenter le voeu du tribunal, sur la loi relative au divorce*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paryż 1804.

Kania R., *Myśl polityczno-prawna Franciszka Ksawerego Szaniawskiego (1768–1830)*, Płock 2012.

Leśnodorski B., *Szkoła prawa i nauk administracyjnych w Księstwie Warszawskim*, [w:] *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego*, Warszawa 1963.

Pol K., *Poczet prawników polskich XIX–XX w.*, Warszawa 2011.

Pomianowski P., *Z problematyki rozwodów w Księstwie Warszawskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2014, nr 2.

Rosner A., *Pierwsze polskie tłumaczenia Kodeksu Napoleona*, [w:] K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008.

Savoye-Rollin J.-F., *Rapport fait Au trybunał, par le tribun Savoye-Rollin, au nom de la section de législation, sur la loi relative au divorce*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paris 1804.

Skarbek F., *Dzieje Księstwa Warszawskiego*, Warszawa 1860.

- Sójka-Zielińska K., *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008.
- Sójka-Zielińska K., *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009.
- Sobociński W., *Wydział Prawa w Uniwersytecie Warszawskim (1816–1831) i w szkole Głównej*, [w:] *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Warszawskiego*, Warszawa 1963.
- Suligowski A., *F. K. Szaniawski*, [w:] *Historia nauki polskiej*, t. VI, Wrocław 1974.
- Szaniawski F. K., *Jak przepisy Kodexu Napoleona o rozwodach rozumianými bydź maią?*, Warszawa 1811.
- Szaniawski F. K., *Organizacja Notariuszów i szkół prawa*, Warszawa 1807.
- Szaniawski F. K., *Wiadomości początkowe w Nauce prawa przez X. Szaniawskiego D. O. P. i Profesora w Królewsko-Warszawskim Uniwersytecie*, Warszawa 1815.
- Szaniawski F. K., *Uwagi z powodu zastrzeżenia w artykule 203 i 249 Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego, że nieważność małżeństwa, rozwiązanie onegoż i rozłączenie co do stołu i łoża jedynie na zasadzie ustaw wyznawania małżonków uznanymi być mogą*, „Themis Polska” 1828, nr 3.
- Treilhard J. B., *Exposé des motifs de la loi sur le divorce, par le conseiller d'état Treilhard*, [w:] *Code civil des Français: suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement...*, t. III, Paryż 1804.
- Wyczawski H. E., *Fr. Ks. Szaniawski*, [w:] *Słownik polskich teologów katolickich*, t. IV, Warszawa 1983.
- Zarys dziejów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808–2008*, red. G. Bałtruszajtys, Warszawa 2008.

Orzecznictwo

Wyrok SN z 27 lutego 2002 r., II KKN 17/00, OSNKW z 2002 r. nr 7–8, poz. 55.

Sanja Gligić

University of Belgrade
e-mail: gligic@ius.bg.ac.rs
phone: +381 11 30 27 612

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.06

Adulteresses and fornicatrices in Serbian law in the first half of the XIX century*

SUMMARY

During the first and second Serbian uprisings, under the influence of historic, social, cultural and ethnic processes which played a significant role in forming and developing the Serbian state, women were punished for the criminal acts of adultery and fornication, which is proven by a large number of verdicts, but also by custom and canonical rules which stipulated specific sanctions in these cases.

It can be concluded from mentioned verdicts in cases of adultery that the penal policy enforced by Karadjordje (First Uprising) was milder compared to the penal policy of Grand Duke Miloš (Second Uprising). At the time of Miloš's rule, on the evidence of preserved rulings, it can be seen that in the period between 1825 and 1828 adulteresses faced corporal punishment involving 50 to 100 lashes of the whip and/or exile in cases where the adultery was committed with a Turk. The period between 1837 and 1843 is characterized by a milder penal policy similar to that from the time of Karadjordje's rule (25 lashes of the whip), and even milder (10 lashes of the whip or 25 strokes of the stick) but with one difference – aside from corporal punishment jail terms were also frequently applied albeit for only short periods of time.

As for the punishing of fornicatrices, as opposed to the punishing of adulteresses, there is a discrepancy between canonical and customary rules on one side and legal regulations on the other. Fornicators were most frequently awarded the sentence of whipping (12 to 50 lashes), but in several cases of fornicator deliberation, verdicts were recorded regardless of the circumstances involved. If the misbehavior of a girl was discovered before her marriage, she (and her entire family) would be exposed as a laughing-stock, the chances of a regular marriage became minimal, and the most violent reaction of the village was to stone or exile the offender.

Sanctions stipulated by two legal systems – clerical canons and customary law norms, when it came to the criminal acts of adultery and fornication, were in essence almost identical in that both the church and the village stipulated the harshest fine for female

* The work was published in Serbian language in the review "Juridical Life", t. II, 2013, nr10, p. 205–221.

transgressors – their excommunication. The basic sanctions imposed by the Orthodox Church against “fallen” female members of the community ranged from the mild – denial of communion over a certain period of time, to those which, aside from the holy communion, also denied a female transgressor the presence during the second part of liturgy after prayer for non-christened, and the anathema – excommunication, which included exclusion from the church community (this was practiced in the most severe cases). These were not fines in the true sense of the word, but were more like categories of the present spiritual state of a particular member of the church, regardless of the type of transgression committed. However, the “sinner” always had to repent and return back to the community. This was the true purpose of these penances. As far as the customary law is concerned, it is known that it developed under a certain set of circumstances. Serbia, when it fell under Turkish rule, lost its legislative continuity. In the absence of state regulations, the customary law, simultaneously with church law and under its significant influence, became the only orient in the regulation of basic social relations and at the same time, its protector and guardian. All actions of individuals which differed from established social norms fell under the impact of public criticism and condemnation and were sanctioned in an appropriate way. Excommunication from the church or social community for these women was more severe than the death sentence which was sometimes levied for some of these criminal acts.

Key words: adulteresses, fornicatresses, legal rules, custom rules, canonical rules

Słowa kluczowe: cudzołożnice, nierządnice, prawo stanowione, prawo zwyczajowe, prawo kanoniczne

1. Introduction

It is a commonly known fact that legal awareness of a nation, during its historic development, can be judged by provisions on sanctions defined by the criminal legislation of that time. Furthermore, in order for a penalty to be adequate and proportionate, it must be compliant with local customs, because they are worth as much as people understand and acknowledge them. Conversely, penalties cannot survive indefinitely and over time must be replaced with more adequate and better ones.

At the end of the XVIII and at the beginning of the XIX century, at the time of turbulent uprisings in Serbia, outside of battles and conflicts, victories and defeats, diplomatic correspondences and negotiations, which are witnessed by the official historiography, inside of the traditional and patriarchal pattern, women had their own determined role. They were valued as labour and as a reproductive force, serving their fathers, husbands, fathers-in-law, as well as other male members of the family. They were owned by men and personified their feminine honour and honesty¹. Dishonest women were referred to as “whores” or “vixens”, while the saying for their families was that: “They

¹ V. S. Karadžić, *Materials for Serbian history of our time*, Belgrade 1898, p. 10.

hung their noses to their teeth, dropped their shame to their feet and threw honour to the mud”².

The aim of this essay is to describe how women of the first half of the XIX century (until adoption of the Serbian Criminal Code in 1860) were punished for the criminal acts of adultery and fornication. Since the rules of customary law were used for the defining of criminal law as well as for determining the punishment of criminal acts committed by women in concert with the positive law of that period, it was necessary to conduct a research by analyzing official and customary law simultaneously. On the basis of replies to questions posed by V. Bogisić in his “Materials”, in accordance with the old Latin saying “*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?*” it turned out that the customary law for some of the listed criminal acts were pointing to the application of the canon rules of the Orthodox church. For this reason it was also necessary to process canon law material related to adultery and fornication. Finally, and only after bringing rendered court verdicts to the focus of attention, could one then conclude that the practice of penalizing women for committed criminal acts involved the parallelism of customary and legal norms in determining punishment.

2. Adulteresses and fornicatresses

In 1883, Grand Duke Miloš Obrenović issued a “Decree on villages and parties” which states: “*Among other abuses which we ought to root out, there is also the gathering between men and women during night for parties, songs and collective work. This bad custom is not only contrary to good intentions, but also gives reason for quarrels, mutual fights and even murders*”³. It is further stated that he decided, in order to prevent such misfortunes and also to “*root out the vice of fornication during these gatherings*” to prohibit men to meet with women at night to collectively work or do something else. Women could meet to spin wool, but in someone’s home and only with other women, and not in the field as before. Captains were responsible for all offences of this kind, and they had the right to punish offenders with beatings in proportion to the magnitude of their guilt⁴.

² S. M. Mijatović, *Serbian customs (from Levča and Temenić), book I, Serbian Ethnographic Collection VII, Life and customs 4*, Belgrade 1907, p. 100.

³ T. R. Djordjevic, *Materials for Serbian customs from the time of the first rule of Grand duke Miloš, book I, Serbian Ethnographic Collection XIV, Life and customs 8*, Belgrade 1909, p. 458–459.

⁴ This order was repeated by Mihailo Obrenović in 1841 probably because young people continued to meet in this way at such gatherings and because as a result of the rise in passion criminal acts were being committed. T. Živanović, *Legal sources of Serbian criminal law and his historic development and the development of criminal justice between 1804 and 1865*, Belgrade 1967, p. 87, 159–160.

In 1839 Mihailo Obrenović, in his military law abstract, stipulated in Article 27 that each adultery and fornication would be severely punished, and the short decree from 1840 states the following: *“Individuals loving jointly in adultery shall be separated by civic authorities and sent to their legal spouses if they have them. Public fornicatrices ‘shall be fined more severely’, they should give up their ill-mannered life, or they shall be banished”*⁵. Ten years later in Article 71 of his *“Declaration on conclusion of the National Assembly”* held on St. Peter’s Day, Aleksandar Karadjordjevic ordered courts to start punishing more severely all cases of adultery⁶.

It was not uncommon for a village to hold a trial according to its own customary law when it became known that a woman was illegally living with someone else’s husband. The village court, comprised of male family heads from the community, usually met at sunset at the house of the village alderman. Because of the shame brought to the family of the woman accused of adultery, during evidentiary proceedings argumentation was mainly delivered by her close relatives. If there were no witnesses to the crime the accused would be acquitted, and if there were – she would be convicted. It sometimes even happened that the accused was beaten in order to obtain a confession. After guilt was proven, the adulteress became the subject of village punishment, that is – to public ridicule and mockery. One letter from the town of Požarevac in 1840 states that in the village of Klekovnik, one Svetomir Stojanović, a musician, caught his wife in infidelity and *“after giving her a good beating, he cut-off her hair and took her naked through the village”*⁷. As far as fornication is concerned, in one of the responses collected by V. Bogišić in his *“Materials”*, it is stated: *“The priests try the cases of fornication by denying communion to fornicatrices. The people, of course, despise them, but is not trying them, as it is said: God shall judge upon them!”*⁸.

In Karadjordje’s Code there are no provisions which directly regulate adultery and fornication, but Article 29 directly relates to these criminal acts: *“Legally married woman and man may not be separated without a significant cause and the high court and bishop”*⁹. Since the church (clerical) court is also mentioned here this article is in accordance with Canon 9 of Saint Vasil the Great, which states: after the *“word of God”*, the marriage cannot be divorced

⁵ T. Živanović, *Legal sources of Serbian criminal law and his historic development and the development of criminal justice between 1804 and 1865*, op. cit., p. 139, 149.

⁶ T. Živanović, op. cit., p. 206.

⁷ T. R. Djordjević, *Village as a court in our customary law*, [in:] *Collection of the Faculty of Philosophy, book I*, Belgrade 1948, p. 275–277.

⁸ V. Bogišić, *Materials from replies from various parts of the Slavic south*, Zagreb 1874, p. 577.

⁹ T. Živanović, op. cit., p. 87, 12.

except in the case of adultery¹⁰. At the time of the first Serbian uprising there were two eparchies: Belgrade Archdiocese and Šabac-Užice Eparchy. They were headed by Greeks, Metropolitan Leontije and Episcopo Atim, who were not liked by the people as they acknowledged Turkish rule. Under Karadjordje, the first courts were established (magistracy, principal and administrative) in liberated regions, which also deliberated on certain cases in the segment of canon law in principle, and within the jurisdiction of clerical courts. Transposition of their jurisdiction over matters regulated by canon law was not without foundation, because the courts were also comprised of the parson, cleric, priest and archpriest, while the court proceedings were organized each holiday after the congregation had left the church¹¹. For this reason in 1807 the assembly and Administrative Council met in order to introduce clerical courts. At the beginning of November 1808, Mr K. K. Rodofinikin stated in his report that there are three types of clerical courts – for priests, schools and divorce and marriage. However, as stated by M. Vukićević, since Šabac Magistracy also deliberated marital disputes there is no clear boundary between secular and clerical courts¹². This can also be seen from the verdict of Šabac Magistracy of May 2, 1808, which orders for Sava Tomić to be divorced from Marija, since her first husband Petar Miletić returned after seven years from the army and demanded for his wife to return. Slightly more than a year after Petar joined the army (not knowing if he was dead or alive) Marija married Sava and subsequently gave birth to four of his children. The court, under threat of punishment, ordered Marija to leave the three older children with Sava, and take only the youngest which she was still breastfeeding¹³. The secular court ruled in accordance with Canon 93 of the V–VI Council of Trullo, which states: *“A woman, whose husband left on a trip and if no news come of his welfare, and if she fails to wait and becomes certain of his demise and marries another man, such woman has committed an act of adultery. The same verdict shall*

¹⁰ It is important to say that St. Basil the Great in this rule equally strives for divorce in the case of adultery of both men and women. Equality is stressed exactly because it didn't exist in pre-Christian, Roman laws, and it took a long time to establish itself in the Christian society. Namely, according to these laws, women were subordinated to men in every aspect, and were even denied the right to a divorce when they discovered adultery of their husbands. Women had to put up with their husbands, regardless of their behavior, while they were allowed to get a divorce over infidelity. However, according to the teachings of St. Vasil the Great, other holy fathers and the church itself, the adultery was considered the cause for divorce for both husbands and wives. N. Milaš, *Rules of the Orthodox Church with explanations, book II*, Novi Sad 1896, p. 360–364.

¹¹ M. Vukićević, *Courts and their set-up at the time of uprising between 1804 and 1813*, “Police Bulletin”, 1905, nr 32, p. 307.

¹² M. Vukićević, *Courts and their set-up at the time of uprising between 1804 and 1813*, “Police Bulletin”, 1905, nr 34, p. 324, 326.

¹³ R. Popović, *Protocol and register of Šabac Magistracy between 1808 and 1812*, Belgrade 2010, no. 93, p. 30.

also fall upon wives of soldiers, who get married for not having any news of their husbands, as they, too, when their husbands leave, fail to wait for their return. Some lenience may only be granted when there is some certainty that a husband has passed away... But if the soldier returns after some time, whose wife went to another man in his absence, such soldier shall take his wife again, if he desires so; while she is to be given forgiveness because of her ignorance"¹⁴. T.R. Djordjević, also confirms that there were cases of polyandry in Serbian customary law for the same reasons as mentioned in canons of the Orthodox Church. Namely, he explains that in these cases women, after having no news of their husband, remarried and thus formally had two husbands¹⁵. Regardless of the fact that strict penalties were stipulated in cases of adultery by the Orthodox Church (denial of communion in the period of 3 to 18 years), Šabac Magistracy acts in accordance with this exception among canonical rules (by granting forgiveness) and does not punish Marija, only ordering her to return to her original husband Petar.

It is also interesting to note the different attitude of Šabac Magistracy in three more verdicts dealing with adultery. Because of the "bad" behaviour of his wife Ana, Stanko Todorović addressed the court for a third time. In its decision of August 25, 1808, the court adopted the decision that they could separate but that neither of them could marry again, while the male child is to stay with Stanko, who will pay Ana the sum of ten groschen¹⁶. In this case the court again acts in accordance with canonical rules. Namely, the marital bond between spouses can only be broken by the death of a spouse or some cause which supersedes the church idea of undividedness of a marriage and which dissolves its moral and religious foundation, and which also includes death, only in a different form (this relates to adultery and its different forms)¹⁷. Accordingly, the church considered only the first marriage "*as the holy act blessed by God*", while the second marriage was defined as epythymy. To those entering a second marriage the second rule of St. Nikephoros the Confessor was applied which stated that those "*entering the second marriage shall not be wed*"¹⁸. This verdict is also in accordance with customary rules. According to customary beliefs, it was allowed for a husband to "let his wife go", while maintaining the obligation to support her¹⁹. As stated in the above verdict,

¹⁴ N. Milaš, *Rules of the Orthodox Church with explanations, book I*, Belgrade–Šibenik 2004, p. 579–580.

¹⁵ T. R. Djordjević, *Materials for Serbian customs from the time of the first rule of Grand duke Miloš, book II, Serbian Ethnographic Collection XIX, Life and customs 11*, Belgrade 1913, p. 460.

¹⁶ R. Popović, *Protocol and register of Šabac Magistracy between 1808 and 1812*, op. cit., no. 338, p. 58.

¹⁷ N. Milaš, *book I*, op. cit., p. 573.

¹⁸ N. Milaš, *book II*, op. cit., p. 417, 511.

¹⁹ T. R. Djordjević, *Materials for Serbian customs from the time of the first rule of Grand duke Miloš, book I*, op. cit., p. 316.

Stanko had to pay Ana the sum of ten groschen. In the same year, on October 24th, the court decided that Petra, who wanted to divorce her husband, was guilty of adultery. She was punished with 25 lashes of the whip and ordered “to stay with her husband, that she must not quarrel with him and that they should live in peace”²⁰. Listed verdicts show that the court acted strictly in cases where the divorce was sought by wives caught in adultery. In a decision of the court dated April 13, 1811, it states that it releases from prison Beljo Vučetić, who committed adultery with the virgin Marija (she gave birth to his son out-of-wedlock). He spent three weeks in prison and received 75 strokes of the stick on two separate occasions. Unfortunately, since details of the verdict have not been preserved, one cannot know for certain whether or not Marija was punished. After this decision the Protocol of Šabac Magistracy mentions no other court deliberations and verdicts on marital disputes.

After a reform conducted in January 1811, dukes were forbidden to interfere with the clerical court (competent to try marital, clergy and clerical disputes) as these cases would be tried by the Metropolitan²¹. From the documents we have at our disposal it can be seen that since this reform secular courts were separated from clerical courts²².

While deliberating on the basis of its laws and provisions on extramarital relations the Orthodox Church drew a distinction between the categories of fornication and adultery.

Fornication was considered to be an act in which someone was fulfilling lustful” desire but without any offence to others. Hence, fornication was tied

²⁰ R. Popović, *Protocol and register of Šabac Magistracy between 1808 and 1812*, op. cit., no. 406, p. 69.

²¹ In more than ten “decrees” issued to dukes in the period between January 1811 and January 1812 a similar formulation can be seen: “You should not interfere with the clerical and spiritual, as the Metropolitan would be put on trial here, while clergy and monks should not interfere in secular and military matters”. V. B. Savić, *Karadjordje, Documents II (1810–1812)*, Gornji Milanovac 1988, no. 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 593, 594, 654, 683, 707, 791, p. 864, 866–867, 869, 872, 874, 877, 879, 884, 886, 954, 984, 1010, 1111.

²² It can be seen from Karadjordje’s Protocol Registry (no. 867) dated July 1812 that marital disputes are being forwarded for processing to Metropolitan: “It was written to the duke Miloš Marinković not to allow woman Stanika to get married until Mr Metropolitan arrives as she was forcefully took away from her husband this winter, while her husband is now seeking her back”. Protocol Registry (no. 934) also states Karadjordje’s order from September 1812: “It was written to the Metropolitan concerning his work, that he should act by the law and manage clerical and clergy matters, and that he should not be prevented in these matters by anyone”. I. Stojanović, *Registry Protocol from May 21, 1812 until August 5, 1813 of Karadjordje Petrović, supreme leader and the patron of Serbian people*, Belgrade 1848, p. 48; During the processing marital disputes the Metropolitan was issuing the book of release to a party, which then had the right to marry. Such book of release was issued in March 1813 by the Metropolitan Leontije to some Magdalena: “Party to the dispute Magdalena, after being rightfully released by her former first husband Risto, is now being issued a release so she could be able to find another opportunity, and in such case she should be married without any prejudice and allowed to enter the second marriage, which is why we are issuing such verification and marital release letter”. M. Vukićević, *Courts and their set-up at the time of uprising between 1804 and 1813*, “Police Bulletin”, 1905, nr 34, p. 373.

to persons who were not married, so the fornication was not offending any third party – either a husband or a wife. According to this, fornication is different to adultery which is spiteful and offending to a third party, from which it can be concluded that adultery is an illegal relation with someone else's husband or wife. However, St. Gregory of Nyssa, the younger brother of St. Basil the Great, claimed, that fornication was also an adultery, as the only legal relation was the marital relation blessed by God and the church. Fathers, however, adopted the listed difference and have stipulated in their canons harsher fines for adulterers, as their transgression desecrated the holy institution of marriage²³.

Canon 20 of the I Synod of Ancyra sanctions the adulteress with a seven-year epythymy, while Canon 87 of the Quinisext Council of Trullo further develops the Ancyra rule defining the following: *“such must be ‘weepers’ for a year, ‘hearers’ for two years, ‘prostrators’ for three years, and in the seventh year to stand with the faithful, if with tears they do penance”*²⁴. It is interesting that brothers St. Basil the Great and St. Gregory of Nyssa, stipulate much harsher sanctions. Canon 58 of St. Basil the Great denies communion to the adulteress over a period of fifteen years, while Canon 4 of St. Gregory of Nyssa allows her a communion after eighteen years²⁵. St. John the Faster says that the adulteress ought to be given a communion after three years, but that she needs to “pray in modesty and fast, and eat a simple dry meal in the evening, while she needs to pray 200 times per day”. Furthermore, he says, if she is not diligent in performing the actions defined she should endure fifteen years of penance²⁶.

Aside from marital infidelity the church also considered the following cases as an adultery: when the lawful husband releases his wife from home, it is considered that she cannot remarry, and if she nevertheless gets married to another man, she should be considered an adulteress (and if the husband is at fault by leading his wife into adultery, the wife shall still be convicted of adultery, as she was called an adulteress by the Lord himself); but also a woman's consecutive marriage before definitive and verified pronouncement of death of her former husband (this relates to cases in which the husband went to war, army, work outside of his place of residence, and generally on a trip from which he did not return for years, without any news of him, which practically meant that it remained unknown if he was alive or dead). In order to prevent the remarriage of women whose husbands were still alive, the church requested written confirmation of their death, and the people had a custom stating that women in these situations (having had no news from their husband for a long

²³ N. Milaš, *book I*, op. cit., p. 81.

²⁴ N. Milaš, *book II*, op. cit., p. 22; *book I*, op. cit., p. 572.

²⁵ N. Milaš, *book II*, op. cit., p. 408, 460.

²⁶ N. Milaš, *book II*, op. cit., p. 508, 512.

time), had to wait for nine years for their husbands to return, and only then to be allowed to marry another man. If a woman received news of her lawful husband's death, the widow had the right to remarry after one year spent in mourning²⁷. In all cases of adultery canonical law imposed a fifteen-year term of penance, while women who honestly confessed and stood before the priest were allowed to avoid being publicly denounced by standing among other sinners, and they could stand in church during liturgy among other believers, so their serious sin could remain undetected²⁸. This rule was probably introduced so these women would not be embarrassed publicly, as the adultery of a woman was also frequently the cause of her death. According to the records gathered by T.R. Djordjević, in 1830, Duke Milovan Kukić from Požarevac wrote to Grand duke Miloš describing how he went to the village of Boževac to participate in execution of a death penalty over Jovan Zivković, who together with Kumrija, with whom he lived in illegal relations, killed her husband Raka. Because of the fact that she had six children, Kurmija was pardoned, but regardless of this fact "*women from the village took the stones, gathered [together] and stoned Kumrija to death*"²⁹. Hence, a woman could sometimes not escape ill fate even in the case of a liberating court verdict.

As stated by M. Vukićević, many provisions of written medieval Serbian state laws, after long application, were accepted by people and later became a folk custom³⁰. Dušan's Code from the XIV century contains no provisions on adultery because this segment was regulated in detail by Syntagma Canonum which contains two interesting provisions: that the adulteress, after the execution of corporal punishment (cutting off the nose, shaving of the head and beating), also had to stay for two years in a monastery prison (M-3,4.); that the murder of a lover by the wronged husband was allowed if he caught his wife in the act of adultery with that lover (M-3,2)³¹. Customary law, which was in force in Serbia during the first half of the XIX century, was characterized by the stipulated punishment of cutting off the hair and beating of the adulteress.

The Magistrate Court in Ćuprija on August 6, 1825, convicted Paun Korlanović and ordered him to pay 100 groschen since he, as a married man, engaged in an adultery with a virgin, Ruža. Furthermore, Ruža became pregnant and gave birth to a child. Since the child died after birth "*the parents of the virgin wisely behaved, fearing of the punishment from two sides, and honestly treated*

²⁷ V. Bogišić, *Collection of present legal customs of South Slavs, book I*, JAZU Zagreb 1874, p. 184–186.

²⁸ N. Milaš, *book II*, op. cit., p. 402, 392; N. Milaš, *book I*, op. cit., p. 579.

²⁹ T. R. Djordjević, *Village as a court in our customary law*, op. cit., p. 273.

³⁰ M. Vukićević, *Courts and their set-up at the time of uprising between 1804 and 1813*, "Police Bulletin", 1905, nr 29, p. 276.

³¹ A. Solovjev, *Dušan's Code 1349 and 1354*, Belgrade 1980, p. 218–219; A. Solovjev, *The history of Slavic laws, Laws of Stefan Dušan, the emperor of Serbs and Greeks*, Belgrade 1998, p. 490–491.

the child, burying him with dignity, while other people also witness that the child died naturally, without any foul play at stake". After determining that the woman had nothing to do with her child's death, and that her only crime was one of committing adultery, she was then sentenced to 50 lashes of the whip³². Here it is important to note how much attention judicial investigative bodies paid to reliably determine whether a child was murdered, since in the case mentioned, had that have occurred, the punishment would have been much harsher. Two years later, on January 23, the Magistrate Court in Valjevo convicted Marta to 100 lashes of the whip for committing adultery with the younger brother of her husband Petar and subsequently giving birth to a female child from this extramarital relationship. Petar decided to remain in the family household but only until he found himself a new wife, and he even obtained a letter of release (the so-called book of release)³³ from the Archbishop of Šabac. When a bastard is born in a marriage the husband may release his wife, with an obligation for the lover and wife's father to pay him a compensation determined by the court. In this case, since they all lived together in a family household, this rule was not applied. Petar decided that Marta could stay, and that he would leave³⁴. Seeking of the book of release from the Archbishop falls within the delimitation between jurisdictions of secular and clerical courts in the matters of family rights, while the extremely high fine of 100 lashes was explained by the court as justified in that Marta, being "*older, wiser and more mature let the younger lover upon her*"³⁵.

Belgrade Court in two verdicts convicted two adulteresses to exile. The first verdict is from May 28, 1826: "*there are two women – Velika, who has a husband in township Grocka – and Stanica, who also has a husband there, but does not live with him; and they have both grossly transgressed. They were the cause of the death of late Živko, who was killed by the gunner. Velika has also previously [been] making adultery offences with Turks, she was arrested here and handed over to her husband to take her back to Grocka, but she ran away from him while he was returning her home and she again ran to Turks gunners. After we sent our guard Stojan to bring her back from [the] Turks she tried to grab the knife from his belt and cut his arm and yelled to [the] Turks for help; she was later tied and brought back to the jail. In consideration of such developments, it was decided for both women to be punished by death*". However, since the case of Velika and Stanica was presented to the Grand Vizier, he decided on June 2 of the same year "*that*

³² O. Gavrilović, *Magistrate Court in Čuprija 1815–1865*, Belgrade 1991, no. 108, p. 141–142.

³³ The book of release was issued by the Metropolitan or Archbishop in cases when the marriage divorce was allowed, and it served as a proof that another marriage can be entered into. See footnote no. 22.

³⁴ It is interesting to state an opinion that the number of adulteries in Serbia grows from the moment of dissolution of family unions. V. Erlih, *Yugoslav families in transformation*, Zagreb 1971, p. 311.

³⁵ O. Gavrilović, *Magistrate Court in Valjevo 1815–1865*, Belgrade 1973, no. 56, p. 249–250.

it would be hideous to punish these two women by death and that it would be better if they would be exiled somewhere than to spill their blood and have them on conscience"³⁶. In the second verdict from January 18, 1828, the court acted upon a complaint filed by Gliša from the village of Veliko Selo: he asks for his wife Ana to be returned to him with whom she has two children, as she ran away from home and went to the Turks for the purpose of marrying one Topci-Mehmet. For this reason the Grand Vizier was asked to act and who, with much difficulty, returned this woman from the Turks. When the court informed Gliša and the aldermen from Veliko Selo that his wife had returned, the aldermen agreed that *"they would not be having Gliša's wife back in the village again, as this was her third time to run away, especially since she was not acting honestly in the village but was doing many fornicating acts"*³⁷. It was decided that this woman should be exiled as the village had already adopted such decision, while Gliša, as he didn't wish to leave his household, changed his mind and decided to obtain a divorce. Both verdicts show that punishments involving exile (and almost a death penalty) were being adopted for the adultery of women with Turks. That this policy remained intact for a considerable period of time and before other courts as well, is shown by the request of Duke Miloslav Zdravković (former president of Belgrade Court) filed to the Magistrate Court in Čuprija on April 27, 1832. Miloslav asks Grand Duke Miloš to exile local barkeeper Damjan and his wife who committed adultery with the Turk Sulejman. Sulejman wounded this woman with a gun and fled, but this was not the first time that she had caused a fight with Turks because of her *"ill behaviour... let them go somewhere else, and they should not remain here causing further trouble"*³⁸.

Belgrade Court on July 18, 1835, issued a decree to all captains: *"Many married women are leaving their husbands in Austria or leaving them here and moving to Austria thus doing a great harm to their husbands, who are not free to get married for the second time if their wives are alive. This is why his grace, our merciful master and our Grand Duke decided that each woman who left her husband in Austria, if her husband would want her back, must return back to her husband without any excuse or objection"*³⁹. The Grand Duke probably issued this decree because many adulteresses were running away to Austria. This is also confirmed by the verdict of Požarevac Magistracy on November 28, 1839, according to which Marija, after eight days spent in prison, was further punished with 25 lashes of the whip. Regardless of the fact that she was married, she committed adultery with Ivko Rajković, with the two adulterers being caught at the moment they

³⁶ B. Peruničić, *Belgrade Court 1819–1839*, Belgrade 1964, no. 220, p. 247–248; no. 314, p. 249.

³⁷ B. Peruničić, *Belgrade Court 1819–1839*, op. cit., no. 60, p. 399–400.

³⁸ O. Gavrilović, *Magistrate Court in Čuprija 1815–1865*, op. cit., no. 620, p. 165.

³⁹ B. Peruničić, *Belgrade Court 1819–1839*, op. cit., no. 702, p. 633.

were attempting to flee to Austria⁴⁰. There is also an interesting verdict adopted on May 30 of the same year, when Bogdana filed a lawsuit against her husband Bogdan, allegedly complaining that he unjustly beat her. Požarevac Magistracy investigated the case and determined that Bogdana deserved this beating as she was constantly committing adultery. In consequence it was she the court punished, sentencing her to 10 lashes of the whip⁴¹.

Two more verdicts confirm that clerical courts were competent for marriage dissolution cases. Namely, on October 4, 1843, Petar Martić filed a suit against his wife Nara because she was not doing anything around the house, was constantly committing adultery and speaking to him in foul language before the aldermen. The court decided that Nara, after spending two days in prison, should receive 25 lashes of the whip and then be returned to her home to become a good wife to her husband, *“and if this proves to be impossible and if there is no improvement in the future, as described by the holy marriage, they should turn themselves to the competent clerical authority with their problems”*⁴². In the second verdict of March 4, 1837, the Magistrate Court in Valjevo sentenced both Pantelija and Ilinka, the wife of his neighbour, to 25 strokes of the stick. The verdict also stated that Ilinka and her husband, along with Pantelija, were to be sent to the competent Episcopo *“since solution to this case falls into the jurisdiction of [the] clerical authority and it should be deciding in this case”*⁴³. However, the verdict of February 11, 1829, testifies that there was no final demarcation of jurisdictions between secular and clerical courts in the segment of marital law. Namely, the Grand People’s Court after three days of attempts to reconcile Toma Stojković from Belgrade and his wife Hristina decided *“for the marital union to be dissolved and Toma’s house in Belgrade to be left to his wife Hristina and children, while Toma’s other assets are to be left to him to enjoy... and he should leave the house and his wife to live in peace”*. The request for marriage dissolution was filed by Toma because of his wife’s adultery, but the court in the meantime determined that he was a bad man who beat his wife with a log for no reason during any given time of day or night, committed adultery and even brought his mistresses to the marital home. During all three attempts at reconciliation, Hristina, was asking for forgiveness from her husband and did not wish to get a divorce, but the court in its justification stated that it was divorcing this married couple for the fear that some

⁴⁰ S. Maksimović, *Trials in Principality of Serbia before written laws from the archive of Požarevac Magistrate*, op. cit., no. 977, p. 133.

⁴¹ S. Maksimović, *Trials in Principality of Serbia before written laws from the archive of Požarevac Magistrate*, op. cit., no. 747, p. 128.

⁴² S. Maksimović, op. cit., no. 302, p. 171.

⁴³ O. Gavrilović, *Magistrate Court in Valjevo 1815–1865*, op. cit., no. 349/1837, p. 281.

greater evil might happen between them and in order to prevent a potential murder⁴⁴. This verdict disputes the finding of authors who say that in the period of the Second Uprising, more precisely since Karadjordje's reform of 1811, there was a definitive demarcation between the competence of secular and clerical courts in the matters of marital disputes⁴⁵.

It can be concluded from mentioned verdicts in cases of adultery that the penal policy enforced by Karadjordje was milder compared to the penal policy of Grand Duke Miloš. At the time of Miloš's rule, on the evidence of preserved rulings, it can be seen that in the period between 1825 and 1828 adulteresses faced corporal punishment involving 50 to 100 lashes of the whip and/or exile in cases where the adultery was committed with a Turk. The period between 1837 and 1843 is characterized by a milder penal policy similar to that from the time of Karadjordje's rule (25 lashes of the whip), and even milder (10 lashes of the whip or 25 strokes of the stick), but with one difference – aside from corporal punishment jail terms were also frequently applied albeit for only short periods of time.

As far as fornication is concerned, St. Basil the Great in Canon 26, stresses that fornication (between unmarried couples) is not a marriage or a foundation for marriage, while those living in such relations should separate as soon as possible *"and if they wouldn't, then they should stay together so they would not generate a greater evil"* (this probably relates to couples who remain unmarried), but in this case they ought to receive the punishment stipulated for fornication. Aside from concubinage, the church also considered the following cases as a form of fornication: if a woman enters marital relations with a man unaware that he already has a wife who has left him but who later returns and the original marriage resumes, the second wife is therefore guilty of fornication albeit out of ignorance; and when a woman fornicates with a relative, two brothers or a eunuch. The fornicator shall be sanctioned with nine years of confession deprivation as per the 4th rule of St. Gregory of Nyssa, with seven years as per the 59th rule of St. Basil the Great (with the explanation that she should cry for two years, listen for two years, kneel for two years, stand among believers for one year, and can get obtain communion in the eighth year), and with three years as per the 24th rule of St. John the Faster with an obligation to fast each day (she is allowed to eat a non-cooked and non-seasoned meal in the evening alone) and does five hundred prayers. With precisely set rules for fornication and adultery, St. John the Faster also adds rule 11 which states that epythymy also covers women which come into contact

⁴⁴ B. Peruničić, *Belgrade Court 1819–1839*, op. cit., no. 27, p. 426–429.

⁴⁵ Mirković thinks that from the time of the Second Serbian Uprising the matter of the marital right was undoubtedly in the competence of the Orthodox Church. Z. S. Mirković, *Karadjordje's Code (criminal, family and state law during the uprising period in Serbia)*, Belgrade 2008, p. 127.

with men and kiss them, even though they have no bodily transgressions⁴⁶. This rule matches Miloš's "Decree on villages and parties", which stipulates sanctions in the case when men meet women at gatherings, "to spin wool or do something else".

A girl which acted in a fornicating manner usually ended up married to some poor man or widower, frequently far away from her village, and in the worst case, a young man and woman who transgressed in this way would be banished from the community or stoned. T.R. Djordjevic even mentions a case from the town of Risan where a priest, adopting a decision on two young offenders on the basis of Nomocanon, ordered for them to be stoned to death, while the execution of this punishment was supposed to be initiated and the first stones thrown by their respective parents⁴⁷.

At the time of the First Uprising, Šabac Magistracy adopted different verdicts in three cases of the criminal act of fornication. In the verdict of May 20, 1808, the court harshly punished the fornication between Stevan Mihajlović and Andjelija Živanović with 100 strokes of the stick to the boy and 50 lashes of the whip to the girl, threatening them with drowning in the event they repeated the crime. In the same year, on August 25, "we tried Pavo Jekšerić and Marko's daughter from village Brdarica, who had fornicated with Pavo as her uncle. They were also caught before when they lied to the girl's father Marko and priest Janko that they were stolen 500 ducats, after which they were both given 200 sticks. In spite of this they wouldn't join the righteous way, but Pavo went on Saint Elijah day for her and took her half way to town Valjevo, and they again fornicated, and on [the] third occasion Pavo hired a dray and went from Šabac for her to Brdarica, and took her over night from her father and mother, wanting to flee to Austria with her, but her father learned of this plan and told us. This is why we issued the following verdict: [the] girl should be sent home, and no one should speak ill to her, while Pavo is to be sent to Belgrade jail". One year later, on July 4, Arsen Rakić reported to the court that the girl Marija came to him without any force. After questioning the aldermen from Šabac county and Marija, the court concluded that no force was exerted in this case, which is why the court allowed for Arsen and Marija to get married⁴⁸. In this case the matter of the marriage law was in the competence of the secular court.

At the time of the Second Uprising one verdict of the Belgrade Court stands out which was adopted on August 18, 1819. The verdict stated that Nikola and Andjelija have confessed to fornication without force, for which Nikola was

⁴⁶ N. Milaš, *Rules of the Orthodox Church with explanations, book II*, op. cit., p. 382, 400, 408, 506, 507, 509, 519.

⁴⁷ T. R. Djordjević, *Innocence of girls in our people*, "Ethnographic Museum Bulletin" 1928, nr 3, p. 15.

⁴⁸ R. Popović, *Protocol and register of Šabac Magistracy between 1808 and 1812*, op. cit., no. 163, p. 38; no. 339, p. 58; no. 587, p. 99.

ordered to pay Andjelija the sum of 100 groschen⁴⁹. Almost ten years later, before the same court, on January 13, 1828, Marija Vlainja from Savska mala, was punished with 12 lashes of the whip because of her fornication with an unmarried man Djordje Vasiljević⁵⁰.

The cooperation between clerical and secular authorities in the prevention of fornication is also evidenced by the letter of the Episcopo of Belgrade Archdiocese, Petar Joanović, that was sent to Belgrade Court on February 24, 1838, and in which it asks for the court to undertake measures against this criminal act. In his letter the Episcopo gives the names of fifteen couples for which the Consistory determined and established that they had committed fornication. Some of these relations resulted in the birth of children, which is why: *“the Glorious Grand Duke’s Magistracy is being herewith kindly asked to bring the above-named individuals to the court and oblige them to give up their fornicating life by separating them and threatening them with harsh bodily fines, thus prohibiting them from ever again living in fornication, while taking into consideration that some of these individuals could eventually get married, which is why they should be ordered that for this reason they should appear either before the Consistory or the local Protopresbyter Josif Stefanović”*⁵¹.

The tragic consequences of fornication are also witnessed by a verdict dated November 19, 1839, adopted by the Magistrate Court in Valjevo. Namely, Marko Stepanović, a widower, engaged in fornication with his stepdaughters Jovana and Ivana. Both became pregnant by him. While Jovana, who in the meantime had married, hung herself from shame, Ivana, after being given a gunpowder to drink by Marko during her pregnancy, had a stillbirth and threw her dead infant to the pigs, after which she got married to Mitar Vukašinović. The court decided that Marko should be sentenced to one year in prison in shackles, following which he should undergo six rounds of whipping by three hundred men, while Ivana was sentenced to 50 lashes of the whip. The Appellate Court increased the fine to Marko asking that he should undergo ten rounds of whipping by three hundred men after serving the jail term in shackles, while Ivana was left with the same punishment. The Grand Duke’s regents in their decision were prone to a more lenient solution and ruled that the verdict of the Magistrate Court in Valjevo should stand, after which the Court of Appeals delivered this ruling to the Magistrate Court in Valjevo and approved execution of the verdict⁵². Therefore, Ivana, who was deemed to have committed the dual crimes of fornication and infanticide, received punishment

⁴⁹ B. Peruničić, *Belgrade Court 1819–1839*, op. cit., no. 395, p. 69.

⁵⁰ B. Peruničić, op. cit., no. 51, p. 399.

⁵¹ B. Peruničić, op. cit., no. 104, p. 371.

⁵² O. Gavrilović, *Valjevo Magistrate Court 1815–1865*, op. cit., no. 2228, 361, 1380, 2317, 657/1839, p. 293–301.

of 50 lashes of the whip. Before the same court, on April 18, 1846, Milivoje Cesarović and Manda, the widow of the late Marko Cesarović, were accused of fornication which produced a male child. Brother-in-law and sister-in-law received the same punishment: six months in jail “[the] *first in chains and the other one in shackles*” together with 50 strokes of the stick for him and 50 lashes of the whip for her, of which 25 were to be administered at the beginning of the jail term and 25 at the end in both cases. The Appellate Court upheld the verdict⁵³.

That not only female adulteresses were running away to Austria is confirmed by the verdict of April 16, 1841, adopted after a trial before Požarevac Magistracy. Janko Nikolić and Stojadin Milosavljević had proposed to their girlfriends Stana and Anka, but because of kinship the clerical authorities could neither consent to or perform such marriage. For this reason they succeeded in finding people who would help them flee to Austria, get married there, and return home after the wedding. All of them confessed their guilt and the court decided the following: Janko and Stojadin were to receive 25 strokes of the stick each and a month in jail in shackles, while Stana and Anka were each to receive 20 lashes of the whip and returned to their parents⁵⁴. As the obstacle for conclusion of the marriage is kinship, it is possible that the Magistracy in Požarevac stood and upheld the measures which were requested against fornication by the Episcopo of Belgrade in 1838, so, in accordance with such request, the court punished the fornicators. That such measures were necessary is also shown by the following verdict before the same court adopted on May 26, 1841. Pavle Roškić, Mijat Budimirović and Jovo Kokorić committed fornication with the virgin Marija from the village of Melnice, this shameful act having been mediated by Marija’s older cousin Pavle Martinović and neighbour Janoš Musija. Not knowing with whom of these three men she had become pregnant Marija had an abortion. This is why the court decided to punish her with 30 lashes of the whip, while the fornicators and panders were each punished with 30 strokes of the stick⁵⁵. The verdict from February 16, 1844, shows how differently the court acted in a similar case. Namely, Marta became pregnant by fornicating with her boyfriend Stojadin Bogdanović and had an abortion. Požarevac Magistracy reached a decision to allow her to go free because at the time she had believed that Stojadin would marry her, an event that had not taken place and in the meantime she had married another man. Stojadin, for his part, was ordered to pay the girl and competent alder-

⁵³ O. Gavrilović, op. cit., no. 1282, 89/847, p. 314–315.

⁵⁴ S. Maksimović, *Trials in the Principality of Serbia before written laws from the archive of Požarevac Magistracy*, op. cit., no. 117, p. 143–144.

⁵⁵ S. Maksimović, op. cit., no. 204, p. 145–146.

men 3 ducats⁵⁶. Almost thirty years earlier the verdict of Belgrade Court in similar circumstances was to issue a pecuniary fine only, which was paid by the fornicator the same as in this case. The time period between these two verdicts is rich with examples of harsh fines, both for male fornicators (from lashes by three hundred men, jail terms ranging between one month to one year in chains or shackles, to stick beatings of 25–50 strokes), and female fornicators, who were most frequently punished by 12 to 50 lashes of the whip and a jail term in shackles.

If we adopt the definition of the Orthodox Church according to which fornication represents an act which *“happens with an individual not tied in a marriage and is thus not offending a third party”*, we can say that this principle also extends to prostitution. Selling women for money is mentioned among the residents of the village of Takovo where the so-called “Friday women” existed – women who went on Friday (market day in the town of Gornji Milanovac), *“to allegedly sell something on the market, but [who] actually went to Gornji Milanovac to sell themselves for money and gifts in kind”*⁵⁷. Women prostitutes were called bad names and were morally considered as fallen persons with no place among other women, but responses contained in V. Bogišić’s “Materials” illustrate that such women were being mildly punished, or not punished at all: *“there is a lot of public fornication, which is generally known; but as no one is reporting this to authorities, it goes on unpunished... This type of activity should be more severely punished in district Zemun, where there are a lot of inns, in which women fornicators operate in backrooms”*⁵⁸.

The “Police Directive Act” of May 27, 1850, in its fourth chapter (Articles 27–30) stipulates penalties in cases of public fornication: for “women” and their panders 3 to 12 days in jail, and if *“caught for the third time in this offence, they should be fined more severely, and then exiled from the place for a period of 3 to 12 months”*; and for *“innkeepers, who provide the opportunity for fornication”* to pay a pecuniary fine of 5 to 10 thalers⁵⁹. The punishment of exile defined by Mihailo Obrenović in this decree remained in force but only in the case of repeated offence, while jail terms and pecuniary fines represented novelties. However because of the short time period and small sums of money involved, it can be concluded that customary and existing laws did not differ much when it came to prostitution. In the case of adultery, Article 33 determines the following: *“A man who illegally lives with someone else’s wife or girlfriend should be*

⁵⁶ S. Maksimović, *Trials in the Principality of Serbia before written laws from the archive of Požarevac Magistracy*, op. cit., no. 34, p. 172–173.

⁵⁷ M. Filipović, *Residents of Takovo, Ethnological observations, Serbian Ethnographic Collection LXXX, Discussions and materials 7*, SANU Belgrade 1972, p. 63.

⁵⁸ V. Bogišić, *Materials from replies from various parts of the Slavic south*, op. cit., p. 577.

⁵⁹ T. Živanović, *Legal sources of Serbian criminal law and his historic development and the development of criminal justice between 1804 and 1865*, op. cit., p. 232.

sent to police detention and fined with a jail term of 6 to 12 days, while such woman or girlfriend should be sent home to her husband or parents, or if she has no home, she should be exiled to another country". From material on legal customs it can be seen that women being forcefully returned to their husbands or parents in the case of adultery were yet to face punishment, as the village was then due to try this matter. According to V. Bogišić, one adulteress was stoned near the town of Leskovac: "A man, who has transgressed with her, was forced to climb [carry] her on his back and take her to the streets, while anyone who was passing by was spitting at her and throwing rocks at her until she expired. Even her dead body was not spared, but was buried without priest and outside of the wings of church"⁶⁰. As far as the exile of women without a home is concerned, this is covered by an instance which is defined by the Orthodox Church as an act of adultery: when a man drives his wife off and she starts living with another man, regardless of the fact that her husband has forced her to live in adultery, she was nevertheless called an adulteress.

Not one single legal act in the time of Miloš included a list of all penalties that could be imposed on convicted individuals. Conversely, Mihailo Obrenović in his "Set-up of county courts" of January 26, 1840, Article 22, lists in detail all stipulated penalties: "death penalty, life in prison, eternal or temporary incarceration, temporary servitude with light or heavy iron or without iron, light public imprisonment or domestic incarceration, body punishment, which will be consisted of stick hits on buttocks up to 100 hits in total, and no more than 50 at once, or whip lashes up to the same count; financial fines, which will be ordered for smaller offences, which would not carry a fine of more than 25 sticks, or a prison term longer than one month, and cannot be higher than 25 thalers"⁶¹. From the penalties that can be listed from available court verdicts, it can be seen that women were most frequently sentenced with corporal punishment including whip lashings, which, as Article 22 states, was limited to a maximum count of 100 lashes in total and no more than 50 lashes at one time. The Police Act of May 18, 1850, also stipulates (Article 49, Item 3): "If by law a body punishment is ordered, but it is determined that a transgressor because of some weakness or disease or some personal body condition, such as the case of pregnancy of women, cannot endure such punishment; then such punishment shall be replaced with a comparative jail time which can be simple or strict"⁶². Three years later and after adoption of the Law on replacement of corporal punishment of January 31, the court was authorized to divide whiplashing punishment into four instances (Article 9), while the police authorities were ordered to medically examine each individual scheduled

⁶⁰ V. Bogišić, *Materials from replies from various parts of the Slavic south*, op. cit., p. 535.

⁶¹ T. Živanović, *Legal sources of Serbian criminal law and his historic development and the development of criminal justice between 1804 and 1865*, op. cit., p. 145.

⁶² T. Živanović, op. cit., p. 226.

to undergo corporal punishment before it was executed, so as to determine whether or not the recipient was able to withstand it, and if not, then such penalty should be replaced with an alternative one (Article 18). The same Act stipulates (Articles 9–14) the following: the sentence of 10 whip lashes shall be replaced with a 15-day prison term, the sentence of 20 whip lashes shall be replaced with a 2-month prison term, the sentence of 40 whip lashes shall be replaced with an 8-month prison term, while the sentence of 100 whip lashes shall be replaced with a 12-month prison term in heavy iron⁶³.

3. Conclusion

Issues pertaining to marriage law fall within the authority of Magistrate Courts starting from the time of the First Uprising and these courts acted in accordance with canonical rules which say that adultery is the only reason on the basis of which a couple could become “unmarried” (divorced). A couple would most frequently be divorced in accordance with canonical regulations, since it was the only way for a man to be legally free to establish a new marital union. Clerical courts have been constituted since 1807, while from the Šabac Magistrate Court judgments it can be seen that issues pertaining to marriage law remained within the authority of Magistrate Courts until the judicial reform in 1811. Opinion prevailing in science says that after said reform, issues of marriage law were regulated by clerical courts only, but a Grand People’s Court judgment on the divorce of a couple in 1829 refutes this. By passing decisions related to offences of adultery the courts were acting in accordance with legal regulations (couples were to remain married regardless of any act of adultery), canons (divorce was permitted while entering the second marriage was not allowed) and customary law (when a husband releases his wife he is obliged to pay her an allowance). With regard to punishments for offences of adultery, courts strictly adhered to legal regulations (Miloš stipulated corporal punishment, Mihailo – sentence of exile, while Aleksandar Karadjordjević in his “Punishment Law for crimes to be dealt by police” stipulates imprisonment). The most frequent was the whipping sentence (10 to 100 lashes), which was sometimes established as a single punishment, or jointly with imprisonment (2 to 8 days). The sentence of exile was awarded in cases where an adulteress’s affair was conducted with Turks, and there is such example that the court, at the request of the rural mayor, appointed exile because the village no longer wanted the adulteress to remain. Even a case of a liberating judgment was recorded, due to the exceptional circumstance of the adulter-

⁶³ T. Živanović, *Legal sources of Serbian criminal law and his historic development and the development of criminal justice between 1804 and 1865*, op. cit., p. 289–292.

ess having six children, but women from the village gathered and stoned her to death. Such examples prove the influence of the village court. According to recorded traditions adulteresses were stoned, shorn of their hair, beaten or bound to pass through the village. So if the villagers did not kill the adulteress, she would still be exposed to public ridicule.

As for fornication, legal regulations mention general formulation “*to be strictly punished*”, except for cases of fornication in public (prostitution), where 3–12 years imprisonment was stipulated as well as the sentence of exile. Fornicators were most frequently awarded the sentence of whipping (12 to 50 lashes), and in several cases of fornicator deliberation, verdicts were recorded regardless of the circumstances involved. There were two specific judgments, the first judgment, in addition to 50 lashes of the whip, warns the adulteress that she would suffer death by drowning in the event of duplicative fornication. The second judgment, in addition to 50 lashes of the whip, sentences the adulteress to 6-months of hard labour in double-shackles. Lack of legal regulations related to this crime is probably the reason for such differences in appointing judgments. If the misbehaviour of a girl was discovered before her marriage, she (and her entire family) would be exposed as a laughing-stock, the chances of a regular marriage became minimal, and the most violent reaction of the village was to stone or exile the offender. V. Bogišić suggests that in cases of fornication customary law requires the application of canonical rules.

Punishment should be treated as an obligatory consequence of a criminal act and should not wear a vengeful character. However, according to the court ruling in the case of sexual promiscuity and adultery, the most important feature of the sentence was not characteristic, which distinguished Serbian criminal law to punish women during the first half of the nineteenth century.

Bibliography

- Bogišić V., *Materials from replies from various parts of the Slavic south*, Zagreb 1874.
- Bogišić V., *Collection of present legal customs of South Slavs, book I*, JAZU Zagreb 1874.
- Djordjević T. R., *Materials for Serbian customs from the time of the first rule of Grand Duke Miloš, book I, Serbian Ethnographic Collection XIV, Life and customs 8*, Belgrade 1909.
- Djordjević T. R., *Materials for Serbian customs from the time of the first rule of Grand Duke Miloš, book II, Serbian Ethnographic Collection XIX, Life and customs 11*, Belgrade 1913.
- Djordjević T. R., “Innocence of girls in our people”, *“Ethnographic Museum Bulletin”*, 1928, nr 3.

- Djordjević T. R., *Village as a court in our customary law*, [in:] *Collection of the Faculty of Philosophy, book I*, Belgrade 1948.
- Erlih V., *Yugoslav families in transformation*, Zagreb 1971.
- Filipović M., *Residents of Takovo, Ethnological observations, Serbian Ethnographic Collection LXXX, Discussions and materials 7*, SANU Belgrade 1972.
- Gavrilović O., *Magistrate Court in Valjevo 1815–1865*, Belgrade 1973.
- Gavrilović O., *Magistrate Court in Čuprija 1815–1865*, Belgrade 1991.
- Karadžić V. S., *Materials for Serbian history of our time*, Belgrade 1898.
- Mijatović S. M., *Serbian customs (from Levača and Temenić), book I, Serbian Ethnographic Collection VII, Life and customs 4*, Belgrade 1907.
- Milaš N., *Rules of the Orthodox Church with explanations, book I*, Belgrade–Šibenik 2004.
- Milaš N., *Rules of the Orthodox Church with explanations, book II*, Novi Sad 1896.
- Mirković S. Z., *Karadjordje's Code (criminal, family and state law during the uprising period in Serbia)*, Belgrade 2008.
- Peruničić B., *Belgrade Court 1819–1839*, Belgrade 1964.
- Popović R., *Protocol and register of Šabac Magistracy between 1808 and 1812*, Belgrade 2010.
- Savić V. B., *Karadjordje, Documents II (1810–1812)*, Gornji Milanovac 1988.
- Solovjev A., *Dušan's Code 1349 and 1354*, Belgrade 1980.
- Solovjev A., *The history of Slavic laws, Laws of Stefan Dušan, the emperor of Serbs and Greeks*, Belgrade 1998.
- Stojanović I., *Registry Protocol from May 21, 1812 until August 5, 1813 of Karadjordje Petrović, supreme leader and the patron of Serbian people*, Belgrade 1848.
- Vukićević M., *Courts and their set-up at the time of uprising between 1804 and 1813, "Police Bulletin" 1905, nr 29, nr 32, nr 34*.
- Živanović T., *Legal sources of Serbian criminal law and his historic development and the development of criminal justice between 1804 and 1865*, Belgrade 1967.

Piotr Fiedorczyk

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: fiedorczyk@uwb.edu.pl

telefon: +48 85 745 71 53

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.07

Status prawny dzieci pozamałżeńskich w prawie rodzinnym pierwszych lat Polski Ludowej

SUMMARY

The Legal Status of Children Born out of Wedlock in Polish Family Law in the First Years after WW II

Polish family law, as a part of civil law, has been unified in 1945–46. The old law, coming from the period of Polish partitions, has been replaced by the decrees, based on drafts prepared by the Codification Committee before WW II. The decree *Family Law* from 1946 regulated the legal relations coming from consanguinity. One of the most important problems to be solved by the legislator was the status of children born out of wedlock. The article presents the drafts and the discussion about improving the legal status of this category of children. The decree finally improved their position, although it did not eliminate legal distinction of the two groups of children. The legal status of children born out of wedlock was a little worse than those coming from marriage, but the difference was not big. The decree gave an opportunity to provide the children with legitimacy in many cases. The differences in the legal status of children were finally eliminated in Poland in 1950, by enactment of *the Family Code*.

Key words: children born out of wedlock, family law, unification of Polish civil law, consanguinity

Słowa kluczowe: dzieci pozamałżeńskie, prawo rodzinne, unifikacja polskiego prawa cywilnego, pokrewieństwo

Przedmiotem poniższych rozważań są projekty uregulowań prawnych oraz wprowadzone w życie zmiany w zakresie statusu prawnego dzieci pozamałżeńskich w pierwszym czterolecu Polski Ludowej. W ramach przeprowadzanej wówczas unifikacji prawa cywilnego, która miała przerwać utrzymujący się stan obowiązywania zaborczego ustawodawstwa rodzinnego, prowadzono prace nad prawem rodzinnym. Ich rezultatem był między innymi dekret z 22 stycznia 1946 roku Prawo rodzinne¹, zawierający jedynie przepisy o sto-

¹ Dz. U. Nr 5, poz. 21, sprostowanie: Dz. U. z 1946 r. Nr 16, poz. 113.

sunkach z pokrewieństwa. Takie było ówczesne pojęcie „prawa rodzinnego”, w przeciwieństwie do pojęcia „prawa familijnego”, pod którym rozumiano ogół stosunków rodzinnych².

Prace nad unifikacją prawa cywilnego były prowadzone przez wąską grupę prawników pracujących w Departamencie Ustawodawczym Ministerstwa Sprawiedliwości. Odbywały się one na podstawie uchwały Rady Ministrów z 12 czerwca 1945 roku, która wyznaczała bardzo krótki, bo dziewięciomiesięczny termin do przeprowadzenia tego zadania³. W tym miejscu warto przypomnieć, że wykorzystywano szeroko projekty przedwojennej Komisji Kodyfikacyjnej, bez których cała akcja nie miałaby szans powodzenia w ustalonym krótkim czasie. Odnośnie do zagadnienia statusu prawnego dzieci pozamażeńskich już przedwojenny projekt prawa o stosunkach rodziców i dzieci, autorstwa Stanisława Gołąba, przewidywał znaczącą poprawę ich statusu⁴.

Zgodnie ze wspomnianą uchwałą prace nad dekretem rozpoczęły się od opracowania tzw. Tez społeczno-politycznych do przyszłego aktu prawnego⁵. Opracowano ich osiem, a sześć z nich dotyczyło dzieci pozamażeńskich. Fakt uwzględnienia tego problemu aż w 3/4 liczby wszystkich tez podkreśla wagę, jaką przywiązywano do regulacji prawnej w tym zakresie. Zwraca także uwagę zmiana terminologii: zrezygnowano ze stygmatyzującego pojęcia „dzieci nieślubne”.

Teza III stwierdzała, że dochodzenie ojcostwa pozamażeńskiego miało być dopuszczalne bez żadnych ograniczeń. Obowiązujące przed unifikacją na ziemiach polskich XIX-wieczne kodeksy (szczególnie Kodeks cywilny Królestwa Polskiego, dalej k.c.KP) zawierały w tej kwestii bardzo poważne ograniczenia, z którymi nowe prawo miało całkowicie zerwać. Twórcy dekretu zdawali sobie sprawę z faktu, iż nieograniczona prawnie możliwość poszukiwania ojcostwa może prowadzić do negatywnych zjawisk w postaci masowych procesów sądowych przeciw mężczyznom, którzy faktycznie nie byli ojcami, a ewentualne wyroki, wobec niedoskonałości ówczesnych metod ustalania ojcostwa, mogą okazać się krzywdzące dla mężczyzn oraz ich rodzin. Przeważył jednak pogląd o konieczności respektowania naczelnej zasady nowego prawa, czyli

² Szerzej na ten temat: P. Fiedorczyk, *Stosunki prawne z pokrewieństwa w pracach nad unifikacją prawa cywilnego w Polsce w latach 1945–1946*, „Miscellanea Historico-Iuridica” (dalej: MHI) 2005, t. III, s. 55–79.

³ Tekst uchwały [w:] P. Fiedorczyk, *Dokumenty archiwalne dotyczące organizacji prac nad unifikacją i kodyfikacją polskiego prawa cywilnego w latach 1945–1948*, MHI 2006, t. IV, s. 165.

⁴ L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000, s. 256–258.

⁵ *Projekt prawa o stosunkach rodziców i dzieci. Tezy społeczno-polityczne*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” (dalej: DPP) 1945, nr 1, s. 32–36. Zamieszczone w dalszej części niniejszego tekstu cytaty pochodzą z tej publikacji.

dobra dziecka, które nakazywało, by możliwość dochodzenia ojcostwa była nieograniczona.

Kontrowersyjny charakter miała teza IV, według której matka i dziecko mogli wytoczyć powództwo o pozbawienie uznania ojcostwa mocy prawnej, jeżeli uznanie przyniosłoby dziecku istotną szkodę. *Ratio legis* tego rozwiązania opierało się na założeniu, iż w pewnych przypadkach uznanie dziecka pozamałżeńskiego przez faktycznego ojca może być sprzeczne z dobrem dziecka. Tezy posługiwały się drastycznym przykładem, w którym gwałciiciel uznawał dziecko. Taką sytuację określano jako nieetyczną, tłumacząc tym samym potrzebę umieszczenia w dekrete „tego na pozór tak bardzo nienaturalnego przepisu”.

Twórcy dekretu nie zdecydowali się na radykalny krok w postaci eliminacji podziału dzieci na pochodzące z małżeństwa i zrodzone poza nim. Utrzymanie podziału uzasadniano dobrem rodziny legalnej, gdyż, jak twierdzono, przyznanie praw dzieciom pozamałżeńskim nie może prowadzić do „pogwałcenia zasady, że małżeństwo jest podstawą życia rodzinnego”. Uwzględniając to rozróżnienie, teza V stanowiła, że dziecko pozamałżeńskie ma prawa wynikające z pokrewieństwa w stosunku do matki i jej rodziny, a w razie uznania przez ojca – także w stosunku do ojca i jego rodziny. Przyznać trzeba, że takie ujęcie problemu oznaczało bardzo wyraźną poprawę położenia dzieci nieślubnych, widoczną szczególnie na tle k.c.KP oraz obowiązującego w województwach południowych ABGB⁶. Całkowitą nowością było ustanowienie węzła pokrewieństwa pomiędzy dzieckiem a rodziną ojca w przypadku uznania. Teza odrzucała jednak stworzenie węzła pokrewieństwa z rodziną ojca w razie sądowego ustalenia ojcostwa. Ustawodawca tłumaczył to rozwiązanie ochroną rodziny legalnej, gdyż, jak twierdzono, „narzucenie niektórych członków rodziny w drodze przymusu państwowego (tj. wyroku sądowego) musiałoby się prędzej czy później odbić ujemnie na samym bycie rodziny, a do tego ze względu na znaczenie rodziny dla Narodu i Państwa dopuścić nie można”. Posiłkowym argumentem miała być w tej kwestii ewolucja ustawodawstwa radzieckiego, które najpierw (kodeks z 1926 roku) wprowadziło całkowite zrównanie dzieci pozamałżeńskich, a następnie w 1944 roku zakazało dochodzenia ojcostwa lub alimentów. Ustalenie ojcostwa w drodze sądowej miało wywoływać skutek prawny jedynie w zakresie uprawnień alimentacyjnych, dodatkowo, matka miała mieć w tym przypadku prawo do żądania pokrycia kosztów połogu i trzymiesięcznego utrzymania. Przysługiwać jej miało także odszkodowanie za krzywdę moralną, jeżeli ojciec dziecka składał obietnicę zawarcia małżeństwa.

⁶ Na temat położenia prawnego dzieci nieślubnych w k.c.KP i w ABGB zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1989, s. 278.

Teza VI stwierdzała, że dziecko pozamałżeńskie nosi nazwisko rodowe matki, a w razie uznania przez ojca – nazwisko ojca. Nowe prawo miało także stwarzać możliwość nadania dziecku nazwiska męża matki. Rozwiązanie to miało eliminować niepożądaną sytuację, gdy matka wychodziła za mąż, a jej dzieci zrodzone z małżeństwa posiadały inne nazwisko niż wcześniej zrodzone dzieci nieślubne. Teza nie precyzowała jednak, czy nadanie dziecku pozamałżeńskiemu nazwiska męża matki miało się łączyć z adopcją, czy było tylko administracyjną zmianą nazwiska. Proponowana regulacja poprawiała faktyczne położenie dzieci nieślubnych, nie zmieniając istoty zjawiska wyrażającego się w utrzymaniu podziału dzieci na dwie kategorie.

Teza VII dotyczyła władzy rodzicielskiej w stosunku do dzieci pozamałżeńskich. W jej świetle ta kategoria dzieci miała podlegać takiej samej władzy rodzicielskiej jak w przypadku dziecka pochodzącego z rodziny legalnej. Wykonywanie władzy zamierzano powierzyć matce, natomiast ojciec miał ją sprawować tylko wtedy, gdy dziecko uznał i gdy ono się przy nim wychowywało. Projektodawcy podkreślali, że urzeczywistnienie tej tezy oznaczało „doniosły krok w kierunku zrównania dziecka pozamałżeńskiego z dzieckiem z małżeństwa”. Powyższy pogląd uzasadniano treścią dotychczas obowiązujących regulacji, w świetle których dziecko nieślubne było dzieckiem bez rodziców w rozumieniu prawa. Matka była tylko opiekunem dziecka, zaś w skrajnym przykładzie regulacji zawartych w ABGB powierzenie matce opieki nad jej dzieckiem następowało nie *ipso iure*, lecz na podstawie orzeczenia sądu. Tezy podkreślały, że proponowane rozwiązanie jest bardziej postępowe niż zastosowane w uznawanym za najbardziej nowoczesne ustawodawstwie szwajcarskim. Stare uregulowania prawne miały zostać w ten sposób „złożone do lamusa”. Warto jednak zaznaczyć, że w świetle tej tezy nie dopuszczano możliwości, by w przypadku sądowego ustalenia ojcostwa można było powierzyć władzę rodzicielską ojcu.

Teza VIII dotyczyła tzw. zrównania dziecka pozamałżeńskiego z dzieckiem z małżeństwa. W jej świetle władza opiekuńcza mogła orzec zrównanie (czyli nadanie praw dziecka ślubnego), jeżeli zostały spełnione ustawowe warunki. Widzieć w tym należy nawiązanie do dawnej instytucji *legitimatio per rescriptum principis*, której znaczenie polegało na łagodzeniu różnic pomiędzy dziećmi ślubnymi a nieślubnymi. Projektowana instytucja zrównania nie miała być, jak dawniej, wyrazem łaski władzy, lecz zamierzano ją oprzeć na jednej z trzech ustawowych przesłanek. Zaliczano do nich: zgodny wniosek ojca i matki; wniosek samego ojca, gdy matka nie żyje; wniosek ojca lub matki, a gdy oni nie żyją – także wniosek dziecka, przy czym w tym wypadku wymagano udowodnienia faktu życia rodziców w konkubinacie. Szczególną uwagę zwraca trzecia z wymienionych przesłanek. Jej geneza łączy się z projektowaną w trakcie prac nad prawem małżeńskim próbą wprowadzenia przepisu zezwalającego na tzw. uprawnienie małżeństw faktycznych. Posługiwano się wtedy

wzorcami radzieckimi, lecz ostatecznie zrezygnowano z tego rozwiązania⁷. Powrócono doń w innym kontekście, właśnie w pracach nad prawem rodzinnym. „Ustawodawca polski – stwierdzały tezy – nie może nie uwzględniać tego niepożądanego zjawiska tam, gdzie chodzi o interes dziecka”. Przyznano więc dziecku prawo do wystąpienia o zrównanie, gdy rodzice pozostawali w faktycznej wspólnocie małżeńskiej. Niezależnie od przesłanek zrównanie miało być traktowane jako prawo obywatela, a ewentualna odmowa mogła mieć miejsce tylko z ważnych przyczyn, do których zamierzano zaliczyć tzw. zgorzenie publiczne.

Tezy społeczno-polityczne stały się przedmiotem obrad Komisji Opiniodawczej Unifikacji Prawa. Posiedzenie odbyło się 20 września 1945 roku i było pierwszym zebraniem tego gremium⁸, co oznacza, że w pracach nad wcześniejszymi dekretami: Prawo małżeńskie i Prawo osobowe, posiedzeń Komisji nie zwoływano. Zachowana w dokumentach archiwalnych lista uczestników posiedzenia wskazuje, że w większości byli to przedstawiciele urzędów państwowych, natomiast reprezentanci organizacji społecznych i politycznych byli bardzo nieliczni⁹. Dyskusja koncentrowała się na zagadnieniach dotyczących statusu prawnego dzieci pozamałżeńskich, natomiast inne wątki też zostały poruszone jedynie jako poboczne. Wszyscy dyskutanci opowiadali się za poprawą położenia prawnego dzieci pozamałżeńskich w stosunku do rozwiązań zaproponowanych w tezach. Polem najostrzejszej krytyki była kwestia nierównych praw dziecka pozamałżeńskiego w przypadku sądowego ustalenia ojcostwa w stosunku do dziecka, które zostało dobrowolnie uznane przez ojca. Przedstawiciel ZNP opowiedział się za całkowitym zrównaniem wszystkich dzieci w kwestiach majątkowych, natomiast przedstawiciel Prokuraturii Generalnej reprezentował pogląd o konieczności złagodzenia różnic w tym zakresie. Twierdził, że „nie powinno być dużych różnic między dziećmi uznanymi dobrowolnie i dziećmi, których ojcostwo zostało ustalone sądownie. Jeżeli się robi różnicę, to od złej lub dobrej woli ojca uzależnia się położenie dziecka, czyli daje się nagrodę za nielojalność, bo dziecko nie wchodzi wtedy do rodziny”. Proponował rozwiązanie kompromisowe, które miało polegać na pozostawieniu swobody decyzji w tej kwestii sądowi: jeżeli ojcostwo dziecka jest niewąt-

⁷ P. Fiedorczyk, *Z prac nad unifikacją osobowego prawa małżeńskiego w 1945 roku*, MHI 2003, t. I, s. 75, 77.

⁸ *Z posiedzenia Komisji Opiniodawczej*, DPP 1945, nr 1, s. 36–37. Przebieg posiedzenia referuję dalej na podstawie tego dokumentu; zob. także: *Protokół z posiedzenia Komisji Opiniodawczej w sprawie omówienia zasad projektu prawa o stosunkach rodziców i dzieci* (Archiwum Akt Nowych, dalej: AAN, zespół akt: Ministerstwo Sprawiedliwości, dalej: MS 2239, k. 1–10).

⁹ W posiedzeniu udział wzięli: przedstawiciel Biura Prawnego Prezydium Rady Ministrów adw. Aniela Steinsbergowa, adw. W. Szczepański, adw. H. Wiewiórska, przedstawiciel Prokuraturii Generalnej, Ministerstwa Informacji i Propagandy, Prezydium ZNP. Obecni byli także przedstawiciele prasy: agencji „Polpress”, „Kurier Codzienny”, „Głosu Ludu” oraz „Rzeczpospolitej” (AAN MS 2239, k. 10).

pliwe, to wówczas sąd miał przyznać pełne prawa, natomiast w razie wątpliwości sąd miał prawo nie dopuścić dziecka nieślubnego do rodziny ustalonego w drodze sądowej ojca. Warto w tym momencie zauważyć, że propozycja ta była chybiona, gdyż prowadziła do powstania dwóch kategorii wyroków sądowych w kwestii ustalenia ojcostwa: „niewątpliwych” i „z wątpliwościami”. Obecny na posiedzeniu naczelnik Wydziału Prawa Cywilnego Ministerstwa Sprawiedliwości, Seweryn Szer, wypowiedział się przeciwko dalszej niż przewidziana w tezach poprawie położenia dzieci pozamałżeńskich. Tłumaczył, że dekret nie stworzy żadnych ograniczeń w kwestii dochodzenia ojcostwa, co spowoduje, że prawo to będzie najbardziej liberalne w Europie, skoro dopuszcza się taki proces nawet w przypadku *exceptio plurium concumbentium*. „Przy takiej koncepcji zupełne zrównanie w prawach majątkowych dzieci nieślubnych szłoby za daleko” – stwierdzał przedstawiciel ministerstwa.

Kontrowersje wywołała także kwestia nadania dziecku pozamałżeńskiemu nazwiska męża matki. Naczelnik S. Szer wyjaśniał, iż twórcy dekretu zamierzali dopuścić możliwość, by dziecko mogło mieć nadane nazwisko męża matki, ale bez wywoływania skutków w zakresie stanu cywilnego dziecka. Uczestnicy dyskusji proponowali, aby w takim przypadku prawo przewidziało ułatwioną procedurę przysposobienia dziecka.

Zarówno treść tez społeczno-politycznych, jak i dyskusji nad nimi pozwalają na sformułowanie wniosku o kluczowym znaczeniu regulacji dotyczących statusu prawnego dzieci pozamałżeńskich. Warto zwrócić uwagę, że nie kwestionowano samego faktu podziału dzieci na dwie kategorie, natomiast starano się, by różnice w statusie zostały bardzo poważnie zniwelowane w stosunku do dotychczas obowiązujących przepisów.

W toku dalszych prac¹⁰ projekt uległ przeredagowaniu. Składał się z pięciu działów zawierających 86 artykułów. Pominięto w nim dział V o dzieciach opuszczonych oraz zmieniono kolejność działów w ten sposób, że na początku dekretu umieszczono dotychczasowy dział V o pokrewieństwie i powinowactwie. Najważniejsza zmiana merytoryczna dotyczyła eliminacji rozwiązań wynikających z pierwotnej tezy IV, w świetle której matka i dziecko mogli wytoczyć powództwo o pozbawienie uznania mocy prawnej, jeżeli uznanie przyniosło dziecku istotną szkodę. Redakcja nowego art. 66 §2 dopuszczała unieważnienie uznania tylko na tej podstawie, że uznający nie jest ojcem dziecka. Rezygnacja ze wstępnej propozycji wynikała z faktu, iż była ona sprzeczna z podstawową zasadą nowego prawa, iż dziecko musi mieć ojca. Sprzeczność tę zauważono na posiedzeniu Komisji Opiniodawczej¹¹, co zapewne wpłynęło

¹⁰ Prace te opisują [w:] P. Fiedorczyk, *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014, s. 56–58.

¹¹ Na tę sprzeczność zwracali uwagę adw. H. Wiewiórska i przedstawiciel ZNP, zob. *Z posiedzenia...*, s. 36–37.

na zmianę stanowiska ministerstwa. Należy zauważyć, że nowe rozwiązanie wydaje się lepsze od poprzedniego, skoro istniała przecież zawsze możliwość nieprzyznania ojcu władzy rodzicielskiej (art. 73 §1).

Pozostałe zmiany miały mniejsze znaczenie. Jedna z nich wykluczała możliwość wytoczenia powództwa o unieważnienie uznania przez osobę trzecią, a inna pozbawiała ojca prawa do wystąpienia do sądu z wnioskiem o zrównanie dziecka. Obie modyfikacje należy uznać za doskonalące poprzednie rozwiązania.

Ważna zmiana polegała na przyznaniu matce prawa sprzeciwu w kwestii nadania dziecku nazwiska ojca w wyroku sądowym ustalającym ojcostwo (art. 52). Istotne znaczenie miała także decyzja o skróceniu z 210 do 180 dni okresu poprzedzającego zawarcie małżeństwa, który powodował powstanie domniemania ojcostwa (art. 6 §2).

W trakcie posiedzenia Komisji Prawniczej przy Ministerstwie Sprawiedliwości, która uzgadniała projekt, pojawiła się różnica zdań w sprawie tzw. *exceptio plurium concumbentium*. Twórcy projektu bronili zawartej w tezach zasady, iż fakt obcowania przez matkę w okresie poczęcia z kilkoma mężczyznami nie wyłącza możliwości ustalenia ojcostwa. Przedstawicielka Biura Prawnego Prezydium Rady Ministrów, Aniela Steinsbergowa, zgłosiła zdanie odrębne, domagając się wyłączenia możliwości zgłoszenia przez pozwanego zarzutu obcowania przez matkę z innymi mężczyznami. Twórcy dekretu stanęli na stanowisku, że uwzględnienie tego postulatu mogłoby prowadzić do nadużyć, gdyż utrudniałoby pozwanemu obronę¹².

W ogłoszonym w formie dekretu prawie rodzinnym stanowisko prawne dzieci pozamałżeńskich zostało uregulowane w art. 46–75. Motywy uzasadniające odrębną regulację prawną tej kategorii dzieci zostały już przedstawione, natomiast należy zauważyć, że omawiany akt prawny dążył do stworzenia takich regulacji prawnych, które, przy zachowaniu podstawowej dystynkcji, pozwalałyby na ujednoczenie położenia prawnego wszystkich dzieci. Tymi regulacjami były: uprawnienie, uznanie oraz zrównanie dziecka, wobec czego status prawny dzieci pozamałżeńskich dotyczył tylko tych dzieci zrodzonych poza małżeństwem, które nie zostały uznane, uprawnione lub zrównane¹³.

W świetle przepisów dekretu dziecko pozamałżeńskie posiadało wszelkie prawa (w tym spadkowe) wynikające z pokrewieństwa tylko w stosunku do matki i jej rodziny (art. 51). Władza rodzicielska należała do matki (art. 62 §1), zakres tej władzy był identyczny jak w przypadku dzieci z małżeństwa. Dziecko nosiło nazwisko rodowe matki, chyba że w wyroku ustalającym ojco-

¹² Notatka dla P. Ministra Sprawiedliwości w sprawie wotum separatum zgłoszonego przez Biuro Prawne PRM, dotyczącego skreślenia art. 48 projektu prawa rodzinnego (AAN MS 4306, k. 492–495).

¹³ F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie. Opracowane przy współudziale dra Adama Szpunara docenta Uniwersytetu Jagiellońskiego*, t. IV: *Prawo rodzinne i spadkowe*, Kraków 1948, s. 83.

stwo nadano mu nazwisko ojca (art. 52). Przepis o nazwisku rodowym mógł wywoływać pewne komplikacje¹⁴. W stosunku do ojca przysługiwały takiemu dziecku jedynie roszczenia majątkowe o ponoszenie kosztów utrzymania i wychowania, w szczególności dziecko takie zostało pozbawione prawa dziedziczenia ustawowego po ojcu i jego rodzinie. Dziecko mogło dochodzić roszczeń majątkowych jedynie w drodze powództwa, które nie musiało być połączone z powództwem o ustalenie ojcostwa¹⁵. Uzupełnieniem przepisów o statusie dzieci pozamażeńskich były regulacje dotyczące roszczeń matki wobec ojca takiego dziecka. Matce przysługiwało prawo żądania zwrotu kosztów związanych z porodem oraz zadośćuczynienia za krzywdę moralną, w tym ostatnim przypadku tylko wtedy, gdy ojciec przyrzekał matce zawarcie małżeństwa (art. 54).

Ważną instytucją dotyczącą dzieci pozamażeńskich było prawo do sądowego ustalenia ojcostwa. Dekret stosował w tym zakresie starą terminologię („poszukiwanie ojcostwa”), ale sama konstrukcja tej instytucji była nowoczesna i oryginalna. Powództwo o ustalenie ojcostwa mogła wnieść matka i dziecko (art. 46). Działo wówczas domniemanie z art. 47 §1, według którego za ojca uchodził ten, kto obcował z matką dziecka w czasie od 300 do 180 dni przed porodem. Domniemanie to mogło być obalone udowodnieniem istnienia faktów, budzących poważne wątpliwości co do ojcostwa pozwanego (art. 47 §2). Szczególne znaczenie w procesie o ustalenie ojcostwa miało ukształtowanie instytucji *exceptio plurium concumbentium*. Zarzut taki nie był znany austriackiemu ABGB, co powodowało daleko idące ułatwienie pozycji powodów. Z kolei niemiecki BGB zawierał unormowanie, w świetle którego przeprowadzenie dowodu na okoliczność współżycia z innymi mężczyznami powodowało automatycznie oddalenie powództwa¹⁶. W świetle art. 48 dekretu okoliczność, że matka w okresie poczęcia obcowała z innym jeszcze mężczyzną, nie stała na przeszkodzie ustaleniu ojcostwa. Rozwiązanie przyjęte w prawie rodzinnym pozostawiało większą swobodę sądowi, który musiał rozstrzygnąć kwestię ojcostwa¹⁷. Warto pamiętać, że już wtedy pomocna okazywała

¹⁴ A. Gulczyński, *Nazwisko dziecka. Ewolucja ukazywania relacji rodzinnoprawnych*, Poznań 2010, s. 220.

¹⁵ W tej wątpliwej prawie kwestii wypowiedział się Sąd Najwyższy, który uznał, że jeżeli dziecko dochodzi roszczeń majątkowych od ojca, którego ojcostwo nie zostało ustalone, to sąd ma obowiązek ustalić ojcostwo i dać temu wyraz w uzasadnieniu wyroku. Takie ustalenie nie wywoływało jednak skutku wobec osób trzecich, zob. wyrok SN z 29 kwietnia 1947 r., publ. w „Państwie i Prawie” (dalej: PiP) 1947, nr 12, s. 107. Wyrok został oceniony krytycznie przez doktrynę, tworzył bowiem dwa rodzaje ustalenia ojcostwa: „pełne” i „niepełne”.

¹⁶ J. Sikorski, *Zarzut plurium concumbentium w prawie polskim*, „Palestra” 1964, nr 9, s. 32.

¹⁷ Omawiana kwestia była przedmiotem wielu orzeczeń Sądu Najwyższego, który uznawał, że skuteczność zarzutu *plurium concumbentium* winna być ograniczona tylko do tych przypadków, gdy pozwany udowodni, że spłodzenie dziecka przez innego mężczyznę niż przez niego samego jest bardziej prawdopodobne, zob. wyrok SN z 21 listopada 1946 r., sygn. akt C.III. 720/46, publ. PiP 1947, nr 10, s. 102–104, z aprobującą glosą A. Szpunara.

się medycyna, mogąca wykluczyć ojcostwo na podstawie badania zgodności grup krwi¹⁸.

Wspomniano już, że dekret przewidywał istnienie trzech instytucji, z których każda z osobna pozwalała na nadanie dzieciom pozamałżeńskim praw dzieci urodzonych w małżeństwie. Uprawnienie z art. 63, znane od czasów rzymskich jako *legitimatio per subsequens matrimonium*, polegało na uznaniu za małżeńskie dziecka, które zostało urodzone przed zawarciem małżeństwa przez rodziców. Kolejną instytucją było uznanie dziecka, w tym *nasciturusa*¹⁹, przez ojca (art. 64), unormowane jako jednostronna czynność prawna dokonana alternatywnie przed władzą opiekuńczą, urzędnikiem stanu cywilnego, notariuszem lub w testamencie²⁰. Bardziej skomplikowana była instytucja zrównania (*quasi legitimatio per rescriptum principis*), która polegała na tym, że władza opiekuńcza mogła na wniosek matki lub dziecka zrównać dziecko nieślubne z dzieckiem legalnym, jeżeli rodzice pozostawali w faktycznej wspólności małżeńskiej lub też postępowali z dzieckiem tak jak z dzieckiem z małżeństwa (art. 69). Przepis ten został sformułowany w sposób niejasny i powodował poważne trudności interpretacyjne²¹.

Dekret Prawo rodzinne stał się następnie przedmiotem prac w ramach projektu kodyfikacji prawa cywilnego, podjętej w 1947 roku, bezpośrednio po zakończeniu procesu unifikacji prawa cywilnego.

Projektowana księga II k.c. pod nazwą Prawo rodzinne i opiekuńcze liczyła 309 artykułów i była podzielona, podobnie jak szwajcarski kodeks cywilny, na trzy tytuły: prawo małżeńskie, pokrewieństwo i powinowactwo, opieka i kuratela. Projekty poszczególnych tytułów zostały opublikowane w ówczesnej prasie prawniczej²². Opublikowano także omówienia projektów sporządzone przez członków Komisji²³, co znakomicie ułatwia przedstawienie nowych rozwiązań oraz motywów ich przyjęcia. Zwraca uwagę przyjęcie jednolitej nazwy „prawo rodzinne” dla określenia całości stosunków rodzinnych.

Projekt przepisów o pokrewieństwie i powinowactwie zachowywał systematykę dekretu unifikacyjnego. Opierał się także na identycznych zasadach. Był jednak bardziej obszerny, skoro dotychczasowych 86 artykułów zamie-

¹⁸ F. Zoll, op. cit., s. 85.

¹⁹ B. Dobrzański, *Czy dopuszczalne jest uznanie dziecka poczętego przed jego urodzeniem?*, PiP 1948, nr 4, s. 88–93.

²⁰ Zob. A. Wolter, *Uznanie dziecka pozamałżeńskiego*, PiP 1948, nr 11, s. 71–88.

²¹ J. Gwiazdomorski, *Prawo rodzinne*, Kraków 1946, s. 104–105.

²² *Projekt księgi drugiej kodeksu cywilnego. Pokrewieństwo i powinowactwo*, DPP 1948, nr 8, s. 3–9, a także: *Projekt księgi drugiej kodeksu cywilnego. Opieka i kuratela*, DPP 1948, nr 9, s. 15–19. Treść projektowanych przepisów omawiam w dalszej części tekstu w oparciu o powołane publikacje.

²³ S. Szer, *Projekt kodeksu cywilnego. Pokrewieństwo i powinowactwo*, DPP 1949, nr 1, s. 27–33; A. Wolter, *Projekt kodeksu cywilnego. Opieka i kuratela*, DPP 1949, nr 1, s. 34–36.

rzano zastąpić przez 111²⁴. Zgodnie z założeniami projektowanej kodyfikacji zmiany miały ograniczać się do udoskonalenia istniejącego prawa zunifikowanego. Warto podkreślić, że na gruncie dekretu Prawo rodzinne powstało w latach 1946–1949 około trzydziestu publikowanych orzeczeń Sądu Najwyższego²⁵. Bogate orzecznictwo sądowe zawsze jest czynnikiem ułatwiającym pracę nad nowym prawem, gdyż ukazuje problemy, które nie zawsze są zauważane przy tworzeniu prawa. W doktrynie dostrzeżono jednak, że istotne trudności interpretacyjne dotyczyły przede wszystkim przepisów proceduralnych, a nie treści materialnej dekretu²⁶.

Najbardziej istotne zmiany dotyczyły przepisów o roszczeniach alimentacyjnych („alimentarnych” według ówczesnej terminologii) dziecka pozamałżeńskiego oraz jego matki w stosunku do ojca. Na tle przepisów prawa rodzinnego wyłoniło się bowiem zagadnienie, czy roszczenia alimentacyjne dziecka, oparte na stosunku ojcostwa pozamałżeńskiego, uzależnione są od uprzedniego ustalenia ojcostwa w trybie art. 46 dekretu. W kwestii tej wypowiedział się dwukrotnie Sąd Najwyższy w orzeczeniach z 1947 i 1948 roku. W obu orzeczeniach (drugie zapadło w formie uchwały siedmiu sędziów i zostało wpisane do księgi zasad prawnych) wyrażono pogląd, że dziecko pozamałżeńskie może dochodzić od ojca kosztów utrzymania i wychowania również wówczas, gdy nie nastąpiło ustalenie jego ojcostwa na podstawie przepisów art. 46 prawa rodzinnego²⁷. Sąd uznał, że w takim przypadku należy ustalić ojcostwo dziecka i zamieścić o tym wzmiankę w uzasadnieniu wyroku. Takie ustalenie ojcostwa nie miało mieć skutków wobec osób trzecich. Rozstrzygnięcie to tłumaczono naczelną zasadą dobra dziecka, które w ten sposób uzyskiwało świadczenia alimentacyjne, oraz zasadą ekonomii procesowej. W gronie członków Komisji Kodyfikacyjnej zagadnienie to wywołało bardzo ożywioną dyskusję. Stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy było popierane przez sędziego tego sądu, Mariana Lisiewskiego. Odmiennego zdania był J. Wasilkowski, który wskazywał wprawdzie, że orzeczenia SN mają oparcie w przepisach Kodeksu cywilnego Królestwa Polskiego. Kodeks ten nie przewidywał bowiem możliwości sądowego „poszukiwania” ojcostwa. Twierdził dalej, że „z punktu widzenia współczesnego porządku prawnego i słuszności” konieczne jest najpierw ustalenie ojcostwa skuteczne *erga omnes*, a następnie rozstrzygnięcie powództwa o alimenty. Powyższe nie wykluczało jednoczesnego dochodzenia obu roszczeń

²⁴ Szerzej na ten temat: P. Fiedorczyk, *Stosunki prawne z pokrewieństwa i prawo opiekuńcze w projekcie kodeksu cywilnego z 1948 r.*, MHI 2008, t. VI, s. 109–119.

²⁵ A. Słomiński, *Pięć lat (1945–1949) prawa cywilnego (zestawienie judykatury i doktryny)*, „Przegląd Notarialny” (dalej: PN) 1950, nr 5–6 (dodatek), s. XVII–XXVI.

²⁶ B. Dobrzański, *Uwagi do projektu kodeksu cywilnego. Pokrewieństwo i powinowactwo*, PN 1949, t. I, z. 1–2, s. 101.

²⁷ *Uchwała składu 7-miu sędziów Sądu Najwyższego z 30.X.1948 r., sygn. akt C Prez. 399/48, PiP 1949, nr 1, s. 125–128.*

w jednym procesie²⁸. Ostatecznie uznano, że powództwo o ustalenie ojcostwa jako powództwo o ustalenie praw stanu jest niezbędnym warunkiem dochodzenia roszczeń alimentacyjnych. Artykuł 327 §1 projektu stanowił, że jeżeli ojcostwo dziecka pozamałżeńskiego nie zostało sądownie ustalone, dziecko mogło dochodzić od ojca kosztów utrzymania i wychowania tylko wtedy, gdy jednocześnie żądało ustalenia ojcostwa. Powyższe rozwiązanie odnosiło się także do sytuacji, gdy matka, zamiast ojca, poniosła przypadającą na niego część ciężarów utrzymania i wychowania (art. 326 §1 projektu) i na nią przeszło roszczenie dziecka wobec ojca (tzw. *cessio legis*). W ten sposób jednoznacznie odrzucono stanowisko Sądu Najwyższego i proponowano uporządkowanie sposobu dochodzenia roszczeń związanych z ustaleniem ojcostwa.

Istotna zmiana w sytuacji prawnej dziecka pozamałżeńskiego wiązała się z kwestią praw spadkowych do majątku po śmierci ojca. Opracowany w pierwszym czytaniu projekt w art. 328 powtarzał rozwiązanie zawarte w obowiązującym prawie, w świetle którego w razie śmierci ojca dziecko pozamałżeńskie mogło żądać od spadkobierców jedynie odpowiedniej części kosztów swego utrzymania i wychowania. Jednak już po pierwszym czytaniu Komisja na posiedzeniu w grudniu 1948 roku uchwaliła, że dziecku takiemu miały przysługiwać prawa spadkowe po śmierci ojca²⁹. W ten sposób dokonano bardzo ważnego kroku w kierunku zrównania stanowiska prawnego dzieci pozamałżeńskich z pochodzącymi z małżeństwa³⁰.

Poprawa położenia prawnego dzieci pozamałżeńskich była przesłanką kolejnej modyfikacji w przepisach dotyczących ustalenia ojcostwa. Warto odnotować zmianę terminologii – dekretowe „poszukiwanie ojcostwa” zostało zastąpione „ustaleniem”. Zgodnie z przepisem art. 47 §1 dekretu ustawodawca wprowadził domniemanie, według którego za ojca dziecka uchodził ten, kto obcował z jego matką w czasie od trzechsetnego do sto osiemdziesiątego dnia przed urodzeniem się dziecka. Domniemanie to było jednak osłabione przez przepis §2 tego artykułu, według którego mogło być ono obalone dowodem na fakty budzące poważne wątpliwości co do ojcostwa pozwanego. Projekt Komisji nie zawierał tej dyspozycji, co w praktyce pozostawiało sądowi większą swobodę w ocenie stanu faktycznego. Ułatwienie dochodzenia ojcostwa ułatwiać miała także inna redakcja ekscepcji *plurium concumbentium*: okoliczność, że w okresie tym matka obcowała także z innym mężczyzną, nie wystarcza sama przez się do obalenia powyższego domniemania (art. 323 §2 projektu). Rozwiązanie to ułatwiało w praktyce dochodzenie ojcostwa, poprawiając tym samym sytuację prawną dziecka. Korespondowało ono z ówczesnym orzecz-

²⁸ Protokół posiedzenia Komisji Kodyfikacji Prawa Cywilnego w dniach 31.V.1948 r. – 7.VI.1948 r. (AAN MS 2280, k. 140–143, 149).

²⁹ S. Szer, op. cit., s. 28.

³⁰ Sprawozdanie Wydziału Prawa Cywilnego za rok 1948 (AAN MS 5571, k. 9).

nictwem sądowym, które uznawało, że skuteczność zarzutu *plurium concumbentium* winna być ograniczona tylko do tych przypadków, gdy pozwany udowodni, że spłodzenie dziecka przez innego mężczyznę niż przez niego samego jest bardziej prawdopodobne³¹.

Ważne modyfikacje przepisów dekretu zostały zaproponowane w instytucji uznania dziecka pozamałżeńskiego. Kodyfikatorzy zajęli się rozstrzygnięciem spornej *de lege lata* kwestii, czy uznanie było czynnością prawną, czy też tylko przyznaniem faktu. Zagadnienie to ma nie tylko charakter doktrynalny, gdyż od jego rozstrzygnięcia zależała kwestia stosowania przepisów dotyczących czynności prawnych³². Sporność zagadnienia na tle obowiązującego prawa wynikała przede wszystkim z faktu nieunormowania wad oświadczeń woli przy uznaniu, natomiast kwestia zdolności do czynności prawnych przy uznaniu została jednoznacznie unormowana (art. 65 dekretu). Większość ówczesnej doktryny przyjmowała, że uznanie jest czynnością prawną³³, inni – podzielając ten pogląd – uważali, że uznanie powinno być skonstruowane *de lege ferenda* jako przyznanie faktu³⁴. W toku dyskusji wszyscy członkowie Komisji opowiedzieli się za konstrukcją uznania jako czynności prawnej³⁵. Projekt przesądził tę kwestię w tym kierunku w art. 342 i 343). Oznaczało to w praktyce, że dopuszczalne było unieważnienie uznania z powodu wad oświadczeń woli. Słusznie podkreślano, że taka konstrukcja może stać w sprzeczności z dobrem dziecka – szczególnie w sytuacji, gdy mężczyzna, który dziecko uznał, jest faktycznym ojcem dziecka. Wówczas powoływanie się na błąd lub inną wadę oświadczenia woli byłoby przejawem skrajnego formalizmu. Twórcy projektu wyjaśniali jednak, że uznanie jest aktem swobodnej woli uznającego, a brak woli wyklucza „dobrowolność” uznania jako jego podstawową cechę. Podkreślali ponadto, że nadal istniała możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie ojcostwa³⁶.

Dopuszczalność unieważnienia uznania z powodu wad oświadczenia woli wymagała odpowiedniego dostosowania przepisów części ogólnej projektu kodeksu cywilnego. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż o ile kwestia konstrukcji uznania jako czynności prawnej nie budziła w zasadzie w łonie Komisji poważniejszych wątpliwości, o tyle katalog i kształt przepisów o wadach oświadczenia woli był sporny – wskazuje na to przebieg dyskusji na posiedzeniu Komisji³⁷. W rezultacie projekt przepisów o pokrewieństwie i po-

³¹ J. Sikorski, op. cit., s. 32–34.

³² Problem ten zauważył jeden z członków Komisji Kodyfikacyjnej, A. Wolter, *Uznanie dziecka...*, s. 71–74.

³³ F. Zoll, op. cit., s. 91.

³⁴ J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 80.

³⁵ *Protokół...* (AAN MS 2380, k. 153–154).

³⁶ S. Szer, op. cit., s. 30.

³⁷ *Protokół...* (AAN MS 2380, k. 155–156).

winowactwie poważnie modyfikował rozwiązania zawarte w części ogólnej (art. 62–69)³⁸. Wady oświadczenia woli, na które można się było powoływać przy powództwie o unieważnienie uznania dziecka, dotyczyły tylko stanu wyłączającego świadome i swobodne powzięcie i wyrażenie woli, a także groźby (identycznie jak w części ogólnej). Instytucja błędu w oświadczeniu woli została inaczej określona. Na błąd można się było powoływać tylko wtedy, gdy dotyczył on tożsamości dziecka lub został wywołany podstępem (art. 342 §1 projektu). Projekt wprowadził bardzo krótki, bo sześciomiesięczny termin prekluzyjny do wystąpienia z powództwem o unieważnienie uznania (art. 342 §2). Projektodawcy uzasadniali to dążeniem do możliwie szybkiego usunięcia niepewności co do stanu cywilnego dziecka³⁹.

Modyfikacja dekretowych rozwiązań dotyczących uznania dziecka polegała także na wprowadzeniu dyspozycji art. 338 §2, według której można było uznać dziecko nienarodzone, jeżeli zostało poczęte, a także dziecko już nieżyjące, jeżeli pozostawiło zstępnych. Prawo pozytywne obu tych kwestii nie regulowało, a w doktrynie pojawiła się rozbieżna wykładnia bądź dopuszczająca uznanie *nasciturusa* i wykluczająca uznanie dziecka nieżyjącego⁴⁰, bądź wykluczająca dopuszczalność uznania w obu tych przypadkach⁴¹. Ostateczny kształt przepisów projektu wynikał ze stanowiska S. Szera, którego głos jako przewodniczącego obradom był decydujący⁴². Wynikająca z projektu niedopuszczalność uznania dziecka zmarłego bezpotomnie była uzasadniana tym, że „mogłoby to prowadzić do wykorzystywania omawianej instytucji do egoistycznych celów uznającego, mianowicie uzyskania praw spadkowych po dziecku”⁴³.

Projekt rozstrzygał także sporną kwestię mocy prawnej uznania w czasie⁴⁴. W art. 349 §2 przyjęto, że uznanie ma moc wsteczną od chwili urodzenia się dziecka, nie może ono jednak szkodzić prawom osób trzecich, nabytym przed uznaniem. Moc wsteczną uznania motywowano deklaracyjnym charakterem tej czynności. Proponowane rozwiązanie prowadziło do poprawy położenia prawnego uznanego dziecka, gdyż umożliwiało dochodzenie roszczeń alimentacyjnych za okres sprzed uznania, oczywiście z uwzględnieniem upływu terminów przedawnienia.

³⁸ Projekt części ogólnej kodeksu cywilnego, DPP 1947, nr 12, s. 19–24; zob. także omówienie projektu: J. Wasilkowski, A. Wolter, *Projekt kodeksu cywilnego. Część ogólna*, DPP 1948, nr 1, s. 10–14.

³⁹ S. Szer, op. cit., s. 30.

⁴⁰ B. Dobrzański, *Czy dopuszczalne jest uznanie dziecka poczętego przed jego urodzeniem? Czy dopuszczalne jest uznanie dziecka po jego śmierci?*, PiP 1948, nr 4, s. 88–93.

⁴¹ F. Zoll, op. cit., s. 90.

⁴² *Protokół...* (AAN MS 2380, k. 157).

⁴³ S. Szer, op. cit., s. 31.

⁴⁴ J. Gwiazdomorski uważał, że w świetle przepisów dekretu „uznanie nie działa wstecz”, J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 81.

Kolejne zmiany dotyczyły możliwości zaskarżenia dokonanego uznania przez matkę lub dziecko. Dekret w art. 66 §1 określał tę instytucję mianem „powództwa o odjęcie uznaniu mocy prawnej”, projekt zaś używał trafniejszego terminu: „powództwo o ustalenie, iż uznanie nie ma skutków prawnych” (art. 344 §1). Najważniejsza modyfikacja dotyczyła ograniczenia praw matki do zaskarżenia uznania, gdy dziecko było pełnoletnie. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 345 projektu, potrzebna była zgoda dziecka. Był to jeden z wielu przykładów respektowania zasady dobra dziecka, na której opierał się zarówno dekret, jak i omawiany projekt.

Autorzy projektu uznali także za wskazane zmienić dotychczasowy przepis art. 65 §2 prawa rodzinnego, w myśl którego ojciec ubezwłasnowolniony częściowo mógł uznać dziecko bez zgody przedstawiciela ustawowego. W świetle przepisów projektu (art. 340) ograniczony w zdolności do działań prawnych ojciec (a więc zarówno małoletni, jak i ubezwłasnowolniony częściowo), mógł dokonać czynności uznania tylko za zgodą przedstawiciela ustawowego. Projekt uznawał w ten sposób, że brak jest podstaw do odmiennego traktowania obu kategorii osób ograniczonych w zdolności do działań prawnych.

Uwagi do projektu zgłosił także oficjalny konsultant Komisji, prof. Jan Gwiazdomorski. Ich treść wskazuje na to, iż akceptował on przyjęte generalne rozwiązania, zgłoszone przezeń poprawki miały charakter porządkowy. Niestety, konsultant nie sporządził uzasadnienia proponowanych zmian, ograniczając się do proponowania innej redakcji nowych przepisów. Wśród propozycji J. Gwiazdomorskiego należy zwrócić uwagę na próbę zdefiniowania rodziny: „Rodzinę tworzą rodzice wraz z dziećmi pozostającymi pod władzą rodzicielską. Rodzice pozamałżeńscy nie są związani węzłem rodzinnym”⁴⁵. Była to tzw. wąska definicja rodziny, wzorowana na austriackim ABGB⁴⁶, projekt nie zawierał zaś żadnej. W swoim podręczniku J. Gwiazdomorski twierdził, że pojęcie rodziny jest podstawą systemu prawa rodzinnego, a brak regulacji tej kwestii w postaci definicji jest jedną z najważniejszych wad dekretu⁴⁷. Stąd zapewne wynikała propozycja profesora zgłoszona w trakcie konsultacji projektu kodeksu cywilnego po pierwszym czytaniu.

Członkowie Komisji Kodyfikacyjnej opracowali projekt prawa rodzinnego w oparciu o wytyczne Ministerstwa Sprawiedliwości, bazując na dekretach unifikacyjnych i zmieniając zawarte w nich rozwiązania w niewielkim zakresie. Warto podkreślić, że była to w zasadzie ta sama grupa prawników, która wcześniej pracowała nad unifikacją prawa cywilnego. Dokonane zmiany wskazują

⁴⁵ Uwagi prof. dr Jana Gwiazdomorskiego o projekcie tyt. II ks. II kod. cyw. (AAN MS 2230, s. 1–9, k. niepaginowane).

⁴⁶ J. Gwiazdomorski, *Pokrewieństwo ślubne. Rodzice i dzieci*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, Warszawa b.d., s. 1554–1555.

⁴⁷ J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 4–5.

jednak, że już w wyniku pierwszego czytania powstał projekt aktu prawnego, będący wybitnym udoskonaleniem istniejących przepisów. Zwraca szczególnie uwagę propozycja dalszej poprawy położenia prawnego dzieci pozamałżeńskich w zakresie dziedziczenia oraz poprzez dużą grupę regulacji ułatwiających ustalenie ojcostwa. Wyraźnie zaznaczona ewolucja przepisów wskazywała na dążenie do całkowitego zniwelowania różnic w statusie dziecka, niezależnie od urodzenia w związku małżeńskim lub poza nim. Warto zauważyć, że już zunifikowane prawo było w tym zakresie postępowe na tle współczesnych wzorców zachodnioeuropejskich⁴⁸, a projekt kontynuował ten kierunek. Widzieć w nim należy zapowiedź rychłego zrównania statusu dzieci, dokonanego przepisami kodeksu rodzinnego z 1950 roku – niezależnie od uwarunkowań ideologicznych tej przyszłej „socialistycznej” kodyfikacji.

Bibliografia

Źródła

Notatka dla P. Ministra Sprawiedliwości w sprawie wotum separatum zgłoszonego przez Biuro Prawne PRM, dotyczącego skreślenia art. 48 projektu prawa rodzinnego (AAN MS 4306, k. 492–495).

Projekt części ogólnej kodeksu cywilnego, DPP 1947, nr 12.

Projekt księgi drugiej kodeksu cywilnego. Opieka i kuratela, DPP 1948, nr 9.

Projekt księgi drugiej kodeksu cywilnego. Pokrewieństwo i powinowactwo, DPP 1948, nr 8.

Projekt prawa o stosunkach rodziców i dzieci. Tezy społeczno-polityczne, DPP 1945, nr 1.

Protokół posiedzenia Komisji Kodyfikacji Prawa Cywilnego w dniach 31.V.1948 r. – 7.VI.1948 r. (AAN MS 2280, k. 140–143, 149).

Protokół z posiedzenia Komisji Opiniodawczej w sprawie omówienia zasad projektu prawa o stosunkach rodziców i dzieci (AAN MS 2239, k. 1–10).

Sprawozdanie Wydziału Prawa Cywilnego za rok 1948 (AAN MS 5571, k. 9).

Uchwała składu 7-miu sędziów Sądu Najwyższego z 30.X.1948 r., sygn. akt C Prez. 399/48, PiP 1949, nr 1.

Uwagi prof. dr Jana Gwiazdomorskiego o projekcie tyt. II ks. II kod. cyw. (AAN MS 2230, s. 1–9, k. niepaginowane).

Wyrok SN z 21 listopada 1946 r., sygn. akt C.III. 720/46, publ. PiP 1947, nr 10, s. 102–104, z aprobującą glosą A. Szpunara.

Wyrok SN z 29 kwietnia 1947 r., publ. PiP 1947, nr 12.

Z posiedzenia Komisji Opiniodawczej, DPP 1945, nr 1.

⁴⁸ Z. Radwański, *Prawo cywilne PRL*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1995, t. XLVII, z. 1–2, s. 24.

Opracowania

- Dobrzański B., *Czy dopuszczalne jest uznanie dziecka poczętego przed jego urodzeniem? Czy dopuszczalne jest uznanie dziecka po jego śmierci?*, PiP 1948, nr 4.
- Dobrzański B., *Uwagi do projektu kodeksu cywilnego. Pokrewieństwo i powinowactwo*, PN 1949, t. I, z. 1–2.
- Fiedorczyk P., *Dokumenty archiwalne dotyczące organizacji prac nad unifikacją i kodyfikacją polskiego prawa cywilnego w latach 1945–1948*, MHI 2006, t. IV.
- Fiedorczyk P., *Stosunki prawne z pokrewieństwa i prawo opiekuńcze w projekcie kodeksu cywilnego z 1948 r.*, MHI 2008, t. VI.
- Fiedorczyk P., *Stosunki prawne z pokrewieństwa w pracach nad unifikacją prawa cywilnego w Polsce w latach 1945–1946*, MHI 2005, t. III.
- Fiedorczyk P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014.
- Fiedorczyk P., *Z prac nad unifikacją osobowego prawa małżeńskiego w 1945 roku*, MHI 2003, t. I.
- Górnicki L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919–1939*, Wrocław 2000.
- Gulczyński A., *Nazwisko dziecka. Ewolucja ukazywania relacji rodzinnoprawnych*, Poznań 2010.
- Gwiazdomorski J., *Pokrewieństwo ślubne. Rodzice i dzieci*, [w:] *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, red. F. Zoll, J. Wasilkowski, Warszawa b.d., s. 1554–1555.
- Gwiazdomorski J., *Prawo rodzinne*, Kraków 1946.
- Radwański Z., *Prawo cywilne PRL*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1995, t. XLVII, z. 1–2.
- Sikorski J., *Zarzut plurium concumbentium w prawie polskim*, „Palestra” 1964, nr 9.
- Słomiński A., *Pięć lat (1945–1949) prawa cywilnego (zestawienie judykatury i doktryny)*, PN 1950, nr 5–6 (dodatek).
- Sójka-Zielińska K., *Historia prawa*, Warszawa 1989.
- Szer S., *Projekt kodeksu cywilnego. Pokrewieństwo i powinowactwo*, DPP 1949, nr 1.
- Wasilkowski J., Wolter A., *Projekt kodeksu cywilnego. Część ogólna*, DPP 1948, nr 1.
- Wolter A., *Projekt kodeksu cywilnego. Opieka i kuratela*, DPP 1949, nr 1.
- Wolter A., *Uznanie dziecka pozamałżeńskiego*, PiP 1948, nr 11.
- Zoll F., *Prawo cywilne w zarysie. Opracowane przy współudziale dra Adama Szpunara, docenta Uniwersytetu Jagiellońskiego*, t. IV: *Prawo familijne i spadkowe*, Kraków 1948.

Marek Ławreszuk

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: xmlawreszuk@gmail.com
telefon: +48 85 744 36 46

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.08

Stosunek Kościoła prawosławnego wobec osób żyjących w związkach pozamałżeńskich

SUMMARY

The attitude of the Orthodox Church towards people living in extra-marital relationships

The aim of this paper is to show the attitude of the Orthodox Church towards extra-marital relationships. This approach is based on two pillars of the Church: theology and Canon Law, where the latter is subordinate to the first. In the Orthodox Church the sacrament of marriage is neither a contract nor a promise, but it is the beginning of a new community that orthodox theology describes as a Little Church. Just as Christians cannot live outside the community and truly be Christians, neither can a believing husband or wife, living without the sacramental marriage, be a true Christian family.

Key words: Orthodox Church, theology, extra-marital relationships, sacramental marriage, informal relationships

Słowa kluczowe: Kościół Prawosławny, teologia, związki pozamałżeńskie, małżeństwo sakramentalne, związki faktyczne

Zadaniem niniejszego tekstu jest ukazanie stosunku Kościoła prawosławnego do związków pozamałżeńskich. Relacja ta opiera się w Kościele na dwóch filarach: teologii oraz prawie kanonicznym, przy czym drugi jest podporządkowany i wynika z pierwszego. Aby wnioski wynikające z niniejszego tekstu były właściwe musimy wyjaśnić, co rozumiemy pod pojęciem „związków pozamałżeńskich”, a także przedstawić prawosławne rozumienie sakramentalnego związku małżeńskiego.

Związek pozamałżeński nie jest w Kościele prawosławnym rozumiany jednoznacznie. Pod tym pojęciem rozumiane są: związki nieformalne – konkubinat (związki przedmałżeńskie), oraz związki cudzołożnicze, tj. faktycznie „pozamałżeńskie” – istniejące równoległe z usankcjonowanym związkiem małżeńskim jednego lub dwojga partnerów.

Nieformalne związki, ustanawiające obopólne relacje na podstawie składowanej wzajemnie obietnicy, mogą być dalej dzielone na warunkowe oraz bezwarunkowe. W pierwszym przypadku zakłada się, że osoby w związku żyją jedynie w określonych okolicznościach (dopóki jest na to obopólna zgoda), w drugim – osoby decydują się na wspólne życie bezwarunkowo (które wydają się jednak rzadkością).

Współcześnie małżeństwo również nie jest jednoznacznie rozumiane. Inaczej określa je prawo państwowe, inaczej związki wyznaniowe, jeszcze inaczej małżeństwo postrzegane jest przez społeczeństwo. Małżeństwa, które określamy jako cywilne, tj. zawierane przed urzędnikiem państwowym, są prawnie usankcjonowane, chociaż, podobnie jak w przypadku związków nieformalnych, zawierane są przez dwie zainteresowane osoby. W rzeczywistości więc ślub cywilny jest zarejestrowaną formą osobistej deklaracji mężczyzny i kobiety¹. Związek mężczyzny i kobiety jest także przyrównywany do umowy, w której gwarantem wspólnego życia jest wypełnienie założonych i przyjętych przez małżonków zobowiązań.

Małżeństwo było również znane w każdej z historycznych epok. Małżeństwo istniało w wielkich religiach i małych związkach religijnych, w politeizmie czy pogaństwie. Mniej lub bardziej formalny związek mężczyzny i kobiety istnieje w społeczeństwie od początków jego istnienia, albowiem wpisuje się w cykl naturalnych etapów ludzkiego życia – narodzin, ślubu i zrodzenia potomstwa oraz śmierci². W wielu religiach droga małżeńskiego życia jest nie tylko dopuszczalna, ale wręcz wymagana. Taki stosunek do instytucji małżeństwa wyraża m.in. islam, w którym każdy mężczyzna, który może utrzymać rodzinę i odczuwa popęd seksualny ma obowiązek zawarcia ślubu³.

W powszechnym rozumieniu małżeństwo jest rozumiane jako podstawa funkcjonowania społeczeństwa, fundament organizacji rodziny i wychowania dzieci. Często więc może być przyrównywane do innych form organizacji społeczeństwa. Stąd małżeństwo jest charakteryzowane jako umowa bądź kontrakt, tj. pewne porozumienie pary mężczyzny i kobiety. Małżeństwo jest także określane jako model życia w społeczeństwie.

Kościół prawosławny mówi o ślubie jako o sakramencie ustanowionym przez Boga⁴, tj. duchowym misterium, w którym Bóg zsyła na parę młodych

¹ Zob. *Cerkovnoe osvjašchenie braka*, [w:] S. V. Troickij, *Hristijanskaja filozofija braka*, Parizh 1932, dostępny również online: http://azbyka.ru/tserkov/duhovnaya_zhizn/sem_tserkovnyh_tainstv/brak/troitsky_filosofija_braka_09-all.shtml [1.10.2013].

² I. Meyendorf, *Brak w Pravoslavii*, Klin 2004, s. 3.

³ A. Marek, *Rodzina i małżeństwo*, [w:] *Leksykon dla dziennikarzy. Nie bój się Islamu*, wyd. Więż, online: <http://www.wiez.com.pl/islam/index.php?id=13> [15.10.2013].

⁴ 51. kanon Soboru Apostolskiego. W dalszej części artykułu teksty przytaczanych kanonów za: *Dokumenty synodów od 50 do 381 roku*, red. A. Baron, H. Pietras, t. I: *Synody i kolekcje praw*, Kraków 2006; *Dokumenty synodów od 381 do 431 roku*, red. A. Baron, H. Pietras, t. IV: *Synody i kolekcje praw*, Kraków 2010.

ludzi jednoczącą i wspomagającą ich łaskę i pomoc we wspólnym chrześcijańskim życiu. Sakrament staje się „łaską wspomagającą”⁵. Aby można było mówić o sakramencie, wymagana jest dobrowolna, niezachwiana wola mężczyzny i kobiety oraz pragnienie dalszego życia we wspólnocie małżeńskiej. Pragnienie to, w przeciwieństwie do innych, wspomnianych wyżej koncepcji małżeństwa, musi być bezwarunkowe. Małżeństwo w ujęciu Kościoła prawosławnego nie jest więc i nie może być traktowane jako umowa czy kontrakt i nie jest ograniczone czasem. W przeciwieństwie do nauczania Kościoła rzymskokatolickiego, nawet śmierć nie oznacza zakończenia związku. Dlatego w obrzędzie małżeństwa nie istnieje przyjęta w Kościele rzymskokatolickim formuła przysięgi: „dopóki śmierć nas nie rozłączy”.

Małżeństwo w prawosławiu nie jest obowiązkiem, ale z drugiej strony jest jedną z dwóch wskazywanych przez Kościół dróg; zgodnie ze słowami apostoła Pawła: „Tak więc dobrze czyni, kto poślubia swoją dziewicę, a jeszcze lepiej ten, kto jej nie poślubia” (1 Kor 7,38). Człowiek wierzący, opierając się na autorytecie Kościoła, musi więc mieć świadomość stojącego przed nim wyboru. Obie drogi prowadzą do Boga, obie są przez prawosławną teologię określane jako „dobre” i „zbawienne”⁶. Sakrament małżeństwa jest więc jedną z dróg do zbawienia.

Prawosławna teologia nieustannie podkreśla duchowy charakter wszystkich sakramentów – mistyczną Bożą łaskę, która wspiera człowieka. Sakramenty nie są więzami, które zniewalają człowieka, nie stanowią pieczęci, która stawiana jest wbrew woli. Kościół nigdy nie traktował sakramentów jako ceremonii, które tajemniczo (czy wręcz magicznie) zmieniają stan przyjmującego je człowieka.

Sakramenty to punkty na drodze, którą wyznacza Kościół. Osoba wierząca kroczy tą drogą, lecz wędrówka ta ma być przede wszystkim przejawem jej wolnej i świadomej woli. Świadectwo o mistycznej więzi sakramentu małżeństwa odnajdujemy w 89. nowelli cesarza Leona (Lwa) VI Filozofa (912). Po raz pierwszy odrzucone zostało uznanie jedynie świeckiej, cywilnej formuły wstąpienia w związek małżeński. Cesarz ogłosił, iż ślub pozbawiony kościelnej ceremonii, tj. ślub cywilny pozbawiony sakramentu małżeństwa, „nie będzie uznawany za ślub”, lecz będzie faktycznym konkubinatem⁷.

Kościół prawosławny rozumie sakramenty inaczej aniżeli Kościół rzymskokatolicki. Różnica ta staje się istotna z perspektywy naszych rozważań o związkach pozamałżeńskich. Z tego powodu pozwolę sobie na krótką charakterystykę tej rozbieżności.

⁵ Zob. L. Voronov, *Kreshchenie i prinadlezhnost' k Cerkvi. Vzgljad na sostojaniene kreshchennogo cheloveka (po ucheniju svojatyh otcov do IV–V v.)*, „Bogoslovskie Trudy” 1973, nr 10, s. 136–138.

⁶ I. Meyendorf, op. cit., s. 53.

⁷ Cyt. za: ibidem, s. 22.

Zgodnie z niezmienną tradycją patrystyczną, „tym, który prawdziwie dokonuje każdy sakrament, zawsze jest Jezus Chrystus, niewidzialnie, lecz realnie obecny przez Ducha Świętego”⁸. Najpełniej i najwyraźniej prawda ta uwidacznia się w słowach modlitwy biskupa w trakcie sakramentu święceń kapłańskich: „Albowiem nie poprzez nałożenie rąk moich, lecz przez dar wielkich Twoich łask, dawana jest łaska tym, którzy są godni Ciebie”⁹. W tym duchu brzmią również słowa św. Symeona z Tessaloniki, który pod wpływem nauczania św. Grzegorza Palamasa wyjaśniał: „Rozumiecie sakrament Cerkwi? Nie człowiek działa lecz łaska Ducha”¹⁰. Analizując wypowiedzi świętych ojców, a także teksty liturgiczne sakramentów, jednoznacznie zauważymy, iż tym, który zsyła dar łaski Ducha Świętego, tym który dokonuje sakramentu jest Jezus Chrystus¹¹.

W Kościele rzymskokatolickim szafarzem sakramentalnej łaski są księża. Ten model znajduje odwzorowanie w formułach sakramentalnych, gdzie słowa o zstąpieniu łaski Ducha Świętego kierowane do Boga są zamieniane w formuły adresowane do wiernych i przyjmują formę: „Ja ciebie chrzczę...”. Jeśli chodzi o sakrament małżeństwa, to Katechizm Kościoła rzymskokatolickiego mówi, że to „sami małżonkowie jako szafarze łaski Chrystusa udzielają sobie nawzajem sakramentu małżeństwa, wypowiadając wobec Kościoła swoją zgodę”¹².

Rozbieżność w rozumieniu kościelnych sakramentów odzwierciedli się wkrótce w stosunku Kościoła prawosławnego do związków pozamałżeńskich.

Aby wstąpić w sakramentalny związek małżeński wymagana jest przede wszystkim wiara. Drugim niezbędnym elementem na drodze do mistycznego połączenia męża i żony jest ich wolna wola¹³. Dlatego w prawosławiu nie usłyszymy wezwania do złożenia przysięgi małżeńskiej. Kiedy wierzący ludzie, świadomie i bez przymusu, proszą Boga o ich zjednoczenie i błogosławieństwo dla ich związku, wtedy mówimy o sakramencie małżeństwa. Cóż się jednak dzieje, kiedy ci ludzie nie chcą przyjąć sakramentalnej łaski małżeńskiej jedności?

⁸ K. Ware, *Svjatootecheskoe osnovanija pravoslavnogo učenija o tajnstvach*, [w:] *Pravoslavnoe učenje o cerkovnyh tajnstvach – materialy V Mezhdunarodnoj bogoslovskoj konferencii Russkoj Pravoslavnoj Cerkvi*, Moskva 2007, s. 3.

⁹ *Archijeriatikon*, red. Soborowa Komisja Redakcyjna (J. Pańkowski), przekł. H. Paprocki, Warszawska Metropolia Prawosławna, Warszawa 2011.

¹⁰ Symeon z Tessaloniki, św. (Simeon Fessalonikijskij, sv.), *Poslanie uveshchatel'noe o puti spasenija, poslanie svjatym Bozhiim Cerkvam po vsej jeparhii*, „Bogoslovskie trudy” 2012, nr 43–44, s. 193.

¹¹ Świadectwa św. ojców patrz: K. Ware, op. cit., s. 4.

¹² *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Pallottinum 1994, §1624. Zgodnie z cytowanym Katechizmem, w tradycji prawosławnej kapłan bądź biskup są świadkami wzajemnej zgody małżonków, przy czym niezbędne jest też ich błogosławieństwo.

¹³ I. Meyendorf, op. cit., s. 30.

Skoro sakramenty nie zniewalają, decyzja ludzi jest przede wszystkim wyrazem ich woli. W nieformalnym związku osób wierzących Kościół prawosławny widzi więc praktyczny przejaw ich niepełnej wiary i słabego przywiązania do wspólnoty. Wynikać ona może z dwóch przyczyn: niezrozumienia i nieświadomości bądź świadomej i przemyślanej decyzji. W tym drugim przypadku możemy mówić o świadomym zstąpieniu z drogi, którą prowadzi wierzącego Kościół, co jest równoznaczne z odłączeniem się człowieka od wspólnoty. Jeśli człowiek nie wierzy, sam siebie odłącza od duchowej jedności z Bogiem i Jego Cerkwią. W odróżnieniu od katolickiego pojmowania apostazji jako wystąpienia z instytucji kościelnej prawosławie wskazuje, że to od wiary bądź jej braku uzależnia się przebywanie człowieka we wspólnocie. W pierwszym z przytoczonych przypadków odpowiedź nie jest jednak już taka łatwa.

Współcześnie z łatwością znajdziemy dowody na istnienie wielu szczęśliwych, prawdziwie kochających się małżeństw, których łączy miłość, przywiązanie i głębokie uczucie, lecz także coraz częściej praktykowany indyferentyzm lub ateizm. Ci, którzy nigdy nie wyznają chrześcijańskiej wiary, nie poznali znaczenia małżeństwa sakramentalnego i nie przyjęli na siebie żadnej odpowiedzialności przed Bogiem, tworzą niekiedy wzorowe moralnie związki, przepojone miłością i ufnością. Taka obserwacja nie stanowi jednak powodu dla zmiany celu, który przyświecać winien osobie wierzącej. Bóg nie przyzywa człowieka wyłącznie do ziemskiego szczęścia. Sakrament nie koncentruje się na zapewnieniu bogactwa, spokoju, miłości i radości tutaj nie ziemi, lecz wiąże się z prośbą skierowaną do Boga, aby to On prowadził małżeńską parę, i tutaj na ziemi, i do ostatecznego celu w Królestwie Niebiańskim. Jeśli osoby wierzące, które nie czują potrzeby sakramentalnej więzi, pytają: czy potrzebna jest nam sakramentalna więź? – Kościół udziela odpowiedzi słowami Psalmu: „Jeżeli Pan domu nie zbuduje, na próżno się trudzą ci, którzy go wznoszą” (Ps 126[127],1). Bez Boga trud człowieka kończy się porażką. Bez Jego pomocy daremne okażą się ludzkie wysiłki – osiągnięty efekt będzie co prawda widoczny, lecz nie będzie w stanie trwać wiecznie. Prawdziwa, doskonała relacja mężczyzny i kobiety rodzi się z ich miłości i sakramentalnej łaski Miłosiernego. Słowa te znajdują potwierdzenie w katechizmowej wykładni Kościoła prawosławnego: „Ziemska miłość stanowi jedynie obraz idealnej miłości i, w najlepszym przypadku, staje się stopniem na drodze do niej; i jeśli nie znajdzie ona uświęcającej łaski, stanie się pasywna i przestanie rozwijać człowieka. Bez pomocy z wysokości z łatwością może się przerodzić w egoizm, mąż i żona zaczynają widzieć w drugiej osobie jedynie środek dla swoich życiowych potrzeb (...) Aby uniknąć takiego zagrożenia, niezbędna jest inna miłość, której nie ma u ludzi, lecz którą może dać Chrystus. To ta miłość, którą Chrystus pokochał swój Kościół [gr. ekklessija – r. żeński – ta Cerkiew, co wyjaśnia kontekst opisaną przez Pawła idealnej relacji: Cerkiew – Oblubienica i Chrystus – Oblubieniec – M.Ł.]. W sakramencie małżeństwa, jeśli młoda para dobrowolnie

podporządkuje swoją naturalną miłość miłości do Boga i do Kościoła, uzyska dar wyższej, pełnej łaski miłości Chrystusowej. Może ona funkcjonować jedynie we wspólnocie wiary, jak komórka w organizmie”¹⁴.

W przypadku związków pozamałżeńskich, w oparciu o wyżej wskazane nauczanie Kościoła prawosławnego, możemy określić następujące ich oceny:

- 1) w sytuacji tzw. związków przedmałżeńskich, tj. konkubinatu, gdzie człowiek wierzący decyduje się na wspólnotę małżeńską bez kościelnego sakramentu i błogosławieństwa:
 - a) jeśli jest to przemyślana i świadoma decyzja rezygnacji z drogi wytyczonej przez Kościół, człowiek taki samodzielnie odłącza się od Kościoła. Chrześcijanin nie może być jednocześnie wierzącym i niewierzącym, nie może przynależeć do Kościoła i kierować się relatywizmem. Kościół nigdy nie będzie w stanie pogodzić swojej drogi do Boga z niezliczonymi ścieżkami ludzkich decyzji i autorytetów. Powrót do wspólnoty może nastąpić w momencie pokajania się człowieka i faktycznego powrotu na drogę Kościoła. Może się to dokonać po indywidualnej rozmowie z kapłanem, poprzez sakrament spowiedzi, Eucharystii i przystąpienia do sakramentu małżeństwa (jeśli kanonicznie jest to możliwe),
 - b) jeśli decyzja wynika z niewiedzy i nieświadomości, człowiek taki jest określany jako nierządnik¹⁵ i powinien otrzymać pomoc Kościoła w oparciu o zasadę ekonomii zbawienia (kościelnej oikonomii). Zasada ta oznacza możliwość ustępstwa od literalnego przestrzegania kanonów kościelnych, w sytuacji kiedy możliwa jest zmiana i powrót człowieka na prawidłową drogę. Kiedy młodzi ludzie nie czują potrzeby wstępowania w związek sakramentalny, duchowieństwo otaczać je powinno opieką i katechizować w kierunku zmiany ich decyzji,
 - c) jeśli człowiek poślubia heretyka, to jest osądzany jako wstępujący w nieprawie małżeństwo¹⁶, chyba że druga osoba złoży obietnicę przyjęcia prawdziwej wiary¹⁷;
- 2) w sytuacji związków cywilnych, tj. małżeństwa zarejestrowanego w państwowym urzędzie. Mężczyzna i kobieta są traktowani jako małżeńska para, która jednak nie ma świadomości prośby Boga o błogosławieństwo ich związku. Wtedy działanie duszpasterskie związane jest ze wskazaniem prawidłowej drogi i prowadzeniem małżonków w kierunku pełnej jedności – przed ludźmi – ale i przed Bogiem;

¹⁴ *Tainstvo brakosochetaniija*, [w:] A. Semenov-Tjan-Shanskij, *Pravoslavnyj katihizis*, Paris 1961, s. 102.

¹⁵ 21. kanon św. Bazylego Wielkiego; 4. kanon św. Grzegorza z Nyssy.

¹⁶ 14. kanon Soboru w Chalcedonie (451); 72. kanon Soboru in Trullo (691–692); 31. kanon Synodu w Laodycei (koniec IV w.).

¹⁷ 14. kanon Soboru w Chalcedonie (451); 10., 31. kanony Synodu w Laodycei (koniec IV w.); 72. kanon Soboru in Trullo (691–692).

- 3) w sytuacji związków pozamałżeńskich, kiedy człowiek pozostający w dotychczasowym związku angażuje się w kolejny nieformalny związek:
 - a) jeśli kontynuowany jest pierwszy związek, jest on osądzony jako cudzołóżnik i nierządnik¹⁸, i zgodnie z prawem kościelnym odłączony od wspólnoty do momentu pokajania¹⁹,
 - b) jeśli pierwszy związek uległ rozpadowi, człowiek może prosić biskupa o zdjęcie błogosławieństwa Kościoła z nieistniejącego związku i po okresie pokajania (określanego w prawie kanonicznym jako zależne od decyzji kapłana, lecz wskazywanego jako okres 1 lub 2 lat) prosić o błogosławieństwo Kościoła na zawarcie drugiego związku małżeńskiego²⁰;
- 4) jeśli wstępuje w związek nieprawy, m.in. kazirodczy, bigamistyczny z rodzemstwem, człowiek jest osądzany jako cudzołóżnik i jest ekskomunikowany²¹.

Ocena związków nieformalnych w Kościele prawosławnym jest niezmienna na przestrzeni wieków. Wykładnię uprawniającą do tej oceny stanowią przepisy kanoniczne, zatwierdzone na soborach powszechnych i lokalnych. Widzimy pełną zgodność tychże postanowień ze współczesną wykładnią teologiczną, np. w dziełach o. J. Meyendorffa czy P. Evdokimova²².

Jak więc widzimy, Kościół prawosławny kwestii związków pozamałżeńskich nie traktuje w kategoriach prawnych, lecz duszpasterskich. Jednoznacznie wypaczenia określa jako odejście człowieka wierzącego z drogi, którą wskazuje Kościół. Taka osoba nie tyle jest pozbawiana swej przynależności do wspólnoty, a raczej sama siebie wydała ze wspólnoty wiary. Odrębną ocenę daje jedynie jawnym przypadkom nieprawych związków – bigamistycznych, kazirodczych, naruszających naturalną normę. W takich przypadkach, zgodnie z przepisami prawa kanonicznego, ludzie ci są ekskomunikowani (czasowo lub nieodwołalnie – np. w przypadku związku kobiety z dwoma braćmi), lub traktowani jako mordercy²³. W innym przypadku, nieświadomej bądź niedojrzałej decyzji, Kościół, pełniąc rolę matki i wychowawcy, dąży do przywrócenia mężczyzny i kobiety do pełnej jedności z Bogiem i wspólnotą. Dokonuje się to poprzez katechizację, uzdrawiającą spowiedź i ewentualną epitemię. Epitemia stanowi polecenie duszpasterza dla osoby, która przystąpiła do sakramentu spowiedzi. W przeciwieństwie do rzymskokatolickiego pojmowania tego sakramentu, epi-

¹⁸ 18., 21., 26. kanony św. Bazylego Wielkiego.

¹⁹ 87. kanon Soboru in Trullo (691–692); 77. kanon św. Bazylego Wielkiego.

²⁰ 1. kanon Synodu w Laodycei (koniec IV w.); 4., 27. kanony św. Bazylego Wielkiego.

²¹ 29., 67., 75., 76., 79. kanony św. Bazylego Wielkiego; 2. kanon Synodu w Neocezarei (314); 29. kanon św. Bazylego Wielkiego.

²² P. Evdokimov, *The Sacrament of Love*, New York 2001, s. 85.

²³ Zob. m.in. 29., 67., 75., 76., 79. kanony św. Bazylego Wielkiego.

temia nie jest pokutą, nie jest karą ani zadośćuczynieniem. Epitemia nadawana jest przez kapłana spowiadającej się osobie już po przeczytaniu rozgrzeszającej modlitwy i stanowi formę terapii. Kanony dyscyplinarne Kościoła prawosławnego, mówiąc o rodzajach epitemii, mówią o poście, modlitwie, jałmużnie, pomocy bliźnim. Te działania mają pomóc człowiekowi, któremu Bóg w sakramencie spowiedzi wybaczył grzechy, powrócić do pełnej jedności we wspólnocie wiary. Ta może się dokonać jedynie poprzez uświadomienie sobie w pełni szkodliwości popełnionych grzechów. W przypadku omawianych związków pozamałżeńskich epitemią może być czasowe odłączenie od Eucharystii, wskazanie osobistej reguły modlitwowej, zalecenie postu bądź wstrzemięźliwości w relacjach małżeńskich.

W Kościele prawosławnym sakrament małżeństwa nie jest umową ani obietnicą, lecz stanowi początek nowej wspólnoty, którą teologia prawosławna określa jako Małą Cerkiew. Podobnie jak chrześcijanin nie może żyć poza wspólnotą i prawdziwie być chrześcijaninem, tak też i wierzący mąż lub żona nie mogą, nie będąc w sakramentalnym związku małżeńskim, być prawdziwie chrześcijańską rodziną. O takim rozumieniu małżeństwa mówił już św. Klemens Aleksandryjski (+ ok. 212), który nazwał je „Domem Bożym”²⁴. Wskazał on, że małżeństwo staje się jednością, z którą przebywa Bóg, albowiem „gdzie są dwaj albo trzej zebrani w imię moje, tam jestem pośród nich” (Mt 18,20). Jeśli zjednoczenie mężczyzny i kobiety jest przejawem bezgranicznej miłości i wiary, ich sakramentalny związek tworzy Małą Cerkiew – Dom Boży.

Bibliografia

Teksty źródłowe

Archijeratikon, red. Soborowa Komisja Redakcyjna (J. Pańkowski), przekł. H. Paprocki, Warszawska Metropolia Prawosławna, Warszawa 2011.

Bolshoi trebnik, Sankt Peterburg 1995.

Dokumenty synodów od 50 do 381 roku, red. A. Baron, H. Pietras, t. I, *Synody i kolekcje praw*, Kraków 2006.

Dokumenty synodów od 381 do 431 roku, red. A. Baron, H. Pietras, t. IV, *Synody i kolekcje praw*, Kraków 2010.

Euhologion al’bo Molitvoslov ili Trebnik (Trebnik mitropolita Petra Mohyly), t. I, Kyiv 1646 (reprint: Kyiv 1996).

Katechizm Kościoła Katolickiego, Pallottinum 1994.

²⁴ P. Evdokimov, op. cit., s. 121.

Pierwsi świadkowie. Pisma Ojców Apostolskich, red. M. Starowieyski, Kraków 1988.
Trebnik, Warszawska Metropolia Prawosławna, Warszawa 2010.

Opracowania

- Arranz M., *Izbrannye sochinenija po liturgike. Tom I. Tainstva Vizantijskogo Jehولوجija*, Rim – Moskva 2003.
- Averkij (Taushev), *Liturgika*, Svjato Troickij Monastyr, 2000.
- Cyryl Jerozolimski, św., *Katechezy przedchrzcielne i mistagogiczne*, Kraków 2000.
- Evdokimov P., *The Sacrament of Love*, New York 2001.
- Gavriil, *Rukovodstvo po Liturgike*, Tver 1886.
- Grzegorz z Nazjanzu, św. (Grigoriy Bogoslov), *Tvoerenija*, t. I.
- Jan Chryzostom, św., *O małżeństwie*, [w:] P. Evdokimov, *The Sacrament of Love*, New York 2001.
- Kabasilas M., św., *Komentarz Boskiej Liturgii św. Jana Chryzostoma*, przekł. M. Ławreszruk, Warszawska Metropolia Prawosławna, Warszawa 2009.
- Krasnopievkov V., *Novaja skrizhal'*, Sankt Peterburg 1859.
- Ławreszruk M., *Ślub – formalność, tradycja czy sakrament?*, [w:] „List informacyjny. Pismo Bractwa Młodzieży Prawosławnej Diecezji Białostocko-Gdańskiej”, 2012, nr 3.
- Ławreszruk M., *Teologia w języku*, „Przegląd Prawosławny” 2012, nr 11.
- Makarij Egipetskiy, *Duhovnye slova i poslanija*, Moskva 2002.
- Marek A., *Rodzina i małżeństwo*, [w:] *Leksykon dla dziennikarzy. Nie bój się Islamu*, wyd. Więź, online: <http://www.wiez.com.pl/islam/index.php?id=13>.
- Meyendorff J., *Brak w Prawosławii*, Klin 2004.
- Meyendorff J., *Christian Marriage in Byzantium. The Canonical and Liturgical Tradition*, Washington 1990.
- Meyendorff J., *Małżeństwo w prawosławiu. Liturgia, teologia, życie*, przekł. K. Leśniewski, Lublin 1995.
- Paprocki H., *Eucharystia w prawosławiu*, [w:] *Eucharystia w dialogu ekumenicznym*, Warszawa 1989.
- Paprocki H., *Misterium Eucharystii. Interpretacja genetyczna liturgii bizantyjskiej*, WAM, Kraków 2010.
- Parenti S., *The Christian Rite of Marriage in the East*, [w:] *Handbook for Liturgical Studies*, red. A. J. Chupungco, t. 4, Collegeville 2000.
- Pokrovskij A. I., *Brachnye molitvy i blagoslovenija drevnej Cerkvi (I–X v.)*, [w:] *Sbornik statii v pamjat' stoletija M.D.A.*, Sergijev Posad 1915.
- Schmemann A., *Eucharystia. Misterium Królestwa*, przekł. A. Turczyński, Białystok 1997.
- Schmemann A., *Spowiedź i komunija*, przekł. H. Paprocki, „Wiadomości Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego” 1981, nr 11.

Solovjev V., *Smysl ljubvi*, Moskva 2010.

Taft R. F., *Liturgicheskij leksikon*, przekł. S. V. Golovanov, Omsk 2013.

Troickij S. V., *Hristijanskaja filozofija braka*, Parizh 1932.

Ware Kallistos, metr., *Svjatootecheskoe osnovanija pravoslavnogo uchenija o tainstvah*, [w:] „Pravoslavnoe učenje o cerkovnyh tainstvah” – materialy V Mezhdunarodnoj bogoslovskoj konferencii Russkoj Pravoslavnoj Cerkvi, Moskva 2007.

Voronov L., ks. prof., *Kreshchenie i prinadlezhnost' k Cerkvi. Vzglyad na sostojanie nekreshchennogo cheloveka (po ucheniju svjatyh otcov do IV–V v.)*, „Bogoslovskie Trudy” 1973, nr 10.

Zheltoj M., *Brak i Jevharistija. Istorija pravoslavnogo china venchanija*, ZMP 2004, nr 11.

Zheltoj M., *Sostav chinov obruchenija i venchanija v drevnejshih slavjanskih rukopisjah*, [w:] *Drevnaja Rus'. Voprosy medievistiki*, Moskva 2009.

Krzysztof Szczygielski

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: k.szczygielski@uwb.edu.pl
telefon: +48 85 745 71 62

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.09

Konkubinat jako źródło małżeńskiej przeszkody przyzwoitości publicznej w prawie kanonicznym

SUMMARY

Concubinage as a source of the matrimonial impediment of public propriety in Canon Law

The article discusses concubinage as a source of matrimonial impediment of public propriety (*impedimentum publicae honestatis*) in Canon Law. According to Canon 1093 of the Code of Canon Law from 1983 and Canon 810 Code of Canons of Oriental Churches from 1990, the impediment of public propriety arises from notorious or public concubinage. It nullifies marriage in the first degree of the direct line between the man and the blood relatives of the woman, and vice versa. Concubinage means a cohabitation between a man and a woman established on a more or less durable basis without a valid marriage. It's unimportant whether the parties live in the same house or not. Concubinage is considered public when it is known in the community of the faithful, notorious when it is publicly known and carried out in such circumstances that it cannot be concealed or excused.

Public propriety is an impediment of ecclesiastical law, hence can be dispensed by the local ordinary (Canon 1078 § 1 of the Code of Canon Law) and by the local hierarch (Canon 795 of the Code of Canons of Oriental Churches) in ordinary circumstances, and also by the persons mentioned in canons 1079–1080 of the Code of Canon Law and canons 796–797 of the Code of Canons of Oriental Churches in exceptional circumstances. It should be noted that even if notorious or public concubinage ceases through the death of one of the parties or by mutual agreement, a dispensation is necessary.

Key words: concubinage, impediment of public propriety, Canon Law

Słowa kluczowe: konkubinat, przeszkoda przyzwoitości publicznej, prawo kanoniczne

W ostatnich kilkunastu latach znacząco wzrasta liczba par utrzymujących wspólne pożycie bez zawarcia związku małżeńskiego¹. Osoby takie, z uwagi

¹ Zob. dane Głównego Urzędu Statystycznego za lata 2002–2011, *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2013*, Warszawa 2013, s. 198–199.

na przeszkody natury prawnej, nie mogą, bądź też, co zdarza się dużo częściej, nie chcą z własnej woli wstępować w związki małżeńskie. Zjawisko to zaobserwować można zarówno na forum świeckim, jak też w obrębie największej wspólnoty wiernych w Polsce, jaką tworzą członkowie Kościoła katolickiego. Pozostawanie przez określone osoby w trwałych związkach pozamałżeńskich, określanych najczęściej mianem konkubinatów, oprócz pewnych zamierzonych przez samych zainteresowanych korzyści, wywołuje także wiele negatywnych dla nich skutków prawnych². Jednym z nich może być powstanie na gruncie kościelnego prawa małżeńskiego przeszkody przyzwoitości publicznej. Celem niniejszego artykułu jest omówienie charakteru prawnego wspomnianej przeszkody w prawie kanonicznym Kościoła obrządku łacińskiego i katolickich Kościołów Wschodnich.

1. Przeszkoda przyzwoitości publicznej w rozwoju historycznym

Przeszkoda przyzwoitości publicznej (*impedimentum publicae honestatis*) wprowadzona została do prawa kanonicznego na podobieństwo i celem uzupełnienia przeszkody powinowactwa (*impedimentum affinitatis*), stąd też w nauce od dawna nazywa się ją również jakby powinowactwem (*quasi-affinitas*)³. Prawo rzymskie określało powinowactwo jako więź prawną powstającą wskutek zawarcia małżeństwa między jednym z małżonków a krewnymi drugiego małżonka⁴. Mogło ono zachodzić w linii prostej (*affinitas in linea recta*) lub w linii bocznej (*affinitas in linea transversa*)⁵. W źródłach prawa rzymskiego traktujących o różnych zakazach wstępowania w związki małżeńskie⁶ mieszczą się także regulacje, które wzbraniały zawierania małżeństw między powinowatymi⁷. Zwracano również uwagę na relacje zbliżone do powinowactwa. Po-

² S. Paździor, *Konkubinaty w prawie kanonicznym oraz w polskim prawie cywilnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2007, nr 2, s. 177–187.

³ Por. J. Pelczar, *Prawo małżeńskie katolickie z uwzględnieniem prawa cywilnego obowiązującego w Austrii, w Prusach i w Królestwie Polskiem*, Kraków 1882, s. 247; I. Chelodi, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, wyd. 3, Tridenti 1921, s. 109; H. A. Ayrinhac, P. J. Lydon, *Marriage Legislation in the New Code of Canon Law*, New York 1946, s. 180; F. M. Cappello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, t. V: *De matrimonio*, wyd. 7, Romae 1961, s. 482; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, Warszawa 1956, s. 252.

⁴ D. 38, 10, 4, 3: *Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis.*

⁵ Szerzej na temat powinowactwa i skutków prawnych, jakie wywoływało w prawie rzymskim por. A. Guarino, *Adfinitas*, Milano 1939.

⁶ Podkreślić trzeba, że *ius Romanum* stanowiło przede wszystkim o przesłankach pozytywnych, jakie należało spełnić, aby zawarcie małżeństwa stało się możliwe. Wskazywało przy tym jednak, jakich kobiet nie wolno było pojmować za żony, por. G. 1, 58–63; I. 1, 10, 1–11; D. 23, 2, 1–68.

⁷ Źródła te szczegółowo omawia J. Misztal-Konecka, *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007, s. 60 i nast.

wstawały one wskutek ważnie zawartych zaręczyn (*sponsalia*) między jednym z narzeczonych a krewnymi drugiego. Osoby takie łączył stosunek prawny, zwany w literaturze przedmiotu jakby powinowactwem⁸. Zabronione było więc *matrimonium* między narzeczoną a krewnymi narzeczonego w linii prostej i odwrotnie⁹. *Institutiones* Justyniana stanowią wyraźnie, że chociaż kobieta zaręczona z synem nie jest synową, zaś zaręczona z ojcem nie jest macochą, jednakże postępują właściwie i zgodnie z prawem ci, którzy powstrzymują się od takich małżeństw¹⁰. Warto w omawianym kontekście wspomnieć także o datowanej na 11 kwietnia 228 roku konstytucji Aleksandra Sewera (222–235)¹¹, w której znalazł się zakaz pojmowania przez synów za żony konkubin swoich ojców. W ocenie cesarza osoby łamiące takie obostrzenie dopuściłyby się rzeczy uwłaczającej pobożności i sprzecznej z przyzwoitością, chociaż *concupinatus* nie rodził między jednym z konkubentów a krewnymi drugiego stosunku powinowactwa w ścisłym tego słowa znaczeniu¹². Co więcej, w opinii jednego z najwybitniejszych jurystów okresu klasycznego, Domitiusa Ulpianusa, jeśli kobieta, która była konkubiną swojego patrona i zaczęła być następnie konkubiną jego syna lub wnuka, albo przeciwnie, nie postępowała właściwie, a tego typu niegodne prowadzenie się powinno być zakazane¹³. Powyższe regulacje podyktowane były względami społeczno-obyczajowymi¹⁴. To właśnie z uwagi na przyzwoitość i czystość obyczajów należało powstrzymać się od takich relacji. Inny z grona znamienitych prawników rzymskich, Herenius Modestinus, podkreślał bowiem, iż w przypadku związków między mężczyzną i kobietą zawsze trzeba mieć na względzie nie tylko to, co jest dozwolone, lecz także to, co stosowne (obyczajne)¹⁵.

Oddziaływanie pierwiastków rzymskich dostrzec można także na polu ustawodawstwa kościelnego. *Impedimentum publicae honestatis*, o której wzmian-

⁸ Szerzej na ten temat: H. Kupiszewski, *Quasiad finitas w prawie rzymskim*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 1963, z. 4, s. 45–54.

⁹ D. 23, 2, 12, 1: *Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt: quamquam noverca mea non proprie dicatur*; D. 23, 2, 12, 2: *Sed et per contrarium sponsa mei patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur*; D. 23, 2, 14, 4: *item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim meam socrum*.

¹⁰ I. 1, 10, 9: *Nam constat nec sponsam filiis nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui ab huiusmodi nuptiis abstinuerunt*.

¹¹ C. 5, 4, 4: *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt, quia minus religiosam et probabilem rem facere videtur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt*.

¹² J. Misztal-Konecka, op. cit., s. 67.

¹³ D. 25, 7, 1, 3: *Si qua in patroni fuit concubinatu, deinde filli esse coepit vel in nepotis, vel contra, non putto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est*.

¹⁴ A. Woroniecki, *Przeszkoda małżeńska przystojności publicznej w rozwoju historycznym*, „Wiadomości Diecezjalne Łódzkie” (dalej: WDL) 1934, nr 4, s. 199–204.

¹⁵ D. 23, 2, 42: *Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit*.

kuje już w swoim Dekrecie Gracjan¹⁶, przechodziła w ciągu następnych stuleci ewolucję, zarówno w przedmiocie źródeł przeszkody, jak i jej zakresu. Najistotniejsze reformy w tej kwestii były dziełem papieża Innocentego III (1198–1216) na Soborze Laterańskim IV (1215), papieża Bonifacego VIII (1294–1303) oraz Soboru Trydenckiego (1545–1563)¹⁷, który nadał przeszkodzie ostateczną formę obowiązującą do momentu ogłoszenia Kodeksu Prawa Kanonicznego (dalej: KPK) w 1917 roku. Odnotować należy, że w świetle przedkodeksowego prawa kanonicznego podstawą przeszkody przyzwoitości publicznej były ważne zaręczyny, które wzbraniały zawarcia małżeństwa między jednym z narzeczonych i krewnymi drugiego w pierwszym stopniu linii prostej i bocznej. Drugie źródło przeszkody stanowiło małżeństwo niedopełnione, zarówno ważne, jak i nieważne, o ile zostało zawarte bezwarunkowo, a nieważność nie wynikała z braku zezwolenia. Zakres przeszkody rozciągał się tutaj aż do czwartego stopnia w obydwu liniach¹⁸.

Zasadniczych zmian w materii źródeł przeszkody przyzwoitości publicznej dokonano w KPK/1917. Prawodawca kościelny usunął zaręczyny jako podstawę powstania przeszkody, przyjmując w kan. 1078 za jej źródło małżeństwo nieważne oraz publiczny lub notoryczny konkubinacj. Modyfikacja prawa przedkodeksowego polegała na tym, że za jeden z fundamentów przeszkody uznano małżeństwo nieważne z jakiegokolwiek przyczyny. Dokładniej mówiąc, powodem nieważnego małżeństwa mogła być jedna z przeszkód zrywających, istotny brak zgody małżeńskiej lub niezachowanie formy kanonicznej zawarcia małżeństwa. Nie miało znaczenia to, czy małżeństwo zostało zawarte w dobrej, czy w złej wierze. Ponadto, takie *matrimonium* stanowiło przeszkodę bez względu na to, czy zostało dopełnione, czy nie.

Alternatywnym źródłem przeszkody przyzwoitości publicznej stał się zaś publiczny lub notoryczny konkubinacj. Warto wspomnieć, iż pożycie w tym pozamałżeńskim związku nie było już w prawie przedkodeksowym sprawą zupełnie obojętną z punktu widzenia zawarcia małżeństwa kanonicznego. Pod wpływem nauczania Ojców Kościoła na temat małżeństwa, a zwłaszcza św. Bazylego i św. Augustyna, *concubinatus* znalazł się w orbicie zainteresowań przeszkody powinowactwa. To właśnie ich poglądy w przedmiocie znaczenia współżycia seksualnego spowodowały zmianę dotychczasowej koncepcji

¹⁶ Zob. c. 11–15, C. XXVII, q. 2.

¹⁷ Szerzej na temat źródeł i kształtowania się przeszkody przyzwoitości publicznej w przedkodeksowym prawie kanonicznym, zob. E. Brunest, *Étude sur l'empêchement d'honnêteté publique*, Paris 1911; A. Woroniecki, op. cit., WDL 1934, nr 4, s. 206–212; WDL 1935, nr 1, s. 17–45; J. F. Gallagher, *The Matrimonial Impediment of Public Propriety. A Historical Synopsis and a Canonical Commentary*, Washington 1952, s. 32–59; A. Bride, *honnêteté publique*, [w:] *Dictionnaire de droit canonique* (dalej: DDC), red. R. Naz, t. V, Paris 1953, szp. 1179–1194; M. Buonanno, *De canonico publicae honestatis impedimento. Synopsis historica ac commentarium doctrinale in can. 1078 C. I. C.*, Napoli 1973, s. 39 i nast.

¹⁸ J. Pelczar, op. cit., s. 248–249.

tej przeszkody, choć moment jej wprowadzenia pozostaje w doktrynie prawa kanonicznego kwestią sporną¹⁹. Za przyczynę sprawczą powinowactwa uznano nie sam fakt ważnego zawarcia małżeństwa, lecz rozpoczęcie pożycia seksualnego (*copula carnalis*) między kobietą i mężczyzną, bez względu na to, czy miało ono miejsce w małżeństwie (*copula licita*), czy też w związku pozamałżeńskim (*copula illicita*). Takie rozróżnienie form stosunku cielesnego posłużyło następnie za kryterium podziału powinowactwa na *affinitas legitima* i *affinitas illegitima*. Wyróżniano dwie postacie powinowactwa, które miało swoje źródło w pozamałżeńskich stosunkach seksualnych. Za *criterium divisionis* przyjmowano czas, w jakim dochodziło do grzesznej relacji seksualnej, czyli to, czy następowała ona przed zawarciem małżeństwa, czy też po jego zawarciu. Pierwszą z nich określano mianem niegodziwego powinowactwa przedmałżeńskiego (*affinitas antecedens*), drugą natomiast niegodziwym powinowactwem następczym (*affinitas superveniens*)²⁰. Takie rozumienie pożycia seksualnego i związanej z nim koncepcji powinowactwa powodowało, że pod pojęcie źródeł tej przeszkody podpadały, obok ważnego małżeństwa, również zakazane związki heteroseksualne, takie jak: nierząd (*stuprum*), cudzołóstwo (*adulterium*), kazirodztwo (*incestum*), a w szczególności trwałe pożycie na wzór małżeński stanowiące konkubinaty. Oznaczało to, że mężczyzna pozostający *in concubinato* z określoną kobietą nie mógł poślubić jej krewnych w linii prostej i bocznej do drugiego stopnia włącznie. Podobnie kobieta żyjąca w takim związku nie mogła zawrzeć małżeństwa z krewnymi swojego konkubenta. Zakaz ten odnosił się zarówno do krewnych prawnego, jak też nieprawego pochodzenia²¹.

Odnosnie do przeszkody powinowactwa KPK/1917 przewidywał, że powstaje ona jedynie z samego faktu ważnego zawarcia małżeństwa, niezależnie od tego, czy następnie doszło między małżonkami do fizycznego współżycia cielesnego, czy też nie (kan. 97 i kan. 1077). Ustawodawca kościelny doszedł tym samym do wniosku, że *concubinatus* jako przyczyna wzbraniająca zawarcia małżeństwa lepiej przystaje do koncepcji przeszkody przyzwoitości publicznej niż do praktykowanego w prawie przedkodeksowym pojęcia przeszkody powinowactwa. Wprowadzając tę zmianę nawiązał tym samym wyraźniej do pierwotnej tradycji kanonicznej Kościoła.

Przeszkoda przyzwoitości publicznej była również znana katolickim Kościołom Wschodnim, jednak przed reformą prawa małżeńskiego z 1949 ro-

¹⁹ Niektórzy kanoniści przyjmują, że przeszkoda powinowactwa, której źródło stanowiła bliskość osób powstała ze stosunku cielesnego, znaczenia prawnego nabrała już w VIII w. Zdaniem innych nastąpiło to nieco później; szerzej na ten temat zob. F. X. Wahl, *The Matrimonial Impediments of Consanguinity and Affinity. An Historical Synopsis and Commentary*, Washington 1934, s. 72–74; J. F. Gallagher, op. cit., s. 15–18.

²⁰ J. Pelczar, op. cit., s. 218.

²¹ Ibidem, s. 220 i 223–224; F. X. Wahl, op. cit., s. 78–79.

ku konkubinat nie stanowił jej źródła²². W dniu 22 lutego 1949 roku papież Pius XII (1939–1958) motu proprio *Crebrae allatae sunt*²³ (dalej: CA/1949) ogłosił nową kodyfikację prawa małżeńskiego dla katolickich Kościołów Wschodnich. Prawo to stanowiło o przeszkodzie przyzwoitości publicznej w kan. 69, którego brzmienie było tożsame z kan. 1078 KPK/1917²⁴. Prowadzi to do wniosku, iż w kwestii konkubinatu stanowiącego fundament przeszkody przyzwoitości publicznej zachodziła całkowita zgodność przyjętych rozwiązań między prawem wspólnym katolickich Kościołów Wschodnich i prawem Kościoła katolickiego obrządku łacińskiego²⁵.

2. Pojęcie przeszkody przyzwoitości publicznej i jej charakter we współcześnie obowiązującym prawie kanonicznym

Zgodnie z brzmieniem kan. 1093 KPK/1983 przeszkoda przyzwoitości publicznej powstaje z nieważnego małżeństwa po rozpoczęciu życia wspólnego albo z notorycznego lub publicznego konkubinatu. Powoduje zaś nieważność małżeństwa w pierwszym stopniu linii prostej między mężczyzną i krewnymi kobiety, i odwrotnie. Podobne regulacje zawiera kan. 810 Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich (dalej: KKKW) z 1990 roku z tą jednak różnicą, że w § 1, n. 3 wspomnianego kanonu zamieszczono dodatkowe źródło *impedimenti publicae honestatis*, które stanowi fakt rozpoczęcia życia wspólnego przez tych, którzy będąc zobowiązani do zachowania przepisanej prawem formy zawarcia małżeństwa, usiłowali zawrzeć małżeństwo przed urzędnikiem cywilnym lub szafarzem akatolickim²⁶. Tym samym katolickie Kościoły Wschodnie stoją na stanowisku, że nie stanowi ważnego małżeństwa kanonicznego związek zawarty przez katolików jakiegokolwiek obrządku wschodniego przed urzędnikiem cywilnym lub szafarzem akatolickim, np. w Kościele prawosławnym lub w Kościele Ewangelicko-Augsburskim. Przeszkody przyzwoitości publicznej nie rodzi więc rozpoczęcie życia

²² F. Galtier, *Le mariage. Discipline orientale et discipline occidentale. La Reforme du 2 Mai 1949*, Beyrouth 1950, s. 178–179; A. Bride, op. cit., szp. 1201–1202; szerzej na temat źródeł i rozwoju historycznego małżeńskiej przeszkody przyzwoitości publicznej w prawie katolickich Kościołów Wschodnich, zob. J. Dauvillier, C. De Clercq, *Le mariage en droit canonique Oriental*, Paris 1936, s. 148 i nast.; A. Hage, *Les empêchements de mariage en droit canonique oriental. Etude historico-canonique*, Beyrouth 1954, s. 204–222.

²³ „Acta Apostolicae Sedis” 1949, nr 41, s. 89–119.

²⁴ F. Galtier, op. cit., s. 177–180; A. Hage, op. cit., s. 221–222.

²⁵ R. P. Roberts, *Matrimonial Legislation in Latin and Oriental Canon Law*, Westminster 1961, s. 42; V. J. Pospishil, *Code of Oriental Canon Law. The Law on Marriage*, Chicago 1962, s. 124.

²⁶ L. Sabbarese, *De impedimentis dirimentibus in genere*, [w:] *Commento al Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, a cura di P. V. Pinto, Città del Vaticano 2001, s. 681–682.

wspólnego przez katolików wschodnich, którzy zawarli małżeństwo w kościele obrządku łacińskiego. Zachodzi jednak pewna różnica w koncepcji przeszkody przyzwoitości publicznej między prawem katolickich Kościołów Wschodnich i prawem Kościoła łacińskiego. Wyraża się ona w tym, że Kościół katolicki obrządku łacińskiego traktuje jako źródło tej przeszkody publiczny lub notoryczny konkubinaty, jaki powstaje na skutek trwałego pożycia na sposób małżeński w zawartym związku cywilnym, natomiast katolickie Kościoły Wschodnie uważają również za źródło tej przeszkody samo spełnienie warunku podjęcia życia wspólnego, bez konieczności dalszego stałego utrzymywania stosunków seksualnych, zarówno w związku cywilnym, jak też w związkach zawartych w akatolickich kościołach lub związkach wyznaniowych.

Przyczyn ustanowienia przeszkody przyzwoitości publicznej upatrywać należy w czynnikach natury społecznej, etycznej oraz moralno-obyczajowej. To raczej uczciwości i przyzwoitości zagłębione gdzieś w podświadomości ludzkiej tworzą coś w rodzaju bariery, instynktu samozachowawczego przed powzięciem decyzji o zawarciu małżeństwa z osobą, z krewnymi której utrzymywało się uprzednio stosunki cielesne. Stąd nazwa przeszkody wzięta została nie z fundamentu, na którym się opiera, lecz z racji, dla których ją ustanowiono²⁷. Sądzę, że warto poświęcić nieco miejsca eksplikacji poszczególnych terminów składających się na pełną nazwę tej przeszkody. Otóż sam łaciński rzeczownik *honestas* tłumaczony jest najczęściej na język polski jako uczciwość²⁸, czystość obyczajów²⁹, wartości moralne³⁰, przyzwoitość³¹ (dawniej w literaturze przedmiotu posługiwano się też słowem przystojność³²) oraz reputacja³³. Drugi człon tworzący nazwę przeszkody, mianowicie przymiotnik *publica*, oznacza związanie nią ogółu, dotyczy więc całego społeczeństwa lub jakiejś zbiorowości. Przyzwoitość publiczną należy więc rozumieć jako zachowanie pewnej powinności moralnej wobec oznaczonych osób. Innymi słowy, są to określone drogowskazy etyczno-obyczajowe, które nie pozwalają jednostce na przekroczenie ogólnie przyjętych w społeczeństwie granic przyzwoitości.

²⁷ S. Biskupski, op. cit., s. 251; A. Bride, op. cit., szp. 1179–1180.

²⁸ F. Bobrowski, *Słownik łacińsko-polski*, t. I, Wilno 1841, s. 836; A. Jougan, *Słownik kościelny łacińsko-polski*, Warszawa 1992, s. 300; J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 429.

²⁹ *Słownik łacińsko-polski*, red. M. Plezia, t. II, Warszawa 1998, s. 721; J. Pieńkos, *Słownik łacińsko-polski. Łacina w nauce i kulturze*, Kraków 2001, s. 189.

³⁰ J. Sondel, op. cit., s. 429; *Słownik łacińsko-polski...*, s. 721.

³¹ *Słownik łacińsko-polski do użytku szkół średnich*, red. B. Kruczkiewicz, Kraków 1907, s. 373.

³² I. Grabowski, *Prawo kanoniczne według nowego Kodeksu*, wyd. 2, Lwów 1927, s. 440; A. Woroniecki, op. cit., WDL 1934, nr 4, s. 195–212; WDL 1935, nr 1, s. 17–49.

³³ F. Bobrowski, op. cit., t. I, s. 836.

3. Konkubinat jako źródło przeszkody przyzwoitości publicznej

Zgodnie z treścią kan. 1093 KPK/1983 oraz kan. 810 § 1, n. 2 konkubinat stanowi podstawę przeszkody przyzwoitości publicznej. Konieczne jest więc wyjaśnienie, co należy rozumieć pod jego pojęciem.

Żadne ze źródeł dawnego prawa kanonicznego nie podaje definicji konkubinatu. Jednakże z łatwością odnaleźć w nich można pewne przymioty charakteryzujące istnienie takiego związku. Na przestrzeni kilkunastu stuleci prawo kościelne doprecyzowywało istotne elementy składające się łącznie na pojęcie konkubinatu, co pozwala odróżnić go z jednej strony od instytucji małżeństwa, z drugiej natomiast od innych związków czysto faktycznych. Prawodawca kodeksowy również nie wyjaśnia w KPK/1983, jak i KKKW/1990, co należy rozumieć pod pojęciem *concubinatus*. Nie podaje niezbędnych cech, jakie muszą występować, aby dany związek mógł być postrzegany w świetle *iuris canonici* jako konkubinat. Określenie zatem istotnych właściwości, które konstytuują ten sposób pożycia pozostawiono doktrynie. Jej przedstawiciele wypowiadali się w tej materii wielokrotnie, podejmując tym samym wysiłki zmierzające do możliwie jak najdokładniejszego i trafnego oddania charakteru tego związku. Różnorodność zajmowanych przez kanonistów stanowisk prowadziła jednak często do powstawania licznych niejasności, stąd niezwykle pomocne przy podejmowanych próbach zdefiniowania konkubinatu okazało się także orzecznictwo Roty Rzymskiej.

Uwzględnienie prezentowanych w nauce prawa kanonicznego opinii i poglądów pozwala na stwierdzenie, że pod pojęciem konkubinatu rozumieć należy trwałe pożycie mężczyzny i kobiety na wzór małżeński (*more uxorio*), jednak bez zawarcia ważnego w świetle *iuris canonici* małżeństwa³⁴. Bez znaczenia jest to, czy pozostający w takich relacjach konkubenci są stanu wolnego, czy też jedno z nich (bądź obydwójce) związani są węzłami małżeńskimi z innymi osobami. Warto podkreślić, że istotny przymiot tych pozamałżeńskich relacji stanowi okoliczność, iż zachodzić one mogą wyłącznie między mężczyzną i kobietą. Różnica płci partnerów pozostaje cechą pozwalającą odróżnić pojęcie konkubinatu w prawie kanonicznym od tego, jakie pojawia się coraz częściej w systemach prawa świeckiego, które rozciągają je także na osoby o orientacji homoseksualnej³⁵.

³⁴ A. Vermeersch, J. Creusen, *Epitome iuris canonici cum commentariis ad scholas et ad usum privatum*, t. II, wyd. 4, Brugis – Bruxellis 1930, s. 226; E. Jombart, *concubinage*, [w:] DDC, t. III, Paris 1942, szp. 1521–1523; J. F. Gallagher, op. cit., s. 107 i nast.; T. L. Bouscaren, A. C. Ellis, *Canon Law. A Text and Commentary*, wyd. 2, Milwaukee 1951, s. 547; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. III: *Prawo małżeńskie*, Olsztyn 1996, s. 150.

³⁵ Możliwość taką przewiduje np. francuski kodeks cywilny w art. 515–8. Zgodnie z jego brzmieniem: *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple*.

Większość kanonistów wskazuje jako jeden z elementów konstytuujących zaistnienie tego nieślubnego związku trwałość (*perpetuum*) przejawianych przez strony intencji wspólnego pożycia³⁶. Ma ona odróżniać konkubinaty od incydentalnych czy też krótkotrwałych kontaktów seksualnych, które nie powodują powstania przeszkody³⁷. Warto zwrócić uwagę na to, iż nawet częste wizyty w domu publicznym i korzystanie każdorazowo z usług tej samej prostytutki nie dają podstaw do uznania takich relacji za konkubinaty. Rota Rzymska w wydanym w 1930 roku orzeczeniu stanowi wyraźnie, że konkubinaty wyróżnia od prostytucji to, że prostytutka sprzedaje swoje ciało, czerpiąc z tego tytułu korzyści materialne (*differt concubinatus a meretricio, quia meretrix corpore quaestum facit...*)³⁸. Oprócz tego pomiędzy partnerami powinno zachodzić współżycie cielesne (*sexualis conversatio*). Dlatego też w świetle prawa kanonicznego nie będzie można uznać za konkubinaty wspólne zamieszkiwanie dwóch osób, które takich intymnych stosunków nigdy nie utrzymywały. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że wymóg obcowania płciowego jest ze swej natury względny. Otóż strony, które z różnych przyczyn nie są aktualnie zdolne do podjęcia takich aktów, a w przeszłości zachodziły one między nimi, będą, przy zaistnieniu pozostałych właściwości, postrzegane jako żyjące w konkubinacie, np. osoby w podeszłym wieku, które od wielu lat pozostają w trwałej łączności faktycznej, zamieszkują razem, posiadają dzieci, a obecnie nie chcą bądź też nie mogą ze sobą współżyć. Istotnego znaczenia dla zaistnienia konkubinatu nie odgrywa sama okoliczność wspólnego zamieszkiwania określonych osób³⁹. Stanowisko to potwierdziła także Rota Rzymska⁴⁰. Waleru cechy konstytuującej konkubinaty nie posiada również fakt, czy kobieta jest utrzymywana przez swojego nieślubnego partnera, czy też nie.

Według brzmienia kan. 1093 KPK/1983, jak też kan. 810 § 1, n. 2 KKKW/1990, źródłem przeszkody przyzwoitości publicznej nie jest każdy konkubinaty, a jedynie ten, który odznacza się cechą notoryczności lub publiczności. Konkubinaty notoryczny (*concubinatus notorius*) to taki, którego nie da się w za-

³⁶ F. M. Cappello, op. cit., s. 477; F. X. Wernz, P. Vidal, *Ius canonicum*, t. V: *Ius matrimoniale*, wyd. 3, Romae 1946, s. 489; P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. I, Vaticano 1932, s. 450.

³⁷ *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, edited by J. A. Coriden, T. J. Green, D. E. Heintschel, New York 1985, s. 774; M. A. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego. Stan prawny po promulgowaniu Kodeksu Prawa Kanonicznego Kościoła łacińskiego w 1983 r.*, Katowice 1987, s. 213.

³⁸ *Sacrae Romanae Rotae decisiones seu sententiae cura eiusdem S. Tribunalis editae* (dalej: SRR) 1930, t. 22, dec. 56, n. 4, s. 624.

³⁹ Opinię taką zgodnie podzielają: F. M. Cappello, op. cit., s. 477; F. X. Wernz, P. Vidal, op. cit., s. 489–490; P. Gasparri, op. cit., s. 450; F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, wyd. 3, uzupełnili i przygotowali do druku J. Baron i W. Stawinoga, Opole 1958, s. 248; E. Sztarfrowski, *Podręcznik prawa kanonicznego*, t. IV, Warszawa 1986, s. 84.

⁴⁰ SRR 1930, t. 22, dec. 56, n. 5: *lamvero in iure canonico non requiritur ad delictum concubinatus constituendum, ut concubinarii sub eodem tecto vivant*, s. 624.

den sposób ukryć lub został stwierdzony wyrokiem sądu. Mianem konkubinatu publicznego (*concupinatus publicus*) określa się zaś ten, o którego istnieniu wie wiele osób lub jest prawdopodobne, iż wkrótce będzie on ogłoszony⁴¹. Jeżeli fakt pozostawania przez określone osoby w konkubinacie jest tajny, wówczas przeszkoda nie powstaje.

4. Zakres przeszkody przyzwoitości publicznej

Stosownie do treści kan. 1093 KPK/1983 przeszkoda przyzwoitości publicznej, której źródło stanowi notoryczny lub publiczny konkubinaty, powoduje nieważność małżeństwa w pierwszym stopniu linii prostej między mężczyzną i krewnymi kobiety, i odwrotnie⁴². Również kan. 810 § 2 KKKW/1990 przewiduje, że *impedimentum publicae honestatis* czyni małżeństwo nieważnym w pierwszym stopniu linii prostej między mężczyzną i krewnymi kobiety lub między kobietą i krewnymi mężczyzny. Nietrudno zauważyć, że zaistnieć ona może między mężczyzną a matką lub córką kobiety, z którą żył uprzednio w notorycznym lub publicznym konkubinacie. Analogicznie, w drugim przypadku zachodzi ona między kobietą a ojcem lub synem mężczyzny, z którym żyła w takim pozamałżeńskim związku. Omawiana przeszkoda nie obejmuje natomiast krewnych w linii bocznej, co umożliwia konkubentowi zawarcie małżeństwa np. z siostrą czy kuzynką kobiety, z którą żył *in concubinatu notorio vel publico*⁴³. Odnotować trzeba, że przeszkoda przyzwoitości publicznej obejmuje swoim zakresem zarówno krewnych prawego pochodzenia, jak i tych zrodzonych z nieślubnego łoża. Wynika to z definicji pokrewieństwa⁴⁴. Zauważyć należy również, że ustawodawca kościelny zredukował zakres przeszkody przyzwoitości publicznej zarówno w KPK/1983, jak też w KKKW/1990. Wcześniejsze regulacje rozciągały ją bowiem aż do drugiego stopnia w linii prostej (kan. 1078 KPK/1917 i kan. 69 CA/1949). W pierwszym stopniu linii prostej *honestas publica* stanowiła przeszkodę wyższego rzędu (*gradus maioris*), natomiast drugi stopień zaliczył prawodawca kodeksowy do przeszkód niższego rzędu (*gradus minoris*)⁴⁵. Powyższy podział odgrywał istotne znaczenie przy ewentualnym ubieganiu się o uzyskanie dyspensy, bowiem Kościół zwykł ła-

⁴¹ F. Lempa, *Kompetencje, uprawnienia i obowiązki w Kościele katolickim*, Białystok 2013, s. 196; L. Sabarese, op. cit., s. 682.

⁴² Kan. 1093 KPK/1983: *Impedimentum publicae honestatis oritur ex matrimonio invalido post instauratam vitam communem aut ex notorio vel publico concubinatu; et nuptias dirimit in primo gradu lineae rectae inter virum et consanguineas mulieris, ac vice versa.*

⁴³ W. Góralski, *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011, s. 138.

⁴⁴ Kan. 1091 § 1 KPK/1983; kan. 808 § 1 KKKW/1990.

⁴⁵ Kan. 1042 § 2, n. 3 KPK/1917: *Impedimenta gradus minoris sunt: Publica honestas in secundo gradu.* Identyczne dyspozycje zawierał kan. 31 § 1, n. 3 CA/1949.

twiej dyspensować od przeszkód niższego rzędu⁴⁶. Przepuszczać można, iż liberalizacja dokonana na polu przepisów prawa małżeńskiego podyktowana została najprawdopodobniej bardzo rzadkimi przypadkami występowania sytuacji, w której mężczyzna pragnąłby poślubić babkę lub wnuczkę kobiety, z którą trwał w publicznym lub notorycznym konkubinacie, bądź kobieta żyjąca w takim pozamałżeńskim związku chciałaby następnie zawrzeć małżeństwo z dziadkiem lub wnukiem swojego konkubenta⁴⁷.

5. Problem związania przeszkodą przyzwoitości publicznej osób, które przed przyjęciem chrztu pozostawały w konkubinacie

Przeszkoda przyzwoitości publicznej jako pochodząca *ex iure ecclesiastici* wiąże tylko ochrzczonych, chyba że ustawodawstwa państwowe poszczególnych krajów przewidują podobne regulacje w stosunku do swoich obywateli. Zaznaczyć należy, że obowiązujący w Polsce kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 roku⁴⁸ nie zna takiej przeszkody. W nauce prawa kanonicznego istnieje spór o to, czy przeszkodą przyzwoitości publicznej objęte są osoby, które przed przyjęciem chrztu pozostawały w publicznym lub notorycznym konkubinacie, a po otrzymaniu tego sakramentu chciałyby wstąpić w związek małżeński z krewnymi drugiego konkubenta.

Zgodnie z opinią powszechnie panującą w doktrynie *impedimentum publicae honestatis* wiąże, jeżeli strony po przyjęciu chrztu kontynuowały pożycie w konkubinacie⁴⁹. Nie zachodzi ona natomiast, jeżeli konkubinaty ustał przed przyjęciem chrztu. Należy wziąć jeszcze pod uwagę sytuację, gdy tylko jedna ze stron trwających w publicznym lub notorycznym konkubinacie zdecydowała się na przyjęcie chrztu, po którym obydwie żyją nadal w konkubinacie. Taka sytuacja stwarza poważny problem moralny i prawny tylko dla strony ochrzczonej. Dlatego też strona ochrzczona nie może zawrzeć ważnego małżeństwa z krewnymi strony nieochrzczonej w pierwszym stopniu linii prostej. W rzeczywistości oznacza to, że ochrzczony mężczyzna, pozostający w publicznym

⁴⁶ Kan. 1054 KPK/1917; kan. 44 CA/1949.

⁴⁷ A. Woroniecki, op. cit., WDL 1935, nr 1, s. 49, p. 1, podaje, że w Sądzie Biskupim w Łodzi w latach 1921–1934 stwierdzono zaledwie trzy przypadki próśb o dyspensę z powodu małżeńskiej przeszkody przyzwoitości publicznej. Nie wspomina natomiast nic o tym, co stanowiło jej źródło. Jednak nawet gdyby przyjąć hipotezę, iż we wszystkich zaistniałych przypadkach przyczyną zwrócenia się do ordynariusza o dyspensę był publiczny lub notoryczny konkubinaty między jedną ze stron a krewnymi drugiej, to i tak przyznać trzeba, że jest to bardzo niska liczba.

⁴⁸ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 1964 r., nr 9, poz. 59); tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 788 z późn. zm.

⁴⁹ F. M. Cappello, op. cit., s. 480; F. X. Wernz, P. Vidal, op. cit., s. 493; M. Buonanno, op. cit., s. 79.

lub notorycznym konkubinacie z nieochrzczonej kobietą, nie będzie mógł poślubić jej córki lub matki i odwrotnie, ochrzczone konkubina nie może zawrzeć ważnego związku małżeńskiego z synem lub ojcem swojego konkubenta. Także ochrzczeni descendenci lub ascendenci mężczyzny nie mogą wstąpić w związek małżeński z jego nieochrzczonej konkubinią i odwrotnie, ochrzczeni descendenci lub ascendenci kobiety nie mogą związać się ważnym małżeństwem z jej nieochrzczonej konkubentem. Stanowisko to jest powszechnie przyjmowane w nauce prawa kanonicznego⁵⁰, z wyjątkiem F. M. Cappello⁵¹, zdaniem którego w razie chrztu jednej tylko strony oraz dalszego kontynuowania konkubinatu przeszkoda jest wątpliwa i praktycznie nieistniejąca. Autor ten nie przedstawia jednak żadnych argumentów uzasadniających przyjęcie takiego rozwiązania.

6. Problem zbiegu przeszkody przyzwoitości publicznej z przeszkodą powinowactwa

Kolejnym ważnym problemem prawnym łączącym się z konkubinatem jest kwestia zbiegu przeszkody przyzwoitości publicznej z przeszkodą powinowactwa. Sytuacja taka zachodzi wówczas, gdy dotychczasowy publiczny lub notoryczny konkubinacie określonych osób staje się kanonicznie ważnym małżeństwem. Dodać w tym miejscu należy, iż coraz częściej zdarza się, że zawarcie małżeństwa kanonicznego następuje dopiero po wielu latach wspólnego pożycia na wzór małżeński, czyli poprzestawania w konkubinacie. Trwanie w tego rodzaju grzesznych stosunkach pozamałżeńskich stanowi przedmiot szczególnej troski ze strony Kościoła, stąd też duszpasterze nie ustają w wysiłkach na rzecz zachęcania wiernych do regulacji zachodzących między nimi więzi w duchu prawa kanonicznego. Podkreślić trzeba bowiem, iż między osobami żyjącymi w konkubinacie nie powstaje z tej racji żadna przeszkoda⁵². W istocie rzeczy problem zbiegu wspomnianych przeszkód może pojawić się dopiero z chwilą śmierci jednego ze współmałżonków. Tytułem przykładu wskazać można na sytuację, kiedy mąż po śmierci żony, która była wcześniej jego konkubinią, wyraża chęć wstąpienia w związek małżeński z jej matką bądź córką pochodzącą z innego związku. Pomiedzy tym mężczyzną a wymienionymi osobami doszło do powstania stosunku bliskości, który jest racją ustanowienia przeszkody przyzwoitości publicznej (kan. 1093 KPK/1983) i przeszkody powinowactwa (kan. 1092 KPK/1983). Podobnie przedstawia się to w prawie Katolickich Kościołów Wschodnich, z tą jednak różnicą, iż zakres przeszkody po-

⁵⁰ P. Gasparri, op. cit., s. 453; F. X. Wernz, P. Vidal, op. cit., s. 493; F. Bączkiewicz, op. cit., s. 249.

⁵¹ F. M. Cappello, op. cit.: *Si unus tantum baptizetur et perdurent praefata adiuncta, res est dubia; practice, proinde, impedimentum non existit*, s. 480.

⁵² S. Paździor, op. cit., s. 181.

winowactwa obejmuje także krewnych w drugim stopniu linii bocznej (kan. 809 § 1 KKKW/1990). W takim przypadku zasadne jest postawienie pytania o to, czy należy prosić o dyspensę od dwóch przeszkód, czy też może tylko od przeszkody powinowactwa?

Niektórzy z autorów skłaniają się do poglądu, że w takim stanie rzeczy małżeńska przeszkoda przyzwoitości publicznej powinna ustać na rzecz powstania nowej, mianowicie powinowactwa⁵³. Inni natomiast mają przynajmniej wątpliwość co do koegzystencji tych przeszkód po zawarciu małżeństwa⁵⁴. Jednakże w opinii większości kanonistów⁵⁵ powyższe twierdzenie nie zasługuje na aprobatę. Ich zdaniem zarówno KPK/1917, jak też KPK/1983 nie zna pojęcia absorpcji jednych przeszkód przez inne. Podnoszą ponadto fakt, iż *honestas publica* jest ze swej natury przeszkodą o charakterze trwałym, ustającą jedynie w drodze udzielenia dyspensy. Opowiadają się tym samym wyraźnie za ich współlistnieniem. Podkreślają, że obok przeszkody przyzwoitości publicznej, której źródłem jest publiczny lub notoryczny konkubinaty, po zawarciu między konkubentami ważnego małżeństwa dochodzi do powstania drugiej przeszkody w postaci powinowactwa. Wówczas należy ubiegać się o dyspensę od każdej z tych przeszkód.

Argumentom uzasadniającym przyjęcie stanowiska o koegzystencji wspomnianych przeszkód trudno odmówić podstaw natury jurystycznej. Tym niemniej z poglądami tymi można polemizować. Przede wszystkim należy zauważyć, że przeszkoda przyzwoitości publicznej powstająca z publicznego lub notorycznego konkubinatu miała w KPK/1917, podobnie zresztą jak ma obecnie w KPK/1983, węższy zakres niż *impedimentum affinitatis*⁵⁶, a *ratio legis* ustanowienia obydwu przeszkód jest bliskość zachodząca między określonymi osobami, która wzbrania zawarcia ważnego małżeństwa. Udzielenie zatem dyspensy od przeszkody powinowactwa oznacza zezwolenie na zawarcie małżeństwa z tymi samymi osobami i dla tego samego powodu, z którego miałyby być udzielona dyspensy od przeszkody przyzwoitości publicznej. Stanowcze domaganie się dwóch odrębnych dyspens trąci daleko posuniętym formalizmem. Ponadto udzielenie dyspensy od przeszkody powinowactwa osobie, która jest związana także przeszkodą przyzwoitości publicznej wyklucza

⁵³ Szerzej na ten temat zob. H. Jone, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, t. II, Paderborn 1954, s. 299; J. F. Gallagher, op. cit., s. 140–141.

⁵⁴ T. L. Bouscaren, A. C. Ellis, op. cit., s. 548; J. F. Gallagher, op. cit., s. 139–141.

⁵⁵ P. Gasparri, op. cit., s. 453; F. X. Wernz, P. Vidal, op. cit., s. 492–493; F. M. Cappello, op. cit., s. 481–482; M. Buonanno, op. cit., s. 79; S. Biskupski, op. cit., s. 254–255; W. Góralski, op. cit., s. 138.

⁵⁶ Zgodnie z kan. 1077 § 1 KPK/1917 powinowactwo było przeszkodą zrywającą małżeństwo w linii prostej we wszystkich stopniach, w linii bocznej zaś do drugiego stopnia włącznie. Drugi stopień linii bocznej był przeszkodą niższego rzędu (kan. 1042 § 2, n. 2). Podobnie kan. 1092 KPK/1983 stanowi, że *affinitas* w linii prostej powoduje nieważność małżeństwa we wszystkich stopniach. Nie rozciąga się ono obecnie na linię boczną.

wątpliwość co do zasadności zawarcia małżeństwa z osobami pozostającymi w określonym stopniu bliskości, mieszczącym się w zakresie jednej lub drugiej przeszkody. Żądanie, aby osoby, którym udzielono dyspensy od przeszkody powinowactwa, uzyskały również dyspensę od przeszkody przyzwoitości publicznej wydaje się bezcelowe, ponieważ zamierzony skutek został już osiągnięty z chwilą otrzymania dyspensy *ob impedimento affinitatis*. Jednocześnie usunięte zostaje w takiej sytuacji niebezpieczeństwo zgorzenia wiernych. Prowadzi to do wniosku, że jedynym argumentem przemawiającym za zasadnością domagania się dyspensy także od przeszkody przyzwoitości publicznej jest jej trwały charakter.

W świetle powyższego uzasadnione jest postawienie wniosku *de lege ferenda*, aby w sytuacji, w której publiczny lub notoryczny konkubinat zostaje przekształcony w ważne małżeństwo ustawała przeszkoda przyzwoitości publicznej, a nupturientów wiązała wyłącznie przeszkoda powinowactwa. Przyjęcie proponowanego rozwiązania w wystarczający sposób chroniłoby kwestie bliskości osób stanowiącej podstawę jednej i drugiej przeszkody. Odpowiadałoby ono także pierwotnej tradycji Kościoła katolickiego, która w pierwszych wiekach chrześcijaństwa była zgodna ze stanowiskiem prawa rzymskiego. W prawie tym osoby związane stosunkiem bliskości określanym jako *quasi-affinitas*, po zawarciu ze sobą małżeństwa pozostawały ze względu na tę bliskość związane tylko więzią powinowactwa.

7. Ustanie przeszkody przyzwoitości publicznej

Przeszkoda przyzwoitości publicznej pochodzi z ustanowienia kościelnego, stąd też ustawodawca dopuszcza możliwość udzielenia od niej dyspensy. Podkreślić trzeba, że wspomniana przeszkoda nie ustaje wskutek śmierci jednej z osób żyjących w publicznym lub notorycznym konkubinacie bądź też zakończenia takiego pozamałżeńskiego związku na mocy porozumienia stron⁵⁷.

Dyspensa w rozumieniu prawa kanonicznego jest aktem podjętym w poszczególnym przypadku przez kompetentny organ kościelnej władzy wykonawczej, dla słusznej i racjonalnej przyczyny, tj. dobra duchowego wiernych. Na mocy tegoż aktu osoby związane określoną przeszkodą pochodzenia czyisto kościelnego zostają wyjęte spod prawa dotyczącego przeszkody małżeńskiej, a tym samym mogą zawrzeć ważne i godziwie małżeństwo lub uzyskać uważnienie małżeństwa zawartego nieważnie⁵⁸.

W praktyce pojawić się mogą różne przyczyny, czyli racje, dla których udziela się dyspensy od prawa kościelnego. Ze względu na to, że w przypadku

⁵⁷ T. Pawluk, op. cit., s. 151.

⁵⁸ F. Lempa, op. cit., s. 197.

dyspensy od przeszkód małżeńskich KPK/1983 nie stawia szczególnych wymagań, na uwadze należy mieć ogólne zasady zamieszczone w kan. 90, jak również szereg praktycznych wyjaśnień wypracowanych przez Kurię Rzymską i kanonistów⁵⁹. W kontekście konkubinatu warto zwrócić uwagę, że wśród przyczyn kanonicznych wymienionych w Instrukcji Kongregacji Rozkrzewiania Wiary z 9 maja 1877 roku⁶⁰ wzmiankowano w pkt. 12 o niebezpieczeństwie kazirodczego konkubinatu (*periculum incestuosi concubinatus*). Motywy, którymi kierował się Kościół, były w tym przypadku oczywiste. Obawiano się bowiem, żeby strony po odrzuceniu prośby o dyspensę nie pozostawały w kazirodzym konkubinacie, powodując zgorszenie wiernych, jak i zgubę dla własnych dusz⁶¹. Omawiana przyczyna, ze względu na bardzo rzadkie przypadki małżeństw między osobami bliskimi, nie miała w praktyce większego zastosowania⁶². Natomiast w pkt. 15 wspomnianej Instrukcji wskazano usunięcie publicznego konkubinatu (*cessatio publici concubinatus*). Również i w tej sytuacji celem Kościoła było zlikwidowanie grzesznego pożycia wiernych, które z uwagi na swój publiczny charakter stanowiło źródło zgorszenia dla pozostałych członków wspólnoty kościelnej. Trwanie przez strony w jawnym konkubinacie prowadziło do ich zniesławienia i wpływało niekorzystnie na pozycję prawną potomstwa zrodzonego z takiego związku⁶³. Instrukcja wspominała także o uniknięciu poważnego zgorszenia (*remotio gravium scandalorum*) i niebezpieczeństwie poprzestania stron wyłącznie na małżeństwie cywilnym (*periculum matrimonii civilis*), co w praktyce oznaczało bardzo często kwalifikowanie takich osób jako żyjących w konkubinacie⁶⁴.

Obecny KPK/1983 uprawnia w przypadku zwyczajnym do udzielenia dyspensy od wspomnianej przeszkody ordynariusza miejsca (kan. 1078 § 1), natomiast KKKW/1990 hierarchę miejsca (kan. 795 § 1). Ordynariusz miejsca może dyspensować swoich podwładnych gdziekolwiek przebywających oraz wszystkich aktualnie przebywających na jego własnym terytorium⁶⁵. Z kolei hierarcha miejsca uprawniony jest do dyspensowania wiernych podległych jego jurysdykcji, bez względu na to, gdzie przebywają, oraz innych chrześcijan należących do jego Kościoła *sui iuris* i aktualnie przebywających w granicach

⁵⁹ E. Szafranski, op. cit., s. 65–66.

⁶⁰ Zob. *Codicis Iuris Canonici Fontes*, t. VII, oprac. I. Seredi, Romae 1935, n. 4890, s. 461.

⁶¹ Ibidem: *Ex superius memorata instructione* [Kongregacja powoływała się tu na Instrukcję Kongregacji Świętego Oficjum z 14 sierpnia 1822 r.] *elucet, dispensationis remedium, ne quis in concubinatu insordescat, cum publico scandalo, atque evident aeternal salutis discrimine, adhibendum esse*, s. 461.

⁶² W. A. O'Mara, *Canonical Causes for Matrimonial Dispensations*, Washington 1935, s. 121–122.

⁶³ Ibidem, s. 127.

⁶⁴ Szerzej przyczyny te omawia W. A. O'Mara, op. cit., s. 122–126.

⁶⁵ J. Fornés, *Przeszkody zrywające w ogólności*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, edycja polska na podstawie wydania hiszpańskiego, red. naukowa P. Majer, Kraków 2011, s. 795.

terytorium jego eparchii⁶⁶. W przypadku grożącego niebezpieczeństwa śmierci przynajmniej jednej ze stron pragnących zawrzeć związek małżeński, ordynariusz miejsca może swoich podwładnych, gdziekolwiek przebywających, oraz wszystkich pozostających na własnym jego terytorium dyspensować od wszystkich, jak i poszczególnych przeszkód prawa kościelnego, czy to publicznych, czy tajnych (kan. 1079 § 1 KPK/1983). Jeżeli jednak w grożącym niebezpieczeństwie śmierci nie można skontaktować się z ordynariuszem miejsca, taką samą władzę dyspensowania posiada proboszcz, szafarz odpowiednio delegowany, a także kapłan lub diakon asystujący przy zawieraniu małżeństwa zgodnie z kan. 1116 § 2 KPK/1983⁶⁷. Ponadto, zgodnie z kan. 1080 § 1 KPK/1983, ilekroć przeszkoda zostaje wykryta, gdy wszystko jest już gotowe do ślubu i małżeństwa nie da się odłożyć bez prawdopodobnego niebezpieczeństwa wielkiego zła, do czasu uzyskania dyspensy od kompetentnego przełożonego władzę dyspensowania mają ordynariusz miejsca oraz, jeśli przypadek jest tajny, wszyscy, o których jest mowa w kan. 1079 § 2–3 KPK/1983, z zachowaniem przepisanych tam warunków. Podobne regulacje zamieszczone zostały także w kan. 796–797 KKKW/1990.

Warto dodać również, że warunkiem otrzymania dyspensy od przeszkody przyzwoitości publicznej musi być pewność, że osoby, które chcą zawrzeć małżeństwo nie są spokrewnione w jakimś stopniu linii prostej, np. że dziecko konkubiny nie jest córką starającego się o dyspensę (kan. 1091 § 4 KPK/1983 i kan. 808 § 3 KKKW/1990).

8. Wnioski

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż w świetle KPK/1983, jak też KKKW/1990, pożycie w publicznym lub notorycznym konkubinacie stanowi źródło przeszkody przyzwoitości publicznej. Przeszkoda ta powoduje nieważność małżeństwa między jednym z konkubentów a krewnymi drugiego w pierwszym stopniu linii prostej. Podkreślić wypada, że między samymi osobami pozostającymi w konkubinacie nie powstaje z tej racji żadna przeszkoda. Powinny więc one, jeśli tylko nie sprzeciwiają się temu inne przeszkody, zawrzeć małżeństwo zgodnie z prawem kanonicznym. Mając na względzie rosnącą skalę zjawiska konkubinatu, jak również fakt, iż przeszkoda przyzwoitości publicznej nie występuje w polskim systemie prawnym i sąd może nie być znana wielu wiernym, duszpasterze przeprowadzający kano-

⁶⁶ L. Sabbarese, op. cit., s. 681–682.

⁶⁷ Kan. 1079 § 2 KPK/1983; zob. także M. A. Żurowski, op. cit., s. 214; C. Lefebvre, *De impedimentis dirimentibus in genere*, [w:] *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P. V. Pinto, Città del Vaticano 2001, s. 640–641.

niczne badanie narzeczonych przed zawarciem małżeństwa powinni zwracać szczególną uwagę na to, czy w świetle prawa kanonicznego jakieś osoby nie są związane tą przeszkodą.

Bibliografia

- Ayrinhac H. A., Lydon P. J., *Marriage Legislation in the New Code of Canon Law*, New York 1946.
- Bączkiewicz F., *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, wyd. 3, uzupełnili i przygotowali do druku J. Baron i W. Stawinoga, Opole 1958.
- Biskupski S., *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, Warszawa 1956.
- Bobrowski F., *Słownik łacińsko-polski*, t. I, Wilno 1841.
- Bouscaren T. L., Ellis A. C., *Canon Law. A Text and Commentary*, Milwaukee 1951.
- Bride A., *honnêteté publique*, [w:] *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris 1953.
- Brunest E., *Étude sur l'empêchement d'honnêteté publique*, Paris 1911.
- Buonanno M., *De canonico publicae honestatis impedimento. Synopsis historica ac commentarium doctrinale in can. 1078 C. I. C.*, Napoli 1973.
- Cappello F. M., *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, t. V: *De matrimonio*, wyd. 7, Romae 1961.
- Chelodi I., *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, wyd. 3, Tridenti 1921.
- Codicis Iuris Canonici Fontes*, t. VII, oprac. I. Seredi, Romae 1935.
- Dauvillier J., De Clercq C., *Le mariage en droit canonique Oriental*, Paris 1936.
- Fornés J., *Przeszkody zrywające w ogólności*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, edycja polska na podstawie wydania hiszpańskiego, red. naukowa P. Majer, Kraków 2011.
- Gallagher J. F., *The Matrimonial Impediment of Public Propriety. A Historical Synopsis and a Canonical Commentary*, Washington 1952.
- Galtier F., *Le mariage. Discipline orientale et discipline occidentale. La Reforme du 2 Mai 1949*, Beyrouth 1950.
- Gasparri P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. I, Vaticano 1932.
- Góralski W., *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011.
- Grabowski I., *Prawo kanoniczne według nowego Kodeksu*, wyd. 2, Lwów 1927.
- Guarino A., *Adfinitas*, Milano 1939.
- Hage A., *Les empêchements de mariage en droit canonique oriental. Etude historico-canonique*, Beyrouth 1954.
- Jombart E., *concupinage*, [w:] *Dictionnaire de droit canonique*, t. III, Paris 1942.
- Jone H., *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, t. II, Paderborn 1954.
- Jougan A., *Słownik kościelny łacińsko-polski*, Warszawa 1992.

- Kupiszewski H., *Quasiadfinitas w prawie rzymskim*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne” 1963, z. 4.
- Lefebvre C., *De impedimentis dirimentibus in genere*, [w:] *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P. V. Pinto, Città del Vaticano 2001.
- Lempa F., *Kompetencje, uprawnienia i obowiązki w Kościele katolickim*, Białystok 2013.
- Misztal-Konecka J., *Incestum w prawie rzymskim*, Lublin 2007.
- O'Mara W. A., *Canonical Causes for Matrimonial Dispensations*, Washington 1935.
- Pawluk T., *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. III: *Prawo małżeńskie*, Olsztyn 1996.
- Paździor S., *Konkubinat w prawie kanonicznym oraz w polskim prawie cywilnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2007, nr 2.
- Pelczar J., *Prawo małżeńskie katolickie z uwzględnieniem prawa cywilnego obowiązującego w Austrii, w Prusach i w Królestwie Polskiem*, Kraków 1882.
- Pieńkos J., *Słownik łacińsko-polski. Łacina w nauce i kulturze*, Kraków 2001.
- Pospishil V. J., *Code of Oriental Canon Law. The Law on Marriage*, Chicago 1962.
- Roberts R. P., *Matrimonial Legislation in Latin and Oriental Canon Law*, Westminster 1961.
- Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2013*, Warszawa 2013.
- Sabbarese L., *De impedimentis dirimentibus in genere*, [w:] *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, a cura di P. V. Pinto, Città del Vaticano 2001.
- Słownik łacińsko-polski*, red. M. Plezia, t. II, Warszawa 1998.
- Słownik łacińsko-polski do użytku szkół średnich*, red. B. Kruczkiewicz, Kraków 1907.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997.
- Sztafrowski E., *Podręcznik prawa kanonicznego*, t. IV, Warszawa 1986.
- The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, edited by J. A. Coriden, T. J. Green, D. E. Heintschel, New York 1985.
- Vermeersch A., Creusen J., *Epitome iuris canonici cum commentariis ad scholas et ad usum privatatum*, t. II, wyd. 4, Brugis – Bruxellis 1930.
- Wahl F. X., *The Matrimonial Impediments of Consanguinity and Affinity. An Historical Synopsis and Commentary*, Washington 1934.
- Wernz F. X., Vidal P., *Ius canonicum*, t. V: *Ius matrimoniale*, wyd. 3, Romae 1946.
- Woroniecki A., *Przeszkoda małżeńska przystojności publicznej w rozwoju historycznym*, „Wiadomości Diecezjalne Łódzkie” 1934, nr 4; 1935, nr 1.
- Żurowski M. A., *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego. Stan prawny po promulgowaniu Kodeksu Prawa Kanonicznego Kościoła łacińskiego w 1983 r.*, Katowice 1987.

Tomasz Litwin

Akademia Ignatianum
e-mail: tomasz.litwin@gmail.com
telefon: +48 12 399 95 35

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.10

Instytucja związków partnerskich w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku

SUMMARY

Institution of civil partnership in the light of the rules of the Polish Constitution of 1997

The article presents the problem of conformity of civil partnership, i.e. the legally recognized relation of two adults other than marriage, with the selected rules of the Polish Constitution of 1997. The initial analysis concerns the conformity with Article 1 (the Republic of Poland as the common good of all its citizens), Article 2 (the principle of a democratic state ruled by law), Article 25 Section 2 (the principle of impartiality of the public authorities) and Article 32 (the principle of equality before the law and prohibition of discrimination). A particularly important problem is the conformity of civil partnership legalization with Article 18, enforcing the state to protect marriage, family and parenthood. The conformity of civil partnership with Article 31 Section 3, dealing with the possible limitations of constitutional freedoms and rights of the citizens is also discussed. In the final part of the article, the author presents assumptions concerning the possible legal regulations of civil partnership. In his opinion, there are no constitutional or legal obstacles to creating legally recognized civil partnerships in Poland, although the partners should have such rights which are presently available to couples living in informal unions, according to the rules of civil law.

Key words: civil partnership, constitution, family, marriage

Słowa kluczowe: związek partnerski, konstytucja, rodzina, małżeństwo

1. Uwagi wprowadzające

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie analizy instytucji związków partnerskich na tle przepisów aktualnie obowiązującej konstytucji¹. Związki

¹ Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

partnerskie będą analizowane nie tyle w świetle projektów konkretnych uregulowań, ale jako pewna instytucja prawna regulująca faktyczne pożycie dwojga osób różnej lub tej samej płci. Wiąże się to z przyznaniem czy też zagwarantowaniem zarówno określonych praw, jak i obowiązków, osobom żyjącym w tego rodzaju sformalizowanych związkach. Końcowa część artykułu zostanie poświęcona dopuszczalnej z punktu widzenia zgodności z konstytucją ogólnej konstrukcji tych praw i obowiązków.

Instytucja związków partnerskich wiąże się z wieloma przepisami konstytucyjnymi. Analizę należałoby rozpocząć od przedstawienia możliwych efektów legalizacji związków partnerskich na tle preambuły i przepisów konstytucyjnych, kształtujących aksjologię konstytucyjną. Takimi przepisami są: art. 1 (Rzeczpospolita jako dobro wspólne wszystkich obywateli), art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego – rozumiana jako poszanowanie i gwarancja praw grup społecznych o słabszej pozycji w życiu publicznym), art. 25 ust. 2 (zasada bezstronności władz publicznych) oraz art. 32 (zasada równości wobec prawa i niedyskryminacji).

Kluczowym dla problemu konstytucyjności związków partnerskich przepisem jest art. 18 konstytucji, który ustanawia nakaz opieki i ochrony państwa nad małżeństwem rozumianym jako związek kobiety i mężczyzny (dalej: małżeństwo heteroseksualne), rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. Przepis ten budzi szczególne kontrowersje. Jedną z interpretacji zakłada, że określony w nim został cel minimalistyczny – zapewnienie ochrony i opieki państwa nad małżeństwem heteroseksualnym. Zgodnie z tą interpretacją przepis nie wykluczałby możliwości zapewnienia „ochrony i opieki” innym rodzajom związków, w tym nawet małżeństwom jednopłciowym. Z kolei skrajnie odmienna interpretacja zakłada, że art. 18, nakazując państwu polskiemu ochronę i opiekę nad małżeństwem heteroseksualnym, nie dopuszcza legalizacji wszelkich innych rodzajów związków.

Artykuł 18 ustanawia również nakaz opieki i ochrony nad rodziną i rodzicielstwem. Pojawia się w tym miejscu pytanie, na ile takie nakazy dotyczą niesformalizowanego związku dwojga osób i czy dotyczą one również niesformalizowanego związku dwojga osób wraz z dziećmi. Analizując instytucję „rodzicielstwa” należałoby również wyjaśnić kwestię, czy dotyczy ona wyłącznie aspektu biologicznego, czy również aspektu społecznego. Czy w sytuacji, gdy osoba, która ma dziecko, zwiąże się z nowym partnerem, który nie jest rodzicem biologicznym tego dziecka i pozostaje z nim w niesformalizowanym związku, w którym wspólnie dziecko wychowują – stanowią oni w świetle Konstytucji „rodzinę”? W tym kontekście pojawia się kwestia, na ile formalizacja związków partnerskich stanowiłaby spełnienie wymogu ochrony i opieki nad rodziną.

Na osobną analizę zasługuje zagadnienie, czy art. 31 ust. 3 Konstytucji ogranicza możliwość legalizacji związków partnerskich. Ograniczenie to mo-

głoby mieć miejsce ze względu na „moralność publiczną” oraz na „ochronę wolności i praw innych osób”.

Niniejsza problematyka znalazła odzwierciedlenie w dość bogatej literaturze przedmiotu, jednak często analizującej tylko wybrane aspekty (np. kwestię konstytucyjności homoseksualnych związków partnerskich). Niestety, kontrowersyjność poruszanych zagadnień powoduje, że niekiedy autorzy ponad zasady rozumowania prawniczego stawiają dopasowywanie interpretacji prawniczej do indywidualnych poglądów ideologicznych. W niniejszej pracy starano się przede wszystkim skoncentrować na problematyce prawniczej omawianych zagadnień, unikając jakiegokolwiek formy podbudowywania interpretacji przepisów prawnych względami ideologicznymi. Z racji ograniczonych ram artykułu, autor przedstawił poniżej poglądy tylko tych prawników, których opinie uznał za najbardziej znaczące².

2. Aksjologia konstytucyjna a instytucja związków partnerskich

Rozważania dotyczące instytucji związków partnerskich warto rozpocząć od ich analizy w kontekście wartości chronionych konstytucyjnie. Do takich wartości na pewno należy ochrona małżeństwa. Ochrona ta, jak się wydaje, powinna dotyczyć nie tylko małżeństwa jako związku dwojga ludzi płci przeciwnej, ale również małżeństwa jako pewnej instytucji prawnej.

Na taką interpretację wskazuje Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń.

Rozwiązania te [podatkowe – T.L.] nie mogą jednak prowadzić, choćby nawet pośrednio, do osłabiania trwałości więzów rodzinnych przez takie rozwiązania, które preferowałyby wychowywanie dzieci tylko przez jednego z rodziców albo nawet przez oboje z nich, ale bez zawierania związku małżeńskiego, przynoszącego prawne regulacje odnoszące się do relacji między tymi osobami³.

Zatem państwo ma wyraźny zakaz wprowadzania uregulowań prawnych, które nawet w sposób pośredni zniechęcałyby do zawierania małżeństw i zachęcały do pozostawania w innych formach związków.

Taki wniosek wydaje się popierać D. Dudek, który stwierdza, że „większa łatwość w nawiązywaniu i rozwiązywaniu związku partnerskiego, pozwalająca na traktowanie go jako swoistego związku na próbę, czasowego czy eksperymentalnego, o mniejszej skali zobowiązań prawnych partnerów może czynić

² Przykładowy wykaz pozycji z literatury prawniczej związanych z problematyką pracy prezentuje B. Banaszkiwicz, zob. idem, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3, s. 629–630 (przyp. 94 i 95).

³ Orzeczenie TK z 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, OTK ZU, seria A, nr 3, poz. 22.

go bardziej atrakcyjnym od tradycyjnego związku małżeńskiego w dobie pewnego kryzysu instytucji małżeństwa i rodziny, a przez to jeszcze bardziej deprecjonować małżeństwo i jego znaczenie społeczne. Z pewnością stanowiłoby to działanie niezgodne z konstytucyjną wartością ochrony rodziny, w tym jej trwałości, stanowiącej istotny element polityki prorodzinnej państwa⁴.

Dlatego też warto zastanowić się, czy instytucja związku partnerskiego może stanowić tego rodzaju zagrożenie dla instytucji małżeństwa.

Czy nadal możemy postrzegać małżeństwo jako trwałą instytucję? Porównując liczbę zawieranych w danym roku małżeństw do liczby rozwodów, można zauważyć wyraźnie zmniejszającą się liczbę zawieranych małżeństw i zwiększającą się liczbę rozwodów. W 2012 roku zawarto 203 850 małżeństw i doszło do 64 432 rozwodów (w 1980 – 307 373 małżeństw i 39 833 rozwodów)⁵.

Nie można dokładnie przewidzieć społecznych skutków wprowadzenia do polskiego systemu prawnego instytucji związków partnerskich. Możemy jednak obserwować pewne tendencje społeczne w innych krajach, w których wprowadzono instytucję związków partnerskich, np. we Francji, gdzie od 1999 roku obowiązuje tzw. *Pacte civil de solidarité* (PACS) legalizujący nieformalne związki między dwojgiem osób bez względu na p c.

Z badań przeprowadzonych we Francji wynika, że wraz ze zwi kszajac  si  liczb  takich związków zmniejsza się liczba małżeństw. W okresie 2000–2010 zaobserwowano spadek liczby zawieranych małżeństw z około 300 do 250 tys. rocznie. Z kolei liczba związków partnerskich gwałtownie się zwiększyła – z około 20 do około 200 tys.⁶ W 2011 roku zostało rozwiązanych 42 176 PACS i doszło do 132 977 rozwodów oraz zawarto 236 826 małżeństw. Zatem również liczba rozwodów w stosunku do nowych małżeństw jest bardzo du a⁷. Niewsp lmierny wzrost liczby związków partnerskich w stosunku do spadku liczby małżeństw oznacza, że istnieje bardzo duża grupa osób zainteresowanych związkami partnerskimi, ktorzych nie interesuje zawarcie małżeństwa.

Spadek liczby małżeństw na przestrzeni ostatnich pi cdziesi ciu lat stanowi jednak ogólny trend w całej UE i dotyczy również Polski⁸. Biorac  to

⁴ D. Dudek, *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 4, s. 175.

⁵ *Rocznik demograficzny (Demographic yearbook of Poland) 2013*, Warszawa 2013, s. 209.

⁶ D. Dziewulak, *Instytucja rejestrowanego związku partnerskiego PACS we Francji*, „Analizy BAS” z 31.12.2012 r., nr 22, s. 2–3.

⁷ Zob. statystyka odnośnie PACS zawartych w 2011 r., <http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref.id=NATTEF02327> [9.12.2013]; statystyka odnośnie rozwodów w 2011 r., <http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg.id=0&ref.id=bilandemo8> [9.12.2013]; wypowiedź Minister Sprawiedliwosci odnośnie liczby rozwiązanych PACS w 2011 r., <http://www.senat.fr/questions/base/2012/qSEQ12110238S.html> [9.12.2013].

⁸ Zob. badania EUROSTAT-u, [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Crude_marriage_rate,_seleted_years,_1960–2011_\(per_1.000_inhabitants\).png&filetimestamp=20130130111229](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Crude_marriage_rate,_seleted_years,_1960–2011_(per_1.000_inhabitants).png&filetimestamp=20130130111229) [9.12.2013].

pod uwagę nie można mówić o znaczącej konkurencji pomiędzy związkami partnerskimi a małżeństwem. Trudno jest w świetle przedstawionych danych wnioskować, że instytucja związków partnerskich w sposób wyłączny, bezpośredni lub nawet znaczący powoduje spadek liczby małżeństw, zwłaszcza że około 10% osób będących w związkach PACS decyduje się na zawarcie małżeństwa⁹. Wydaje się zatem, że związki PACS nie stanowią zagrożenia dla instytucji małżeństwa.

Trzeba również pamiętać, że instytucja PACS może być atrakcyjna z uwagi na cały szereg uprawnień socjalnych i podatkowych, zaś proponowana w niniejszej pracy koncepcja instytucji związków partnerskich zakłada wyraźnie węższe uprawnienia dla tego typu związków w stosunku do małżeństw.

Przy założeniu, że związki partnerskie nie stanowią zagrożenia dla instytucji małżeństwa, należałoby rozważyć, jaki powinien być stosunek państwa do tych związków.

Jak stwierdza D. Dudek, odnosząc się do ewentualnej potrzeby uchwalenia ustawy dotyczącej związków partnerskich, „Zakładane «uznanie» państwowe wskazanej «konieczności» normodawczej nie jest poparte żadnym argumentem, odnoszącym się czy to do polityki państwa, czy miarodajnych badań opinii publicznej. Uregulowanie zatem sytuacji («materii») osób żyjących w związkach pozamałżeńskich, jakkolwiek może być celowe czy potrzebne, nie jest niezbędne dla realizacji norm obowiązującej Konstytucji RP (...) Należy jednak zauważyć, iż przypisywanie państwu obowiązku «sformalizowania związków osób tej samej płci» pozbawione jest realnych i prawnych podstaw”¹⁰.

Opinie te wymagają podjęcia polemiki. Dudek stwierdza, że nawet jeżeli coś jest potrzebne i celowe dla obywateli, to nie musi być niezbędne dla realizacji norm obowiązującej Konstytucji. Taka interpretacja wyraźnie kłóci się z rozumieniem zasady suwerenności narodu (art. 4 Konstytucji) oraz z art. 1 Konstytucji, który stanowi, że „Rzeczpospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”. Zgodnie z zasadą suwerenności narodu to do narodu rozumianego jako wspólnota wszystkich obywateli należy władza w państwie. Zatem w świetle Konstytucji organy władzy publicznej nie mogą ignorować potrzeb obywateli, a ich zadaniem jest rola służebna wobec obywatela¹¹. Oznacza to również podejmowanie przez organy władzy publicznej odpowiednich działań legislacyjnych¹². Również z samego art. 1 Konstytucji, który stanowi, że

⁹ A. Napiórkowska, *Francuzi lubią żyć w PACS*, „Gazeta Wyborcza” z 16 lipca 2010 r., s. 13.

¹⁰ D. Dudek, op. cit., s. 172, 174; w podobnym tonie wypowiada się również Sąd Najwyższy, *Opinia SN do druku sejmowego Sejmu VII kadencji nr 552*, s. 13–14.

¹¹ M. Grzybowski, *Zasada suwerenności narodu*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. M. Grzybowski, Białystok 2009, s. 74; Z. Witkowski, *Wybrane zasady ustroju Rzeczypospolitej*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2011, s. 81.

¹² R. Piotrowski, *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 4, s. 187–188.

„Rzeczpospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”, wynika nakaz, aby państwo nie ignorowało potrzeb obywateli i działało na rzecz poprawy ich sytuacji życiowej. Użycie sformułowania „wszystkich obywateli” wyraźnie zakazuje ich dyskryminacji z jakichkolwiek powodów przez państwo w ramach wykonywania przez nie zadań publicznych. Zatem państwo ma obowiązek troszczenia się również o osoby homoseksualne, nawet jeżeli są one znacznie mniej liczne niż osoby heteroseksualne. Dlatego też państwo powinno dążyć do realizacji różnego rodzaju potrzeb tych osób, w tym potrzeby możliwości zawierania sformalizowanych związków¹³.

Dudek stwierdza również, iż przewyciężanie postaw wrogich wobec osób homoseksualnych wymaga przemian kulturowych, a nie ingerencji prawnych¹⁴. Polemizując z tą opinią na gruncie aksjologii konstytucyjnej należałoby przywołać art. 2 oraz art. 32 ust. 2 Konstytucji. Artykuł 2 Konstytucji stwierdza, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Państwo demokratyczne to nie tylko państwo posiadające ustrój polityczny umożliwiający rzeczywistą alternację władzy. To również państwo, którego cechą podstawową jest respektowanie całego szeregu praw i wolności człowieka i obywatela. Wynika z tego również postulat szanowania przez organy władzy reprezentujące większość społeczeństwa praw i wolności grup społecznych o słabszej pozycji w państwie¹⁵. Ten szacunek powinien polegać nie tylko na biernym utrzymywaniu *status quo*, ale również na dążeniu do stałego polepszania sytuacji prawnej tych grup¹⁶, co wydaje się również zgodne z deklarowaną w preambule Konstytucji „równością w prawach i obowiązkach wszystkich obywateli”. Z takim rozumieniem pozycji konstytucyjnej słabszych grup społecznych bardzo dobrze koresponduje także treść art. 32 ust. 2 Konstytucji. Wyraźnie zakazuje on dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Za taką „przyczynę” na pewno można uznać orientację seksualną¹⁷, ale również światopogląd polegający na negatywnym stosunku do instytucji małżeństwa¹⁸. Zatem w świetle przytoczonych przepisów państwo nie może być zwolnione z obowiązku czynnej walki przeciwko wszelkim formom dys-

¹³ Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 16; R. Piotrowski, op. cit., s. 192; W. Sokolewicz, *uwagi do art. 1, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. V, Warszawa 2007, s. 29–30.

¹⁴ D. Dudek, op. cit., s. 181.

¹⁵ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 222–223; R. Piotrowski, op. cit., s. 186; P. Tuleja, *Demokracja, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, red. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2009, s. 136–137.

¹⁶ Por. *Opinia członków Komitetu Nauk Prawnych PAN z dnia 23 kwietnia 2012 r. do druków sejmowych Sejmu VII kadencji nr 554 i 555*, s. 3.

¹⁷ R. Piotrowski stwierdza nawet, że brak możliwości zawarcia sformalizowanego związku przez osoby homoseksualne stanowi naruszenie zasady godności, R. Piotrowski, op. cit., s. 185.

¹⁸ Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 233–234.

kryminacji¹⁹. Również trzeba pamiętać, że to właśnie dopiero wprowadzenie nowych, czy nawet rewolucyjnych aktów prawnych dopiero uruchamia przemiany kulturowe, które powodują zmianę społecznego postrzegania danych kwestii. Pozostawienie upowszechnienia się tolerancji dla osób homoseksualnych wyłącznie przemianom kulturowym na pewno na wiele lat opóźniłoby ten proces.

Dodatkowo można wspomnieć, że art. 25 ust. 2 Konstytucji stwierdza, iż „władze publiczne zachowują bezstronność w sprawach światopoglądowych”. Światopogląd to „pogląd człowieka na świat, wyraz interpretacji świata zawierający oceny i normy, wpływający z naszej wiedzy i uznawanych wartości”²⁰. W ramach pojęcia światopoglądu mieszczą się więc przekonania każdej osoby dotyczące seksu, instytucji małżeństwa i rodziny. Jak stwierdza W. Brzozowski, w ramach procesu stanowienia prawa, w którym uczestniczą organy wykonujące „władzę publiczną” (Rada Ministrów, parlament, prezydent, Trybunał Konstytucyjny)²¹, ustawodawca ma zakaz ustanawiania prawa, które preferowałoby określony rodzaj religii lub światopoglądu religijnego. Ustawodawca ma również zakaz takiego zaangażowania w sprawy światopoglądowe, które pociągałoby za sobą utrudnienie jednostce możliwości realizacji preferowanej koncepcji dobrego życia²². Zatem państwo nie powinno utrudniać życia obywatelom, którzy nie chcą bądź nie mogą zawrzeć małżeństwa, nie uchwalając ustawy dotyczącej związków partnerskich, która ułatwiałaby tymże obywatelom funkcjonowanie społeczne i relacje prawne z otoczeniem, wyłącznie z przyczyn światopoglądu wyznawanego przez aktualną większość parlamentarną²³. W świetle art. 1 w zw. z art. 25 Konstytucji państwo powinno służyć i dbać o wszystkich obywateli niezależnie od ich światopoglądu odnośnie seksualności, małżeństwa, rodziny i rodzicielstwa również poprzez odpowiednie stanowienie prawa²⁴.

W świetle przedstawionej analizy można zatem wysnuć wniosek, że przepisy konstytucyjne nie zabraniają, a wręcz uzasadniają wprowadzenie do polskiego systemu prawnego instytucji związków partnerskich jako środka po-

¹⁹ *Raport o wybranych działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich V. kadencji w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji w okresie od 15 lutego 2006 r. do 9 kwietnia 2010 r. Biała księga*, Warszawa 2010, s. 9.

²⁰ W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011, s. 27 i cytowany tam artykuł P. Kameli.

²¹ Por. W. Brzozowski, op. cit., s. 54 i nast.

²² Ibidem, s. 94, 236.

²³ Por. R. Piotrowski, op. cit., s. 187. Trzeba podkreślić, że, niestety, w trakcie debaty odnośnie projektów ustaw regulujących związki partnerskie część posłów, w tym posłowie reprezentujący swoje kluby: K. Pawłowicz (PiS) i T. Woźniak (Solidarna Polska), uzasadniali odrzucenie projektów argumentami homofobicznymi, por. *Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Kadencja VII. Sprawozdanie Stenograficzne z 32. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 24 stycznia 2013 r. (drugi dzień obrad)*, Warszawa 2013, s. 165, 170–171.

²⁴ Por. *Opinia członków Komitetu Nauk Prawnych PAN...*, s. 5–6; R. Piotrowski, op. cit., s. 192.

lepszającego sytuację prawną i społeczną grup społecznych o słabszej pozycji w państwie.

3. Instytucja związków partnerskich a art. 18 Konstytucji

Zgodność instytucji związków partnerskich z art. 18 Konstytucji budzi w środowisku prawniczym największe kontrowersje. Dlatego też przepis ten wymaga pogłębionej analizy. Stwierdza on, że „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”.

Analizę art. 18 Konstytucji należałoby rozpocząć od kwestii, czy pozwala on na ustanawianie małżeństw jednopłciowych oraz związków partnerskich w związku z tym, że wyraźnie określa małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Interpretując ten przepis, można powołać się na przykład rozszerzenia prawa wyborczego na zamieszkałych w Polsce obywateli UE w wyborach samorządowych²⁵ i w ten sposób uzasadnić możliwość unormowania małżeństw jednopłciowych. Oznaczałoby to, że przepis ten ma charakter minimalnego określenia obowiązków państwa związanych z ochroną małżeństwa heteroseksualnego. Zatem przy takiej interpretacji ustawodawca zwykły mógłby unormować nie tylko instytucję małżeństwa jako związku osób tej samej płci, ale również takie małżeństwa mogłyby się cieszyć tym samym stopniem ochrony i opieki jak małżeństwa heteroseksualne²⁶. Z taką interpretacją art. 18 Konstytucji nie można się jednak zgodzić przede wszystkim ze względu na jego celowościową i historyczno-prawną interpretację. Gdyby ustrojodawca dopuszczał regulację małżeństw jednopłciowych, zapewne nie formułowałby przepisu w ten sposób i nie definiowałby instytucji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, pozostawiając możliwość dookreślenia instytucji małżeństwa ustawodawcy zwykłemu. Co więcej, możliwe byłoby również zdefiniowanie w art. 18 Konstytucji małżeństwa jako „związku dwóch osób tej samej lub różnej płci”. Można też interpretować art. 18 jako dopuszczenie przez ustrojodawcę istnienia zarówno małżeństw heteroseksualnych, jak i jednopłciowych, z tym że jego zamiarem było zagwarantowanie konstytucyjnej ochrony i opieki tylko małżeństwu heteroseksualnemu. Jednak dopuszczenie przez ustrojodawcę dwóch rodzajów małżeństw o zróżnicowanej pozycji prawnej byłoby niezgodne z deklarowaną w preambule do Konstytucji równością praw i obowiązków wszystkich obywateli oraz wyraźnie ustanowioną w art. 32 zasadą równości wobec prawa oraz zasadą niedyskryminowania kogokolwiek z jakiegokolwiek przyczyny. Również wykładnia prawno-historyczna tego prze-

²⁵ Orzeczenie TK z 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK ZU, seria A, nr 5, poz. 49.

²⁶ Por. D. Dudek, op. cit., s. 178.

pisu nie pozostawia złudzeń, że członkowie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego chcieli ograniczenia instytucji małżeństwa tylko do par heteroseksualnych i nie dopuszczali możliwości zawierania małżeństw jednopłciowych²⁷. Należy zatem stwierdzić, że art. 18 wyraźnie nie dopuszcza do istnienia w systemie polskiego prawa instytucji małżeństwa jednopłciowego.

Czy brak dopuszczalności małżeństw jednopłciowych oznacza równocześnie zakaz legalizacji związków partnerskich, w tym jednopłciowych związków partnerskich? Taką opinię wyraził B. Banaszekiewicz, wyraźnie opowiadając się przeciwko dopuszczalności instytucjonalizacji wspomnianych związków. Uważa on, że skoro państwo ma obowiązek chronić i promować model heteroseksualnego małżeństwa, to nie może ono regulować ani rejestrować innych związków. Stwierdza również, że instytucjonalizacja związków partnerskich nie jest dopuszczalna ze względu na ograniczenia dotyczące zasady swobody umów, bowiem zasada ta nie może pozwalać na nadmierną ingerencję w dobra osobiste oraz ograniczać prawa do rozwiązania umowy, a tym byłyby postulat tworzenia związków partnerskich, których zasadą miałyby być – tak jak w małżeństwie – wymogi dożgonnego wspólnego życia oraz wzajemnej wierności. Według Banaszekiewicza, art. 18 tworzy pewien idealny dla państwa model kształtowania się rodziny opartej na heteroseksualnym małżeństwie. Państwo polskie ma zatem obowiązek podejmować wszelkie działania, aby wspierać ten model i unikać działań, które zniechęcałyby ludzi do tworzenia rodzin opartych na małżeństwie, a za takie zniechęcające działanie należałoby uznać legalizację związków partnerskich. Instytucjonalizacja związków partnerskich miałaby być również pierwszym krokiem do legalizacji małżeństw homo-

²⁷ W trakcie debaty dotyczącej późniejszego art. 18 Konstytucji podczas obrad KKZN senator Piotr Andrzejewski (NSZZ „Solidarność”) wyraźnie podkreślał, że formuła „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny” ma na celu ograniczenie instytucji małżeństwa wyłącznie do związku dwojga ludzi płci przeciwnych w ramach heteroseksualnego małżeństwa, wyraźnie wykluczając dopuszczalność małżeństwa jednopłciowego. Inni uczestnicy debaty przychyliili się do opinii P. Winczorka, że cechą podstawową małżeństwa jest jego heteroseksualny charakter. Senator Stefan Pastuszka (PSL) podkreślił również, że nie jest możliwa akceptacja przez ówczesną koalicję rządzącą innego niż heteroseksualny charakter małżeństwa. Żaden z uczestników dyskusji nie podjął nawet próby obrony dopuszczalności małżeństwa jednopłciowego. Jedynie ekspert komisji, prof. Kazimierz Działocha, wyraził opinię, że dogmatyczna wykładnia tego przepisu nie wyklucza dopuszczalności innych małżeństw niż heteroseksualne, Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn XVII, Warszawa 1995, s. 31–34. Jak się wydaje, politycy wszystkich opcji zaakceptowali zasadę wyłącznie heteroseksualnego małżeństwa, aby nie zrażać Kościoła katolickiego oraz konserwatywnie nastawionej części elektoratu w perspektywie referendum, w którym Konstytucja miała zostać zatwierdzona. Szerzej na temat genezy omawianego fragmentu art. 18: B. Banaszekiewicz, op. cit., s. 640 i nast. Również Sąd Najwyższy w opinii prawnej dotyczącej jednego z projektów ustaw regulujących związki partnerskie potwierdził, że w świetle art. 18 Konstytucji dopuszczalne jest wyłącznie małżeństwo heteroseksualne, *Opinia SN...*, s. 4. Jednak stwierdzenie zawarte w opinii SN, że członkowie KKZN sprzeciwiali się instytucjonalizacji związków osób tej samej płci jest zbyt szerokie. Podczas obrad KKZN jej uczestnicy debatowali wyłącznie na temat instytucji małżeństwa, R. Piotrowski, op. cit., s. 182–183.

seksualnych. Według Banaszkiwicza, poprzez instytucjonalizację związków partnerskich ustawodawca stara się korygować rozwiązanie zawarte w art. 18 i ekstrapolować na inne związki uprawnienia dotychczas zagwarantowane wyłącznie małżonkom. Jest to niedopuszczalna korekta woli ustrojodawcy ze strony ustawodawcy. Poza tym, preferowanie przez ustawodawcę związków partnerskich dwóch osób stanowi z jego strony wyraz niedopuszczalnego arbitrażu, gdyż związki międzyludzkie mogą kształtować się na różne sposoby i mieć np. charakter poligamiczny. Osobom pozostającym w niesformalizowanych związkach do regulacji ich wzajemnych relacji zupełnie wystarczą odpowiednie instytucje prawa cywilnego i nie ma potrzeby, aby tworzyć dodatkowe instytucje prawne konkurujące z małżeństwem. Instytucja związków partnerskich będzie stanowić konkurencję dla małżeństwa, bowiem możliwe jest (jak w Niemczech przez orzecznictwo tamtejszego Federalnego Sądu Konstytucyjnego) rozszerzenie uprawnień dotychczas zastrzeżonych dla małżeństw również na związki partnerskie. Szczególnie rozszerzenie uprawnień powodujących uprzywilejowanie ekonomiczne małżeństw może spowodować zmniejszenie środków dostępnych dla znacznie liczniejszej grupy beneficjentów, co wiąże się z ograniczonymi możliwościami ekonomicznymi państwa. Poza tym, zawarcie związku partnerskiego ograniczałoby prawo do korzystania z konstytucyjnej instytucji małżeństwa, chyba że założyć, że zawarcie związku małżeńskiego powodowałoby *ex lege* ustanie związku partnerskiego. W takiej sytuacji jednak związek partnerski miałby charakter efemeryczny, warunkowy, nieustannie narażony na ustanie z przyczyny od niego niezależnej, zatem trudno byłoby traktować poważnie taką instytucję prawną. Nie ma zapotrzebowania społecznego na instytucjonalizację związków partnerskich, jest to wyłącznie postulat polityczno-ideologiczny związany ze środowiskami i partiami politycznymi, które chcą zyskać popularność wśród pewnej grupy wyborców. Co więcej, jak stwierdza cytowany autor, poparcie tej grupy wyborców dla postulatu legalizacji związków partnerskich ma wynikać z tego, że „kontestuje ona tradycyjne zapatrywania w sprawach etyczno-obyczajowych i sympatyzuje z owym postulatem z przyczyn, jeśli tak można powiedzieć, ideowo-politycznych, a nie praktyczno-osobistych”²⁸.

Należy się zgodzić z Banaszkiwiczem, że ochrona heteroseksualnego małżeństwa również jako instytucji prawnej stanowi wartość konstytucyjną. Jednak trzeba pamiętać, że nie jest to jedyna wartość, jaką ma chronić Konstytucja. Nie można zaakceptować poglądu, że w świetle art. 18 państwo ma zignorować potrzeby pewnej grupy obywateli i nie stosować się do wartości i zasad wynikających z art. 1, art. 2, art. 32, art. 25 ust. 2. W takim ujęciu zasada ochrony małżeństwa heteroseksualnego stałaby się jakąś metazasadą konsty-

²⁸ B. Banaszkiwicz, op. cit., s. 594 i nast.

tucyjną, której podporządkowane byłyby inne zasady i wartości konstytucyjne. Wydaje się, że prawidłowa interpretacja art. 18 musi oznaczać potrzebę jego pogodzenia również z innymi przepisami Konstytucji. Zatem państwo ma obowiązek ochrony i wspierania, także ekonomicznego, małżeństw heteroseksualnych, ale ma również obowiązek dbania i ułatwiania życia osobom, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć małżeństwa, co można uzyskać przez legalizację związków partnerskich.

Banaszkiewicz twierdzi również, że ograniczenie możliwości zawierania związków partnerskich do dwóch osób stanowi niedopuszczalną arbitralność ze strony państwa. Jest oczywiście prawdą, że w wielu krajach nawet poligamia małżeńska jest dopuszczalna, jednak nie dotyczy to naszego kręgu kulturowego. Poza tym należałoby rozważyć, na ile związek intymny więcej niż dwóch osób może się wiązać z pokrzywdzeniem kogoś z partnerów. Te same względy uzasadniają ograniczenie możliwości zawierania przez osoby będące w związkach partnerskich małżeństw z innymi osobami, tym bardziej że możliwość zawarcia zarówno związku partnerskiego, jak i małżeństwa tworzyłaby sytuację bardzo zbliżoną do bigamii, której zakazu się nie kwestionuje.

Opinia B. Banaszkiewicza, że dotychczasowe przepisy prawa cywilnego pozwalają osobom żyjącym w niesformalizowanych związkach skutecznie regulować swoją sytuację prawną nie bierze pod uwagę tego, że osoby, które są w takich związkach mogą obawiać się kosztów oraz czasochłonności takiego procesu. Mogą również nie zdawać sobie sprawy z możliwości kształtowania swojej sytuacji prawnej właśnie w drodze regulacji instytucji prawa cywilnego.

Należy także stwierdzić, że instytucjonalizacja związków partnerskich nie będzie przyczyną „pełzającego” ustanowienia małżeństw jedнопłciowych. Jak powszechnie uważa się w doktrynie, ustanowienie takich małżeństw wymagałoby zmiany konstytucji, czyli uzyskania w sejmie większości kwalifikowanej dla poparcia takiej zmiany. Mało prawdopodobne jest, aby ugrupowania polityczne postąpiły tak wbrew swojemu elektoratowi. Ewentualna zmiana Konstytucji musiałaby wynikać z głębokiej przemiany kulturowej w społeczeństwie, prowadzącej do wyboru znaczącej liczby parlamentarzystów, którzy akceptowaliby małżeństwa jedнопłciowe. Trudno byłoby więc wówczas odmawiać suwerenowi prawa do kształtowania instytucji małżeństwa w omawianym zakresie wedle swojej woli.

Wydaje się zatem, również w świetle przytoczonych argumentów dotyczących aksjologii konstytucyjnej, że art. 18 nie stoi na przeszkodzie legalizacji zarówno związków heteroseksualnych, jak i jedнопłciowych, jednak w innej formie niż małżeństwo²⁹. Co więcej, istnienie instytucji związków partnerskich

²⁹ Jak stwierdza R. Piotrowski, zgodnie z konstytucyjną zasadą wolności, żeby nie można było dokonać legalizacji związków partnerskich musiałyby być one wyraźnie zabronione przez przepis Konstytucji, R. Piotrowski, op. cit., s. 187.

nie może utrudniać ani pomniejszać ochrony i opieki państwa nad małżeństwem. Jak stwierdza w swojej opinii prawnej, dotyczącej jednego z projektów ustaw regulujących instytucję związków partnerskich, Prokurator Generalny Andrzej Seremet, instytucjonalizacja związków partnerskich jest dopuszczalna, ale ich konstrukcja prawna nie może nawiązywać do instytucji małżeństwa. Według Seremeta niedopuszczalne jest w świetle art. 18 przyznanie związkom partnerskim większości (a tym bardziej wszystkich) przywilejów zastrzeżonych dla małżeństwa³⁰. Wydaje się, że osoby w związkach partnerskich przede wszystkim mogłyby posiadać takie prawa, które obecnie mogą posiadać lub posiadają osoby w niesformalizowanym związku, ewentualnie takie prawa, które dotyczą nie tylko małżonków, ale również innych osób związanych bliższymi bądź dalszymi więzami z jednym z partnerów. Istnieje możliwość różnorodnego kształtowania konstrukcji związków partnerskich, w tym zagadnień związanych z wzajemnymi obowiązkami stron oraz ewentualnymi przywilejami ekonomicznymi. Można więc szczegółowe przepisy regulujące związki partnerskie ukształtować tak, aby były one zgodne z Konstytucją, o czym piszę dalej.

Również konstatacja o preferowanym modelu rodziny przez ustrojodawcę nie zwalnia państwa z dbania o osoby, które nie chcą lub nie mogą założyć rodziny. Można rozważyć, na ile w świetle przepisów Konstytucji możemy w ogóle mówić o jakimś konstytucyjnie preferowanym modelu rodziny. Zasadą konstytucyjną jest przecież zasada równości wobec prawa, poza tym trudno się dopatrzeć preferowania jakiegoś modelu rodziny w świetle innych przepisów dotyczących tej instytucji, a zwłaszcza art. 71 Konstytucji. Można by mieć poważne wątpliwości, czy preferowanie rodziny opartej na małżeństwie w stosunku do rodziny opartej na niesformalizowanym związku stanowiłoby nieuzasadnioną dyskryminację. Co więcej, w świetle wspomnianego wyżej przepisu można nawet próbować wysnuć wniosek, że państwo polskie preferuje najbardziej rodziny „wielodzietne niepełne” skoro obydwa te rodzaje rodzin mają prawo do „szczególnej pomocy” ze strony państwa.

Trudno jest jednoznacznie stwierdzić, czy istnieje społeczna potrzeba instytucjonalizacji związków partnerskich, ponieważ nie dysponujemy wiarygodnymi badaniami społecznymi, aczkolwiek należy zauważyć, że przytłaczająca większość społeczeństwa (85%) popiera postulat instytucjonalizacji związków

³⁰ *Opinia prawna Prokuratora Generalnego Andrzeja Seremeta do druków sejmowych Sejmu VII kadencji nr 554 i 555*, s. 4. Sąd Najwyższy idzie jeszcze dalej w opinii prawnej dotyczącej jednego z projektów ustaw regulujących związki partnerskie i chyba jednak nie do końca słusznie stwierdza nawet, że z „art. 18 wynika (...) przyznanie heteroseksualnej parze małżeńskiej ochrony i udogodnień, jakie nie przysługują parom, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć małżeństwa”, *Opinia SN...*, s. 7.

partnerskich dla par heteroseksualnych³¹. Również nie znam wyników żadnych badań, które mówiłyby o tym, kto i z jakich powodów popiera instytucjonalizację związków partnerskich.

Możliwość regulacji prawnej instytucjonalizacji związków partnerskich można także uzasadnić fragmentem orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w którym wypowiedział się na temat interpretacji art. 18 polskiej Konstytucji:

Z uzasadnienia przedstawionego przez Sąd Okręgowy wynika, że głównym celem różnego traktowania było zapewnienie ochrony rodzinie stworzonej na podstawie „związku mężczyzny i kobiety”, zgodnie z artykułem 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (...). Trybunał uznaje, że ochrona rodziny w tradycyjnym sensie stanowi, co do zasady, ważki i legitymizowany powód, który może uzasadnić różnicę traktowania (...).

Jednakże, realizując ten cel, Państwo może zastosować szereg zróżnicowanych środków (...). Ponadto, zważywszy, że Konwencja jest żyjącym instrumentem, który należy interpretować w świetle współczesnych warunków (...), Państwo, podejmując decyzję o wyborze środków służących ochronie rodziny i zagwarantowaniu, zgodnie z wymogiem artykułu 8, poszanowania dla życia rodzinnego, musi koniecznie uwzględnić rozwój społeczeństwa i zmiany sposobu postrzegania kwestii społecznych, statusu cywilnego oraz stosunków międzyludzkich łącznie z faktem, że nie istnieje tylko jeden sposób ani jedna droga wyboru w sferze życia rodzinnego lub prywatnego³².

Uregulowanie prawne instytucji związków partnerskich przez państwo polskie stanowiłoby zatem formę dbania o te osoby, które w ramach różnych „dróg wyboru w sferze życia rodzinnego lub prywatnego” postanowiły inaczej kształtować tę sferę swojego życia niż w ramach tradycyjnego modelu rodziny, opartego o heteroseksualne małżeństwo.

Kolejnym zagadnieniem związanym z art. 18 Konstytucji i instytucją związków partnerskich jest kwestia zdefiniowania pojęcia rodziny i rodzicielstwa użytego w Konstytucji oraz ukazania relacji tych pojęć do instytucji związku partnerskiego.

Zarówno w świetle orzecznictwa, jak i doktryny oraz przepisów obowiązującego prawa, w przypadku bezdzietnej pary osób powstanie rodziny wiąże się z zawarciem przez te osoby tzw. małżeństwa cywilnego. Zatem niesformalizowane związki bezdzietne nie stanowią w tym ujęciu rodziny. Trudniej ocenić w omawianym kontekście sytuację prawną niesformalizowanego

³¹ P. Pacewicz, *Znajomy gej. Sąsiadka lesbijka*, „Gazeta Wyborcza” z 9 października 2013 r., s. 1.

³² Orzeczenie ETPCz – *Kozak przeciwko Polsce*, w wersji polskiej dostępne na stronie: [http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/listByYear,3.html?Comp1\[9.12.2013\]](http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/listByYear,3.html?Comp1[9.12.2013]).

związku dwojga osób posiadających dziecko lub dzieci. Konstytucja nie definiuje pojęcia „rodziny”, jednak można w niej znaleźć pewne wskazówki co do pojmowania tego pojęcia. Wskazówki te znajdują się w art. 71, który mówi o rodzinach wielodzietnych i niepełnych, które – jeśli znajdują się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej – mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych. Jeżeli pojęcie rodziny wielodzietnej wydaje się jasne, to pojęcie rodziny niepełnej implikuje szersze rozumienie pojęcia „rodzina”. Rodzina niepełna to rodzina, w której za wychowanie dziecka lub dzieci faktycznie odpowiada jeden rodzic³³. Zatem skoro uznaje się, że rodzinę stanowi nie tylko małżeństwo i dzieci, ale również tylko jeden rodzic i dziecko/dzieci, to logiczną konsekwencją takiego stwierdzenia jest również przyjęcie, że rodzinę tworzy dwoje rodziców żyjących w niesformalizowanym związku oraz dziecko/dzieci. Taka interpretacja pojęcia rodziny przyjęła się w doktrynie i skłania się do niej również Trybunał Konstytucyjny³⁴. Ustanowienie związków partnerskich można by zatem potraktować jako element „ochrony i opieki”, ułatwiający życie społeczne oraz relacje prawne z otoczeniem, rodziny rozumianej jako niesformalizowany związek dwojga rodziców z dzieckiem/dziećmi. Trzeba również pamiętać, że instytucja związków partnerskich miałaby podobne znaczenie dla rodziny niepełnej, w której rodzic żyje w niesformalizowanym związku³⁵.

Podsumowując, należałoby stwierdzić, że art. 18 Konstytucji wyraźnie nie dopuszcza do ustanowienia w polskim systemie prawnym małżeństw jednopłciowych. Nie zabrania on jednak, jak się wydaje, tworzenia alternatywnych dla małżeństwa form legalizacji niesformalizowanych związków, jeżeli nie zagrażają one „ochronie i opiece państwa nad małżeństwem” albo nie stanowią instytucji *quasi*-małżeństwa, w ramach której dany rodzaj sformalizowanego związku posiada wszystkie lub większość uprawnień i przywilejów zastrzeżonych dla małżeństwa³⁶. Należy dodać, że artykuł 18 poprzez nakaz „ochrony i opieki nad rodziną” ze strony państwa stanowi kolejne uzasadnienie prawnego unormowania związków partnerskich jako sposobu ułatwienia życia społecznego i relacji prawnych z otoczeniem dla rodzin, w których rodzice lub jedno z rodziców żyje w niesformalizowanym związku.

³³ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 149; Orzeczenie TK z 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, OTK ZU, seria A, nr 3, poz. 22.

³⁴ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 149–150; Orzeczenie TK z 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, OTK ZU, seria A, nr 3, poz. 22.

³⁵ *Opinia członków Komitetu Nauk Prawnych PAN...*, s. 4–5.

³⁶ *Opinia prawna Prokuratora Generalnego...*, s. 4.

4. Związki partnerskie a przesłanki ograniczenia wolności i praw określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, odpowiednio skonstruowana prawnie instytucja związków partnerskich jest zgodna z szeroko rozumianą aksjologią konstytucyjną i art. 18 Konstytucji. Właściwie jedyne możliwe uzasadnienie zakazu uregulowania prawnego związków partnerskich mogłoby być związane z jedną z przesłanek z art. 31 ust. 3, dotyczącego ograniczeń praw i wolności. Przepis ten wymienia następujące przesłanki ograniczenia praw i wolności: bezpieczeństwo państwa, ochrona porządku publicznego, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Analizując ten katalog przesłanek, w związku z omawianą problematyką należałoby brać pod uwagę dwie: ochronę moralności publicznej oraz ochronę wolności i praw innych osób.

Jak stwierdza L. Garlicki przywołując definicję K. Wojtyczka, za „moralność publiczną” można uznać „normy moralne uznane w społeczeństwie polskim i odnoszące się do stosunków międzyludzkich”. Podkreśla on, że możliwe samoistne ograniczenie praw i wolności ze względu na tę przesłankę musi się wiązać ze szkodliwością danego uprawnienia dla ogółu społeczeństwa. Nie jest ona spełniona, jeżeli korzystanie z danego prawa lub wolności wiąże się wyłącznie z obrazą moralną uczuć pewnej grupy obywateli. Garlicki zwraca uwagę, że pojmowanie kwestii moralnych jest odmienne w różnych państwach i podlega stałej ewolucji w czasie. Stwierdza on również, że w związku z przyjęciem w Konstytucji z 1997 roku zasady pluralizmu światopoglądowego i kulturowego należy zachować daleko idącą ostrożność przy konstruowaniu powszechnie uznawanych nakazów i zakazów postępowania. Analizując przesłanki ograniczeń praw i wolności, dostrzega on wyraźne podobieństwo pomiędzy konstrukcją art. 31 ust. 3 a przepisami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w związku z czym zauważa potrzebę oparcia interpretacji przesłanki ograniczenia praw i wolności ze względu na ochronę moralności publicznej na dorobku orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³⁷.

W orzecznictwie ETPCz, podobnie jak w przypadku polskiej doktryny prawa konstytucyjnego, wyraźnie zaznaczono, że tylko szkodliwość czynu obejmująca całe społeczeństwo uzasadnia wprowadzenie ograniczeń odnośnie korzystania z praw i wolności w związku z ochroną moralności publicznej. Trybunał, rozważając moralność jako przesłankę ograniczenia praw i wolności gwarantowanych konwencji, dostrzegając, że standardy moralne są odmienne w różnych państwach i podlegają stałej ewolucji. W związku z powyższym

³⁷ L. Garlicki, *Uwagi do art. 31*, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, s. 26–27.

na tle orzecznictwa trybunału można mówić o pewnym domniemaniu konstruowania norm prawnych przez władze publiczne zgodnie ze standardami moralnymi danego społeczeństwa. Dlatego też Trybunał nie próbował stworzyć w drodze orzecznictwa jakichś generalnych standardów moralnych, respektując autonomię w tym względzie każdego państwa – strony konwencji. Takie podejście spowodowało, że w jednej ze spraw Trybunał odrzucił zarzut nieadekwatnego ograniczenia prawa kolportażu na terenie Wielkiej Brytanii książki, która miała zawierać treści nieodpowiednie dla dzieci i młodzieży, skoro książka ta została dopuszczona do kolportażu w innych krajach. W swoich orzeczeniach Trybunał podkreślił m.in. w kontekście penalizacji stosunków homoseksualnych, że nawet jeżeli członkowie danej społeczności są oburzeni, zszokowani, zaniepokojeni lub uznają dane praktyki za niemoralne, nie może to być samodzielną przyczyną wprowadzenia ograniczeń wolności i praw jednostki. Ograniczenie praw i wolności ze względu na moralność jest uzasadnione tylko wtedy, jeśli dana praktyka cechuje się szkodliwością społeczną, jak np. zagrożenie zdrowia i życia, publiczne szerszenie tzw. twardej pornografii (nawet w formach artystycznych) albo łatwy dostęp dzieci i młodzieży do treści dotyczących seksu, zagrażających ich moralności³⁸.

Jak się wydaje w świetle ostatnio przeprowadzonych sondaży opinii publicznej, należy uznać, że instytucja związków partnerskich w żaden sposób nie jest sprzeczna z nakazem ochrony moralności publicznej. Jak już wspomniano, aż 85% badanych akceptuje heteroseksualne związki partnerskie. Najwięcej zastrzeżeń budzą związki homoseksualne. W październiku 2013 roku 40% respondentów uznawało prawo homoseksualistów do zawierania związków partnerskich, a 46% respondentów było przeciwnych takiemu prawu. Wydaje się jednak, że możemy mówić o wzroście akceptacji dla homoseksualnych związków partnerskich, gdyż w lutym 2013 roku do koncepcji prawa osób homoseksualnych do zawierania tego typu związków pozytywnie odnosiło się 31% respondentów³⁹. Trudno byłoby również udowodnić szkodliwość społeczną, tak jak ją rozumie ETPCz, legalizacji związków partnerskich.

Przesłanka ochrony praw i wolności innych osób wiązałaby się z analizą szczegółowych przepisów dotyczących związków partnerskich. Z jednej strony, należałoby rozważyć, na ile instytucja związków partnerskich ograni-

³⁸ Zob. przykładowo następujące orzeczenia ETPCz: *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 1 grudnia 1976 r., 5493/72, seria A, nr 24; *A.D.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 31 lipca 2000 r., 35765/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-IX; *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 22 października 1981 r., 7525/76, seria A, nr 45; *Laskey i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 19 lutego 1997 r., 21627/93, 21826/93 21974/93, Reports 1997-I; *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, orzeczenie ETPCz z 24 maja 1998 r., 10737/84, seria A, nr 133; zob. również: C. Nowlin, *The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2002, nr 1, s. 278–285.

³⁹ P. Pacewicz, op. cit., s. 1.

czałyby uprawnienia osób pozostających w związku małżeńskim. Gdyby bowiem znacznie zwiększyła się liczba par, którym przysługiwałyby pewne przywileje ekonomiczne dotychczas zarezerwowane dla małżeństw, mogłoby się okazać, że państwo nie jest w stanie utrzymać tych przywilejów na wysokim poziomie⁴⁰.

Z drugiej strony, trzeba się zastanowić, na ile instytucja związków partnerskich wpływałaby na prawa osób trzecich, które są dotychczas ograniczane w drodze uprawnień przyznanych małżonkom. Typowym przykładem takiej sytuacji jest ochrona praw spadkowych po zmarłym małżonku, która ogranicza prawa spadkowe innych osób powołanych do spadku. Zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego małżonek osoby zmarłej ma prawo do dziedziczenia ustawowego w równej części z dziećmi zmarłego, ale nie mniejszej niż 1/4 wartości spadku. Z kolei jeżeli zmarły nie miał dzieci, to w przypadku dziedziczenia ustawowego spadek podzielony jest między małżonka, któremu przypada połowa spadku, zaś każdemu z rodziców po 1/4 wartości spadku. W przypadku niesporządzenia przez bezdzietnego zmarłego testamentu i wcześniejszej śmierci jego rodziców żyjący małżonek dziedziczy całość spadku.

Z przytoczonych powyżej argumentów wynika, że instytucjonalizacja związków partnerskich nie stanowi w żaden sposób i w żadnym zakresie jakiegokolwiek formy zagrożenia dla społeczeństwa, co więcej, zyskuje ona stopniową akceptację w społeczeństwie, a zatem należy stwierdzić, że nie zagraża moralności publicznej⁴¹. Wyłącznie od szczegółowej regulacji prawnej zależy, czy związki partnerskie mogą stanowić jakąś formę zagrożenia dla praw i wolności innych osób⁴².

5. Koncepcja instytucji związków partnerskich i prawa przysługujące partnerom

W świetle wcześniej przedstawionych opinii wydaje się, że istnieje potrzeba uregulowania instytucji związków partnerskich jako sposobu ułatwienia funkcjonowania w społeczeństwie i uproszczenia sytuacji prawnej parom pozostającym w związku nieformalnym. Odpowiednia konstrukcja instytucji związków partnerskich byłaby zgodna zarówno z art. 18, jak i innymi przepisami Konstytucji.

⁴⁰ B. Banaszkiwicz, op. cit., s. 634.

⁴¹ Do podobnego wniosku dochodzi również R. Piotrowski, op. cit., s. 191–192.

⁴² Członkowie Komitetu Nauk Prawnych PAN w swojej opinii prawnej z 23 kwietnia 2012 r., dotyczącej projektów ustaw regulujących instytucję związków partnerskich, poszli nawet dalej i stwierdzili, że nie dostrzegają żadnej groźby z powodu instytucjonalizacji związków partnerskich dla moralności publicznej, jak i ochrony praw i wolności innych osób, *Opinia członków Komitetu Nauk Prawnych PAN...*, s. 7.

Niniejszy rozdział tego artykułu nie ma na celu stworzenia dokładnego projektu „ustawy partnerskiej”, ale w jej ramach autor chciałby przedstawić pewne podstawowe założenia, które mogłyby być przydatne przy przygotowywaniu projektu ustawy, dotyczącego omawianego zagadnienia, tak aby była ona zgodna z Konstytucją.

Istnieją trzy możliwe koncepcje związków partnerskich. Pierwsza z nich polega na stworzeniu instytucji *quasi*-małżeństwa, które byłoby łatwiej rozwiązywalne i ewentualnie pozbawione prawa do wspólnego opodatkowania. Według drugiej koncepcji stworzona instytucja prawna stanowiłaby pośrednią formę pomiędzy konkubinatem a małżeństwem. Charakteryzowałaby się ona łatwiejszą rozwiązywalnością w porównaniu do małżeństwa, ale z drugiej strony – większym zakresem praw i obowiązków partnerów niż w przypadku relacji konkubenckiej. Trzecia koncepcja zakłada, że związek partnerski stanowiłby formę sformalizowanego konkubinatu, zaś partnerzy mogliby posiadać wyłącznie takie prawa, jakie posiadają osoby pozostające w konkubinacie, ewentualnie takie, które mogą zyskać w drodze zawartych między sobą umów cywilnych.

W świetle art. 18 Konstytucji pierwsza koncepcja związku partnerskiego wydaje się niedopuszczalna, ponieważ podważałaby sens wyróżnienia przez ustawodawcę związku heteroseksualnego jako jedynej formy związku, która może przerodzić się w małżeństwo. Taka koncepcja zagrażałaby również prawu do ochrony i opieki małżeństwa ze strony państwa, ponieważ znacznie zwiększyłaby się liczba związków, które państwo musiałoby chronić, a zatem dotychczasowe środki służące ochronie małżeństwa musiałby się zmniejszyć. Przykładowo, prawo do wspólnego opodatkowania dla zwiększonej liczby par mogłoby spowodować zmniejszone wpływy do budżetu, co z kolei spowodowałoby konieczność podwyższenia podatków, co uderzyłoby w dotychczasowy poziom życia małżonków⁴³. Również druga koncepcja może budzić wątpliwości co do jej nadmiernego zbliżenia do instytucji małżeństwa oraz odnośnie do możliwości regulacji wzajemnych obowiązków w ramach życia prywatnego⁴⁴.

Najbardziej zgodne z Konstytucją byłoby ukształtowanie związków partnerskich jako pewnej umowy pomiędzy konkubentami, określającej ich prawa i obowiązki w związku, nawiązującej do dotychczasowych możliwości uzyskania uprawnień w drodze korzystania z odpowiednich instrumentów i instytucji prawa cywilnego.

⁴³ Również Sąd Najwyższy w opinii prawnej dotyczącej jednego z projektów ustaw regulujących związki partnerskie zwraca uwagę na to, że możliwość wspólnego rozliczania podatków przez małżonków stanowi dla nich korzyść, ale także pewien koszt dla ogółu, a państwo posiada ograniczone możliwości finansowe. Uniemożliwiają one rozciągnięcie prawa do wspólnego opodatkowania również na inne grupy osób, co nieraz byłoby uzasadnione, np. dorosła/y córka/syn zajmujący się niepełnosprawnym rodzicem, *Opinia SN...*, s. 7–8.

⁴⁴ Por. B. Banaszkiewicz, op. cit., s. 610 i nast.

Akceptując taką koncepcję należałoby przyjąć kilka podstawowych założeń. Pierwsze z nich to uznanie, że związek partnerski nie może pośrednio lub bezpośrednio zmniejszać opieki i ochrony zagwarantowanej przez państwo małżeństwu. Drugie założenie dotyczy takiej konstrukcji przepisów, aby nie ograniczały one praw osób trzecich w stopniu, w jakim niekiedy ogranicza je instytucja małżeństwa. Trzecie, to przyznanie partnerom praw, które mogłyby obecnie uzyskać osoby pozostające w niesformalizowanym związku, ewentualnie takich, które dotyczą nie tylko małżonków i najbliższej rodziny, ale również dalszych krewnych bądź powinowatych lub innych osób niespokrewnionych lub niespowinowaconych. Czwarte założenie nawiązuje do charakteru relacji niesformalizowanych, w których partnerzy sami określają swoje prywatne relacje (np. kwestia wierności, wzajemnego podziału obowiązków, zasady rozliczeń finansowych), a zatem umowa związku partnerskiego nie powinna określać zasad prywatnych relacji pomiędzy partnerami.

Związek partnerski powinien być zawierany u notariusza, gdyż małżeństwo powinno pozostawać jedyną formą związku zatwierdzaną przez państwo. Taka formuła związku oparta o umowę notarialną zapewniałaby respektowanie prawa do prywatności partnerów wobec organów państwa, a z drugiej strony, umożliwiałaby dochodzenie swoich praw wobec tychże organów na podstawie aktu notarialnego.

Regulacja zastrzegająca instytucję związków partnerskich dla par heteroseksualnych stanowiłaby niedopuszczalną konstytucyjnie dyskryminację, zatem związek partnerski powinien być dostępny zarówno dla par różnopłciowych, jak i par jedнопłciowych.

W regulacjach dotyczących związków partnerskich należałoby ustanowić zasadę zakazu bycia w więcej niż jednym związku partnerskim oraz zakazu łączenia związku partnerskiego z małżeństwem z inną osobą.

W przyszłej ustawie powinna też istnieć możliwość rozwiązania przed notariuszem związku partnerskiego zarówno w drodze wspólnego oświadczenia dwojga partnerów, jak i jednostronnego oświadczenia partnera, które uprawomocniałoby się po pewnym czasie i które byłoby odwoływalne.

Co do zasady partnerzy powinni zachować odrębność majątkową, jednak umowa związku partnerskiego mogłaby przewidywać zawarcie *quasi-wspólnoty* majątkowej opartej na przepisach kodeksu cywilnego dotyczącego współwłasności.

Aby móc zrealizować prawo do związku partnerskiego, należałoby rozważyć trzy modele płacenia za czynności wykonywane przez notariusza w ramach przygotowywania umowy związków partnerskich. Z jednej strony, można uznać, że opłata dla notariusza powinna być płaconą przez państwo. Wynikałoby to z faktu, że skoro ustawodawca zapewnia takie prawo, to powinien stwarzać możliwość jego wykonania. Jednak z drugiej strony – nasuwa się pytanie, dlaczego całe społeczeństwo ma płacić za możliwość skorzystania z pew-

nych praw, które tylko pewna jego część będzie chciała wykorzystać. Dlatego też, jak się wydaje, lepszym rozwiązaniem byłoby ponoszenie kosztów sporządzenia umowy przez partnerów, choć koszty te powinny zostać ustalone na takim poziomie, który gwarantowałby dostępność możliwości zawarcia związku partnerskiego dla każdej pary.

Partnerom w związku partnerskim nie powinno przysługiwać prawo do wspólnego rozliczenia podatku. Prawo to obecnie wyróżnia małżonków i ta świadoma rezygnacja państwa z części przysługujących mu dochodów jest jednym z istotnych elementów wspierania małżeństwa. Rozszerzenie prawa do wspólnego opodatkowania groziłoby zmniejszeniem dochodów państwa, co z kolei mogłoby spowodować konieczność podniesienia podatków, a co za tym idzie – również pogorszenie poziomu życia małżeństw.

Partnerzy powinni mieć prawo wyłącznie do dziedziczenia na zasadach dziedziczenia testamentowego. Umowa związku partnerskiego powinna umożliwiać automatyczne uregulowanie zasad dziedziczenia po zmarłym partnerze. Prawo do dziedziczenia ustawowego w odpowiedniej wysokości i prawo do zachowku po zmarłym małżonku jest jednym z elementów wyróżniających związek małżeński jako najważniejszą w świetle prawa formę relacji pomiędzy dwojgiem ludzi. Należy również zauważyć, że rozszerzenie katalogu osób mających prawo do dziedziczenia ustawowego lub prawo do zachowku stanowiłoby automatyczne zmniejszenie praw innych osób, które takie prawa (dziedziczenie ustawowe, zachowek) posiadają.

Z kolei za zgodne z Konstytucją należy uznać rozszerzenie prawa do wstąpienia w stosunek najmu mieszkania po śmierci najemcy dla jego partnera, z którym najemca zawarł związek partnerski. Obecnie art. 691 kodeksu cywilnego pozwala w omawianej sytuacji na wstąpienie w stosunek najmu nie tylko małżonkowi zmarłego najemcy, ale również „osobie, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu z najemcą”. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, sformułowanie to dotyczy zarówno osoby płci przeciwnej, jak i osoby tej samej płci. Zatem skoro osoby pozostające w niesformalizowanym związku mają takie prawo, to również powinno ono przysługiwać partnerom pozostającym w związku partnerskim⁴⁵.

Osoby będące w związkach partnerskich powinny mieć za to większe uprawnienia związane z ulgami i zwolnieniami związanymi z płaceniem podatku od spadków i darowizn. Obecnie konkubenci należą do tzw. trzeciej grupy podatkowej, która posiada najmniej uprawnień związanych z płaceniem wspomnianego podatku. Tymczasem do grupy najbardziej uprzywilejowanej należy nie tylko małżonek, ale również wstępni, zstępni, teściowie, ojczym/macocha. Zatem prawa małżonków w przypadku ustawy o podatku

⁴⁵ Zob. art. 691 §1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.) oraz uchwała SN z 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 57.

spadkowym i darowiznach nie mają charakteru wyróżnienia instytucji małżeństwa. Dlatego też wydaje się, że dopuszczalne byłoby rozszerzenie kręgu podmiotów o osobę partnera, zwłaszcza że można ją uznać za osobę naturalnie bliższą zmarłemu niż teściowie lub ojczym/macocho.

W ramach umowy związku partnerskiego partnerzy powinni mieć możliwość uregulowania prawa do dostępu do informacji o stanie zdrowia oraz dokumentacji medycznej. Należy zauważyć, że przepisy prawne pozwalają obecnie na upoważnienie konkubenta do otrzymywania takich informacji lub do wglądu w dokumentację medyczną drugiego konkubenta⁴⁶.

Kolejnym zagadnieniem, które należy rozważyć, jest kwestia opieki nad dzieckiem zmarłego partnera. Jeżeli w związku dwóch osób jedna z nich posiada dziecko z poprzedniego związku, to zgodnie z obecnymi przepisami kodeksu rodzinnego w przypadku jej śmierci opiekę nad dzieckiem przejmuje drugi rodzic. Taka sytuacja ma miejsce niezależnie od tego, czy osoby te żyły w konkubinacie, czy też w związku małżeńskim. Osoby pozostające w związku partnerskim nie mogą posiadać większych praw do opieki nad dzieckiem partnera niż osoby pozostające w związku małżeńskim. Zatem to drugi rodzic powinien mieć prawo do wyłącznej opieki nad dzieckiem. Jednak w ramach obecnego stanu prawnego, w przypadku gdy żyje tylko jeden rodzic, może on co do zasady skutecznie wskazać osobę, z którą jest w konkubinacie jako właściwą do sprawowania opieki nad dzieckiem⁴⁷. Umowa związku partnerskiego mogłaby więc również uwzględniać w takiej sytuacji wskazanie partnera jako opiekuna w przypadku śmierci rodzica dziecka.

W świetle obecnych przepisów prawnych nie wydaje się możliwe ustawowe rozciągnięcie prawa do alimentów, które stanowi element wyróżniający małżeństwo, na partnerów w związku partnerskim. W obecnym stanie prawnym alimenty mogą przysługiwać również krewnym w linii prostej, m.in. dzieciom wobec rodziców lub rodzicom wobec dzieci, a także rodzeństwu. Nie stanowi to jednak podstawy do rozszerzenia tego prawa w stosunku do partnerów w związku partnerskim. Należy bowiem stwierdzić, że alimenty stanowią specjalny rodzaj obligatoryjnej opłaty, wynikającej albo z bliskiego pokrewieństwa, albo z małżeństwa. Co więcej, alimenty nie zawsze przysługują nawet małżonkowi – jeżeli został on uznany wyłącznie winnym rozpadu małżeństwa, to w świetle art. 60 §1 kodeksu rodzinnego alimenty mu nie przysługują. Zatem partner w związku partnerskim nie może mieć większych praw niż małżonek. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, aby stworzyć regulację umożliwiającą świadczenia alimentacyjne w ramach umowy związku partnerskiego.

⁴⁶ Por. art. 9 ust. 3 oraz 26 ust. 1 i ust. 2 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 159 z późn. zm.).

⁴⁷ Por. art. 94 §1 w zw. z art. 149 §1 ustawy z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 788 z późn. zm.).

Obecne przepisy prawa pozwalają na zaznaczenie w ramach umowy osób fizycznych (niekoniecznie małżonków) uprawnionych do dziedziczenia środków, które zostały zgromadzone w ramach OFE, IKE i IKZE⁴⁸. Dlatego też umowa związku partnerskiego nie musi regulować tych zagadnień. Przepisy prawa pozwalają również osobom będącym w niesformalizowanym związku zakładać wspólne rachunki bankowe, jak również dziedziczyć środki z rachunku na zasadach ogólnych dotyczących dziedziczenia, tak więc ewentualne kwestie dziedziczenia tychże środków mogłyby się znaleźć w umowie związku partnerskiego.

6. Podsumowanie

W świetle argumentów przytoczonych w niniejszym artykule należy stwierdzić, że regulacja prawna związków partnerskich jest zgodna z przepisami Konstytucji. Pewne kontrowersje budzi zgodność omawianej instytucji z postulatem „ochrony i opieki nad małżeństwem rozumianym jako związek kobiety i mężczyzny”. Jednak w świetle opracowań dotyczących związków tego typu, funkcjonujących od ponad 10 lat we Francji, instytucja związków partnerskich nie wydaje się stanowić zagrożenia dla instytucji małżeństwa. Konstytucyjność tej instytucji zależy wyłącznie od konstrukcji szczegółowych przepisów ją regulujących. Co więcej, można uznać, że przepisy Konstytucji wręcz sprzyjają uchwaleniu ustawy regulującej te kwestie jako formy ułatwienia życia społecznego oraz uproszczenia relacji prawnych z otoczeniem osobom pozostającym w niesformalizowanych związkach. Wynika to przede wszystkim z następujących przepisów Konstytucji: art. 1 (Polska jako dobro wspólne wszystkich obywateli), art. 32 ust. 2 (zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny), wyrażonej w preambule zasadzie równości praw obywateli oraz art. 25 ust. 2 (zasada bezstronności państwa w sprawach światopoglądowych). Wydaje się również, że w przypadku partnerów, którzy wychowują dzieci instytucja związków partnerskich stanowiłaby formę „ochrony i opieki nad rodziną”, którą przewiduje art. 18 Konstytucji. Dla oceny konstytucyjności związków partnerskich najważniejszą kwestią pozostaje odpowiednia forma szczegółowej regulacji prawnej tej instytucji. Przy jej konstruowaniu należy przyjąć założenie, że związek partnerski nie może stanowić formy *quasi*-małżeństwa, ale raczej ma ułatwiać osobom będącym w niesformalizowanych związkach korzystanie z ich praw, wykonywanych dotychczas na podstawie pełnomocnictw lub upoważnień albo w drodze umowy cywilnej.

⁴⁸ Por. art. 82 ustawy o z 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 989); art. 11 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontach emerytalnych oraz indywidualnych kontach zabezpieczenia emerytalnego (Dz. U. nr 116, poz. 120 z późn. zm.).

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 788 z późn. zm.).
- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Konstytucja z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Ustawa o z 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 989).
- Ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontaktach emerytalnych oraz indywidualnych kontaktach zabezpieczenia emerytalnego (Dz. U. nr 116, poz. 120 z późn. zm.).
- Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 159 z późn. zm.).

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012.
- Banaszkiewicz B., „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3.
- Brzozowski W., *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011.
- Dudek D., *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 4.
- Dziewulak D., *Instytucja rejestrowanego związku partnerskiego PACS we Francji*, „Analizy BAS” z 31 grudnia 2012 r., nr 22.
- Garlicki L., *uwagi do art. 31*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003.
- Grzybowski M., *Zasada suwerenności narodu*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. M. Grzybowski, Białystok 2009.
- Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, *Biuletyn XVII*, Warszawa 1995.
- Napiórkowska A., *Francuzi lubią żyć w PACS*, „Gazeta Wyborcza” z 16 lipca 2010 r.
- Nowlin C., *The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2002, vol. 24, nr 1.
- Opinia członków Komitetu Nauk Prawnych PAN z dnia 23 kwietnia 2012 r. do druków sejmowych Sejmu VII kadencji nr 554 i 555.*
- Opinia prawna Prokuratora Generalnego Andrzeja Seremeta do druków sejmowych Sejmu VII kadencji nr 554 i 555.*
- Opinia SN do druku sejmowego Sejmu VII kadencji nr 552.*

- Pacewicz P., *Znajomy gej. Sąsiadka lesbijka*, „Gazeta Wyborcza” z 9 października 2013 r.
- Piotrowski R., *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 4.
- Raport o wybranych działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich V. kadencji w zakresie przeciwdziałania dyskryminacji w okresie od 15 lutego 2006 r. do 9 kwietnia 2010 r. Biała księga*, Warszawa 2010.
- Rocznik demograficzny (Demographic yearbook of Poland) 2013*, Warszawa 2013.
- Sokolewicz W., *uwagi do art. 1*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. V, Warszawa 2007
- Sejm Rzeczypospolitej Polskiej. Kadencja VII. Sprawozdanie Stenograficzne z 32. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 24 stycznia 2013 r. (drugi dzień obrad)*, Warszawa 2013.
- Tuleja P., *Demokracja*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, red. W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2009.
- Witkowski Z., *Wybrane zasady ustroju Rzeczypospolitej*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. Z. Witkowski, Toruń 2011.

Orzeczenia

- Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 1 grudnia 1976 r., 5493/72, seria A, nr 24.
- Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 22 października 1981 r., 7525/76, seria A, nr 45.
- Laskey i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 19 lutego 1997 r., 21627/93, 21826/93 21974/93, Reports 1997-I.
- Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, orzeczenie ETPCz z 24 maja 1998 r., 10737/84, seria A, nr 133.
- A.D.T. przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie ETPCz z 31 lipca 2000 r., 35765/97, Reports of Judgments and Decisions 2000-IX.
- Uchwała SN z 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 57
- Orzeczenie TK z 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK ZU, seria A, nr 5, poz. 49.
- Orzeczenie TK z 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, OTK ZU, seria A, nr 3, poz. 22.

Strony internetowe

- <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/listByYear,3.html?ComplainantYear=2010>
- [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Crude_marriage_rate,_seleted_years,_1960-2011_\(per_1.000_inhabitants\).png&filetimestamp=20130130111229](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Crude_marriage_rate,_seleted_years,_1960-2011_(per_1.000_inhabitants).png&filetimestamp=20130130111229)

http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref_id=NATTEF02327

http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=bilandemo8

<http://www.senat.fr/questions/base/2012/qSEQ12110238S.html>

Bartłomiej Oszkinis

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: b.oszkinis@uwb.edu.pl
telefon: +48 85 745 71 93

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.11

Pojęcie konkubinatu w świetle polskiej doktryny i orzecznictwa

SUMMARY

Concubinage – the meaning of the term in the light of Polish juridical doctrine and court decisions

Accepted by some groups of people and condemned by others, informal relationships have been recognized but not defined by the Polish legislator. In the absence of legal definition it is a task of legal scholars and judges to establish what kind of relationships can be classified as falling under the heading of the equivocal expressions used by the legislator in legal acts. Traditionally, concubinage is deemed as a relationship of that kind. However, it is highly controversial how this type of informal union should be defined. In the first part of this paper the author presents opinions of the legal scholars and judges on the constitutive features of concubinage and proposed definitions of the term. In the second part he analyzes presented data and proposes a typological definition of concubinage which on the grounds of Polish legal tradition can be described as a heterosexual, stable, (not necessarily) notorious relationship of two (or more) people who live together (or not). The cohabitants cannot be legally married and have to form a life communion (characterized by the existence of emotional, physical and economic *sensu largo* bonds). The union has to be seen by them as an autotelic value and cannot (even potentially) be against the law.

Key words: concubinage, partnership, legal definition, family law, Polish law

Słowa kluczowe: konkubinatu, związek pozamałżeński, definicja prawna, prawo rodzinne, prawo polskie

Od zarania dziejów małżeństwu towarzyszą alternatywne postacie ludzkiego współżycia. O ile jednak małżeństwo jest względnie stałe w swej strukturze, o tyle związki nieformalne przybierają coraz to nowe formy wraz ze zmieniającymi się realiami życia¹. Przy czym nie znaczy to, a przynajmniej

¹ F. Hartwich, *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011, s. 17.

nie musi oznaczać, że formy dotychczasowe ulegają zanikowi. Owe alternatywne formy pożycia większość ludzi intuicyjnie (przynajmniej w niektórych przypadkach) określa mianem konkubinatu. Termin ten, co należy wskazać antycypując dalsze wywody, występuje także na gruncie doktryny prawa oraz orzecznictwa sądowego. Warto zatem zastanowić się nad jurydycznym rozumieniem owego pojęcia, jako że zakwalifikowanie albo brak klasyfikacji danego związku jako konkubinatu pociągać może dla tworzących go osób określone konsekwencje prawne.

Rozważania na temat pojęcia konkubinatu w doktrynie prawa jak i orzecznictwie zacząć należy od zasygnalizowania, iż w ustawodawstwie polskim, w przeciwieństwie np. do francuskiego², pojęcie to nie zostało zdefiniowane. Co więcej, jak podkreśla się w literaturze, w polskim języku prawnym termin ten w ogóle nie występuje³. Zauważyć przy tym należy, iż na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego sformułowanie to zostało użyte w załącznikach 2b oraz 2c do ustawy z 22 stycznia 1999 roku o ochronie informacji niejawnych⁴. W punkcie piątym obu ankiet bezpieczeństwa osobowego wypełniający zobowiązany był do wskazania określonych informacji na temat swojej małżonki/małżonka, przy czym w zawartej tam adnotacji wyjaśniono, iż punkt ów odnosi się także do konkubiny/konkubenta tudzież osoby o takim charakterze, pozostającej we wspólnym gospodarstwie domowym z osobą wypełniającą. W ankiecie bezpieczeństwa osobowego zawartej w załączniku do obecnie obowiązującej ustawy⁵ w punkcie B, części II posłużono się sformułowaniem partner życiowy (partnerka życiowa) osoby sprawdzanej.

Zamiast analizowanego pojęcia, w języku prawnym używane są natomiast zwroty, które, jak wskazuje się w piśmiennictwie, stanowią odpowiedniki *definiensa* w doktrynalnej definicji konkubinatu⁶; chodzi mianowicie o: pozostawanie „faktycznie we wspólnym pożyciu” (np. art. 691 §1 k.c.⁷), pozostawanie „w faktycznym pożyciu” (art. 111 §3 ord. podatk.⁸), pozostawanie „we wspól-

² Zgodnie z art. 515 – 8. francuskiego kodeksu cywilnego z 21 marca 1804 r. (*Code civil*) – „konkubinatu jest związkiem faktycznym, charakteryzującym się wspólnym, stałym i ciągłym pożyciem osób różnej albo tej samej płci, żyjących jak para”, tekst ustawy dostępny na: <http://www.legi-france.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140128> [25.01.2014].

³ M. Nazar, *Konkubinatu*, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, t. 11, Warszawa 2009, s. 909.

⁴ Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 z późn zm.

⁵ Ustawa z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

⁶ M. Nazar, *Konkubinatu a małżeństwo – wybrane zagadnienia*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz, Toruń 2008, s. 220.

⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 121).

⁸ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.).

nym pożyciu” (art. 115 §11 k.k.⁹), pozostawanie „w faktycznym związku” (art. 6 pkt 14 u.p.s.¹⁰), pozostawanie „faktycznie we wspólnym pożyciu małżeńskim” (art. 15 ust. 3 u.p.b.m.¹¹). Mając powyższe na uwadze, sformułowano tezę, iż próba stworzenia definicji konkubinatu ma znaczenie głównie doktrynalne, gdyż dla praktyki najważniejsze jest ustalenie znaczeń terminów ustawowych¹². Stwierdzić jednak należy, iż termin ten jest powszechnie stosowany w orzecznictwie¹³, co więcej, bywa on utożsamiany z „pozostawaniem w trwałym związku faktycznym”¹⁴ lub też wskazuje się, że np. termin „wspólne pożycie” odnoszony jest wyłącznie do konkubinatu¹⁵. W związku z tym nie należy umniejszać znaczenia definicji konkubinatu nadając jej walor wyłącznie albo przynajmniej w przeważającym zakresie teoretyczny.

Mając powyższe na uwadze, należałoby przejść do przedstawienia typologicznych cech konkubinatu wyróżnianych przez przedstawicieli doktryny. Zanim to jednak nastąpi, warto choćby w ograniczonym zakresie odnieść się do pochodzenia tego terminu oraz jego rozumienia w potocznym języku polskim, gdyż stanowią one punkt wyjścia dla doktrynalnego i orzeczniczego rozumienia przedmiotowego pojęcia.

Wspomnianą skrótową prezentację zacząć należy od tego, iż termin „konkubinatu” pochodzi od łacińskiego słowa *concubinatus*, powstałego z połączenia dwóch wyrazów: *con* – razem oraz *cubare* – leżeć¹⁶. W prawie rzymskim mianem tym określano trwałe współżycie mężczyzny z kobietą bez zamiaru pożycia małżeńskiego (tzw. *affectio maritalis*)¹⁷. Podobnie termin ten rozumiany jest obecnie – w powszechnym języku polskim. Słownik języka polskiego definiuje konkubinatu jako „trwałe pożycie mężczyzny z kobietą bez zawarcia związku małżeńskiego”¹⁸.

Po zasygnalizowaniu powyższego należy przejść do wspomnianego na wstępie wskazania typologicznych cech konkubinatu, wymienianych w doktrynie.

⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

¹⁰ Ustawa z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 182 z późn. zm.).

¹¹ Ustawa z 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 255 z późn. zm.).

¹² M. Nazar, *Konkubinatu*, [w:] *System...*, s. 910.

¹³ Zob. przykładowe, acz obszerne zestawienie orzecznictwa, dokonane przez F. Hartwicha, *Konkubinatu – dylematy prawne*, „Palestra” 2007, nr 3–4, s. 67, przyp. 51.

¹⁴ Zob. wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r., I ACa 590/06, LEX nr 259105.

¹⁵ Postanowienie SN z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668.

¹⁶ A. Markowski, R. Pawelec, *Wielki słownik wyrazów obcych i trudnych*, Warszawa 2001, s. 402.

¹⁷ W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1981, s. 213.

¹⁸ Zob. np. *Słownik języka polskiego*. t. I, A–K, red. H. Szkiłdź, S. Bik, C. Szkiłdź, Warszawa 1993, s. 991; *Słownik Języka Polskiego PWN*: <http://sjp.pwn.pl/szukaj/konkubinatu> [24.01.2014].

Pierwszą z nich stanowi „brak uznawanej przez prawo więzi małżeńskiej”. Cecha ta wynika z istoty konkubinatu jako związku polegającego na faktycznym (niesformalizowanym) pożyciu partnerów¹⁹. Dlatego też niemożliwe jest jego zaistnienie między małżonkami pozostającymi w separacji orzeczonej przez sąd²⁰. Może on natomiast istnieć np. między byłymi małżonkami, osobami z tzw. małżeństw nieistniejących, czy też zawartych jedynie w formie wyznaniowej, nieuznawanej przez prawo cywilne²¹. Szczególnie interesujące są dwa ostatnie przypadki.

Małżeństwo nie zostaje zawarte, jeżeli nie zostaną spełnione materialne przesłanki wskazane w art. 1 k.r.o.²² W takiej sytuacji związek ten w świetle prawa będzie konkubinatem, nawet jeżeli zostanie sporządzony akt małżeństwa (art. 2 k.r.o.). Skutkiem tego będzie brak powstania między stronami więzi rodzinno-prawnych, normowanych przez k.r.o.

Jak wskazuje się w doktrynie, w szczególnej sytuacji znajdują się niedoszli małżonkowie, którzy nie zdają sobie sprawy z nieistnienia małżeństwa z powodu złożenia oświadczeń woli o wstąpieniu w związek małżeński przed niewłaściwą osobą²³. W związku z faktem, iż ustawodawca nie wprowadził przepisów łagodzących rygoryzm skutków niezawarcia małżeństwa w piśmiennictwie, podnosi się, iż nie ma podstaw do stosowania *per analogiam* w stosunku do takich osób przepisów k.r.o. o małżeństwie, pochodzeniu dzieci i stosunkach majątkowych między małżonkami. Osoby takie winny zostać uznane, w zależności od okoliczności danego przypadku, rzecz jasna, za pozostające (faktycznie) we wspólnym (małżeńskim) pożyciu lub faktycznym związku w rozumieniu przepisów, które wiążą określone skutki prawne z tak ujętymi stanami faktycznymi²⁴. Pogląd ten wydaje się trafny.

Jeszcze ciekawszy jest drugi ze wskazanych przypadków – małżeństwa wyznaniowe nieuznawane przez prawo cywilne. Chodzi tu o związki zawarte jedynie w formie wyznaniowej w okresie, gdy wyłączną formą zawarcia małżeństwa, w myśl prawa polskiego, była forma cywilna, tj. od 1 stycznia 1946 do 15 września 1998 roku²⁵. Odnośnie do tego typu związków pojawiły się

¹⁹ M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 223; zob. też: F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 73–74; wyrok SA w Katowicach z 4 października 2012 r., II Aka 349/12, LEX nr 1236422; wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 50/88, LEX nr 20315; wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, LEX nr 361309.

²⁰ M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 223.

²¹ *Ibidem*.

²² Ustawa z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 788).

²³ M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 231.

²⁴ *Ibidem*, s. 231–232.

²⁵ 1 stycznia 1946 r. wszedł w życie dekret z 25 września 1945 r. Prawo małżeńskie (Dz. U. Nr 48, poz. 270), w którym określono, że jedyną prawnie uznawaną formą zawarcia małżeństwa jest forma cywilna. Natomiast 15 września 1998 r. weszła w życie ustawa z 24 lipca 1998 r. o zmianie

dwa interesujące orzeczenia. W pierwszym z nich²⁶ NSA w Warszawie orzekł o zastosowaniu art. 20 ust. 3 tzw. ustawy kombatanckiej²⁷ w stanie faktycznym, w którym z roszczeniami na podstawie wspomnianej ustawy wystąpiła kobieta podająca jako podstawę faktyczną swych roszczeń zawarcie w 1950 roku małżeństwa wyłącznie w formie wyznaniowej²⁸. Sąd wywiódł, iż w okresie, w którym małżeństwo zostało zawarte, przekonanie, że tylko cywilna forma wywołuje skutki przewidziane prawem polskim, nie była powszechna ani ugruntowana w świadomości społeczeństwa²⁹. W związku z tym NSA uznał, że konkubinat, u którego źródeł leżało przekonanie o tym, iż związek li tylko wyznaniowy powoduje skutki przewidziane prawem polskim, winien zostać uznany za „konkubinat kwalifikowany” („małżeństwo faktyczne”). Ponadto sąd uznał za niekonsekwencję ze strony ustawodawcy pozostawienie wśród konkubinatów dotychczasowych małżeństw wyznaniowych zawartych w latach 1947–1997, gdyż w obecnym stanie prawnym formy te są równoważne. W związku z tym NSA wyraził pogląd, iż w przepisach ustawy kombatanckiej pojawiła się luka w prawie, uzasadniająca analogiczne stosowanie jej przepisów, przyznających określone uprawnienia wdowom (ze związków zawartych w formie cywilnej) po kombatanach, do wdów ze związków wyznaniowych zawartych przed rokiem 1998. W drugim zaś ze wspomnianych wyroków³⁰ SN stwierdził, iż z unormowania kanonów 1055 §1 oraz 1057 §2 kodeksu prawa kanonicznego statuuje małżeństwo jako zupełną i nieodwołalną wspólnotę całego życia. Ponadto sąd wywiódł, że jakkolwiek małżeństwo sakramentalne nie uzyskuje sankcji przymusu państwowego (także w dziedzinie wzajemnej alimentacji), nie można jednak traktować go jako okoliczności nieistniejącej czy też konkubinatu. Wyroki te poddane zostały krytyce³¹, słusznej, jak się wydaje. Odnośnie do pierwszego z przytoczonych orzeczeń wskazano, iż

ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 757), która dopuściła możliwość zawierania małżeństw w formie wyznaniowej ze skutkami określonymi w prawie polskim (zob. art. 1 §2 oraz art. 3 k.r.o).

²⁶ Wyrok NSA w Warszawie z 12 kwietnia 2000 r., V SA 1512/99, LEX nr 49058.

²⁷ Ustawa z 24 stycznia 1991 r. o kombatanach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 400).

²⁸ Zgodnie z art. 20 ust. 3 „ustawy kombatanckiej” uprawnienia przyznane kombatanom w ust. 2 tegoż artykułu przysługują także wdowom lub wdowcom – emerytom i rencistom oraz osobom pobierającym uposażenie w stanie spoczynku lub uposażenie rodzinne pozostałym po kombatanach i innych osobach uprawnionych.

²⁹ Unormowania zakazujące duchownym, pod groźbą sankcji karnej, udzielania ślubów wyznaniowych osobom, które nie zawarły uprzednio małżeństwa w formie cywilnej obowiązywały dopiero od roku 1958 (zniesione zostały w 1989 r. na mocy art. 74 ust. 12 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1169).

³⁰ Wyrok SN z 27 listopada 1998 r., II CKN 31/98, LEX nr 37571.

³¹ M. Nazar, *Konkubinat a małżeństwo...*, s. 229–231.

przedstawiona przez NSA ewolucja przepisów prawa małżeńskiego uzasadnia co najwyżej postulat stosownej nowelizacji ustawy³², w przypadku zaś drugiego podniesiono, iż nie doszło w prawie polskim do poszerzenia listy zdarzeń powodujących powstanie zobowiązań niezupełnych (naturalnych) o fakt utworzenia wyznaniowej wspólnoty małżeńskiej³³. Natomiast same związki zawarte jedynie w formie wyznaniowej, jakkolwiek można by je określić mianem „małżeństw faktycznych” ze względu na ich formalną jawność (notoryjność), ułatwiającą dowodzenie faktów i mającą istotne znaczenie dla rozstrzygania spraw partnerów, z punktu widzenia prawa winny być jednak traktowane jak „zwykłe” konkubinaty, a „faktyczni małżonkowie” jak konkubenci³⁴. Pogląd ten podziela większość doktryny³⁵.

Nieformalny charakter związku jako cecha konkubinatu nie budzi w doktrynie³⁶ jak i orzecznictwie wątpliwości, jednak cechę tę posiadają także inne wspólnoty partnerskie, np. wspólnoty mieszkaniowe osób spokrewnionych lub zaprzyjaźnionych i prowadzących wspólne gospodarstwo domowe, dlatego też, by wyróżnić spośród nich konkubinaty, należy odnieść się do jego pozostałych cech, ich konfiguracji i natężenia³⁷.

Kolejną cechą konkubinatu wskazywaną w literaturze i orzecznictwie jest istnienie wspólnoty życiowej, która to wspólnota charakteryzuje się splotem życiowych interesów osobistych i majątkowych partnerów³⁸. Wspólnotę tę stuuje, według szeroko akceptowanego poglądu, istnienie między partnerami więzi emocjonalnej, fizycznej, gospodarczej oraz wspólne ich zamieszkiwanie³⁹. Co ważne, istnienie tychże czynników oznacza, że między stosunkami osobistymi i majątkowymi zachodzi współzależność, nie zaś paralelność typowa dla mniej rozległych i nie tak spójnych wspólnot partnerskich⁴⁰.

Więź gospodarcza, w myśl powyższego stanowiska, wyrażać się powinna przynajmniej w prowadzeniu wspólnego gospodarstwa domowego, może po-

³² Ibidem, s. 229–230. Ponadto wskazuje się, iż można by ewentualnie bronić także poglądu o aksjologicznej zasadności rozszerzającej wykładni art. 19 i 20 ustawy kombatanczej, tak by przywileje i korzyści przyznawane wdowom i wdowcom po kombatantach mogły obejmować także ich partnerów ze związków faktycznych, ibidem, s. 230.

³³ Ibidem, s. 230–231.

³⁴ Ibidem, 227–229.

³⁵ Tak S. Paździor, *Konkubinaty w prawie kanonicznym oraz polskim prawie cywilnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2007, t. XVII (2), s. 184.

³⁶ Zob. np. B. Paul, *Konkubinaty*, „Jurysta” 2002, nr 7–8, s. 8; A. Szlęzak, *Wybrane zagadnienia prawnorodzinne konkubinatu*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1992, z. 3, s. 27, przyp. 1; S. Paździor, op. cit., s. 183; A. Zieliński, *Zarys instytucji konkubinatu*, „Palestra” 1983, nr 12, s. 12.

³⁷ Por. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993, s. 30.

³⁸ Ibidem, s. 31; zob. też np. wskazany w przyp. 19 wyrok SN z 6 grudnia 2007 r.

³⁹ Zob. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 32–33; zob. też np. wskazany w przyp. 19 wyrok SN z 31 marca 1988 r.

⁴⁰ Por. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 31.

legać także na prowadzeniu wspólnej działalności zarobkowej, wspólnym nabywaniu nieruchomości, jak i na obustronnych świadczeniach ponoszonych przez partnerów, tak osobistych, jak i majątkowych, służących zaspokojeniu bieżących lub długofalowych potrzeb wspólnoty⁴¹.

Więź emocjonalną [zwaną także więzią (wspólnotą) psychiczną lub duchową] małżonków definiuje się jako relację polegającą na ich wzajemnym, pozytywnym stosunku uczuciowym, szacunku, zaufaniu, szczerości, lojalności, wyrozumiałości, respektowaniu osobistych właściwości współmałżonka, uwzględnianiu jego osobistych potrzeb oraz gotowości do ustępstw i kompromisów⁴². Wydaje się, że więź emocjonalną między konkubentami należałoby rozumieć odpowiednio⁴³. Więź ta uznawana jest przez przedstawicieli doktryny za ważny element składowy konkubinatu, o czym świadczyć może teza, że „istnienie między partnerami więzi psychicznej jest konstytutywnym i oczywistym warunkiem istnienia konkubinatu”⁴⁴.

Więź fizyczna, podobnie jak wspomniana powyżej więź emocjonalna, uznawana jest, acz niejednomyślnie⁴⁵, za istotny element konkubinatu pozwalający odróżnić go od innych wspólnot partnerskich⁴⁶. Przyjmuje się jednak, że brak tej więzi nie wyklucza istnienia konkubinatu, jeżeli brak pożycia spowodowany jest czynnikami obiektywnymi, jak wiek partnerów, ich stan zdrowia, czy chwilowe rozłączenie, a istnieją podstawy do przypuszczeń, że partnerzy utrzymywaliby ze sobą pożycie fizyczne, gdyby było to obiektywnie możliwe⁴⁷. Co więcej, wyrażony został pogląd, iż z istnieniem konkubinatu należy wiązać domniemanie faktyczne utrzymywania przez partnerów stosunków seksualnych⁴⁸. Mimo akcentowanej doniosłości pożycia fizycznego jako cechy konkubinatu większość doktryny wskazuje, że związek oparty wyłącznie na więzi fizycznej konkubinatem nie jest⁴⁹.

⁴¹ Por. ibidem, s. 33, 35; A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami. Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992, s. 16, jako element więzi gospodarczej uznaje współodpowiedzialność za ekonomiczne podstawy egzystencji grupy, co, jak się wydaje, zawiera się we wskazanym pojęciu obustronnych świadczeń.

⁴² M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 147.

⁴³ Oczywiście przy założeniu, że konkubinatu należy definiować przynajmniej w jakimś zakresie w odniesieniu do małżeństwa.

⁴⁴ B. Paul, op. cit., s. 10.

⁴⁵ Kryterium to neguje np. F. Hartwich, *Konkubinaty...*, passim; idem, *Związki partnerskie...*, s. 76–77.

⁴⁶ Zob. np. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 35–36; zob. też np. wskazany w przyp. 19 wyrok SN z 31 marca 1988 r.

⁴⁷ M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 35–36; tak też: B. Paul, op. cit., s. 10 oraz W. Ćwiek, *Konkubinaty*, Warszawa 2002, s. 9.

⁴⁸ B. Paul, op. cit., s. 10.

⁴⁹ A. Zieliński, op. cit., s. 12; tak też, jak się wydaje, M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 37, zob. też podaną tam literaturę. Wspomnieć w tym miejscu należy jednak, że zdaniem S. Szera, *Konkubinaty*, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. XIII–XIV, s. 355, konkubinatu polegać może li tylko na utrzymywaniu stałych kontaktów seksualnych.

Ze względu na znaczenie wspomnianych więzi w piśmiennictwie przedstawiono propozycję metody ustalania, czy dany związek posiada charakter konkubinatu, polegającej na przeprowadzeniu gradacji owych więzi. I tak, stwierdzenie braku więzi emocjonalnej między partnerami – z zastrzeżeniem sytuacji, gdy trwają oni w związku jedynie ze względu na konieczność wychowania dzieci – wystarczyłoby do odstąpienia od dalszego badania cech danego związku. Kolejnym etapem winno być stwierdzenie więzi fizycznej. Elementem, który przy istnieniu dwu poprzednio wskazanych więzi albo jedynie więzi psychicznej wskazywałby na istnienie konkubinatu, byłaby więź gospodarcza. Dopiero istnienie tych trzech więzi (ewentualnie dwóch – psychicznej i gospodarczej) statuowałoby istnienie konkubinatu. Szczególny status przyznaje się w myśl tego stanowiska więzi prokreacyjnej, rozumianej jako relacje między osobami wynikające z posiadania wspólnego potomstwa. Stwierdzenie jej uprawniałoby przyjęcie domniemania, usuwalnego rzecz jasna, że dany związek jest konkubinatem, gdyż przyjąć można, że osoby wychowujące razem potomstwo łączy więź emocjonalna oraz najprawdopodobniej fizyczna. Natomiast fakt, iż zadania wychowawcze wymagają jakiejś podstawy ekonomicznej, implikuje domniemanie istnienia więzi gospodarczej⁵⁰. Warto w tym miejscu wskazać, iż w orzecznictwie odrzucono tezę, zgodnie z którą sam fakt, iż z danego nieformalnego związku narodziło się dziecko, stanowi „najdobitniejszy dowód”, iż ów związek jest konkubinatem⁵¹.

Jako ostatni element cechy konkubinatu, jaką jest istnienie wspólnoty życiowej, wskazane zostało wspólne zamieszkiwanie partnerów⁵². Jak podkreśla się w piśmiennictwie⁵³, fakt ów bywa wyraźnie wskazywany jako istotna cecha konkubinatu – chociaż podnosi się niekiedy, iż przejściowe czy też pozorne rozłączenie partnerów nie stawia danego związku poza nawiasem kategorii konkubinatu, o ile między partnerami zachodzą jakieś więzi majątkowe o charakterze wspólnotowym⁵⁴. Ustosunkowanie się do tej kwestii jest szczególnie istotne w obliczu zjawiska określanego jako „latowanie” (z ang. *Living Apart Together*, „LAT”, co można przetłumaczyć jako „życie osobno, ale razem”) definiowanego jako: „Szczególny rodzaj kohabitacji, trwała intymna relacja dwojga partnerów, którzy, niczym nie przymuszeni, decydują się na życie w dwóch różnych lokum. Nie muszą, ale chcą mieszkać osobno. Ich stan cywilny jest natomiast bez znaczenia”⁵⁵. W przyszłości bowiem sądy mogą stanąć przed

⁵⁰ A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe...*, s. 16–17.

⁵¹ Wyrok SA w Białymstoku z 31 października 2012 r., I ACa 489/12, LEX nr 1235969.

⁵² Por. np. wskazany w przyp. 19 wyrok SN z 31 marca 1988 r. oraz wskazany powyżej wyrok SA w Białymstoku z 31 października 2012 r.

⁵³ M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 33.

⁵⁴ Por. ibidem, s. 34; zob. też: A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe...*, s. 17.

⁵⁵ E. Pągowska, *Ratunek w latunku*, „Polityka” 2008, nr 23, s. 92.

pytaniem, czy „latujących” partnerów – niebędących małżeństwem – uznać za konkubentów, a co za tym idzie, czy zastosować w ich przypadku np. reguły rozliczeń wypracowane dla konkubinatów, czy też nie.

Kolejną ze wskazywanych w doktrynie i orzecznictwie cech konkubinatu jest jego stabilność⁵⁶. Omawiając tę cechę należy zacząć od stwierdzenia, że konkubinaty będący jedynie zjawiskiem społecznym przestaje istnieć, gdy wygaśnie pożycie partnerów⁵⁷. To zaś może nastąpić w dowolnej chwili, gdyż którykolwiek z partnerów może, bez spełnienia jakichkolwiek przesłanek i bez jakichkolwiek czynności formalnych, zakończyć związek w dowolnym momencie⁵⁸. Owa łatwość zerwania pożycia uznawana bywa za jeden z zasadniczych powodów tworzenia konkubinatów⁵⁹. Tym też konkubinaty różni się od małżeństwa, które jest związkiem trwałym, choć rozwiązywalnym. Małżeństwo istnieje dopóty, dopóki nie ustanie w płaszczyźnie prawnej (np. poprzez orzeczenie rozwodowe), nawet jeżeli między małżonkami nastąpił całkowity rozkład pożycia. Jak zauważa się w doktrynie, właśnie brak dowolności rozwiązania małżeństwa, a nawet, w pewnych przypadkach, niemożność jego sądowego rozwiązania statuuje przypisywaną mu zasadę trwałości⁶⁰. Dlatego też należy zgodzić się z zaprezentowaną w piśmiennictwie tezą⁶¹, iż w odniesieniu do konkubinatu należy używać określenia „stabilny”, nie zaś „trwały”, jak proponuje część przedstawicieli nauki⁶². Ową stabilność konkubinatu określać należy przez intensywność dotychczasowych więzi, pamiętając jednak, iż w każdej chwili mogą one zostać zerwane⁶³. Stabilność związku objawiać się może np. wzajemną troską partnerów, jawnością ich pożycia, czy też wspólnymi przedsięwzięciami, np. gospodarczymi⁶⁴.

Następną z cech konkubinatu wskazywanych w literaturze jest jego heteroseksualny charakter⁶⁵. Wynika to z faktu, iż konkubinaty określa się w odniesieniu do instytucji małżeństwa, w jego zaś istotę wpisana jest odmienność płci. W związku z tym związkom homoseksualnym nie przyznaje się miana konkubinatów. Co więcej, nawet określenie „związki partnerskie” stosowane

⁵⁶ Zob. np. wskazany w przyp. 19 wyrok SN z 6 grudnia 2007 r.

⁵⁷ M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 224.

⁵⁸ B. Paul, op. cit., s. 9.

⁵⁹ M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 225.

⁶⁰ B. Paul, op. cit., s. 9.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Zob. np. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 37.

⁶³ B. Paul, op. cit., s. 9.

⁶⁴ Zob. ibidem.

⁶⁵ Zob. np. A. Szlęzak, *Wybrane zagadnienia...*, s. 27, przyp. 1; A. Wołoszko, *Cywilnoprawne zagadnienia konkubinatu*, „Przegląd Policyjny” 1999, nr 4, s. 194; S. Paździor, op. cit., s. 183; A. Zieliński, op. cit., s. 12; M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 40.

jest zwykle do oznaczania faktycznych związków heteroseksualnych⁶⁶. Mając jednak na uwadze, że związki homoseksualne są faktem, który nie może być ignorowany na płaszczyźnie jurydycznej, w doktrynie podnosi się, iż przepisy wiążące skutki prawne z – mówiąc w uproszczeniu – faktycznym pożyciem winny być odnoszone także do związków osób tej samej płci, chyba że ograniczenie zakresu stosowania takich przepisów wynikałoby z potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa, ochrony porządku publicznego, moralności publicznej itd.⁶⁷ W takich przypadkach faktyczne pożycie winno być dookreślone jako małżeńskie⁶⁸. W kwestii terminologii proponuje się np., by związki homoseksualne określać mianem „związków osób tej samej płci”, ewentualnie jako „konkubiny osób tej samej płci” tudzież „konkubiny homoseksualne”⁶⁹. W myśl tego stanowiska, jakkolwiek terminy zaproponowane jako ostatnie odbiegają od powszechnego *usus* językowego, to jednak bezpośrednio i komunikatywnie nawiązują do terminu konkubinaty (heteroseksualny), który to termin jest powszechnie używany oraz zrozumiały, a przez to mogą być operatywne w „rozstrzyganiu prawnych problemów zarówno na tle obowiązującego prawa krajowego, międzynarodowych zalecanych standardów prawnych (zwłaszcza Rady Europy), jak i w analizach prawno-porównawczych”⁷⁰. Podkreśla się przy tym, iż nie ma przeszkód prawnych (brak definicji legalnej konkubinaty) ani językowych (*usus* podlega zmianom), uniemożliwiających: 1) stosowanie omawianego terminu do nieformalnych związków osób tej samej płci, 2) stosowanie omawianego terminu ze stosownym dookreśleniem⁷¹. W piśmiennictwie zaprezentowane zostało także stanowisko, w myśl którego należy zrezygnować z uznawania różnicy płci konkubentów za istotną cechę tego związku⁷². Także w orzecznictwie zaprezentowano pogląd, iż różnica płci nie jest elementem koniecznym dla uznania danego związku za konkubinaty⁷³. Pogląd ten jest jednak odosobniony. Warto w tym miejscu wskazać, iż stanowisko to zostało poddane krytyce przez SN, który rozpatrywał skargę kasacyjną wniesioną od wspomnianego orzeczenia⁷⁴. Sąd ten podniósł, iż wobec braku ustawowej regulacji konkubinaty w doktrynie i orzecznictwie wypracowane zostały kryteria pozwalające zaklasyfikować dany związek jako konkubinaty, a jednym z nich jest odmiennność płci osób go tworzących. Ponadto, zdaniem

⁶⁶ Zob. M. Nazar, *Konkubinaty*, [w:] *System...*, s. 910 oraz wskazaną tam literaturę.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 911.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 222.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 222–223.

⁷¹ M. Nazar, [w:] *Prawo rodzinne*, J. Ignatowicz, M. Nazar, Warszawa 2012, s. 105.

⁷² B. Paul, *op. cit.*, s. 10; zob. też: F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 79.

⁷³ Zob. wskazany w przyp. 14 wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r.

⁷⁴ Zob. wspomniany w przyp. 19 wyrok SN z 6 grudnia 2007 r.

sądu, przeciwko objęciu omawianym terminem związków homoseksualnych przemawia ugruntowana tradycja, także językowa, jak również „ujmowanie cech wspólnot konkubenckich w nawiązaniu do modelu wspólnot małżeńskich, a więc dotyczących wyłącznie związków osób różnej płci” – co jednak należałoby zaliczyć jako element wspomnianej ugruntowanej tradycji, nie zaś samodzielny argument. Dodatkowo SN wskazał, iż rozróżnienie pomiędzy nieformalnymi związkami hetero- i homoseksualnymi utrzymuje się w większości krajów Unii Europejskiej, jak również uwzględniane jest w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁷⁵. Warto na zakończenie tego fragmentu rozważań zauważyć, iż skutkiem eliminacji kryterium różnicy płci w omawianej materii byłoby teoretycznie automatyczne stosowanie do związków homoseksualnych reguł wypracowanych w stosunku do tradycyjnie pojmowanego konkubinatu. W tym miejscu pojawia się pytanie, jak w takim przypadku stosować przepisy dookreślające faktyczne pożycie jako „małżeńskie”? Jedynym rozwiązaniem w przypadku utrzymania tego typu przepisów byłoby mimo wszystko przyjęcie faktycznego podziału konkubinatów na homo- i heteroseksualne. Przy czym, z uwagi na niemal jednolite stanowisko doktryny i orzecznictwa, uznające odmiennność płci partnerów za istotny element omawianego konkubinatu⁷⁶, bardziej prawdopodobne wydaje się przyjęcie nowego terminu na określenie nieformalnego związku osób tej samej płci.

Analizując wskazywane w doktrynie cechy konkubinatu, odnieść się należy także do kwestii notoryjności, monogamiczności oraz instrumentalności i niesprzeczności z prawem (nawet potencjalnej) tego związku.

W doktrynie wskazuje się, iż konkubinaty z natury rzeczy jest notoryjny, jako że wyraża się we wspólnym zamieszkiwaniu partnerów, prowadzeniu wspólnego gospodarstwa domowego, utrzymywaniu zewnętrznie postrzegalnych osobistych więzi partnerskich – nie można wskazać jakiegoś autonomicznego elementu konkubinatu, który samoistnie czyniłby go notoryjnym⁷⁷. W niektórych definicjach omawianego pojęcia wskazuje się jako jedną z jego cech jawność wobec osób trzecich⁷⁸. Jak jednak wskazuje część przedstawicieli doktryny, należy odróżnić jawność konkubinatu jako takiego od jawności samej heteroseksualnej wspólnoty, która może być oznaką tak związku nieformalnego, jak i małżeństwa⁷⁹. Niestety, autor owej tezy nie rozwija tego wątku, zaś

⁷⁵ W tej mierze wskazano m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 lutego 1998 r., *Grant v. South-West Trains Ltd*, C-249/96, LEX nr 111552.

⁷⁶ Tak K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012, s. 104.

⁷⁷ M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 41–42.

⁷⁸ Zob. np. A. Wołoszko, op. cit., s. 194.

⁷⁹ Por. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 42.

inni przedstawiciele doktryny pomijają ten aspekt. Nie można więc określić, czy notoryjność w świetle doktryny jest istotną cechą konkubinatu, a jeżeli tak, to w którym znaczeniu – jawności związku nieformalnego jako takiego, czy też jawności samej wspólnoty⁸⁰.

Kolejnym aspektem konkubinatu poruszonym w doktrynie jest jego monogamiczność. W kwestii tej, co jest regułą, doktryna jest podzielona. W większości przypadków określenia konkubinatu nie poruszają tego aspektu, co wiąże się zapewne z przyjęciem stanowiska, iż konkubinatem definiuje się przez odniesienie do małżeństwa. W takim zaś przypadku wymóg monogamicznego charakteru związku jawi się jako oczywisty. Wśród autorów poruszających ten wątek wyróżnić można, siłą rzeczy, dwa stanowiska. Część doktryny sytuuje związki niemonogamiczne poza zakresem tego pojęcia⁸¹. Część zaś opowiada się za tym, by nie ograniczać zakresu pojęcia konkubinatu do związków monogamicznych⁸². Stanowisko to jest przy tym zasadniczo sformułowane w odniesieniu do sytuacji, w której jeden z partnerów (albo oboje) pozostaje w związku małżeńskim⁸³. W takim też kontekście pojawiło się w orzecznictwie, gdzie sąd określił mianem konkubinatu wspólnotę życiową, której jedna ze stron pozostawała w związku małżeńskim⁸⁴. Powstaje jednak pytanie, czy takie samo stanowisko zajęto by w przypadku, gdyby osoby tworzące dany związek nieformalny pozostawały jednocześnie w analogicznym związku z innymi partnerami, tudzież gdyby daną wspólnotę życiową tworzyło kilka osób – na wzór znanego niektórym ustawodawstwom małżeństwa poligamicznego? Wydaje się, że w odniesieniu do tego problemu zarysowałyby się dwa stanowiska – *pro* i *contra*. Przy czym najprawdopodobniej przeważałoby to, zgodnie z którym związek taki nie jest konkubinatem. Teza ta jest bowiem logicznym następstwem przyjęcia stanowiska, iż omawiany związek różni się od małżeństwa w zasadzie tylko brakiem formalizacji⁸⁵ (takie zaś, jak się wydaje, jest dominujące stanowisko doktryny i orzecznictwa). Skoro zaś konkubinatem jest małżeństwem *de facto*, wykluczona zostaje *ex definitione* jego potencjalna nawet poligamiczność.

⁸⁰ Przepisy stosowane w odniesieniu do konkubinatu nie wymagają jego notoryjności, jednak jawność taka może mieć znaczenie w sferze stosunków prawnych konkubentów z osobami trzecimi, a także ułatwiać dokonywanie rozliczeń między partnerami po ustaniu związku, czy też stosowanie do nich przepisów uwzględniających istnienie – w uproszczeniu – (faktycznego) pożycia między nimi, zob. M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 225–226; idem, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 42 oraz S. Szer, op. cit., s. 360.

⁸¹ Por. np. A. Zieliński, op. cit., s. 12.

⁸² Zob. np. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 41 oraz wskazaną tam literaturę; F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 78–79.

⁸³ Zob. np. M. Nazar, *Konkubinaty a małżeństwo...*, s. 227; A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe...*, s. 97.

⁸⁴ Zob. wyrok SN z 26 października 2000 r., II CKN 956/99, LEX nr 45570.

⁸⁵ Tak np. A. Zieliński, op. cit., s. 12.

Trzecią ze wskazanych uprzednio cech konkubinatu jest jego nieinstrumentalność. Oznacza to, że za konkubinatu uważać należy związek, w którym partnerzy utrzymują pożycie dla niego samego, choćby tę formę pożycia wybrali po to, by uniknąć utraty określonych korzyści, np. alimentów od byłego małżonka⁸⁶, którą to stratę wywołałoby niechybnie zawarcie związku małżeńskiego⁸⁷. Nie będzie natomiast konkubinatem wspólnota, w której wspólne pożycie będzie instrumentalnie pozorowane w celu osiągnięcia określonych korzyści, np. wstąpienia w najem mieszkania w razie śmierci jego najemcy⁸⁸ – co oznacza, że para rozpadłaby się, gdyby odpadła owa korzyść⁸⁹.

Ostatnią ze wskazanych cech konkubinatu jest niesprzeczność (nawet potencjalna) owej wspólnoty, samej w sobie, z prawem. Kryterium to zaproponowano w związku z odrzuceniem stanowiska, zgodnie z którym konkubinatu winien być określany poprzez analogię do małżeństwa⁹⁰. Dzięki temu możliwe stało się zaliczenie do zakresu pojęcia „konkubinatu” związków homoseksualnych. Skutkiem tego, jak wskazuje się w piśmiennictwie, mogłyby się jednak pojawić zarzuty, że nie ma już podstaw do odmowy podobnej ochrony prawnej np. związkom kazirodczym⁹¹. Wprowadzenie tego kryterium pozwala usunąć ten problem, gdyż homoseksualizm jako taki jest irrelevantny prawnie, natomiast np. wspomniane kazirodztwo jest penalizowane⁹². W nieco szerszym ujęciu, o zgodności konkubinatu z prawem mówi się nie tylko w kontekście potencjalnego utrzymywania przez partnerów relacji seksualnych, ale także zawieranych przez nich porozumień, które nie mogą ograniczać prawa do samookreślenia każdego z nich⁹³.

Jak zatem definiowane jest w doktrynie i orzecznictwie pojęcie konkubinatu? Niejednolicie. Tytułem przykładu wskazać można następujące propozycje: 1) niesformalizowana przez zawarcie małżeństwa osobisto-majątkowa wspólnota życiowa partnerów, utworzona przez nich z zamiarem trwałego jej utrzymania, bez względu na motywy odrzucenia instytucji małżeństwa⁹⁴;

⁸⁶ Co do wpływu, jaki pozostawanie w konkubinacie wywiera na obowiązek alimentacyjny (byłego) małżonka osoby pozostającej w związku nieformalnym zob. szerzej np. A. Szlęzak, *Wybrane zagadnienia...*, s. 29–33.

⁸⁷ Tak np. M. Nazar, *Konkubinatu a małżeństwo...*, s. 226, który jednak poprzednio odnosił się krytycznie do tego kryterium zaproponowanego przez A. Szlęzaka, *Stosunki majątkowe...*, s. 15–16; zob. M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 42–43.

⁸⁸ M. Nazar, *Konkubinatu a małżeństwo...*, s. 226.

⁸⁹ A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe...*, s. 16. Zaznaczyć jednak należy, iż zdaniem tego autora instrumentalnie pojmowany związek może być uznany za konkubinatu, jeżeli partnerzy przebywają razem wyłącznie ze względu na wychowywanie wspólnych dzieci, zob. *ibidem*, s. 15.

⁹⁰ B. Paul, *op. cit.*, s. 10; por. też: F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 80–81.

⁹¹ B. Paul, *op. cit.*, s. 10.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Zob. F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 80–82.

⁹⁴ M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe...*, s. 43.

2) związek faktyczny dwojga partnerów odmiennej płci, względnie trwały, jawny wobec osób trzecich, wykazujący podobieństwo do pożycia małżeńskiego, zachodzącego w płaszczyźnie trzech więzi: duchowej, fizycznej i materialnej⁹⁵; 3) związek kobiety i mężczyzny funkcjonalnie zbliżony do małżeństwa, lecz pozbawiony elementu formalnego, tzn. powstały bez aktu urzędowego, jakim jest złożenie oświadczeń woli o wstąpieniu w związek małżeński przed urzędnikiem USC (pamiętać trzeba, że definicja ta została sformułowana przed wprowadzeniem przepisów umożliwiających zawarcie małżeństwa wyznaniowego ze skutkami przewidzianymi w prawie polskim)⁹⁶; 4) stabilna wspólnota faktyczna, sama w sobie nawet potencjalnie niesprzeczna z prawem, istniejąca pomiędzy dwiema osobami różnej lub tej samej płci, połączonymi więzią psychiczną, fizyczną i gospodarczą⁹⁷. W orzecznictwie zaś konkubinaty określany bywa jako: 1) stabilna, faktyczna wspólnota osobisto-majątkowa dwojga osób, bez względu na ich płeć⁹⁸; 2) prawnie nieuregulowana, trwała wspólnota życiowa mężczyzny i kobiety. W związku z czym wskazuje się, że konkubinaty to: a) związek mężczyzny i kobiety, b) związek trwały, c) charakteryzujący się pożyciem analogicznym jak w małżeństwie, d) istniejący przy braku zdarzenia prawnego regulującego ten związek. Zewnętrznym przejawem wymienionej trwałości i pożycia są: współżycie fizyczne, wspólne zamieszkiwanie i wspólne prowadzenie gospodarstwa domowego⁹⁹. Jak widać, nie stracił na aktualności pogląd, iż, odnośnie do pojęcia konkubinatu, poza sporem jest przeważnie tylko to, że chodzi o trwałe pożycie kobiety i mężczyzny niepołączonych węzłem małżeńskim¹⁰⁰. Pozostałe cechy konkubinatu stanowią już w doktrynie (a także – choć w mniejszym stopniu – orzecznictwie¹⁰¹) materię *par excellence* sporną.

Związki nieformalne tworzą bardzo niejednorodną grupę. Zaliczyć do nich można np. wspólnoty osób mieszkających ze względów merkantylnych w jednym lokalu, „klasyczne” konkubinaty i ich homoseksualne odpowiedniki,

⁹⁵ A. Wołoszko, op. cit., s. 194.

⁹⁶ A. Szlęzak, *Wybrane zagadnienia...*, s. 27, przyp. 1.

⁹⁷ B. Paul, op. cit., s. 10–11.

⁹⁸ Zob. przywołany w przyp. 14 wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r.

⁹⁹ Zob. wyrok SN z 5 grudnia 1997 r., II CKN 485/97, LEX nr 583765.

¹⁰⁰ A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe...*, s. 14.

¹⁰¹ Wynika to z faktu, iż w judykatach Sądu Najwyższego związek ten określany jest jako trwała wspólnota faktyczna kobiety i mężczyzny, którą cechują relacje analogiczne do tych występujących w prawidłowym małżeństwie, w szczególności więź psychiczna, fizyczna i ekonomiczna – tak: B. Paul, op. cit., s. 8. Wziąwszy pod uwagę autorytet Sądu Najwyższego oraz fakt, iż jego orzeczenia mają charakter precedensów *de facto* (szerzej w tym zakresie patrz np. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 252 i nast.), uprawniona jest teza, iż sądy będą definiować konkubinaty zgodnie ze stanowiskiem SN, a orzeczenia takie jak wspomniany kilkakrotnie wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r., będą należeć do rzadkości.

związki oparte wyłącznie na więzi fizycznej i wiele innych. Dlatego też w piśmiennictwie postuluje się m.in. przyjęcie określenia znaczeniowo szerszego niż konkubinaty, a zarazem posiadającego neutralny wydźwięk, np. związek partnerski¹⁰². Podkreśla się przy tym, że z uwagi na ową różnorodność nie jest zasadne podejmowanie próby zdefiniowania związku partnerskiego, czy nawet węższej rozumianego konkubinatu. Wynikać to ma z faktu, iż określenie koniecznych a zarazem wyłącznych przesłanek takich związków (poza przesłankami ogólnymi, tj. istnieniem wspólnoty życiowej partnerów, braku zawarcia przez nich związku małżeńskiego oraz zgodności związku z prawem), nie jest możliwe ani wskazane¹⁰³. Z pierwszą tezą wypada się częściowo zgodzić. Istotnie zasadne jest przyjęcie ogólnego terminu określającego związki nieformalne o pewnych zasadniczych cechach wspólnych, choćby ze względów klasyfikacyjnych. Niekoniecznie jednak musi być to termin „związek partnerski”. Wskazuje się bowiem, nie bez racji, iż jest on niedookreślony znaczeniowo. Związkiem partnerskim w obecnych warunkach jest bowiem z założenia także małżeństwo, w ramach którego istnieje pełne uprawnienie, a małżonkowie są dla siebie równorzędnymi partnerami¹⁰⁴. Niezależnie jednak od tego, jaki ostatecznie termin uznano by za prawidłowy, zgodzić się należy, iż powinien być on określony możliwie ogólnie. Pamiętać przy tym trzeba, iż będzie to dopiero pierwszy krok. Siłą rzeczy bowiem zaistnieje potrzeba utworzenia podobnie ogólnego terminu na określenie nieformalnych związków niespełniających owych cech konstytutywnych. Ponadto konieczne będzie zdefiniowanie poszczególnych typów związków w ramach danego zbioru. Wynika to z faktu, iż nie każdy nieformalny związek zasługuje na ochronę prawną¹⁰⁵. Co więcej, ustawodawca niekiedy wyraźnie zawęży ową ochronę do określonego typu związku nieformalnego np. poprzez wskazanie, iż dotyczy to osoby pozostającej w faktycznym małżeńskim pożyciu z określoną w danym przepisie osobą. W realiach polskich termin „konkubinaty” niewątpliwie będzie występować w dyskursie prawniczym dotyczącym tejże materii. Stąd zdefiniowanie go wydaje się być jak najbardziej celowe. Przy czym, z uwagi na trudności w wytyczeniu ostrych granic konkubinatu, wydaje się, iż winna to być definicja typologiczna (oparta na schemacie bardziej – mniej nie zaś albo – albo)¹⁰⁶.

¹⁰² Zob. np. F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 86.

¹⁰³ Ibidem, s. 82–83.

¹⁰⁴ Zob. T. Smyczyński, *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, [w:] *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013, s. 73.

¹⁰⁵ Zob. A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe...*, s. 12; B. Paul, *Francuskie przepisy o konkubinacie*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 3, s. 758.

¹⁰⁶ Por. M. Romanowski, *Podział praw podmiotowych na majątkowe i niemajątkowe*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 3, s. 26–28. Szerzej nt. typologii patrz np. *Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny*, red. A. Malinowski, Warszawa 2012, s. 227; Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2009, s. 61–62.

W piśmiennictwie zwrócono uwagę, iż nie ma powodu, by związki nieformalne oceniać według zasad ustalonych dla małżeństw, jako że te pierwsze „oderwały się” od tych drugich¹⁰⁷, a dzisiejsi konkubenci wcale nie chcą żyć jak małżonkowie, w przeciwnym razie zawarliby po prostu związek małżeński, jako że przeszkody prawne tudzież materialne tylko w wyjątkowych sytuacjach stałyby temu na przeszkodzie¹⁰⁸. Z tezą tą wypada się częściowo zgodzić. Niewątpliwie sytuacja, gdy dane osoby mogą się pobrać, a pomimo to decydują się na utworzenie związku nieformalnego, wskazuje na to, iż nie chcą one funkcjonować w ramach określonych dla tejże instytucji. Podobnie gdy ustanowienie takiego związku wynika z faktu, iż dana relacja nie spełnia warunków umożliwiających nadanie jej statusu małżeństwa. Osoby decydujące się na taką formę „bycia razem” niewątpliwie nie chcą żyć jak w małżeństwie, nie oznacza to jednak, iż nie chcą żyć, w jakimś zakresie, jak małżonkowie. Chociaż z uwagi na różnorodność form związków nieformalnych da się zapewne wskazać takie, w stosunku do których przytoczony pogląd znajduje pełne zastosowanie. Mówiąc jednak o konkubinacie odnosimy się do specyficznego typu związku nieformalnego, którego wyróżnienie wydaje się zasadne w świetle terminologii ustawowej. Warto zauważyć, iż w odniesieniu do wspomnianych powyżej osób, które „mogą ale nie chcą” zawrzeć związku małżeńskiego wskazać można kilka przyczyn kohabitacji. W piśmiennictwie wskazuje się, że stanowić ona może wstęp do małżeństwa, może być traktowana jako rodzaj małżeństwa albo alternatywa dla życia małżeńskiego¹⁰⁹. Część osób funkcjonujących w takich nieformalnych związkach podkreśla, że żyją jak małżonkowie, jedyną różnicą jest brak formalizacji związku¹¹⁰. W przypadku osób traktujących kohabitację jako alternatywę dla małżeństwa wskazuje się, iż głównymi powodami sięgnięcia po tę formę „bycia razem” są: negatywne nastawienie do małżeństwa postrzeganego jako instytucja patriarchalna, tudzież rozczarowanie co do niego z uwagi na jego nieefektywność, czy wręcz niebezpieczeństwo, jakie ze sobą niesie, np. ekonomiczne i psychologiczne koszty rozvodu, jako jedynej formy jego zakończenia. W tej grupie osób jako czynnik motywujący do utworzenia nieformalnego związku wskazuje się niekiedy także brak rygoryzmu i formalizmu w zakresie nawiązania i zakończenia związku, ty-

¹⁰⁷ F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 77.

¹⁰⁸ Idem, *Konkubinat...*, s. 65.

¹⁰⁹ Zob. A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, *Cohabitation, Marriage and the Law. Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, Oxford – Portland 2005, s. 65. W literaturze spotkać można także bardziej rozbudowane klasyfikacje; przykładowo, w ramach jednej z nich wskazuje się, iż kohabitacja może: a) poprzedzać małżeństwo i stanowić okres przedłużonego „chodzenia ze sobą”, b) poprzedzać małżeństwo i stanowić przygotowanie do niego, c) stanowić alternatywną formę małżeństwa, zwłaszcza dla osób, które nie zamierzają się pobrać, d) stanowić formę niezamężnego życia, wyrastającą z ideologii niezależności, zob. K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002, s. 135–136.

¹¹⁰ Szerzej w tym zakresie patrz: A. Barlow, S. Duncan, G. James, A. Park, op. cit., s. 67–72.

powego dla małżeństwa¹¹¹. Ponadto, w literaturze wskazuje się, że osoby, dla których kohabitacja stanowi alternatywną, ale trwałą formę współżycia mają do spełnienia określone zadania, podobnie jak w małżeństwie¹¹². Tak więc nie od rzeczy wydaje się zdefiniowanie konkubinatu w odniesieniu do małżeństwa. Wydaje się nawet, że zabieg ten można przeprowadzić także w stosunku do innych związków nieformalnych, jako że rozumienie pewnych pojęć, np. pozostawania we wspólnocie życiowej wypracowane na gruncie instytucji małżeństwa, stanowi najlepszy „punkt zaczepienia”, jakim dysponujemy. Pamiętać jednak należy, by nie utożsamiać tych instytucji. Nie wolno tracić z pola widzenia specyfiki związków nieformalnych, w tym konkubinatu. Traktowanie tego typu wspólnot jako *quasi*-małżeńskich nie jest samo w sobie złe. Konieczne jest jednak położenie większego nacisku na człon *quasi* niż na człon „małżeństwo”.

W polskich realiach konkubinatu postrzegany jest, jak się wydaje, jako „modelowy” związek nieformalny. Możliwe jest więc, że będzie on punktem odniesienia przy ocenie innych już istniejących, jak i mogących pojawić się w przyszłości form „bycia razem”. Dlatego też zasadne jest sformułowanie typologicznej definicji konkubinatu. Jest to niewątpliwie zadanie trudne. W płaszczyźnie praktycznej ów problem znaczeniowy rozwiązać może jedynie ustawodawca, wprowadzając stosowną definicję legalną. Na marginesie zauważyć warto, iż jego ingerencja tak czy inaczej wydaje się nie od rzeczy. Zasadne bowiem jest uporządkowanie terminologii ustawowej odnoszącej się do osób tworzących nieformalne wspólnoty. W obecnym stanie rzeczy definicja konkubinatu musi „wykuć się” w toku dyskursu doktrynalno-orzeczniczego. Dlatego też warto przedstawić, w oparciu o przytoczone powyżej stanowiska przedstawicieli nauki oraz sądów polskich, kilka uwag, które mogą w jakimś stopniu wzboga-

¹¹¹ Szerzej w tym zakresie patrz: *ibidem*, s. 72–74.

¹¹² K. Slany, *op. cit.*, s. 137. Wśród owych zadań wymienia się m.in.: 1) utworzenie wspólnego miejsca zamieszkania, które można nazwać domem; 2) utworzenie wspólnego, wzajemnie satysfakcjonującego rodzinnego systemu ekonomicznego, uwzględniającego zarabianie i wydawanie pieniędzy przy podkreśleniu pracy kobiet, wspierającej materialnie rodzinę; dostosowanie systemu do istniejących zasobów finansowych; 3) wynegocjowanie podziału ról według opcji tradycyjnej bądź egalitarnej; przy aktywności zawodowej kobiety korzystny jest elastyczny podział, oparty na osobistych kompetencjach i preferencjach; 4) utworzenie wzajemnie satysfakcjonującego pożycia seksualnego przy wynegocjowaniu sposobów regulacji poczęć; 5) utworzenie intelektualnej i komunikacyjnej wspólnoty, co pomoże rozwiązywać konflikty; 6) utworzenie efektywnych relacji z krewnymi (w system uwikłane są trzy rodziny – własna i dwie rodziny orientacji: jego i jej); 7) utworzenie efektywnych relacji z kręgami przyjacielskimi, koleżeńskimi, sąsiedzkimi, organizacjami, instytucjami itd., które wciągają podmioty w życie społeczne; 8) planowanie rodziny, przyjęcia na świat dziecka; większość ludzi deklaruje chęć posiadania dzieci; 9) utworzenie wspólnej filozofii życia jako para (wspólne przekonania i wartości); wypracowanie podstaw podejmowania strategicznych decyzji życiowych; negocjowanie odgrywanych ról, oparte bardziej na wzajemnych pozytywnych interakcjach niż na normatywnych, przypisanych wymogach; adaptowalność do zmian; 10) uznanie sfery seksualnej nie tylko za siłę reprodukcyjną, ale i wiążącą, i spajającą partnerów, zob. *ibidem*, s. 137–138.

cić ów dyskurs i przyczynić się tym samym do osiągnięcia wspomnianego rezultatu.

Poza sporem pozostaje wymóg braku uznanej przez prawo więzi małżeńskiej, ten więc element można uznać za „pewnik” w definicji konkubinatu. Bardziej problematyczna jest kwestia odmienności płci partnerów albo jej braku. Wydaje się, że z uwagi na ugruntowaną tradycję (sięgającą czasów rzymskich) mało prawdopodobne jest, by związki jednopłciowe zostały uznane za konkubinaty. Nie oznacza to jednak, że zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia prawnego, o ile brzmienie określonego przepisu nie zawęzi możliwości jego stosowania do związków heteroseksualnych. Konieczne jednak będzie stworzenie nowego terminu na ich określenie, chyba że zwrot konkubinaty zostanie zastąpiony innym pojęciem (np. występującym w piśmiennictwie francuskojęzycznym sformułowaniem „wolny związek” – *l’union libre*), co pozwoli na ujęcie w ramach jednej kategorii związków tak jedno-, jak i dwupłciowych, o ile nie będą się one różnić w pozostałym zakresie¹¹³.

Kolejnym elementem, który, jak wydaje się, powinien znaleźć się w przedmiotowej definicji, jest istnienie wspólnoty życiowej partnerów, statuowanej przez istnienie więzi psychicznej, fizycznej oraz gospodarczej. Wiąż emocjonalną należałoby chyba rozumieć analogicznie jak w przypadku małżonków, acz z wyłączeniem obowiązku lojalności w zakresie, w jakim obejmuje on wierność. Wiąż fizyczna w tym kontekście stanowi element odróżniający konkubinaty od innych nieformalnych związków, jej uwzględnienie wydaje się zasadne także w świetle zaprezentowanego powyżej podejścia osób kohabitujących do ich związku¹¹⁴. Przy czym zgodzić się należy, iż brak owej więzi nie wyklucza istnienia konkubinatu, jeśli spowodowany jest on czynnikami obiektywnymi i można zasadnie przypuszczać, że w braku owych przeszkód partnerzy utrzymywaliby relacje seksualne. W przypadku więzi gospodarczej zasadne jest, jak sądzę, przyjęcie, iż przejawiać się ona powinna w obustronnym ponoszeniu świadczeń (osobistych lub majątkowych) służących zaspokojeniu bieżących lub długofalowych celów danego związku (co należałoby interpretować szeroko). Wspólnemu zamieszkiwaniu partnerów nie należy przypisywać charakteru konstytutywnego w zakresie definicji konkubinatu. Dziwne bowiem byłoby np. pozostawienie poza zakresem tegoż pojęcia pary połączonej więzią psychiczną i fizyczną, prowadzącej wspólne przed-

¹¹³ Na marginesie warto zwrócić uwagę na fakt, iż w piśmiennictwie pod pojęciem kohabitacji (które wydawać by się mogło „neutralne” w zakresie orientacji seksualnej partnerów) rozumie się związek heteroseksualny, zob. np. P. R. Newcomb, *Cohabitation*, [w:] *International Encyclopedia of the Social Sciences*, red. W. A. Darity Jr, t. 2: *Cohabitation – Ethics in Experimentation*, Detroit 2008, s. 1; K. Slany, op. cit., s. 135.

¹¹⁴ Warto przy tym wskazać, iż w piśmiennictwie francuskim podnosi się, iż wymiar seksualny ma znaczenie fundamentalne w przypadku tego typu związków nieformalnych: „nie ma białych konkubinatów”, P. Malaurie, H. Fulchiron, *La Famille*, Paris 2011, s. 160.

siewzięcia gospodarcze, mieszkającej jednak w odrębnych lokalach. Konkubinat winien cechować się także stabilnością, którą należałoby oceniać *a casu ad casum* – poprzez intensywność więzi łączących partnerów, pamiętając jednak, że w każdej chwili mogą one zostać zerwane, jako że do konstytutywnych cech omawianego związku należy łatwość jego zakończenia. Przejawem owej stabilności mogłoby być, jak słusznie podniesiono w piśmiennictwie, prowadzenie przez konkubentów wspólnych przedsięwzięć gospodarczych, czy też jawność ich pożycia. Przy czym należy opowiedzieć się przeciwko uznaniu notoryjności za cechę konstytutywną omawianego związku nieformalnego. Fakt, iż osoby postronne nie wiedzą o tym, że dani ludzie tworzą wspólnotę o charakterze konkubenckim, czy nawet parę (pamiętajmy bowiem o wyróżnieniu w piśmiennictwie dwóch rodzajów notoryjności), nie powinien mieć bowiem wpływu na status związku, o ile spełnia on pozostałe przesłanki. Przy czym trudno wyobrazić sobie sytuację, w której fakt, iż dane osoby „są ze sobą” nie był nikomu znany. Zasadne jest z kolei przyjęcie, iż dany związek aby mógł zostać określony mianem konkubinatu, winien charakteryzować się nieinstrumentalnością (tj. utrzymywany winien być dla niego samego, nawet jeżeli wiąże się to z jakimiś dodatkowymi korzyściami, nie zaś jedynie ze względu na owe korzyści), a także niesprzeczny (nawet potencjalnie) z prawem. Dzięki temu unika się bowiem sytuacji, w której powstają „fikcyjne związki” nakierowane jedynie na uzyskanie określonych korzyści, a także możliwości usankcjonowania w pewnym zakresie związków godzących w podstawy funkcjonowania społeczeństwa (i dlatego penalizowanych).

Kończąc niniejsze rozważania, odnieść się należy do ostatniej ze wskazywanych w doktrynie cech konkubinatu, a mianowicie monogamiczności. Otóż ograniczanie zakresu omawianego pojęcia do związków dwuosobowych nie wydaje się zasadne¹¹⁵. Pamiętać należy, iż konkubinat pierwotnie nie był związkiem monogamicznym (możliwe było pozostawanie w konkubinacie pomimo małżeństwa z inną osobą, mężczyzna mógł mieć wiele konkubin), jako taki zaczął być postrzegany dopiero z czasem, gdy zbliżono go do instytucji małżeństwa i traktowano jako jego „nierówną” formę¹¹⁶. Zatem przypisywanie mu monogamicznego charakteru można uznać za przejaw zbytniego akcentowania podobieństwa tego rodzaju związku do małżeństwa, przy pomijaniu istotnych różnic. W sytuacji, w której dana osoba pozostaje w kilku związkach nieformalnych ewentualnie tworzy związek poligamiczny poza wątpli-

¹¹⁵ Takie stanowisko prezentowane jest także na gruncie ustawodawstwa francuskiego, zob. np. P. Ma-laurie, H. Fulchiron, op. cit., s. 161. Jednakowoż wyrażany jest także pogląd przeciwny, tak w orzecznictwie (zob. ibidem), jak i doktrynie, por. np. X. Labbé, *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq 2012, s. 56, 61.

¹¹⁶ W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 50.

wościami natury moralnej (czy dodatkowymi wątpliwościami natury moralnej, jako że konkubinaty monogamiczne także postrzegany jest przez część osób negatywnie), nie ma powodów, by pozostawić tego typu związek poza kategorią konkubinatu¹¹⁷. Skoro jednak uznaje się i akceptuje (w jakimś zakresie) istnienie konkubinatu monogamicznego, a z istoty tego typu związku wynika, iż jest on „luźno” powiązany z małżeństwem, także niechęć do związków poligamicznych nie powinna skutkować zawężeniem omawianego pojęcia do wspólnot dwuosobowych. Na marginesie zauważyć wypada, iż takie związki w europejskich realiach kulturowych będą występować raczej rzadko¹¹⁸. W konsekwencji wydaje się, że w ujęciu typologicznym konkubinaty należałoby określić jako heteroseksualny, stabilny, jawny (albo nie) związek dwojga (lub większej liczby) osób niepołączonych więzią małżeńską, mieszkających razem (albo osobno), charakteryzujący się istnieniem wspólnoty życiowej partnerów (którą konstytuują więzi emocjonalna, fizyczna oraz szeroko rozumiana więź gospodarcza), nieinstrumentalnością oraz niesprzeczną (nawet potencjalną) z prawem.

Zmiany zachodzące w społeczeństwie skutkują m.in. tworzeniem się nietradycyjnych wspólnot, które funkcjonują w danej przestrzeni prawnej. Części tego typu związków udzielana jest w określonym zakresie ochrona prawna, nie można też wykluczyć, że osoby tworzące takie wspólnoty będą dążyć do jej poszerzenia czy też uzyskania, jeśli dany typ wspólnoty ową ochroną objęty nie jest. Aby jej udzielić lub odmówić, trzeba najpierw nazwać konkretną wspólnotę i określić jej cechy. Dlatego niezależnie od tego, jak się sprawy potoczą, pewne jest, że kwestia rozumienia pojęcia „konkubinaty” tudzież innych pojęć odnoszących się do związków nieformalnych będzie jeszcze nieraz poruszana, tak w doktrynie prawa, jak i w orzecznictwie.

Bibliografia

Akty prawne

Dekret z 25 września 1945 r. Prawo małżeńskie (Dz. U. Nr 48, poz. 270).

Francuski kodeks cywilny z 21 marca 1804 r. (*Code civil*), <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode>.

Ustawa z 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 788).

¹¹⁷ Por. F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 79.

¹¹⁸ Ibidem.

- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 121).
- Ustawa z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1169).
- Ustawa z 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 400).
- Ustawa z 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 255 z późn. zm.).
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).
- Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 749 z późn. zm.).
- Ustawa z 24 lipca 1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 757).
- Ustawa z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2005 r., Nr 196, poz. 1631 z późn. zm.).
- Ustawa z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 182 z późn. zm.).
- Ustawa z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

Literatura

- Barlow A., Duncan S., James G., Park A., *Cohabitation, Marriage and the Law. Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, Oxford – Portland 2005.
- Ćwiek W., *Konkubinaty*, Warszawa 2002.
- Hartwich F., *Konkubinaty – dylematy prawne*, „Palestra” 2007, nr 3–4.
- Hartwich F., *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011.
- Labbée X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d’Ascq 2012.
- Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998.
- Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny*, red. A. Malinowski, Warszawa 2012.
- Malaurie P., Fulchiron H., *La Famille*, Paris 2011.
- Markowski A., Pawelec R., *Wielki słownik wyrazów obcych i trudnych*, Warszawa 2001.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.
- Nazar M., *Konkubinaty*, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, t. XI, Warszawa 2009.
- Nazar M., *Konkubinaty a małżeństwo – wybrane zagadnienia*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz, Toruń 2008.

- Nazar M. [w:] *Prawo rodzinne*, J. Ignatowicz, M. Nazar, Warszawa 2012.
- Nazar M., *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993.
- Newcomb P. R., *Cohabitation*, [w:] *International Encyclopedia of the Social Sciences*, ed. W. A. Darity Jr, t. 2: *Cohabitation – Ethics in Experimentation*, Detroit 2008.
- Osuchowski W., *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1981.
- Pągowska E., *Ratunek w latunku*, „Polityka” 2008, nr 23.
- Paul B., *Konkubinat*, „Jurysta” 2002, nr 7–8.
- Paździor S., *Konkubinat w prawie kanonicznym oraz polskim prawie cywilnym*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2007, t. XVII (2).
- Pietrzykowski K., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012.
- Romanowski M., *Podział praw podmiotowych na majątkowe i niemajątkowe*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 3.
- Slany K., *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002.
- Słownik języka polskiego*. t. I, A-K, red. H. Szkiłdź, S. Bik, C. Szkiłdź, Warszawa 1993.
- Słownik Języka Polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/konkubinat>.
- Smyczyński T., *Małżeństwo – konkubinat – związek partnerski*, [w:] *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013.
- Sychowicz M., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011.
- Szer S., *Konkubinat*, „Studia Cywilistyczne” 1969, t. XIII–XIV.
- Szlezak A., *Stosunki majątkowe między konkubentami. Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992.
- Szlezak A., *Wybrane zagadnienia prawnorodzinne konkubinatu*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1992, z. 3.
- Wołoszko A., *Cywilnoprawne zagadnienia konkubinatu*, „Przegląd Policyjny” 1999, nr 4.
- Zieliński A., *Zarys instytucji konkubinatu*, „Palestra” 1983, nr 12.
- Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 2009.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668.
- Wyrok NSA w Warszawie z 12 kwietnia 2000 r., V SA 1512/99, LEX nr 49058.
- Wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r., I ACa 590/06, LEX nr 259105.
- Wyrok SA w Białymstoku z 31 października 2012 r., I ACa 489/12, LEX nr 1235969.
- Wyrok SA w Katowicach z 4 października 2012 r., II Aka 349/12, LEX nr 1236422.
- Wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 50/88, LEX nr 20315.

Wyrok SN z 5 grudnia 1997 r., II CKN 485/97, LEX nr 583765.

Wyrok SN z 27 listopada 1998 r., II CKN 31/98, LEX nr 37571.

Wyrok SN z 26 października 2000 r., II CKN 956/99, LEX nr 45570.

Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, LEX nr 361309.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 lutego 1998 r., Grant v. South-West Trains Ltd, C-249/96, LEX nr 111552.

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: kancelaria@malarewicz.com.pl
telefon: +48 85 745 71 92

Renata Tanajewska

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: renata.tanajewska@gmail.com
telefon: +48 85 745 71 92

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.12

Konkubinat w polskim prawie handlowym

SUMMARY

Cohabitation in Polish commercial law

The aim of the article is to show the problems connected with the institution of cohabitation in Polish commercial law. Cohabitation does not directly occur in the regulations. However, this does not mean that it does not occur in the operation of commercial companies. Commercial law serves the implementation of projects by individuals. Natural persons choose the type and size of these projects without restraint. The institution of cohabitation is an expression of the freedom involved. Cohabitants, like spouses, can pursue an economic activity, regardless of its organizational and legal form. It also means that cohabitation is an institution that allows to circumvent the limitations which are addressed to spouses and connected with commercial law. This situation is possible, since this is an informal relationship and is not subject to any records.

Key words: cohabitation, marriage, commercial law, freedom

Słowa kluczowe: konkubinat, małżeństwo, prawo handlowe, wolność

Analizując problematykę konkubinatu w polskim prawie handlowym, zauważa się, że instytucja ta wprost w tym zakresie przepisów nie występuje. Nie jest to równoznaczne z niewystępowaniem konkubinatu w strefie funkcjonowania spółek prawa handlowego. Przybliżając pojęcie prawa gospodarczego prywatnego należy wskazać, iż jest to zbiór norm prawnych, odnoszących się do stosunków społecznych, polegających na wymianie dóbr i świadczeń. Realizacja tej wymiany odbywa się przez przedsiębiorców lub między

przedsiębiorcami, w związku z prowadzoną na własny rachunek działalnością gospodarczą¹. W myśl art. 43¹ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny² (dalej: k.c.) przez pojęcie przedsiębiorcy rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną i jednostkę organizacyjną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadzącą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. W myśl natomiast art. 8 §1 k.c. każdy człowiek od chwili narodzin staje się osobą fizyczną. Oznacza to, że prawo handlowe ma służyć realizacji przedsięwzięć zamierzonych przez skonkretyzowane osoby fizyczne. Jack Canfield i Mark Victor Hansen stwierdzili, że „system wolnej przedsiębiorczości oznacza, że im bardziej jesteś przedsiębiorczy, tym bardziej jesteś wolny”. Wyrazem tejże wolności jest instytucja konkubinatu, która przez fakt braku ustawowej regulacji stanowi wyraz wolności osoby fizycznej, także prowadzącej działalność gospodarczą, bez względu na formę organizacyjno-prawną. Dlatego też zasadne jest rozwinięcie tematu konkubinatu w odniesieniu do prawa handlowego w Polsce. W myśl postawionej przez Gorgiasza tezy, „każdą tezę (...) można udowodnić, jeśli się potrafi obmyślić zręczną argumentację”³. Tym samym stawia się tezę pracy, w myśl której wspólne prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółki prawa handlowego jest korzystniejsze dla konkubentów niż małżonków. Celem pracy jest zwrócenie uwagi na niewystępowanie pojęcia konkubinatu w przepisach polskiego prawa handlowego, a w konsekwencji obojętność ustawodawcy na występowanie tego zjawiska w stosunkach gospodarczych. Przy tej okazji podkreśla się również, że instytucja małżeństwa jest zjawiskiem marginalnym w przepisach prawa handlowego. Przy opracowaniu stawianego problemu wykorzystano dogmatyczną metodę badawczą, analityczną metodę badawczą oraz analizę orzecznictwa. Metoda dogmatyczna została wykorzystana w taki sposób, że poddano analizie akty prawne w zakresie występowania pojęcia „konkubinatu”, „małżonek”, „małżonkowie” i ich znaczenie przy interpretacji przepisów prawa. Metoda analityczna polegała na przeglądzie naukowych opracowań i poglądów przedstawicieli doktryny w zakresie funkcjonowania konkubinatu.

Wychodząc od pojęcia najszerszego, kohabitacji, należy zwrócić uwagę na etymologię tego słowa, które jest pochodzenia łacińskiego i oznacza *co-*, *con-*, tj. „z, wspólnie” oraz *habitare*, tj. „mieszkać, przebywać”⁴. W literaturze przedmiotu definiuje się kohabitację jako wspólne zamieszkanie, nieformalne „życie razem”, współmieszkanie dwóch osób płci przeciwnej, które przez dłuższy czas prowadzą wspólne gospodarstwo domowe i utrzymują pożycie seksu-

¹ A. Doliwa, *Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012, s. 6.

² Dz. U. nr 16, poz. 93.

³ M. Kuziak, S. Rzepczyński, *Słownik myśli filozoficznej*, Bielsko-Biała 2005, s. 44.

⁴ K. Kumaniecki, *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 2001, s. 231.

alne⁵. Definicja ta może zostać jeszcze uzupełniona o sformułowanie „niezamężne pożycie z partnerem płci przeciwnej”⁶. Socjologowie uważają, że kohabitacja występuje wówczas, gdy dwie niezamężne osoby wspólnie mieszkają przez jakiś czas i utrzymują stałe kontakty seksualne. W ten sposób ujęta kohabitacja budzi duże problemy w doprecyzowaniu, jak długo powinno trwać wspólne mieszkanie i utrzymywanie kontaktów seksualnych, aby wystąpiła kohabitacja. Sugeruje się, że okres ten powinien wynosić co najmniej kilka miesięcy⁷. Jednakże, ze względu na delikatność materii, nie zostało wypracowane w tym zakresie jednolite stanowisko, gdyż spotykane są także opinie, w myśl których kohabitacja wystąpi, gdy dwie heteroseksualne osoby spędzają ze sobą jedynie weekendy przez określony czas, np. czterech miesięcy lub cztery czy pięć nocy w tygodniu w ciągu trzech miesięcy lub mieszkają wspólnie co najmniej przez miesiąc, wreszcie, gdy współżyją ze sobą od roku⁸.

Przyjęło się, że kohabitacja i konkubinaty są słowami stosowanymi zamiennie. Jednakże socjologowie podkreślają, iż są to instytucje odnoszące się do innych sytuacji faktycznych. Zasadniczą różnicę można zauważyć już przy analizie etymologii łacińskiego słowa *concubinatus*, które oznacza *co-*, *con-*, tj. „wspólnie” oraz *cubare* tj. „leżeć”. Tym samym w przetłumaczeniu na język polski *concubina* oznaczać będzie kochankę czy nałożnicę⁹. W literaturze przedmiotu uważa się, że kohabitacja jest pojęciem szerszym w stosunku do konkubinatu. Konkubinaty występuje wówczas, gdy mężczyzna i kobieta prowadzą wspólne gospodarstwo domowe, dzielą łożę, żyjąc ze sobą bez zawarcia związku ustawowego¹⁰.

Z punktu widzenia prawnego, zagadnienia związane z instytucją konkubinatu ciekawią w równym stopniu i czasie, jak funkcjonowanie instytucji małżeństwa. Już w starożytnym Rzymie problematyka związków nieformalnych dwojga osób odmiennej płci cieszyła się dużym zainteresowaniem jurystów¹¹. Wówczas konkubinaty rozumiany był jako trwały związek dwojga osób, związany i utrzymywany bez zamiaru zawarcia związku małżeńskiego. Oznaczało to celowość pozostawania w relacji charakteryzującej się dużą swobodą. Jednak to zjawisko społeczne faktycznie pozostawało obojętne dla prawa¹².

⁵ K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2008, s. 135.

⁶ A. Kwak, *Rodzina w dobie przemian. Małżeństwo i kohabitacja*, Warszawa 2005, s. 127.

⁷ K. Slany, op. cit., s. 136.

⁸ A. Kwak, op. cit., s. 127; D. Jabłoński, L. Ostasz, *Zarys wiedzy o rodzinie, małżeństwie, kohabitacji i konkubinacie. Perspektywa antropologii kulturowej i ogólnej*, Olsztyn 2001, s. 245; T. Biernat, P. Sobieraj, *Młodzież wobec małżeństwa i rodziny. Raport z badań*, Toruń 2007, s. 21–22.

⁹ K. Kumaniecki, op. cit., s. 231.

¹⁰ S. Rosmarin, *Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw. Konkubinaty*, Kraków 1938, s. 151.

¹¹ S. Jaworski, *Prawne aspekty konkubinatu*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 21, s. 1167.

¹² K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978, s. 224–225.

Obecnie konkubinat jako stan faktyczny nie podlega regulacji prawnej. W konsekwencji braku regulacji prawnej nie można zastosować w odniesieniu do nieformalnego związku bezpośrednio przepisów prawnych regulujących instytucję małżeństwa¹³. W myśl art. 18 ustawy z 2 kwietnia 1997 roku Konstytucja RP¹⁴ przez małżeństwo rozumieć należy związek kobiety i mężczyzny pozostający pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Uszczegółowienia w zakresie sposobów zawarcia związku małżeńskiego dokonuje ustawa z 25 lutego 1964 roku Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹⁵ (dalej: k.r.o.), gdzie w art. 1 §1 ustawodawca stwierdza, że małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wstępują ze sobą w związek małżeński¹⁶.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznaje się w literaturze przedmiotu, że zarówno z przepisów Konstytucji, jak i k.r.o., wynika jednoznacznie, że konkubinatowi nie przysługuje ochrona czy też pomoc ze strony państwa¹⁷. Jednakże wobec konkubinatu nie mają zastosowania pewne ograniczenia, jakie występują w stosunku do małżonków, zwłaszcza w płaszczyźnie prawa handlowego¹⁸.

W podstawowym zakresie regulacji polskiego prawa handlowego znajdują się trzy ustawy: z 15 września 2000 roku Kodeks spółek handlowych¹⁹ (dalej: k.s.h.), z 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym²⁰ (dalej: k.r.s.) oraz z 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej²¹ (dalej: u.s.d.g.). Analizując poszczególne przepisy prawne, termin „małżonek” w k.s.h. pojawia się pięciokrotnie, a w k.r.s. i u.s.d.g. dwukrotnie.

W myśl art. 27 k.s.h. współmałżonek współlnika może żądać wpisania do rejestru wzmianki o umowie dotyczącej stosunków majątkowych między małżonkami. Rozwiązanie prawne przewidziane w prezentowanym przepisie ma

¹³ S. Jaworski, op. cit., s. 1167.

¹⁴ Dz. U. nr 78, poz. 483.

¹⁵ Dz. U. z 2012 r., poz. 788.

¹⁶ Por. B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 7, s. 352–361; K. Kazimierzczak, *Roszczenie petytoryjne i posesoryjne we wzajemnych stosunkach między konkubentami w sprawach krajowych i transgranicznych*, „Rodzina i Prawo” 2013, nr 25, s. 62–72; M. J. Łukasiewicz, *Pytanie o zasadność causa wspólnoty życiowej przy czynnościach przysparzających pomiędzy konkubentami*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 1, s. 113–130.

¹⁷ Szerzej: P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 54; T. Smyczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 185; A. Grzejdziak, *Prawo do wychowania w rodzinie*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 464.

¹⁸ Por. T. Smyczyński, *Małżeństwo – konkubinat – związek partnerski*, [w:] M. Andrzejewski, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 71–81; S. Jaworski, *Prawne aspekty konkubinatu. Praktyka*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 21, s. 1167–1174.

¹⁹ Dz. U. z 2013 r., poz. 1030.

²⁰ Dz. U. z 2013 r., poz. 1203.

²¹ Dz. U. z 2013 r., poz. 672.

pryncypialne znaczenie dla wierzycieli spółki jawnej, którzy po wypełnieniu dyspozycji art. 31 §1 k.s.h. uzyskują uprawnienie do przeprowadzenia egzekucji z majątku wspólnika. Natomiast zawarcie majątkowej umowy małżeńskiej może ograniczyć możliwość dochodzenia zaspokojenia roszczeń z masy majątkowej²². Przepis ten jest kompatybilny z treścią art. 38 ust. 2a k.r.s., gdzie ustawodawca wskazuje, że w dziale 1 rejestru przedsiębiorców zamieszcza się informacje o pozostawaniu w związku małżeńskim, zawarciu małżeńskiej umowy majątkowej, powstaniu rozdzielności majątkowej między małżonkami, zaznaczeniu ograniczenia zdolności do czynności prawnych, o ile takie istnieje. Dotyczy to wspólników spółki jawnej, członków europejskiego zgrupowania interesów gospodarczych, wspólników spółki partnerskiej, wspólników spółki komandytowej oraz komplementariuszy spółki komandytowo-akcyjnej. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 6 k.r.s. wnioski o wpis informacji o małżeńskich stosunkach majątkowych osób wpisanych do Rejestru jako przedsiębiorcy lub wspólnicy osobowych spółek handlowych może złożyć osoba wpisana w tym Rejestrze oraz jej małżonek. Analogiczna sytuacja ma miejsce w art. 25 ust. 1 pkt. 9 u.s.d.g., gdzie stwierdza się, że wpisowi do CEIDG podlegają informacje o istnieniu lub ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej.

Zgodnie z treścią art. 183¹ k.s.h. umowa spółki może ograniczyć lub wyłączyć wstąpienie do spółki współmałżonka wspólnika, w przypadku gdy udział lub udziały są objęte wspólnością majątkową małżeńską. Uszczegółowienia czy też propozycji interpretacji znaczenia przepisu podjął się Sąd Najwyższy w wyroku z 20 maja 1999 roku, sygn. akt I CKN 1146/97²³, gdzie stwierdził, że „w wypadku nabycia przez małżonka ze środków pochodzących z majątku wspólnego, w drodze czynności prawnej, udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, wspólnikiem staje się tylko małżonek uczestniczący w tej czynności”. Sentencja niniejszego wyroku stanowi po dziś dzień temat licznych dyskusji. Przez wprowadzenie art. 183¹ k.s.h. ustawodawca miał zamiar ostatecznie rozwiązać problem uczestnictwa w spółce jednego z małżonków. Jednakże poprzez interpretację przepisu dochodzi do licznych kontrowersji doktrynalnych²⁴. Część przedstawicieli doktryny uważa, że w sytuacji gdy środki na pokrycie wartości udziałów pochodzą z majątku wspólnego (czy też majątku dorobkowego), to wspólnikami są oboje małżonkowie, chyba że umowa spółki zawiera postanowienia wyłączające lub ograniczające wstąpienie współmałżonka wspólnika²⁵. Z drugiej strony uważa się, że literalna wykładnia art. 183¹ prowadzi do nielogicznego wniosku i nie jest możliwa

²² Komentarz w Legalis: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Warszawa 2013, art. 27, Nb 2.

²³ OSNC 1999 nr 12, poz. 209, s. 59.

²⁴ Komentarz w Legalis: *Kodeks spółek handlowych...*, art. 183¹, Nb 2.

²⁵ M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, Warszawa 2007, s. 510.

do zaakceptowania²⁶. Wydaje się, że wobec powstałych sporów bezpiecznie jest sugerować się wyrokiem Sądu Najwyższego z 5 października 2005 roku, sygn. akt IV CK 99/05²⁷, gdzie Sąd twierdził, że „udział w spółce z o.o., nabyty przez jednego z małżonków ze środków z majątku wspólnego, może stać się składnikiem tego majątku, jeżeli małżonkowie tak postanowili”²⁸.

Zgodnie z treścią art. 209 k.s.h. w przypadku sprzeczności interesów spółki z interesami członka zarządu, jego współmałżonka, krewnych i powinowatych do drugiego stopnia oraz osób, z którymi jest powiązany osobiście, członek zarządu powinien wstrzymać się od udziału w rozstrzygnięciu takich spraw i może żądać zaznaczenia tego w protokole. Analogiczna treść występuje w odniesieniu do spółki akcyjnej, gdzie w art. 377 k.s.h. stwierdza się, że w przypadku sprzeczności interesów spółki z interesami członka zarządu, jego współmałżonka, krewnych i powinowatych do drugiego stopnia oraz osób, z którymi jest powiązany osobiście, członek zarządu powinien wstrzymać się od udziału w rozstrzygnięciu takich spraw i może żądać zaznaczenia tego w protokole.

Artykuł 332¹ k.s.h., analogicznie do treści art. 183¹ k.s.h., wskazuje, że statut spółki może zawierać postanowienie, iż w przypadku, gdy akcje imienne są objęte wspólnością majątkową małżeńską, akcjonariuszem może być tylko jeden ze współmałżonków.

Przepisy w pozostałym zakresie nie pozostają obojętne dla wspólników czy członków zarządu, którzy są w związkach małżeńskich, o czym świadczy analiza orzecznictwa. I tak np. zgodnie z treścią wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 lipca 1998 roku, sygn. akt: III SA 1686/97²⁹, „przy zawieraniu umów o pracę między spółką z ograniczoną odpowiedzialnością a wspólnikiem będącym członkiem zarządu wykluczyć należy możliwość kontynuacji reprezentowania spółki przez dotychczasowego pełnomocnika, jeżeli na skutek zmian w składzie spółki jedynymi wspólnikami i jednocześnie członkami zarządu pozostali wspomniany pełnomocnik i jego małżonek. Nie zostanie zrealizowana typowa dla stosunku pracy zasada podporządkowania pracownika zakładowi pracy, jeżeli zakład pracy reprezentuje pełnomocnik ustanowiony przez małżonka wspólnika, który chce być pracownikiem”. Podobnie w wyroku Sądu Najwyższego z 5 lutego 1997 roku, sygn. akt: II UKN 86/96³⁰,

²⁶ W. Popiołek, [w:] W. Pyziół, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, Warszawa 2008, s. 372.

²⁷ OSNC 2006 nr 7–8, poz. 127, s. 97.

²⁸ Por. Postanowienie Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2013 r., sygn. akt II CSK 349/12: „Należące do majątku wspólnego udziały w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, której wspólnikiem jest tylko jeden z byłych małżonków mogą być podzielone pomiędzy byłych małżonków, a więc także przyspaść temu z współuprawnionych, który nie jest wspólnikiem o ile w umowie spółki nie zawarto przewidzianego w art. 183¹ ksh. zastrzeżenia ograniczającego lub wyłączającego wstąpienie do tej spółki współmałżonka wspólnika”, *Legalis* nr 701216.

²⁹ ONSA 1999 nr 2, poz. 61.

³⁰ OSNAPIUS 1997 nr 20, poz. 404.

gdzie Sąd stwierdził, że „nieważna jest umowa o pracę, którą jedyny wspólnik spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i zarazem prezes jej dwuosobowego – wraz z małżonkiem – zarządu zawarł z tą spółką za pośrednictwem pełnomocnika ustanowionego przez siebie działającego w charakterze zgromadzenia wspólników”.

Biorąc pod uwagę wskazane ograniczenia, prowadzenie działalności gospodarczej w formie organizacyjno-prawnej, wynikającej z k.s.h., wraz z małżonkiem, czy przy jego pośrednim udziale, obarczone jest wieloma problemami. Trudności te wiążą się w przypadku spółek osobowych z potrzebą ochrony interesów ewentualnych wierzycieli, w przypadku zaś spółek kapitałowych, ochroną interesów spółki i stałości kapitału. Wprowadzenie umowy małżeńskiej majątkowej, jak pokazuje doktryna i orzecznictwo, nie zawsze stanowi pomoc i ułatwienie w działalności, gdyż w przypadku małżonków w dalszym ciągu będzie pozostawać więź gospodarcza opierająca się o prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego.

Analizując zagadnienie konkubinatu od strony prawnej, wyszczególnienia wymagają jego elementy charakterystyczne, tj. więź gospodarcza, wspólne mieszkanie, więź fizyczna i emocjonalna³¹. Przez więź gospodarczą rozumie się prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego. Oznacza to w praktyce wspólne zaspokajanie swoich codziennych potrzeb bytowych. W konsekwencji uważa się także, że koniecznym elementem jest przy tak skonstruowanej definicji więzi gospodarczej wspólne mieszkanie. W sensie faktycznym chodzi o wspólne faktyczne mieszkanie „pod jednym dachem”. W sensie prawnym rozumie się przez to wypełnienie dyspozycji art. 25 k.c. Natomiast przez więź fizyczną i emocjonalną rozumie się pożycie cielesne, wzajemną miłość, szacunek oraz okazywanie sobie pomocy i wsparcia. Jednakże zauważyć należy i zasadniczo podkreślić, że elementy te, jako prawnie nieuregulowane, nie kreują wzajemnych praw i obowiązków, jakie mają miejsce przy małżonkach³². Należy mieć przy tym na uwadze, że wspólne prowadzenie gospodarstwa domowego przez konkubentów nie ma takiego samego znaczenia, jak w przypadku małżonków. W uchwale Sądu Najwyższego z 30 stycznia 1986 roku, sygn. akt: III CZP 79/85³³, Sąd stwierdził, że „nakłady konkubentów, czynione wspólnie w czasie trwania konkubinatu na majątek jednego z nich winny być rozliczone według przepisów o zniesieniu współwłasności. Przyznanie konkubentom jakichkolwiek praw, jakie wynikają z małżeństwa, prowadziłyby do ich daleko idącego usankcjonowania i wzięcia pod ochronę, tworząc w ten sposób drugi rodzaj związków równoległe występujących do związków małżeńskich z pominięciem wspomnianych aspektów moralnych”. W przytoczonej uchwale Sąd

³¹ M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993, s. 33.

³² S. Jaworski, op. cit., s. 1168.

³³ OSNCP 1987 nr 1, poz. 2.

Najwyższy przywołał także brzmienie uchwały Sądu Najwyższego z 2 lipca 1955 roku, sygn. akt: II Co 7/55³⁴, gdzie potwierdzono aktualność tezy, która brzmi: „Do stosunków majątkowych osób pozostających w związku pozamałżeńskim nie mogą być stosowane w drodze analogii przepisy art. 21 i nast. KRO o wspólności ustawowej. Związek pozamałżeński sam przez się nie wywołuje żadnych skutków o charakterze prawnomajątkowym między osobami, które w związku takim pozostają. Jeśli powstają między nimi stosunki prawnomajątkowe, prawa i obowiązki stąd wynikające ocenić należy na podstawie przepisów właściwych dla tych stosunków”.

Wobec powyższego, jeżeli w stosunku do konkubinatu nie można bezpośrednio stosować przepisów prawa regulujących kwestię małżeństwa, gdzie należy szukać prawnego usytuowania takiego rodzaju więzi międzyludzkiej? Wydaje się, że odpowiednim wskazaniem w tym zakresie jest „osoba najbliższa”, jednakże określenie takie występuje w ustawie z 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny³⁵ w art. 115 §11, gdzie została zdefiniowana w następujący sposób, że jest nią małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Tu, zarówno na gruncie doktryny, jak i orzecznictwa, przesądzono, że osoby pozostające we wspólnym pożyciu to m.in. konkubenci, tj. osoby pozostające w związku analogicznym do małżeństwa, jednakże pozbawionym legalnego węzła³⁶. Oznacza to, że pod względem prawnym, wyłączając przepisy podatkowe, konkubenci są sobie obcymi osobami.

Konkubenci, będąc pod względem prawnym obcymi sobie osobami, mogą swobodnie prowadzić działalność gospodarczą w dowolnie przez siebie obranej formie, gdyż ograniczenia stosowane w stosunku do małżonków ich nie dotyczą. Oznacza to sytuację, w której dwoje ludzi wspólnie żyjących, tak jak małżeństwo, wobec prawa tym małżeństwem nie są, a dzięki temu mają większe możliwości. Powstaje paradoks moralny, polegający na sytuacji, gdzie spółkę prawa handlowego lepiej jest prowadzić w nieformalnym związku, gdyż w małżeństwie powstają dodatkowe utrudnienia.

Podsumowując, należy wobec powyższego postawić pytanie, czy w ogóle można mówić o instytucji konkubinatu i jakie znaczenie ma konkubinatu w prawie spółek. Z nauki prawoznawstwa wiadomo, że określenie „instytucja” mieści w sobie prawa i obowiązki wynikające z określonego stosunku prawnego. Jak wskazano w tym opracowaniu, w oparciu o przepisy prawa powszechnie obowiązującego, w tym przede wszystkim w prawie handlowym, termin

³⁴ OSN 1956, z. III, poz. 72.

³⁵ Dz. U. nr 88, poz. 553.

³⁶ Komentarz w Legalis: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012, art. 115, Nb 76.

„konkubinatu” nie występuje wcale. Dlaczego zatem pojawiło się sformułowanie „instytucja konkubinatu”? Odpowiadając na to pytanie, można użyć aforyzmu, w myśl którego „człowiek pływa w rzece przypadków i zbiegów okoliczności. Chwyta się tych najszcześniejszych – pozostałym pozwala przepłynąć obok”³⁷. Konkubinatu jest instytucją, gdyż daje ludziom prawo do wspólnego życia tak jak małżonkom. Pomimo braku ochrony prawnej, konkubenci mają obowiązek wzajemnego szacunku na zasadach ogólnych, mają obowiązek wspólnego wychowywania dzieci w oparciu o regulacje k.r.o., jednakże prowadząc działalność w formie organizacyjno-prawnej spółki prawa handlowego, mogą omiąć utrudnienia prawne stwarzane małżonkom. Konkubinatu jest instytucją pozwalającą na obejście ograniczeń wynikających z k.s.h. skierowanych do małżonków, przez wzgląd na fakt, iż jest to związek nieformalny i nie podlega jakiegokolwiek ewidencji.

Bibliografia

- Banaszak B., Zieliński M., *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 7.
- Biernat T., Sobieraj P., *Młodzież wobec małżeństwa i rodziny. Raport z badań*, Toruń 2007.
- Doliwa A., *Prawo gospodarcze prywatne*, red. T. Mróz, M. Stec, Warszawa 2012.
- Grzejdziaż A., *Prawo do wychowania w rodzinie*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Jabłoński D., Ostasz L., *Zarys wiedzy o rodzinie, małżeństwie, kohabitacji i konkubinacie. Perspektywa antropologii kulturowej i ogólnej*, Olsztyn 2001.
- Jaworski J., *Prawne aspekty konkubinatu*, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 21.
- Kazimierczak K., *Roszczenie petytoryjne i posesoryjne we wzajemnych stosunkach między konkubentami w sprawach krajowych i transgranicznych*, „Rodzina i Prawo” 2013, nr 25.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2012.
- Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. J. Strzępka, Warszawa 2013.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1978.
- Kumaniecki K., *Słownik łacińsko-polski*, Warszawa 2001.
- Kwak A., *Rodzina w dobie przemian. Małżeństwo i kohabitacja*, Warszawa 2005.
- Kuziak M., Rzepczyński S., *Słownik myśli filozoficznej*, Bielsko-Biała 2005.
- Litwińska-Werner M., *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, Warszawa 2007.

³⁷ D. Wroblewski, *Historia Edgara*, przekł. W. Kurylak, Katowice 2009.

- Łukasiewicz M. J., *Pytanie o zasadność causa wspólnoty życiowej przy czynnościach przy-
sparzających pomiędzy konkubentami*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 1.
- Nazar M., *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993.
- Popiołek W., [w:] W. Pyzioł, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, Warszawa 2008.
- Rosmarin S., *Pośrednictwo przy zawieraniu małżeństw. Konkubinat*, Kraków 1938.
- Slany K., *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kra-
ków 2008.
- Smyczyński T., *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo”
1997, z. 11–12.
- Smyczyński T., *Małżeństwo – konkubinat – związek partnerski*, [w:] M. Andrzejewski,
Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych, Toruń
2013.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997
roku*, Warszawa 2008.
- Wroblewski D., *Historia Edgara*, przekł. W. Kurylak, Katowice 2009.

Ewa Kowalewska-Borys

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: kowalewska-borys@uwb.edu.pl
telefon: +48 85 745 71 60

Aneta Michałowska

Asesor Prokuratury Rejonowej
Warszawa-Mokotów w Warszawie
telefon: +48 22 21 71 300

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.13

Karnoprosesowe uprawnienia osób pozostających w związkach partnerskich

SUMMARY

Rights of Individuals Joined in a Civil Union in View of the Law of Criminal Procedure

The article is an analysis of the rights which can be exercised in Polish criminal procedure by same-sex couples joined in a civil union. The key idea of the deliberation is an assertion that in criminal procedure – on account of the so called criminal procedure relation – the rights of people joined in same-sex unions are protected well enough, therefore alterations to the presented regulations are unnecessary. The authors make an argument, starting with demonstrating the legal definition of a closest person, next describing the following laws: the right to access the files of a case, the right to refuse to testify, the right to be excused from testifying, the right of succession after a deceased party of the proceedings, the right to appointed counsel, the right to apply for remand of a suspected person, the right to be notified of a preventive detention and to deposit bail, and to take part in a trial.

Key words: same-sex couples, criminal procedure, the right to access the files of a case, the right to refuse to testify, the right to be excused from testifying, the right of succession after a deceased party of the proceedings, the right to appointed counsel, the right to apply for remand of a suspected person, the right to be notified of a preventive detention and to deposit bail, and to take part in a trial

Słowa kluczowe: homoseksualne związki partnerskie, postępowanie karne, prawo do-
stępu do akt sprawy, prawo odmowy składania zeznań, prawo do zwolnienia od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytanie, prawo wykonywania po śmierci osoby najbliższej praw, które by jej przysługiwały w postępowaniu, prawo do ustanowienia obrońcy, prawo do wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania osoby podejrzanej, prawo do otrzymania zawiadomienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania osoby najbliższej, prawo do złożenia poręczenia majątkowego, prawo do uczestniczenia w rozprawie

Na wstępie wypada zauważyć, że kwestie związane z uprawnieniami osób pozostających w tzw. związkach partnerskich w toku postępowania karnego nie budzą większych kontrowersji. Zapewne wynika to z faktu, iż karnoprosesowe uprawnienia osób pozostających w tego rodzaju związkach w zasadzie nie odbiegają od uprawnień osób pozostających w związkach sformalizowanych (małżeńskich). Należy zauważyć, iż przepisy ustawy z 6 czerwca 1997 roku Kodeks postępowania karnego¹ dają w zasadzie tożsame uprawnienia osobom najbliższym dla stron postępowania karnego, niezależnie od tego, czy pozostają one w związku małżeńskim, czy też tworzą związek partnerski. Wydaje się, że kluczowe znaczenie dla określonego na wstępie przedmiotu rozważań ma przede wszystkim ustawowa definicja terminu „osoba najbliższa” (art. 115 §11 k.k.). W kontekście zaś rozważań o uprawnieniach w zakresie postępowania karnego osób pozostających w związkach partnerskich należałoby jednakże mieć na uwadze, iż w praktyce możemy wyróżnić dwie grupy związków partnerskich, a mianowicie związki tworzone przez osoby różnych płci (heteroseksualne, konkubinaty) oraz związki osób tej samej płci (homoseksualne). Rozróżnienie takie ma znaczenie w praktyce, ponieważ w orzecznictwie i doktrynie zaznaczają się pewne rozbieżności w podejściu do uprawnień karnoprosesowych partnerów pozostających w związkach heteroseksualnych oraz homoseksualnych. Powstaje zatem zupełnie zasadnicze pytanie, czy różnice te nie są na tyle istotne, aby mogły powodować poważne zastrzeżenia pod adresem ustawodawcy. Paradoksalnie przedmiotowe rozważania uzasadniają również publiczną dyskusję o projekcie ustawy o związkach partnerskich. Oczywiście perspektywa karnoprosesowa jest raczej drugorzędna, ale irytujące są próby nadania jej dyletanckiego oraz ignoranckiego charakteru.

Rozważania dotyczące uprawnień, jakie przysługują w toku postępowania karnego osobom pozostającym w związkach partnerskich nie mogą być prowadzone w oderwaniu od przepisów prawa karnego materialnego, zwłaszcza iż to właśnie w tej regulacji należy upatrywać źródła różnic w traktowaniu partnerów ze związków partnerskich heteroseksualnych i homoseksualnych. Źródłem tych różnic są bowiem rozbieżności w wykładni pojęcia „osoba najbliższa”, a ściślej mówiąc – jednego z elementów definicji legalnej tego pojęcia, a mianowicie „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu”.

Definicja legalna pojęcia „osoba najbliższa” sformułowana została w art. 115 §11 k.k. W myśl powołanego przepisu osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Wskazać należy, iż zaliczenie konkretnej osoby do jednej z kategorii krewnych lub powinowatych nie następuje większych trudności. Rozbieżności interpretacyjne budzi jedynie ustalenie, czy

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

dana osoba może być zaliczona do kategorii „osób pozostających we wspólnym pożyciu”.

W tym kontekście wskazać wypada, iż w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 roku w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażony został pogląd, że za istotne oraz konieczne elementy wspólnego pożycia w rozumieniu ówczesnego art. 120 §5 k.k. z 1969 roku należy uznać wspólne życie psychiczne i fizyczne, wspólnotę ekonomiczną oraz trwałość związku. Te bowiem elementy mogą wskazywać, że pomiędzy dwiema osobami płci odmiennej zachodzi taki związek, który od związku małżeńskiego różni się tylko brakiem prawnej legalizacji faktycznego związku małżeńskiego². W podobny sposób kwestia ta była przedstawiana także w przeważającej części literatury, co skutkowało przyjmowaniem, że we wspólnym pożyciu pozostają wyłącznie osoby żyjące w konkubinacie³. Niejako obok tego stanowiska pojawiał się również pogląd, zgodnie z którym dla przyjęcia pozostawania we wspólnym pożyciu nie jest konieczne wspólne zamieszkiwanie oraz prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego⁴, a niektórzy przedstawiciele doktryny prezentowali nawet radykalne stanowisko, że wystarczające jest stałe życie seksualne⁵. W doktrynie nadal jednak najbardziej sporna jest kwestia, czy we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 §11 k.k. mogą pozostawać osoby tej samej płci. Możliwość taką neguje A. Zoll, który odwołuje się nie tylko do naszych uwarunkowań kulturowych⁶, ale również analogii wspólnego pożycia do małżeństwa, a zatem związku osób odmiennej płci⁷. Stanowisko to było zbieżne co do zasady ze stanowiskiem Sądu Najwyższego⁸, który uznał, iż pojęcie wspólnego pożycia odnoszone jest wyłącznie do konkubinatu, a w szczególności do związku osób o różnej płci, odpowiadającego od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w myśl art. 18 Konstytucji RP jest wyłącznie związek osób różnej płci). Jednakże obecnie w doktrynie coraz powszechniejsze stają się poglądy, które opowiadają się za przyznaniem przymiotu pozostawania we wspólnym pożyciu dwóm osobom tej samej płci. Przedstawiciele tego nurtu stoją na stanowisku, że pojęcie wspólnego pożycia jest podmiotowo szersze od pojęcia konkubinatu i obejmuje swoim za-

² Wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSP 1976, z. 10, poz. 187.

³ Zob. np. W. Wolter, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 377; M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 361.

⁴ Zob. Z. Doda, A. Gaberle, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995, s. 215.

⁵ Zob. J. Gajek, *O pojęciu faktycznego wspólnego pożycia w prawie karnym*, „Palestra” 1972, nr 3, s. 46.

⁶ Zob. A. Zoll, [w:] A. Zoll, G. Bogdan, Z. Ćwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, s. 508.

⁷ Ibidem, s. 634.

⁸ Zob. postanowienie SN z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668.

kresem także tzw. związki partnerskie homoseksualne, które zgodnie z poglądami przedstawicieli doktryny prawa cywilnego nie stanowią konkubinatu (nieformalnego odpowiednika małżeństwa), ponieważ są relacją między osobami tej samej płci⁹.

Odnosząc się do uprawnień karnoprocesowych osób pozostających w związkach partnerskich należy mieć na uwadze, iż zależą one od charakteru/roli, w jakiej w postępowaniu karnym występuje/występowała osoba pozostająca w takim związku. Inne bowiem uprawnienia będą przysługiwać partnerowi/partnerce pokrzywdzonego, czy też podejrzanego/oskarżonego, a inne partnerowi/partnerce występującemu jedynie w charakterze świadka. Trzeba również podnieść, iż ze względu na dominujące w doktrynie i orzecnictwie wąskie rozumienie pojęcia pozostawania we wspólnym pożyciu i zaliczanie do tej kategorii wyłącznie konkubinatów w zakresie uprawnień pokrzywdzonego prawa osób pozostających w homoseksualnych związkach partnerskich będą doznawać pewnych ograniczeń.

W rozważanym kontekście wskazać należy przepis art. 52 §1 k.p.k., który stanowi, że w razie śmierci pokrzywdzonego prawa, które by mu przysługiwały, mogą wykonywać osoby najbliższe, natomiast w sytuacji, gdy organ prowadzący postępowanie dysponuje informacjami o osobach najbliższych dla pokrzywdzonego, powinien pouczyć o przysługujących uprawnieniach przynajmniej jedną z nich. Wskazać w tym miejscu wypada, iż w przypadku, gdy jest kilka osób najbliższych, to każda z nich, niezależnie od siebie, może wykonywać prawa przysługujące oskarżonemu (podejrzanemu)¹⁰. Podobnie, zgodnie z przepisem art. 58 §1 k.p.k., w przypadku śmierci pokrzywdzonego – oskarżyciela posiłkowego, osoby najbliższe mogą przystąpić do postępowania w charakterze oskarżyciela posiłkowego w każdym stadium postępowania. Nadmienić wypada, iż dotyczy to zarówno oskarżyciela posiłkowego ubocznego, jak i oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego.

Rozróżnienie to ma istotne znaczenie z punktu widzenia karnoprocesowych uprawnień osób pozostających w związkach partnerskich, ponieważ inna jest regulacja prawna dotycząca wstąpienia osób najbliższych w prawa zmarłego oskarżyciela posiłkowego ubocznego, a inna dotycząca oskarżyciela subsydiarnego. Wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 58 §1 k.p.k. śmierć oskarżyciela ubocznego nie hamuje biegu postępowania, a osoby najbliższe mogą wstąpić do procesu aż do jego prawomocnego zakończenia. Przepis ten znajduje również zastosowanie w sytuacji, gdy wcześniej oskarżyciel publiczny odstąpił od oskarżenia. Wynika to z faktu, że zgodnie z treścią art. 14 §2 k.p.k.

⁹ M. Mozgawa (red. nauk.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, teza 4 do art. 115 §11 k.k., Lex, 2013; podobnie J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 206; A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 306; J. Majewski, [w:] G. Bogdan (i in.), op. cit., s. 1446.

¹⁰ Postanowienie SN z 26 października 2011 r., I KZP 11/11, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2012/1/3.

sąd nie jest związany odstąpieniem oskarżyciela publicznego od oskarżenia, a tym samym śmierć oskarżyciela posiłkowego ubocznego, który występował sam po stronie oskarżenia, nie może spowodować umorzenia postępowania na podstawie art. 61 §2 k.p.k. w zw. z art. 58 §2 k.p.k. Przepis art. 58 §1 k.p.k. ma zastosowanie również w razie śmierci oskarżyciela posiłkowego ubocznego, który przystąpił do procesu na podstawie art. 55 §3 k.p.k., a w procesie działa cały czas oskarżyciel posiłkowy subsydiarny. Natomiast przepis art. 58 §2 k.p.k. odnosi się do oskarżyciela, który samodzielnie popierał oskarżenie. Dotyczy on więc oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego oraz oskarżyciela posiłkowego ubocznego, działającego na podstawie art. 55 §3 k.p.k., wówczas gdy uprzednio oskarżyciel posiłkowy subsydiarny odstąpił od oskarżenia, a zmarły oskarżyciel był jedynym podmiotem działającym po stronie oskarżenia. W takiej sytuacji odpowiednio stosuje się art. 61 k.p.k., a zatem postępowanie karne zawiesza się z urzędu, a osoby najbliższe mogą wstąpić w prawa zmarłego w terminie zawitym 3 miesięcy od dnia śmierci oskarżyciela. Dopiero wówczas gdy w tym terminie osoba uprawniona nie wstąpi w prawa zmarłego, sąd umarza postępowanie. Wstąpienie w prawa zmarłego jednego z uprawnionych nie pozwala na wstąpienie pozostałych w prawa strony zastępczej¹¹.

Powoływany powyżej art. 61 k.p.k. reguluje kwestie związane z uprawnieniami osób najbliższych w przypadku śmierci pokrzywdzonego będącego oskarżycielem prywatnym. Jak już wskazano wcześniej, zgodnie z tym przepisem w razie śmierci oskarżyciela prywatnego postępowanie zawiesza się, a osoby najbliższe mogą w terminie 3 miesięcy od dnia śmierci oskarżyciela prywatnego wstąpić w prawa zmarłego. Jeżeli tego nie uczynią sąd umarza postępowanie.

W toku postępowania karnego pokrzywdzony może występować również w roli powoda cywilnego. Dzieje się tak wówczas, jeżeli do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej wytoczy on przeciw oskarżonemu powództwo cywilne w celu dochodzenia w postępowaniu karnym roszczeń majątkowych (art. 62 k.p.k.). W razie śmierci pokrzywdzonego, który nie wytoczył powództwa cywilnego, osoby najbliższe – na podstawie art. 63 §1 k.p.k. – mogą aż do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego wytoczyć powództwo cywilne o przysługujące im roszczenia majątkowe wynikające z popełnienia przestępstwa. W takiej sytuacji osoby najbliższe, tzw. strony zastępcze, mogą domagać się roszczeń, które dla nich wywodzą się bezpośrednio z przestępstwa, a nie roszczeń, jakie przysługiwałyby pokrzywdzonemu. Natomiast w razie śmierci pokrzywdzonego – powoda cywilnego, osoby najbliższe mogą wstą-

¹¹ J. Grajewski (red.), S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 58 Kodeksu postępowania karnego* [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. 97.89.555), LEX/el., 2013.

pić w prawa zmarłego i dochodzić przysługujących im roszczeń, przy czym w przypadku niewstąpienia tych osób postępowanie karne jest kontynuowane, a jedyną konsekwencją jest to, iż sąd, wydając orzeczenie kończące postępowanie, pozostawia powództwo cywilne bez rozpoznania (art. 63 §2 k.p.k.). W takiej sytuacji tzw. strony nowe (osoby najbliższe, które wstąpiły w prawa powoda cywilnego) mogą domagać się nie tylko roszczeń, które im przysługują, ale mogą także dochodzić roszczeń w zakresie objętym, wniesionym przez zmarłego pokrzywdzonego powództwem adhezyjnym, które przysługiwałyby mu, gdyby żył. W przypadku śmierci pokrzywdzonego, niezależnie od momentu, w którym ona nastąpiła, orzekanie w części dotyczącej roszczeń zmarłego powoda cywilnego z oczywistych względów może być utrudnione lub wręcz niemożliwe¹². W tym kontekście zauważyć również należy, iż zgodnie z treścią art. 64 k.p.k. powództwo cywilne na rzecz osoby najbliższej, o której mowa w art. 63 §1 k.p.k., może wytoczyć prokurator, jeżeli wymaga tego interes społeczny.

Kolejną grupę uprawnień, jakie przysługują w postępowaniu karnym osobom pozostającym w związkach partnerskich, stanowią uprawnienia związane z występowaniem danej osoby/partnera w charakterze podejrzanego/oskarżonego. W tym miejscu wskazać wypada, iż w odniesieniu do tej kategorii uprawnień fakt, czy jest to związek partnerski osób tej samej, czy też różnej płci w zasadzie nie ma znaczenia w praktyce.

W tym kontekście przywołać należy przede wszystkim przepis art. 83 §1 k.p.k., zgodnie z którym w toku postępowania karnego obrońcę ustanawia oskarżony. Jednakże do czasu ustanowienia obrońcy przez oskarżonego pozbawionego wolności, obrońcę może ustanowić inna osoba, o czym niezwłocznie zawiadamia się oskarżonego. Zgodnie z powołanym przepisem obrońcę dla oskarżonego (podejrzanego) pozbawionego wolności może ustanowić każda osoba, a więc również partner/partnerka w przypadku związków partnerskich, i to niezależnie od tego, czy osobę tę można zaliczyć do kategorii „osób pozostających we wspólnym pożyciu”, czy też nie. Kwestia ta była odmiennie uregulowana w kodeksie karnym z 1969 roku, gdyż art. 73 §1 d.k.p.k. stanowił, że dla oskarżonego pozbawionego wolności obrońcę mogła ustanowić jedynie osoba najbliższa¹³.

Z kolei zgodnie z treścią art. 182 §1 k.p.k. osoba najbliższa dla oskarżonego może odmówić zeznań. Prawo do odmowy zeznań trwa mimo ustania małżeństwa lub przysposobienia (art. 182 §2 k.p.k.). Regulacja ta wyraźnie wskazuje na doniosłą rolę terminu „wspólne pożycie” z jednej strony oraz od-

¹² J. Grajewski (red.), S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 63 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit.

¹³ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.).

mienność sytuacji prawnej partnerów hetero- i homoseksualnych¹⁴. W orzecznictwie w odniesieniu do związków partnerskich heteroseksualnych wskazuje się, iż skoro uznanie związku istniejącego między kobietą a mężczyzną za konkubinát uzależnione jest od spełnienia określonych warunków, to odmowa zeznań przez świadka z tego powodu nakłada na sąd orzekający obowiązek poczynienia stosownych ustaleń co do charakteru tego związku¹⁵, nie tylko w czasie czynu, ale również w czasie składania zeznań¹⁶. Powyższe ustalenie ma istotne znaczenie, ponieważ przy ocenie, czy pomiędzy pokrzywdzoną a oskarżonym istniały więzi uzasadniające przyjęcie faktycznego małżeństwa, będącego podstawą do odmowy składania zeznań, należy brać pod uwagę układ stosunków z daty czynu, a nie ten, który istniał wcześniej lub kształtował się w toku postępowania sądowego¹⁷. Jednakże obecnie wśród przedstawicieli doktryny aktualne są głosy, iż prawo do odmowy składania zeznań na podstawie art. 182 §1 k.p.k. przysługuje także osobom pozostającym w związkach partnerskich osób tej samej płci¹⁸.

Prawo odmowy zeznań odnosi się do całości zeznań, co oznacza, że osoba najbliższa w ogóle nie występuje w sprawie w charakterze świadka, przestaje w sprawie istnieć jako osobowe źródło dowodowe. Dotyczy to też świadka, który skorzysta z tego prawa w trakcie postępowania karnego. Żadne jego wypowiedzi nie mogą być w procesie odtworzone, bez względu na to, jak zostały utrwalone, czy to za pomocą protokołu, taśmy magnetofonowej, filmu, fotografii czy innych środków, np. utwaleń audiowizualnych. Wszelkie próby odtworzenia tych zeznań, zarówno za pomocą świadków, jak urządzeń technicznych, są obejściem ustawy. Dopuszczenie możliwości odtwarzania wypowiedzi lub zachowań takiej osoby nie dotyczy jej zeznań, ale wypowiedzi poza procesem¹⁹. Prawo odmowy składania zeznań przysługuje jedynie w odniesieniu do tego oskarżonego, którego relacje ze świadkiem rodzą uprawnienie, o którym mowa w art. 182 §1 k.p.k. W odniesieniu do pozostałych oskarżonych świadek ten obowiązany jest składać zeznania. Zasada ta działa jednakże tylko wówczas, gdy możliwe jest oddzielenie zeznań tego świadka względem

¹⁴ W orzecznictwie dotyczącym omawianego przepisu wskazuje się, iż za istotne i konieczne elementy wspólnego pożycia w rozumieniu art. 120 §5 k.k. uznać należy następujące: wspólne pożycie psychiczne i fizyczne, wspólnotę ekonomiczną i trwałość związku. Te elementy bowiem wskazywać mogą, że pomiędzy dwiema osobami płci odmiennej zachodzi taki związek, który od związku małżeńskiego różni się tylko brakiem prawnej legalizacji faktycznego związku małżeńskiego, zob. wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSPiKA 1976, z. 10, poz. 187.

¹⁵ Wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 71.

¹⁶ Wyrok SA w Katowicach z 15 marca 2007 r., II AKa 24/07, „Prokuratura i Prawo” 2007/11/26.

¹⁷ Wyrok SA w Szczecinie z 21 grudnia 2006 r., II AKa 157/06, LEX nr 283401.

¹⁸ Zob. A. Siostrzonek-Sergiel, *Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 4, s. 73.

¹⁹ Wyrok SA w Krakowie z 17 listopada 2011 r., II Aka 220/11, KZS 2011, z. 11, poz. 36.

innych oskarżonych, tak by relacje procesowe dotyczące tych oskarżonych nie pogarszały sytuacji osoby najbliższej dla świadka, występującej w charakterze współoskarżonego²⁰. Natomiast fakt skorzystania przez osobę najbliższą dla oskarżonego z prawa odmowy zeznań nie oznacza automatycznego wyłączenia możliwości poddania takiej osoby, za jej zgodą, badaniom, o których mowa w art. 192²¹.

Z kolei zgodnie z treścią art. 183 §1 i 2 k.p.k. świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Świadek może żądać, aby przesłuchano go na rozprawie z wyłączeniem jawności, jeżeli treść zeznań mogłaby narazić na hańbę jego lub osobę dla niego najbliższą. W tym przypadku istotne znaczenie ma fakt, iż świadek nie ma obowiązku podawania powodów, z jakich odmawia odpowiedzi na pytanie, a wystarczające jest, że powoła się na przepis art. 183 §1 k.p.k. i tym samym może uchylić się od odpowiedzi na pytanie. Organ procesowy nie może żądać od świadka, aby ujawnił motyw, jakimi kieruje się, uchylając się od odpowiedzi na konkretne pytanie²².

Zgodnie z przepisem art. 185 k.p.k. można zwolnić od złożenia zeznania lub odpowiedzi na pytania osobę pozostającą z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym, jeżeli osoba taka wnosi o zwolnienie. Wskazany przepis dopuszcza możliwość zwolnienia świadka, na jego wniosek, od składania zeznań lub udzielenia odpowiedzi na określone pytanie/pytania. Zgodnie z tą regulacją podstawę zwolnienia stanowi szczególnie bliski stosunek osobisty łączący świadka z oskarżonym, któremu ustawodawca nadaje w konkretnej sytuacji wyższą wartość niż dobru wymiaru sprawiedliwości. Przepis art. 183 k.p.k. znajduje zastosowanie zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak też na etapie rozpoznawania sprawy przez sąd. Obowiązek uprzedzenia świadka o uprawnieniu do złożenia wniosku o zwolnienie z zeznania lub odpowiedzi na pytanie powstaje jedynie wówczas, gdy ujawni się okoliczność uzasadniająca zwolnienie, jednakże nie później niż przed pierwszym przesłuchaniem na rozprawie w I instancji (art. 191 §2 k.p.k. w zw. z art. 186 §1 k.p.k.). Natomiast ustawodawca wyłączył możliwość zaskarżenia postanowienia organu w tym przedmiocie.

Osoba składająca wniosek o zwolnienie musi uprawdopodobnić istnienie „szczególnie bliskiego stosunku osobistego” z podejrzanym/oskarżonym. W doktrynie wskazuje się, iż za tego rodzaju stosunki mogą być uznane przede

²⁰ Postanowienie SN z 4 lipca 2012 r., III KK 162/12, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2013/2/6.

²¹ L. K. Paprzycki, *Komentarz aktualizowany do art. 182 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit.

²² Postanowienie Sądu Najwyższego z 8 lutego 2006 r., IV KK 394/05, OSNwSK 2006/1/306, LEX 333407.

wszystkim społecznie akceptowane lub tolerowane osobiste związki i powiązania, których nie można zaliczyć do stosunku najbliższosci, uzasadniającego skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 183 k.p.k. Tytułem przykładu wskazać więc należy na stan narzeczeństwa, pozostawanie we wspólnym pożyciu osób tej samej płci, pokrewieństwo czy powinowactwo z konkubentem oskarżonego, były konkubinaty, a także przyjaźń. Dla skorzystania z uprawnienia przewidzianego w tym przepisie nie ma znaczenia moment powstania stosunku osobistego, jednakże musi on istnieć w momencie występowania o zwolnienie i być już „szczególnie bliski”²³. Szczególnie bliski stosunek osobisty (art. 185 k.p.k.) może wynikać np. z faktu posiadania wspólnego dziecka przez osobę składającą zeznania i podejrzanego bądź oskarżonego²⁴.

Z kolei przepis art. 261 §1 k.p.k. stanowi, iż o zastosowaniu tymczasowego aresztowania sąd obowiązany jest bezzwłocznie zawiadomić osobę najbliższą dla oskarżonego, wskazaną przez niego. Na wniosek oskarżonego można również zawiadomić inną osobę zamiast lub obok wskazanej w §1 (art. 261 §2 k.p.k.). Powołany przepis daje zatem możliwość zawiadomienia o tymczasowym aresztowaniu także partnera/partnerki osób pozostających w związkach partnerskich, niezależnie od tego, czy są to związki homo-, czy heteroseksualne. Wprawdzie przepis art. 261 §1 *in fine* mówi jedynie, że spośród osób najbliższych może to być osoba wskazana przez oskarżonego, ale należy przyjąć, że sąd powinien zawiadamiać inną osobę tylko w wyjątkowych przypadkach albo gdy nie ma kontaktu z osobą najbliższą wskazaną przez oskarżonego. W doktrynie wskazuje się także, iż, pomimo brzmienia art. 261 §2 k.p.k., nie można odmówić uwzględnienia wniosku oskarżonego o zawiadomienie, zamiast lub obok osoby najbliższej, innej osoby. W tym przypadku nie chodzi bowiem o swobodne uznanie sądu stosującego tymczasowe aresztowanie, a o uprawnienie oskarżonego i korespondujący z tym uprawnieniem obowiązek sądu²⁵.

Zgodnie z treścią art. 266 §1 k.p.k. poręczenie majątkowe może złożyć oskarżony albo inna osoba. Wobec braku ograniczenia kręgu osób, które mogą złożyć poręczenia majątkowe za podejrzanego/oskarżonego nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju środek zapobiegawczy może złożyć także partner/partnerka pozostająca z podejrzanym/oskarżonym w związku partnerskim homoseksualnym.

O osobie najbliższej albo zamieszkującej wspólnie z podejrzanym/oskarżonym mowa jest również w art. 275 §3 k.p.k. W myśl powołanego przepisu, jeżeli zachodzą przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania wobec

²³ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2003.

²⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r., III KK 222/05, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2007/3/5.

²⁵ L. K. Paprzycki, op. cit.

oskarżonego o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej na szkodę osoby najbliższej albo innej osoby zamieszkującej wspólnie ze sprawcą, zamiast tymczasowego aresztowania można zastosować dozór, pod warunkiem, że oskarżony w wyznaczonym terminie opuści lokal zajmowany wspólnie z pokrzywdzonym oraz określi miejsce swojego pobytu. Uznać zatem należy, iż osobie zamieszkującej wspólnie z podejrzanym/oskarżonym, niezależnie od tego, jakiego rodzaju relacje ich łączą, przysługuje uprawnienie do złożenia wniosku o zastosowanie tego rodzaju środka zapobiegawczego.

Dodatkowo – na podstawie art. 275a k.p.k. – tytułem środka zapobiegawczego można nakazać oskarżonemu o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej opuszczenie lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony ponownie popełni przestępstwo z użyciem przemocy wobec tej osoby, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził. Wprawdzie w postępowaniu przygotowawczym tego rodzaju środek zapobiegawczy stosuje się na wniosek Policji albo z urzędu, jednakże nie ma przeszkód, aby osoba zamieszkująca z podejrzanym przejawiała inicjatywę w tej kwestii i wystąpiła do Policji lub prokuratora o jego zastosowanie.

Kolejną grupę uprawnień stanowią uprawnienia związane z uczestnictwem partnera/partnerki w postępowaniu karnym, niezależnie od tego, w jakim charakterze/roli występuje w tym postępowaniu.

Osoba pozostająca w związku partnerskim, zamieszkująca wspólnie z uczestnikiem postępowania karnego, może bowiem odbierać kierowane do niego pisma procesowe. Uprawnienie takie statuuje przepis art. 132 §2 k.p.k., stanowiąc, iż w razie chwilowej nieobecności adresata w jego mieszkaniu pismo doręcza się dorosłemu domownikowi, jeżeli podejmie się oddać pismo adresatowi. Co istotne, domownik nie musi dysponować żadnym pisemnym upoważnieniem do odbioru pism, gdyż jego legitymacja w tym zakresie wynika wprost z powołanego przepisu ustawy.

Status „domowników” adresata pisma (art. 43 k.p.a.) mają zamieszkujący z nim w jednym mieszkaniu lub domu jego dorośli krewni i powinowaci, niezależnie od tego, czy równocześnie prowadzą z nim wspólne gospodarstwo domowe. Natomiast osoby obce adresatowi nie są jego domownikami, nawet gdy mieszkają w tym samym mieszkaniu (np. jako lokatorzy lub sublokatorzy), chyba że zostały przez adresata włączone do wspólnoty domowej i prowadzą z nim (jego rodziną) wspólne gospodarstwo²⁶. Nie jest natomiast wymagane, aby domownik był zameldowany w mieszkaniu adresata. Sławomir Steinborn zwraca uwagę, iż w orzecznictwie i piśmiennictwie przeważa pogląd, że określenie „dorosły domownik” stanowi potoczny odpowiednik prawnego

²⁶ Postanowienie SN z 13 listopada 1996 r., III RN 27/96, OSNP 1997, nr 11, poz. 187.

określenia osoby pełnoletniej w rozumieniu art. 10 k.c. Warto jednak zwrócić uwagę, że ustawodawca w przepisach kodeksu postępowania karnego posługuje się zarówno pojęciem „pełnoletni”, jak i „małoletni”, a zatem użyty w komentowanym przepisie termin „dorosły” nie jest przypadkowy. Wydaje się bowiem, że chodzi tu nie tylko o osobę pełnoletnią, ale jednocześnie taką, która z uwagi na swój rozwój umysłowy daje rękojmię zdawania sobie sprawy w akcie doręczenia i poinformuje adresata o zdarzeniu, które miało miejsce podczas jego nieobecności²⁷.

Osoba pozostająca w związku partnerskim może uzyskać wgląd w akta postępowania przygotowawczego. Zgodnie bowiem z treścią art. 156 §5 zd. 2 k.p.k. w toku postępowania przygotowawczego, za zgodą prokuratora, akta mogą być w wyjątkowych przypadkach udostępnione innym (niż strony postępowania i ich pełnomocnicy) osobom. W tym przypadku nie ma znaczenia, jakiego rodzaju relacje łączą daną osobę ze stronami postępowania. Jednocześnie należy jednak zaznaczyć, iż taka osoba może jedynie zapoznać się z dokumentami znajdującymi się w aktach postępowania przygotowawczego, nie ma natomiast prawa do sporządzania odpisów i kserokopii z tych akt oraz uzyskania uwierzytelnionych odpisów i kserokopii²⁸. Ponadto, na podstawie art. 156 §1 zd. 2 k.p.k. osoby inne niż strony postępowania karnego i ich pełnomocnicy mogą uzyskać również dostęp do akt sprawy karnej już po jej przekazaniu do sądu, na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Wówczas podmiotem uprawnionym do wyrażenia zgody na udostępnienie akt jest prezes sądu.

Osoby pozostające w związkach partnerskich mogą również uczestniczyć w rozprawach, w których ich partner jest stroną lub któregoś z uczestników sprawy dotyczy. Zgodnie bowiem z treścią art. 355 k.p.k. rozprawa odbywa się jawnie i mogą w niej uczestniczyć osoby pełnoletnie (art. 356 §1 k.p.k.).

Przedstawione powyżej różne możliwości udziału osób pozostających w związkach partnerskich hetero- i homoseksualnych w postępowaniu karnym oraz zakres przysługujących im w toku tego postępowania uprawnień prowadzi do wniosku, iż kluczowe znaczenie ma termin „osoba najbliższa”, unormowany w art. 115 §11 k.k. Z uwagi jednak na fakt, iż nie ma on ustalonego znaczenia w języku prawniczym, skutkuje to różną interpretacją oraz różnym zakresem wskazanych powyżej karnoprocesowych możliwości pozostających we wspólnym pożyciu osób różnej oraz tej samej płci. Natomiast stwierdzenie to nie uprawnia w żaden sposób do wysuwania categorycznej tezy, że na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego można mówić

²⁷ S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 132 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit.

²⁸ Idem, *Komentarz aktualizowany do art. 156 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, op. cit.

o dyskryminacji osób tworzących związki partnerskie. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż dominujące w doktrynie i orzecznictwie wąskie rozumienie pojęcia pozostawania we wspólnym pożyciu i zaliczanie do tej kategorii wyłącznie konkubinatów powoduje ograniczenie praw osób pozostających w homoseksualnych związkach partnerskich w zakresie uprawnień pokrzywdzonego. Powyższe rozważania wpisują się niewątpliwie w nurt aktualnie dyskutowanych zagadnień z zakresu prawa karnego procesowego.

Bibliografia

Literatura

- Doda Z., Gaberle A., *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995.
- Gajek J., *O pojęciu faktycznego wspólnego pożycia w prawie karnym*, „Palestra” 1972, nr 3.
- Grajewski J. (red.), Steinborn S., *Komentarz aktualizowany do art. 58 Kodeksu postępowania karnego* [w:] J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. 97.89.555), LEX/el., 2013.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2003.
- Majewski J., [w:] A. Zoll, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004.
- Marek A., *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999.
- Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M. *Kodeks karny. Komentarz*, teza 4 do art. 115 §11 k.k., Lex, 2013.
- Siewierski M., [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971.
- Siostrzonek-Sergiel A., *Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym*, PiP 2011, z. 4.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997.
- Wolter W., [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Zoll A., [w:] A. Zoll, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004.

Orzecznictwo

Wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSP 1976, z. 10, poz. 187.

- Wyrok SN z 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 71.
- Postanowienie SN z 13 listopada 1996 r., III RN 27/96, OSNP 1997, nr 11, poz. 187.
- Postanowienie SN z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 8 lutego 2006 r., IV KK 394/05, OSNwSK 2006/1/306, LEX 333407.
- Wyrok SA w Szczecinie z 21 grudnia 2006 r., II AKa 157/06, LEX nr 283401.
- Wyrok SA w Katowicach z 15 marca 2007 r., II AKa 24/07, „Prokuratura i Prawo” 2007/11/26.
- Postanowienie SN z 26 października 2011 r., I KZP 11/11, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2012/1/3.
- Wyrok SA w Krakowie z 17 listopada 2011 r., II Aka 220/11, KZS 2011, z. 11, poz. 36.
- Postanowienie SN z 4 lipca 2012 r., III KK 162/12, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2013/2/6.

Cezary Wiśniewski

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: c.wisniewski@uwb.edu.pl
phone: +48 85 745 71 65

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.14

Osoba najbliższa w polskich kodeksach karnych

SUMMARY

Closest family member in Polish penal codes

In Polish penal law the term “closest family member” has existed for decades. Since 1932, however, the circle of people encapsulated by that term has changed significantly. This article tracks those changes from the Polish Penal code of 1932 through to the revised Penal Code of 1969 and on up to 1997. In the Code of 1932, “closest family member” was defined as people connected to an individual by way of marriage, cognition or affinity. In the Code of 1969, this was expanded to incorporate adopted family members and their spouses, as well as a person with whom the individual lived in cohabitation. From the outset, this latter category generated issues relating to the status of adjudication of a cohabitating partner. Contemporarily, primary discussion revolves around homosexual couples. From the analysis of judicial decision and doctrine, it is clear that views in this respect remain divided. However, there is evidence that articulates greater appreciation that homosexual couples can be acknowledged as immediate family. Notwithstanding, doctrine and judicial decision is not unitary.

Key words: Polish criminal law, kinship, domestic partnership, concubinage, household

Słowa kluczowe: polskie prawo karne, pokrewieństwo, związek partnerski, konkubinaty, pozostawanie we wspólnym pożyciu

W systemie polskiego prawa karnego nie funkcjonuje pojęcie „związku pozamałżeńskiego”, „konkubinatu”, „partnerów” ani „związku partnerskiego”. Najbardziej zbliżonym pojęciem, jakie można znaleźć w polskich ustawach karnych jest pojęcie „osoby najbliższej”. To pojęcie w tych aktach używane jest zamiennie z pojęciem „najbliższego”.

Pierwszy raz w niepodległej Polsce zostało ono użyte w kodeksie karnym z 1932 roku¹. Członkowie Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej 30 stycznia

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz. U. nr 60, poz. 571).

1923 roku w trakcie omawiania rozdziału III projektowanego kodeksu karnego, dotyczącego udaremniania postępowania karnego, rozważali kwestię bezkarności za popełnione w tym rozdziale przestępstwa. Problematyczną kwestią było określenie karalności osób udaremniających postępowanie, a będących w bliskich stosunkach z osobą, przeciw której toczy się postępowanie. Franciszek Nowodworski stwierdził, iż konieczne jest, aby „uznanie bezkarności nie zależało od dobrej woli Sądu, lecz opierało się na wyraźnej woli prawodawcy”. Wzorując się na rozwiązaniach niemieckich członkowie komisji jednoznacznie stwierdzili, że członkowie najbliższej rodziny powinni bezwzględnie korzystać z bezkarności za tego typu przestępstwa. Ponadto, rozróżniono drugą kategorię osób bliskich sprawcy, a związanych z nim węzłami przywiązania i przyjaźni. Ta kategoria osób, w przeciwieństwie do członków rodziny, korzysta z fakultatywnej bezkarności².

Efektom tych działań było stworzenie w kodeksie, doskonale znanego ze współczesnych aktów normatywnych, swoistego słownika pojęć używanych w danym akcie prawnym. Miało to na celu ujednoczenie w procesie wykładni i stosowania prawa, a ponadto uniknięcie wielokrotnego wyjaśniania pojęć w samym akcie prawnym, a co za tym idzie, jego skrócenie i uproszczenie.

Przepis art. 91 §1 stanowił, iż „Najbliższy jest to krewny w linii wstępnej lub zstępnej, rodzeństwo, małżonek, tudzież rodzice, rodzeństwo i dzieci małżonka”. W tym przepisie enumeratywnie wymieniono osoby, które w myśl kodeksu można nazwać „najbliższymi”. Oprócz małżonka mamy zatem osoby w prostej linii pokrewieństwa (rodzice, dziadkowie, dzieci, wnuki itd.), bocznej linii pokrewieństwa (wyłącznie rodzeństwo), w linii prostej powinowactwa (wyłącznie rodzice małżonka i dzieci małżonka) i w linii bocznej powinowactwa (wyłącznie rodzeństwo małżonka). Jak widać, pojęcie to ograniczone było wyłącznie do najbliższej rodziny, gdzie podstawą relacji jest małżeństwo, pokrewieństwo lub powinowactwo.

W części szczególnej kodeksu karnego z 1932 roku możemy znaleźć użyte sformułowanie „osoby najbliższej” w kilku miejscach:

- 1) jako przesłanki niepodlegania karze:
 - a) art. 141 – składanie, mimo braku powiadomienia o prawie do odmowy, fałszywych zeznań w obawie przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub osobie najbliższej,
 - b) art. 145 §2 – zatajenie dowodów niewinności z obawy przed odpowiedzialnością karną lub hańbą grożącą jemu lub jego najbliższemu,
 - c) art. 148 §2 – utrudnianie bądź udaremnianie postępowania karnego prowadzonego wobec niego samego lub osoby najbliższej;

² Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Prawa Karnego, *Projekt Kodeksu Karnego. Uzasadnienie części szczególnej*, t. V, z. 4, s. 33–35.

- 2) jako określenie trybu ścigania przestępstw:
 - a) art. 257 §3 – zabór mienia ruchomego w celu przywłaszczenia na szkodę osoby najbliższej,
 - b) art. 264 §3 – doprowadzenie osoby najbliższej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym lub cudzym;
- 3) jako znamiona czynu zabronionego:
 - a) art. 201 – złośliwe uchylanie się od wykonywania ciężącego z mocy ustawy obowiązku łożenia na utrzymanie osoby najbliższej.

Oprócz definicji osoby najbliższej kodeks ten zdefiniował też pojęcie „bliskiego”. W literaturze³ można spotkać się z opinią, że w wyniku zmian w układzie życia społecznego dochodzi do sytuacji, w której wyłącznie związek rodzinny może decydować o stosunku pomiędzy ludźmi. Z tego powodu konieczne się stało utworzenie dodatkowej grupy osób mogących liczyć na bezkarność za popełnienie pewnej grupy przestępstw. Bezkarność ta miała charakter fakultatywny i każdorazowo sąd miał za zadanie ocenić relacje bliskości łączące taką osobę ze sprawcą. Artykuł 91 §2 stanowi, iż bliski „jest to osoba, która z tytułu pokrewieństwa, powinowactwa, przyjaźni lub obowiązku wdzięczności ma prawo liczyć na szczególne względy danej jednostki”. Jest to katalog zdecydowanie szerszy od tego zawartego w art. 91 §1. Oprócz „osób najbliższych” zawierał również osoby należące do dalszej rodziny (zarówno swojej, jak i małżonka), ale także osoby związane emocjonalnie (przyjaciół), jak i społecznie (osoby połączone obowiązkiem wdzięczności). Do tej grupy osób Sąd Najwyższy zaliczył również konkubinę, chociażby ze związku takiego nie było dziecka⁴. Warto tu zauważyć, że w trakcie prac Komisja Kodyfikacyjna rozważała karalność konkubinatu, jednak pomysł ten został ostatecznie jednomyślnie odrzucony⁵.

W części szczególnej odwołanie do pojęcia „bliskiego” możemy znaleźć:

- 1) jako przesłankę warunkowego niepodlegania karze:
 - a) art. 148 §3 – utrudnianie bądź udaremnianie postępowania karnego prowadzonego wobec osoby bliskiej;
- 2) jako znamię czynu zabronionego:
 - a) art. 250 – groźba wobec osoby popełnienia zbrodni lub występku na jej szkodę lub na szkodę bliskich;
- 3) opis znamienia czynu zabronionego:
 - a) art. 247 – nieudzielenie pomocy człowiekowi mimo braku zagrożenia dla siebie lub osoby bliskiej.

³ W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 300–301; L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu Karnego*, Kraków 1936, s. 218.

⁴ Wyrok SN z 2 lutego 1959 r., IV K 683/59, OSNPG 1959, nr 11, poz. 3.

⁵ Komisja Kodyfikacyjna..., s. 212.

Kodeks karny z 1969 roku⁶ zlikwidował podział na „osoby najbliższe” i „bliskie” wprowadzając jedno pojęcie „najbliższy”. Przepis art. 120 §5 stanowił, iż „Najbliższy jest to małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca faktycznie we wspólnym pożyciu”.

Jest to katalog szerszy niż było to w kodeksie z 1932 roku. Podobnie jak w poprzednim kodeksie oprócz małżonka do katalogu zostają zaliczone osoby w prostej linii pokrewieństwa (rodzice, dziadkowie, dzieci, wnuki itd.), bocznej linii pokrewieństwa (wyłącznie rodzeństwo), w linii prostej powinowactwa (wyłącznie rodzice małżonka i dzieci małżonka) i w linii bocznej powinowactwa (wyłącznie rodzeństwo małżonka). Katalog został powiększony o osoby pozostające w stosunku przysposobienia i ich małżonków oraz o osoby faktycznie pozostające we wspólnym pożyciu.

Katalog ten okazał się do tego stopnia niejasny, iż Sąd Najwyższy wielokrotnie dokonywał interpretacji tego przepisu⁷. Mimo tej wykładni czasem do grona osób najbliższych, jako powinowatych w tej samej linii lub stopniu, zaliczani byli: ojczym (mąż matki), babki (prababki), zięć, synowa, szwagier, bratowa. Jednak w literaturze⁸ jak i orzecznictwie panuje opinia, że takie rozszerzenie jest zbyt daleko idące.

W części szczególnej kodeksu karnego z 1969 roku sformułowanie „osoby najbliższej” zostało użyte w kilku miejscach:

- 1) jako przesłanki niepodlegania karze:
 - a) art. 247 §3: Nie podlega karze, kto, nie wiedząc o prawie odmowy zeznania lub odpowiedzi na pytania, składa fałszywe zeznanie z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższym,
 - b) art. 250 §2: Nie podlega karze, kto zataja dowody niewinności z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższym,
 - c) art. 252 §2: Nie podlega karze sprawca, który ukrywa osobę najbliższą,
 - d) art. 254 §2: Nie podlega karze, kto zaniechał zawiadomienia, (...) z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższym;

⁶ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz. U. nr 13, poz. 54 z późn. zm.)

⁷ Sąd Najwyższy dokonywał interpretacji pojęcia „najbliższy” m.in. w wyrokach: z 5 lutego 1971 r., IV KR 253/70, LEX nr 21371; z 5 maja 1973 r., IV KR 197/73, LEX nr 63773; z 10 listopada 1976 r., V KR 184/76, OSNKW 1977 nr 3, poz. 27; z 5 listopada 1981 r., I KR 240/81, OSNKW 1981 nr 12, poz. 73; z 9 listopada 1990 r., WR 203/90, OSP 1991 nr 9, s. 205.

⁸ J. Majewski, *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 1392; J. Giezek, *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 704; A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2013, s. 264–265.

- 2) jako określenie trybu ścigania przestępstw:
 - a) art. 203 §3: Jeżeli kradzież popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego,
 - b) art. 204 §4: Jeżeli przywłaszczenie popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego,
 - c) art. 205 §3: Jeżeli oszustwo popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego,
 - d) art. 214 §4: Jeżeli przestępstwo określone w §1., 2. lub 3. [zabór pojazdu w trybie podstawowym i kwalifikowanym – dopisek autora] na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego;
- 3) jako znamiona czynu zabronionego:
 - a) art. 186 §1: Kto uporczywie uchyla się od wykonania ciążącego na nim z mocy ustawy obowiązku łożenia na utrzymanie dziecka, rodziców lub innej osoby najbliższej i przez to naraża ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych,
 - b) art. 166: Kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę najbliższych, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona.

Kodeks karny z 1997 roku⁹ zdefiniował pojęcie osoby najbliższej, podobnie jak wcześniejsze kodeksy, w rozdziale „Wyjaśnienie pojęć ustawowych”. W art. 115 §11 osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

Jedyną różnicą między definicją znajdującą się we wcześniejszej kodyfikacji było wyeliminowanie słowa „faktycznie” z opisu osoby najbliższej. Z uwagi na prawie identyczną strukturę przepisów dotyczących wyjaśnienia pojęcia „najbliższego” w kodeksie karnym z 1969 roku i „osoby najbliższej” w kodeksie karnym z 1997 roku przyjmuje się, że zarówno orzecznictwo jak i wypowiedzi doktryny nie straciły nic z aktualności po wejściu w życie nowego kodeksu¹⁰.

Ustawodawca użył pojęcia „osoby najbliższej” już w części ogólnej kodeksu karnego. Można zatem znaleźć to sformułowanie w:

- 1) art. 41a §1 k.k. – regulacja dotycząca obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób, zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym,
- 2) art. 67 §3, art. 72 §1a, art. 75 §1a – regulacje dotyczące środków probacyjnych.

⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. nr 88 poz. 553. z późn. zm.).

¹⁰ J. Majewski, op. cit., s. 1389.

W części szczególnej kodeksu karnego pojęcie „osoby najbliższej” występuje:

- 1) przy określaniu trybu ścigania przestępstw (art. 157 §4 i 5, art. 177 §3, art. 278 §4, art. 279 §2, art. 284 §4, art. 285 §2, art. 286 §4, art. 287 §3, art. 289 §5),
- 2) jako znamiona czynów zabronionych (art. 190 §1, art. 190a §1, art. 207 §1, art. 209 §1),
- 3) jako przesłanki niepodlegania karze (art. 239 §2),
- 4) jako przesłanka nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od wymierzenia kary (art. 239 §3).

Jak zostało powiedziane wcześniej, katalog ten okazał się do tego stopnia niejasny, iż Sąd Najwyższy i sądy apelacyjne wielokrotnie dokonywały interpretacji tego przepisu. Zgodnie z wykładnią sądową „Art. 120 §5 k.k. pojęcie «najbliższy» określa w sposób wyczerpujący. Wstępni to rodzice, dziadkowie i pradziadkowie. Zstępni to dzieci, wnuki i prawnuki. Krewni jednego ze współmałżonków są powinowatymi dla drugiego małżonka. Rodzeństwo to bracia lub siostry”¹¹.

W kolejnych orzeczeniach sądy doprecyzowywały, którzy członkowie rodziny są osobami najbliższymi:

- 1) mąż siostry oskarżonego należy do osób najbliższych¹²,
- 2) pasierb oskarżonego należy do osób najbliższych¹³,
- 3) córka brata oskarżonego (bratanica) nie jest osobą najbliższą¹⁴,
- 4) syn siostry oskarżonego nie jest „osobą najbliższą” (art. 120 §5 k.k.)¹⁵,
- 5) rodzeństwo rodziców oskarżonego ani małżonkowie tego rodzeństwa (wuj, stryj, ciotka itp.) nie są najbliższymi w rozumieniu art. 120 §5 k.k.¹⁶,
- 6) małoletni pozostający w rodzinie zastępczej tymczasowo, bądź oddany im pod opiekę nie jest osobą najbliższą¹⁷.

Z punktu widzenia prawa karnego nie ma znaczenia, czy więzy rodzinne nadal trwają, czy zostały przerwane np. przez rozwód. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, iż „Z uwagi na sposób unormowania powinowactwa w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, fakt ten [rozwód – dopisek autora] nie pozbawia powinowatego statusu osoby najbliższej w rozumieniu art. 115 §11 KK. Zgodnie bowiem z dyspozycją przepisu art. 61⁸ §1 KRO po-

¹¹ Wyrok SN z 5 maja 1973 r., IV KR 197/73, LEX nr 63773.

¹² Wyrok SN z 5 listopada 1981 r., I KR 240/81, OSNKW 1981 nr 12, poz. 73.

¹³ Wyrok SN z 10 listopada 1976 r., V KR 184/76, OSNKW 1977 nr 3, poz. 27.

¹⁴ Wyrok SN z 5 lutego 1971 r., IV KR 253/70, LEX nr 21371.

¹⁵ Wyrok SA w Krakowie z 14 marca 1991 r., II AKr 16/91, KZS 1991 nr 3, poz. 18.

¹⁶ Wyrok SA w Krakowie z 23 kwietnia 1992 r., II AKr 37/92, KZS 1992 nr 3–9, poz. 54.

¹⁷ Postanowienie SN z 4 lutego 2010 r., V KK 296/09, OSNKW 2010 nr 6, poz. 51.

winowactwo trwa mimo ustania małżeństwa¹⁸. Podobnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Krakowie w sprawie o sygn. II AKa 165/12¹⁹.

Największym problemem jednak okazało się użycie w definicji sformułowania „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Już w 1973 roku Sąd Najwyższy próbował dookreślić to sformułowanie. Zdaniem Sądu, „Mówiąc o osobie pozostającej faktycznie we wspólnym pożyciu, kodeks ma na względzie konkubinę i konkubenta”²⁰.

W polskim prawie nie ma zdefiniowanego pojęcia konkubinatu, o czym była mowa wcześniej. Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie o sygn. V KR 93/75 z 15 października 1975 roku²¹ określił, co nie jest konkubinatem. Zdaniem Sądu „fakt, że oskarżony często bywał w domu narzeczonej i być może nawet współżył z nią sporadycznie, nie jest wystarczający do przyjęcia, iż był to konkubinatu w rozumieniu art. 120 §5 k.k.”. Zgodnie z tą linią orzecznictwem 11 grudnia 1997 roku w Sądzie Apelacyjnym w Krakowie zapadł wyrok, w którego uzasadnieniu stwierdzono, iż „Nie można zrównywać z konkubinatem luźnego związku partnerskiego (...) Doraźne kontakty, choćby połączone ze współżyciem seksualnym, prezenty, nawet przelotne uczucie, nie wyczerpują jeszcze kompletu znamion pozostawania faktycznie we wspólnym pożyciu, różniącego się od małżeństwa jedynie brakiem dopełnienia wymogów formalnych (art. 1 i art. 23 i nast. k.r. i o.)”²².

Najistotniejszą interpretację przepisów, która ma ogromny wpływ na analizę przepisów prawa karnego w ujęciu związków pozamałżeńskich jest wyrok w sprawie o sygn. V KR 203/75 Sądu Najwyższego z 12 listopada 1975 roku²³. Sąd nie odwoływał się do pojęcia konkubinatu, ale zinterpretował pojęcie „wspólne pożycie” i jego główne elementy. Zdaniem Sądu Najwyższego, „Za istotne i konieczne elementy wspólnego pożycia w rozumieniu art. 120 §5 k.k. uznać należy następujące: wspólne pożycie psychiczne i fizyczne, wspólnotę ekonomiczną i trwałość związku. Te elementy bowiem wskazywać mogą, że pomiędzy dwiema osobami płci odmiennej zachodzi taki związek, który od związku małżeńskiego różni się tylko brakiem prawnej legalizacji faktycznego związku małżeńskiego”.

Co istotne – podkreślono wyraźnie, iż wspólne pożycie, w myśl regulacji zawartych w kodeksie karnym, może zachodzić wyłącznie między osobami płci odmiennej.

¹⁸ Wyrok SN z 26 kwietnia 2012 r., II KK 268/11.

¹⁹ Wyrok SA w Krakowie z 5 grudnia 2012 r., II AKa 165/12, KZS 2013 nr 1, poz. 50.

²⁰ Wyrok SN z 5 września 1973 r., IV KR 197/73, LEX nr 63773.

²¹ Wyrok SN z 15 października 1975 r., V KR 93/75, LEX nr 63538.

²² Wyrok SA w Krakowie z 11 grudnia 1997 r., II AKa 226/97, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 1998, nr 10, poz. 23.

²³ Wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSPiKA 1976 nr 10, poz. 187.

Na gruncie obecnego kodeksu karnego trzeba natomiast zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z 7 lipca 2004 roku, w którym wywieziono, że pojęcie „wspólne pożycie” odnoszone jest wyłącznie do konkubinatu, a w szczególności do związku osób o różnej płci, odpowiadającego od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa²⁴. Z uwagi na brak definicji konkubinatu i użycie zwrotu „w szczególności” – nie można z całą pewnością stwierdzić, że Sąd Najwyższy neguje wspólne pożycie partnerów homoseksualnych.

Przy takiej interpretacji pojęcia „wspólnego pożycia” jasno wynika, że nie można za osobę najbliższą uznać narzeczonej niepozostającej we wspólnym pożyciu²⁵, znajomego – kolegi udostępniającego danej osobie lokal czy pomieszczenie do czasowego zamieszkania²⁶, brata konkubiny²⁷.

Ważnym elementem jest również trwałość związku, a co za tym idzie, była konkubina nie może zostać uznana za osobę najbliższą w myśl art. 115 §11 k.k.²⁸

Jak widać na przykładzie wcześniej cytowanych orzeczeń, wykładnia zastosowana przez Sąd Najwyższy z czasem uległa jednak modyfikacji. Obecnie przyjmuje się, że ze wspólnym pożyciem mamy do czynienia wówczas, gdy dane osoby połączone są jednocześnie trzema rodzajami więzi: duchową, fizyczną i gospodarczą²⁹.

Więź duchowa wyraża się we wzajemnych związkach psychicznych, opartych przede wszystkim na lojalności.

Więź fizyczna przejawia się w fizycznym współżyciu, jednakże takie okoliczności, jak np. choroba, podeszły wiek, wyjazd mogą usprawiedliwiać brak współżycia.

Więź gospodarcza to prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, przy czym konieczna rozłąka może usprawiedliwiać niewykonywanie także i tej więzi.

Warto nadmienić, iż w oparciu o te same więzi sądy w trakcie postępowania o rozwiązanie małżeństwa poprzez rozwód dokonują analizy rozkładu pożycia małżeńskiego. Przesłanki małżeństwa są takie same jak przesłanki wspólnego pożycia. Jedyną różnicą jest brak sformalizowanej formy, jaką jest zawarcie małżeństwa.

O ile kwestia konkubinatów heteroseksualnych wydaje się być jasna, o tyle dosyć problematyczna wydaje się być sprawa związków (konkubinatów) homoseksualnych w kontekście art. 115 §11 k.k.

²⁴ Postanowienie SN z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1267.

²⁵ Wyrok SN z 9 listopada 1990 r., WR 203/90, OSP 1991, nr 9, s. 205.

²⁶ Wyrok SA w Katowicach z 4 października 2012 r., II AKa 349/12, LEX nr 1236422.

²⁷ Wyrok SA w Łodzi z 30 stycznia 2002 r., II AKa 234/01, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2004, nr 4, poz. 27.

²⁸ Wyrok SN z 23 lipca 2008 r., V KK 12/08, OSNwSK 2008, poz. 1527.

²⁹ Uchwała SN z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSNCK 1955, nr 3, poz. 46.

Zdaniem P. Daniluka związku osób tej samej płci można traktować na równi z konkubinatami heteroseksualnymi, jeżeli partnerów łączy więź duchowa, fizyczna i gospodarcza. Jego zdaniem w art. 115 §1 k.k. „mowa jest bowiem tylko o wspólnym pożyciu, nic natomiast nie wspomina się o płci osób tworzących taką relację. Skoro zatem *lege non distinguente*, to przyjąć należy, że chodzi tu o wspólne pożycie zarówno kobiety i mężczyzny, jak i dwóch kobiet bądź dwóch mężczyzn. Warto również zauważyć, że różnicowanie przez organy stosujące prawo wspólnego pożycia heteroseksualnego i homoseksualnego w zakresie skutków prawnych z niego wynikających (np. prawo do odmowy zeznań z art. 182 §1 KPK) rodzić może uzasadniony zarzut dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. To zaś jest nie do pogodzenia m.in. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP”³⁰.

Zwolennicy tego stanowiska powołują się na relacje występujące w związkach osób homoseksualnych. Skoro bowiem występują w nich więzi duchowe, fizyczne i gospodarcze, które są niezbędnym elementem do zaistnienia wspólnego pożycia, to brak podstaw do odmowy przyznania takim osobom uprawnienia, o którym mowa w art. 115 §11 k.k.³¹ Z treści samego przepisu nie wynika, iż ma on zastosowanie wyłącznie do związków osób o przeciwnej płci, a wręcz przeciwnie – norma zawarta w tym przepisie nie dotyczy problematyki płci osób tej samej płci. Możliwe jest zatem stosowanie tego przepisu w stosunku do par homoseksualnych, jeśli tylko łącząca ich więź stanowi wspólne pożycie³².

Na poparcie swoich argumentów zwolennicy uznania konkubinatów homoseksualnych przywołują wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 marca 2010 roku w sprawie nr 13102/02 (Kozak przeciwko Polsce). Trybunał stwierdził, iż Polska naruszyła Europejską Konwencję Praw Człowieka przez nierówne traktowanie związków heteroseksualnych i homoseksualnych³³. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku, w którym stwierdził, że „pod pojęciem konkubinatu należy rozumieć stabilną, faktyczną wspólnotę osobisto-majątkową dwojga osób. Bez znaczenia we wspomnianym aspekcie jest płeć osób tworzących taki związek”³⁴.

Przeciwnicy tego stanowiska uważają, że konkubinatu posiada wszystkie cechy małżeństwa, a jedynie odróżnia się od niego brakiem dokonania przewi-

³⁰ P. Daniluk, *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, red. R. Stefański [wersja elektroniczna, 30.08.2013].

³¹ M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu w świetle noweli Kodeksu karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 3, s. 46.

³² B. Rodak, Głosa do wyroku ETPC z 3 kwietnia 2012 r., 42857/05, Lex/el.

³³ <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/download,265,0.html> [10.10.2013].

³⁴ Wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r., I ACA 590/06, OSAB 2007, nr 1, s. 10.

dzianej prawem formy jego zawarcia. Polska konstytucja stanowi, iż małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny. Nie można zatem rozszerzać zakresu pojęciowego konkubinatu na związki osób homoseksualnych.

Uregulować tę kwestię miała ustawa o związkach partnerskich³⁵, bądź ustawa o umowie związku partnerskiego³⁶. Wprowadzałyby one możliwość legalizacji związków par homoseksualnych. Doprowadziłoby to do likwidacji problemu, w jaki sposób traktować konkubinaty homoseksualne.

Te projekty zawierały również propozycję zmiany definicji „osoby najbliższej” w art. 115 §1 k.k. Projekt ustawy określił, iż „Osobą najbliższą jest małżonek, partner, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek albo jej partner, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu – niezależnie od jej płci”³⁷. Wszystkie te projekty ustaw zostały odrzucone w trakcie prac sejmowych.

Podsumowując, wydaje się, że na tle kodeksu karnego z 1997 roku pojęcie „osoby najbliższej” w znacznej mierze jest jasne i powszechnie zrozumiałe. Dotyczy to głównie grona osób, gdzie podstawowymi formami relacji jest małżeństwo, pokrewieństwo lub powinowactwo. Najbardziej problematyczne jest określenie grona osób, które mogą pozostawać we wspólnym pożyciu. Największym problemem wydają się być konkubinaty (związki) osób tej samej płci. Brak bowiem jednolitej linii orzeczniczej w polskiej judykaturze, jak również jednego stanowiska doktryny.

Bibliografia

Akty prawne

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 60, poz. 571).

Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 13, poz. 54. z późn. zm.).

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553. z późn. zm.).

³⁵ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/97A9C9C40D26CB7CC1257A370043EC84/%24File/552.pdf> [10.10.2013], <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9436A1BBFEDA2278C1257A370043EC9D/%24File/554.pdf> [10.10.2013].

³⁶ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/29BC5BD1F2B22CECC1257AA0003715ED/%24File/825.pdf> [10.10.2013].

³⁷ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/64ED0A9EBA7B88D4C1257A3700455B4D/%24File/553.pdf> [10.10.2013].

Literatura

- Daniluk P., *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, red. R. Stefański [wersja elektroniczna, 30.08.2013].
- Giezek J., *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
- Jachimowicz M., *Przestępstwo stalkingu w świetle noweli Kodeksu karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 3.
- Majewski J., *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, red. A. Zoll, Warszawa 2012.
- Michalska-Warias A., *Komentarz do art. 115 kodeksu karnego*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2013.
- Rodak B., *Glosa do wyroku ETPC z dnia 3 kwietnia 2012 r.*, 42857/05, Lex/el.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1267.
- Postanowienie SN z 4 lutego 2010 r., V KK 296/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 51.
- Uchwała SN z 28 maja 1955 r., I CO 5/55, OSNCK 1955, nr 3, poz. 46.
- Wyrok SA w Białymstoku z 23 lutego 2007 r., I ACA 590/06, OSAB 2007, nr 1, s. 10.
- Wyrok SA w Katowicach z 4 października 2012 r., II AKa 349/12, LEX nr 1236422.
- Wyrok SA w Krakowie z 11 grudnia 1997 r., II AKa 226/97, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 1998, nr 10, poz. 23.
- Wyrok SA w Krakowie z 14 marca 1991 r., II AKr 16/91, KZS 1991, nr 3, poz. 18.
- Wyrok SA w Krakowie z 23 kwietnia 1992 r., II AKr 37/92, KZS 1992, nr 3–9, poz. 54.
- Wyrok SA w Krakowie z 5 grudnia 2012 r., II AKa 165/12, KZS 2013, nr 1, poz. 50.
- Wyrok SA w Łodzi z 30 stycznia 2002 r., II AKa 234/01, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2004, nr 4, poz. 27.
- Wyrok SN z 10 listopada 1976 r., V KR 184/76, OSNKW 1977, nr 3, poz. 27.
- Wyrok SN z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSPiKA 1976, nr 10, poz. 187.
- Wyrok SN z 15 października 1975 r., V KR 93/75, LEX nr 63538.
- Wyrok SN z 2 lutego 1959 r., IV K 683/59, OSNPG 1959, nr 11, poz. 3.
- Wyrok SN z 23 lipca 2008 r., V KK 12/08, OSNwSK 2008, poz. 1527.
- Wyrok SN z 26 kwietnia 2012 r., II KK 268/11.
- Wyrok SN z 5 listopada 1981 r., I KR 240/81, OSNKW 1981, nr 12, poz. 73.
- Wyrok SN z 5 lutego 1971 r., IV KR 253/70, LEX nr 21371.
- Wyrok SN z 5 maja 1973 r., IV KR 197/73, LEX nr 63773.
- Wyrok SN z 5 września 1973 r., IV KR 197/73, LEX nr 63773.
- Wyrok SN z 9 listopada 1990 r., WR 203/90, OSP 1991, nr 9, s. 205.

Strony internetowe

<http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-w-sprawach-dotyczacych-polski/download,265,0.html>

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/29BC5BD1F2B22CECC1257AA0003715ED/%24File/825.pdf>

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/64ED0A9EBA7B88D4C1257A3700455B4D/%24File/553.pdf>

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9436A1BBFEDA2278C1257A370043EC9D/%24File/554.pdf>

<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/97A9C9C40D26CB7CC1257A370043EC84/%24File/552.pdf>

Agnieszka Daniluk

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: adaniluk@uwb.edu.pl

telefon: +48 85 745 71 54

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.15

Żądanie wyłączenia pracownika organu w postępowaniu administracyjnym w kontekście konkubinatu

SUMMARY

Requesting exclusion of an employee in the administrative authority in the context of cohabitation

The ideal model of the administrative procedure assumes that public authorities shall proceed in an impartial manner. The exclusion from administrative proceedings of entities for which there is reasonable suspicion to act during procedure with an element of bias is a guarantee of objective settlement of the matter. The essence of the exclusion is primarily a permanent elimination of an employee in a particular situation or depriving him of legal possibilities to influence the course of the proceedings and the content issued in case settlement. The article poses the following questions: does cohabitation justify such an exemption, and what are the consequences of both justified and unjustified exclusion of an employee of an administrative body? Analysis of issues for exclusion under the provisions of the Code of Administrative Procedure in the context of cohabitation tends to make some reflections. Firstly, consideration of the evidence in general context is required in the face of the increasingly frequent occurrence of partnerships referred to in Polish nomenclature as concubinage. This would provide greater safeguards for the principle of objective truth due to the fact that the process itself would be subject to exclusion from the law, and not at the request of the employee's superior (as is currently the case). Secondly, consideration of the type of legal act for such exclusion as well as the possibility of replacing the provision issued in such cases by another legal act the measure of which is the type of management ordinance required.

Key words: exclusion of an employee, administrative procedure, cohabitation

Słowa kluczowe: wyłączenie pracownika, postępowanie administracyjne, konkubinatu

Idealny model postępowania administracyjnego zakłada, że organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób bezstronny. Przytaczając

słownikowe¹ rozumienie tego pojęcia uznać należy, iż postępowanie powinno być prowadzone w sposób neutralny, niezależny, obiektywny i sprawiedliwy, a organ, podejmując czynności w celu załatwienia sprawy w ramach postępowania, zobowiązany jest dokonywać oceny materiału dowodowego, kierując się wyłącznie przepisami prawa i własnym doświadczeniem.

Bezstronność jest właśnie w taki sposób rozumianą wartością w europejskim modelu procedury administracyjnej, gdzie w myśl art. 8 Europejskiego Kodeksu Dobrej Praktyki Administracyjnej² organy publiczne działają zgodnie z zasadą bezstronności, kierując się wyłącznie okolicznościami sprawy. W myśl dyspozycji tej normy, organy jak i ich urzędnicy mają obowiązek powstrzymywania się od wszelkich działań, które mogą pozytywnie lub negatywnie oddziaływać na sytuację jednostek. W katalogu czynników, które wpływają na zachwianie bezstronności mieścić się wydają te wynikające z interesów rodzinnych, osobistych, narodowych, jak również wypływające z presji politycznej.

Gwarancją obiektywnego załatwienia sprawy na gruncie postępowania administracyjnego jest instytucja wyłączenia od udziału w postępowaniu podmiotów, co do których występuje uzasadnione podejrzenie wprowadzenia do postępowania elementu stronniczości.

U podstaw polskiego postępowania administracyjnego w kontekście zasady bezstronności leży norma wyrażona w art. 7 k.p.a., zwana zasadą prawdy obiektywnej. Składa się ona na katalog zasad postępowania administracyjnego, które nazywane są „podstawowymi” (przewodnymi) regułami postępowania i za takie uznawane są przez ustawodawcę³. Według B. Adamiak przypisanie normie postępowania zasady ogólnej powoduje różne konsekwencje⁴. Oprócz rozumienia jej jako wytycznej dla wspólnego traktowania całości postępowania administracyjnego, stanowią szczegółowy przejaw konkretyzacji zasad ogólnych, w myśl tezie, że przepisy bardziej szczegółowo muszą być interpretowane z zasadami ogólnymi. Zasady ogólne mogą ponadto służyć do wypełniania ewentualnych luk⁵ w obrębie k.p.a. W kontekście tych obszarów „konsekwencji prawnych” rozważeniu poddane zostaną przesłanki wyłączające pracownika od udziału w postępowaniu administracyjnym na gruncie obowiązujących zasad postępowania administracyjnego i ich relacji wobec instytucji konkubinatu.

¹ A. Kubisa-Ślipko, *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Wałbrzych 2000, s. 12.

² Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej uchwalony został 6 września 2001 r. przez Parlament Europejski.

³ Z. Janowicz, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1987, s. 81.

⁴ Szerzej: B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego*, wyd. 5, Warszawa 2006, s. 42.

⁵ Cytując B. Adamiak i S. Rozmaryna, „z punktu widzenia całości KPA taka luka jest tylko pozorna”, S. Rozmaryn, *O zasadach ogólnych kodeksu postępowania administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 12, s. 889.

Jedną z najważniejszych gwarancji służących ustaleniu prawdy obiektywnej jest instytucja wyłączenia podmiotów stosujących prawo od załatwienia sprawy indywidualnej. Przedstawiciele doktryny prawa administracyjnego jak również orzecznictwa podkreślają, że u podstaw wyłączenia pracownika leży przede wszystkim wzgląd na konieczność dokonania obiektywnej oceny okoliczności sprawy i sprawiedliwego jej rozstrzygnięcia. Świadczyć ma o tym zarówno konstrukcja przepisów art. 24 §1⁶ i 25⁷ k.p.a., stanowiących o wyłączeniu z mocy prawa – w przypadku zaistnienia określonych przesłanek – pracownika lub organu, nie uzależniając tego skutku od występowania w sprawie kilku stron o sprzecznych żądaniach (spornych interesach), jak również konstrukcja przepisu art. 24 §3 k.p.a.⁸, która dopuszcza możliwość wyłączenia pracownika z urzędu. Przesłanki te wskazują na bliskość pracownika wobec stron postępowania bądź na bliskość załatwianej sprawy.

Wyłączenie od udziału w postępowaniu polega jedynie na utracie zdolności prawnej przez poszczególnych pracowników do podejmowania określonych czynności procesowych w danej sprawie⁹. Istotą wyłączenia jest przede wszystkim trwale wyeliminowanie pracownika z konkretnej sytuacji, czyli pozabawienie go prawnych możliwości wpływu na przebieg postępowania i treść wydanego w tej sprawie rozstrzygnięcia.

Przesłanki z art. 24 §1 obejmują trzy różne płaszczyzny. Pierwsze trzy odnoszą się do osobistych więzi pracownika prowadzącego sprawę, będących wynikiem konkretnych stosunków społecznych, w tym stosunków prawnych, takich jak: małżeństwo, pokrewieństwo, przysposobienie, kuratela lub

⁶ Art. 24 §1 k.p.a.: „Pracownik organu administracji publicznej podlega wyłączeniu od udziału w postępowaniu w sprawie: 1) w której jest stroną albo pozostaje z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy może mieć wpływ na jego prawa lub obowiązki, 2) swego małżonka oraz krewnych i powinowatych do drugiego stopnia, 3) osoby związanej z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli, 4) w której był świadkiem lub biegłym albo był lub jest przedstawicielem jednej ze stron, albo w której przedstawicielem jednej strony jest jedna z osób wymienionych w pkt 2 i 3, 5) w której brał udział w niższej instancji w wydaniu zaskarżonej decyzji, 6) z powodu której wszczęto przeciw niemu dochodzenie służbowe, postępowanie dyscyplinarne lub karne, 7) w której jedną ze stron jest osoba pozostająca wobec niego w stosunku nadrzędności służbowej”.

⁷ Art. 25 k.p.a.: „§ 1. Organ administracji publicznej podlega wyłączeniu od załatwienia sprawy dotyczącej interesów majątkowych: 1) jego kierownika lub osób pozostających z tym kierownikiem w stosunkach określonych w art. 24 § 1 pkt 2 i 3, 2) osoby zajmującej stanowisko kierownicze w organie bezpośrednio wyższego stopnia lub osób pozostających z nim w stosunkach określonych w art. 24 § 1. pkt 2 i 3. § 2. Przepis art. 24 § 4 stosuje się odpowiednio”.

⁸ Art. 24 §3: „Bezpośredni przełożony pracownika jest obowiązany na jego żądanie lub na żądanie strony albo z urzędu wyłączyć go od udziału w postępowaniu, jeżeli zostanie uprawdopodobnione istnienie okoliczności nie wymienionych w § 1., które mogą wywołać wątpliwość co do bezstronności pracownika”.

⁹ W. Chróścielewski, *Gmina jako strona postępowania administracyjnego – konsekwencje prawne uchylecia art. 27 a kpa*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 4, s. 21.

opieka. Przesłanki czwarta i piąta mają charakter procesowy i dotyczą przede wszystkim stosunku pracownika do uczestników postępowania lub do organu prowadzącego sprawę. Ostatnie dwie przesłanki mają charakter stosunku pracowniczego.

Nieco inną konstrukcję ma art. 24 §3 k.p.a., który stanowi o istnieniu innych okoliczności niż wyżej wymienione, które mogą wywołać wątpliwości co do bezstronności pracownika. Przepis ten wydaje się być dopełnieniem zamkniętego katalogu przesłanek wyłączenia. W założeniu ustawodawcy daje on możliwość przeciwdziałania nadużyciom mogącym powstać na skutek stronniczego załatwienia sprawy, w przypadku gdy wystąpią okoliczności niewymienione w art. 24 §1 k.p.a., a jednak zagrażające sprawiedliwemu, rzetelnemu uczciwemu przeprowadzeniu czynności procesowych. Czy jednak art. 24 §3 zapewnia w pełni realizację tego celu?

Podstawową różnicą pod względem okoliczności wymienionych w obu powyższych artykułach jest wyłączenie pracownika na mocy art. 24 §1 k.p.a. bez potrzeby wykazania, że przyczyny te mogłyby wywołać wątpliwości co do bezstronności. W przypadku zaś art. 24 §3 k.p.a. przesłanką wyłączenia pracownika przez bezpośredniego przełożonego jest konieczność uprawdopodobnienia, że istnienie tych okoliczności może wywołać wątpliwości co do bezstronności pracownika. Użycie przez ustawodawcę określenia „uprawdopodobnienie” daje szerokie możliwości wyłączenia pracownika, względem którego sformułowane zostanie samo podejrzenie o braku bezstronności (a dokładnie – wystąpią okoliczności, które „mogą wywołać wątpliwości co do bezstronności”). Zdaniem NSA nawet „nie jest konieczne uprawdopodobnienie, że pracownik będzie stronnicy w załatwieniu sprawy ze względu na daną okoliczność, lecz wystarczy, że okoliczność ta powoduje powstanie wątpliwości co do jego bezstronności, a zatem nie jest pewne i jasne, czy pracownik wykona swoje uprawnienia procesowe w sposób bezstronny”¹⁰.

Powodem braku bezstronności pracownika może być albo jego stosunek do sprawy, bądź osobisty stosunek do jednej ze stron. Okolicznościami, których prawdopodobieństwo uzasadnia wyłączenie pracownika na podstawie tego artykułu mogą być zarówno okoliczności będące źródłem (przyczyną) powstania jego stosunku do strony lub do sprawy, jak i okoliczności będące przejawem (skutkiem) istnienia takiego stosunku¹¹.

„Stosunek osobisty może mieć charakter emocjonalny lub racjonalny. Stosunek natury emocjonalnej polega na mniej lub bardziej uzasadnionym «obiektywnie» odczuwaniu sympatii lub antypatii do drugiej osoby. Stosunek o charakterze racjonalnym oznacza istnienie powiązań (np. gospodarczych, ekono-

¹⁰ Wyrok NSA z 18 kwietnia 2012 r., II OSK, 40/20, LEX nr 1219149.

¹¹ Z. Kmieciak, *Żądanie wyłączenia pracownika organu w postępowaniu administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 3, s. 67.

micznych) wpływających (wzajemnie lub jednostronnie) na interesy lub pozycję życiową drugiej osoby”¹².

W związku z analizowanym zagadnieniem odpowiedzi wymaga pytanie, czy w sytuacji konkubinatu występuje tylko stosunek osobisty o emocjonalnym zabarwieniu, czy też stosunek nazwany jak powyżej o charakterze „racjonalnym”. Jeżeli tak, to w jaki sposób podlega on weryfikacji. Czy fakt ustania konkubinatu jest okolicznością uzasadniającą wyłączenie i jakie są skutki zarówno uzasadnionego, jak i nieuzasadnionego wyłączenia pracownika organu z uwagi na tę okoliczność.

Pojęcie konkubinatu stosowane jest do określenia faktycznego trwałego pożycia kobiety i mężczyzny, charakteryzującego się występowaniem takich więzi, jakie cechują pożycie małżonków, bez formalizowania tego związku przez zawarcie małżeństwa¹³. Można określić go jako naturalny związek dwóch osób podobny do instytucji małżeństwa, jednak nieformalny z uwagi na brak rejestracji cywilnej lub religijnego usankcjonowania związku. Skoro zatem uznaje się go za naturalny związek dwóch osób podobny do instytucji małżeństwa, analizy wymagać wydają się płaszczyzny owego podobieństwa.

W Polsce nie ma możliwości rejestrowania konkubinatów, z czego z kolei wynikają inne konsekwencje prawne na gruncie prawa cywilnego. Jedną z nich jest brak możliwości praktycznego dochodzenia praw spadkowych (z wyłączeniem dziedziczenia z testamentu) czy alimentacyjnych dla konkubenta. Ograniczenia wynikające z pozostawania w konkubinacie uniemożliwiają wspólne przysposobienie dziecka czy wspólne sprawowanie funkcji opiekuna¹⁴.

¹² Ibidem, s. 67.

¹³ Na temat pojęcia konkubinatu zob. W. Ćwiek, *Konkubinaty*, Warszawa 2002, s. 2-9.

¹⁴ W prawie administracyjnym do zagadnienia konkubinatu ustawodawca odnosi się pośrednio w ustawie z 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (t.j. Dz. U. z 2004 r., nr 161, poz. 1688 z późn. zm.) oraz w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia oraz wzorów aktów stanu cywilnego, ich odpisów, zaświadczeń i protokołów (Dz. U. nr 136, poz. 884 z późn. zm.). Regulacje w zakresie tej problematyki mają także miejsce w ustawie z 17 października 2008 r. o zmianie imienia i nazwiska (Dz. U. nr 220, poz. 1414) czy ustawie z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz. U. nr 180, poz. 1493 z późn. zm.). Ponadto należy także wskazać inne akty normatywne, tj. ustawę z 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 33, poz. 178), ustawę z 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsułów Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2002 r., nr 215, poz. 1823 z późn. zm.), rozporządzenie Ministra Finansów z 5 czerwca 2001 r. w sprawie zasad i trybu składania przez opiekuna w instytucji bankowej gotówki osoby pozostającej pod opieką (Dz. U. nr 64, poz. 649), ustawę z 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (Dz. U. nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), ustawę z 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (t.j. Dz. U. z 2009 r., nr 175, poz. 1362 z późn. zm.) oraz następujące akty wykonawcze do tej ustawy: rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 5 października 2004 r. w sprawie centralnego banku danych o dzieciach oczekujących na przysposobienie oraz ośrodków adopcyjno-opiekuńczych upoważnionych do współpracy z licencjonowanymi przez rządy innych państw organizacjami lub ośrodkami adopcyjnymi (Dz. U. nr 223, poz. 2266), rozporządzenie Mi-

Współwłasność majątkowa konkubentów może natomiast powstać tylko na ogólnych zasadach prawa cywilnego. Przyjmuje się, że podstawę roszczeń majątkowych stanowią wzajemne porozumienia, nazywane umowami konkubentkimi. W doktrynie podkreśla się, że zasadnicza różnica między umowami konkubentkimi a zwykłymi umowami majątkowymi wynika z założenia, że w sytuacji konkubinatu dochodzi do formowania się stosunków osobistych, podczas gdy w umowach majątkowych – podstawowym założeniem jest osiągnięcie celu gospodarczego¹⁵. Okoliczności te powodują, że następuje zmiana w terminologii określania osób znajdujących się w stanie konkubinatu. Samo słowo konkubinatu coraz częściej zastępowane jest słowem kohabitacja¹⁶, zaś mówiąc o konkubencie czy o konkubinie coraz powszechniej używane jest sformułowanie „osoby pozostające ze sobą w faktycznym pożyciu”¹⁷. Użycie takiego określenia wydaje się iż powinno wpływać na ułatwienie ustalenia powiązań stosunków osobistych z majątkowymi przy jednoczesnym istnieniu więzi fizycznej i wspólnym mieszkaniu osób żyjących w konkubinacie. Czyż bowiem w relacji konkubentów nie istnieją powiązania gospodarcze i ekonomiczne, wpływające na interesy lub pozycję życiową drugiej osoby? Odpowiedź na tak postawione pytanie wydaje się być jednoznaczna. Skoro przyjmujemy, że jest to relacja pomiędzy dwojgiem ludzi oparta na założeniach instytucji małżeństwa, a z uwagi na fakt braku możliwości jej zarejestrowania nie posiada regulacji prawnej, to jest to bardziej skutek, a nie cecha tej relacji. W obliczu powyższego można ją zatem uznać za posiadającą stosunek osobisty zarówno natury emocjonalnej, jak i racjonalnej.

W świetle art. 24 §3 k.p.a. podstawą wyłączenia pracownika nie powinno być subiektywne wrażenie strony, lecz jedynie konkretne fakty. Kwestia zweryfikowania faktu pozostawania w stosunku osobistym często nie jest do końca możliwa. Wydaje się zatem, że użycie określenia uprawdopodobnienia okoliczności, które mogą wywołać wątpliwości co do bezstronności pracownika zastosowano celowo, aby ograniczyć proces dowodzenia, a tym samym zabezpieczyć interes prawny strony postępowania. Chodzi tu bowiem o okoliczności, które w powszechnym odczuciu usprawiedliwiają przypuszczenie, że pracownik przy rozpatrywaniu sprawy i jej rozstrzygnięciu będzie zachowywać się

nistra Polityki Społecznej z 18 października 2004 r. w sprawie rodzin zastępczych (Dz. U. nr 233, poz. 2344 z późn. zm.), rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 4 czerwca 2010 r. w sprawie ośrodków adopcyjno-opiekuńczych (Dz. U. nr 110, poz. 733), a także rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 19 października 2007 r. w sprawie placówek opiekuńczo-wychowawczych (Dz. U. nr 201, poz. 1455); także ustawę z 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (t.j. Dz. U. z 2009 r., nr 1, poz. 7 z późn. zm.)

¹⁵ K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w nowoczesnym świecie*, Kraków 2002.

¹⁶ W. Ćwiek, op. cit., s. 56.

¹⁷ Podobnie w rozumieniu prawa karnego konkubenci są dla siebie osobami najbliższymi, co rodzi pewne skutki w postępowaniu karnym (np. możliwość odmowy zeznań wobec konkubenta).

stronniczo¹⁸. Z drugiej jednak strony, dlaczego fakt pozostawania w konkubina- cie nie jest sklasyfikowany w §1 pkt 2, który w sposób bezpośredni odnosi się do więzi natury osobistej? Fakt definiowania konkubinatu w prawie polskim jako relacji opartej na założeniach instytucji małżeństwa bez usankcjonowania jej w prawie, wydaje się przemawiać za potrzebą jej regulacji w sposób bardziej wyraźny. W kategorii przesłanek, w których dopatruje się istnienia stosunku o charakterze emocjonalnym przedstawiciele doktryny w jednym zdaniu wymieniają następujące okoliczności: utrzymywanie ze stroną kontaktów intymnych, mogących świadczyć o łączącym ich uczuciu miłości, jak i kontakty towarzyskie, świadczące o łączących ich więziach przyjaźni czy bliższej znajomości¹⁹. Zestawienie obu tych przesłanek może prowadzić do licznych nieporozumień. Podstawą do wyłączenia pracownika nie będzie sam fakt znajomości przez niego strony lub jej osoby bliskiej. Trudno bowiem w małej gminie postawić urzędnikowi zarzut znajomości strony postępowania, zwłaszcza gdy najczęściej taki pracownik organu zna większość społeczności lokalnej. Drugim zastrzeżeniem przy interpretacji w powyższy sposób przepisu art. 24 §3 jest okoliczność utrzymywania stosunków intymnych. Uwzględniając stanowisko doktryny w oparciu o powyższe dywagacje, często przesłanka ta nie ma natury relacji o charakterze trwałym, z której wynikałby stosunek osobisty o charakterze emocjonalnym i racjonalnym, jak ma to miejsce w przypadku konkubinatu. Zestawienie w jednym rzędzie obu tych okoliczności o zupełnie innym ciężarze gatunkowym problemu wydaje się świadczyć o ignorancji ustawodawcy w zakresie dostrzegania potrzeby oddzielnej regulacji stanu konkubinatu. Zarówno okoliczność nazwana jako utrzymywanie ze stroną kontaktów intymnych, czy też kontaktów towarzyskich nie muszą przecież spełniać cech, przez które konkubinatu jest definiowany.

Bez względu jednak na rodzaj tego stosunku uwzględnienie wniosku o wyłączenie pracownika zależy od uznania przełożonego. Z faktem tym z kolei²⁰ nierozłącznie wiążą się skutki nieuzasadnionego wyłączenia pracownika organu. Zasadniczo, wyłączenie pracownika organu pociąga za sobą jedynie konieczność wyznaczenia innego pracownika do prowadzenia sprawy, do czego zobowiązany jest bezpośredni przełożony wyłączonego pracownika. W przy-

¹⁸ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 7 marca 2012 r., II SA/Bd 47/12, LEX nr 1138341. Przepis art. 24 §3 k.p.a. ma charakter gwarancyjny – służyć ma zapewnieniu bezstronnego wykonywania czynności w postępowaniu administracyjnym. Jego istotą jest eliminacja nawet jedynie potencjalnych wątpliwości co do braku bezstronności pracownika organu czy biegłego. Dla zastosowania art. 24 §3 k.p.a. wystarczy uprawdopodobnienie istnienia okoliczności mogących wywoływać wątpliwość co do bezstronności, a nie okoliczności powodujących stronniczość. Wystarczy zatem, że z uwagi na konkretną okoliczność nie jest pewne i jasne, czy dana czynność procesowa zostanie wykonana w sposób bezstronny.

¹⁹ Z. R. Kmieciak, op. cit., s. 68.

²⁰ L. Żukowski, [w:] L. Żukowski, R. Sawuła, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, Warszawa 2002, s. 45.

padku wyłączenia członka organu kolegialnego taki skutek wystąpi, gdy wyłączenie pracownika wiązałoby się z utratą przez organ kworum niezbędnego do podjęcia uchwały. Skutkiem wyłączenia pracownika tworzącego organ monokratyczny będzie załatwienie sprawy przez organ wyższego stopnia nad tym organem. Z tego też powodu przesłanki uzasadniające wyłączenie pracownika powinny być badane ze szczególną wnikliwością. Skoro bowiem wyłączenie pracownika powoduje poddanie załatwienia sprawy przez inny organ, to nieuzasadnione wyłączenie, a w konsekwencji przeniesienie sprawy do innego organu, będzie mogło spotkać się z zarzutem wydania rozstrzygnięcia przez organ niewłaściwy. Zastrzec jednak należy, że takie sytuacje należą do rzadkości.

Co do zasady, nadmiar „ostrożności procesowej” wyrażający się w wyłączeniu pracownika, choć nie było ku temu żadnych podstaw prawnych, na ogół nie pociąga za sobą żadnych negatywnych konsekwencji ani procesowych, ani materialnych²¹. W przypadku jednak bezpodstawnego przekazania sprawy innemu organowi z powołaniem się na jedną z ustawowych przesłanek wyłączenia, należy poddać w wątpliwość jego zasadność w przypadku, gdy przekazanie sprawy innemu organowi jest konsekwencją bezzasadnego wyłączenia pracownika organu na podstawie przyczyny w art. 24 §3 k.p.a. Wyłączenie to, jak już wyżej zostało wspomniane, następuje na mocy postanowienia uprawnionego podmiotu. W doktrynie panuje jednak spór co do uznania za konieczne wydanie w tej sprawie postanowienia. Cytując za E. Pierzchałą, „Nawet gdyby założyć, że wydanie takiego postanowienia jest niezbędne ze względów dowodowych, co *nota bene* można uzyskać w drodze odpowiedniego wpisu do protokołu, to postanowienie takie mogłoby mieć jedynie charakter deklaracyjny. Oznacza to, że na przyczynie wyłączenia pracownika od udziału w postępowaniu można się powoływać z chwilą ich zaistnienia, a nie z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o wyłączeniu”²². Postanowienie zaś nie może ograniczać się do wskazania pracownika wyłączonego z mocy prawa od udziału w postępowaniu, lecz powinno wyznaczać innego pracownika do prowadzenia sprawy. W tym trybie nie jest dopuszczalne orzeczenie o odmowie wyłączenia pracownika z uwagi na fakt, iż postanowienie to wydawane jest z urzędu. Wniosek strony lub pracownika w tym zakresie nie jest wnioskiem o wydanie postanowienia, lecz jest czynnością innego rodzaju²³. Czynność wyłączenia wydaje się zatem mieć charakter *stricte* pracowniczy, o czym świadczy fakt, iż to przełożony, bezpośrednio usytuowany w stosunku nad-

²¹ J. Borkowski, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 191.

²² E. Pierzchała, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie KPA*, red. J. Niczyporuk, Lublin 2010, s. 633–634.

²³ A. Wróbel, [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 208.

rzędności służbowej, powinien zabezpieczyć wykonywanie zadań w ramach danego stanowiska pracy.

Pracownik wyłączony od udziału w postępowaniu, niezależnie od podstawy wyłączenia, powinien zaniechać prowadzenia czynności procesowych w sprawie, z wyjątkiem czynności niecierpiących zwłoki ze względu na interes społeczny lub ważny interes stron. W zakresie tych czynności, powtarzając za J. Borkowskim, mieszczą się „czynności, które muszą być podjęte z powodu treści obowiązujących przepisów, ustanawiających nieprzekraczalny termin do dokonania określonych czynności, z uwagi na skutki orzeczeń administracyjnych lub sądowych, utratę uprawnień, niemożność wyegzekwowania w późniejszym czasie określonych obowiązków stron czy też ze względu na okoliczności faktyczne, narzucające potrzebę pilnego działania”. Do czasu, gdy postanowienie nie zostanie uchylone obowiązują skutki jego zastosowania, a organ pozostaje niezdolny do załatwienia sprawy. Z uwagi na fakt, iż postanowienie to nie podlega zaskarżeniu, to stworzony w nim stan prawny jest niewzruszalny i brak jest możliwości dokonania oceny, czy wyłączenie takie było uzasadnione czy nie²⁴.

Przy przyjęciu założenia, że dopuszczalne byłoby uchylenie postanowienia o wyłączeniu, jednocześnie możliwe byłoby także jego unieważnienie. W konsekwencji pozbawiałoby go skutków prawnych z mocą wsteczną, a to zaś dopiero otwierałoby drogę do stwierdzenia nieważności decyzji wydanej przez inny organ ze względu na niewłaściwość tego organu.

W literaturze²⁵ krytyce poddana jest rozbieżność pomiędzy brzmieniem art. 24 k.p.a. a 145 §1 pkt 3 k.p.a., polegająca na tym, że zgodnie z treścią art. 24 wyłączenie pracownika następuje „od udziału w postępowaniu”, zaś treść dotycząca wznowienia postępowania głosi: „w sprawie zakończonej decyzją ostateczną wznowia się postępowanie, jeżeli: §6 pkt 3 decyzja została wydana przez pracownika, który podlega wyłączeniu...”. W zakresie pojęcia udziału w postępowaniu mieścić się będą czynności polegające na podejmowaniu czynności przygotowawczych przed wydaniem decyzji, samo wydanie takiej decyzji, jak i czynności od jej wydania. Krytyka powyższego rozwiązania nie wydaje się być, zdaniem Z. R. Kmieciaka²⁶, uzasadniona. Zdaniem autora za uważać należy, że „gdyby przesłanka wznowienia, o której mowa w art. 145 § 1 pkt 3 kpa była określona jako «udział w postępowaniu» pracownika podlegającego wyłączeniu, to jej gramatyczna wykładnia nakazywałaby podciągnąć pod nią również przypadki absolutnie nie uzasadniające potrzeby wznowienia postępowania”. Taka sytuacja mogłaby mieć miejsce wówczas, gdy wątpliwości co do bezstronności pracownika, o których głosi art. 24 §3 k.p.a., powstałyby

²⁴ Z. R. Kmieciak, op. cit., s. 71.

²⁵ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, op. cit., s. 628–629.

²⁶ Z. R. Kmieciak, op. cit., s. 71.

dopiero po przeprowadzeniu przez niego części postępowania dowodowego, w związku z czym został on wyłączony od udziału w postępowaniu, zaś wyznaczony inny pracownik organu przeprowadził powtórnie wadliwe postępowanie dowodowe.

Podlegający wyłączeniu pracownik, który brał udział w postępowaniu w danej sprawie lub też sprawa taka została załatwiona przez wyłączony organ, są poza zakresem art. 145 §1 pkt 3 k.p.a. Wyłączenie pracownika, zdaniem W. Chróścielewskiego²⁷, „nie wymaga powtórzenia wszystkich czynności postępowania, w których brał on udział”, a tym samym przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w całości lub znacznej części.

Podobnie wznowienie postępowania ze względu na jakikolwiek „udział w postępowaniu” pracownika podlegającego wyłączeniu nie byłoby zasadne również wówczas, gdy wada taka została skorygowana w postępowaniu odwoławczym (przekazanie decyzji organowi I instancji do ponownego rozpatrzenia).

Jednak z uwagi na fakt, że na to postanowienie zaskarżenie nie przysługuje, zastanowienia wydaje się wymagać kwestia, czy forma wyłączenia na mocy postanowienia jest jedynym rodzajem aktu i w kontekście powyższych uwag – czy spełnia swoją rolę. Na tak postawione pytania, moim zdaniem, należy odpowiedzieć negatywnie. Aktem prawnym, który w pełni skutecznie uzyskałby ten sam cel i mógłby owo postanowienie zastąpić jest zarządzenie. Zarządzenie jako akt normatywny o charakterze wewnętrznym jest aktem kierownictwa i stosowanie go w stosunkach pracowniczych jest jak najbardziej pożądane i uzasadnione²⁸. Okoliczności te przemawiają za wprowadzeniem zarządzenia w miejsce postanowienia. Z całą pewnością taki akt normatywny nie budziłby wątpliwości co do swojej konstrukcji prawnej i spełnianego celu.

Analiza problematyki wyłączenia na mocy art. 24 §3 k.p.a. w kontekście konkubinatu skłania do poczynienia kilku refleksji. Po pierwsze, w obliczu coraz częstszego stanu występowania związków partnerskich, określanych w polskiej nomenklaturze konkubinatem, zastanowienia wymaga uwzględnienie tej przesłanki w ramach przesłanek ogólnych, wynikających z art. 24 §1 k.p.a. Spowodowałoby to wzmocnienie gwarancji realizacji zasady prawdy obiektywnej z uwagi na fakt, iż sam proces wyłączania pracownika podlegałby wyłączeniu z mocy prawa, a nie na wniosek przełożonego. Fakt literalnego zapisu zniósłby wszelkie wątpliwości co do dywagacji w sferze relacji osobistych o charakterze racjonalnym czy emocjonalnym. Zestawienie konkubinatu ze znajomością jako okoliczność mogąca powodować wyłączenie pracownika zaburza moim zdaniem przejrzystość intencji ustawodawcy. Trudno bowiem w jednym przepisie

²⁷ W. Chróścielewski, *Organ administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2002, s. 90–91.

²⁸ J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 81.

uregulować te dwie, mające inne źródło pochodzenia, podstawy do wyłączenia pracownika. Po drugie, na podstawie dokonanej analizy zmiany wymaga rodzaj aktu wyłączenia i zastąpienie postanowienia innym aktem normatywnym, mającym charakter aktu kierownictwa typu zarządzenie.

Bibliografia

Literatura

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego*, wyd. 5, Warszawa 2006.
- Boć J., *Prawo administracyjne*, Wrocław 2007.
- Ćwiek W., *Konkubinat*, Warszawa 2002.
- Chróścielewski W., *Gmina jako strona postępowania administracyjnego – konsekwencje prawne a uchylecia art. 27 a kpa*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 4.
- Chróścielewski W., *Organ administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2002.
- Janowicz Z., *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1987.
- Kmiecik Z., *Żądanie wyłączenia pracownika organu w postępowaniu administracyjnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 3.
- Kubisa-Ślipko A., *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Wałbrzych 2000.
- Pierzchała E., [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie KPA*, red. J. Niczyporuk, Lublin 2010.
- Rozmaryn S., *O zasadach ogólnych kodeksu postępowania administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 12.
- Slany K., *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w nowoczesnym świecie*, Kraków 2002.
- Wróbel A., [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks Postępowania Administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2005.
- Żukowski L., [w:] Ł. Żukowski, R. Sawuła, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed Naczelnyim Sądem Administracyjnym*, Warszawa 2002.

Orzecznictwo

Wyrok NSA z 18 kwietnia 2012 r., II OSK, 40/20, LEX nr 1219149.

Wyrok WSA w Bydgoszczy z 7 marca 2012 r., II SA/Bd 47/12, LEX nr 1138341.

Urszula Drozdowska

Uniwersytet w Białymstoku
e-mail: urszula.drozdowska@wp.pl
telefon: +48 85 745 71 93

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.16

Status prawny partnera pacjenta w świetle uregulowań polskiego prawa medycznego

SUMMARY

The legal status of a patient's partner in Polish medical law

The legal status of a patient's partner in Polish medical law is determined by entitlements granted to "real guardian" and to "close person". The items are not unambiguously defined in art. 3, section 2, points 1 and 2, of the Patient's Rights and Patient's Rights Ombudsman Act. In the author's opinion based on the act, the patient's partner might be recognized as the guardian and/or close person. The guardian's rights are limited to express a substitute permission for basic examination, whereas the close person has the right to decide on medical intervention if the situation requires. The access to medical records is restricted only to the people authorized by the patient.

Key words: patient's partner, real guardian, close person, the right to be informed, the right of access to medical records

Słowa kluczowe: partner pacjenta, opiekun faktyczny, osoba bliska, prawo do uzyskania informacji, prawo dostępu do dokumentacji medycznej

1. Uwagi wstępne

Celem publikacji jest próba określenia statusu partnera pacjenta, przez którego należy rozumieć osobę, która pozostaje z pacjentem w pozaprawnym związku, co oznacza, iż nie jest to związek małżeński w rozumieniu polskiego prawa rodzinnego¹. Tytułowe określenie „partner” wypiera wcześniej używane „konkubent” czy „konkubina” dla oznaczenia osoby pozostającej w faktycz-

¹ Przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie definiują pojęcia „związku małżeńskiego”. W piśmiennictwie pojawia się w związku z tym wiele definicji małżeństwa. Zwykle określa się je jako związek mężczyzny i kobiety, będący stosunkiem prawnym o charakterze wzajemnym. Ten sposób definiowania związku małżeńskiego wyklucza związki osób tej samej płci, zob. szerzej: J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 69 i nast.

nym pożyciu z pacjentem. Pojęcia te, używane przez język aktów prawnych, są często odbierane jako mające zabarwienie pejoratywne, kojarzą się bowiem z marginesem społecznym. Jakkolwiek są tworzone w języku prawniczym takie neologizmy jak „konkubinaty homoseksualny”², to coraz częściej przyjmuje się inne nazewnictwo: związek partnerski, partner homo- lub heteroseksualny. Wpływ na te zmiany semantyczne ma niewątpliwie także ustawodawstwo europejskie, gdzie funkcjonuje określenie *register partner*.

Wyznaczenie statusu partnera na gruncie polskiego prawa medycznego wymaga wskazania, czym zajmuje się prawo medyczne. Prawo medyczne to stosunkowo młoda gałąź prawa, która reguluje prawa pacjentów i odpowiadające im obowiązki personelu medycznego, a także prawa i obowiązki podmiotów wykonujących działalność leczniczą³. Prawo medyczne w ten sposób definiowane spełnia dwa podstawowe cele. Pierwszy – to ochrona interesu pacjenta, który w relacjach z lekarzem lub instytucją leczniczą z powodu braku wiedzy i umiejętności wymaga prawnego wsparcia. Drugi – to ochrona interesu lekarza i innych podmiotów wykonujących działalność leczniczą⁴. Ochrona ta zasadza się na gwarancji legalności wykonywania profesji medycznej. Prawo wyznacza zakres prawidłowości postępowania profesjonalistów medycznych, ponieważ uprawianie medycyny niesie za sobą różnego rodzaju niebezpieczeństwa (ryzyka) dla zdrowia i życia ludzkiego⁵.

Z uwagi na ochronę interesów pacjenta, podmiotem praw przyznanych przez ustawodawcę jest z reguły sam pacjent. Definicję pacjenta odnajdujemy w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶. Zgodnie z nią pacjentem jest każda osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Jeśli pacjent jest małoletni lub ubezwłasnowolniony, prawo przewiduje możliwość jego reprezentacji przez określone podmioty prawa⁷.

² Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 23 lutego 2007 r., I ACA 590/06, OSAB 2007, nr 1, poz. 10.

³ Zob. szerzej: L. Kubicki, *Prawo medyczne i jego zakres*, [w:] *Prawo medyczne*, red. L. Kubicki, Wrocław 2003, s. 1–7.

⁴ Podmioty wykonujące działalność leczniczą określa ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 113, poz. 658 ze zm.).

⁵ Zob. A. Górski, P. Dzieńis, U. Drozdowska, C. Kulesza, A. Zemke-Górecka, M. Pannert, A. Bieliński, J. A. Piątkiewicz, M. Perkowski, *Słowo wstępne od autorów*, [w:] *Regulacje prawne ochrony zdrowia*, red. A. Górski, P. Dzieńis, Białystok 2006, s. 7.

⁶ Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 159 ze zm., dalej w skrócie: ustawa o prawach pacjenta.

⁷ Małoletniego przed ukończeniem 16. roku życia oraz ubezwłasnowolnionego całkowicie reprezentuje przedstawiciel ustawowy. Wyraża on zgodę zastępczą na leczenie oraz ma prawo do pełnej informacji o stanie zdrowia podopiecznego. Polskie prawo medyczne wprowadza rozwiązania pozwalające na uczestnictwo podmiotów, które w świetle ogólnych reguł prawa cywilnego nie mają zdolności do czynności prawnych lub zdolność tę mają ograniczoną, zob. szerzej: B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 445 i nast.

W pewnych sytuacjach (np. w razie stanu nieprzytomności czy braku kontaktu pozwalającego na uzyskanie poinformowanej zgody) także pacjenci pełnoletni i nieubezwalasnowolnieni wymagają reprezentowania ich interesów. Jest to kategoria osób niezdolnych do wyrażenia swej woli z powodu faktycznej niemożności przy zachowanej pełnej zdolności do czynności prawnych. Powstaje pytanie, kto powinien reprezentować interesy tej kategorii osób.

Możliwe są różne rozwiązania. W sytuacjach niecierpiących zwłoki to zwykle lekarz stoi na straży interesu zdrowotnego pacjenta; jeśli jednak nie jest to sytuacja nadzwyczajna, prawo przyznaje kompetencje różnym podmiotom prawa, w tym samemu pacjentowi, który na mocy swoistego „testamentu życia” (*living will*) określa, jakie interwencje mogą być wobec niego przeprowadzone na wypadek braku świadomości⁸. W wielu krajach funkcjonuje też pojęcie osoby zaufanej, którą wskazuje sam pacjent⁹.

W polskim prawie medycznym – co do zasady – kompetencje w zakresie zezwolenia na interwencję medyczną przypisuje się sądowi opiekuńczemu. Z pewnych uprawnień korzysta także tzw. osoba bliska oraz „opiekun faktyczny”. Pojęcia tych podmiotów prawa są zdefiniowane na gruncie wspomnianej już ustawy o prawach pacjenta. Nie są one jednak jednoznaczne, a ich interpretacja budzi wątpliwości. W szczególności powstaje zagadnienie, czy tytułowy partner pacjenta może być opiekunem faktycznym i/lub osobą bliską. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie pozwala przypisać partnerowi pacjenta określone uprawnienia. One zaś wyznaczają *de lege lata* status partnera pacjenta.

2. Pojęcia opiekuna faktycznego i osoby bliskiej na gruncie prawa medycznego

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta w punkcie pierwszym definiuje opiekuna faktycznego jako osobę sprawującą bez obowiązku ustawowego stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga. W literaturze podkreśla się, że nie każda osoba bliska może być uznana za opiekuna faktycznego. Nie wystarczy tu związek krwi czy też istnienie związku emocjonalnego, koniecznym elementem jest stała piecza nad pacjentem¹⁰. O stałej pieczy można mówić

⁸ Kwestia tzw. oświadczeń *pro futuro* w Polsce nie została uregulowana. Jakkolwiek orzecznictwo przyjęło moc wiążącą takich oświadczeń w przypadku pełnoletnich Świadców Jehowy, którzy z przyczyn konfesyjnych odmawiają zgody na transfuzję krwi, zob. postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, publ. „Jurysta” 2006, nr 5, s. 36 i nast.

⁹ Szerzej o tym dalej.

¹⁰ Tak M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 57; T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” (dalej: PiM) 2000, nr 6–7, s. 84; P. Konieczniak, *Status prawny opiekuna faktycznego w prawie medycznym*, PiM 2014, nr 2, s. 69–70.

wówczas, gdy dana osoba sprawuje ją przez cały czas występowania okoliczności ją usprawiedliwiającej. Dla przyjęcia stałości pieczy nie ma znaczenia jej długotrwałość. *In casu* zatem opiekunem faktycznym pacjenta może być sąsiadka, opiekun, który bez obowiązku ustawowego sprawuje tego typu pieczę nad pacjentem (np. opiekun kolonijny w odniesieniu do dzieci, czy opiekun w domu pomocy społecznej). Bez wątplenia więc opiekunem faktycznym może być partner pacjenta, jeśli sprawowana przez niego piecza ma charakter stały.

Faktyczna piecza tym się różni od prawnej, że nie wyznaczają jej przepisy ustawowe (tak jak się to dzieje w odniesieniu do osób, wobec których istnieje prawny obowiązek pieczy¹¹), lecz okoliczności wynikające z danego stanu faktycznego. W tym kontekście można twierdzić, że objęcie zakresem pojęcia opiekuna faktycznego partnera pacjenta nie powinno budzić wątpliwości. Paradoksalnie, pojawiają się one w stosunku do współmałżonka czy dorosłych dzieci pacjenta. Zdaniem A. Dudzińskiej, literalna wykładania cytowanego art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta nie pozwala uznać za opiekuna faktycznego małżonka czy dzieci pacjenta ze względu na wykonywanie przez te osoby pieczy na mocy obowiązku ustawowego¹². Zgodnie bowiem z art. 23 k.r. i o. małżonkowie są zobowiązani do wzajemnej pomocy, podobnie art. 87 k.r. i o. stanowi, że rodzice i dzieci mają obowiązek wspierać się wzajemnie¹³. Należy zaznaczyć, że autorka krytykuje taką sytuację, proponując *de lege ferenda* zmianę przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta.

Odnosząc się do zaprezentowanego poglądu, można podnieść, iż definicja opiekuna faktycznego na gruncie prawa medycznego ma na celu objęcie możliwie najszerzego kręgu podmiotów, a zatem również tych osób, które bez obowiązku ustawowego sprawują stałą pieczę nad pacjentem. Podkreślenie elementu faktycznej i stałej opieki eliminuje osoby przypadkowe z grona osób, które zajmują się pacjentem. Jeśli więc ustawodawca uznaje za opiekunów faktycznych osoby niemające obowiązku ustawowego w sprawowaniu opieki, tym bardziej należy zaliczyć do tego kręgu osoby, które z mocy prawa sprawują taką (faktyczną) pieczę nad pacjentem. W innym przypadku, żona sprawująca stałą opiekę nad mężem (np. chorym na alzheimera) byłaby w gorszej sytuacji prawnej od partnera hetero- lub homoseksualnego. Podobnie dorosłe dzieci sprawujące stałą pieczę nad rodzicami zostałyby pozbawione statusu opiekuna faktycznego¹⁴. Warto w tym miejscu wskazać, wyprzedzając później-

¹¹ Piecza jest sprawowana przez przedstawicieli ustawowych lub opiekunów prawnych.

¹² Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 ze zm.). W skrócie k.r. i o.

¹³ A. Dudzińska, *Wymagana informacja udzielana pacjentowi*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9, s. 99 i nast.

¹⁴ Zob. T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 85. Autorka uznaje za opiekuna faktycznego dorosłe dzieci, które przywożą do szpitala ojca z otępieniem starczym, a także męża pacjentki, pod warunkiem, że aktywność tych osób wobec pacjenta w zakresie opieki nie jest sporadyczna, ale istnieje przez cały okres utrzymywania się przyczyny sprawowania opieki.

sze rozważania, że opiekun faktyczny w świetle przepisów prawa medycznego wyraża zgodę na badanie osoby niezdolnej do świadomego wyrażenia zgody¹⁵, co w sytuacji braku przedstawiciela ustawowego (a tak się dzieje, gdy mamy do czynienia z pacjentem pełnoletnim i nieubezpieczeniowym) jest rozwiązaniem bardzo praktycznym. Pozwala bowiem uniknąć realizacji procedury pozyskiwania zastępczej zgody sądu opiekuńczego na badanie, a zatem na wykonanie najprostszej interwencji medycznej. Sądzę zatem, że także argumenty natury funkcjonalnej i celowościowej pozwalają rozszerzyć pojęcie opiekuna faktycznego również na osoby, które z mocy przepisów k.r. i o. sprawują nie tylko faktyczną, ale i prawną pieczę nad pacjentem¹⁶.

Przechodząc do definicji osoby bliskiej, warto wskazać, że w odróżnieniu od pojęcia opiekuna faktycznego, którym posługiwała się także wcześniejsza ustawa o zawodzie lekarza z 28 października 1950 roku¹⁷, pojęcie osoby bliskiej pojawiło się dopiero na gruncie ustawy o prawach pacjenta (ustawa weszła w życie 5 czerwca 2009 roku). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy osobą bliską jest małżonek, krewny lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta. Ze względu na zakres tematyczny publikacji przedmiotem zainteresowania są podmioty wskazane w ostatniej części przepisu: osoba wskazana przez pacjenta oraz osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

Nie ulega wątpliwości, że partner zawsze może się znaleźć w kręgu osób upoważnionych przez pacjenta. Pacjent ma bowiem prawo upoważnić kogo zechce¹⁸. Jeśli pacjent w sposób świadomy wskazał daną osobę jako upoważnioną do uzyskania informacji, to jego oświadczenie jest decydujące. Podobnie w sytuacji, gdy pacjent określił osoby, którym zakazuje podawania informacji, nawet jeśli te osoby należą do kręgu osób bliskich; zakaz taki powinien być przez personel medyczny respektowany¹⁹. Można zatem twierdzić, że wola pacjenta w zakresie decydowania o tym, kto jest dla niego osobą bliską wyprzedza uregulowania ustawowe. Jeśli zatem pacjent żyje w związku partnerskim i sprzeciwia się informowaniu dzieci czy też małżonka, a wyraża swoją wolę w zakresie informowania partnera, jego decyzja jest dla personelu medycznego wiążąca. Postanowienia rozporządzenia Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2010 roku w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobu

¹⁵ Por. art. 32 ust. 3 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2011 r., Nr 277, poz. 1634 ze zm.). Dalej w skrócie: ustawa o zawodzie lekarza.

¹⁶ Na marginesie można zauważyć, że inna wykładnia paradoksalnie zmierzałaby do pogorszenia statusu prawnego współmałżonka w porównaniu do statusu prawnego partnera.

¹⁷ Dz. U. Nr 50, poz. 458.

¹⁸ Zgadzam się z M. Boratyńską, która wskazuje, iż pacjentowi wolno obdarzyć zaufaniem dowolną osobę bez względu na relację rodzinną, towarzyską bądź status zawodowy, zob. M. Boratyńska, *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, PiM 2014, nr 1, s. 64–65.

¹⁹ Zob. T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 83.

jej przetwarzania²⁰ precyzują, że w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej, którą ma obowiązek prowadzić każdy podmiot leczniczy zamieszcza się oświadczenia pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej (ewentualnie oświadczenie o braku takiego upoważnienia) do uzyskiwania informacji o stanie zdrowia i udzielonych świadczeniach zdrowotnych oraz do uzyskiwania dokumentacji medycznej. Warto podkreślić, iż upoważnienia te nie blokują wykonywania uprawnień przez pacjenta w sposób samodzielny.

Oświadczenie woli pacjenta upoważniające daną osobę do informacji oraz do dostępu do dokumentacji medycznej może być zmienione w każdym czasie. Oświadczenie to może być wyrażone zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej (a nawet *per facta concludentia*; np. gdy pacjent rozmawia z lekarzem o swoim stanie zdrowia w obecności osoby bliskiej²¹). W przypadku ustnego upoważnienia fakt ten powinien jednak zostać odnotowany, najlepiej w dokumentacji medycznej pacjenta. Pewien rygoryzm w tym zakresie należy tłumaczyć obowiązkiem przestrzegania tajemnicy zawodowej przez personel medyczny²².

W sytuacji braku odpowiedniego upoważnienia, osobą bliską w myśl art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta jest m.in. osoba pozostająca we wspólnym pożyciu z pacjentem. Określenie „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” budzi rozliczne wątpliwości.

Pojęcie „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” można odnaleźć na gruncie art. 115 §11 kodeksu karnego, który definiuje osobę najbliższą²³. W doktrynie prawa karnego wskazuje się, iż pojęcie „wspólne pożycie” odnoszone jest wprawdzie do konkubinatu, który jest związkiem osób o różnej płci, odpowiadającym od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w rozumieniu art. 18 Konstytucji RP jest wyłącznie związek osób różnej płci). Jeżeli jednak pomiędzy osobami tej samej płci zachodzą te same więzy, jak w przypadku osób o różnej płci, żyjących w konkubinacie, to brak jest podstaw do odmowy przyznania takim osobom statusu osoby najbliższej²⁴. Należy podkreślić, iż o wspólnym pożyciu decydują następujące względy: pożycie fizyczne i psychiczne, wspólnota ekonomiczna, trwałość związku. W świetle powyższych

²⁰ Dz. U. Nr 252, poz. 1697 ze zm.

²¹ Jakkolwiek w tym przypadku nakazuje się ostrożność, ponieważ samo znoszenie przez pacjenta cudzej obecności nie pozwala jeszcze na uznanie dorozumianego upoważnienia informacyjnego. Upoważnienie to powinno mieć charakter wyraźny, a wątpliwości należy tłumaczyć w kierunku jego braku, tak: M. Boratyńska, op. cit., s. 65.

²² Przepis art. 266 §1 kodeksu karnego (ustawa z 6 czerwca 1997 r., Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) penalizuje ujawnienie tajemnicy lekarskiej, polegające na udzieleniu informacji o stanie zdrowia pacjenta osobie nieuprawnionej.

²³ Zwraca uwagę bliskość (lecz nie tożsamość) od strony semantycznej określeń: osoba bliska – osoba najbliższa. Osobą najbliższą w rozumieniu kodeksu karnego jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia, oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu (art. 115 §11 k.k.).

²⁴ Tak M. Jachimowicz, *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, „Prokurator” 2007, nr 1, s. 69 i nast.

poglądów nie ma przeciwwskazań, aby uznać za osobę bliską partnera pacjenta, i to zarówno ze związku hetero-, jak i homoseksualnego. Na marginesie można jedynie odnotować, iż w porównaniu z definicją „osoby najbliższej” zakres pojęcia „osoby bliskiej” w prawie medycznym jest zdecydowanie węższy²⁵.

Z kolei w doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się stosunkowo szerokie pojmowanie „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu”, wskazując, że chodzi o bycie we wspólnocie domowej, duchowej, gospodarczej i fizycznej, przy czym tej ostatniej nie należy przyznawać wiążącego i obligatoryjnego charakteru²⁶. Problem, czy zakresem tej wspólnoty *in casu* są objęte osoby pozostające w związkach homoseksualnych należy rozpatrywać na tle konkretnych przepisów kodeksu cywilnego²⁷. W wyroku SN z 20 listopada 2009 roku²⁸ wydanym na tle art. 691 §1 k.c. czytamy, iż faktyczne wspólne pożycie oznacza więź łączącą dwie osoby pozostające w takich relacjach jak małżonkowie²⁹. Wykazanie więc odpowiedniego charakteru pożycia przed sądem byłoby przede wszystkim kwestią dowodową. Moim zdaniem udowodnienie „wspólnego pożycia” na wzór pożycia małżeńskiego pozwala na przyznanie określonych uprawnień także osobom pozostającym w związkach homoseksualnych³⁰.

²⁵ Zwraca uwagę brak rodzeństwa – literalnie rzecz ujmując, przepis art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta wymienia bowiem krewnych i powinowatych w linii prostej. W literaturze przedmiotu wskazuje się, co prawda, że przez krewnych należy rozumieć zarówno krewnych w linii prostej, jak i bocznej. Jak się wydaje, jest to jednak wynik celowościowej, a nie literalnej wykładni przepisu (tak np. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, wyd. 2, s. 74). Można zatem znów paradoksalnie odnotować, że status partnera pacjenta mniej budzi wątpliwości niż np. status rodzeństwa pacjenta. Zwłaszcza w sytuacji pacjentów samotnych, bezdzietnych i niezamężnych/nieżonatych może okazać się, że to właśnie rodzeństwo jest jedyną osobą bliską (osoby starsze wszak, nie posiadając męża i dzieci, nie mają krewnych i powinowatych w linii prostej). Przepis zatem wymaga nowelizacji.

²⁶ Tak: H. Ciepła, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, ks. III, t. 2, praca zbiorowa, Warszawa 2007, s. 317.

²⁷ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Z „osobą pozostającą we wspólnym pożyciu” spotykamy się na gruncie art. 691 §1 k.c. W przepisie tym osoba ta ma uprawnienie do wstąpienia w stosunek najmu w razie śmierci najemcy lokalu pod warunkiem, że w chwili śmierci z nim zamieszkiwała. Inne przepisy prawa cywilnego operują pojęciem osoby bliskiej czy osoby będącej najbliższym członkiem rodziny (np. art. 446 §2 k.c. przyznaje uprawnienie do żądania renty osobie bliskiej zmarłego, której zmarły dobrowolnie i stale za życia dostarczał środków utrzymania). Jednakże przepisy k.c. nie definiują tych pojęć, a ich wykładnia dokonywana jest *in casum*. Co więcej, wskazuje się, iż nie należy tworzyć zamkniętego katalogu osób bliskich, zob. szerzej na temat wykładni pojęcia osoby bliskiej: J. Haberko, *Pojęcie osoby bliskiej w prawie cywilnym*, „Przeгляд Sądowy” 2011, nr 3, s. 65 i nast.

²⁸ III CZP 99/09, OSNC 2010, nr 5, poz. 74.

²⁹ Na tle art. 691 §1 k.c. prezentowany jest pogląd, iż przepis ten nie obejmuje swym zakresem związków homoseksualnych, wynika to z restrykcyjnej wykładni tego unormowania, które zakłada wstąpienie w stosunek najmu po śmierci najemcy tylko wąskiego kręgu osób (zob. J. Panowicz-Lipska, [w:] *System prawa prywatnego*, red. J. Panowicz-Lipska, t. VIII, Warszawa 2004, s. 91).

³⁰ K. Pietrzykowski wskazuje na konieczność szerokiego rozumienia przesłanki pozostawania z najemcą w faktycznym pożyciu w związku z wyrokiem ETPCz z 2 marca 2010 r. w sprawie Kozak v. Polska (13102/02), K. Pietrzykowski, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. K. Pietrzykowski, t. II, Warszawa 2011, s. 528.

3. Uprawnienia partnera pacjenta jako opiekuna faktycznego

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta opiekun faktyczny ma prawo – w razie braku przedstawiciela ustawowego – do wyrażenia zgody zastępczej na badanie w stosunku do małoletniego poniżej 16 lat, pacjenta całkowicie ubezwłasnowolnionego lub pacjenta niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody. Analogiczne rozwiązanie odnajdujemy w art. 32 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza³¹. Problematyka zgody zastępczej opiekuna faktycznego małoletniego i pacjenta całkowicie ubezwłasnowolnionego nie mieści się w zakresie tematycznym niniejszej publikacji, dlatego uwagę należy skupić na pacjencie niezdolnym do świadomego wyrażenia zgody.

Pacjentem niezdolnym do świadomego wyrażenia zgody może być osoba nieprzytomna, jak również taka, której stan zdrowia stoi na przeszkodzie w odbieraniu bodźców z otoczenia i reagowaniu na nie w sposób adekwatny (np. w przypadku starczej demencji, zaawansowanej choroby Alzheimera czy innej choroby psychicznej³²). Świadomą zgodę może wyrazić bowiem tylko taki pacjent, który jest w stanie zrozumieć znaczenie informacji. Ocena świadomości pacjenta należy do lekarza. Marek Safjan wskazuje, iż brak zdolności do świadomego wyrażenia zgody jest stanem pełnego braku świadomości, a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym lub ograniczonej percepcji³³. W konsekwencji autor podnosi, iż dylematy co do faktycznej zdolności do wyrażenia zgody należy rozstrzygać na rzecz poszanowania autonomii pacjenta i uznawać, że wyrażenie zgody jest konieczną przesłanką dokonania czynności leczniczej³⁴. A zatem dopiero w sytuacji braku faktycznej możliwości wyrażenia świadomej zgody pojawia się potrzeba uzyskania zgody zastępczej. Cytowane przepisy ustawodawstwa medycznego wyraźnie wskazują, że partner pacjenta, będący opiekunem faktycznym, może wyrazić zgodę wyłącznie na badanie. W związku z badaniem może także uzyskać stosowną informację. Przez badanie należy rozumieć oględziny ciała i badanie fizykalne.

Warto w tym miejscu wskazać, że inne rozwiązanie przewidywała ustawa o zawodzie lekarza z 1950 roku. Opiekun faktyczny mógł wyrazić zgodę nie tylko na badanie, ale także na zabieg operacyjny (art. 17). Reminiscencje sta-

³¹ Różnica polega na tym, że przepis art. 32 ust. 3 odwołuje się do ust. 2, w którym oprócz sytuacji braku przedstawiciela ustawowego wyróżniono niemożliwość porozumienia się z przedstawicielem ustawowym. Z punktu widzenia osób małoletnich oraz ubezwłasnowolnionych całkowicie, które mają swoich przedstawicieli ustawowych, regulacja art. 32 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza jest poprawniejsza od strony legislacyjnej od regulacji zawartych w ustawie o prawach pacjenta.

³² W przypadku jednak chorób psychicznych należy mieć na względzie uregulowania ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tj. Dz. U. z 2011 r., Nr 231, poz. 1375 ze zm.).

³³ M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 43.

³⁴ Ibidem.

rych regulacji prawnych można spotkać do tej pory. Na przykład częstą praktyką na oddziałach intensywnej terapii jest pytanie o zgodę rodziny pacjenta. Nie dość, że praktyka ta jest niezgodna z literą obowiązującego prawa, to dodatkowo pojęcie opiekuna faktycznego jest interpretowane zawężająco. Zdarza się, że za opiekuna faktycznego uważa się tylko członka najbliższej rodziny (małżonka, dzieci, rodziców). Ta właśnie nieprawidłowa praktyka tłumaczy rozgoryczenie i zarzuty zgłaszane przez partnerów pacjentów odnośnie do ich dyskryminacji przez personel medyczny.

Można zastanawiać się, czy przyjęte współcześnie rozwiązanie jest prawidłowe. Czy zakres kompetencji opiekuna faktycznego wyrażającego zgodę wyłącznie na najprostszą interwencję medyczną nie jest za wąski. Czy względy słuszności, swoiste poczucie współodpowiedzialności za los osoby, wobec której jest się opiekunem faktycznym nie powinno skutkować poszerzeniem kompetencji. Można też podnieść argumenty natury utylitarnej. Obowiązujące rozwiązania powodują utrudnienia w zakresie wykonywania praktyki leczniczej (zwłaszcza w hospicjach czy na oddziałach intensywnej terapii, gdzie przebywają pacjenci niezdolni do świadomego wyrażenia zgody). Za wyjątkiem stanów nagłych³⁵, na wszystkie interwencje medyczne (z wyjątkiem badania) personel medyczny powinien uzyskać zezwolenie sądu opiekuńczego³⁶.

Zdaniem M. Świdorskiej zmiana obowiązujących przepisów w tym zakresie byłaby jednak zabiegiem niefortunnym, przede wszystkim dlatego, że mogłaby spowodować obniżenie poziomu ochrony autonomii woli pacjenta, ustalonego w ustawie³⁷. Podobnie M. Safjan, który wskazuje, że opiekun faktyczny nie może być traktowany na równi z przedstawicielem ustawowym i wobec tego jego kompetencje mogą dotyczyć tylko rutynowych i niestwarzających ryzyka czynności medycznych³⁸.

Należy zgodzić się z prezentowanymi poglądami; praktyka wskazuje, że nie zawsze opiekun faktyczny działa w najlepszym interesie pacjenta. Wyrażając zgodę jedynie na badanie, nie ma możliwości blokowania (opóźniania) innych interwencji medycznych, które są podejmowane w interesie pacjenta. Ingerencja sądu opiekuńczego jest konieczna zwłaszcza w sytuacjach zagrożenia życia lub zdrowia, gdy stan pacjenta nie uprawnia lekarza do samodzielnego działania (w tzw. sytuacjach emergentnych). Można jednak, moim zdaniem, zastanowić się *de lege ferenda* nad rozwiązaniem, gdzie zakres kompetencji opiekuna faktycznego objąłby wszystkie interwencje medyczne o niepodwyż-

³⁵ W tzw. sytuacji emergentnej (niecierpiącej zwłoki), zwłaszcza w razie wystąpienia stanu zagrożenia życia lub zdrowia, lekarz na podstawie upoważnienia ustawowego (art. 33 ust. 1, art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza) ma prawo wykonać interwencję medyczną bez zezwolenia sądu opiekuńczego. Wówczas jednak zawiadamia o tym opiekuna faktycznego.

³⁶ Zob. art. 32 ust. 2 oraz 34 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza.

³⁷ M. Świdorska, op. cit., s. 59.

³⁸ Zob. M. Safjan, op. cit., s. 45.

szonym ryzyku. Już teraz definicja doktrynalna badania (przedstawiona przez M. Safjana) wskazuje, że polega ono na rutynowych i niestwarzających ryzyka czynnościach medycznych. A zatem takie czynności, jak pobranie krwi czy innych wydzielin ciała nie powinno łączyć się z ryzykiem działania poza wyznaczonymi ramami prawa (obecnie interwencje te nie mieszczą się w pojęciu „badania”). W tym celu należałoby wprowadzić do ustawy o prawach pacjenta poszerzoną definicję badania, tak aby praktyka stosowania prawa nie odbiegała znacząco od jego litery³⁹ albo znowelizować cytowane przepisy art. 17 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta (analogicznie art. 32 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza) poprzez wskazanie, że opiekun faktyczny wyraża zgodę na badanie oraz na inne interwencje medyczne o niepodwyższonym ryzyku.

W literaturze proponuje się także (wzorem innych porządków prawnych) wprowadzenie rozwiązań prawnych, które dawałyby możliwość wskazania osoby uprawnionej do udzielenia zgody na wypadek stanu braku zdolności pacjenta do jej wyrażenia⁴⁰. Byłby to rodzaj oświadczenia *pro futuro* (antycypujący przyszły stan braku świadomości) wyrażony w formie pisemnej. Osoba upoważniona (w prawie francuskim jest to *personne de confiance*) miałaby prawo towarzyszyć pacjentowi w czasie zabiegów, być obecna podczas rozmów z lekarzem, aby potem reprezentować interesy pacjenta w zakresie podjęcia za niego decyzji⁴¹. Rozwiązanie to niewątpliwie uwzględnia autonomię woli pacjenta; pacjent przed utratą świadomości sam wskazuje osobę uprawnioną do wyrażenia za niego zgody. Z drugiej jednak strony rodzi niebezpieczeństwa z punktu widzenia interesu zdrowotnego pacjenta. Jak się wydaje, uprawnienia *personne de confiance* w określonych sytuacjach (gdy np. odmawia ona zgody na leczenie) należałoby jednak poddać kontroli sądu opiekuńczego.

4. Uprawnienia partnera pacjenta jako osoby bliskiej

Partner jako osoba bliska na gruncie przepisów prawa medycznego ma prawo do informacji o stanie zdrowia pacjenta i udzielonych mu świadczeniach zdrowotnych⁴². Zgodnie z art. 31 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza, jeśli

³⁹ Autorce publikacji znany jest przykład odmowy rozpatrzenia sprawy przez sąd opiekuńczy z uzasadnieniem, że lekarze powinni sami zdecydować, co jest dobre dla pacjenta, ponieważ interwencja nie przedstawia poważnego ryzyka dla pacjenta.

⁴⁰ M. Świdarska, op. cit., s. 62.

⁴¹ Ibidem, s. 61. Świdarska wzoruje się na rozwiązaniach francuskich, zawartych w art. L 1111-6 francuskiego kodeksu zdrowia publicznego.

⁴² Ustawa nakazuje informowanie o stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych oraz leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu (art. 31 ust. 1 ustawy o zawodzie lekarza).

pacjent nie ukończył 16 lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, lekarz udziela informacji osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta.

Warto wskazać, iż w obowiązującym przed 2009 rokiem stanie prawnym uprawnionym w myśl art. 31 ust. 6 ustawy o zawodzie lekarza był opiekun faktyczny. Zmiana z opiekuna faktycznego na osobę bliską miała na celu dopuszczenie do informacji osób, które nie sprawowały stałej pieczy (z uwagi na wiek lub stan zdrowia), lecz z racji bliskich relacji rodzinnych lub emocjonalnych domagały się uzyskania informacji. Tytułem przykładu można wskazać sytuację partnera żądającego informacji o stanie zdrowia nieprzytomnej przywiezionej do szpitala pacjentki. Zakładamy, że pacjentka nie zdążyła z racji stanu nieprzytomności upoważnić partnera do informacji. W tym stanie faktycznym partnera pacjentki nie można określić mianem opiekuna faktycznego, ponieważ nie sprawował nad partnerką stałej pieczy (pacjentka przed wypadkiem jako osoba zdrowa i pełnoletnia takiej pieczy nie wymagała). Zmiana zatem podmiotu uprawnionego do informacji z „opiekuna faktycznego” na „osobę bliską” była uzasadniona relacjami bliskości, potrzebą wzięcia pod uwagę interesów osób bliskich dla pacjenta.

W tym kontekście powstaje pytanie o wzajemny stosunek pojęć: opiekun faktyczny i osoba bliska. Gdy osoba bliska sprawuje jednocześnie stałą pieczę nad pacjentem, jest opiekunem faktycznym⁴³. Może jednak zaistnieć sytuacja, gdy opiekunem faktycznym będzie osoba spoza kręgu osób określonych w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta (np. stałą pieczę sprawuje sąsiadka, opiekunka, rodzeństwo, ciocia). Wówczas osoby te będą miały ograniczone prawo do informacji (jedynie w zakresie badania), co nie wydaje się być rozwiązaniem prawidłowym. Z racji bowiem stałej pieczy stały się „osobami bliskimi” w rozumieniu powszechnym. Problem po części rozwiązuje możliwość wskazania przez pacjenta opiekuna faktycznego jako osoby bliskiej (byłaby to osoba upoważniona przez pacjenta). W razie jednak niemożności wyrażenia w tym zakresie woli przez pacjenta, opiekun faktyczny – w zakresie prawa do informacji – miałby mniejsze uprawnienia niż osoba bliska⁴⁴.

Należy podkreślić, że w przypadku braku odpowiedniego upoważnienia, każda osoba bliska w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta ma identyczne prawa. Skorzystanie z praw przysługujących jednej osobie nie pozbawia pozostałych prawa żądania realizacji swoich uprawnień⁴⁵. A zatem

⁴³ Mamy do czynienia ze stosunkiem wzajemnego krzyżowania się pojęć. Każda osoba bliska może być jednocześnie opiekunem faktycznym. Nie każdy jednak opiekun faktyczny jest osobą bliską.

⁴⁴ Opiekun faktyczny, wyrażając zgodę na badanie, ma prawo do informacji w zakresie potrzebnym do wypracowania stanowiska w przedmiocie zgody.

⁴⁵ Tak też: D. Karkowska, op. cit., s. 75.

np. udzielenie informacji matce pacjenta nie pozbawia partnera pacjenta jego uprawnień w tym zakresie.

Przechodząc do następnego prawa: dostępu do dokumentacji medycznej, na wstępie warto podkreślić, że prawo to jest pochodną prawa do informacji. Czasem określa się je jako prawo do tzw. informacji *a posteriori*⁴⁶. Pacjent ma prawo do wiedzy o treści gromadzonych o nim informacji, wynika to z treści art. 51 Konstytucji RP. Nie ma jednak wyłączności dostępu. Oprócz pacjenta dostęp do dokumentacji medycznej ma wiele podmiotów prawa (por. treść art. 26 ust. 3 ustawy o prawach pacjenta). Przepisy ustawy o prawach pacjenta oraz przepisy ustawy z 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych⁴⁷ wyznaczają ramy prawne dla legalnego przetwarzania danych medycznych⁴⁸.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu bądź osobie upoważnionej przez pacjenta. W ust. 2 cytowanego przepisu czytamy, że po śmierci pacjenta prawo wglądu⁴⁹ w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia⁵⁰. Jeśli zatem idzie o wskazanie kręgu osób uprawnionych do dostępu do dokumentacji medycznej, ustawodawca określił je wyłącznie na podstawie upoważnienia pacjenta.

Regulacja ta budzi liczne wątpliwości. W literaturze podnosi się, że w razie śmierci pacjenta, przy jednoczesnym braku stosownego upoważnienia, osoby bliskie są pozbawione możliwości wglądu w dokumentację medyczną⁵¹. Brakuje uregulowania, które na wzór omówionego art. 31 ust. 6 ustawy o prawach pacjenta upoważniałoby osoby bliskie do dostępu do dokumentacji medycznej

⁴⁶ Tak też w prawie obcym, zob. przytoczone przez M. Nesterowicza rozwiązania państw obcych, M. Nesterowicz, *Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany*, PiM 2012, nr 1, s. 10 i nast.

⁴⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926 ze zm.

⁴⁸ Zob. szerzej: U. Drozdowska, W. Wojtal, [w:] *Dokumentacja medyczna*, red. U. Drozdowska, Warszawa 2012, s. 53 i nast.

⁴⁹ W orzecznictwie sądów administracyjnych został przyjęty pogląd, iż wgląd oznacza także sporządzanie wyciągów, odpisów lub kopii dokumentacji medycznej zgodnie z treścią art. 27 ustawy o prawach pacjenta. Tak WSA w Rzeszowie w wyroku z 13 lipca 2010 r., II SAB/Rz 29/10.

⁵⁰ Przy tym, obecna linia orzecznictwa sądów administracyjnych wskazuje, że nie musi to być upoważnienie na wypadek śmierci. Pełnomocnictwo udzielone na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta nie wygasa z chwilą śmierci mocodawcy (tak jak to się dzieje na gruncie art. 101 §2 k.c.), lecz trwa nadal, a osoba uprawniona wstępuje w prawa pacjenta w zakresie dostępu do dokumentacji medycznej, zob. cytowane już w przyp. poprzedzającym orzeczenie WSA w Rzeszowie oraz wyrok WSA w Warszawie z 13 lutego 2013 r., VII Sab/Wa 217/12, w którego tezie czytamy, iż rodzina pacjenta może mieć wgląd w dokumentację, nawet jeśli zostawił on dla niej upoważnienie w innym szpitalu niż zmarł.

⁵¹ Tak zwłaszcza M. Nesterowicz, *Prawa pacjenta i osób bliskich do informacji medycznych i ochrony danych*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga Pamiątkowa ku czci Prof. M. Pazdana*, Kraków 2005, s. 1212.

w sytuacji braku umocowania⁵². Najbardziej dotkliwie brak ten jest odczuwalny w razie śmierci pacjenta i prób realizacji przez osoby bliskie własnych praw podmiotowych (np. w związku z dochodzeniem roszczeń z art. 446 k.c.⁵³).

Problemu nie rozwiązują uregulowania zawarte w art. 26 ust. 3 pkt 3 i 9 ustawy o prawach pacjenta, które wskazują na możliwość udostępnienia dokumentacji medycznej sądom i prokuraturze (pkt 3), a także wojewódzkiej komisji ds. orzekania o zdarzeniach medycznych (pkt 9) w związku z prowadzonym przez te organy postępowaniem. Osoba bliska (partner) musi bowiem podjąć trud wszczęcia postępowania karnego lub cywilnego bez znajomości dokumentacji medycznej. Z kolei w razie podjęcia decyzji o postępowaniu przed wojewódzką komisją ds. zdarzeń medycznych partner musi stać się spadkobiercą, aby zainicjować ten szczególny sposób ustalania prawa do kompensacji⁵⁴. Podobnie na gruncie art. 57 ust. 3 ustawy z 2 grudnia 2009 roku o izbach lekarskich⁵⁵ osoba bliska w razie śmierci pacjenta staje się stroną postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarza. We wszystkich tych przypadkach dostęp do dokumentacji medycznej następuje za pośrednictwem wymienionych organów, może zatem okazać się, że wszczęcie tych postępowań było zbędne, a ryzyko (w tym finansowe) niepotrzebnie zostało poniesione.

Potrzebna jest zatem nowelizacja prawa. Mirosław Nesterowicz proponuje dodanie do art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta zdania: „W braku upoważnienia w razie śmierci pacjenta prawo dostępu do dokumentacji medycznej przysługuje małżonkowi, zstępny, rodzicom, rodzeństwu oraz osobie pozostającej we wspólnym pożyciu, chyba że pacjent dokonał odpowiedniego zastrzeżenia”⁵⁶. Zwróćmy uwagę na fakt, że propozycja nowelizacji wymienia określone podmioty, nie operuje zaś pojęciem „osoby bliskiej”, które na tle art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta budzi wątpliwości. Można zatem

⁵² W literaturze formułowany jest także pogląd, iż skoro prawo dostępu do dokumentacji medycznej jest emanacją prawa do informacji, to osoby bliskie byłyby legitymowane do uzyskania dostępu do dokumentacji medycznej, nawet jeśli pacjent nie udzielił im wcześniej stosownego upoważnienia, tak: G. Ladrowska, *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, PiM 2012, nr 1, s. 27.

⁵³ Na gruncie art. 446 k.c. od osoby odpowiedzialnej (tj. od podmiotu leczniczego), jeżeli wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia nastąpiła śmierć poszkodowanego, można domagać się zwrotu kosztów leczenia oraz pogrzebu (roszczenie przysługuje temu, kto te koszty poniósł), renty (również w sytuacji, gdy zmarły dobrowolnie dostarczał danej osobie środków utrzymania), a następnie jednorazowego odszkodowania i zadośćuczynienia. Te ostatnie roszczenia przysługują najbliższemu członkowi rodziny. Może zatem pojawić się problem, czy partner zmarłego jest najbliższym członkiem rodziny. Jednakże orzecznictwo przyjęło ten status wobec osób związanych więzami bliskości i wspólności osobistej i gospodarczej, należy zatem sądzić, że podobne stanowisko zostanie przyjęte także w odniesieniu do partnera homoseksualnego, zob. wyrok SN z 13 kwietnia 2005 r., IV CK 648/04, OSNC 2006, nr 3, poz. 54.

⁵⁴ Zob. rozdz. 13a ustawy o prawach pacjenta.

⁵⁵ Dz. U. Nr 219, poz. 1798 ze zm.

⁵⁶ M. Nesterowicz, *Prawa pacjenta...*, s. 8.

uzupełnić wskazaną lukę także w inny sposób. Należałoby poprawić definicję „osoby bliskiej” poprzez doprecyzowanie kręgu podmiotów (tak aby nie budziło wątpliwości, że osoba bliska to także rodzeństwo oraz partner homoseksualny), a w ustępie 2 art. 26 dodać zdanie: „W braku upoważnienia w razie śmierci pacjenta prawo dostępu do dokumentacji medycznej przysługuje osobie bliskiej”.

Innym uprawnieniem partnera jako osoby bliskiej jest prawo do obecności przy udzielaniu świadczenia zdrowotnego (art. 21 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta). Uprawnienie to może doznawać wyłączenia jedynie w sytuacji istnienia prawdopodobieństwa zagrożenia epidemicznego lub ze względu na bezpieczeństwo zdrowotne samego pacjenta. Odmowę należy odnotować w dokumentacji medycznej.

5. Podsumowanie

Status prawny partnera pacjenta w polskim prawie medycznym wyznaczają uprawnienia przyznane przez ustawodawcę osobom, które określa się jako opiekuna faktycznego lub osobę bliską. Wprowadzenie do ustawy o prawach pacjenta tych pojęć powinno skutkować przyjęciem pewnej w miarę jednolitej siatki pojęciowej przy określaniu poszczególnych uprawnień. Z ubolewaniem należy stwierdzić, że prawo medyczne nie jest przejrzyste od strony terminologicznej. Na przykład art. 4 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta wskazuje, że w razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności sąd może na żądanie małżonka, krewnych lub powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej lub przedstawiciela ustawowego zasądzić odpowiednią sumę na wskazany przez nich cel społeczny na podstawie art. 448 k.c. Z kręgu osób uprawnionych do wniesienia powództwa o zasądzenie odpowiedniej sumy na cel społeczny w tym trybie została wyłączona osoba pozostająca we wspólnym pożyciu z pacjentem, a zatem partner hetero- lub homoseksualny pacjenta. Nie należy sądzić, że jest to zamierzony cel ustawodawcy. Jest to raczej wynik przeoczenia, a nie celowa polityka dyskryminująca te podmioty. Jak wskazują liczni autorzy, ustawy medyczne nie stanowią szczytowego osiągnięcia naszego ustawodawcy⁵⁷. Podstawową przyczyną poczucia dyskryminacji u osób, które żyją w związkach partnerskich jest brak przejrzystości polskich regulacji prawnych. Dopiero odpowiednia wykładnia pojęć, a w szczególności „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu”, pozwala uznać partnera za osobę bliską pacjenta. Mniej wątpliwości – z perspektywy uprawnień partnera pacjenta – budzi definicja opiekuna faktycznego. Jeśli partner

⁵⁷ Tak: M. Safjan, op. cit., s. 40; T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 79; D. Karkowska, op. cit., s. 75.

sprawuje stałą pieczę nad pacjentem, status opiekuna faktycznego nie powinien budzić wątpliwości⁵⁸.

Tytułem podsumowania należy wskazać, iż partnerowi jako opiekunowi faktycznemu przysługuje przede wszystkim uprawnienie do wyrażenia zgody na badanie pacjenta, który jest niezdolny faktycznie do wyrażenia tej zgody. W tym zakresie opiekunowi faktycznemu służy prawo do informacji. Opiekun faktyczny nie ma żadnych praw decyzyjnych w przypadku innych zabiegów medycznych. W sytuacji emergentnej, gdy lekarz działa na podstawie upoważnienia ustawowego określonego w art. 33 ust. 1, ewentualnie w art. 34 ust. 7 ustawy o zawodzie lekarza, opiekun faktyczny jest informowany wyłącznie o wykonanych interwencjach medycznych. Z kolei uprawnienia partnera jako osoby bliskiej sprowadzają się do prawa do informacji (nawet bez odpowiedniego upoważnienia) oraz do prawa do obecności przy udzielaniu świadczenia zdrowotnego. Partner może także zostać upoważniony przez pacjenta do dostępu do dokumentacji medycznej.

Bibliografia

- Boratyńska M., *Autonomia pacjenta a granice upoważnienia osoby bliskiej i zaufanej*, „Prawo i Medycyna” 2014, nr 1.
- Ciepła H., [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, ks. III, t. 2, praca zbiorowa, Warszawa 2007.
- Drozdowska U., Kowalewska-Borys E., Bieliński A., Wojtal W., *Dokumentacja medyczna*, red. U. Drozdowska, Warszawa 2012.
- Dudzińska A., *Wymagana informacja udzielana pacjentowi*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9.
- Dukiet-Nagórska T., *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7.
- Gajda J., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. XI: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2009.
- Górski A., Dzienis P., Drozdowska U., Kulesza C., Zemke-Górecka A., Pannert M., Bieliński A., Piątkiewicz J. A., Perkowski M., *Słowo wstępne od autorów*, [w:] *Regulacje prawne ochrony zdrowia*, red. A. Górski, P. Dzienis, Białystok 2006.
- Haberko J., *Pojęcie osoby bliskiej w polskim prawie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 3.

⁵⁸ Paradoksalnie wątpliwości te pojawiają się wobec żony/męża pacjenta. W związku z tym definicja opiekuna faktycznego także powinna zostać poprawiona.

- Jachimowicz M., *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, „Prokurator” 2007, nr 1.
- Janiszewska B., *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnętrzssystemowe*, Warszawa 2013.
- Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Konieczniak P., *Status prawny opiekuna faktycznego w prawie medycznym*, „Prawo i Medycyna” 2014, nr 2.
- Kubicki L., *Prawo medyczne i jego zakres*, [w:] *Prawo medyczne*, red. L. Kubicki, Wrocław 2003.
- Ladrowska G., *Prawo dostępu pacjenta i osób przez niego upoważnionych do dokumentacji medycznej*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1.
- Nesterowicz M., *Prawa pacjenta i osób bliskich do informacji medycznych i ochrony danych*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga Pamiątkowa ku czci Prof. M. Pazdana*, Kraków 2005.
- Nesterowicz M., *Problem dostępu pacjenta i osób bliskich do dokumentacji medycznej ponownie przywołany*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1.
- Panowicz-Lipska J., [w:] *System prawa prywatnego*, red. J. Panowicz-Lipska, t. VIII, Warszawa 2004.
- Pietrzykowski K., *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, red. K. Pietrzykowski, t. II, Warszawa 2011.
- Safjan M., *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998.
- Świdorska M., *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.

Katarzyna Bagan-Kurluta

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: kbkurluta@wp.pl

telefon: +48 85 745 71 93

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.17

Macierzyństwo zastępcze a adopcje – symbioza czy konkurencja?

SUMMARY

Surrogacy and adoptions – symbiosis or concurrence?

Adoption is an institution as old as the world, created by Roman law and today present in the law of almost every state. International adoptions have become popular in the second half of the twentieth century; surrogacy, although already used in ancient times – has become useful together with artificial human reproduction methods. International adoptions and surrogacy are often regarded as wrong, associated with child trafficking and exploitation of women – hence the restrictions and prohibitions concerning them. Nevertheless, they are still serving the purpose of being a parent. That is why, despite evil perceptions, they are considered useful – and therefore they are accepted and used. Will the greater popularity of surrogacy influence the number of international adoptions? Is it possible to introduce international regulation eradicating the risks associated with surrogacy? The article is an attempt to deal with these questions.

Key words: adoption, inter-country adoption, surrogacy, surrogacy agreement, the Hague Conference on Private International Law

Słowa kluczowe: adopcja, adopcja międzynarodowa, macierzyństwo zastępcze, umowa o macierzyństwo zastępcze, Haska Konferencja Prawa Międzynarodowego Prywatnego

Postrzeganie rodziny, pochodzenia dziecka, macierzyństwa i ojcostwa nie zawsze jest uzależnione od obowiązujących w tej materii aktów prawnych. Nie zawsze też prawo wyposaża nas w instrumenty, dzięki którym możemy zrealizować tak palące potrzeby, jak bycie ojcem lub matką. Zależność między współżyciem seksualnym a ciążą i urodzeniem dziecka wydaje się oczywista i w bezpośrednim związku ze statusem rodzica. Obok niej istnieje także zależność między adopcją a rodzicielstwem. Od niedawna nie są to jednak jedyne zależności, które prowadzą do bycia rodzicem.

Rozważania zawarte w artykule są próbą zasygnalizowania istnienia zależności między macierzyństwem zastępczym i adopcją, w szczególności między-

narodową, oraz zastanowienia się nad skutkami potencjalnej międzynarodowej regulacji surogacji.

Na początku ostatniej dekady XX wieku popularną tezę głoszoną w amerykańskiej doktrynie prawa rodzinnego było odejście od tradycyjnego pojmowania rodziny. W konsekwencji zaprezentowano powszechnie akceptowaną koncepcję rodziny – jako grupy ludzi, którzy się kochają i troszczą o siebie nawzajem – bez względu na istnienie między członkami tej grupy relacji natury formalnej, czy też nawet biologicznej¹. W takiej rodzinie znalazło się miejsce dla par żyjących w nieformalnych związkach, a nawet dla osób i par homoseksualnych, mimo że jeszcze do niedawna poszukiwano dla nich miejsca w szpitalach psychiatrycznych, a nie w rodzinach. American Psychiatric Association do 1973 roku traktowało homoseksualizm jako zaburzenie psychiczne, do 1994 – był klasyfikowany jako jedno z zaburzeń osobowościowych². Końcówka lat dziewięćdziesiątych przyniosła wyniki badań statystycznych, z których wynikało, że 49% amerykańskich rodzin to rodziny nietradycyjne i że 10% społeczeństwa stanowią homoseksualiści, niektórzy wychowujący dzieci. Między publikowanymi danymi dotyczącymi liczby tych dzieci były duże rozbieżności, można jednak przyjąć, że 25-milionowe grono homoseksualistów wychowywało wówczas między 1 a 14 mln dzieci³. Opublikowane dane zadawały kłam wizji konserwatywnej Ameryki, wpatrzonej w tradycyjne wartości rodzinne: w małżeństwo jako jedyną dopuszczalną formę związku łączącego kobietę i mężczyznę, i w model rodziny 2+3. Co więcej, między 1960 a 1979 rokiem zanotowano ponaddwukrotny wzrost liczby rozwodów. W tym samym czasie spadł wskaźnik płodności kobiet, a wzrosła stopa ich bezdzietności. Nastąpił duży wzrost liczby urodzeń dzieci pozamażeńskich, z 5% w 1960 do ponad 25% w 1990 roku. Od 1960 do 1992 roku odsetek dzieci żyjących w rodzinach złożonych tylko z matek i dzieci wzrósł prawie trzykrotnie, z 8 do 23%. W 1992 roku pracowało 68% zamężnych kobiet, które miały dzieci w wieku poniżej osiemnastu lat, w 1960 – takich kobiet było 28%. Między 1948 a 1991 rokiem liczba pracujących mężatek z małymi dziećmi wzrosła

¹ M. P. Treuthart, *Adopting a More Realistic Definition of Family*, 26 *Gonz. L. Rev.*, 1990/1991, s. 91, 96; J. L. Bell, *Prohibiting Adoption by Same-Sex Couples: Is It in the „Best Interest of the Child“?*, 49 „*Drake Law Review*” 2000–2001, s. 345–346.

² K. J. Starr, *Adoption by Homosexuals: A Look at Differing State Court Opinions*, 40 *Ariz. L. Rev.*, 1998, s. 1499–1500; R. Sobański, *Związki partnerskie*, „*Forum Iuridicum*” 2003, nr 2, s. 223.

³ 6–8 mln: C. Nash, *The New American Family*, „*Newsday*” z 13 września 1997 r., s. B01; D. Mishra, *The Road to Concord: Resolving the Conflict of Law Over Adoption By Gays and Lesbians*, 30 *Colum J. L. & Soc. Probs.*, 1996, s. 91; J. F. Sims, *Homosexuals Battling the Barriers of Mainstream Adoption-And Winning*, 23 „*Thurgood Marshall Law Review*” 1997–1998, s. 551–552; 1,5–14 mln: T. E. Lin, *Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases*, 99 „*Columbia Law Review*” 1999, s. 740; 1–9 mln: M. E. Liebermann, *The Status of Same Sex Adoption In the Keystone State Subsequent to the State Supreme Court’s Decision In Adoption of R.B.F. and R.C.G.*, 12 „*Journal of Law and Policy*” 2003–2004, s. 288.

z 11 do 60%⁴. Dane odnosiły się także do kwestii niedosytu dzieci i niezaspokojonej potrzeby ich posiadania przez różniące się od siebie zasadniczo grupy osób – heteroseksualistów (niezaspokojonej z racji na wysoki poziom bezpłodności Amerykanów⁵, wynikający w pewnej mierze z zaskakująco dużej liczby dokonywanych aborcji⁶) i homoseksualistów (z powodu komplikacji związanych z prokreacją w takich związkach). Jednocześnie, z przyczyn aborcji, antykoncepcji i zmiany w postrzeganiu samotnych matek, dzieci dostępnych do adopcji było mniej – szczególnie białych i zdrowych⁷.

Podobne zmiany świadomościowe zachodziły także w innych państwach europejskich, począwszy od najbardziej liberalnej Holandii, po państw byłego bloku wschodniego oraz pozaeuropejskich. Nie wpłynęły one jeszcze wówczas na przyjęcie żadnych rewolucyjnych rozwiązań prawnych. Jednak przemiany w prawie rodzinnym rozpoczęły się na początku XXI wieku. W ciągu niespełna dziesięciu lat w kilkunastu państwach wprowadzono zmiany w prawie rodzinnym – w szczególności dotyczące pochodzenia dziecka od rodziców oraz wspomaganą prokreację⁸:

Australia	2009	reforma dotycząca technik wspomaganego rozrodu i surogacji
Kanada	2004 2010	reforma dotycząca wspomaganego rozrodu Uniform Child Status Act
Zjednoczone Emiraty Arabskie	2005	kodyfikacja prawa rodzinnego
Katar	2006	kodyfikacja prawa rodzinnego
Bahrajn	2009	kodyfikacja prawa rodzinnego
Francja	2005	reforma dotycząca pochodzenia dziecka
Belgia	2006	reforma dotycząca pochodzenia dziecka

⁴ L. Peng, *Surrogate Mothers: An Exploration Of The Empirical And The Normative*, 21 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 555 (2012–2013), s. 574, za: K. Luker, *Abortion And The Politics Of Motherhood*, University of California Press, Berkeley 1984, s. 115–118.

⁵ Według informacji z listopada 2012 r. dotknęła ona 7,3 mln Amerykanów (12% kobiet w wieku prokreatywnym i 12,5% par starających się o poczęcie dziecka), por. <http://www.9news.com/moms/article/299642/499/Infertility-How-it-affects-people-on-a-national-scale> [17.12.2013]. Z kolei według informacji z marca 2013 r. – jest to 6 mln osób i 10% par, por. <http://www.fertilityexpert.co.uk/infertility-scale-problem.html> [17.12.2013].

⁶ Por. krajowe dane statystyczne w rozłożeniu na rasy i wiek kobiet: <http://www.census.gov/compendia/statab/2012/tables/12s0101.pdf> [17.12.2013].

⁷ S. King, *Challenging Monohumanism: An Argument for Changing the Way We Think About Intercountry Adoption*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 30, issue 2 (Winter 2009), s. 424; S. Markens, *Surrogate Motherhood And The Politics Of Reproduction*, University of California Press, Los Angeles – Berkeley – London 2007, s. 15.

⁸ *Private International Law Issues Surrounding The Status Of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, document drawn up by the Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference, General Affairs And Policy Prel. Doc. No 11, March 2011, s. 5.

Niemcy	2008	reforma dotycząca ustalenia ojcostwa
Puerto Rico	2009	reforma dotycząca pochodzenia dziecka
Szwecja	2006	reforma dotycząca dostępu do leczenia medycznie wspomaganego rozrodczości
Nowa Zelandia	2004 2007	reforma dotycząca wspomaganego rozrodo człowieka
Wielka Brytania	2008	reforma dotycząca wspomaganego rozrodo człowieka

Genezy macierzyństwa zastępczego poszukiwać można w Starym Testamencie, gdzie w Księdze Rodzaju (16 i 30) opisane zostały przypadki Sary, jej męża Abrahama i jej egipskiej niewolnicy Hagar; Racheli i Jakuba oraz jej niewolnicy Bilhy, a także Lei, Jakuba i niewolnicy Zilpy⁹. Tak jak te przedstawione w *Biblii*, ówczesne surogacje nie miały wiele wspólnego ze współczesnymi. Służące lub niewolnice były zmuszane do stosunków seksualnych ze swoimi panami lub raczej mężami swoich pań i do rodzenia im dzieci¹⁰.

25 lipca 1978 roku w Wielkiej Brytanii przysła na świat Louise Brown – pierwsze dziecko „z probówki”, czyli dziecko poczęte w drodze zapłodnienia in vitro (IVF) i transferu embrionu¹¹. Tam też w 1999 roku, po użyciu IVF urodziło się 8 tys. dzieci, czyli 1,4% wszystkich dzieci, jakie wówczas przysły na świat w Zjednoczonym Królestwie. Ich liczba do 2004 roku utrzymywała się mniej więcej na poziomie 1% wszystkich urodzeń¹².

W świetle danych amerykańskiego urzędu statystycznego w wyniku wykorzystania metod sztucznej prokreacji w latach 2000–2006 w USA na świat przyszło ponad 326 tys. niemowląt¹³:

Rok	Rozpoczęte procedury	Liczba ciąży	Liczba urodzonych niemowląt
2000	99,629	30,557	35,025
2001	107,587	35,726	40,687
2002	115,392	40,046	45,751
2003	122,872	43,503	48,756
2004	127,977	44,774	49,458
2005	134,260	47,651	52,041
2006	138,198	50,571	54,656

⁹ Por. *Biblia Tysiąclecia Online*, Poznań 2003.

¹⁰ K. D. Krawiec, *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009, s. 223.

¹¹ IVF – In Vitro Fertilization. W. H. Utian et al., *Successful Pregnancy After an In-vitro Fertilization-embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate*, 313 *New Eng. J. Med.* 1351 (1985).

¹² <http://www.fertilityexpert.co.uk/infertility-scale-problem.html> [17.12.2013].

¹³ Por. *Summary Reports, Assisted Reproductive Technology Surveillance-United States*, 2006, Vol. 58, No. SS-5, June 2009, <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss5805a1.htm>, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/births_deaths_marriages_divorces/family_planning_abortions.html [17.12.2013].

Pierwsza surogacja gestacyjna miała miejsce w 1984 roku¹⁴, natomiast cztery lata później, dzięki amerykańskiej sprawie *In Re Baby M*¹⁵, surogacje stały się przedmiotem sporu prawnego, ale i dyskusji naukowej. Od tego czasu stały się one popularne w USA, w 2009 roku pisano o 600 przypadkach niemowlaków urodzonych jako efekt zawarcia umów surogacji, z czego 95% stanowić miały wspomniane już umowy surogacji gestacyjnej. Przez określenie to, według słownika opracowanego przez Haską Konferencję Prawa Międzynarodowego Prywatnego w 2012 roku, należy rozumieć umowę, na mocy której matka zastępcza nie zapewnia swojego własnego materiału genetycznego, a zatem rodzi dziecko genetycznie z nią niezwiązane. W następstwie umowy dochodzi do sztucznej prokreacji, a gamety mogą pochodzić od obojga socjologicznych rodziców, jednego lub żadnego z nich; może być altruistyczna lub komercyjna. Stanowi ona przeciwieństwo umowy surogacji tradycyjnej, na mocy której matka zastępcza zapewnia swój własny materiał genetyczny (komórkę jajową), a zatem rodzi dziecko genetycznie z nią związane. Socjologicznym rodzicem, według słownika, jest osoba, która prosi inną osobę o noszenie ciąży, z założeniem sprawowania pieczy nad dzieckiem po urodzeniu i bycia mu rodzicem jak swojemu własnemu dziecku; może być ona genetycznie spokrewniona z dzieckiem urodzonym w konsekwencji umowy.

Adopcja ukształtowana została przez prawo rzymskie jako przyjęcie obcej osoby za swoje dziecko¹⁶, przybranie sobie dziecka¹⁷ lub przyjęcie innej osoby do rodziny i pod władzę¹⁸. Adopcja przetworzona przez Justyniana w miarę jednolitej postaci (tj. wcześniejszego *adrogatio* i późniejszego *adoptio*) w *adoptio plena* i *adoptio minus plena* przetrwała do współczesnych czasów – także z uwzględnieniem konsekwencji przyjęcia, że *adoptio naturam imitatur (adoptio naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater)*¹⁹, a więc róż-

¹⁴ W. H. Utian et al., op. cit.; *Private International Law Issues Surrounding...*, s. 5. Choć wzmianki o nich można spotkać w odniesieniu do końcówki lat 70., por. E. Teman, *The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood*, 67 Soc. Sci. & Med. 2008, s. 1104.

¹⁵ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988), 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396, 1988.NJ.41301, <http://www.versuslaw.com>, http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm; także: M. Gittleman, *In the Matter of Baby M.: A Setback for Surrogacy Contracts*, 40 Rutgers L. Rev. 1987–1988, s. 1313–1314; por. K. Bagan-Kurluta, *About surrogacy agreements against background of American experiences*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2001, nr 8, s. 60–78.

¹⁶ W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2003, s. 187; W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, red. W. Litewski, J. Sondel, Warszawa 1986, s. 231, oraz W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001, s. 80.

¹⁷ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2000, s. 245.

¹⁸ M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Kraków 2000, s. 141. *Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus in potestate ostra sunt, verum et hi quo adoptamus* (G. 1, 97).

¹⁹ I. 1, 11, 4.

nicy wieku między przysposabiającym a przysposobianym, i założenia, że ten pierwszy powinien być starszy od drugiego²⁰. *Adrogatio* i *adoptio* stosowane były przede wszystkim do dorosłych mężczyzn, adopcji dokonać można było tak w odniesieniu do osób dorosłych (mężczyzn, kobiet)²¹, jak i do dzieci²². Jednak aż do XX wieku adopcje służyć miały przede wszystkim interesom rodzin i rodów, a nie dzieciom – stąd zdecydowanie bardziej popularna była koncepcja przysposobień osób dorosłych.

Geneza adopcji międzynarodowych była inna i przynajmniej początkowo miała dużo wspólnego ze szlachetnymi intencjami ulżenia doli sierot. Adopcje międzynarodowe pojawiły się jako następstwo wojen, skutek współczucia sierotom po ofiarach wojennych ze strony żołnierzy – sprawców tych ofiar. Przykładowo w USA kilkakrotnie inicjowane były programy adopcyjne dla dzieci azjatyckich w związku z konfliktami zbrojnymi w Korei i Wietnamie, w których udział wzięły oddziały amerykańskie²³. Do chwili obecnej państwem, do którego trafia najwięcej dzieci w wyniku adopcji międzynarodowych, są Stany Zjednoczone Ameryki Północnej. Z informacji amerykańskiego Departamentu Stanu o liczbie adopcji wynika, że w latach 1999–2012 dokonano 242 602 adopcje – apogeum osiągnięte zostało w latach 2004 i 2005, kiedy to Amerykanie adoptowali po prawie 23 tys. dzieci rocznie. Jednak od 2004 roku liczba adopcji systematycznie spadała. Spory spadek odnotowano między rokiem 2008, kiedy w USA weszła w życie Konwencja haska o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia zagranicznego z 29 maja 1993 roku²⁴, a 2009 – kiedy widoczne były już skutki zaostrzenia polityki adopcyjnej z racji na konieczność stosowania postanowień konwencyjnych. W 2012 roku adoptowanych zostało jedynie 8 668 dzieci – jest to najniższa liczba notowana w okresie przedstawionym w statystykach amerykańskiego Departamentu Stanu:

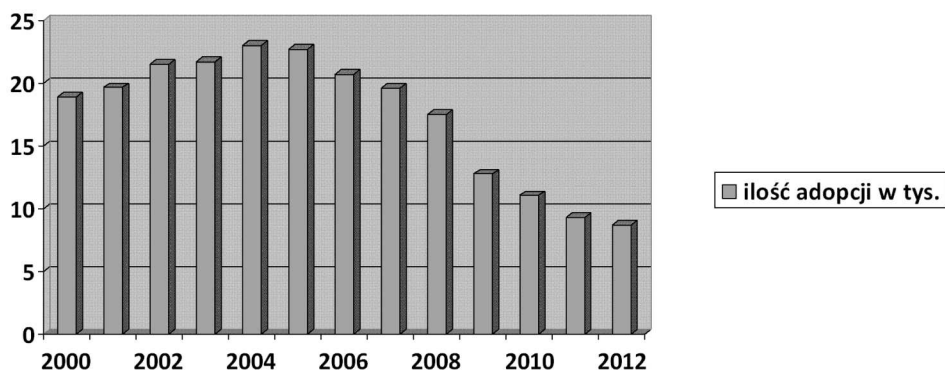
²⁰ *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet* (I. 1, 11, 4).

²¹ W. Litewski, op. cit., s. 190.

²² M. Kuryłowicz, *Geneza i forma rzymskiej adopcji*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Lublin 1975, vol. XXII, nr 11, s. 149. Szerzej na temat ewolucji adopcji: K. Bagan-Kurluta, *Przysposobienie międzynarodowe dzieci*, Białystok 2009, s. 17–88.

²³ Działania Holt International Children’s Services i innych agencji adopcyjnych w Korei po 1953 r. i tzw. Operation Babylift w Wietnamie w 1975 r. por. J. H. A. van Loon, *International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption*, „Recueil des Cours” 1993, VII, s. 229; C. N. Le, *Asian Adoptions on the Rise*, „Asian Nation”, 18 stycznia 2006 r. oraz informacje ze strony internetowej poświęconej programowi i osobom w nim uczestniczącym: <http://www.vietnambabylift.org/> [10.12.2013].

²⁴ Dz. U. z 2000 r., Nr 39, poz. 448.



Dzieci adoptowane w 2012 roku pochodziły głównie z Chin (2 696), Etiopii (1 567), Rosji (749), Korei Południowej (627) i Ukrainy (395)²⁵. Tak dużo dzieci adoptowanych jest z Chin od lat, jest to pokłosie rozpoczętej w 1979 roku polityki „jednego dziecka”, a co za tym idzie – duża liczba porzucanych dziewczynek. Z kolei w Etiopii mieszka największa w państwach Afryki Subsaharyjskiej liczba sierot. Sieroctwo spowodowane jest konfliktami zbrojnymi, biedą i chorobami, a niechęć do adopcji krajowych – między innymi przekonaniem, że kobieta powinna mieć swoje własne dzieci, a adopcja świadczy o hańbiącej ją bezpłodności²⁶. Z szacunkowych danych dotyczących globalnej liczby adopcji międzynarodowych wynika, że od 1948 roku (kiedy zaczęły być one notowane) do 2010 było ich milion²⁷. Skąd wzięła się popularność adopcji zagranicznych i jakie są powody przedkładania adopcji międzynarodowych nad krajowe? Po pierwsze, proces adopcyjny jest krótszy niż przy adopcjach krajowych. Co ważne, rodzice adopcyjni unikają dzięki nim kontaktów z rodziną biologiczną dziecka, a poza tym – mogą decydować o wieku, płci i medycznej historii dziecka²⁸. Ponadto, popularność podyktowana jest ich dostępnością. W państwach biedniejszych, słabiej rozwiniętych, można się spotkać z odwrotnością sytuacji, jaka ma miejsce w państwach bogatych. A więc, w miejsce akceptacji nieślubnego macierzyństwa jest ostracyzm, w miejsce środków antykoncepcyjnych – ich minimalne stosowanie, w miejsce liberalnej polityki aborcyjnej – surowe prawa antyaborcyjne. Jeśli dodać do tego konflikty i biedę, to można mówić o powodach dużej dostępności dzieci²⁹. Znaczna liczba adopcji

²⁵ http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php [17.12.2013].

²⁶ W. Giacofei, *Curbing Intercountry Adoption Abuses through the Alien Tort Statute*, „Roger Williams University Law Revue”, vol. 18, issue 1 (Spring 2013), s. 117–119; K. Bagan-Kurluta, *Przysposobienie międzynarodowe dzieci*, Białystok 2009, s. 125.

²⁷ B. Watkins, *Intercountry Adoption and the Hague Convention: Article 22 and Limitations upon Safeguarding*, „Child and Family Law Quarterly” 2012, vol. 24, issue 4, s. 391.

²⁸ W. Giacofei, op. cit., s. 113.

²⁹ Ibidem, s. 114.

międzynarodowych odbywa się w trybie wspomnianej już Konwencji haskiej z 1993 roku, z której wynika zakaz czerpania korzyści majątkowych z przysposobień i, przede wszystkim, zasada ich subsydiarności względem adopcji krajowych. Często jednak państwowa polityka dotycząca tych ostatnich (np. adopcji transrasowych) utrudnia lub wręcz uniemożliwia ich dokonywanie. Przykładowo, tak w Wielkiej Brytanii, jak i w USA przyjmuje się, że transrasowe adopcje są niekorzystne dla dzieci. Już od lat siedemdziesiątych XX wieku eksperci od zaburzeń osobowości wskazują na możliwość ich wystąpienia, gdy czarne dziecko wychowywane jest w białej rodzinie³⁰. Oznacza to w praktyce, że adopcja czarnoskórego dziecka przez białą parę jest niemożliwa lub wiąże się z licznymi komplikacjami i znacznym upływem czasu. W USA w 1987 roku dokonano tylko 8% transrasowych adopcji, z czego 1% stanowiły adopcje czarnych dzieci przez białe kobiety³¹.

Zarówno możliwość dokonania adopcji międzynarodowej, jak i surogacji są powodem turystyki, w pierwszym przypadku adopccyjnej, w drugim – surogacyjnej. Analizując zagrożenia wynikające z adopcji, należy pamiętać o tym, że państwa na świecie można podzielić na dwie grupy: państwa-strony Konwencji haskiej z 1993 roku i państwa, które nie są jej stronami. W przypadku pierwszych z nich procedury adopcyjne nie powinny wzbudzić podejrzeń co do legalności podejmowanych działań i realizacji dobra dziecka. Co do drugich, takiej pewności nie ma, bowiem przeprowadzenie procedury adopccyjnej jest tam uzależnione od przepisów prawa krajowego i uczciwości urzędników. Od wielu dekad adopcje międzynarodowe, z jednej strony bardzo użyteczne narzędzie walki z bezdzietnością, z drugiej strony – traktowane są jako instytucja co najmniej podejrzana. Wydaje się, że w znaczącej większości przypadków do adopcji dochodzi w drodze transakcji handlowych³². Bez względu na to, kto uzyskuje korzyści majątkowe – jest to biz-

³⁰ A. Bahl, *Color-Coordinated Families: Race Matching in Adoption in the United States and Britain*, 28 „Loyola University Chicago Law Journal” 1996–1997, s. 45 i nast.; E. Bartholet, *Race Separatism in the Family: More on the Transracial Adoption Debate*, 2 „Duke Journal of Gender Law & Policy” 1995, s. 99–105; S. Maldonado, *Racial hierarchy and international adoptions*, [w:] *Family Law: Balancing Interests and Pursuing Priorities*, L. Wardle, C. S. Williams (ed.), William S. Hein & Co., Inc., Buffalo – New York 2007, s. 263–264; D. S. Rosettenstein, *Trans-Racial Adoption in the United States and the Impact of Considerations Relating to Minority Population Groups on International Adoptions into the United States*, [w:] *Families Across Frontiers, The International Society of Family Law*, N. Lowe, G. Douglas (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – London 1996, s. 605–623.

³¹ Por. K. Mannino, *Statistically Speaking*, 22 „Children’s Legal Rights Journal”, Spring 2002–2003, s. 26–27.

³² Zresztą już na początku XX w. w USA można było kupić niemowlę za 100 dolarów. Natomiast w Polsce w powojennych gazetach publikowane były anonse o chęci kupna dziecka, por. J. G. Stein, *A Call to End Baby Selling: Why the Hague Convention on Intercountry Adoption Should Be Modified to Include the Consent Provisions of the Uniform Adoption Act*, „Thomas Jefferson Law Review” 2001–2002, nr 24, s. 51–52; J. Starczewski, *Handel niemowlętami wczoraj i dziś*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1948, nr 4, s. 29–33.

nes, który może być identyfikowany z handlem żywym towarem. Adopcje mogą służyć także innym, zawołowanym celom – wykorzystywaniu adoptowanych dzieci do prostytucji, pornografii, ciężkich, niewolniczych prac fizycznych, a w końcu – do bycia dawcami organów. Nawet w odniesieniu do niektórych państw konwencyjnych pojawiają się informacje o nielegalnym pozyskiwaniu dzieci do adopcji oraz o uzyskiwaniu korzyści majątkowych z adopcji. Takie informacje dotyczą na przykład Chin³³. Ponadto Konwencja haska z 1993 roku, ustanawiając standardy adopcji międzynarodowych, nie określa reguł postępowania w odniesieniu do państw, które jej nie ratyfikowały. W USA po ratyfikacji konwencji, oprócz adopcji dokonywanych w trybie konwencyjnym, dokonywane są także adopcje dzieci z państw, które nie ratyfikowały tej konwencji – poza jej trybem³⁴. Wstrzymanie adopcji możliwe jest właściwie jedynie wówczas, gdy państwo deklarujące chęć przystąpienia do konwencji nie spełni wymagań stawianych takim państwom, na przykład dotyczących certyfikacji agencji adopcyjnych. Przykładowo, takie wstrzymanie adopcji miało miejsce w odniesieniu do Gwatemali. Poza tym, może się oczywiście zdarzyć, jak miało to miejsce w przypadku Rumunii, że państwo pod naporem społeczności międzynarodowej (w tym przypadku Unii Europejskiej) wprowadzi ograniczenia dotyczące adopcji zagranicznych lub zakaz ich dokonywania. Skutki radykalnego zmniejszenia liczby adopcji międzynarodowych można ocenić na podstawie wydarzeń, jakie miały miejsce właśnie w Rumunii po wprowadzeniu przez ten kraj zakazu w 2001 roku. Liczba adopcji do USA spadła z 1 119 (2000) do 5 (2009), a rumuński system opieki społecznej zmuszony był zmagać się z prawie 78 tys. sierot. To niestety one przegrały tę walkę z systemem i w większości przypadków znalazły się na rumuńskich ulicach³⁵.

Umowy surogacji także nie cieszą się szeroką akceptacją, co więcej, można mówić o podziale państw na trzy grupy, gdzie są one odmiennie traktowane przez prawo. Są to: 1) posiadające regulację prawną dotyczącą takich umów, przynajmniej w jakimś zakresie je aprobującą, 2) w których wyraźnie ich zakazano oraz 3) bez regulacji wprost odnoszącej się do tych umów. Na przykład Polska znajduje się wśród państw z ostatniej grupy: przyjmuje się z reguły, że umowy są nieważne, a ich realizację uniemożliwia wprowadzenie do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odpowiedniej regulacji macierzyństwa³⁶. Bez względu jednak na sposób traktowania umów przez prawo, w doktrynie dość

³³ W. Giacofei, op. cit., s. 117–118.

³⁴ C. J. Troy, *Members Only: The Need for Reform in U.S. Inter-country Adoption Policy*, „Seattle University Law Review”, vol. 35, issue 4 (Summer 2012), s. 1533.

³⁵ Ibidem, s. 1538. W podtekście: zamiast w amerykańskich domach.

³⁶ W związku z tym nie można mówić o jakiegokolwiek praktyce w tej materii, brak jest orzecznictwa, pozornie umowy nie są zawierane. Przeczy temu liczba internetowych anonsów obu potencjalnych stron takiej umowy.

powszechnie pisze się o zagrożeniach dla matki zastępczej, samego dziecka, o przedmiotowym traktowaniu kobiety, tworzeniu sytuacji, w której los dziecka jest niepewny. Przedstawiany jest stereotyp ubogiej, młodej i niewykształconej matki zastępczej oraz bogatych, wykształconych inicjatorów jej ciąży. Tacy też byli uczestnicy pierwszej amerykańskiej sprawy *In Re Baby M* – surogatka i rodzice socjologiczni. Mary Beth Whitehead, w czasie procesu 29-latką, w połowie dziesiątej klasy zrezygnowała z nauki. W 1973 roku wyszła za mąż za Richarda Whiteheada – ona miała 16 lat, on – 24. Whitehead w czasie procesu był zatrudniony jako kierowca śmieciarki. Para miała pierwsze dziecko w 1974 roku, drugie – w 1976, po czym Whitehead poddał się wasektomii. Od dnia ich ślubu w 1973 roku przenosili się co najmniej 12 razy, a raz pozostawali w separacji – wówczas Mary Beth Whitehead korzystała z pomocy społecznej. Jej mąż miał problemy alkoholowe, dlatego dwukrotnie utracił prawo jazdy. W 1983 roku para złożyła wniosek o upadłość.

Ich przeciwieństwem byli rodzice socjologiczni: państwo Stern. William Stern był biochemikiem, Elizabeth Stern – pediatrą. Pobrali się w 1974 roku, decyzję co do posiadania dziecka odkładając do czasu ukończenia rezydentury przez żonę i osiągnięcia stabilności finansowej. Zanim doszło do ciąży, u kobiety zdiagnozowano stwardnienie rozsiane. Cięża mogłaby stanowić poważne zagrożenie dla stanu jej zdrowia. Konsekwentnie, nadal pragnąc dziecka, z racji na długość procesu adopcyjnego oraz komplikacje związane z ich wiekiem i religią, zrezygnowali z adopcji. Ponadto, mężczyzna był jedynym członkiem rodziny ocalałym z Holocaustu, stąd chciał przedłużyć jej istnienie – surogacja wydawała się rozwiązaniem znacznie lepszym niż adopcja³⁷.

W ten stereotyp z pewnością perfekcyjnie wpisują się także niektórzy uczestnicy turystyki prokreacyjnej. Jednak, jak się okazuje, o stereotypie kobiet zmuszonych przez biedę do zawierania umów surogacji można mówić tylko w odniesieniu do niektórych przypadków. Do innych – bardziej adekwatne wydaje się użycie określenia: motywowane możliwością zarobku. Ponadto, według badań empirycznych przeprowadzonych na surogatkach z USA i Wielkiej Brytanii – nie są to ubogie, samotne, młode kobiety, które zmuszone finansowymi, rodzinnymi problemami lub byciem członkiem mniejszości etnicznej zawierają umowy, w naiwności swojej nie zdając sobie sprawy z emocjonalnych i fizycznych skutków jej realizacji. Są to raczej dojrzałe, doświadczone, stabilne finansowo i emocjonalnie nonkonformistyczne ekstrawertyczki – świadome swoich decyzji i ich skutków³⁸. Ich kontrahentami są pary z problemami medycznymi, niepozwalającymi mieć dzieci, pary, którym prawo uniemożliwia posiadanie dzieci, osoby samotne różnej orientacji seksualnej

³⁷ L. Peng, op. cit., s. 578–579.

³⁸ Ibidem, s. 560, za: K. Busby, D. Vun, *Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers*, 26 Can. J. Fam. L. (2010), s. 51–52.

i w różnym wieku – z całą pewnością na tyle finansowo stabilne, aby opłacić koszty surogacji.

Porównując adopcje z surogacjami odnosi się wrażenie, że wszystkie okoliczności wskazują na to, że umowy surogacji są użyteczniejsze i wygodniejsze w realizacji niż adopcje. Adopcje są w znacznym stopniu ograniczone przez przeszkody adopcyjne i wymogi stawiane rodzicom adopcyjnym. Procedury adopcyjne są długie, tym dłuższe, im dłuższy jest obligatoryjny okres preadopcyjny. Niektóre osoby nie mogą adoptować dzieci – czasem adoptować mogą tylko małżeństwa, z reguły nie mogą adoptować homoseksualiści. W tej kategorii mieszczą się zarówno osoby samotne, niedeklarujące bycia w związku z inną osobą, pary w związkach – gdy tylko jeden z partnerów ma chęć adoptować dziecko, partnerzy mający chęć dokonać adopcji wspólnie oraz małżeństwa tej samej płci, również chętne do dokonania wspólnej adopcji³⁹. Sytuacja homoseksualistów nie zmieniła się po wejściu w życie Konwencji haskiej z 1993 roku, gdyż nie przesądza ona o tym, kto może adoptować dzieci – natomiast posłużono się w niej mechanizmami dobra dziecka oraz klauzuli porządku publicznego⁴⁰. Poza tym, lepiej jest mieć swoje własne dziecko – genetycznie spokrewnione – niemowlaka, najczęściej zdrowego. W końcu – za jedno i drugie trzeba zapłacić. Każdy rodzic adopcyjny płaci agencji, która pośredniczy w międzynarodowej adopcji. Są to kwoty między 15 a 35 tys. dolarów⁴¹. Przykładowo, chińskie sierocińce pobierają opłatę za każde dziecko – w kwotach między 3 a 5,4 tys. dolarów⁴². Koszty surogacji są różne, ale zazwyczaj składają się na nie opłaty dla agencji pośredniczącej, doradców prawnych, koszty zabiegów medycznych i kompensata finansowa dla samej surogatki, co może oznaczać kwotę 100 tys. dolarów⁴³.

Zarówno adopcje, jak i surogacje w swym wymiarze międzynarodowym powodują problemy przede wszystkim dotyczące sytuacji prawnej dziecka: ustalenia jego pochodzenia i jego skutków (obywatelstwa dziecka i innych kwestii regulowanych prawem emigracyjnym, ale też odpowiedzialności rodzicielskiej, pieczy nad dzieckiem, obowiązku utrzymywania dziecka)⁴⁴. W trakcie prac Haskiej Konferencji Prawa Międzynarodowego Prywatnego zauwa-

³⁹ J. B. Mertus, *Barriers, Hurdles, and Discrimination: The Current Status of LGBT Intercountry Adoption and Why Changes Must Be Made to Effectuate the Best Interest of the Child*, „Capital University Law Review”, vol. 39, issue 2 (Spring 2011), s. 276–278.

⁴⁰ R. M. Schupp-Star, *Hague Convention on the Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption: The Need for a Uniform Standard for Intercountry Adoptions by Homosexuals*, „Roger Williams University Law Review”, vol. 16, issue 1 (Winter 2011), s. 145–152.

⁴¹ W. Giacofei, op. cit., s. 110.

⁴² Ibidem, s. 119.

⁴³ A. R. Dana, *The state of surrogacy laws: determining legal parentage for gay fathers*, „Duke Journal of Gender Law & Policy” 2011, vol. 18, s. 363.

⁴⁴ *Private International Law Issues Surrounding...*, s. 4.

żono, że mogą one wystąpić w trzech sytuacjach: (a) gdy rodzice socjologiczni zamierzają zabrać dziecko do domu, czyli do państwa, w którym mieszkają, (b) gdy dziecko jest w państwie zamieszkania socjologicznych rodziców i istnieje potrzeba rejestracji zagranicznego aktu urodzenia dziecka lub rozpoczęcia postępowania o uznanie zagranicznego orzeczenia dotyczącego pochodzenia dziecka, (c) gdy problem pochodzenia dziecka może być podniesiony jako kwestia uboczna w sporze dotyczącym pieczy lub alimentacji⁴⁵. Jest nadzieja, że dotychczasowe prace doprowadzą do przyjęcia konwencji, której postanowienia stanowić będą remedium na te problemy. Trudno jednak przewidzieć, jaka będzie popularność takiej konwencji i jak zostanie ona przyjęta w państwach, gdzie surogacje są nieuregulowane lub zakazane. Dla zachęty do jej aprobaty można natomiast posłużyć się słowami E. S. Scott: „Dobrze zaprojektowana regulacja może znacznie złagodzić większość potencjalnie namacalnych szkód, jakie może wyrządzić surogacja, a to wydaje się być odpowiednią funkcją prawa w społeczeństwie liberalnym, w reakcji na kwestię, co do której nie istnieje społeczny konsensus”⁴⁶.

W roku 2001, w trakcie obrad Haskiej Konferencji Prawa Międzynarodowego Prywatnego, zasugerowano podjęcie prac nad rosnącymi problemami wynikającymi z umiędzynarodowienia umów macierzyństwa zastępczego. Rozpoczęto je w kwietniu 2010 roku, a specjalnie stworzona komisja już dwa miesiące później wyraziła zaniepokojenie rosnącą liczbą umów macierzyństwa zastępczego oraz niepewnością co do sytuacji prawnej dzieci, które przyszły na świat w ich następstwie⁴⁷. Liczba umów zawieranych w skali globalnej nie jest możliwa do ustalenia. Amerykańskie źródła podają, że jest to 25 tys., raczej tylko w odniesieniu do terytorium USA⁴⁸. Dane z pięciu agencji specjalizujących się w międzynarodowych surogacjach dały wspomnianej komisji podstawę do twierdzenia o olbrzymim wzroście „rynku”: porównując rok 2010 z 2006, wzrost ten sięga blisko tysiąca procent⁴⁹. Szacuje się, że wartość około 400 mln dolarów przypada na rynek turystyki surogacyjnej w Indiach⁵⁰. Już w 2009 roku odnotowano w Indiach masowe otwieranie klinik położniczych służących surogatkom. Wartość tego sektora rynku szacowano wówczas na 500 mln dolarów, wróżąc mu jeszcze bardziej dynamiczny roz-

⁴⁵ Ibidem, s. 7.

⁴⁶ E. S. Scott, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, 72 *Law & Contemp. Probs.* (2009), s. 146, za: L. Peng, op. cit., s. 582.

⁴⁷ *Private International Law Issues Surrounding...*, s. 1–4.

⁴⁸ L. Peng, op. cit., za: E. Teman, op. cit., s. 1104.

⁴⁹ *A Preliminary Report On The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements drawn up by the Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, General Affairs And Policy, Prel. Doc. No 10, March 2012*, s. 8.

⁵⁰ *Private International Law Issues Surrounding...*, s. 7.

wój – z racji stosunkowo niewielkich kosztów usług świadczonych przez surorki (6–10 tys. dolarów) i biedę w Indiach (35% społeczeństwa żyje za mniej niż 1 dolara dziennie)⁵¹.

Kwestią pochodzenia dzieci zajmowała się wcześniej Rada Europy, skutkiem czego powstała Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z 1975 roku⁵². W jej świetle, pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu jego urodzenia (art. 2). Jednak obecnie sama organizacja sugeruje wprowadzenie regulacji uwzględniającej konsekwencje wspomaganej reprodukcji człowieka. W dokumencie *Draft Recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities* z 2011 roku⁵³, który w istocie stanowi projekt nowej konwencji, czytamy, że niektóre postanowienia konwencji z 1975 roku są przestarzałe i sprzeczne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Ponadto, nie uwzględniają zmieniającego się wzoru i stylu życia rodzinnego w całej Europie. W art. 2 rekomendacji przyjęto, że rodzicami powinny być osoby, które prawo krajowe uznaje za rodziców. Ciągłe główną regułą ustanawiania pochodzenia dziecka od matki rządzić ma biologia. Kobieta, która rodzi dziecko, powinna być uważana za jego matkę, niezależnie od genetycznego pokrewieństwa. Jednak w państwach, gdzie są przepisy regulujące surogacje, możliwe jest wprowadzanie dowolnych przepisów w zakresie innego ukształtowania macierzyństwa, tak zresztą jak zaprzeczania macierzyństwu (art. 7). W kwestii wspomaganej prokreacji państwa, które na nią pozwalają powinny wprowadzić przepisy umożliwiające ustalenie pochodzenia dziecka, w szczególności przewidujące, że dawca gamety lub embrionu nie jest uważany za rodzica dziecka, natomiast za ojca dziecka uznawany jest mąż lub zarejestrowany partner matki, o ile się nie sprzeciwił sztucznej prokreacji, ewentualnie partner matki, o ile on i matka pisemnie wyrazili zgodę na przeprowadzenie takiego zabiegu (art. 17).

W 1989 roku *Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Science (CAHBI)*⁵⁴ zaproponował zasady postępowania w odniesieniu do surogacji. Żaden lekarz ani instytucja nie mogą korzystać z technik sztucznej prokreacji do poczęcia dziecka przez suorkatkę, a wszelkie porozumienia między suorkatką a osobą lub osobami, dla których nosiła ciężę powinny być niewykonalne. Wszelkie działania podjęte przez pośrednika na rzecz osób za-

⁵¹ K. D. Krawiec, op. cit., s. 225–226.

⁵² Dz. U. z 1999 r., Nr 79, poz. 888.

⁵³ *Committee Of Experts On Family Law (CJ-FA), Draft Recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities. Revised version proposed by Nigel Lowe after the 4th meeting held in Strasbourg from 16 to 18 March 2011, Strasbourg, 8 April 2011 CJ-FA-GT3 (2010) 2 rev. 4.*

⁵⁴ *Principle 15: Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), 1989, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA-GT3%20_2010_%202022%20-%20draft%20instrument%20E.pdf [10.12.2013].*

interesowanych macierzyństwem zastępczym, jak również wszelkie reklamy z nim związane, są zabronione. Jednak państwa w wyjątkowych przypadkach określonych prawem krajowym mogą przyjąć, że lekarz lub instytucja mogą przystąpić do zapłodnienia zastępczej matki w drodze użycia technik sztucznej prokreacji, pod warunkiem, że surogatka nie uzyska żadnych korzyści materialnych z zabiegu i że będzie mogła w chwili urodzenia dziecka dokonać wyboru co do jego zatrzymania lub wydania rodzicom socjologicznym.

Gdyby zapytać, czy surogacje stanowią konkurencję, zagrożenie dla adopcji, odpowiedź powinna być twierdząca. Z racji na brak rzetelnych danych dotyczących skali surogacji, trudno jest ocenić stopień zagrożenia. Z całą pewnością radykalne zmniejszenie liczby adopcji międzynarodowych może być dużym wyzwaniem dla służb socjalnych niektórych państw. Gdyby zapytać, czy z przyczyny umów surogacji doszło do rewolucji w sferze prawa rodzinnego, odpowiedź chyba jeszcze w tej chwili powinna być negatywna.

Bibliografia

Akty prawne i orzecznictwo

Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego z 1975 r., Dz. U. z 1999 r., Nr 79, poz. 888.

In Re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988), 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396, 1988.NJ.41301.

Konwencja haska o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia zagranicznego z 29 maja 1993 r., Dz. U. z 2000 r., Nr 39, poz. 448.

Literatura

A Preliminary Report On The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements drawn up by the Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference, General Affairs And Policy, Prel. Doc. No 10, March 2012.

Bagan-Kurluta K., *About surrogacy agreements against background of American experiences*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2001, nr 8.

Bagan-Kurluta K., *Przysposobienie międzynarodowe dzieci*, Białystok 2009.

Bahl A., *Color-Coordinated Families: Race Matching in Adoption in the United States and Britain*, 28 „Loyola University Chicago Law Journal” 1996–1997.

Bartholet E., *Race Separatism in the Family: More on the Transracial Adoption Debate*, „Duke Journal of Gender Law & Policy” 1995, nr 2.

- Bell J. L., *Prohibiting Adoption by Same-Sex Couples: Is It in the „Best Interest of the Child”?*, „Drake Law Review” 2000–2001, nr 49.
- Biblia Tysiąclecia Online*, Poznań 2003.
- Busby K., Vun D., *Revisiting The Handmaid’s Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers*, 26 Can. J. Fam. L. (2010).
- Committee Of Experts On Family Law (CJ-FA), Draft Recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities. Revised version proposed by Nigel Lowe after the 4th meeting held in Strasbourg from 16 to 18 March 2011, Strasbourg, 8 April 2011 CJ-FA-GT3 (2010) 2 rev. 4.*
- Dana A. R., *The state of surrogacy laws: determining legal parentage for gay fathers*, „Duke Journal of Gender Law & Policy” 2011, vol. 18.
- Giacofei W., *Curbing Intercountry Adoption Abuses through the Alien Tort Statute*, „Roger Williams University Law Review”, vol. 18, issue 1 (Spring 2013).
- Gittleman M., *In the Matter of Baby M.: A Setback for Surrogacy Contracts*, 40 Rutgers L. Rev. 1987–1988.
- King S., *Challenging Monohumanism: An Argument for Changing the Way We Think About Intercountry Adoption*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 30, issue 2 (Winter 2009).
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2000.
- Krawiec K. D., *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, 66 Wash. & Lee L. Rev. 2009.
- Kuryłowicz M., *Geneza i forma rzymskiej adopcji*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1975, nr 11.
- Kuryłowicz M., Wiliński A., *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Kraków 2000.
- Le C. N., *Asian Adoptions on the Rise*, „Asian Nation” z 18 stycznia 2006 r.
- Liebermann M. E., *The Status of Same Sex Adoption In the Keystone State Subsequent to the State Supreme Court’s Decision In Adoption of R.B.F. and R.C.G.*, 12 „Journal of Law and Policy” 2003–2004.
- Lin T. E., *Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same-Sex Adoption Cases*, 99 „Columbia Law Review” 1999.
- Litewski W., *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*, Kraków 2001.
- Litewski W., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2003.
- Loon J. H. A. van, *International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption*, „Recueil des Cours” 1993, nr VII.
- Luker K., *Abortion And The Politics Of Motherhood*, University of California Press, Berkeley 1984.
- Maldonado S., *Racial hierarchy and international adoptions*, [w:] *Family Law: Balancing Interests and Pursuing Priorities*, eds L. Wardle, C. S. Williams, William S. Hein & Co., Inc., Buffalo – New York 2007.
- Mannino K., *Statistically Speaking*, 22 „Children’s Legal Rights Journal”, Spring 2002–2003.

- Markens S., *Surrogate Motherhood And The Politics Of Reproduction*, University of California Press, Los Angeles – Berkeley – London 2007.
- Mertus J. B., *Barriers, Hurdles, and Discrimination: The Current Status of LGBT Inter-country Adoption and Why Changes Must Be Made to Effectuate the Best Interest of the Child*, „Capital University Law Review”, vol. 39, issue 2 (Spring 2011).
- Mishra D., *The Road to Concord: Resolving the Conflict of Law Over Adoption By Gays and Lesbians*, 30 Colum J. L. & Soc. Probs., 1996.
- Nash C., *The New American Family*, „Newsday” z 13 września 1997 r.
- Osuchowski W., *Rzeczymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, red. W. Litewski, J. Sondel, Warszawa 1986.
- Peng L., *Surrogate Mothers: An Exploration Of The Empirical And The Normative*, 21 Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L. 555 (2012–2013).
- Private International Law Issues Surrounding The Status Of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, document drawn up by the Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference, General Affairs And Policy Prel. Doc. No 11, March 2011.
- Rosettenstein D. S., *Trans-Racial Adoption in the United States and the Impact of Considerations Relating to Minority Population Groups on International Adoptions into the United States*, [w:] *Families Across Frontiers, The International Society of Family Law*, eds Lowe N., Douglas G., Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – London 1996.
- Schupp-Star R. M., *Hague Convention on the Protection of Children and Cooperation in Respect of Inter-country Adoption: The Need for a Uniform Standard for Inter-country Adoptions by Homosexuals*, „Roger Williams University Law Review”, vol. 16, issue 1 (Winter 2011).
- Scott E.S., *Surrogacy and the Politics of Commodification*, 72 Law & Contemp. Probs. (2009).
- Sims J. F., *Homosexuals Battling the Barriers of Mainstream Adoption-And Winning*, 23 „Thurgood Marshall Law Review” 1997–1998.
- Sobański R., *Związki partnerskie*, „Forum Iuridicum” 2003, nr 2.
- Starczewski J., *Handel niemowlętami wczoraj i dziś*, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1948, nr 4.
- Starr K. J., *Adoption by Homosexuals: A Look at Differing State Court Opinions*, 40 Ariz. L. Rev., 1998.
- Stein J. G., *A Call to End Baby Selling: Why the Hague Convention on Inter-country Adoption Should Be Modified to Include the Consent Provisions of the Uniform Adoption Act*, 24 „Thomas Jefferson Law Review” 2001–2002.
- Teman E., *The Social Construction of Surrogacy Research: An Anthropological Critique of the Psychosocial Scholarship on Surrogate Motherhood*, 67 Soc. Sci. & Med. (2008).

- Treuthart M. P., *Adopting a More Realistic Definition of Family*, 26 Gonz. L. Rev., 1990/1991.
- Troy C. J., *Members Only: The Need for Reform in U.S. Intercountry Adoption Policy*, „Seattle University Law Review”, vol. 35, issue 4 (Summer 2012).
- Utian W. H. et al., *Successful Pregnancy After an In-vitro Fertilization-embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate*, 313 New Eng. J. Med. 1351 (1985).
- Watkins B., *Intercountry Adoption and the Hague Convention: Article 22 and Limitations upon Safeguarding*, „Child and Family Law Quarterly”, vol. 24, issue 4 (2012).

Strony internetowe

http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php

<http://www.9news.com/moms/article/299642/499/Infertility-How-it-affects-people-on-a-national-scale>

<http://www.census.gov/compendia/statab/2012/tables/12s0101.pdf>

<http://www.fertilityexpert.co.uk/infertility-scale-problem.html>

<http://www.fertilityexpert.co.uk/infertility-scale-problem.html>

<http://www.versuslaw.com>, http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm

<http://www.vietnambabylift.org/>

Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), 1989, http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/family/CJ-FA-GT3%20_2010_%202%20-%20draft%20instrument%20E.pdf.

Summary Reports, Assisted Reproductive Technology Surveillance-United States, 2006, Vol. 58, No. SS-5, June 2009, <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwr.html/ss5805a1.htm>, http://www.census.gov/compendia/statab/cats/births_deaths_marriages_divorces/family_planning_abortions.html.

Marek Andrzej Lebensztein

Radca prawny z Okręgowej Izby Radców Prawnych w Białymstoku

e-mail: leben@pro.wp.pl

telefon: +48 85 732 48 05

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.18

Macierzyństwo zastępcze – problemy etyczne i prawne

SUMMARY

Surrogacy – ethics and legal aspects

This article presents the concept of surrogate motherhood (surrogacy) indicating the distinction between full and partial surrogacy. It discusses the admissibility of surrogacy in relation to ethics, the major world religions and selected legal systems. The article illustrates the controversy that this concept gives rise to and highlights the fact that international and national legislation fails to keep up with its accelerated development and does not properly regulate the issue of admissibility or ban on surrogacy.

The author also attempts to raise the problem of admissibility of concluding surrogacy contracts. He indicates items that could be found in such agreements, discusses the status and the origin of a newborn child and the payment issues involved. Finally, the author addresses the question of what the responsibility of a surrogate mother is and indicates the potential emergence of further controversy over surrogacy connected with the possibility of cloning embryos and genetic engineering. These problems are currently at the discussion stage only, both in the scientific community and in society; however, they can soon become a reality.

Key words: surrogacy, surrogate mother, in vitro, assisted reproduction, extramarital relationship

Słowa kluczowe: macierzyństwo zastępcze, matka zastępcza, in vitro, sztuczne zapłodnienie, związek pozamałżeński

Ostatnie kilkadziesiąt lat przyniosło przełom tak w rozwoju naukowym, jak również i w zmianie podejścia do wielu zagadnień, powodując jednocześnie powstawanie wielu sytuacji kontrowersyjnych, kiedy to współczesna nauka próbuje zetknąć się z istniejącą etyką bądź religią. Wiele kontrowersji budzą sprawy związane z bioetyką, biojursprudencją oraz najnowszymi metodami wspomaganie i kontroli płodności człowieka, a w szczególności z tzw. macierzyństwem zastępczym. Funkcjonująca od pewnego czasu instytucja zwana

również surogacją, choć stwarzająca problemy natury prawnej, nie doczekała się kompleksowej regulacji na gruncie prawa polskiego. Ponadto, zjawisko macierzyństwa zastępczego powoduje także dyskusje na gruncie tak etyki, jak i religii. Pomimo że instytucja surogacji rozwija się dość dynamicznie w wielu krajach na świecie, są również państwa, gdzie jest zakazana.

Z macierzyństwem zastępczym mamy do czynienia w przypadku, gdy kobieta zwana matką zastępczą (ang. *surrogate mother*) godzi się, aby w procesie prokreacji, normalnie rozgrywającym się z udziałem dwóch stron, spełniać rolę „trzeciej strony”¹. Rozszerzając tę definicję podkreślić też należy, iż w przypadku macierzyństwa zastępczego kobieta zawiera umowę z matką genetyczną albo matką adopcyjną (prawną), dotyczącą przyjęcia roli matki biologicznej, noszącej ciężę i rodzącej dziecko w celu przekazania go bezwzględnie po urodzeniu matce genetycznej. Rozróżnia się więc macierzyństwo zastępcze częściowe, które występuje wtedy, gdy do zapłodnienia dochodzi poprzez inseminację, do którego wykorzystuje się nasienie zainteresowanego mężczyzny i macierzyństwo całkowite², z którym mamy do czynienia wówczas, gdy zainteresowana para dostarcza surogatce już zapłodniony embriion³. Warto nadmienić, iż w przypadku zastępstwa częściowego powstały płód ma w połowie cechy genetyczne matki zastępczej, a w połowie męża z pary małżeńskiej⁴.

Należy podkreślić, iż macierzyństwo zastępcze stanowi złamanie zasady prawa rzymskiego *Mater semper certa est; pater est quem nuptiae demonstrant*⁵ (Matka jest zawsze pewna; ojcem jest ten, na kogo wskazuje małżeństwo), zasady, która od wieków stanowiła podstawę postrzegania pochodzenia dziecka od kobiety, która je urodziła. W chwili obecnej dziecko może być bowiem związane zarówno z matką genetyczną, jak i z kobietą, która je urodziła⁶.

Pary niemogące mieć dzieci dopuszczają możliwość surogacji w przypadku niepowodzenia innych metod, w szczególności gdy mimo leczenia dostępnymi środkami nie miało miejsce zapłodnienie bądź doszło do wielokrotnego poronienia. Dzieje się to w sytuacji, gdy terapia metodą *in vitro* zakończyła się

1 W. Galewicz, *Macierzyństwo zastępcze – czym ono jest i co jest w nim złego? Debata: Jak uregulować kwestie macierzyństwa zastępczego?* 16–23.11.2009, www.ptb.org.pl/pdf/galewicz_macierzynstwo.2.pdf [20.11.2013].

2 Zwane również „czystym”; por. T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodu*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996, s. 60.

3 W. Galewicz, op. cit.

4 R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojurysprudenji*, wyd. 7, Zakamycze 2002, s. 179.

5 D. 2, 4, 5 (Paulus); por. K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2007, s. 103.

6 A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 226.

niewpłodzeniem, doszło do wystąpienia przedwczesnej menopauzy lub też budowa fizyczna kobiety uniemożliwia donoszenie ciąży.

Kwestia macierzyństwa zastępczego wymaga zatem jak najszybszego uregulowania prawnego. Wiadome jest bowiem, iż eksperymenty medyczne, niosąc postęp w metodach leczenia dający nadzieję, stwarzają jednocześnie pewne zagrożenia⁷, zaś brak regulacji prawnych powodować może powstawanie nadużyć i nadinterpretacji oraz budzić niepotrzebne spory, szczególnie na gruncie religijnym.

1. Macierzyństwo zastępcze jako problem etyczno-religijny

W debacie nad macierzyństwem zastępczym sięga się często do argumentów religijnych. O ile bowiem świeckie systemy etyczne w zasadzie dopuszczają ten rodzaj macierzyństwa, o tyle największe współczesne religie generalnie go nie akceptują bądź mają problem z jednolitą oceną tego zjawiska.

Kościół katolicki nie akceptuje metod sztucznego zapłodnienia nawet przy małżeństwie sakramentalnym⁸. Katolicyzm uzasadnia swój zdecydowany zakaz macierzyństwa zastępczego faktem, iż sprzeciwia się ono jedności małżeństwa i godności prokreacyjnej osoby ludzkiej⁹.

22 lutego 1987 roku watykańska Kongregacja Nauki Wiary wydała w tej sprawie instrukcję *Donum vitae*, podpisaną przez kardynała Josepha Ratzingera, w której zapisano m.in., że „macierzyństwo zastępcze obraża godność i prawo dziecka do poczęcia, do okresu ciąży i wychowania przez własnych rodziców oraz wprowadza, ze szkodą dla rodzin, podział między czynnikami fizycznymi, psychicznymi i moralnymi elementami, które je konstytuują”¹⁰. Macierzyństwo zastępcze uznawane jest więc „jako niepełne wobec obowiązków wynikających z miłości macierzyńskiej, wierności małżeńskiej i odpowiedzialnego macierzyństwa”¹¹. Również Katechizm Kościoła Katolickiego stwierdza, iż „techniki, które powodują oddzielenie rodzicielstwa wskutek interwencji osoby spoza małżeństwa (oddawanie spermy lub jaja, macierzyństwo zastępcze), są głęboko niegodziwe” (Kan. 2376)¹².

⁷ A. Breczko, *Prawo a moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś (zarys wykładu)*, Białystok 2004, s. 86.

⁸ M. Kaszowski, *Teologia w pytaniach i odpowiedziach*, www.teologia.pl/m_k/prz-07.htm [20.11.2013].

⁹ *Interwencje w przekazywanie życia ludzkiego*, http://izajasz.pl/dk,5,3,donum_vitae.html [20.11.2013].

¹⁰ *Instrukcja o szacunku dla rodzącego się życia ludzkiego i o godności jego przekazywania. Odpowiedzi na niektóre aktualne zagadnienia*, http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WR/kongregacje/kdwiary/zbior/t_2_19.html [20.11.2013].

¹¹ *Interwencje w przekazywanie życia ludzkiego...*

¹² Katechizm Kościoła Katolickiego, Pallottinum 1994.

Judaizm stoi na podobnym stanowisku, uznając, że kobieta nie może w jakikolwiek sposób przyjąć roli zastępczej matki¹³. W przypadku religii mojżeszowej ma zastosowanie podobna do rzymskiej zasada, że *mater semper certa est*, gdyż w judaizmie „żydowskość” podąża właśnie za matką. Współcześnie bowiem różne odłamy judaizmu zgadzają się w jednym: że osoba, której matka jest Żydówką – jest Żydem, a dzieci każdej kobiety, która jest Żydówką – są Żydami¹⁴. Przyjęcie za dopuszczalne roli zastępczej matki mogłoby powodować dylemat, która z kobiet taką matką rzeczywiście jest – matka genetyczna, czy rodząca dziecko matka zastępcza. Jednakże w przypadku religii mojżeszowej w sytuacji wszczęcia jednej kobiecie zapłodnionego zarodka pochodzącego od drugiej kobiety macierzyństwo determinowane jest genetycznie¹⁵.

Zarówno protestantyzm jak i islam sprzeciwiają się macierzyństwu zastępczemu. Według R. Tokarczyka w islamie „matką zastępczą może być inna żona męża w granicach zalegalizowanej poligamii”¹⁶. Twierdzenie to nie koresponduje z inną opinią wyrażoną w literaturze, gdzie mówi się o zakazie transferu zapłodnionej komórki jajowej do organizmu surogatki, nawet w przypadku legalnej poligamii. Takie stanowisko wyrażone też zostało m.in. na zakończenie pierwszej międzynarodowej konferencji „Bioethics on Human Reproduction In the Muslim World”, mającej miejsce w 1991 roku na Uniwersytecie w Kairze¹⁷. Nie jest to pogląd odosobniony. Również Islamic Organization for Medical Sciences (IOMS) podczas konferencji w 1987 roku wydała rekomendację, według której leczenie *in vitro* powinno być dostępne dla małżeństw, ale zdecydowanie zabronione w przypadku dawców spoza małżeństwa lub w przypadku macierzyństwa zastępczego¹⁸.

Buddyzm zaś dopuszcza macierzyństwo zastępcze, o ile zostanie dokonane podczas procedury medycznej, a więc z pominięciem zdrady małżeńskiej. Surogacja dopuszczalna będzie jako porozumienie zainteresowanych stron – małżonków, matki zastępczej, lekarzy¹⁹. Jednakże niektórzy wyznawcy tej religii wyrażają zastrzeżenia co do samej formy zapłodnienia *in vitro*, gdyż może ona powodować uszkodzenia pozostałych embrionów²⁰.

¹³ R. Tokarczyk, op. cit., s. 179.

¹⁴ M. Kalczewiak, *Izraelskie prawo małżeńskie. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Przegląd Prawa Wyznaniowego*, t. 4, 2012, s. 102; zob. *Kto jest Żydem?*, <http://www.the614thcs.com/40.708.0.0.1.0.phtml> [18.11.2013].

¹⁵ S. Z. Leiman, *Jewish Ethical Teaching and Technological Advance*, [w:] *Contemporary Ethical Issues in the Jewish and Christians Traditions*, red. F. E. Greenspahn, Hoboken, New Jersey 1986, s. 16.

¹⁶ R. Tokarczyk, op. cit., s. 180.

¹⁷ D. Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Dordrecht 2007, s. 153.

¹⁸ J. E. Brockopp, T. Eich, *Muslim medical ethics: from theory to practice*, University of South Carolina, Columbia 2008, s. 64.

¹⁹ R. Tokarczyk, op. cit., s. 180.

²⁰ C. Wright, *Thinking Through Religion: Truth and Spirituality. Module 4*, Oxford 2003, s. 73.

W przypadku wyznawców hinduizmu macierzyństwo zastępcze jest akceptowane, głównie ze względu na fakt, iż hinduizm akceptuje wszystko, co dobre dla rodzaju ludzkiego pod warunkiem, iż nie narusza to wartości moralnych innych osób²¹. Zdaniem A. Kumara nigdy poważnie nie dyskutowano rozrodu wspomaganego ze względu na wiarę w karmę, która predysponuje życie jednostki po urodzeniu. Z tego też powodu nie ma konfliktu pomiędzy zasadami hinduizmu a wspomaganie rozrodu²².

Warto wspomnieć w tym miejscu o kwestii naruszenia obowiązku wierności małżeńskiej w przypadku macierzyństwa zastępczego. Zdaniem M. Gałązki macierzyństwo zastępcze umożliwia prokreację z udziałem zastępczej matki bez uciekania się do cudzołóstwa²³. Jednak za cudzołóstwo należy tu uznać stosunek płciowy męża z kobietą, która zobowiązała się następnie urodzić w ten sposób poczęte dziecko z założeniem późniejszego przekazania go małżonkom. Taki przypadek nie spełniłby bowiem cech macierzyństwa zastępczego, gdyż to, jak wskazano już powyżej, zachodzi bez kontaktu seksualnego, a przy współudziale personelu medycznego²⁴.

2. Dopuszczalność macierzyństwa zastępczego na tle wybranych systemów prawnych

Postępująca globalizacja i postęp w technikach wspomaganego rozrodu otworzyły szereg nowych możliwości dla niepełnych par z całego świata. Umędzynarodowienie instytucji macierzyństwa zastępczego w połączeniu z proponowanym wynagradzaniem pieniężnym zastępczej matki spowodowało powstanie swego rodzaju „turystyki” związanej ze sztucznym zapłodnieniem i wykorzystaniem surogatek²⁵. Za przyspieszonym rozwojem tej instytucji nie nadąża międzynarodowe bądź unijne prawodawstwo, które nie reguluje w należyty sposób kwestii dopuszczalności bądź zakazu macierzyństwa zastępczego.

²¹ M. Fras, D. Ablazewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, [w:] *Problemy współczesnego prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. VI, A.D. MMVIII, s. 41.

²² A. Kumar, *Ethical Aspects of Assisted Reproduction – an Indian viewpoint*, *Reproductive BioMedicine Online*, 2007, 14.1, s. 140–142.

²³ M. Gałązka, *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa*, [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002, s. 117.

²⁴ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 331–332.

²⁵ L. A. Ramsköld, M. P. Posner, *Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates*, „*Journal of medical ethics*” 2013 June, 39 (6), s. 397–402.

Parlament Europejski starał się nakreślić pewne ramy prawne dla instytucji surogacji. Efektem jego działania były dwie rezolucje z 1989 roku, z których pierwsza (*Resolution on the ethical and legal problems of genetic engineering*) dotyczyła etycznych i prawnych konsekwencji inżynierii genetycznej, druga zaś (*Resolution on artificial insemination „in vivo” and „in vitro”*) poruszała kwestie sztucznego zapłodnienia²⁶. Parlament Europejski zauważył, iż wykorzystanie metod naukowych może pozwolić osobom na posiadanie potomstwa, podkreślając jednocześnie, iż zabiegi te mogą budzić poważne wątpliwości natury moralnej i prawnej, które w tych okolicznościach zdają się przeważać nad interesem jednostki²⁷. Co więcej, zgodnie z założeniami rezolucji poświęconej sztuczному zapłodnieniu *in vivo* i *in vitro*, zastępcze macierzyństwo uznane zostało za niedopuszczalne, zaś wszelkie jego formy za zabronione²⁸.

Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny (zwana Europejską Konwencją Bioetyczną) – jedna z konwencji Rady Europy, zawarta 4 kwietnia 1997 roku, również nie zawiera regulacji dotyczących kwestii macierzyństwa zastępczego. Jedyne treści z art. 21, a mianowicie, że „ciało ludzkie ani jego części – jako takie – nie mogą stanowić źródła korzyści finansowych”, można zastosować do surogacji²⁹.

Aktem prawnym, który reguluje problematykę macierzyństwa zastępczego w sposób najbardziej kompleksowy, jest projekt rekomendacji Rady Europy, dotyczący sztucznej prokreacji ludzkiej, opracowany w 1989 roku przez tymczasowy Komitet Ekspertów do spraw Bioetyki CAHBI (Ad Hoc Committee of Experts of Bioethics)³⁰. W tym dokumencie pojawia się definicja matki zastępczej określonej jako „osoba, która nosi dziecko na rzecz innej osoby, a która przed zajściem w ciążę wyraziła zgodę na to, że dziecko po urodzeniu zostanie tamtej innej osobie przekazane”³¹.

²⁶ *Resolution on the ethical and legal problems of genetic engineering*, <http://www.codex.vr.se/texts/EP-genetic.html> [18.11.2013].

²⁷ *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe. Prawo i medycyna*, <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=688&PHPESSID=74177a443c2491416ddc85368946d1dd> [22.11.2013].

²⁸ Ibidem.

²⁹ *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm> [21.11.2013].

³⁰ *Report on Human Artificial Procreation Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), 1989*, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/source/PMAprinciplesCAHBI1989_en.doc [21.11.2013].

³¹ Ibidem, rozdz. I pkt e: „surrogate mother means a woman who carries a child for another person and has agreed before pregnancy that the child should be handed over after birth to that person”; zob. też: *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*

W projekcie rekomendacji określono również, iż „Lekarz lub zakład nie mogą stosować metod sztucznej prokreacji w celu poczęcia dziecka, które ma być donoszone przez matkę zastępczą”³² oraz iż „umowa czy porozumienie pomiędzy matką zastępczą a inną osobą lub parą, dla których ma ona urodzić dziecko, nie rodzi skutków prawnych”³³.

Powyższe zakazy nie mają jednak charakteru bezwzględnego. Dopuszczono bowiem możliwość przeprowadzenia zapłodnienia wspomaganego medycznie na osobie matki zastępczej, gdy ta nie pobiera za to wynagrodzenia, a po urodzeniu dziecka posiada prawo do jego zatrzymania³⁴.

Konieczność regulacji prawnych w zakresie macierzyństwa zastępczego została zauważona wiele lat temu. Artykuł 2 Europejskiej Konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego³⁵, sporządzonej 15 października 1975 roku w Strasburgu, określił, iż pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od matki ustala się wyłącznie na podstawie faktu jego urodzenia³⁶.

Brytyjski *Surrogacy Arrangements Act* z 1985 roku zakazał pośredniczenia w zawieraniu umów między osobami pragnącymi dziecka – małżonkami i kandydatkami na matkę zastępczą³⁷. Ponadto podkreślić należy, iż ustawa *Human Fertilisation and Embryology Act* z 1990 roku dopuściła możliwość sądowego powierzenia władzy rodzicielskiej matce genetycznej i jej małżonkowi³⁸. Również i niemieckie prawo sankcjonuje karnie działania wszystkich osób zawierających jakiegokolwiek komercyjne umowy dotyczące macierzyństwa zastępczego³⁹.

W przypadku zaś ustawodawstwa kanadyjskiego, *The Assisted Human Reproduction Act* dopuszcza wyłącznie niepłatne przypadki macierzyństwa zastępczego⁴⁰, zakazując płatnego pośrednictwa⁴¹, aczkolwiek w prowincji

³² *Report on Human Artificial Procreation...*, 15.1: „No physician or establishment may use the techniques of artificial procreation for the conception of a child carried by a surrogate mother”; zob. *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*

³³ *Report on Human Artificial Procreation...*, 15.2: „Any contract or agreement between surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable”; zob. *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*

³⁴ *Report on Human Artificial Procreation...*, 15.4: „However, states may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that: a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation; b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child”; zob. *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*

³⁵ Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego (Dz. U. z 1999 r., nr 79, poz. 888).

³⁶ K. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 638.

³⁷ *Surrogacy Arrangements Act 1985*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> [18.11.2013].

³⁸ R. Tokarczyk, op. cit., s. 181.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2)*, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/> [20.11.2013].

Quebec macierzyństwo zastępcze nie jest dopuszczalne w ogóle⁴².

W oparciu o powyższe można uznać, że powstała wyraźna tendencja na rzecz prawnego ograniczania lub nawet całkowitego zakazu dokonywania macierzyństwa zastępczego⁴³. Legalność instytucji surogatki zależy jednak przede wszystkim od systemów prawnych poszczególnych państw i jednolitych tendencji w tej materii.

Do państw dopuszczających tak komercyjne, jak i altruistyczne macierzyństwo zastępcze należy zaliczyć Rosję, Indie, Ukrainę, Gruzję, Armenię, Cypr, Republikę Południowej Afryki, USA (w przypadku Stanów Zjednoczonych kwestia legalności zależy od systemów prawnych poszczególnych stanów, z których najbardziej otwartymi w tym zakresie są: Arkansas, Kalifornia, Floryda, Illinois, Teksas)⁴⁴.

Kraje dopuszczające wyłącznie altruistyczne macierzyństwo zastępcze to: Australia, Kanada (bez Prowincji Quebec), Wielka Brytania, Holandia, Dania, Węgry, Izrael, Stany Zjednoczone (stany: Nowy Meksyk, Wirginia, Oregon, Waszyngton)⁴⁵.

Kraje, w których są niedopuszczalne wszelkie formy macierzyństwa zastępczego to: Niemcy, Francja, Hiszpania, Włochy, Szwajcaria, Austria, Norwegia, Szwecja, Islandia, Turcja, Arabia Saudyjska, Pakistan, Chiny, Japonia, Kanada (Quebec), Stany Zjednoczone (stany: Arizona, Michigan, Nowy Jork)⁴⁶. Dodać należy, iż stan Michigan jest jedynym amerykańskim stanem, w którym surogacja stanowi przestępstwo⁴⁷.

W większości państw świata macierzyństwo zastępcze nie jest jeszcze w żaden sposób uregulowane prawnie, chociaż niektóre z tych krajów mogą uchwalić wkrótce przepisy ułatwiające procedury macierzyństwa zastępczego⁴⁸.

Podkreślić należy, iż na status macierzyństwa zastępczego mają wpływ nie tylko ustawodawcy w poszczególnych krajach, ale również praktyka są-

⁴¹ *Surrogacy: is it legal in Canada?*, <http://www.familyhelper.net/iy/surrogacy/legal.html> [20.11.2013].

⁴² *Civil Code of Quebec*, 1991, c. 64, article 541: „any agreement whereby a woman undertakes to procreate or carry a child for another person is absolutely null”.

⁴³ R. Tokarczyk, op. cit., s. 182.

⁴⁴ Zob. R. Cook, S. D. Sclater, F. Kaganas, *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oregon 2003, s. 2; *Surrogacy laws in the United States*, <http://www.jsonline.com/news/health/163772546.html> [20.11.2013].

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ C. P. Kindregan Jr., D. White, *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, „Suffolk Transnational Law Review” 2013, vol. 36, s. 534.

⁴⁸ R. F. Storrow, *Travel into the Future of Reproductive Technology*, University of Missouri, „Kansas City Law Review” 2010, nr 2, s. 300; zob. *The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill* – 2010, Ministry of Health & Family Welfare, India, <http://www.icmr.nic.in/guide/ART%20REGULATIONS%20Draft%20Bill1.pdf> [16.11.2013].

dowa. Zdarza się bowiem, iż legislacja nie nadąża za zmieniającą się medycyną i etyką. Przełomowe orzeczenie w sprawie dotyczącej macierzyństwa zastępczego zapadło w marcu 2013 roku w Irlandii. Na mocy wyroku sądowego genetyczna matka bliźniaków urodzonych przez surogatkę stała się ich legalną matką⁴⁹. Sąd zaznaczył jednocześnie, że genetyczni rodzice mają prawo do wpisu w akcie urodzenia dzieci⁵⁰. Sędzia zwrócił również uwagę, iż irlandzkie ustawy dotyczące aktów urodzenia i rodzicielstwa wymagają uaktualnienia, gdyż muszą uwzględnić coraz częstsze przypadki sztucznego zapłodnienia, wszczepiania embrionów czy stosowania innych technik w tej dziedzinie⁵¹.

Wspomniane wcześniej Indie są natomiast jednym z bardziej znanych krajów, jeżeli chodzi o „turystykę sztucznego zapłodnienia” i komercyjne macierzyństwo zastępcze⁵². Hinduskie surogatki są bardzo popularne wśród nieposiadających dzieci, dobrze sytuowanych par z całego świata. Co więcej, istnieją tam również specjalistyczne kliniki świadczące pośrednictwo w tym zakresie oraz zapraszające przez Internet pary z całego świata. Szacuje się, że indyjskie surogatki rodzą rocznie około 25 tys. dzieci⁵³, a rynek takich usług wart jest w Indiach około 2 mld dolarów⁵⁴. Ponadto koszt zabiegu w klinice w Indiach jest znacznie niższy niż w podobnej klinice w Europie czy w USA⁵⁵, a wynagrodzenie, które może otrzymać surogatka za urodzenie dziecka porównywalne jest do dziesięcioletnich zarobków w wiejskich regionach kraju⁵⁶.

Jednocześnie należy podkreślić, iż w wielu państwach instytucja surogatki staje się coraz bardziej powszechnym zjawiskiem, będąc często alternatywą dla chociażby adopcji. Tworzone przepisy prawne powinny więc uwzględnić

⁴⁹ *Genetic mother wins surrogacy lawsuit in Ireland*, http://www.huffingtonpost.com/huff-wires/2013/03/05/eu-ireland-surrogate-mother/?utm_hp_ref=homepage&ir=homepage [20.11.2013].

⁵⁰ <http://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/surrogacy-decision-opens-door-to-genetic-mothers-court-actions-1.1318125> [17.04.2013].

⁵¹ *Irlandia: Genetyczna matka wygrała proces o uznanie macierzyństwa. „Prawo wymaga aktualizacji”*, <http://www.polskatimes.pl/artukul/775993,irlandia-genetyczna-matka-wygrala-proces-o-uznanie-id,t.html> [20.11.2013]; zob. *Genetyczna matka wygrała proces o uznanie macierzyństwa*, http://www.ddv.pl/genetyczna_matka_wygrala_proces_o_uznanie_macierzynstwa,wszxw.html [20.11.2013].

⁵² P. Saxena, A. Mishra, S. Malik, *Surrogacy: ethical and legal issues*, „Indian journal of community medicine: official publication of Indian Association of Preventive & Social Medicine”, 2012 October, 37 (4), s. 211–213.

⁵³ *Macierzyństwo zastępcze*, <http://www.zycie.ca/tag/surogatki/> [18.11.2013].

⁵⁴ *Fabryki niemowląt*, <http://dzieci.pl/title,Fabryki-niemowlat,wid,14582751,wiadomosc.html?smgputi-caid=61074c> [21.11.2013].

⁵⁵ A. Haworth, *Womb for Rent: Surrogate Mothers in India*, <http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/features/womb-rent-surrogate-mothers-india> [23.11.2013] – „Surrogacy costs about \$12,000 in India, including all medical expenses and the surrogate’s fee. In the U.S., the same procedure can cost up to \$70,000”.

⁵⁶ *Ibidem*.

i regulować wszystkie kontrowersje związane z macierzyństwem zastępczym, bowiem wyłącznie ustawy mogą przyczynić się do rozwiązania złożonych problemów, które pojawiają się w tym kontekście⁵⁷. Stworzenie międzynarodowych przepisów i regulacji prawnych stanowi jedyną możliwość, aby rozwiązać zarówno problemy natury etycznej, jak i prawnej, związane z komercyjnym podejściem do macierzyństwa zastępczego⁵⁸.

3. Umowy o macierzyństwo zastępcze

W polskiej literaturze dotyczącej prawnej dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo panuje zgodność poglądów co do tego, że *de lege lata* umowy te winny być uznawane za nieważne⁵⁹.

Niezależnie od tego warto podkreślić, iż przeciwko dopuszczalności tego typu zabiegów przemawiają nie tylko przeciwwskazania natury etycznej, ale i medycznej. Wszczepiany embrion jest bowiem genetycznie obcy w stosunku do kobiety, która zamierza go nosić, tym samym zwiększa się ryzyko nieprzewidowanego rozwoju płodu⁶⁰.

Abstrahując od powyższego wyjaśnić należy, iż sama umowa o macierzyństwo zastępcze zobowiązuje jej strony do określonych działań. Najczęściej są w niej zawarte zobowiązania męża do zapłodnienia komórki jajowej kobiety innej niż jego żona, następnie uznania i przyjęcia mającego się narodzić dziecka. Ponadto obliguje ona żonę do zaakceptowania tej czynności i nowo narodzonego dziecka, zaś matkę zastępczą (surogatkę) zobowiązuje do zgody na proces polegający na wszczepieniu zarodka do jej macicy, noszeniu ciąży, urodzeniu dziecka, a następnie wydaniu go rodzicom adopcyjnym (genetycznym). Może się też zdarzyć, iż w umowach takich pojawią się zapisy określające rolę pośrednika podczas czuwania nad całością sprawy⁶¹.

Prawo umów czyni ponadto nieważnymi zapisy dotyczące zrzeczenia się dziecka⁶². Również nie jest skuteczne zobowiązanie się matki zastępczej do oddania dziecka genetycznym rodzicom⁶³.

⁵⁷ E. Nelson, *Global trade and assisted reproductive technologies: regulatory challenges in international surrogacy*, „The Journal of law, medicine & ethics: a journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics”, 2013 Spring, 41 (1), s. 240–53.

⁵⁸ L. A. Ramskold, M. P. Posner, op. cit., s. 397–402.

⁵⁹ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 436; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 218.

⁶⁰ K. Pietrzykowski, op. cit., s. 639.

⁶¹ R. Tokarczyk, op. cit., s. 180.

⁶² Ibidem, s. 639.

⁶³ Ibidem.

Aktualnie obowiązujący w Polsce kodeks rodzinny i opiekuńczy⁶⁴ określa w art. 61⁹, iż matką dziecka jest kobieta, która je urodziła⁶⁵. Regulacja ta wprowadzona została na skutek prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, w ocenie której powstała potrzeba jednoznacznego wskazania w przepisach, kto jest matką dziecka⁶⁶. Określenie osoby matki stanowi również jedyną podstawę sporządzenia aktu urodzenia i kształtowania jego treści. Ważne jest zatem, aby z norm prawnych dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka wynikało *expressis verbis*, że macierzyństwo opiera się na fakcie urodzenia dziecka. Artykuł 61⁹ k.r.o. nie pozostawia w tej materii wątpliwości⁶⁷. W przypadku macierzyństwa zastępczego za matkę w świetle art. 61⁹ k.r.o. uważana będzie ta kobieta, która dziecko urodziła (matka zastępcza)⁶⁸. W konsekwencji, kobieta, od której pochodzi materiał genetyczny, ale która dziecka nie urodziła, nie jest uważana za matkę dziecka⁶⁹. Zasada ta nie może być zmieniona w drodze umowy zawartej pomiędzy stronami⁷⁰.

Jednocześnie art. 62 §1 k.r.o. stwierdza, iż domniemywa się, że ojcem dziecka, jeśli urodziło się ono w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od ustania albo unieważnienia małżeństwa, jest mąż matki. Warto podkreślić, iż zgodnie z art. 18 Konstytucji RP macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej.

4. Odpowiedzialność karna surogatki

W ostatnich latach w Polsce nasila się dążenie do ograniczenia lub całkowitego zakazu macierzyństwa zastępczego⁷¹.

Oprócz konieczności wspomnianej regulacji prawnej dotyczącej dopuszczalności surogacji ważna jest również kwestia ewentualnej penalizacji zjawiska macierzyństwa zastępczego, która również budzi szereg wątpliwości. W przypadku bowiem zawarcia odpłatnej umowy pomiędzy surogatką a biologicznymi rodzicami dziecka, w której treści znajdzie się zobowiązanie matki zastępczej do donoszenia ciąży, a następnie oddania dziecka za wynagrodzeniem, to czyn ten uznać można za handel ludźmi w rozumieniu art. 189a

⁶⁴ Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. nr 9, poz. 59, z późn. zm.).

⁶⁵ Przepis wszedł w życie 13 czerwca 2009 r.

⁶⁶ M. Frasz, D. Abłażewicz, op. cit., s. 66.

⁶⁷ K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 463.

⁶⁸ J. Haberko, T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 527.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ K. Pietrzykowski, op. cit., s. 639.

⁷¹ A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka...*, s. 226.

kodeksu karnego⁷², zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3⁷³.

Zaznaczyć tu od razu należy, iż w przypadku, gdyby wzmiankowana powyżej umowa miała charakter nieodpłatny, to i tak byłaby nieważna ze względu na jej sprzeczność z zasadami współżycia społecznego, wynikającą z treści z art. 58 §1 kodeksu cywilnego⁷⁴. Rozwiązanie takie znajduje potwierdzenie w analizie norm prawa międzynarodowego, z których wynika, że macierzyństwo zastępcze uznawane jest za zjawisko niepożądane, które może być dopuszczalne wyłącznie po spełnieniu określonych prawem dodatkowych wymogów⁷⁵.

Etyk prof. J. Hartman stoi jednak na stanowisku potrzeby zniesienia zakazu płacenia surogatkom. Uważa on, iż o legalności surogacji winno jedynie przesądzać to, czy matka planująca stać się surogatką nie robi tego pod przymusem, także ekonomicznym, w sytuacji gdy nie ma za co żyć⁷⁶. Także zdaniem M. Frasa i D. Abłażewicz „najlepszym modelem prawnym umowy o macierzyństwo zastępcze byłaby umowa nieodpłatna (z możliwością zwrotu kosztów poniesionych przez matkę zastępczą), z jednoczesnym uprawnieniem matki zastępczej do odstąpienia od umowy bez żadnych prawnych konsekwencji, z możliwością zatrzymania przez nią dziecka”⁷⁷. Również autorzy z USA, H. V. McLachlan i J. K. Swales, twierdzą, iż to przyszli rodzice, wiedząc, jakie są wady i zalety zarówno altruistycznych, jak i płatnych systemów surogacji, powinni mieć prawo do swobodnego wyboru systemu, który najlepiej pasuje do ich preferencji⁷⁸.

Jeżeli chodzi o odpowiedzialność surogatki za uszkodzenia płodu, odnieść się należy do przepisów. W polskim prawie karnym ustawodawca w stosunku do matki nie wyłącza przestępności czynu, przewiduje jedynie klauzulę niekaralności. Wydaje się uzasadnione stosowanie tej regulacji również w stosunku do matki zastępczej, zważywszy w szczególności na fakt, iż przez pojęcie matki, które zostało użyte przez ustawodawcę w przepisach związanych z ciążą, dzieckiem poczętym lub porodem, należy rozumieć kobietę, w któ-

⁷² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

⁷³ *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*

⁷⁴ J. Kawka, *Macierzyństwo zastępcze – problemy prawne*, <http://arslegis.salon24.pl/151631,macierzynstwo-zastepcze-problemy-prawne> [20.11.2013]; por. ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93, z późn. zm.).

⁷⁵ *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa...*

⁷⁶ M. Czarniecki, *Genetyczna matka dzieci urodzonych przez surogatkę wygrała prawo do macierzyństwa. Historyczny wyrok*, http://wyborcza.pl/1,75477,13510307,Genetyczna_matka_dzieci_urodzonych_przez_surogatke.html#ixzz2RHZscDkF [21.11.2013].

⁷⁷ M. Frasa, D. Abłażewicz, op. cit., s. 66–67.

⁷⁸ H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts*, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1538&context=lcp> [21.11.2013].

rej ciele rozwija się dziecko poczęte (płód), niezależnie od tego, czy materiał genetyczny zarodka pochodzi od innej kobiety. Z tego więc powodu zgodzić się należy ze stanowiskiem doktryny, że matka zastępcza nie podlega karze za uszkodzenie ciała dziecka poczętego⁷⁹.

5. Wnioski

Zakres tego artykułu z uwagi na wieloaspektowość omawianego tematu zmusza do dokonania wyboru zagadnień i uwzględnienia wyłącznie aktualnego stanu wiedzy. Wskazać jednak należy na możliwość pojawienia się kolejnych kontrowersji związanych z macierzyństwem zastępczym, jak również z możliwością klonowania zarodków i inżynierią genetyczną. Problemy te są w chwili obecnej wyłącznie na etapie dyskusji, tak w środowisku naukowym, jak i w społeczeństwie, nie można jednak wykluczyć, iż wkrótce mogą stać się faktem. Ingerencję w genetykę trzeba będzie zatem skonfrontować z konstytucyjną zasadą poszanowania godności ludzkiej⁸⁰. Zasada poszanowania godności człowieka odgrywa również kluczową rolę w tworzeniu światowych norm dotyczących bioetyki, w szczególności w nawiązaniu do Powszechnej Deklaracji UNESCO w sprawie Bioetyki i Praw Człowieka, przyjętej jednomyślnie 19 października 2005 roku podczas 33. sesji Konferencji Generalnej UNESCO⁸¹.

Kontrowersyjność instytucji matki zastępczej nie istnieje wyłącznie na gruncie prawa polskiego, ale ma swoje odzwierciedlenie w prawodawstwie innych krajów. Problematyka surogacji stanowi również przedmiot zainteresowania głównych religii świata. Najwięcej sporów wywołują niewątpliwie zagadnienia dotyczące dopuszczalności umów mających za przedmiot macierzyństwo zastępcze, status i pochodzenie nowo narodzonego dziecka oraz problem odpłatności⁸². Co więcej, pomimo iż macierzyństwo zastępcze traktowane jest często jako medyczny sposób rozwiązania problemu bezpłodności, różnorodność regulacji prawnych w poszczególnych krajach powoduje, iż traktowane jest często jako problem natury społecznej⁸³. Zdarza się również, iż ustawodawstwa niektórych państw (np. Indii) zdają się wręcz promować biznesowe podejście do problemu. Dla wielu kobiet swego rodzaju „użyczenie łona” jest

⁷⁹ M. Budyn-Kulik, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, wyd. 5, Warszawa 2013, s. 365.

⁸⁰ E. Q. de Oliveira Júnior, P. B. de Oliveira, *Protection of genetic heritage in the era of cloning*, „Revista brasileira de hematologia e hemoterapia” 2012, 34 (6), s. 452–458.

⁸¹ R. Andorno, *Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics*, „The Journal of medicine and philosophy” 2009 June, 34 (3), s. 223–40.

⁸² M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze w systemie common law*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8, s. 97.

⁸³ R. Cook, S. Sclater, F. Kaganas, op. cit., s. 3.

szansą na lepsze życie. Zachodnioeuropejskie systemy prawne zakazują handlu osobami, w tym również częściami ludzkiego ciała i organami. Oznacza to tym samym, że wolność jednostki w zawieraniu komercyjnych umów jest ograniczona. Oczywiście zrozumieć należy bezpłodne pary pragnące mieć dziecko, jednak nie wszystkie pragnienia dorosłych należy traktować jako ich prawa, szczególnie jeśli może to być szkodliwe dla godności i praw innych osób, szczególnie kobiet i ich dzieci⁸⁴.

Podsumowując, zgodzić się należy z twierdzeniami, iż macierzyństwo zastępcze jest nie tylko odpowiedzią na bezdzietność, ale powoduje metamorfozę tradycyjnej postawy wobec takiej ludzkiej wartości, jaką jest rodzina⁸⁵. W przypadku niemożności zajścia w ciążę, a przede wszystkim donoszenia ciąży przez kobietę, surogacja jawi się często jako swego rodzaju jedyna alternatywa, aczkolwiek zdawać sobie należy sprawę z tego, że dziecko pochodzi wtedy genetycznie od małżonków, ale biologiczną matką jest kobieta, która dziecko urodziła (matka zastępcza)⁸⁶. Pomimo kontrowersyjności samej metody, wiele bezdzietnych par będzie wybierać właśnie taką drogę, aby posiadać upragnione potomstwo – już od czasów rzymskich znane jest bowiem twierdzenie *Liberis nihil carius humano generi est* (Dla rodzaju ludzkiego nic nie jest droższe nad dzieci). Tym bardziej ważne jest zatem, ażeby do polskiego prawa zostały wprowadzone precyzyjne regulacje dotyczące surogacji, aby wykluczyć obecne wątpliwości i możliwość nadinterpretacji.

Bibliografia

- Adam A., Akhaladze V., *Parents and children: „surrogate” paradigm of modernity*, „Georgian medical news”, 2011 June (195).
- Andorno R., *Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics*, „The Journal of medicine and philosophy”, 2009 June, 34 (3).
- Assisted Human Reproduction Act (S.C. 2004, c. 2)*, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/>.
- Atighetchi D., *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Dordrecht 2007.
- Breczko A., *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011.

⁸⁴ J. López Guzmán, A. Aparisi Miralles, *Aproximacion a la Problematica Etica y Juridica de la Maternidad Subrogada*, „Cuadernos de bioética: revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica”, 2012 May-August, 23 (78), s. 253–67.

⁸⁵ A. Adam, V. Akhaladze, *Parents and children: „surrogate” paradigm of modernity*, „Georgian medical news”, 2011 June, 195, s. 7–10.

⁸⁶ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze, System Prawa Prywatnego*, t. XII, Warszawa 2011, s. 215.

- Breczko A., *Prawo a moralność w teorii i praktyce wczoraj i dziś (zarys wykładu)*, Białystok 2004.
- Brockopp J. E., Eich T., *Muslim medical ethics: from theory to practice*, University of South Carolina, Columbia 2008.
- Budyn-Kulik M., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, wyd. 5, Warszawa 2013.
- Burczak K., Dębiński A., Jońca M., *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Warszawa 2007.
- Civil Code of Quebec, 1991, c. 64, article 541.
- Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164>.
- Cook R., Sclater S., Kaganas F., *Surrogate motherhood: international perspectives*, Oregon 2003.
- Czarnecki M., *Genetyczna matka dzieci urodzonych przez surogatkę wygrała prawo do macierzyństwa. Historyczny wyrok*, http://wyborcza.pl/1,75477,13510307,Genetyczna_matka_dzieci_urodzonych_przez_surogatke.html#ixzz2RHZscDkF.
- Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego (Dz. U. z 1999 r., nr 79, poz. 888).
- Fabryki niemowląt*, <http://dzieci.pl/title,Fabryki-niemowlat,wid,14582751,wiadomosc.html?smgputicaid=61074c>.
- Fras M., Abłażewicz D., *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, [w:] *Problemy współczesnego prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. VI, A.D. MMVIII.
- Gałązka M., *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa*, [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grzeško-wiak, K. Wiak, Lublin 2002.
- Galewicz W., *Macierzyństwo zastępcze – czym ono jest i co jest w nim złego? Debata: Jak uregulować kwestie macierzyństwa zastępczego?* 16–23.11.2009, www.ptb.org.pl/pdf/galewicz_macierzynstwo.2.pdf.
- Genetic mother wins surrogacy lawsuit in Ireland*, http://www.huffingtonpost.com/huff-wires/20130305/eu-ireland-surrogate-mother/?utm_hp_ref=homepage&ir=homepage.
- Genetyczna matka wygrała proces o uznanie macierzyństwa*, http://www.ddv.pl/genetyczna_matka_wygrala_proces_o_uznanie_macierzynstwa.wszxw.html.
- Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Haberko J., Sokołowski T., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Do-lecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.
- Haworth A., *Womb for Rent: Surrogate Mothers in India*, <http://www.webmd.com/in-fertility-and-reproduction/features/womb-rent-surrogate-mothers-india>.

<http://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/surrogacy-decision-opens-door-to-genetic-mothers-court-actions-1.1318125>.

Instrukcja o szacunku dla rodzącego się życia ludzkiego i o godności jego przekazywania. Odpowiedzi na niektóre aktualne zagadnienia, <http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WR/kongregacje/kdwiary/zbior/t.2.19.html>.

Interwencje w przekazywanie życia ludzkiego, http://izajasz.pl/dk,5,3,donum_vitae.html.

Irlandia: Genetyczna matka wygrała proces o uznanie macierzyństwa. „Prawo wymaga aktualizacji”, <http://www.polskatimes.pl/artykul/775993,irlandia-genetyczna-matka-wygrala-proces-o-uznanie,id,t.html>.

Kałczewiak M., *Izraelskie prawo małżeńskie. Wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2012, t. 4.

Kaszowski M., *Teologia w pytaniach i odpowiedziach*, www.teologia.pl/m_k/prz-07.htm.

Katechizm Kościoła Katolickiego, Pallottinum 1994.

Kawka J., *Macierzyństwo zastępcze – problemy prawne*, <http://arslegis.salon24.pl/151631,macierzynstwo-zastepcze-problemy-prawne>.

Kindregan Jr., C. P., White D., *International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements*, „Suffolk Transnational Law Review” 2013, vol. 36.

Krajewski R., *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009.

Kto jest Żydem?, <http://www.the614thcs.com/40.708.0.0.1.0.phtml>.

Kumar A., *Ethical Aspects of Assisted Reproduction – an Indian viewpoint*, Reproductive BioMedicine Online, 2007.

Leiman S. Z., *Jewish Ethical Teaching and Technological Advance*, [w:] *Contemporary Ethical Issues in the Jewish and Christians Traditions*, red. F. E. Greenspahn, Hoboken, New Jersey 1986.

López Guzmán J., Aparisi Miralles A., *Aproximacion a la Problematica Etica y Juridica de la Maternidad Subrogada*, „Cuadernos de bioética: revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica” 2012 May-August, 23 (78).

Macierzyństwo zastępcze, <http://www.zycie.ca/tag/surogatki/>.

McLachlan H. V., Swales J. K., *Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts*, <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1538&context=lcp>.

Nelson E., *Global trade and assisted reproductive technologies: regulatory challenges in international surrogacy*, „The Journal of law, medicine & ethics: a journal of the American Society of Law, Medicine & Ethics”, 2013 Spring, 41 (1).

Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2005.

Oliveira Júnior E. Q. de, Oliveira P. B. de, *Protection of genetic heritage in the era of cloning*, „Revista brasileira de hematologia e hemoterapia”, 2012, 34 (6).

- Pietrzykowski K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012.
- Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe. Prawo i medycyna*, <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=688&PHPSESSID=74177a443c2491416ddc85368946d1dd>.
- Ramskold L. A., Posner M. P., *Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates*, „Journal of medical ethics”, 2013 June, 39 (6).
- Report on Human Artificial Procreation. Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI)*, 1989, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/source/PMAprinciplesCAHB11989_en.doc.
- Resolution on the ethical and legal problems of genetic engineering*, <http://www.codex.vr.se/texts/EP-genetic.html>.
- Rucki T., *Medyczne utwarunkowania wspomaganego rozrodu*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996.
- Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.
- Saxena P., Mishra A., Malik S., *Surrogacy: ethical and legal issues*, „Indian journal of community medicine: official publication of Indian Association of Preventive & Social Medicine”, 2012 October, 37 (4).
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze, System Prawa Prywatnego*, t. XII, Warszawa 2011.
- Storror R. F., *Travel into the Future of Reproductive Technology*, University of Missouri, „Kansas City Law Review” 2010, 2.
- Surrogacy Arrangements Act 1985*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.
- Surrogacy laws in the United States*, <http://www.jsonline.com/news/health/163772546.html>.
- Surrogacy: is it legal in Canada?*, <http://www.familyhelper.net/iy/surrogacy/legal.html>.
- The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill – 2010*, Ministry of Health & Family Welfare, India, <http://www.icmr.nic.in/guide/ART%20REGULATIONS%20Draft%20Bill1.pdf>.
- Tokarczyk R., *Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojurysprudenji*, wyd. 7, Zakamcze 2002.
- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. nr 9, poz. 59 z późn. zm.).
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).
- Wałachowska M., *Macierzyństwo zastępcze w systemie common law*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 8.
- Wright C., *Thinking Through Religion: Truth and Spirituality. Module 4*, Oxford 2003.

Katarzyna Pfeifer-Chomiczewska

Uniwersytet Łódzki
Université François Rabelais de Tours
e-mail: kasia.pfeifer@gmail.com
telefon: +48 42 635 46 19

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.19

Adopcja prosta – kontrowersyjny sposób na stworzenie więzi prawnej między konkubentami. Analiza prawa francuskiego

SUMMARY

Simple adoption – a controversial way to create a legal relationship between cohabitants. An analysis of French law

In spite of a legal definition of cohabitation, the French legislator did not regulate either personal or property relationships between cohabitants. Cohabitation remains a purely factual situation and in light of law, cohabitants are strangers to each other. There are no formal ties between the cohabitants that affects their property relations.

Despite the rejection of a formalized union such as marriage or PACS (*Pacte Civil de Solidarité*, Civil Pact of Solidarity), some cohabitants want to create a legal dimension to their relationship, very often for reasons of property and inheritance. This has led to controversial attempts to use simple adoption between cohabitants.

Therefore, French courts had to settle whether such a solution is possible. Unanimously and firmly, French authors and jurisprudence accept the view that simple adoption between cohabitants is unacceptable. This institution cannot be used to legitimize cohabitation because it would be contrary to its primary purpose, which is to create a legal relationship imitating a parental bond. It is also impossible to use simple adoption by cohabitants to regulate their property relations. In both cases we would be dealing with the distortion of the institution of simple adoption.

Key words: simple adoption, cohabitation, cohabitants, legal relationship, abuse of law

Słowa kluczowe: adopcja prosta, konkubinaty, konkubenci, więź prawna, nadużycie prawa

1. Wprowadzenie

„Skoro konkubenci obchodzą się bez prawa, prawo nie interesuje się nimi” (*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux*). Tymi słowami, przypisywanymi Napoleonowi, uzasadniono brak uregulowania kon-

kubinatu we wprowadzanym w 1804 roku kodeksie cywilnym. Po przeszło dwustu latach od wprowadzenia Kodeksu Napoleona sytuacja prawna konkubentów nie uległa zbyt dużej zmianie. Owszem, zaprzestano moralnego piętnowania związków niemałżeńskich, jednak wzajemne relacje konkubentów, zarówno osobiste, jak i majątkowe, wciąż pozostają nieuregulowane. Stąd też określenie, że wspólne pożycie konkubentów toczy się „poza prawem” (*hors la loi*), czy w „próżni prawnej” (*dans le vide juridique*). W rezultacie, powyższe stwierdzenie przypisywane Napoleonowi jest w dalszym ciągu aktualne.

Zanim jednak przejdziemy do omówienia tytułowego problemu (punkty III–IV), konieczna wydaje się krótka, ograniczona do kwestii szczególnie istotnych dla tematu niniejszego artykułu, charakterystyka konkubinatu (punkt I) i adopcji prostej (punkt II) w prawie francuskim.

2. Konkubinat¹

Definicja konkubinatu została wprowadzona do francuskiego kodeksu cywilnego (*Code civil*, dalej: C.civ.) ustawą nr 99–944 z 15 listopada 1999² – tą samą, która wprowadziła we Francji zarejestrowany związek partnerski, czyli Cywilny Pakt Solidarności, w skrócie PACS³. Zgodnie z przepisem art. 515–8 C.civ., konkubinat jest faktycznym związkiem dwóch osób, tej samej lub przeciwnej płci, który cechuje wspólne pożycie o stabilnym i ciągłym charakterze (*une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité*). Na miano konkubinatu zasługują jedynie związki osób, które żyją jak para (*qui vivent en couple*). Z ustawowej definicji, jak i bogatego orzecznictwa, wyprowadza się następujące cechy wolnego związku (*union libre*), jakim jest konkubinat:

¹ Szerzej na temat konkubinatu zob. m.in.: *Les concubinages. Approche socio-juridique*, red. J. Rubellin-Devichi, t. II, Paris 1986; *Indépendance financière et communauté de vie*, sous la rédaction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris 1989; *Des concubinages – droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris 2002; A. Bolze, *Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale*, „Droit de la famille” (dalej: Dr. fam.) 2001, nr 3, s. 9 i nast.; M. Kornprobst, *Concubinage*, Rép.civ. Dalloz, mai 2001.

² Loi n^o 99–944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF nr 265 du 16 novembre 1999, s. 16959.

³ Szerzej na temat cywilnego paktu solidarności zob. np.: B. Beignier, *PACS: l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage*, Dr. fam. 1999, nr 12, s. 18 i nast.; idem, *Le PACS en questions*, Dr. fam. 1999, nr 12, s. 31 i nast.; G. Raymond, *PACS et droit des contrats*, „Contrats Concurrence Consommation” 2000, nr 10, s. 6 i nast.; P. Catala, *Critique de la raison médiatique*, Dr. fam. 1999, nr 12, s. 63 i nast.; R. Cabrillac, *Les réformes du droit de la famille et le PACS*, Dr. fam. 2000, nr 6, s. 4 i nast.; P. Malaurie, *Sur le PACS*, Dr. fam. 1999, nr 12, s. 30 i nast.; P. de Belot, *Concubinage, PACS et... louage*, „Administrer” 2000, nr 323, s. 18 i nast.; K. Pfeifer, *Francuski Cywilny Pakt Solidarności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 1, s. 43 i nast.

- a) monogamia;
- b) brak węzła formalnego łączącego partnerów, co sprawia, że zarówno nawiązanie, jak i zakończenie konkubinatu jest wolne od wszelkich formalności;
- c) ciągłość i stabilność pożycia;
- d) istnienie osobisto-majątkowej wspólnoty życiowej, na którą składają się więzi fizyczna, duchowa i gospodarcza.

Pomimo ustawowego zdefiniowania konkubinatu, ustawodawca francuski nie uregulował ani stosunków osobistych, ani majątkowych między konkubentami. Konkubinatu pozostaje sytuacją czysto faktyczną, która przez sam fakt swego istnienia nie wywołuje żadnych skutków prawnych. W świetle prawa konkubenci są względem siebie osobami obcymi, a pojawiające się między nimi problemy, zwłaszcza majątkowe, rozwiązywane są na podstawie ogólnych przepisów prawa cywilnego. Do rozliczania stosunków majątkowych konkubentów zastosowanie znajdują w szczególności przepisy o współwłaśności w częściach ułamkowych, spółce czy bezpodstawnym wzbogaceniu. Brak prawnego uregulowania konkubinatu okazuje się szczególnie dotkliwy w razie śmierci jednego z konkubentów. Pozostały przy życiu konkubent, nie należąc do kręgu spadkobierców ustawowych, nie ma zatem żadnych praw do majątku swojego zmarłego partnera. Chęć wzajemnego majątkowego zabezpieczenia się konkubentów na wypadek śmierci jednego z nich prowadzi czasem do kontrowersyjnych prób wykorzystania w tym celu instytucji adopcji prostej.

3. Adopcja prosta

W prawie francuskim występują dwie postaci adopcji: pełna (*adoption plénière*) i prosta (*adoption simple*). Adopcja prosta w prawie francuskim jest odpowiednikiem przysposobienia niepełnego w prawie polskim.

W prawie francuskim przysposobić w sposób prosty może każda osoba, która ukończyła dwadzieścia osiem lat (art. 361 w zw. z art. 343–1 C.civ.). Przysposobić wspólnie w sposób prosty mogą jedynie małżonkowie niepozostający w separacji, którzy są małżeństwem od co najmniej dwóch lat lub którzy ukończyli dwadzieścia osiem lat (art. 361 w zw. z 343 C.civ.). W przeciwieństwie do prawa polskiego, w prawie francuskim w sposób prosty przysposobić można zarówno osobę małoletnią, jak i pełnoletnią. Do przysposobienia potrzebna jest zgoda przysposobianego, który ukończył trzynaście lat (art. 360 C.civ.). Gdy przysposobienie dotyczy małoletniego, potrzebna jest zgoda jego biologicznych rodziców, a w razie ich braku – rady rodzinnej (*Conseil de famille*).

Ustawodawca francuski wymaga, by między adoptującym a adoptowanym istniała odpowiednia różnica wieku. Zgodnie z przepisem art. 344 zd. 1 C.civ.

adoptujący musi być o piętnaście lat starszy od adoptowanego. Wyjątek od tej zasady stanowi sytuacja, gdy adoptowanym jest dziecko współmałżonka. W takim przypadku wymagana różnica wieku została obniżona do lat dziesięciu. Jednakże, jak wskazuje zdanie drugie art. 344 C.civ., w uzasadnionych przypadkach sąd może orzec adopcję nawet jeśli różnica wieku między adoptującym i adoptowanym jest niższa od różnicy wieku ustawowo przewidzianej.

Jedną z ważniejszych konsekwencji majątkowych, jakie pociągają za sobą adopcja prosta jest powstanie obowiązku alimentacyjnego między adoptowanym i adoptującym. Na rodzicach biologicznych ciąży obowiązek alimentacyjny względem adoptowanego, jeśli ten wykaże brak pomocy ze strony rodziców adopcyjnych. Ponadto, adoptowany dziedziczy po swoich krewnych naturalnych (biologicznych), a także po rodzicach adopcyjnych, tak jak dziecko biologiczne, jednak nie ma prawa do rezerwy spadkowej (*réserva héréditaire*) po wstępnych adoptującego⁴.

4. Adopcja prosta konkubenta

Adopcja prosta może być w swych skutkach mechanizmem obosiecznym. Z jednej strony jest instytucją o szlachetnym celu, jakim jest włączenie do swojej rodziny osoby, która takowej nie posiada lub której rodzina niedostatecznie spełnia swoją rolę. Z drugiej jednak strony, chęć pomocy adoptowanemu może być źródłem utraty praw dla niektórych spadkobierców ustawowych adoptującego⁵. Biorąc pod uwagę fakt, że w przypadku adopcji prostej adoptowanym może być osoba pełnoletnia, instytucja ta nierzadko wykorzystywana jest do celów innych niż pierwotnie przewidzianych i podyktowanych naturą adopcji. Sądy francuskie, świadome niebezpieczeństwa wypaczenia omawianej instytucji, wnikliwie badają przypadki ubiegania się o adopcję prostą. Jednym z przykładów wykorzystywania adopcji prostej do celów innych niż dyktuje jej natura, jest przysposobienie swojego życiowego partnera przez konkubenta. Sądy francuskie stanęły zatem przed koniecznością rozstrzygnięcia, czy takie rozwiązanie jest dopuszczalne.

⁴ Szerzej na temat adopcji prostej zob. m.in.: C. Neirinck, *Adoption simple*, JurisClasseur Civil Code, Fasc. 30; M.-C. Le Boursicot, *Étude 426, Les conditions de fond de l'adoption*, [w:] *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, sous la rédaction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris, octobre 2013, s. 1456 i nast.; eadem, *Étude 430, La procédure de l'adoption*, [w:] *Lamy Droit des Personnes...*, s. 1472 i nast.; eadem, *Étude 434, Les effets de l'adoption*, [w:] *Lamy Droit des Personnes...*, s. 1489 i nast.

⁵ É. Levacher, *Le cœur a ses raisons que l'adoption ignore*, „Revue Lamy Droit Civil” (dalej: RLDC) 2012, nr 89, s. 39.

4.1. Przyczyny uciekania się do adopcji prostej konkubenta

Powodów, dla których konkubenci decydowali się i decydują na adopcję prostą swojego partnera wymienić można kilka. Po pierwsze, w przypadku par homoseksualnych głównym powodem była, w okresie poprzedzającym wprowadzenie cywilnego paktu solidarności, wola prawnego usankcjonowania związku łączącego strony⁶. Przed wejściem w życie ustawy z 15 listopada 1999 roku, był to cel, którego pary homoseksualne nie mogły zrealizować w żaden inny sposób. W aktualnym stanie prawnym, zarówno pary homoseksualne, jak i heteroseksualne, mogą zawrzeć cywilny pakt solidarności, będący, alternatywną dla małżeństwa, zinstytucjonalizowaną formą wspólnego pożycia. Po drugie, pomimo odrzucania idei wspólnego życia w sformalizowanym związku, takim jak małżeństwo czy PACS, paradoksalnie niektórzy konkubenci (heteroseksualni lub homoseksualni) chcą, najczęściej ze względów majątkowych, nadać łączącej ich więzi wymiar prawny. Najbardziej palącą dla konkubentów kwestią jest uregulowanie spadkobrania na wypadek śmierci jednego z nich⁷. Stosunki prawnosпадkowe osób żyjących w związkach niemajątkowych nie są w ogóle uregulowane. W przeciwieństwie do małżonków, konkubenci nie dziedziczą po sobie. W razie śmierci konkubenta cały majątek przypada, w braku testamentu, jego spadkobiercom ustawowym. Zawarcie cywilnego paktu solidarności nie jest w takiej sytuacji satysfakcjonującym rozwiązaniem, gdyż ustawodawca nie uregulował spadkobrania również między partnerami PACS.

4.2. Odmowa albo uchylenie orzeczenia przysposobienia

Niebezpieczeństwo wykorzystywania adopcji prostej do celów innych aniżeli dyktuje natura tej instytucji, sprawia, że sądy dogłębnie analizują wnioski o adopcję prostą. Próby wykorzystania adopcji prostej przez osoby pozostające w związku niemajątkowym prowadzą zwykle do odmowy orzeczenia przysposobienia⁸. A jeśli adopcja prosta została wcześniej orzeczona, osoba trzecia może w drodze nadzwyczajnego środka odwoławczego, jakim jest *tierce op-*

⁶ J.-J. Lemouland, [w:] J.-J. Lemouland, P. Murat, *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille*, „Droit et Patrimoine” 2011, nr 209, s. 56 i nast.

⁷ Zob. np.: CA Riom, 9 lipca 1981, „La Semaine Juridique Édition Générale” (dalej: JCP G) 1982.II.19799; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” (dalej: RTD civ.) 1983, s. 306; Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2004, nr de pourvoi 02–10136; JurisData nr 2004–026834; Dr. fam. 2005, nr 2, comm. 30, obs. P. Murat.

⁸ CA Versailles, 4 novembre 1999, JurisData n° 1999–131886; Dr. fam. 2000, n° 12, comm. 141, note P. Murat; D. 2000, Jurispr., s. 716, note Th. Garé; RTD civ. 2000, s. 309, obs. J. Hauser; RTD civ. 2001, s. 347, obs. J. Hauser.

position (tzw. opozycja osoby trzeciej)⁹, zaskarżyć orzeczenie będące podstawą nawiązania stosunku przysposobienia i doprowadzić tym samym do jego uchylenia i unieważnienia stosunku przysposobienia¹⁰.

5. Ilustracja problemu – orzeczenie Pierwszej Izby Cywilnej Sądu Kasacyjnego z 4 maja 2011 roku

Orzeczeniem, które doskonale ilustruje problem wykorzystania adopcji prostej przez konkubentów jest wyrok Pierwszej Izby Cywilnej Sądu Kasacyjnego z 4 maja 2011 roku¹¹, który zapadł na tle następującego stanu faktycznego. Pewna starsza kobieta (siedemdziesiąt dwa lata), pozostająca od ponad dziesięciu lat w związku z inną kobietą (pięćdziesiąt dziewięć lat), postanowiła uregulować swoje sprawy majątkowe, w tym na wypadek swojej śmierci. W maju 2001 roku przeniosła na rzecz swoich siostrzeńców, w drodze darowizny, prawo własności udziałów w spółce cywilnej. W czerwcu 2001 roku ustanowiła ich zapisobiorcami uniwersalnymi. W międzyczasie zmieniła zdanie i w październiku 2001 roku ustanowiła swoją konkubinę zapisobiorcą uniwersalnym wszystkich swoich ruchomości i nieruchomości. Chcąc jednak wzmocnić pozycję majątkową swojej długoletniej partnerki względem pozostałych spadkobierców oraz doprowadzić do odwołania darowizn uczynionych na rzecz siostrzeńców, spadkodawczyni postanowiła adoptować w sposób prosty swoją konkubinę. Orzeczenie stanowiące podstawę stosunku przysposobienia zapadło 18 października 2002 roku. Po śmierci spadkodawczyni w marcu 2004 roku na konflikt między pozostałą przy życiu partnerką a siostrzeńcami spadkodawczyni nie trzeba było długo czekać. Adoptowana konkubina wniosła o odwołanie darowizny uczynionej na korzyść siostrzeńców, powołując się na przepisy art. 953 i 960 C.civ. w brzmieniu sprzed reformy prawa spadkowego i prawa przysporzeń, dokonanej ustawą nr 2006–728 z 23 czerwca 2006 roku. Z kolei siostrzeńcy wnieśli opozycję wobec wyroku orzekającego adopcję prostą.

Sąd apelacyjny w Aix-en-Provence, 5 września 2006 roku uwzględnił skargę opozycyjną i uchylił orzeczenie adopcyjne. W uzasadnieniu wskazał, że ad-

⁹ Szerzej na temat opozycji osób trzecich w prawie francuskim zob. np.: N. Lesourd, *Tierce opposition en matière civile*, JurisClasseur Procédures, Fasc. 10; P. Rylski, *Opozycja osoby trzeciej (terce opposition) – nadzwyczajny środek zaskarżenia francuskiej procedury cywilnej*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 5, s. 129 i nast.

¹⁰ CA Riom, 9 juillet 1981, JCP G 1982.II.19799; RTD civ. 1983, p. 306; CA Paris, 19 janvier 1993, JurisData nr 1993–020114; RTD civ. 1993, s. 340, obs. J. Hauser; Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2004, n^o de pourvoi 02–10136; JurisData n^o 2004–026834; Dr. fam. 2005, n^o 2, comm. 30, obs. P. Murat.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, nr de pourvoi 10–13996; JCP G 2011.577; RLDC 2011, nr 83, p. 50 et s., obs. J. Gallois; Dr. fam. 2011, nr 7, comm. 110, note C. Neirinck.

optująca, w momencie ubiegania się o adopcję, dopuściła się oszustwa mającego na celu wypaczenie celu adopcji prostej, jakim jest stworzenie więzi filiacyjnej.

Konkubina wniosła skargę kasacyjną. Sąd Kasacyjny w wyroku z 6 lutego 2008 roku¹² uchylił orzeczenie sądu apelacyjnego i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu Sąd Kasacyjny wskazał na brak podstawy prawnej, wynikający z nieprawidłowej interpretacji i zastosowania przepisu art. 353–2 C.civ., wskazującego przesłanki opozycji wobec orzeczenia adopcyjnego. Sąd Kasacyjny podkreślił, że przesłanki dopuszczalności skargi opozycyjnej nie są tożsame z przesłankami zasadności samego orzeczenia o adopcji. Są to bowiem dwie różne kwestie i dopuszczalność skargi opozycyjnej nie może być wyprowadzona z niezasadności orzeczenia o adopcji.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy 25 listopada 2009 roku sąd apelacyjny w Aix-en-Provence uwzględnił skargę opozycyjną siostrzeńców zmarłej i uchylił orzeczenie o adopcji. Adoptowana ponownie wniosła skargę kasacyjną.

4 maja 2011 roku Sąd Kasacyjny ostatecznie rozstrzygnął konflikt, podzielać orzeczenie sądu apelacyjnego z 2009 roku. Takie podejście Sądu Kasacyjnego zasługuje na pełną aprobatę z dwóch względów. Po pierwsze, z uwagi na dokonanie wyraźnego rozgraniczenia przesłanek dopuszczalności skargi opozycyjnej wobec orzeczenia adopcyjnego od zasadności samego orzeczenia adopcyjnego, czyli zbadania, czy przesłanki ustawowe adopcji prostej zostały spełnione i czy orzeczona adopcja jest zgodna z dobrem dziecka (adoptowanego) (art. 353 zd. 1 C.civ.). Tym samym Sąd Kasacyjny położył kres wszelkim wątpliwościom związanym z interpretacją przesłanek skargi opozycyjnej osób trzecich wobec orzeczenia adopcyjnego, które pojawiły się wraz z orzeczeniem Pierwszej Izby Cywilnej z 22 czerwca 2004 roku. Otóż z orzeczenia z 2004 roku wynikało, że podstęp (*dol*) lub oszustwo (*fraude*), o których mowa w art. 353–2 C.civ., mogą być wnioskowane z wypaczenia instytucji adopcji prostej. Innymi słowy, wypaczenie adopcji prostej stanowiło samo w sobie podstęp bądź oszustwo¹³. Jednakże Sąd Kasacyjny powrócił w omawianej sprawie

¹² Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, nr de pourvoi 06–20054; „Procédures” 2008, nr 4, comm. 11, note M. Douchy-Dudot; Dr. fam. 2008, nr 4, comm. 59, note P. Murat.

¹³ Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2004, nr de pourvoi 02–10136; JurisData nr 2004–026834; Dr. fam. 2005, nr 2, comm. 30, obs. P. Murat. W sprawie starszy żonaty mężczyzna, ojciec dwójki dzieci, zaadoptował w 1988 r. w sposób prosty swoją konkubinę. Po jego śmierci w 1992 r. biologiczne dzieci adoptującego złożyły skargę opozycyjną, podnosząc istnienie konkubinatu między ich ojcem a adoptowaną córką, który na skutek podstępnego działania ich ojca nie został ujawniony w momencie ubiegania się o adopcję. W momencie ubiegania się o adopcję prostą adoptujący pełnił ważną funkcję mera w swoim miejscu zamieszkania, w związku z czym był powszechnie znany. Chcąc adoptować swoją konkubinę, zmienił miejsce zamieszkania, zameldował się w hotelu w innym mieście i przed tamtejszym sądem złożył wniosek o adopcję. Nie ujawnił, że ma biologiczne dzieci i że z adoptowaną łączył go konkubinatu. Konkubinatu został udowodniony w toku postępowania wszczętego na skutek skargi opozycyjnej biologicznych dzieci adoptującego. Na wolny związek stron

z 2011 roku do swojego rygorystycznego stanowiska¹⁴, wymagając, by podstęp lub oszustwo zostały udowodnione niezależnie od samego wypaczenia adopcji prostej¹⁵. Po drugie, na aprobatę zasługuje stanowcze przypomnienie i określenie, wydawać by się mogło oczywistej funkcji, jaką spełniać powinna instytucja adopcji prostej.

Przyjrzyjmy się zatem bliżej uzasadnieniu omawianego orzeczenia.

5.1. Przesłanki opozycji osób trzecich wobec orzeczenia adopcyjnego

Kryteria dopuszczalności skargi opozycyjnej¹⁶ wobec orzeczenia o adopcji prostej są następujące: posiadanie statusu osoby trzeciej, wykazanie interesu prawnego przez osobę trzecią, podstęp (*dol*) lub oszustwo (*fraude*) adoptującego.

5.1.1. Interes prawny osoby trzeciej

Jak wskazuje przepis art. 583 zd. 1 Kodeksu postępowania cywilnego (Code de procédure civile, dalej: C.p.c.), skarga opozycyjna może zostać wniesiona przez każdą osobę, która ma interes prawny w uchyleniu lub zmianie orzeczenia oraz która nie była w tym postępowaniu uczestnikiem ani też nie była w nim reprezentowana. Chodzi o osoby, którym wyrok nie został doręczony, a wyrządza im szkodę lub rodzi ryzyko jej wyrządzenia.

wskazywały między innymi dokumenty pożyczki, w których adoptowana figurowała jako żona. Sąd uwzględnił skargę opozycyjną, przyjmując, iż podstęp i oszustwo wynikały z obejścia instytucji adopcji prostej; zob. również: Th. Garé, *L'adoption ne peut être prononcée si elle consacre des relations sexuelles entre l'adoptant et l'adopté, mais peut l'être quand bien même la loi nationale de l'adopté s'y opposerait si ce dernier est majeur*, „Revue Juridique Personnes Famille” (dalej: RJPF) 2011, nr 7–8, s. 25.

¹⁴ Zob. m.in.: Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, nr de pourvoi 87–16302; Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, nr de pourvoi 96–18908. W rozpatrywanym stanie faktycznym z 1999 r. spadkobiercy ustawowi adoptującego, chcąc unieważnić stosunek przysposobienia, podnieśli istnienie relacji homoseksualnej między adoptującym i adoptowanym w momencie ubiegania się o adopcję. W orzeczeniu z 8 czerwca 1999 r. Sąd Kasacyjny utrzymał w mocy orzeczenie adopcji konkubenta przez swojego partnera. Orzekł, iż sąd apelacyjny słusznie przyjął, na podstawie wystarczających materiałów dowodowych, że w przedmiotowym stanie faktycznym adopcja nie miała na celu ani stworzenia, ani usankcjonowania homoseksualnego związku między adoptującym i adoptowanym. Bezdzietny adoptujący stanu wolnego miał na celu otoczenie majątkową opieką innego mężczyzny, znajdującego się w trudnej sytuacji majątkowej, w ten sam sposób, w jaki mógłby uczynić to ojciec. Ponadto, zdaniem Sądu Kasacyjnego, sędziowie niższej instancji słusznie przyjęły, iż w omawianym przypadku adoptujący nie dopuścił się podstępu (*dol*) ani oszustwa (*fraude*), a tym samym sprzeciw osób trzecich wobec orzeczenia adopcji mający na celu uchylenie orzeczenia o adopcji jest niedopuszczalny.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, nr de pourvoi 06–20054 oraz Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, nr de pourvoi 10–13996.

¹⁶ Szerzej zob. N. Lesourd, op. cit.

W analizowanej sprawie siostrzeńcy zmarłej konkubiny byli osobami legitymowanymi, w rozumieniu art. 583 zd. 1 C.p.c., do wystąpienia ze skargą opozycyjną, gdyż w żaden sposób nie uczestniczyli w postępowaniu dotyczącym adopcji. Spełniona została także przesłanka interesu prawnego osób trzecich. To drugie kryterium dopuszczalności skargi opozycyjnej jest szeroko rozumiane. Chodzi zarówno o interes moralny, jak i majątkowy. W omawianej sprawie siostrzeńcy mieli interes moralny – byli emocjonalnie związani ze zmarłą, oraz majątkowy – orzeczona adopcja prosta doprowadzała do odwołania z mocy prawa dokonanej na ich rzecz darowizny.

5.1.2. Podstęp lub oszustwo adoptującego

Ponadto, opozycja osób trzecich wobec wyroku orzekającego adopcję jest dopuszczalna tylko i wyłącznie wtedy, jeśli adoptujący dopuścił się podstępu bądź oszustwa (art. 353–2 C.civ.). W tym celu badana jest tylko postawa adoptującego w momencie orzekania o adopcji¹⁷. Dowodu na dopuszczenie się podstępu lub oszustwa należy szukać na przykład analizując rozmaite czynności i dokumenty administracyjne, na podstawie których doszło do orzeczenia adopcji¹⁸. *Dol*, czyli podstęp, interpretowany jest jako naganne zachowanie wprowadzające w błąd i mające doprowadzić do orzeczenia adopcji prostej. *Fraude*, czyli oszustwo, to wszelkiego rodzaju działania i zaniechania, jak, w szczególności, ukrywanie istotnych informacji, mające na celu obejście przepisów prawa dotyczących adopcji¹⁹.

W przedmiotowej sprawie Sąd Kasacyjny podzielił stanowisko sądu apelacyjnego, który uznał, że adoptująca dopuściła się „podstępnego zaniechania prowadzącego do oszustwa, które miało wpłynąć na decyzję sądu w sprawie adopcji”. Oszustwo adoptującej polegało na nieujawnieniu, w momencie ubiegania się o adopcję, faktu pozostawania w związku homoseksualnym z adoptowaną. Owo zachowanie adoptującej w trakcie postępowania adopcyjnego zakwalifikowane zostało jako obejście prawa. Do takiej konstatacji doprowadziła między innymi analiza treści złożonego wniosku o adopcję, w którym adoptująca bardzo ogólnie wskazała, że z przyszłą adoptowaną łączą ją bardzo bliskie więzi emocjonalne, a adopcja ma być ich prawnym usankcjonowaniem. Ponadto wnioskodawczyni wskazywała, że w momencie składania wniosku o adopcję nie posiadała żadnych zstępnych: biologicznych ani adopcyjnych. Zdaniem sądu apelacyjnego, treść tego dokumentu nie odzwierciedlała rzeczywistego charakteru relacji łączących adoptującą i adoptowaną. Co więcej, z raportu policji sporządzonego w dniu śmierci adoptującej wynikało, iż ko-

¹⁷ É. Levacher, op. cit., s. 40–41.

¹⁸ Tak: CA Aix-en-Provence, 12 septembre 1989, JurisData nr 1989-050574.

¹⁹ É. Levacher, op. cit., s. 41.

biety żyły w wolnym związku, a adoptowana została w nich wskazana jako „życiowa partnerka zmarłej”. Z protokołu przesłuchania adoptowanej również wynikało, iż ona sama przedstawiała siebie jako konkubinę zmarłej, a ich związek określała mianem długiego i stabilnego (kobiety poznały się w 1985, a zamieszkały razem w 1990 roku). W trakcie postępowania adoptowana początkowo negowała istnienie relacji homoseksualnych z adoptującą, aż w końcu zaprzeczyła samej sobie twierdząc, iż w momencie złożenia wniosku o adopcję stosunki łączące kobiety przekształciły się w więź rodzicielską. Ponadto, zeznania licznych świadków potwierdziły istnienie konkubinatu między kobietami. Wskazywali oni, że kobiety publicznie zachowywały się jak para i publicznie okazywały sobie uczucia właściwe osobom, które prowadzą wspólne pożycie. W efekcie, przyjmując iż adoptująca dopuściła się podstępu i oszustwa ubiegając się o adopcję prostą, opozycja złożona przez jej siostrzeńców wobec orzeczenia o adopcji została uwzględniona.

Konsekwencją dopuszczenia opozycji było pochylenie się przez sąd apelacyjny nad zasadnością orzeczenia będącego podstawą stosunku przysposobienia.

5.2. Wypaczenie instytucji adopcji prostej skutkujące uchYLENIEM orzeczenia będącego podstawą nawiązania stosunku przysposobienia

Sąd apelacyjny, po zbadaniu zasadności orzeczenia o adopcji z 2002 roku, uchylił je, co spotkało się z aprobatą Sądu Kasacyjnego, który podzielił również argumenty uzasadnienia użyte przez sąd niższej instancji. Zarówno sąd apelacyjny, jak i Sąd Kasacyjny, przyjęły, że doszło do wypaczenia instytucji adopcji prostej, które polegało na jej wykorzystaniu do usankcjonowania konkubinatu i uregulowania na wypadek śmierci spraw majątkowych między partnerkami.

5.2.1. Wypaczenie adopcji prostej na skutek jej wykorzystania do prawnego usankcjonowania konkubinatu

Podstawowym celem adopcji, pełnej jak i niepełnej, jest stworzenie więzi prawnej między adoptującym i adoptowanym na wzór relacji łączących biologicznych rodziców z ich dziećmi. Adopcja, zgodnie z łacińską paremią: *Adoptio naturam imitatur*, ma za zadanie naśladować biologiczną (rodzicielską) więź pokrewieństwa. W związku z powyższym, adopcja prosta nie może być orzeczona na przykład w stosunkach między siostrami²⁰, czy też między byłymi małżonkami²¹. Z kolei w wyroku z 4 maja 2011 roku Sąd Kasacyjny przy-

²⁰ CA Bordeaux, 10 janvier 2001, JurisData nr 2001-134783.

²¹ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010, nr de pourvoi 09-66782.

pomniał, że „Adopcja prosta nie może być wykorzystywana do wzmocnienia więzi uczuciowych czy też więzi przyjaźni między dwoma osobami, które łączą stosunki fizyczne. Celem adopcji jest bowiem stworzenie więzi filiacyjnej”²². Tym samym Sąd Kasacyjny potwierdził dotychczasowe stanowisko judykatury francuskiej. Adopcja prosta nie może być wykorzystywana do prawnego usankcjonowania związku dwóch osób²³, czy też do zacieśnienia więzi uczuciowych istniejących między adoptującym i adoptowanym²⁴. Bardzo jasno na ten temat wypowiedział się sąd apelacyjny w Wersalu w orzeczeniu z 4 listopada 1999 roku. Wskazał on, że przepisy prawne regulujące adopcję zmirzają do stworzenia więzi filiacyjnej, której strony mają powierzone ściśle określone role w stosunkach między sobą. I tak, ojciec adopcyjny powinien pełnić rolę edukacyjną i wychowawczą względem adoptowanego, zaś adoptowane dziecko winne jest szacunek, opiekę i pomoc swojemu rodzicowi²⁵. W sprawie, którą rozstrzygał sąd apelacyjny w Wersalu, stosunki łączące adoptującego z adoptowanym w ogóle nie odpowiadały takiemu prawnospołecznemu wzorcowi stosunku przysposobienia. W danym stanie faktycznym, zainteresowani pozostający w związku homoseksualnym wspólnie nabyli nieruchomości, mieszkali razem od kiedy się poznali, pomagali sobie i wzajemnie wspierali się w trudnych chwilach. Zdaniem sądu, mimo iż takie relacje, polegające na wzajemnym pomaganiu sobie, zasługują na pozytywną ocenę z moralnego punktu widzenia, to jednak nie mogą one zostać prawnie usankcjonowane w drodze adopcji, gdyż byłoby to sprzeczne z naturą tej instytucji.

Stanowisko orzecznictwa francuskiego i wtórującej mu doktryny, zgodnie z którym adopcja prosta konkubenta jest sprzeczna z naturą i celem przysposobienia, jest całkowicie uzasadnione. Konkubentów łączą nie tylko więzi duchowe (emocjonalne), ale również relacje seksualne. Te ostatnie zaś są wykluczone w stosunku przysposobienia, ponieważ stosunek przysposobienia charakteryzują relacje takie, jakie istnieją między rodzicami i dziećmi. Należy odróżnić wspólne pożycie pary od więzi filiacyjnej (*lien de filiation*), czyli od stosunku prawnorodzinnego, będącego ścisłym odpowiednikiem naturalnego stosunku rodzicielskiego. Orzeczenie adopcji wymaga zatem dokładnej analizy natury relacji łączących potencjalnego adoptującego i potencjalnego adoptowanego.

²² Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n^o de pourvoi 10-13996; JCP G 2011.577; RLDC 2011, n^o 83, p. 50 et s., obs. J. Gallois; Dr. fam. 2011, n^o 7, comm. 110, note C. Neirinck.

²³ CA Riom, 9 juillet 1981, JCP G 1982.II.19799; RTD civ. 1983, s. 306; zob. również: D. Huet-Weiller, *France*, „Revue internationale de droit comparé” 1985, vol. 37, nr 3, juillet-septembre 1985, s. 621, przypis nr 37.

²⁴ CA Paris, 1 février 1990, D. 1990, IR, s. 43.

²⁵ CA Versailles, 4 novembre 1999, JurisData nr 1999-131886; Dr. fam. 2000, nr 12, comm. 141, note P. Murat; D. 2000, Jurispr., s. 716, note Th. Garé; RTD civ. 2000, s. 309, obs. J. Hauser; RTD civ. 2001, s. 347, obs. J. Hauser.

W sprawie, w której orzekł Sąd Kasacyjny w 2011 roku, nie ulegało wątpliwości, że kobiety żyły w konkubinacie od 1990 roku. Żadna z nich nie określała łączących je stosunków mianem rodzicielskich. Nie wynikało to też z analizy materiałów dowodowych w trakcie postępowania mającego na celu unieważnienie orzeczonej adopcji prostej.

Jak wynika z wcześniejszych orzeczeń, konkubinaty między adoptującym i adoptowanym musi być udowodniony. Sąd może odmówić adopcji tylko na podstawie udowodnionych okoliczności. Samo podejrzenie istnienia konkubinatu nie wystarczy. I tak, sąd apelacyjny w Paryżu w wyroku z 16 maja 1991 roku²⁶ orzekł, iż z wywiadu środowiskowego nie wynikało, by zainteresowanych łączył konkubinaty. Odmowa orzeczenia adopcji nie może opierać się tylko na przypuszczeniach o istnieniu takiego związku między potencjalnym adoptującym i adoptowanym. Z tego powodu sąd apelacyjny uchylił orzeczenie sądu pierwszej instancji, który odmówił orzeczenia adopcji, powołując się na „dwuznaczny charakter relacji” („*les liens (...) ambigus*”) między adoptującą i adoptowanym.

Podobne orzeczenie wydał sąd apelacyjny w Paryżu 20 października 1991 roku, kiedy to starszy mężczyzna wniósł o adopcję młodszego o trzydzieści lat innego mężczyzny, który był wnukiem jego przyjaciół²⁷. Po konflikcie tego ostatniego ze swoim ojcem przyjaciel rodziny przygarnął go i otoczył opieką. Po pewnym czasie młodszy mężczyzna wyprowadził się i żył w konkubinacie z pewną kobietą, po czym ożenił się z inną. Sąd pierwszej instancji odmówił wcześniej orzeczenia przysposobienia, gdyż jego zdaniem relacje między zainteresowanymi były dwuznaczne i istniało podejrzenie, iż pozostają oni w związku homoseksualnym. Natomiast sąd apelacyjny w Paryżu wyraził zgodę na adopcję, gdyż podejrzenia o istnieniu relacji homoseksualnej wynikały tylko i wyłącznie z zeznań byłej konkubiny adoptowanego. Informacje te nie znalazły potwierdzenia w innych zebranych materiałach dowodowych, jak na przykład w protokole z przeprowadzonego wywiadu środowiskowego. Sąd apelacyjny uznał, że związek homoseksualny między adoptującym i adoptowanym nie został udowodniony. Sąd apelacyjny stwierdził, że strony łączyły relacje „ojciec – syn”.

A zatem, jak wskazał sąd apelacyjny w Paryżu w orzeczeniu z 19 stycznia 1993 roku, jeśli „stosunki intymne i więzi uczuciowe inne aniżeli te, które cechują stosunek rodzicielski” nie zostały udowodnione, adopcja prosta między zainteresowanymi może mieć miejsce²⁸.

²⁶ CA Paris, 16 mai 1991, JurisData nr 19991-021520; nr de RG 90-23224. W przedmiotowej sprawie kobieta ubiegała się o adopcję prostą młodszego o 19 lat mężczyzny, który był artystą. Mieszkał on i był utrzymywany przez kobietę.

²⁷ CA Paris, 20 octobre 1991, JurisData nr 023871; nr de RG 91-8853.

²⁸ CA Paris, 19 janvier 1993, JurisData nr 1993-020114; RTD civ. 1993, s. 340, obs. J. Hauser. W przed-

5.2.2. Wypaczenie adopcji prostej na skutek jej wykorzystania do uregulowania wyłącznie kwestii majątkowych

Kolejnym argumentem przemawiającym za uchyleniem orzeczenia o adopcji w omawianej sprawie było wykorzystanie przez zmarłą adoptującą mechanizmu adopcji prostej do obejścia przepisów regulujących darowizny *inter vivos*, a dokładniej – zasady nieodwołalności darowizn.

Z przedstawionych w trakcie postępowania materiałów dowodowych wynikało, iż partnerki zdecydowały się na adopcję również ze względów majątkowych. Jak już wcześniej wspomniano, konkubina rozporządzająca swoim majątkiem, decydując się na adopcję prostą swojej życiowej partnerki, chciała nie tylko wzmocnić jej pozycję majątkową, ale również odwołać wcześniej dokonane darowizny na rzecz swoich siostrzeńców.

Zgodnie z ogólnymi przepisami prawa, darowizny są w prawie francuskim co do zasady nieodwołalne. Odwołanie darowizny możliwe jest tylko w przypadkach ustawowo wskazanych (art. 953 C.civ.). Przepis art. 953 C.civ. stanowi, iż jedną z przyczyn odwołania darowizny jest przyjście na świat dzieci darczyńcy. W art. 960 C.civ.²⁹, w brzmieniu obowiązującym w momencie dokonania przez konkubinę darowizny, ustawodawca precyzował, iż jeśli w momencie dokonania darowizny darczyńca nie posiadał dzieci ani innych żyjących zstępnych, narodziny dziecka darczyńcy, nawet po śmierci darczyńcy, powodują odwołanie dokonanych darowizn z mocy prawa i to niezależnie od ich wartości. Na równi z dziećmi biologicznymi traktowane były dzieci adoptowane. Adopcja pozwoliłaby konkubentkom na wykorzystanie ustawowego wyjątku od reguły nieodwołalności darowizn, jakim są narodziny dziecka darczyńcy, na równi z którymi traktowane jest przysposobienie (art. 953 w zw. z art. 960 C.civ. w brzmieniu sprzed ustawy nr 2006–728 z 23 czerwca 2006 roku). Na zamiar wykorzystania adopcji prostej do odwołania dokonanych na rzecz siostrzeńców darowizn wskazuje treść sporządzonego przez spadkodawczynię, dwa lata po adopcji, kodycyłu modyfikującego testament na rzecz adoptowanej. Z jego treści jasno wynikało, że adopcja miała na celu obejście przepisów o nieodwołalności darowizn. Adoptująca stwierdziła w nim, że „poinformowana o treści przepisu art. 960 C.civ., zgodnie z którym adopcja prosta pro-

miotowym stanie faktycznym, adoptujący wniósł o rozwiązanie stosunku przysposobienia na podstawie art. 370 C.civ., podnosząc wypaczenie instytucji adopcji prostej z powodu istnienia konkubinatu między nim a adoptowaną.

²⁹ Artykuł 960 C.civ. w wersji obowiązującej od 13 maja 1803 do 1 lipca 2006: *Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation.*

wadzi do odwołania darowizny dokonanej na rzecz siostrzeńców, potwierdza, iż adoptowana jest jej zapisobiorcą uniwersalnym". Trzy miesiące po śmierci adoptującej, adoptowana konkubentka wystąpiła z powództwem o odwołanie darowizny na podstawie art. 960 C.civ., powołując się właśnie na łączący ją ze zmarłą stosunek przysposobienia. Te wszystkie okoliczności doprowadziły, zdaniem Sądu Kasacyjnego, do wypaczenia instytucji adopcji prostej (jej celu i natury). W rezultacie, sąd uchylił orzeczenie będące podstawą stosunku przysposobienia.

Należy podkreślić, że oczywiście naturalną konsekwencją adopcji prostej jest nawiązanie się określonych stosunków majątkowych między adoptującym i adoptowanym (m.in. dziedziczenie, obowiązek alimentacyjny), jednak ewentualne korzyści majątkowe, jakie z niej wynikają, nie mogą być wyłącznym celem przyświecającym osobom zainteresowanym nawiązaniem stosunku przysposobienia. Adopcja prosta nie może mieć na celu na przykład tylko i wyłącznie zmiany porządku dziedziczenia ustawowego³⁰. Podstawowym celem adopcji jest stworzenie więzi prawnej na wzór więzi rodzicielskiej.

W prezentowanej sprawie z 2011 roku nie ulegało wątpliwości, że kobiet nie łączyły relacje rodzicielskie. Pozostawały one w konkubinacie, a adopcja prosta miała być sposobem na stworzenie więzi prawnej między nimi, co z kolei miało wpłynąć na uregulowanie dotyczących ich kwestii majątkowych i spadkowych.

6. Podsumowanie

Z analizowanych przez sądy spraw wynika, że adopcja prosta nierzadko była traktowana przez konkubentów niczym *quasi*-małżeństwo. Judykatura francuska oraz przedstawiciele doktryny, komentujący przedstawione w niniejszym artykule orzeczenia, jednym głosem mówią, iż adopcja prosta nie może być traktowana jako substytut małżeństwa. Jej celem nigdy nie było i nie jest nadanie statusu prawnego związkowi niemałżeńskiemu. Jeśli celem konkubentów jest prawne usankcjonowanie ich związku, to mamy do czynienia z rażącym wypaczeniem instytucji adopcji prostej. Cel, który strony sobie obrały może być bowiem zrealizowany za pomocą innych, specjalnie do tego przewidzianych, instytucji prawnych, takich jak małżeństwo albo PACS, które adresowane są zarówno do par heteroseksualnych, jak i homoseksualnych. Wypaczeniem instytucji adopcji prostej jest również jej wykorzystywanie do stworzenia więzi prawnej w celu włączenia adoptowanego konkubenta do kręgu spadkobierców ustawowych³¹. Jeśli zatem konkubenci chcą pozostać w wolnym związku, a jednocześnie uregulować wzajemne stosunki mająt-

³⁰ CA Bordeaux, 10 janvier 2001, JurisData nr 2001-134783.

³¹ V. Zalewski, *Familles, devoirs et gratuité*, Paris 2004, s. 134.

kowe, to mają do swojej dyspozycji cały wachlarz instytucji prawa cywilnego (np. umowa spółki, współwłasność w częściach ułamkowych, umowa darowizny, umowa ubezpieczenia na życie). Natomiast kwestie spadkowe mogą uregulować wykorzystując ogólne przepisy prawa spadkowego (testament, zapis).

Chroniąc instytucję adopcji prostej, stanowisko judykatury francuskiej odmawiające orzeczenia adopcji albo unieważniającego stosunek przysposobienia między konkubentami jest jak najbardziej uzasadnione. Również ustawodawca, świadomy niebezpieczeństwa wypaczenia tejże instytucji, wprowadził stosowne zmiany prawa. Artykuł 960 C.civ., odgrywający istotną rolę w sprawie rozstrzygniętej przez Sąd Kasacyjny w 2011 roku, został poważnie zmodyfikowany ustawą nr 2006–728 z 23 czerwca 2006 roku, która weszła w życie 1 lipca 2007 roku. O ile w okresie poprzedzającym reformę odwołanie darowizny z powodu narodzin dziecka darczyńcy następowało z mocy prawa (*révocation de plein droit*), o tyle w aktualnym stanie prawnym narodziny dziecka dają jedynie możliwość odwołania darowizny, jeśli umowa darowizny to przewiduje. Co więcej, art. 960 C.civ. *in fine* wskazuje, że owa możliwość znajduje zastosowanie w przypadku narodzin dziecka darczyńcy, nawet po jego śmierci, lub adopcji pełnej (odpowiednik polskiego przysposobienia pełnego) dziecka³². W ten oto sposób ustawodawca wyraźnie wykluczył zastosowanie omawianego wyjątku od zasady nieodwoływalności darowizn w przypadku adopcji prostej. Taka regulacja ma na celu zmniejszenie „atrakcyjności” adopcji prostej w oczach tych, którzy chcą ją wykorzystać właśnie do celów czysto majątkowych.

Zachowania mające na celu obejście prawa, wypaczenie instytucji i naginanie jej do indywidualnych potrzeb zasługują na negatywną ocenę, jednak w niektórych przypadkach stają się swego rodzaju impulsem do doprecyzowania ram danej instytucji, a czasem nawet do zmian prawa³³. I tak, przypadki wykorzystywania adopcji prostej przez konkubentów w ich wzajemnych relacjach przyczyniły się do jasnego określenia funkcji, jaką ma pełnić ta instytucja prawa rodzinnego. Z kolei przypadki wykorzystywania adopcji prostej przez pary homoseksualne były jednym ze sposobów zwrócenia uwagi na problem dostępu par jedнопłciowych do małżeństwa. Tak więc, czasem kontrowersyjne

³² Artykuł 960 C.civ. w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2007 r.: *Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre 1^{er} du titre VIII du livre 1^{er}.*

³³ P. Murat, [w:], *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille*, sous la rédaction de J.-J. Lemouland, P. Murat, „Droit & Patrimoine” 2011, nr 209, s. 59 i nast.

przypadki obchodzenia prawa są wyrazem poszukiwania zmian i walki o nie. W przypadku związków homoseksualnych zaowocowało to wprowadzeniem małżeństwa homoseksualnego ustawą nr 2013-404 z 17 maja 2013 roku, której przyświecało hasło *mariage pour tous*, czyli „małżeństwo dla wszystkich”.

Bibliografia

Akty prawne

Loi nr 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, Journal Officiel de la République Française nr 265 du 16 novembre 1999.

Literatura

- Beignier B., *Le PACS en questions*, „Droit de la famille” 1999, nr 12.
- Beignier B., *PACS: l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage*, „Droit de la famille” 1999, nr 12.
- Belot P. de, *Concubinage, PACS et... louage*, „Administrer” 2000, nr 323.
- Bolze A., *Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale*, „Droit de la famille” 2001, nr 3.
- Cabrillac R., *Les réformes du droit de la famille et le PACS*, „Droit de la famille” 2000, nr 6.
- Catala P., *Critique de la raison médiatique*, „Droit de la famille” 1999, nr 12.
- Des concubinages – droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris 2002.
- Garé Th., *L'adoption ne peut être prononcée si elle consacre des relations sexuelles entre l'adoptant et l'adopté, mais peut l'être quand bien même la loi nationale de l'adopté s'y opposerait si ce dernier est majeur*, „Revue Juridique Personnes Famille” 2011, nr 7-8.
- Huet-Weiller D., *France*, „Revue internationale de droit comparé” 1985, vol. 37, nr 3, juillet-septembre 1985.
- Indépendance financière et communauté de vie*, sous la rédaction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris 1989.
- Kornprobst M., *Concubinage*, Rép.civ. Dalloz, mai 2001.
- Le Boursicot M.-C., *Étude 426, Les conditions de fond de l'adoption*, [w:] *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, sous la rédaction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris, octobre 2013.
- Le Boursicot M.-C., *Étude 430, La procédure de l'adoption*, [w:] *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, sous la rédaction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris, octobre 2013.

- Le Boursicot M.-C., *Étude 434, Les effets de l'adoption*, [w:] *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, sous la rédaction de F. Dekeuwer-Défossez, Paris, octobre 2013.
- Lemouland J.-J., Murat P., *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille*, „Droit et Patrimoine” 2011, nr 209.
- Les concubinages. Approche socio-juridique*, t. II, sous la rédaction de J. Rubellin-Devichi, Paris 1986.
- Lesourd N., *Tierce opposition en matière civile*, JurisClasseur Procédures, Fasc. 10.
- Levacher É., *Le cœur a ses raisons que l'adoption ignore*, „Revue Lamy Droit Civil” 2012, nr 89.
- Malaurie P., *Sur le PACS*, „Droit de la famille” 1999, nr 12.
- Neirinck C., *Adoption simple*, JurisClasseur Civil Code, Fasc. 30.
- Pfeifer K., *Francuski Cywilny Pakt Solidarności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 1.
- Raymond G., *PACS et droit des contrats*, „Contrats Concurrence Consommation” 2000, nr 10.
- Rylski P., *Opozycja osoby trzeciej (terce opposition) – nadzwyczajny środek zaskarżenia francuskiej procedury cywilnej*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 5.
- Zalewski V., *Familles, devoirs et gratuité*, Paris 2004.

Orzeczenia

- CA Aix-en-Provence, 12 septembre 1989, JurisData nr 1989-050574.
- CA Bordeaux, 10 janvier 2001, JurisData nr 2001-134783.
- CA Paris, 1 février 1990, D. 1990, IR.
- CA Paris, 16 mai 1991, JurisData nr 19991-021520; nr de RG 90-23224.
- CA Paris, 19 janvier 1993, JurisData nr 1993-020114; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 1993, obs. J. Hauser; Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2004, n^o de pourvoi 02-10136; JurisData n^o 2004-026834; „Droit de la famille” 2005, n^o 2, comm. 30, obs. P. Murat.
- CA Paris, 20 octobre 1991, JurisData nr 023871; nr de RG 91-8853.
- CA Riom, 9 juillet 1981, „La Semaine Juridique Édition Générale” 1982.II.19799; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 1983.
- CA Riom, 9 juillet 1981, „La Semaine Juridique Édition Générale” 1982.II.19799; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 1983.
- CA Riom, 9 juillet 1981, „La Semaine Juridique Édition Générale” 1982.II.19799; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 1983.
- CA Versailles, 4 novembre 1999, JurisData nr 1999-131886; „Droit de la famille” 2000, nr 12, comm. 141, note P. Murat; D. 2000, Jurispr. note Th. Garé; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 2000, obs. J. Hauser; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 2001, obs. J. Hauser.

CA Versailles, 4 novembre 1999, JurisData n° 1999–131886; „Droit de la famille” 2000, n° 12, comm. 141, note P. Murat; D. 2000, Jurispr., note Th. Garé; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 2000, obs. J. Hauser; „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 2001, obs. J. Hauser.

Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2004, nr de pourvoi 02–10136; JurisData nr 2004–026834.

Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2010, nr de pourvoi 09–66782.

Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° de pourvoi 10–13996; „La Semaine Juridique Édition Générale” 2011.577; RLDC 2011, n° 83, obs. J. Gallois; „Droit de la famille” 2005, nr 2, comm. 30, obs. P. Murat; „Droit de la famille” 2011, n° 7, comm. 110, note C. Neirinck.

Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, nr de pourvoi 06–20054; „Procédures” 2008, nr 4, comm. 11, note M. Douchy-Oudot; „Droit de la famille” 2008, nr 4, comm. 59, note P. Murat.

Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, nr de pourvoi 87–16302.

Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, nr de pourvoi 96–18908.

Anetta Breczko

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: breczko@uwb.edu.pl

telefon: +48 85 745 71 89

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.20

O potrzebie redefinicji pojęć „małżeństwo” i „rodzina” we współczesnym pluralistycznym świecie. Rozważania w kontekście związków partnerskich

SUMMARY

**The need to redefine the concepts of marriage and family in today's pluralistic world.
Considerations in the context of domestic partnership**

The present paper shows the need to redefine notions such as “marriage” or “family”. The traditional model – based on European cultural heritage, mainly under the influence of Christianity – is facing a crisis. This is due especially to deep transformations of civilization. The definition of marriage as the union of a man and a woman, which serves the purpose for natural procreation, is also questioned by biotechnological development. Attitude towards sexuality becomes more and more permissive. Family and sexuality belong to the private sphere, distancing itself from state and social control. In a pluralistic and multicultural world, there is a tendency to expand and develop the legal framework for informal and homosexual relationships. The institution of marriage is gradually losing its heterosexual character and begins to include same-sex partners. Moreover, public debate on polygamous and multilateral relations has already initiated in several democratic countries.

Key words: motherhood, marriage, monogamy, polygamy, fatherhood, family, domestic partnership

Słowa kluczowe: macierzyństwo, małżeństwo, monogamia, poligamia, ojcostwo, rodzina, związki partnerskie

1. Wielokulturowość jako źródło nowego podejścia do instytucji małżeństwa i rodziny

Kultura stanowi społeczną spuściznę ludzkości. Jest utożsamiana z zorganizowanym sposobem życia, opartym na wspólnym otoczeniu. Obejmuje ludzką działalność skutkującą tzw. dorobkiem kulturowym, na który składają się dobra, wartości i dziedzictwo kulturowe.

W nowoczesnych społeczeństwach widoczna jest pluralizacja zarówno świata zewnętrznego wobec człowieka, jak i świata wewnętrznego, czyli jego świadomości i wiedzy. Pluralizm prowadzi zatem do zmian nie tylko w sferze realnej. Zmienia się wraz z nim także zakres doświadczeń jednostki¹. Wzmoczona dyfuzja kulturowa powoduje, że określone składniki różnych kultur przejmowane są przez inne kultury. Następuje recepcja cudzych wzorców kulturowych. Jednocześnie widoczny jest proces akulturacji, polegający na tym, że zasadniczo odmienne społeczeństwa wchodzą ze sobą w bliskie, nieraz konfliktowe relacje, które stają się źródłem np. wojen religijnych. Ponadto zauważalne jest zjawisko synkretyzmu kulturowego, objawiające się przekształcaniem w jednorodne całości elementów pochodzących z genetycznie i historycznie odległych od siebie kultur².

Teza, że współczesny świat stał się „globalną wioską” – w której jest miejsce dla różnych kultur – wydaje się niepodważalna. Różnorodność współistniejących ze sobą kultur jest konsekwencją przemian cywilizacyjnych, związanych m.in. z postępowaniem technologicznym. Człowiek współczesny to człowiek mobilny, przemieszczający się po świecie, poznający kultury inne niż ta, z której się wywodzi. Media, a w szczególności współczesne technologie informacyjne, umożliwiają mu „obecność” w różnych kulturach, nawet bez konieczności wychodzenia z domu.

Dominujące staje się przekonanie, że ogromna różnorodność kultur – reprezentujących niepowtarzalne wartości – stanowi wielkie, wspólne i komplementarne dobro całej ludzkości. W dobie multikulturalizmu etnocentryzm wiążący się z przekonaniem, że własna kultura jest lepsza i wyższa od kultur obcych, traktowany jest wręcz jako przejaw prymitywizmu kulturowego.

Zauważyć należy, że gdy różne światy stykają się ze sobą tworzy się sytuacja pełna konfliktów i napięć. W miejsce pewności i oczywistości pojawia się konieczność konfrontacji z wieloma różnymi, odmiennymi, konkurencyjnymi w stosunku do siebie systemami wartości. Zaoferowane przez współczesne demokracje poczucie wolności skutkuje wzrastającą niepewnością, cechującą współczesnych ludzi³. Fragmentaryzacja i ambiwalencja – jako procesy społeczne – znajdują swoje odzwierciedlenie w sferze moralności⁴.

W warunkach pluralizmu to co jeszcze do niedawna z perspektywy systemów moralnych traktowane było jako „oczywiste” i „normalne”, dziś zostaje poddane w wątpliwość, zakwestionowane, a nawet odrzucone. Ostatecznym

¹ M. Libiszowska-Żółtkowska, *Sekularyzacja – wróg czy sprzymierzeniec Kościoła katolickiego w Polsce*, [w:] *Sekularyzacja jako wyzwanie dla religii i Kościoła. Mity i rzeczywistość*, red. J. Baniak, Poznań 2006, s. 279.

² R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2012, s. 49–51.

³ Z. Bauman, *Zindywidualizowane społeczeństwo*, Gdańsk 2008, s. 194.

⁴ J. Mariański, *Kontrowersje wokół relacji religii i moralności. Tożsamość czy rozbieżność? Studium socjologiczne*, Toruń 2014, s. 95.

kryterium wyboru wartości i norm staje się autonomiczna jednostka, która uzyskała możliwość przekształcania swojej tożsamości moralnej według zindywidualizowanych kryteriów⁵. Wielokulturowość jest szczególnym przypadkiem procesów przekształcania i negocjowania tożsamości w świecie zachodnim. Nowoczesna jednostka żyje w „świecie wyborów”, absolutnie nieuchronnych w społecznościach odmiennych światopoglądowo. Wybory te dotyczą także wartości. Zanika stopniowo tradycyjny ład moralny obowiązujący wszystkich. W obliczu różnorodności wartości, norm, stylów życia itp. budowanie tożsamości moralnej staje się zadaniem niezmiernie trudnym⁶. We współczesnych społeczeństwach moralność traci więc swoją moc integrującą. Przestaje być bazą dla spójności społecznej. Brakuje już odgórnego – wiążącego ogólnie – punktu odniesienia. Świat wartości i norm jest wyraźnie „rozmyty” i „nieprzejrzysty”. Absolutna moralność miała najczęściej swoje zakotwiczenie w Bogu. Oparta była na zewnętrznych albo wewnętrznych wzmocnieniach. Proces odchodzenia od niej wiąże się z ukierunkowaniem na własną osobę, jej interes i dobro⁷. Poszukiwanie własnej wartości i godności staje się przewodnim motywem nowych kształtów moralności. Istotnym jej elementem jest odpowiedzialność nie przed Bogiem, nie przed innymi, ale przed samym sobą. Reakcją na nowoczesny pluralizm staje się relatywizm⁸.

Cała kultura zachodnia nabiera cech indywidualistycznych. Sprzyja jednostkowej niezależności i wolności. Nastawienie do seksualności staje się coraz bardziej permissive⁹. Rodzina i seksualność przechodzą do sfery prywatnej. Widoczny jest proces uwalniania się tych obszarów życia spod kontroli społecznej. Zasada pluralizmu pociąga za sobą zasadę neutralności światopoglądowej państwa, wedle której przekonania moralne nie mogą wpływać na rozwiązania prawne¹⁰.

Socjologowie współczesną epokę opisują często jako czas „słabych więzi”. Wskazują, że przelotne stosunki są dziś bardziej korzystne niż długotrwałe związki. Aktualna wersja nowoczesności jest „rozmyta”, „ciekła”, „rozproszona”, „amorficzna” i „zderegulowana”¹¹. Niektórzy wieszczą wręcz koniec tradycyjnego małżeństwa. Podkreśla się, że w czasach „płynnej” nowoczesności kategoria ta straciła właściwie rację bytu. Niektórzy sarkastycznie zauważają, że np. w warunkach polskich małżeństwo to rzeczywiście trwały

⁵ Ibidem, s. 96.

⁶ Ibidem, s. 102.

⁷ Ibidem, s. 248.

⁸ P. L. Berger, *Zasada wątpliwości. Poza relatywizmem i fundamentalizmem*, „Dziennik” 2008, nr 93, dodatek „Europa”, s. 14–15.

⁹ A. Giddens, *Socjologia*, Warszawa 2012, s. 583–584.

¹⁰ M. Klinowski, *Moralność, reprodukcja i homoseksualizm*, „Diametros” 2005, nr 5, s. 21–50.

¹¹ Z. Bauman, *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006, s. 231.

i nierozzerwalny związek ludzi połączonych „na wieki” kredytem we frankach szwajcarskich.

Tempo życia, wydłużenie czasu jego trwania, rozluźnienie więzi międzyludzkich, różnorodność możliwości wyboru, konsumpcjonizm, czynniki ekonomiczne, desakralizacja itd. to czynniki, które powodują, że coraz bardziej atrakcyjne stają się tymczasowe kohabitacje. Liczy się możliwość zerwania związku w dowolnym momencie i z dowolnego powodu, w miarę jak zanikają pożądanie i potrzeba bliskości.

Z punktu widzenia współczesnych państw przynależnych do europejskiego kręgu kulturowego jeszcze do niedawna małżeństwo traktowane było jako sformalizowany związek kobiety i mężczyzny. Stanowiło fundament rodziny, obejmującej poza małżonkami także ich wspólne, małoletnie dzieci. Taki model wydawał się najbardziej wartościowy i pożądanym. Miał swoje umocowanie w dominującej w europejskim kręgu kulturowym religii chrześcijańskiej. Dziś – w związku z wielokulturowością – zauważalna staje się potrzeba redefinicji pojęć „małżeństwo” i „rodzina”. Aktualne staje się pytanie, czy we współczesnych demokratycznych porządkach prawnych jest w ogóle miejsce na obowiązującą dotychczas zasadę monogamii. Pojawia się szereg wątpliwości dotyczących sposobu traktowania osób homoseksualnych żyjących w trwałych wspólnotach rodzinnych.

2. Kilka uwag na temat tradycyjnej definicji małżeństwa i rodziny

Jak wcześniej zostało już wspomniane, tradycyjne małżeństwo stanowi sformalizowany związek pomiędzy kobietą i mężczyzną, tworząc rdzeń rodziny wychowującej wspólne małoletnie dzieci. Odmienność płci małżonków jest zawarta jako nieodłączny element małżeństwa (rodziny), umożliwiający realizację podstawowej funkcji prokreacyjnej. Wiąże się ona m.in. z funkcją opieki nad wspólnym potomstwem i zabezpieczeniem relacji pomiędzy dzieckiem a rodzicami. Pierwotnie rodzina stanowiła najbardziej zwartą grupę społeczną. Była niezbędna z perspektywy funkcjonowania gatunku *homo sapiens*, chociażby „ze względu na długi okres niemowlęctwa oraz fakt, że matka małych dzieci nie może zebrać dostatecznych ilości pożywienia. U ludzi podobnie jak i u większości gatunków ptaków, bardzo ważnym członkiem rodziny stał się ojciec. Musiało to doprowadzić do podziału pracy. Mężczyźni wyprawiali się na polowania, a kobiety pozostawały w domu. Przejście od rodziny do małego plemienia było prawdopodobnie uwarunkowane tym, że w gromadzie skuteczniej się polowało”¹².

¹² B. Russell, *Władza i jednostka*, Warszawa 1997, s. 22.

Głównym celem instytucji małżeństwa przez wieki było więc stworzenie warunków do przyjscia na świat i wychowywania dzieci: „Monogamiczne czy poligamiczne, stałe lub tymczasowe, małżeństwo zawsze odnosi się do tej relacji – co najmniej potencjalnej. Ustanawia prawne lub quasi-prawne więzi rodzicielstwa, wyznaczające podstawowe ludzkie doświadczenie pokoleniowości, i obowiązki oraz odpowiedzialność, które w naturalny sposób się z niego wywodzą”¹³. Tradycyjna rodzina to tzw. rodzina nuklearna. Składa się ona z pary małżeńskiej i dzieci¹⁴. Do niedawna – jak to zostało już wcześniej zasygnalizowane – uznawana była za podstawę stabilności i porządku społecznego¹⁵.

Przekonanie o „nienaruszalnej naturze” małżeństwa i rodziny nuklearnej mocno ugruntowało się w naszym kręgu kulturowym. Implikowane było wiarą religijną we wskazaną przez samego Boga „właściwą” postać małżeństwa (rodziny) i uznaniem, że wszystkie inne formy związków pomiędzy ludźmi są grzeszne i złe. Tego typu spojrzenie na małżeństwo jest jak najbardziej zasadne z perspektywy określonej religii. Można się jednak zastanawiać, czy powinno nadal determinować kształt świeckiego prawodawstwa regulującego koegzystencję ludzi o odmiennych przekonaniach religijnych i moralnych.

Od kilku dekad można obserwować zjawisko kryzysu tradycyjnego modelu rodziny nuklearnej. Kryzys ten jest konsekwencją przemian cywilizacyjnych. W wielu krajach od połowy XX wieku systematycznie słabnie stabilność związku małżeńskiego. Zauważyć można wzrost zainteresowania konkubinatem. Wiele ludzi, nawet wychowując dzieci, funkcjonuje, nie zawierając związku małżeńskiego. Spadkowi liczby małżeństw towarzyszy wzrost liczby rozwodów. Instytucja tradycyjnego małżeństwa i rodziny weszła w fazę schyłkową. Spoistość rodziny nuklearnej uległa osłabieniu pod niemal wszystkimi względami (łącznie z prokreacją)¹⁶. Na zmierzch pozycji i modelu tradycyjnej rodziny wpłynęło wiele czynników związanych z tzw. trzecią falą przemian cywilizacyjnych. Zdaniem A. Tofflera, jej ratowanie wymagałoby „zniszczenia komputerów, zablokowania rozwoju usług, środków masowego przekazu, wepchnięcia kobiet z powrotem do kuchni, zmniejszenia pensji młodych pracowników, tak aby jeszcze bardziej – i na dłużej – uzależnić ich od rodziny, zakazania antykoncepcji i obniżenia stopy życiowej całego społeczeństwa”¹⁷.

Zauważmy, że współczesne małżeństwa mają na celu nie tylko prokreację. To związki ludzi, którzy świadomie tworzą rodzinę *sensu stricto*, aby realizować także (a czasem nawet przede wszystkim) inne dążenia. Dzięki insty-

¹³ S. Shell, *The Liberal Case Against Gay Marriage*, „The Public Interest” 2004, nr 156, s. 7.

¹⁴ A. Toffler, *Trzecia fala*, Warszawa 1986, s. 260 i nast.

¹⁵ Zob. szerzej P. Fiedorczyk, *Attempts at Redefining the Family in Contemporary Polish Law*, „International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2012, nr 3, s. 358.

¹⁶ F. Fukuyama, *Wielki wstrząs. Natura ludzka a budowa porządku społecznego*, Warszawa 2000, s. 42–51.

¹⁷ A. Toffler, op. cit., s. 260.

tucjom małżeństwa i rodziny możliwa jest realizacja podstawowych pragnień i potrzeb ludzkich: miłości, przyjaźni, współdziałania, odpowiedzialności za siebie i najbliższą osobę itd. Małżeństwo i rodzina stają się częścią tożsamości człowieka. Stanowią fundament współegzystencji duchowej i materialnej ludzi, dając im poczucie bezpieczeństwa. Są rodzajem społecznego rytuału podlegającego ochronie prawnej. Umożliwiają jednostkom pełne uczestnictwo w człowieczeństwie. Można skonstatować, że pojęcia „małżeństwo” i „rodzina” mają obecnie jako nazwy instytucji prawnych takie znaczenie, jaką treść normatywną zawierają dotyczące ich regulacje prawne¹⁸.

3. Zasada monogamii i zakaz bigamii rozpatrywane z perspektywy współczesnych uwarunkowań kulturowych

We współczesnych mobilnych, pluralistycznych społeczeństwach, w których to dochodzi do nieuchronnego przenikania się kultur, widoczna stała się różnorodność ludzkich zwyczajów dotyczących małżeństwa. Wielokulturowość przyczyniła się niewątpliwie w największym stopniu do filozoficzno-prawnej dyskusji dotyczącej zasadności bardzo wąskiego ujmowania pojęć „rodzina” i „małżeństwo”. Coraz częściej traktuje się dziś związek małżeński w sposób rozszerzający, podkreślając, że małżeństwo jest – zawartą w obliczu społeczności lub jej reprezentanta – umową pomiędzy co najmniej dwiema osobami; swoistym kontraktem dotyczącym wspólnego życia, określającym wzajemne uprawnienia i obowiązki stron¹⁹. Podobne „rozszerzające” ujęcie zauważalne jest przy definiowaniu pojęcia „rodzina”.

Formy, jakie mogą przybierać związki małżeńskie i rodzinne, są – z perspektywy dziejów ludzkich – bardzo różnorodne. Tym samym upowszechniony w świadomości społecznej podział na małżeństwa monogamiczne i poligamiczne wydaje się mocno uproszczony. Związki małżeńskie zaczęły pojawiać się już około dziesięciu tysięcy lat temu. Od najdawniejszych czasów najpopularniejsza była tzw. monogamia otwarta (od gr. *monos* – jedno i *gamos* – małżeństwo). Monogamia taka dopuszczała pozamałżeńskie kontakty seksualne pod warunkiem nierozwiązywania istniejących już więzi małżeńskich. Obok niej funkcjonowała także poligynia (od gr. *poli* – wiele i *gynē* – kobieta lub żona)²⁰ oraz poliandria (od gr. *poli* – wielu i *andros* – mężczyzn lub mężów). Ta ostatnia występowała bardzo rzadko, co przyczyniło się do traktowania jej jako anomalii. Różne były przyczyny pojawiania się

¹⁸ T. Pietrzykowski, *Wyzwania moralne. Etyczne problemy prawa*, Katowice 2010, s. 157.

¹⁹ J. Bront, B. Nowacka, *Różnorodność związków małżeńskich na świecie*, Krynica Morska 2008, s. 8.

²⁰ Poligynia jest błędnie utożsamiana z haremem, który nie stanowi małżeństwa, lecz jest strukturą opartą na przymusie (mężczyzna monopolizuje dużą liczbę kobiet w celu reprodukcji).

alternatywnych do monogamii rodzajów małżeństwa. Z perspektywy tworzenia się związków poligynicznych dominującą rolę odgrywały czynniki demograficzne (przewaga liczebna kobiet) oraz biologiczne (większy popęd seksualny mężczyzn). Często przyczyną ich powstawania była niepłodność kobiety, którą zastępowała w funkcjach reprodukcyjnych druga żona, najczęściej jej siostra. Taka forma małżeństwa przetrwała do dziś w niektórych krajach afrykańskich (np. Egipt). Poliandria była natomiast sposobem na uniknięcie nadmiernego przyrostu liczby ludzi lub po prostu na zaspokojenie przyjemności kobiet. Praktykuje się ją do dziś np. w Tybecie i Indiach. Obok małżeństw monogamicznych i poligamicznych osób heteroseksualnych w wielu epokach, społeczeństwach i kulturach (zwłaszcza tych, które pozostawały poza wpływem oddziaływania chrześcijaństwa) istniały mniej lub bardziej uznawane społecznie związki osób tej samej płci (np. w antycznej kulturze greckiej i rzymskiej, kulturach indiańskich, afrykańskich czy azjatyckich). Związki takie staną się zasadniczym przedmiotem rozważań w tym opracowaniu, gdyż zauważalny jest wzrastający permissywnizm moralny i prawny, skutkujący tendencją do ich legalizacji we współczesnych demokratycznych państwach. W tym miejscu wspomnieć jeszcze należy o szczególnym rodzaju związków rodzinnych, znanym w wielu kulturach i funkcjonującym również obecnie. Chodzi o tzw. małżeństwa multilateralne (grupowe). W związkach takich przynajmniej cztery dorosłe osoby: heteroseksualne i biseksualne połączone są wzajemną poliginią lub/i poliandrią. Związki te mogą przybierać postać małżeństw parzystych lub nieparzystych (kiedy np. liczba żon przewyższa liczbę mężów lub odwrotnie). Małżeństwa multilateralne występują nadal wśród Indian Ameryki Południowej, ale także na północy Alaski (wśród Inuitów) czy w środkowej Australii (wśród Dierów i Urabunów)²¹.

Z perspektywy współczesnych państw demokratycznych związki monogamiczne są – co już zostało wspomniane – uznawane za najbardziej wartościowe. Powszechna akceptacja tej formy małżeństwa jest rezultatem postępu cywilizacyjnego i związanych z tym uwarunkowań społecznych, ekonomicznych oraz religijnych. Prawo w społeczeństwach demokratycznych wyrosło na tradycji judeochrześcijańskiej, która silnie promowała i nadal promuje tzw. monogamię zamkniętą (wyłącznie), niedopuszczającą pozamałżeńskich związków seksualnych²². Różnorodne formy innych związków w społeczeństwach zachodnich – pod wpływem chrześcijaństwa – zostały na wiele stuleci właściwie całkowicie wyeliminowane. Dotyczyło to również praktyk homoseksualnych.

²¹ A. Lewandowska, *Nieprzeciętność a formy małżeństw i demokracja*, [w:] *Nieprzeciętność. Dylemat wolności*, red. M. Szyszakowska, A. Rossmannith, Warszawa 2013, s. 163–171.

²² A. Lewandowska, op. cit., s. 164.

Zauważyć należy, że wyjątkowość, niepowtarzalność każdego człowieka skutkuje różnorodnością potrzeb ludzkich. Konsekwencją różnorodności jest skłonność do życia według indywidualnych potrzeb. Wyrazem tego jest także życie w odmiennych strukturach małżeńskich. W pełni należy zgodzić się z opinią, że „Każda z zaprezentowanych form małżeństwa jest dobra, o ile wybierana jest dobrowolnie, istnieje możliwość wyjścia z takiego związku oraz odwołania się do prawa w przypadku bycia pokrzywdzonym”²³. W społeczeństwie polskim, zdominowanym przez religię chrześcijańską, większość ludzi długo jeszcze będzie się decydować na tradycyjne małżeństwa monogamiczne. Chociaż poligamia wydaje się na razie w Polsce abstrakcją, to i u nas pojawi się wkrótce ten problem, zwłaszcza że dyskusja taka rozpoczęła się już na świecie, m.in. w Kanadzie, USA, a także w Szwecji. Coraz częściej uznaje się, że małżeństwo powinno być neutralne nie tylko co do płci, ale także liczby osób, które chciałyby związek tworzyć.

Debata dotycząca zasadności legalizacji poligamii w demokratycznych państwach rozpoczęła się kilka lat temu w Kanadzie. Walkę o prawo do posiadania wielu żon podjęli wtedy wyznawcy Kościoła Jezusa Chrystusa Świętych w Dniach Ostatnich, mormoni z miasteczka Bountiful przy granicy z USA. Podkreślali, że poligamia jest fundamentem ich religii, która zobowiązuje mężczyzn do posiadania minimum trzech żon. Inaczej po śmierci nie mają oni szans na to, by dostać się do raju. Mormoni uważali zgodnie, że zapisana w konstytucji Kanady wolność religijna daje im prawo do preferowanego przez nich modelu rodziny. W listopadzie 2014 roku kanadyjski minister emigracji, Chris Alexander, zaprezentował projekt zmian w prawie, które m.in. mają zakazać pobytu w kraju imigrantów praktykujących wielożeństwo. Kanada nie stała się więc na razie (wbrew prognozom mediów) pierwszym demokratycznym państwem, które w imię wolności wyznania zalegalizuje wielożeństwo. Wręcz przeciwnie, niektóre praktyki mniejszości religijnych uznano tam za przejaw barbarzyństwa.

Związki poligamiczne imigrantów stanowią poważny problem w Unii Europejskiej, która nie zezwala na wydawanie prawa pobytu na jej terytorium takim małżeństwom. Osoba pochodząca z kraju, gdzie wielożeństwo jest legalne, może – jeśli oczywiście dostanie prawo pobytu – sprowadzić tylko jednego małżonka. Kraj członkowski decyduje, czy przyznać prawo pobytu dzieciom z jednego związku, czy też ze wszystkich małżeństw (problem ten widoczny jest np. we Francji, gdzie mniejszość muzułmańska, która akceptuje poligamię liczy pięć milionów ludzi)²⁴.

Konwencje praw człowieka, będące dziełem cywilizacji Zachodu, nie obejmują dowolności odnośnie do tworzenia form małżeńskich. Brak ochrony

²³ Ibidem, s. 171.

²⁴ Ibidem.

prawnej skazuje osoby żyjące w związkach niemonogamicznych na dyskryminację, brak opieki socjalnej, stygmatyzację oraz wykluczenie ze społeczeństwa²⁵.

W związku z procesem globalizacji i masowego przemieszczania się ludzi po świecie, kwestia prawnego uznawania zawartego wcześniej małżeństwa poligamicznego jest kontrowersyjna w krajach dopuszczających zawieranie tylko małżeństw monogamicznych. Pojawia się pytanie: czy kraje europejskie powinny respektować małżeństwa np. muzułmanina z kilkoma kobietami? Z międzynarodowego prawa prywatnego wynika, iż należy uznawać ważne zawarte małżeństwa w innym państwie. Zgodnie jednak z klauzulą porządku publicznego małżeństwa poligamiczne można potraktować jako sprzeczne z zasadami krajowego porządku prawnego²⁶.

Wiele racji można dopatrzeć się w poglądach W. Sadurskiego, który uważa, że zakaz bigamii wynikający z moralnej dezaprobaty dla małżeństw o charakterze niemonogamicznym sprzeczny jest z zasadą neutralności prawa. Wydaje się, iż wolność osobista to niepodważalna wartość, zaś jedyną racją dla wprowadzenia zakazów danego działania staje się „zasada krzywdy”. Należy zgodzić się z poglądem, że regulacja prawna nie może być motywowana wyłącznie określoną moralnością. Prawne konsekwencje bigamii można uznać za minimalne, gdyż prawo nie zakazuje faktycznego pożycia w większym gronie osób²⁷.

4. Tendencje legalizacji homoseksualnych związków partnerskich w demokratycznych państwach

Pod koniec XX wieku postulat legalizacji związków (małżeństw) osób tej samej płci stał się przedmiotem intensywnej debaty publicznej w wielu demokratycznych państwach. Było to skutkiem nakładających się na siebie procesów społecznych, oddziałujących także na kształt porządków prawnych. Małżeństwo zaczęło być postrzegane jako instytucja o charakterze prywatnym. W coraz mniejszym stopniu stawało się sprawą legitymowanego zainteresowania społeczeństwa i państwa, natomiast w coraz większej mierze traktowane być zaczęło jako sprawa autonomicznych decyzji samych małżonków. Przejawem postępującego procesu „prywatyzacji” małżeństwa jest stopniowe znoszenie

²⁵ D. Jabłoński, L. Ostasz, *Zarys wiedzy o rodzinie, małżeństwie, kohabitacji i konkubinacie: perspektywa antropologii kulturowej i ogólnej*, Olsztyn 2011, s. 237–238.

²⁶ D. Bunikowski, *Podstawowe kontrowersje dotyczące ingerencji prawa w sferę moralności*, Toruń 2010, s. 368–369.

²⁷ W. Sadurski, *Neutralność moralna prawa. (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7, s. 40–41.

barier dotyczących swobody wyboru małżonka oraz rozwiązania związku małżeńskiego (np. pojawienie się rozwodu „bez winy”). Równolegle następowało znoszenie rozmaitych form dyskryminacji grup mniejszościowych. Na gruncie prawa międzynarodowego publicznego i prawa wewnątrzpaństwowego tworzone były różnorodne „antydiskryminacyjne” instrumenty prawne. Z czasem coraz powszechniejsze stało się przekonanie, że „rezerwowanie świętej pieczęci małżeństwa dla osób heteroseksualnych, gdy homoseksualistom są oferowane oddzielne, ale równe związki partnerskie, służy – i to służy wyłącznie – poniżeniu osób homoseksualnych poprzez wykluczenie ich z podstawowych instytucji społecznych”²⁸. Uznano, że kryterium różnej płci partnerów jako legitymizujące do skorzystania z instytucji prawnej małżeństwa może być zasadnie odbierane jako przejaw praktyki dyskryminacyjnej.

Zauważalna stała się ewolucja postaw społecznych wobec samego homoseksualizmu. W konsekwencji tego procesu w wielu porządkach prawnych w XX wieku nastąpiła dekriminalizacja aktów homoseksualnych²⁹. Jej symbolem stało się wykreślenie w 1992 roku homoseksualizmu z listy chorób Światowej Organizacji Zdrowia³⁰.

W procesie legitymizującym związki homoseksualne niewątpliwy wpływ odegrało orzecznictwo sądów amerykańskich, dotyczące zakazu związków małżeńskich między osobami innych ras. Jeszcze na początku XX wieku małżeństwa takie były uznane za „nienaturalne” i „niemoralne”, a tym samym zakazane przez prawo. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej uznał prawo do zakładania związku małżeńskiego za jedno z podstawowych praw osobistych o największym znaczeniu dla poszukiwania szczęścia przez wolnych ludzi. Stwierdził, że prawo do poślubienia lub niepoślubienia osoby innej rasy należy do jednostki i nie może być ograniczone przez prawodawcę³¹. Orzeczenie to otworzyło drogę do uznawania za dopuszczalne także związków osób tej samej płci.

Współczesne konstytucje państw demokratycznych zawierają obecnie zakazy dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny, w tym również z powodu orientacji seksualnej. Z Traktatu Amsterdamskiego (1997) wynika, że Unia Europejska może podjąć stosowne działania zwalczające dyskryminację ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub wierzenia, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (art. 2 ust. 7). Państwo członkowskie naruszające zasadę niedyskryminacji seksualnej może być nawet zawieszony w prawach członka. Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu wielokrotnie uznał, że od-

²⁸ W. Eksridge, *Equality Practice Civil Union and Future of Gay Rights*, New York – London 2003, s. 156.

²⁹ Np. w Danii w 1933, na Węgrzech w 1962, w Anglii w 1967, w Niemczech w 1969, w Chinach w 1992, w Rosji w 1993 r.

³⁰ T. Pietrzykowski, op. cit., s. 143–144.

³¹ *Loving v. Wirginia* (388 U.S. 1 z 1967 r.).

powiedzialność karna za dobrowolne stosunki seksualne między osobami dorosłymi stanowi naruszenie prawa do prywatności i jest nieusprawiedliwioną ingerencją w prawo do poszanowania życia rodzinnego³². Trybunał pozostawił państwom prawo do uznania granicy wieku, od którego stosunek homoseksualny jest legalny.

Za instytucjonalizacją związków osób tej samej płci przemawiają następujące argumenty: 1) wolności, 2) sprawiedliwości i 3) pewności obrotu prawnego.

Argument z wolności odwołuje się do zasady krzywdy J. S. Mill³³. Przyjmuje się, że jeśli instytucjonalizacja związków partnerskich osób tej samej płci nie przyczynia się do krzywdy zainteresowanych, to powinna być prawnie dopuszczona na zasadach mniej lub bardziej zbliżonych do instytucji małżeństwa.

Argument ze sprawiedliwości nawiązuje do teorii sprawiedliwości J. Rawlsa³⁴. Sprawiedliwe zasady funkcjonowania społeczeństwa ustala się z za tzw. zasłony niewiedzy, co ma zapewnić podjęcie decyzji w sposób bezstronny, wolny od formułowania ocen zgodnych z własnym, partykularnym interesem, wyznaczonym konkretną sytuacją, w jakiej znajduje się dana jednostka. Zdaniem Rawlsa podstawową zasadą, jaką za „zasłoną niewiedzy” musiałyby preferować racjonalne jednostki, jest przyznanie wszystkim obywatelom równego prawa do najszerszego zakresu równych podstawowych wolności, możliwych do pogodzenia z podobnym systemem wolności dla innych. „Reguły gry” są często niesprawiedliwe dla określonych członków społeczeństwa. Przyjęcie optyki Rawlsa wiąże się z odwróceniem perspektywy i skłania do namysłu, czy gdybyśmy od początku wiedzieli, że nasza orientacja będzie homoseksualna, sprzeciwilibyśmy się nadal idei związków osób tej samej płci.

Argument z pewności obrotu prawnego dotyczy najbardziej pragmatycznego aspektu zinstytucjonalizowanych związków osób tej samej płci. Wskazuje, że osoby homoseksualne spotykają się z licznymi utrudnieniami w obrocie prawnym.

Jako podstawowe racje przeciw instytucjonalizacji związków osób tej samej płci pojawiają się na ogół trzy argumenty: 1) z religii i moralności, 2) z demografii, 3) ze zmiany stosunków społecznych.

Argument z religii i moralności wiąże się z dogmatami leżącymi u podstawy wielu religii i dominującymi w kręgu kultury europejskiej systemami moralnymi. Wynika z nich, że orientacja homoseksualna lub praktykowany homoseksualizm są grzechem lub po prostu złem. Argumentu tego nie da się utrzymać w państwach demokratycznych, w których istnieje rozdział państwa od Kościoła.

³² Np. sprawa *Modinos v. Cypr* z 1993 r., 259 ECHR (ser. A).

³³ J. S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 2005, s. 102.

³⁴ Zob. J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

Argument z demografii opiera się na założeniu, że instytucjonalizacja związków osób tej samej płci przyczyni się do spadku urodzeń w społeczeństwie. Łatwo podważyć jego zasadność, zwłaszcza że współcześnie wiele dzieci rodzi się poza małżeństwem, zaś spadek urodzeń ma różne przyczyny.

Argument ze zmiany stosunków społecznych wiąże się z obawami, iż instytucjonalizacja związków osób tej samej płci doprowadzi do upadku moralnego społeczeństwa, hedonizmu społecznego oraz „przewartościowania” systemów wartości. Może skutkować „modą” homoseksualną i negacją małżeństw tradycyjnych³⁵. Argumentacja taka jest również łatwa do obalenia, zwłaszcza z perspektywy badań statystycznych, które nie potwierdzają takiej tendencji.

Dotychczas w stosunkowo niewielu państwach nastąpiła prawna redefinicja pojęć „małżeństwo” czy „rodzina”, skutkująca ochroną prawną związków osób homoseksualnych. W Europie stosowne regulacje prawne zostały wprowadzone w Holandii, Belgii, Szwecji, Norwegii i Hiszpanii. Różne formy instytucjonalizacji prawnej partnerstwa osób homoseksualnych obowiązują także na kontynencie północnoamerykańskim, w wybranych prowincjach i stanach kilku krajów południowoamerykańskich, w Australii i Nowej Zelandii oraz w RPA³⁶.

Inytucjonalizację prawną związków homoseksualnych cechuje ogromna różnorodność. Z perspektywy europejskiej przepisy dotyczące tego problemu różnią się zasadniczo zakresem wprowadzonych praw i obowiązków, sposobem regulacji, kwestią tworzenia nowej regulacji prawnej lub wpisywaniem nowych zasad w istniejący porządek prawny. Pomimo tego, zauważyć można cztery wiodące modele regulacyjne: 1) model małżeński, 2) model zarejestrowanego związku partnerskiego, 3) model umowy cywilnoprawnej i 4) model konkubencki (kohabitacyjny).

Najwięcej kontrowersji wzbudza model małżeński. Wiąże się on z faktycznym „otwarcie” instytucji małżeństwa dla pary osób niezależnie od płci partnerów. Ma swoje odzwierciedlenie w ustawodawstwie Holandii (ustawa o małżeństwach osób tej samej płci z 21 grudnia 2000 roku, ustawa o prawie do adopcji dziecka przez małżeństwa tej samej płci z 21 grudnia 2000 roku). Na gruncie prawa holenderskiego zrównane zostały właściwie małżeństwa różno- i jednopłciowe. Prawo to przewiduje jednak pewne wyjątki dla małżeństw homoseksualnych. W przypadku urodzenia dziecka przez jedną z kobiet, druga nie jest automatycznie uznawana za matkę dziecka; ponadto niedopuszczalna jest adopcja zagraniczna (tak jak w przypadku mał-

³⁵ Przegląd argumentów „za” i „przeciw” instytucjonalizacji związków osób tej samej płci zob. D. Bunikowski, op. cit., s. 279–283.

³⁶ P. Pilch, *Modele regulacji prawnych dotyczących związków partnerskich obowiązujące w krajach europejskich – rys historyczny*, s. 119, www.files.gildia.pl/reklama/abiekt/PPilch_ARTYKUL.pdf [15.12.2014].

żeństw heteroseksualnych). Podobne rozwiązania występują w Belgii, Hiszpanii i Norwegii³⁷.

Model zarejestrowanego związku partnerskiego jest najstarszym i zarazem najpopularniejszym rozwiązaniem. Reguluje prawa i obowiązki partnerów podobnie do małżeństwa, nie zrównując jednak formalnie tych dwóch instytucji. Występuje w Danii (ustawa o zarejestrowanym partnerstwie z 7 czerwca 1989 roku). Obecny jest w pozostałych krajach skandynawskich: Norwegii, Szwecji, Islandii, Finlandii, ale także w Niemczech i Szwajcarii³⁸.

Model umowy cywilnoprawnej zakłada, że państwo umożliwi dwóm osobom żyjącym wspólnie zawarcie swoistej umowy, której forma i postanowienia wynikają bezpośrednio z mocy ustawy ją ustanawiającej. Umowy takie podlegają rejestracji przez państwo, co nadaje im szczególny status. Partnerzy mają autonomię w tworzeniu ostatecznego kształtu treści umowy, która ma organizować ich wspólne życie. Są zobowiązani do wzajemnej pomocy materialnej. W zależności od regulacji danego państwa model ten dostępny jest dla par jedнопłciowych lub także dla partnerów odmiennej płci. Przykładem państwa, w którym funkcjonuje on w „czystej formie” jest Francja (cywilny pakt solidarnościowy uchwalony ustawą z 13 października 1999 roku)³⁹.

Model konkubencki (kohabitacyjny) ogranicza ochronę państwa dwóch osób prowadzących wspólne życie. Ochrona taka dotyczy zazwyczaj wybranych kwestii majątkowych i prawa odmowy zeznań w postępowaniu karnym. W modelu tym nie istnieje zazwyczaj jednorodna regulacja, która określałaby zakres uprawnień przyznanych osobom „żyjącym wspólnie”. Można jednak uznać, że podstawowym elementem łączącym te regulacje jest brak jakiegokolwiek formalnej rejestracji związku. Przepisy ustaw często posługują się nieostryimi pojęciami typu: „osoba bliska”, „osoba pozostająca w faktycznym pożyciu”, z reguły nie definiując płci takich podmiotów. Model ten ma swoje praktyczne odzwierciedlenie w krajach anglosaskich, głównie pozaeuropejskich, takich jak USA, Kanada, Australia i Nowa Zelandia. Przykładem państwa europejskiego, w którym funkcjonują najdalej idące rozwiązania prawne dotyczące osób żyjących w związkach nieformalnych jest Szwecja. Już w połowie lat osiemdziesiątych XX wieku uchwalono tam tzw. ustawę kohabitacyjną, obejmującą swym zakresem pary zarówno hetero-, jak i homoseksualne. Także Portugalia (2001) i Chorwacja (2003) wprowadziły do porządku prawnego ustawy uznające istnienie trwałych związków, bez względu na płeć partnerów, nadające takim związkom pewne uprawnienia w sferach związanych z niższym opodatkowaniem spadków, sprawami lokalowymi oraz nakładające na partnerów pewne obowiązki o charakterze finansowym. W niektórych krajach

³⁷ Ibidem, s. 122–123.

³⁸ Ibidem, s. 123–130.

³⁹ Ibidem, s. 130–134.

europiejskich nadanie pewnych uprawnień partnerom tej samej płci nastąpiło w wyniku ingerencji sądów krajowych (np. Węgry) lub w wyniku orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (np. Austria)⁴⁰.

Reasumując rozważania na temat modeli normatywnych dotyczących związków partnerskich można stwierdzić, że występuje tendencja rozszerzania się regulacji prawnych dotyczących związków nieformalnych także na partnerów homoseksualnych. Instytucja małżeństwa straciła swój heteroseksualny charakter i obecnie obejmuje także partnerów jedнопłciowych. Powyższa konstatacja wskazuje na potrzebę redefinicji pojęcia małżeństwa także w polskim prawie. W Polsce przejawem dezaprobaty dla innych niż tradycyjna forma małżeństw jest chociażby cyklicznie podpalana „tęcza” w Warszawie, symbol homoseksualizmu. Społeczeństwo polskie daje tym samym wyraz swojej niechęci do homoseksualnych związków partnerskich. Podkreślić należy, że próby ich legalizacji dokonywane były już w 2004 roku, kiedy to za sprawą ówczesnej senator, prof. M. Szyszkowskiej, do sejmu trafił absolutnie nowatorski – z perspektywy polskiej – projekt ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich. Wywołał on burzliwą debatę społeczną i ostatecznie okazał się zbyt kontrowersyjny z perspektywy dominującej w Polsce moralności chrześcijańskiej.

5. Problemy związane z definiowaniem rodzicielstwa (małżeństwa, rodziny) w kontekście postępu biotechnologicznego

Postęp biotechnologiczny w dziedzinie medycyny podważa fundamenty tradycyjnej definicji małżeństwa i rodziny jako instytucji służących naturalnej prokreacji. Zauważyć należy, że nie wszystkie małżeństwa zawierane są obecnie z myślą o prokreacji i opiece nad potomstwem. Wiele par małżeńskich nie chce mieć dzieci. Inne – z rozmaitych powodów – pozbawione są szans na rodzicielstwo (np. wiek, problemy zdrowotne). Brak woli lub zdolności do posiadania potomstwa nie stanowi jednak prawnej przeszkody do zawarcia związku małżeńskiego. Co więcej, małżeństwa bezdzietne nie są w świetle prawa traktowane jako „gorsze” lub mniej „prawdziwe” od tych, które posiadają potomstwo. Współcześnie więc ani wola, ani zdolność do prokreacji oraz wychowania dzieci nie są uznawane za warunek zawarcia małżeństwa między osobami odmiennej płci⁴¹.

Wraz z pojawieniem się umów o macierzyństwo zastępcze pewnemu „rozchwianiu” uległy dotychczasowe paradygmaty prawne, związane z wizją rodziny. Pojawił się problem: która kobieta ma być matką prawną dziecka? Czy

⁴⁰ Ibidem, s. 134–139.

⁴¹ T. Pietrzykowski, op. cit., s. 161.

matka zastępcza, a zatem biologiczna (czyli kobieta, która dziecko urodziła), czy też może matka zamawiająca (ta, w której głowie zrodził się zamysł powołania do życia dziecka), a może jeszcze inna – matka genetyczna (dawczyni materiału genetycznego). Niepewność odnośnie do tego, kto jest matką implikuje wątpliwości dotyczące ojcostwa⁴². To oczywiście tylko wierzchołek góry problemów związanych z macierzyństwem zastępczym.

Zagrożenia związane z umowami surogackimi dobrze obrazuje orzecznictwo sądowe w tym zakresie. Najwięcej takich spraw rozpoznawały sądy amerykańskie. Dotyczyły one m.in. problemu komercjalizacji reprodukcji i eksploatacji kobiet⁴³. Powyższa sytuacja sprowokowała do dyskusji na temat instrumentalizacji w traktowaniu ludzi: wykorzystywania kobiet jako „inkubatorów”, zaś dzieci jako przedmiotu umowy⁴⁴. Sądy musiały wielokrotnie zmierzać się z problemem, która matka w wyniku zastosowania metody *in vitro* jest „bardziej” matką narodzonego dziecka. Czy w większym stopniu jest nią kobieta, która dziecko urodziła, czy też kobieta, która zamówiła usługę u surogatki – dawczyni materiału genetycznego⁴⁵. Pojawił się też problem tzw. dzieci niczyich, powstałych dzięki wykorzystaniu materiału genetycznego anonimowych dawców, których po urodzeniu nie chce żaden z potencjalnych rodziców; ani rodzice zamawiający usługę prokreacyjną, ani matka surogatka⁴⁶.

Rozwój medycyny powoduje coraz to nowe dylematy związane z rodzicielstwem. Przeprowadzane są w praktyce kolejne eksperymenty, które prowadzą do jeszcze większego „rozchwiania” pojęć: „macierzyństwo” i „rodzicielstwo”. Przykładowo, w 2012 roku połączono komórki jajowe pochodzące od dwóch kobiet w jedną i z sukcesem ją zapłodniono. To pionierskie doświadczenie stworzono po to, by w przyszłości zapobiegać wrodzonym wadom genetycznym. W tej sytuacji dziecko nie powstałoby w wyniku połączenia komórki jajowej jednej kobiety i plemnika mężczyzny (tak jak w przypadku umów surogackich), ale w związku z udziałem jeszcze kolejnej osoby. Przypadek ten

⁴² M. Soniewicka, *Prokreacja medycznie wspomagana*, [w:] J. Stelamch, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 82–112.

⁴³ Jedną z najgłośniejszych była sprawa *Baby M.* z 1986 r. Matka surogatka, zarazem matka biologiczna dziecka urodzonego w oparciu o umowę o macierzyństwo zastępcze, ostatecznie nie chciała wydać go rodzicom zamawiającym. Sąd zastanawiał się, czy można zrównać status matki zastępczej (nie tylko biologicznej, ale też genetycznej) ze statusem dawcy nasienia. Uznanie takiej umowy za nieważną spowodowało wzrost cen za usługę na „czarnym rynku” (z 10 do 25 tys. dolarów wynagrodzenia dla matki zastępczej i aż do 75 tys. wszystkich kosztów – za pośrednictwo, opiekę lekarską itd.). Skutkowało to rozkwitem tzw. turystyki reprodukcyjnej, zwłaszcza do Indii, gdzie tego typu umowy są legalne, a cena usługi wydaje się atrakcyjna (wszystkie koszty, łącznie z podróżą, zamykają się w cenie 25 tys. dolarów).

⁴⁴ M. Soniewicka, op. cit., s. 103–105.

⁴⁵ Np. sprawa *Jonshon v. Calvert*, w której sąd uznał ostatecznie priorytet „matki zamawiającej”, zarazem „matki genetycznej”, ibidem, s. 106–107.

⁴⁶ Np. sprawa małżeństwa *Buzzanka*, M. Soniewicka, op. cit., s. 108–109.

obrazuje, że rozpoczęło się w praktyce mieszanie genów pochodzących od kilku osób. Można to bez wątpienia uznać za poważną ingerencję w prawo natury. Pojawia się pytanie: jaki będzie status „kobiety dawczyni”. Będzie drugą mamą? Matką zastępczą? Matką drugiej kategorii (z racji mniejszego udziału w DNA dziecka)?⁴⁷

Postęp biotechnologiczny w dziedzinie medycyny wiąże się z „przewartościowaniem” tradycyjnych paradygmatów moralności i prawa. Być może niebawem – wskutek rozwoju medycyny – pojęcia: „małżeństwo” i „rodzina” utracą w ogóle przypisywany im tradycyjnie prokreacyjny charakter. Może się tak stać m.in. za sprawą tzw. ektogenezy człowieka. Z perspektywy wiedzy medycznej oraz współczesnych technologii ciąża może się odbywać w ogóle bez udziału rodziców. W takim przypadku płód, powstały – dzięki *in vitro* – poza organizmem matki rozwijałby się w sztucznej macicy. Możliwości współczesnej medycyny wskazują więc, że być może niebawem rozpocznie się epoka bądź to definitywnie kończąca z macierzyństwem naturalnym, bądź dająca możliwość wyboru albo macierzyństwa naturalnego, albo sztucznego. Tym samym, z coraz większą niepewnością będzie się wiązać sposób definiowania pojęć: „małżeństwo” i „rodzina”.

6. Podsumowanie

Przemiany w sposobie myślenia skutkujące zdolnością do akceptowania różnorodnych światopoglądów oraz obyczajów to bardzo powolny proces. Widać wyraźnie, że pod wpływem wielokulturowości zauważalnej dziś – głównie dzięki mobilności ludzi i technologiom informacyjnym – zmienia się podejście do małżeństwa i rodziny. Wyraźna staje się potrzeba redefinicji tych pojęć. Nowe spojrzenie implikowane jest niewątpliwie kryzysem tradycyjnego małżeństwa i rodziny oraz upowszechnianiem się w świadomości społecznej wiedzy na temat tego, że związki małżeńskie i rodzinne są bardzo różnorodne (począwszy od monogamii „zamkniętej” i „otwartej”, przez zróżnicowane związki poligamiczne: poligynię i poliandrię do małżeństw multilateralnych). Inne niż monogamia formy małżeństw praktykowane były przez różne kultury i w wielu krajach przetrwały do dziś. Od wieków istniały też mniej lub bardziej uznawane związki osób tej samej płci. Wraz z coraz bardziej permissywnym nastawieniem do seksualności widoczne jest „uwalnianie się” najbardziej prywatnych obszarów życia społecznego spod kontroli państwa i społeczeństwa. Instytucja małżeństwa traci stopniowo swój heteroseksualny charakter i zaczyna obejmować także partnerów homoseksualnych. Również postęp

⁴⁷ M. Kossobudzka, *Dwie mamy i jeden tata?*, „Gazeta Wyborcza” z 29 października 2012 r., s. 15.

biotechnologiczny podważa fundamenty tradycyjnych definicji pojęć: „małżeństwo” i „rodzina” jako m.in. służących naturalnej prokreacji. Biorąc pod uwagę powyższe uwarunkowania wydaje się, że legalizacja związków partnerskich w Polsce jest tylko kwestią czasu.

Bibliografia

- Bauman Z., *Płynna nowoczesność*, Kraków 2006.
- Bauman Z., *Zindywidualizowane społeczeństwo*, Gdańsk 2008.
- Berger P. L., *Zasada wątpliwości. Poza relatywizmem i fundamentalizmem*, „Dziennik” 2008, nr 93, dodatek „Europa”.
- Bront J., Nowacka B., *Różnorodność związków małżeńskich na świecie*, Krynica Morska 2008.
- Bunikowski D., *Podstawowe kontrowersje dotyczące ingerencji prawa w sferę moralności*, Toruń 2010.
- Eksridge W., *Equality Practice Civil Union and Future of Gay Rights*, New York – London 2003.
- Fiedorczyk P., *Attempts at Redefining the Family in Contemporary Polish Law*, „International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2012, nr 3.
- Fukuyama F., *Wielki wstrząs. Natura ludzka a budowa porządku społecznego*, Warszawa 2000.
- Giddens A., *Socjologia*, Warszawa 2012.
- Jabłoński D., Ostasz L., *Zarys wiedzy o rodzinie, małżeństwie, kohabitacji i konkubinacie: perspektywa antropologii kulturowej i ogólnej*, Olsztyn 2011.
- Klinowski M., *Moralność, reprodukcja i homoseksualizm*, „Diametros” 2005, nr 5.
- Kossobudzka M., *Dwie mamy i jeden tata?*, „Gazeta Wyborcza” z 29 października 2012 r.
- Lewandowska A., *Nieprzeciętność a formy małżeństw i demokracja*, [w:] *Nieprzeciętność. Dylemat wolności*, red. M. Szyszkowska, A. Rossmann, Warszawa 2013.
- Libiszowska-Żółtkowska M., *Sekularyzacja – wróg czy sprzymierzeniec Kościoła katolickiego w Polsce*, [w:] *Sekularyzacja jako wyzwanie dla religii i Kościoła. Mity i rzeczywistość*, red. J. Baniak, Poznań 2006.
- Mariański J., *Kontrowersje wokół relacji religii i moralności. Tożsamość czy rozbieżność? Studium socjologiczne*, Toruń 2014.
- Mill J. S., *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 2005.
- Pilch P., *Modele regulacji prawnych dotyczących związków partnerskich obowiązujące w krajach europejskich – rys historyczny*, www.files.gildia.pl/reklama/abiekt/PPilch_ARTYKUL.pdf.
- Pietrzykowski T., *Wyzwania moralne. Etyczne problemy prawa*, Katowice 2010.

Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

Russell B., *Władza i jednostka*, Warszawa 1997.

Sadurski W., *Neutralność moralna prawa. (Przyczynek do teorii prawa liberalnego)*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 7.

Shell S., *The Liberal Case Against Gay Marriage*, „The Public Interest” 2004, nr 156.

Soniewicka M., *Prokreacja medycznie wspomagana*, [w:] J. Stelamch, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.

Toffler A., *Trzecia fala*, Warszawa 1986.

Tokarczyk R., *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2012.

Anna Leszczuk-Fiedziukiewicz

Uniwersytet w Białymstoku

e-mail: anna.lf@poczta.fm

telefon: +48 85 745 71 06

DOI: 10.15290/mhi.2014.13.02.21

Medialny obraz związków partnerskich w polskich kampaniach społecznych w latach 2004–2013

SUMMARY

The image of domestic partnerships in Polish social campaigns between 2004 and 2013

Partnerships and their status are the subject of public debate, which began in Western Europe a few years ago and recently came to Poland. The topics of discussion are legal, economic and social solutions (including inheritance and the adoption of children) and mostly the goal of these debates is to establish equal rights of marriage and domestic partnership.

Supporters of same-sex marriage and domestic partnerships are demanding equal and free functioning in the social space, at the same time alleging discrimination by Polish legislation, the institutions of government and the (so-called) majority of the public.

Social campaigns on domestic partnerships (and homosexual relationships) are an attempt to break down stereotypes and cultural taboos that were built over the years around these topics. The aim of this paper is the study of Polish social advertisements seeking an answer to, what styles of rhetoric and visual techniques are mostly used to highlight the problem of partnerships' discrimination and to generate a new social approach in the common mind of Polish society.

Key words: social campaigns, domestic partnerships, equality, stereotypes, marriage and family

Słowa kluczowe: kampanie społeczne, związki partnerskie, równość, stereotypy, małżeństwo i rodzina

1. Problem z definicjami związków partnerskich

Od pewnego czasu w Polsce dyskutuje się o związkach partnerskich, zarówno w kwestiach prawnych, jak i obyczajowych. Zauważenie kontrowersyjnego problemu było możliwe dzięki reklamom o charakterze społecznym,

przygotowanym przez organizacje non-profit, które pojawiły się w przestrzeni publicznej w latach 2004–2013.

Aby zrozumieć dyskusje na temat związków partnerskich w Polsce zacząć należy od problemu nazewnictwa. Związek partnerski można postrześć na dwa sposoby: po pierwsze, jako związek między mężczyzną a kobietą (pozamałżeński/heteroseksualny). Jest on najczęściej niesformalizowany, niesakramentalny i do tej pory nie ma podstaw prawnych, jak ma to miejsce w innych krajach europejskich. Pary żyjące w konkubinacie postulują, by na wzór francuskiego PACS¹ uporządkować ich sytuację prawną, związaną z dziedziczeniem, świadczeniami socjalnymi, tak by odpowiadała ona sytuacji prawnej osób żyjących w małżeństwie. Ten drugi typ związku, między mężczyzną a mężczyzną lub między kobietą a kobietą (homoseksualny/gejowski/lesbij-ski), jest również zamiennie nazywany „partnerskim”, zwłaszcza w krajach Europy Zachodniej, a określenie to staje się popularne też w Polsce. Polskie prawo nie uznaje związków homoseksualnych jako „partnerskich”, dlatego mniejszości seksualne coraz głośniejsze domagają się uporządkowania ich sytuacji. Zgodnie z określeniem występującym w języku prawniczym, „związek partnerski” dotyczy zarówno związków jednopłciowych, homoseksualnych, jak i dwupłciowych, heteroseksualnych. W Polsce postulaty związków heteroseksualnych o tzw. równouprawnienie nie budzą kontrowersji, jednakże podobne postulaty związków homoseksualnych wywołują bardzo skrajne emocje w społeczeństwie.

W języku polskim (oficjalnym i potocznym) pojawiają się różne terminy określające homoseksualne związki partnerskie, jak na przykład: związki jednopłciowe, homoseksualiści, geje, lesbijki, przedstawiciele mniejszości seksualnych, ale również „teczowe rodziny”². Niektóre z tych określeń są traktowane synonimicznie i zamiennie, jednak po wejściu Polski do Unii Europejskiej rozszerzono te definicje o pojęcie „osoby LGBT” (*Lesbian, Gay, Bisexualist, Transsexualists*, tzn. Lesbijki, Geje, Biseksualiści, Transseksualiści)³. Aktywizacja polskich środowisk mniejszościowych po 2004 roku, skupiających się wokół organizacji non-profit broniących ich praw, doprowadziła do zaadaptowania

¹ PACS – skrót nazwy związku partnerskiego, znanego we Francji jako Obywatelska Umowa Solidarności (w terminologii angielskiej jako *Civil Solidarity Pact Act*, która obowiązuje od 1999 r. i polega na rejestracji konkubinatów (zarówno hetero-, jak i homoseksualnych), ale z ograniczonymi prawami w porównaniu z prawami małżeństw, <http://kobiety-kobietom.com/zwiazki-partnerskie/>.

² *Teczowe rodziny w Polsce. Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, red. Monika Zima, Warszawa 2010, Wyd. Kampania Przeciw Homofobii, <http://www.kph.org.pl/publikacje/raport2010-teczowe-rodziny.pdf>.

³ Termin LGBT powstał w latach sześćdziesiątych XX w., do języka potocznego wszedł w latach dziewięćdziesiątych i czasem jest rozszerzany o jedną głoskę, wtedy brzmi LGBTQ i oznacza *queer* (pojęcie osób nieheteroseksualnych) lub *questioning* (osoba niepewna swojej orientacji seksualnej albo poszukująca), *Płeć i mniejszości seksualne*, źródło: strona internetowa organizacji „Ponton”, <http://ponton.org.pl/pl/strona/plec-i-mniejszosci-seksualne>.

pojęcia LGBT, obejmując nim osoby identyfikujące się z tzw. nietradycyjną tożsamością płciową.

2. Europejskie i polskie podejście do homoseksualizmu

Z kolei w kulturze Europy Zachodniej, w konsekwencji rewolucji seksualnej, już od lat siedemdziesiątych XX wieku homoseksualizm postrzega się jako osobisty wybór jednostki, który gwarantują jej prawa i wolności obywatelskie. Od kilkunastu lat jest on obecny w prawie Unii Europejskiej i do tej pory powstają nowe przepisy dotyczące ochrony praw mniejszości seksualnych. Do powstałych już dokumentów zaliczyć trzeba m.in.: Kartę Praw Podstawowych z 2000 roku (zakazującą „jakiegokolwiek dyskryminacji w jakimkolwiek obszarze”), Dyrektywę Ramową o Zatrudnieniu z 2003 roku (zakazującą „dyskryminacji gejów, lesbijek i biseksualistów w dziedzinie zatrudnienia”). Uświadamianiu problemu służyła też inicjatywa nazwania roku 2007 Europejskim Rokiem Równych Szans, podczas którego zorganizowano wiele projektów edukacyjnych o osobach dyskryminowanych, marginalizowanych ze względu na niepełnosprawność, ale też i orientację seksualną. W 2009 roku powołano Europejski Instytut ds. Równości Kobiet i Mężczyzn (EIGE, *European Institute of Gender Equality*), zajmujący się równouprawnieniem w dziedzinie płci. Poszczególne kraje Unii Europejskiej sukcesywnie wprowadzały prawo legalizujące związki jedнопłciowe, w czym wyróżniały się kraje skandynawskie. To Dania była pierwszym krajem na świecie, który zaakceptował prawnie związki homoseksualne⁴. Inne z państw europejskich zrobiły to w następującej kolejności: Szwecja (1994), Norwegia (1996), Islandia (1996), Węgry (1996), Francja (1999), Holandia (2001), Portugalia (2001), Niemcy (2001), Belgia (2003). Dla wielu z tych krajów wzorcowa okazała się wspomniana wcześniej francuska koncepcja związków partnerskich, PACS. W polskim prawie natomiast do dziś nie ma ustawy stwarzającej regulacje prawne dla związków homoseksualnych, co w praktyce oznacza, że osoby tej samej płci nie mogą formalnie założyć rodziny. W Konstytucji RP znajduje się zapis o rodzinie rozumianej jako związek kobiety i mężczyzny, dlatego też mniejszości seksualne, angażujące partie polityczne, domagają się zmiany konstytucji z uwagi na odczuwanie niesprawiedliwości.

Od kilku lat w Polsce toczy się debata o istocie homoseksualnych „związków partnerskich” na płaszczyźnie prawnej i politycznej. Dyskutowane są nie tylko problemy związane z traktowaniem związku homoseksualnego jako ro-

⁴ Kolejne kraje, które zalegalizowały związki homoseksualne to: Szwajcaria (2005), Wielka Brytania (2005), Hiszpania (2005), Czechy (2005), Irlandia (2011); *Gdzie w Europie uznawane są związki homoseksualne*, „Rzeczpospolita” z 24 lipca 2013 r., <http://www.rp.pl/artukul/918203.html>.

dziny, ale też żądania równouprawnienia w takich sprawach, jak dziedziczenie majątku, dostęp do informacji medycznych partnera itp. Zjawisko adaptowania się homoseksualizmu do polskich realiów przebiega na kilku poziomach dyskursu. Z jednej strony, wyraźnie rodzi się trend europejski, liberalny, odwołujący się do tolerancji wobec inności, przyzwolenia na styl życia zgodnie z własnym sumieniem i wyborem. Podczas słynnych już Parad Równości w Warszawie przedstawiciele związków homoseksualnych demonstrują swoją inność w konwencji karnawału i maskarady. Z drugiej strony, uaktywnił się ruch przeciwstawiający się potrzebie wolności i liberalizacji obyczajów, widzący w demokratyzacji związków jedнопłciowych problem zagrażający konserwatywnie rozumianej rodzinie, złożonej z przedstawicieli obu płci. Przedstawiciele tego ruchu zaznaczają swój sprzeciw, organizując demonstracje, których celem jest krytyka parad i zablokowanie wprowadzenia nowych ustaw. Irena Pospiszyl zauważa, że „temat legalizacji homoseksualizmu jest traktowany jako etap rozbudowywania innych roszczeń, głównie adopcyjnych”⁵. Demonstracje, których celem jest obrona tradycyjnie rozumianej rodziny, wydają się to potwierdzać.

3. Kulturowy wymiar homoseksualizmu i problem „wyjścia z szafy”

W polskiej rzeczywistości homoseksualizm bardzo długo był kulturowym tabu. W czasach PRL homoseksualiści byli kojarzeni głównie ze środowiskiem artystycznym, a skojarzenia te bardziej opierały się na domysłach lub tzw. plotkach w kulisach niż na otwartym ujawnieniu orientacji seksualnej. Jednym z nielicznych artystów teatralnych, którzy świadomie ujawnili swoją orientację seksualną, był aktor Marek Barbasiewicz⁶. Długo jeszcze po 1989 roku, będącym cezurą transformacji społecznej, homoseksualizm był traktowany jako zaburzenie i patologia społeczna, a homoseksualiści jako przedstawiciele środowiska dewiacyjnego, przekraczający obyczajowe normy. Żywotny wówczas stereotyp homoseksualisty bazował na negatywnych znaczeniach, odwołujących się do światka pedofilów i kryminalistów⁷. Po wejściu Polski do Unii Europejskiej zaczęto wyraźnie mówić o walce mniejszości o swoje prawa, pojawiły się też krytyczne opinie o nowym zjawisku „dyktatury mniejszości”, polegającym na zdominowaniu przestrzeni politycznej i medialnej przez problemy środowisk homoseksualnych.

Warto w tym miejscu odwołać się do socjologicznych koncepcji naukowych, opisujących mniejszości. Spośród najważniejszych cech mniejszości, do homo-

⁵ I. Pospiszyl, *Patologie społeczne*, Warszawa 2008, s. 222.

⁶ <http://polska.newsweek.pl/coming-out-po-polsku,89345,1,1.html>.

⁷ K. Arcimowicz, *Obraz mężczyzny w polskich mediach*, Gdańsk 2003, s. 219; I. Pospiszyl, op. cit., s. 222.

seksualistów najbardziej pasują: wzory kulturowe odmienne od wzorów większości, silna więź i poczucie tożsamości grupowej oraz poczucie nierównego traktowania i dyskryminacji⁸. Osoby będące w związkach homoseksualnych uważają siebie za odmienne i za takie są też postrzegane przez większość społeczeństwa. Istotną cechą jest przekonanie o doświadczanej nietolerancji i dopominanie się o swoje prawa. Od kilkudziesięciu już lat w Europie Zachodniej mniejszości seksualne dopominają się o wolność w sferze prawnej i obyczajowej. Badacze przemian obyczajowych dostrzegli, że już od lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku ma miejsce zjawisko „emancypacji gejów i lesbijek”⁹.

Interesujący z wielu powodów jest kulturowy wymiar polskiego homoseksualizmu. Znane na świecie zjawisko *coming out* dotarło również do naszego kraju. *Coming out*, czyli „wyjście z szafy”¹⁰, oznacza ujawnienie swojej orientacji seksualnej rodzicom, przyjaciołom, znajomym. Jest to ważny moment w życiu osoby homoseksualnej, ponieważ do tej pory żyła ukrywając swój intymny sekret z obawy o stygmatyzację społeczną. Światowe i europejskie „wyjścia z szafy” już przed kilkunastoma laty pojawiły się w przestrzeni kultury popularnej. Swoją homoseksualną tożsamość odsłoniły osoby publiczne, celebryci, gwiazdy scen i ekranów. W 2005 roku brytyjski piosenkarz Elton John wziął ślub ze swoim długoletnim partnerem życiowym, po pewnym czasie prezentował się z nim publicznie razem z adoptowanym synem i przekazał informację mediom, że planuje adopcję kolejnego dziecka¹¹. Znany piosenkarz muzyki pop, Ricky Martin, w 2010 roku ujawnił swój homoseksualizm, także pojawił się w miejscach publicznych z partnerem, a następnie poinformował o adopcji bliźniąt, które eksponował na okładkach popularnych magazynów¹². W 2013 roku amerykańska aktorka Jodie Foster przy odbieraniu prestiżowej nagrody filmowej Złote Globy za całokształt twórczości, przyznała się przed zgromadzonym na gali audytorium, do kilkunastoletniego związku z kobietą¹³,

⁸ *Słownik Socjologii* podaje ponadto postawy i zachowania charakteryzujące mniejszości: wyodrębnienie z większej kultury, intersubiektywna więź społeczna, hasło: *Mniejszości*, [w:] *Słownik Socjologii*, t. II, Warszawa 1999, s. 259–263.

⁹ W. Reinhard, *Życie po europejsku. Od czasów najdawniejszych do współczesności*, Warszawa 2009, s. 90–91.

¹⁰ *Coming out* (ang. *to come out of the closet*) – zjawisko kulturowe i obyczajowe, nazywane „wyjściem z szafy”, polegające na samodzielnym ujawnieniu swojej orientacji seksualnej wśród rodziny, przyjaciół i znajomych, <http://www.homoseksualizm.org.pl/wyjdz-z-szafy/>; <http://comingout.ueuo.com/coming1.html>; <http://polska.newsweek.pl/coming-out-po-polsku,89345,1,1.html>.

¹¹ *Elton John wziął ślub*, „Gazeta Wyborcza” z 22 grudnia 2005 r.; *Słynne gejowskie pary show-biznesu*, „Gazeta Wyborcza” z 22 grudnia 2005 r.

¹² <http://www.tvn24.pl/ciekawostki-michalki,5/ricky-martin-jestem-gejem,130042.html>; *Ricky Martin z partnerem i dziećmi w sesji*, http://afterparty.pl/newsy_artykul,8027.html.

¹³ Oświadczenie 50-letniej aktorki było najgłośniejszym wydarzeniem Gali Złotych Globów, <http://www.tvn24.pl/oscarey-2013,73,m/comingout-jodie-foster-zelektryzowal-gale,299988.html>.

co było żywo komentowane i przez internetowe serwisy plotkarskie, i redakcje poważnych programów informacyjnych. Zdaniem prof. Zbyszka Melosika, temat homoseksualizmu w popkulturze jest od dawna widoczny w poczytnych i wysokonakładowych magazynach i reklamach¹⁴, zwłaszcza w kulturze amerykańskiej. Ową widoczność polskie media prawdopodobnie mają jeszcze przed sobą.

Informacje pochodzące ze światowej kultury popularnej sprzyjały mówieniu o homoseksualności w Polsce, jednak przez lata odbywało się to bardzo ostrożnie. Przełomem w postrzeganiu homoseksualizmu było publiczne „wyjście z szafy” aktora Jacka Poniedziałka. W tym czasie (mowa o roku 2005) był bohaterem popularnego serialu „M jak miłość”. Ujawnił swoją orientację, opowiadając o swojej tożsamości w wielu wywiadach poczytnych magazynów, jak i w programach telewizyjnych i radiowych, podkreślając zmęczenie ukrywaniem tematu¹⁵. Do bycia gejem przyznał się też w 2007 roku znany dziennikarz filmowy i publicysta, Tomasz Raczek. Rok później, wraz ze swoim partnerem, Marcinem Szczygielskim, podczas finału konkursu organizowanego przez magazyn „Gala”, otrzymał nagrodę w kategorii Piękne Pary¹⁶, co było długo dyskutowane w tradycyjnych i elektronicznych mediach.

Kolejnym krokiem milowym w polskich *coming out* było pojawienie się w polskim Sejmie posłów partii „Ruch Palikota”. Byli to Robert Biedroń (zdeklarowany homoseksualista) i Anna Grodzka (przyznająca się do bycia transwestytką), oboje domagający się tolerancji dla grup społecznych, które reprezentują. Mimo szyderstw i złośliwości parlamentarzystów na ich temat opinia publiczna miała okazję do lepszego poznania tych osób dzięki poczytnym magazynom i tabloidom. Budzący wiele sprzecznych opinii, zarówno Biedroń, jak i Grodzka, udzielali wywiadów, opowiadając o swoich wcześniejszych problemach z akceptacją społeczną i decyzji zmiany płci. Przy każdej okazji dopominali się w mediach o prawa do wolności polskich mniejszości seksualnych.

Doświadczeni komentatorzy życia społecznego i politycznego, obserwując rosnącą częstotliwość pojawiania się tematów związanych z odmiennością płciową, zaczęli mówić o zjawisku tworzenia tematów zastępczych. Miałoby ono polegać na zastępowaniu informacji ważnych dla społeczeństwa i państwa

¹⁴ Amerykańskie reklamy są coraz częściej realizowane także z myślą o lesbijkach i homoseksualistach, postrzeganych przez rynek jako konsumenci produktów związanych z modą, urodą czy stylem życia, zob. Z. Melosik, *Kryzys męskości w kulturze współczesnej*, Poznań 2002, s. 42.

¹⁵ B. Machalica, *Homoseksualiści wychodzą z szafy*, „Przegląd” 2007 nr 47, <http://www.przegladygodnik.pl/pl/artykul/homoseksualisci-wychodza-szafy>.

¹⁶ Tomasz Raczek: *Jestem gejem*, „Dziennik” z 18 listopada 2007 r., <http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/121753,tomasz-raczek-jestem-gejem.html>; Tomasz Raczek i Marcin Szczygielski: *Życie jest prostsze*, „Gala” nr 48/2008, <http://www.gala.pl/wywiady-i-sylwetki/tomasz-raczek-i-marcin-szczygielski-zycie-jest-teraz-prostsze-1581>.

informacjami o kontrowersyjnych zachowaniach seksualnych. Zjawisko wykorzystywały redakcje popularnych pism lub kanałów telewizyjnych, zapraszające osoby mówiące otwarcie o swojej homoseksualności. Tę różnorodność i żywiołowość medialnych debat widać na okładkach i w publikacjach prasowych magazynów „Polityka”, „Wprost”, „Newsweek”. Od co najmniej 3 lat pojawiają się w nich okładki eksponujące problem homoseksualizmu i nietolerancji Polaków. Najbardziej wymowne były ślubne zdjęcia dwóch kobiet z postulatami „prawa do równości”, zdjęcie zakneblowanych ust z podpisem „Dyktatura równości”, czy też obraz trzymających się za rękę dwóch mężczyzn z hasłem „Homopotępiony”¹⁷. Badacze mniejszości kulturowych mogliby w tym miejscu zadać pytanie: czy w Polsce dochodzi do głosu znane w Europie Zachodniej zjawisko „zmiany tradycyjnego podejścia do płci i seksualności”¹⁸?

4. Polska odmiana dyskusji o związkach homoseksualnych

Kwestia podejścia do homoseksualizmu jest w Polsce bardzo złożona z uwagi nie tyle na dyskusje prawne, co kontrowersje obyczajowe i etyczne. Należałoby przyjrzeć się opiniom Polaków o związkach jedнопłciowych. Jeszcze w latach osiemdziesiątych respondenci pytani przez prof. Lwa-Starowicza o stosunek wobec mniejszości seksualnych, nazwali homoseksualizm „najgorszą z dewiacji”¹⁹. W 2005 roku badania prof. Izdebskiego pokazały, że 65% osób nie zgadza się z opinią, że „homoseksualizm jest czymś normalnym”²⁰. W badaniu dotyczącym postrzegania homoseksualizmu przeprowadzonym przez OBOP w 2013 roku aż 83% ankietowanych Polaków stwierdziło, że homoseksualizm jest „odstępstwem od normy”²¹, a 57% odpowiedziało, że należy go tolerować. Co ciekawe, jednocześnie 63% ankietowanych uważało, że pary jedнопłciowe nie powinny publicznie demonstrować swojego sposobu życia. Poza tym, aż 68% Polaków zadeklarowało brak akceptacji dla instytucjonalizacji związków homoseksualnych. Przeważająca większość wyraziła pogląd, że homoseksualiści nie powinni mieć prawa do adoptowania dzieci (87%). Negatywne nastawienie do związków jedнопłciowych wynika według nich, z jednej strony, z niskiego wykształcenia i wysokiego stopnia religijności, a z drugiej, z faktu nieznamomości w swoim otoczeniu ani jednej osoby homoseksualnej.

¹⁷ *Konkubinat nas podzieli*, „Newsweek” z 17 lutego 2002 r.; *Dyktatura równości*, „Wprost” 2004, nr 24.

¹⁸ Z. Melosik, op. cit., s. 42.

¹⁹ I. Pospiszył, op. cit., s. 220–221.

²⁰ Odpowiedzi bardzo różniły się z podziałem na płeć, ponieważ niechęć wobec lesbijek jest większa głównie wśród kobiet, zob. ibidem, s. 220–221.

²¹ Badanie CBOS, *Stosunek do praw gejów i lesbijek oraz związków partnerskich*, luty 2013, s. 2.

Pracownicy CBOS zauważają, że tolerancja osób homoseksualnych zwiększa się w porównaniu z rokiem 2005. Potwierdzają rosnącą liberalizację postaw Polaków wobec seksualności, której symptomem jest większe przyzwolenie na życie w związku bez ślubu, antykoncepcję i homoseksualizm²². Co ciekawe, mimo dość znacznego sprzeciwu wobec demokratyzacji praw związków homoseksualnych, ponad dwukrotnie wzrosły odpowiedzi Polaków na pytanie, czy rodziną można nazwać związek osób tej samej płci. W roku 2006 na to pytanie odpowiedziało twierdząco 9% respondentów, a w 2013 już 23%²³, co również wskazuje na szerszą niż przed laty akceptację dla różnych form związków pozamałżeńskich.

Czynnikiem odróżniającym nastawienie do związków homoseksualnych w Polsce i w Europie Zachodniej jest prawdopodobnie bezpośredni związek większości społeczeństwa z katolicyzmem, na co wskazuje wielu badaczy tego problemu. Homoseksualizm od lat budzi niemałe kontrowersje etyczne w środowiskach definiujących się jako katolickie. Ich przedstawiciele są oburzeni ekspresją tożsamości seksualnej w przestrzeni publicznej i propozycjami ustawy legalizującej związki jedнопłciowe. Polskie społeczeństwo w przeważającej części jest katolickie, a katolicyzm definiuje homoseksualizm jako „grzech” i sprzeciwienie się Boskiemu prawu, obecnym w chrześcijańskiej antropologii, w której akcentuje się istotę dopełniania się dwóch płci zgodnie z narracją biblijną: „mężczyznę i niewiastę stworzył ich”. W mediach cytowane są najbardziej dosadne wypowiedzi katolików, interpretowane jako homofobiczne, traktowane jako bazujące na emocjach i uprzedzeniach wobec mniejszości.

W związku z powyższym warto przypomnieć oficjalne stanowisko Kościoła katolickiego na temat homoseksualizmu, wyrażone w różnych dokumentach. Katechizm Kościoła Katolickiego zwraca uwagę na „nieuporządkowane skłonności homoseksualne”²⁴, a same akty homoseksualne – za czyn godny moralnego potępienia, a więc grzeszny. Podkreśla także potrzebę „unikania oznak niesłusznej dyskryminacji” i szacunku wobec osób jedнопłciowych²⁵. Oficjalne stanowisko Watykanu zostało określone przez Kongregację Nauki Wiary *Persona humana*, gdzie zauważa się niemoralność i grzeszność czynów

²² Badanie CBOS, *Wartości i normy*, sierpień 2013, s. 7–9.

²³ Badanie CBOS, *Rodzina – jej współczesne znaczenie i rozumienie*, marzec 2013, s. 5–6.

²⁴ Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994, art. 6, „Szóste przykazanie”, poz. 2357, 2358, 2359, s. 532, <http://ekai.pl/wydarzenia/ostatnia.chwila/x22056/nauczanie-kosciola-na-temat-homoseksualizmu/>.

²⁵ Stanowisko to wyrażone jest w następującym fragmencie: „Pewna liczba mężczyzn i kobiet przejawia głęboko osadzone skłonności homoseksualne. Skłonność taka, obiektywnie nieuporządkowana, dla większości z nich stanowi trudne doświadczenie. Powinno się traktować te osoby z szacunkiem, współczuciem i delikatnością. Powinno się unikać wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji”, *ibidem*.

homoseksualnych oraz ich „nieuporządkowanie”²⁶. Z kolei obecny zwierzchnik Kościoła katolickiego, papież Franciszek, w traktowaniu problemu homoseksualizmu opowiada się za rozróżnieniem dwóch spraw: skłonności indywidualnych osób do homoseksualizmu i lobbingu na rzecz środowiska homoseksualnego, gdzie to drugie zjawisko dosadnie nazywa „złem”. Nawołuje też wiernych Kościoła katolickiego do nieosądzania homoseksualistów i sprzeciwia się ich marginalizacji społecznej²⁷. Dość często w mediach cytowane były słowa papieża z 2012 roku związane z tą kwestią: „Sądzę, że jeśli ktoś znajduje się w obliczu osoby o takiej orientacji, musi odróżnić fakt homoseksualizmu od uprawiania lobbingu, bo wszelkie lobbowanie nie jest dobre. Lobbowanie na rzecz homoseksualizmu jest złem”²⁸. Zaskoczeniem okazało się wydarzenie ze świata mediów, kiedy w grudniu 2013 roku najbardziej znane amerykańskie pismo przeznaczone dla osób homoseksualnych, „The Advocate”, uznało papieża Franciszka za Człowieka Roku 2013. Na okładce magazynu znalazło się zdjęcie papieża z cytatem z jego wypowiedzi: „Jeśli ktoś jest gejem i szuka Boga i ma dobrą wolę, kim jestem, by go sądzić?”, a na jego policzku wypisano: „No H8” („No hate”, „Bez nienawiści”). Redaktorzy pisma podkreślali, że choć papież nie zmienił nauczania Kościoła, to jednak o homoseksualistach „mówił ze współczuciem” i odpowiedział na list włoskiej grupy katolików o skłonnościach homoseksualnych²⁹.

5. Działania organizacji non-profit na rzecz mniejszości seksualnych

Do zjawisk sprzyjających rozwojowi polskiego dyskursu o homoseksualizmie (obok globalizacji, dostępu do informacji z całego świata, liberalizacji wzorów kulturowych i obyczajów) jest także aktywność tzw. trzeciego sektora,

²⁶ W dokumencie *Persona humana* znajdziemy fragment: „Albowiem ze względu na obiektywny porządek moralny stosunki homoseksualne są czynami pozbawionymi niezbędnego i istotnego uporządkowania. W Piśmie świętym są one potępione jako ciężkie nieprawości, a nawet są przedstawione jako zgubne następstwa odrzucenia Boga”, <http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WR/kongregacje/kdwiary/zbiory/t.1.27.html>.

²⁷ K. Arcimowicz, *Mężczyzna homoseksualny w zapisach Katechizmu*, [w:] K. Arcimowicz, *Obraz mężczyzny...*, s. 145.

²⁸ Dalszy ciąg powyższej wypowiedzi papieża Franciszka w samolocie z Brazylii 31 lipca 2012 r. brzmiała: „Jeśli ktoś jest homoseksualistą, poszukuje Pana Boga, ma dobrą wolę, kimże ja jestem, aby ją osądzać? (...) Katechizm Kościoła Katolickiego wyjaśnia to tak pięknie, że tych osób nie należy z tego powodu marginalizować, powinny być włączone do społeczeństwa. Problemem nie jest posiadanie tej skłonności, nie – musimy być braćmi. To jedna kwestia, inną jest natomiast lobbing (...) To jest dla mnie najpoważniejszy problem”, http://ekai.pl/wydarzenia/temat_dnia/x69268/papiez-franciszek-o-gejowskim-lobby/; <http://pl.gloria.tv/?media=485988>.

²⁹ *Papież człowiekiem roku także dla pisma LGTB*, <http://ekai.pl/wydarzenia/ciekawostki/x73653/papiez-czlowiekiem-roku-takze-dla-pisma-lgtb/>.

tworzonego przez organizacje non-profit, nienastawione na zysk, znane jako organizacje pozarządowe lub NGO (ang. *Non Governmental Organizations*)³⁰. Wiele z tych organizacji w swojej statutowej działalności wymienia nagłaśnianie problemów mniejszości seksualnych, charakteryzowanych jako LGBT (*Lesbians, Gays, Bisexualists, Transgenders*)³¹. Do najbardziej aktywnych organizacji w Polsce należą: „Kampania Przeciw Homofobii” (z liderem Robertem Biedroniem, wspominanym już posłem partii „Ruch Palikota”), „Stowarzyszenie Lambda” (z liderką Ygą Kostrzewą), „Trans-fuzja” (działająca na rzecz tzw. osób transpłciowych, czyli transseksualistów) oraz lokalne organizacje „Fundacja Równości” czy „Fabryka Równości”.

Metodami działania tych organizacji są najczęściej kampanie społeczne, debaty publiczne, konferencje tematyczne, raporty problemowe³², ale także pomoc psychologiczna, poradnictwo prawne dla osób LGBT. Organizacje wykorzystują takie nośniki informacji, jak portale internetowe, dwumiesięcznik „Replika” i *Queer Studies*. Do specjalnych, spektakularnych wydarzeń, odbywających się na ulicach Warszawy od 2010 roku, należą Parady Równości³³, praktykowane na wzór europejskich parad gejów (znanych jako *EuroPride*)³⁴ i niemieckich Parad Miłości (*Love Parade*)³⁵. Ich znakiem rozpoznawczym

³⁰ Niektóre z organizacji non-profit (działające w tzw. trzecim sektorze) posiadają status Organizacji Pożytku Publicznego (OPP), co daje im możliwość pozyskiwania funduszy na swoją działalność dzięki pieniądзом podatników, tj. mechanizmowi 1%. Fundusze zdobywają też za pomocą zbiorów publicznych, kwest, dotacji krajowych, zagranicznych oraz nowoczesnych metod fundraisingu, takich jak SMS lub wpłaty on-line ze strony internetowej danej organizacji, <http://osektorze.ngo.pl/x/631717>; A. Leszczuk-Fiedziukiewicz, *Marketing dobroczynności. Działania promocyjne polskich organizacji non-profit na przykładzie kampanii reklamowych „1%”*, [w:] *Współczesny marketing – wybrane obszary*, red. A. Rudzewicz, A. Kowalkowski, Olsztyn 2009, s. 123.

³¹ W skrócie LGBT wymienione powyżej słowo *transgenders* zastępuje wspomniane wcześniej słowo *transsexualist*, określające osoby posiadające nietradycyjne tożsamości płciowe.

³² Tematy raportów to: „Sytuacja społeczna osób LGBT, Raport za lata 2010 i 2011”, „Raport o dyskryminacji i nietolerancji ze względu na orientację seksualną w Polsce”, „Zmierzając we właściwym kierunku. Przewodnik po prawach osób LGBT w Polsce i w Europie 2011”, „Lekcja Równości. Postawy i potrzeby kadry szkolnej i młodzieży wobec homofobii w szkole”. Raporty publikuje na swojej stronie internetowej oraz bezpłatnie dystrybuuje organizacja Kampania Przeciw Homofobii, <http://www.kph.org.pl/pl/czytaj/raporty>.

³³ Parada Równości w Warszawie jest najczęściej marszem członków społeczności LGBT, odwołującej się do trzech głównych haseł rewolucji francuskiej: równości, wolności i tolerancji. Uczestnicy Parady domagali się też legalizacji związków partnerskich i ustawy antydyskryminacyjnej.

³⁴ *EuroPride*, czyli coroczna parada LGBT z okazji Christopher Street Day (CSD) w jednym z miast europejskich. Począwszy od 1991 r. European Pride Organizer's Association przyznaje tytuł *Europride* wybranemu miastu w Europie.

³⁵ Parady Miłości odbywały się głównie w Berlinie (od 1989 r.), a od 2007 r. – w miastach Zagłębia Ruhry. Początek niemieckich parad wiązał się głównie z festiwalem muzyki elektronicznej, trance, house, techno. Znakiem rozpoznawczym festiwalu był przemarsz głównymi arteriami miasta do punktu docelowego festiwalu. Przemarszowi towarzyszyły samochody ciężarowe, platformy, zapewniające nagłośnienie i oprawę świetlną. Rok 2010 był ostatnim rokiem parady z powodu tragedii; w skutek masowej paniki zostało stratomowanych 21 osób.

stał się przemarsz i przejazd na platformach ekscentrycznie przebranych homoseksualistów, transwestytów i *drag queens*. Parady te stały się miejscem manifestowania swojej tożsamości płciowej, a w opinii części społeczeństwa urosły do symbolu wydarzenia skandalizującego, ekscentrycznego i gorszącego młode pokolenie.

Każda z organizacji działających w trzecim sektorze realizuje cele statutowe na rzecz osób LGBT indywidualnie, niezależnie od siebie, jednak wiele z metod ich działania jest do siebie podobnych. Można zaliczyć do nich: poszukiwanie koncepcji na zwerbalizowanie problemu, z którym boryka się mniejszość seksualna (apele o niedyskryminację, komunikaty tożsamościowe, zachęty do *coming out*) i budowanie grup wsparcia dla członków mniejszości, mających problem z ujawnieniem swojej orientacji seksualnej. Początkowe działania organizacji mają charakter nierzadko *quasi-artystyczny* (jak np. wystawy fotografii), z czasem są w nie angażowane większe społeczności. Do kampanii społecznych o ogólnopolskim zasięgu są często zapraszane osoby publiczne, eksperci, autorytety bądź celebryci, deklarujący zrozumienie dla różnych mniejszości i potrzebę ich tolerancji. Ważną częścią aktywności jest poszukiwanie funduszy (*fundraising*) oraz partnerów biznesowych, instytucjonalnych i biznesowych, medialnych. W dobie mediów elektronicznych praktykowane są również patronaty medialne nad kampaniami (pomagające w nagłośnieniu projektów), współpraca z agencjami reklamowymi oraz różnorodne działania *public relations*.

6. Cele kampanii społecznych – oswojanie problemu czy skandal?

Nieobecny w życiu publicznym przez dekady, pozornie nienagłaśniany problem homoseksualizmu na naszych oczach urósł do rangi skandalu. Temat silnie polaryzuje Polaków na dwie frakcje, zwolenników i przeciwników związków jednopłciowych. Czy w tej sytuacji uprawnione jest mówienie o tym, że polskie kampanie społeczne próbują oswoić ten kontrowersyjny i trudny temat? I czy w naszym kraju staną się one, cytując określenie kulturoznawcy Zbyszka Melosika, „drogą do rozproszenia norm związanych z seksualnością, utrudniającą marginalizowanie mniejszości seksualnych”³⁶?

Liczne próby określenia roli reklam społecznych w kulturze wskazują, że różnią się one od reklam komercyjnych tym, że nie zachęcają do kupienia produktu lub usługi, ale chcą nagłośnić ważny społecznie problem. Reklamy o charakterze społecznym (często nazywane reklamami publicznymi

³⁶ Z. Melosik, op. cit., s. 47.

lub non-profit³⁷) mają na celu, po pierwsze, skłonienie do refleksji nad zachowaniami, po drugie, uwrażliwienie na potrzeby różnych grup społecznych, po trzecie, realizują funkcję prewencyjną, ostrzegając przed negatywnymi skutkami zachowań, w końcu po czwarte, apelują o przekazanie pieniędzy na potrzeby organizacji humanitarnych lub społecznych³⁸.

Jak pokazuje historia reklam społecznych, wiele z nich kieruje się podobnymi co reklamy komercyjne metodami perswazji, tak w warstwie językowej, jak i obrazowej. Znaczący temat analizujący fenomen reklam społecznych w Polsce podkreśla, że charakteryzują je „bardziej oszczędne (niż w reklamie komercyjnej) wizualne środki wyrazu, tonacja czarno-biała, apelowanie do takich emocji, jak strach, wzruszenie (...) intencja wywołania dysonansu, zgrzytu, sprawianie, by odbiorcy poczuli konieczność zrobienia czegoś dobrego”³⁹.

Zastosowanie w reklamie społecznej metody szoku stało się normą. Klasykiem szoku w reklamie w latach dziewięćdziesiątych XX wieku był Włoch, Oliviero Toscani, który projektował plakaty i bilbordy reklamowe dla firmy Benetton, promującej odzież marki „United Colours of Benetton”. Jego reklamy, poruszające tematy rasizmu, dyskryminacji, konfliktów zbrojnych, roli religii we współczesnym świecie, wzbudzały wiele kontrowersji⁴⁰ i zapoczątkowały obecne do dziś dyskusje o skuteczności szoku w przekazie reklamowym.

Do dziś stanowiska dotyczące stosowania tej techniki perswazyjnej są podzielone. Argumentem za tym, że szok bywa skuteczny, jest przekonanie, że już samo wywoływanie silnych, a zwłaszcza negatywnych emocji, jest efektywnym narzędziem perswazji⁴¹. Jak twierdzą psychologowie zajmujący się percepcją przekazów reklamowych, przesłanie reklam społecznych może wywołać w odbiorcy stan pobudzenia, a że jest on na tyle nieprzyjemny (lęk, złość, oburzenie, protest), może doprowadzić do potrzeby jego redukcji. Odbiorca reklamy podejmuje więc działanie w postaci zmiany dotychczasowego zachowania, do którego odwołuje się reklama społeczna. Przeciwnicy stosowania szoku w reklamie twierdzą z kolei, że nie jest on skuteczny, ponieważ przeszkadza odbiorcy w zapamiętaniu przekazu. Co prawda, dochodzi do napięcia wywołanego przez negatywne emocje, ale sposobem na ich redukcję może być odrzucenie treści komunikatu. Do tego, silniejsze wywołanie emocji powoduje, że odbiorca nie widzi konieczności zajęcia się przedstawianą w reklamie kwe-

³⁷ *Propaganda Dobrych Serc, czyli rzecz o reklamie społecznej*, red. D. Maison, P. Wasilewski, Kraków 2002, s. 9.

³⁸ A. Leszczuk-Fiedziukiewicz, *Reklama jako element komunikacji z konsumentami*, [w:] eadem, *Rodzina w polskiej reklamie telewizyjnej po przełomie 1989 roku*, Toruń 2009, s. 55.

³⁹ *Ibidem*, s. 56.

⁴⁰ M. Lisowska-Magdziarz, *Historia reklamy telewizyjnej*, „Aida-media” 1997, nr 10, s. 30–33, „Aida-media” 1997, nr 11, s. 30–32; O. Toscani, *Reklama. Uśmiechnięte ścierwo*, Warszawa 1997.

⁴¹ A. Konieczna, *Szok narzędziem kampanii społecznych*, Wrocław 2010, s. 5.

stia, a nawet może tłumaczyć sobie, że „ten problem dotyczy tylko marginesu społecznego, a więc z pewnością nie jego samego”⁴². Kolejnym przywoływanym argumentem jest to, że komunikat, zamiast poruszać sumienia odbiorców, może stać się przedmiotem drwin i żartów, czego przykłady były dostrzegalne po kampanii „Powstrzymać przemoc domową”, której wyrazistym symbolem była „Niebieska Linia”, pomagająca kobietom i dzieciom, ofiarom przemocy⁴³.

W Polsce reklamy szokujące funkcjonują od kilkunastu lat. Znaczący temat wytykają wstrzeźliwość polskich *copy-writerów* w porównaniu z ich kolegami ze światowych agencji reklamowych. Tam już od wielu lat obecne są w mediach reklamy niesmaczne, z obrazami owrzodzonych ciał, zepsutych zębów czy kalekich kobiet⁴⁴. Popularność tej metody perswazyjnej doprowadziła do wyodrębnienia specyficznego gatunku reklamy znanej jako *shockvertising*⁴⁵. Jest to określenie reklamy wykorzystującej motyw powszechnie uważane za ryzykowne, wzbudzające mieszane uczucia, dotyczące tematów na granicy tzw. dobrego smaku (często związane z seksem, pornografią, przemocą, strachem i silnymi emocjami).

Pierwszą, zakrojoną na szeroką skalę, kampanią społeczną w latach dziewięćdziesiątych była wspomniana już wcześniej „Niebieska Linia” (1997), skoncentrowana na pomocy rodzinie dotkniętej przemocą⁴⁶. Inne, również ogólnopolskie kampanie, dotyczyły stosowania przemocy i kar fizycznych przez rodziców, tak jak np. „Dzieciństwo bez przemocy” (2001), „Kocham. Nie biję”⁴⁷, wykorzystywania seksualnego dzieci – „Zły dotyk” (2002)⁴⁸, a przez ostatnie lata zagrożeń wynikających z używania internetu („Dziecko w sieci”, „Nigdy nie wiadomo kto jest po drugiej stronie”, „Internet to okno na świat. Cały świat”⁴⁹). Obok kontrowersji związanych z takimi newralgicznymi społecznie

⁴² *Propaganda Dobrych Serc...*, s. 34.

⁴³ Po ekspozycji kampanii pojawiły się aluzje do reklam z posiniaczoną kobietą i pobitym dzieckiem, powstawały nowe reklamy – wynik twórczości indywidualnych odbiorców – z mężczyznami jako bohaterami drwiącymi z przesłania kampanii. Dokonano zmiany bohaterów, pobitym członkiem rodziny był mężczyzna, który wyjaśniał motyw agresji żony: „Bo futro było za tanie”, „Bo wypłata była za mała”.

⁴⁴ M. Rydzik, *Szkoodporni*, „Marketing & more” 2008, nr 11.

⁴⁵ A. Konieczna, op. cit., s. 9.

⁴⁶ A. Leszczuk-Fiedziukiewicz, op. cit., s. 55.

⁴⁷ W kampanii wzięły udział osoby znane ze świata muzyki, filmu, sportu, które w reklamach pokazały się razem ze swoimi dziećmi, byli to: Anna Przybylska, Anna Wyszkon, Paweł Królikowski; hasła kampanii: „Kocham nie biję”, „Kocham. Nie krzyczę”, „Kocham. Reaguję”, „Kocham. Mam czas”, <http://kochamniebiję.pl/>.

⁴⁸ M. Sajkowska, *Medialny obraz problemu wykorzystywania seksualnego dzieci*, [w:] *Dziecko we współczesnej kulturze medialnej*, red. B. Łaciak, Warszawa 2003, s. 112.

⁴⁹ Wszystkie te kampanie przygotowała organizacja „Fundacja Dzieci Niczyje”, <http://fdn.pl/kampanie-społeczne>.

tematami jak dziecko, ochrona jego godności, pojawiło się dużo reklam zewnętrznych, dotyczących bezpieczeństwa na drogach, skierowanych do kierowców samochodów. Apele takich reklam niemal jednoznacznie atakowały odbiorców mocnymi sloganami i okrutnymi obrazami. Odwoływały się do tragicznych skutków zbyt szybkiej lub nieostrożnej jazdy. Zamiast prośb o odpowiedzialne zachowania za kierownicą, reklamy stosowały symbole wypadków samochodowych: trumna, czarny worek z ciałem na jezdni (z minimalistycznym perswazyjnie tekstem: „Twoje życie, twoje ciało, twój wybór”). Inne reklamy, trochę mniej drastyczne, pokazywały konsekwencje wypadków: pobyt w szpitalu lub kalectwo, prezentując jednoznaczne przedmioty, takie jak kule (ze sloganem: „Twoja nowa laska”), kroplówka w szpitalu („Twoje nowe drinki”) czy wózek inwalidzki („Twoja nowa bryka”⁵⁰).

7. Kampanie z wizerunkiem osób homoseksualnych – apelujące czy integrujące?

Nośnikami treści w kampanii społecznej są nie tylko reklamy społeczne emitowane w telewizji lub drukowane w prasie, reklamy zewnętrzne (outdoorowe), czyli billboardy, *citylights*, ale też specjalnie zaprojektowane strony internetowe i działania *public relations*⁵¹. Wiele z tych działań było zastosowanych przez polskie kampanie dotyczące związków homoseksualnych, których treść i formę chciałabym zanalizować w tej publikacji. Do zbadania sensów zastosowanych w kampaniach używam metodologii analizy treści przekazów medialnych (*content analysis*)⁵². Materiałami badawczymi były: billboardy, ulotki i broszury, spoty reklamowe (tradycyjne i elektroniczne), strony internetowe organizacji non-profit, materiały dziennikarskie, specjalistyczne wortale poświęcone działalności organizacji NGO, portale branżowe zajmujące się *public relations* (komentując kampanie społeczne), portale internetowe powiązane ze środowiskiem osób LGBT.

⁵⁰ Większość wymienionych kampanii społecznych można zobaczyć na stronach internetowych: <http://www.kampaniespoleczne.pl/>; <http://www.wirtualnemedial.pl/wiadomosci/reklama/kampanie-spoleczne>; <http://www.csrinfo.org/pl/component/customproperties/tag/Tagi-Kampanie%20spoleczne?tagId=32>.

⁵¹ Za metody *public relations* znawcy tematu uważają wszelkiego typu wydarzenia, koncerty, happeningi (*events*) oraz konferencje, warsztaty oraz publikacje tematyczne i artykuły w popularnych mediach tradycyjnych i elektronicznych.

⁵² Metodologia badania treści przekazów medialnych (*content analysis*) została opisana przez medioznawcę, prof. T. Gobana-Klasa, *Media i komunikowanie masowe. Teorie i analizy prasy, radia, telewizji i Internetu*, Kraków 2001, s. 56–57.

Dla uporządkowania polskich kampanii społecznych z wizerunkiem osób homoseksualnych dokonałam następującej kategoryzacji:

- 1) kampanie diagnozujące dyskryminację,
- 2) kampanie tożsamościowe,
- 3) kampanie z rodzicami osób homoseksualnych,
- 4) kampanie z apelem osób wykluczonych.

7.1. Kampanie diagnozujące dyskryminację

Przykładem tej kategorii jest projekt „Każdy inny – wszyscy równi”, realizowany przy pomocy Rady Europy w latach 2006–2007⁵³. Jej autorzy postawili sobie za cel „przezwyciężanie dyskryminacji” oraz „dialog międzyreligijny i międzykulturowy”. Metodą perswazji była wystawa zdjęć w Austriackim Forum Kultury w Warszawie (w dniach 5–14 marca 2007 roku), wycinków prasowych i filmów wideo dotyczących przejawów homofobii w Polsce. Innym elementem kampanii była akcja „Tydzień przeciw homofobii”, gdzie za pomocą strony internetowej i plakatów jej autorzy próbowali zwrócić uwagę na zjawisko homofobii.

Dość agresywnie wyglądał język tej kampanii. Nadawcy poprzez treści zawarte w plakatach i na stronie internetowej postawili wiele zarzutów polskiemu społeczeństwu, używając takich stwierdzeń, jak: „w Polsce panuje nietolerancja, nienawiść, smutek”, „osoby homoseksualne i transpłciowe są dyskryminowane”. Większość tez nie została poparta żadnymi danymi ani też wypowiedziami osób, tylko uogólnieniem: „czołowi politycy rządowej partii stwierdzają, że wszyscy homoseksualiści to pedofile”. Nadawcy zarzucają też „regularną mowę nienawiści z ust czołowych polityków”, nie wyjaśniając znaczenia neologizmu językowego, jakim jest wymieniona „mowa nienawiści”. Osoby dociekliwe mogłyby jednak znaleźć w źródłach internetowych definicję prawną „mowy nienawiści”⁵⁴, bardziej znaną w języku administracyjnym Rady Europy, ale nie zmienia to faktu, że zarzuty pomysłodawców kampanii nie zawierają istotnego meritum.

⁵³ Kampania miała zwracać uwagę na problemy osób o różnym pochodzeniu etnicznym i narodowym, niepełnosprawnych, imigrantów, kobiet, mniejszości seksualnych, osób ubogich; program był koordynowany przez Komisję Europejską i Europejskie Forum Młodzieży, <http://wiadomosci.ngo.pl/x/247082>.

⁵⁴ W języku prawniczym Rady Europy można znaleźć określenie „mowy nienawiści” rozumianej jako „każda forma wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości, migrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów” (załącznik do rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (97) 20, przyjętej 30 października 1997 r.), hasło: „mowa nienawiści”, <http://rownosc.info/rownosc.php/dictionary/item/id/482>.

Kondycja polskiego społeczeństwa opisana na stronie internetowej kampanii nie jest przedstawiona w różowych kolorach. W cytowanym raporcie z badań wymienione są jeden po drugim takie postawy społeczne, jak: „dyskryminacja i wykluczenie”, „rosnąca nietolerancja i wykluczenie”, „przemoc fizyczna i psychiczna”. Te zachowania nie są jednak sprecyzowane ani poparte przykładami. Stoją za nimi sloganowe zjawiska, prawdopodobnie mające na celu wzmożenie zwiększenia napięcia wokół omawianego zjawiska. Kolejna grupa zarzutów wobec polskiego społeczeństwa dotyczy homofobii, zdiagnozowanej za pomocą wspomnianego wcześniej synonimu „mowa nienawiści”, która jest „manifestowana w wielu formach obraźliwych i znieważających”.

Do motywu obrażania przedstawicieli mniejszości seksualnych nawiązują dwa plakaty, jeden przedstawiający kobietę, drugi mężczyznę, z wyeksponowanymi w pierwszym tle hasłami: „Lesba! / Peđa!”, „słyszę to codziennie”⁵⁵. Pochodzące z tego plakatu hasło „Nienawiść boli” ponownie kieruje uwagę odbiorcy na destrukcyjną emocję („nienawiść”) i uczucie osób pokrzywdzonych („boli”). Mamy tu do czynienia z zastosowaniem kontrastu, ponieważ na początku nadawca operuje wulgarnym i przejąskrawionym językiem („lesba”, „peđa”), potem wprowadza zabieg „uczłowieczenia” osoby homoseksualnej, podkreślający stan uczuciowy, w tym przypadku smutek i upokorzenie: „słyszę to codziennie”. Mimo to internetowy plakat staje się aktem oskarżenia wobec ludzi dzięki zestawieniu potocznych wulgaryzmów i intymnego wyznania.

7.2. Kampanie tożsamościowe

W drugiej kategorii mamy do czynienia z kampanią „Niech nas zobaczą” (2003)⁵⁶. Jej metodą było zamieszczenie – najpierw w galeriach artystycznych, potem na billboardach w niektórych miastach Polski: Warszawie, Krakowie, Gdańsku, Sosnowcu i Lublinie – 30 zdjęć par homoseksualnych. Zdjęcia autorstwa Karoliny Breguły przedstawiały pary tej samej płci trzymające się za ręce, z wyraźnie umiejscowionym na pierwszym tle hasłem kampanii: „Niech nas zobaczą”.

W kwestii zastosowanego języka uwagę zwraca już samo hasło. Partykuła „niech” służąca do tworzenia trybu rozkazującego sugeruje pewnego rodzaju przymus, jakiemu są poddani potencjalni odbiorcy. Odnosi się również do funkcji magicznej języka, gdzie słowo „niech” zaczarowuje rzeczywistość i zmienia ją. Wykorzystanie zaimka „nas” wskazuje na nadawcę zbiorowego, grupę mniejszościową. Implikuje jeszcze tezę mówiącą o tym, że „zobaczenie” staje się momentem przełomowym. Postulat grupy, ich prośba i apel „Niech nas zobaczą” ma być symbolicznym przełomem stosunku mniejszości do więk-

⁵⁵ <http://www.stophomofobia.kph.org.pl/stophomofobia/>

⁵⁶ http://www.kph.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=30

szości. Słowo „zobaczą” wskazuje na ważny moment odkrycia się przed społeczeństwem. „Niewidzenie” kojarzy się tu nie tyle z tajemnicą owianą sferą seksualną. Nacisk stawia się raczej na niewiedzę rozumianą jako nieznanomość rzeczy, prowadzącą do schematycznego myślenia o ludziach, którzy żyją „inaczej” niż pary heteroseksualne. Hasło „Niech nas zobaczą” jest też krzykiem o akceptację, formą bezsilności w ukrywaniu swojej tożsamości. Owe „zobaczenie” ma prawdopodobnie symbolicznie zakończyć produkowanie pogłosek, plotek i stereotypów. Poza tym, psychologowie społeczni dawno już zauważyli, że podział świata na „my – oni” wprowadza bardzo silną biegunowość i kontrast jednocześnie. „Oni” mają zobaczyć „nas”, jesteśmy z dwóch innych światów, do tej pory mało sobie przyjaznych. Kampania ma na celu to zmienić. Kampania „Niech nas zobaczą”, zdaniem Agnieszki Limury, jest przykładem zjawiska nazwanego przez nią „metamorfozą pojęć małżeństwa i związków tej samej płci”. Prezentacja par trzymających się za ręce jest według badaczki symbolicznym gestem świadczącym o uczuciu i zaangażowaniu emocjonalnym osób tej samej płci. Jest to jedna z symbolicznych form budowania analogii między związkami heteroseksualnymi i homoseksualnymi. Klamrą spinającą dwa typy tak różnych od siebie związków stają się silne emocje i poczucie głębokiej więzi, rozumiane przez autorkę jako „rama miłości”⁵⁷. W wielu przekazach medialnych (tak jak w tej kampanii) dochodzi do konstruowania podobieństwa znaczeniowego między małżeństwem a związkiem homoseksualnym, którego cechą wyróżniającą jest stan uczuciowy dwóch osób. Można dyskutować z tym twierdzeniem, jednak konsekwentnie pary jedнопłciowe chcą, zwłaszcza w krajach Europy Zachodniej, realizować funkcje rodzinne, wspólnie prowadzić gospodarstwo domowe i wychowywać dzieci.

Kolejnym przykładem przekazów z kategorii „Kampanie tożsamościowe” jest akcja „Jestem gejem. Jestem lesbijką. Poznaj nas” (2003–2004). Była ona skierowana do studentów, rodziców i nauczycieli, i polegała na uświadczeniu, czym jest homoseksualizm⁵⁸. Miały temu służyć debaty przeprowadzone na dziewięciu uniwersytetach w kraju (w Warszawie, Lublinie, Białymstoku, Gdańsku, Krakowie, Poznaniu, Wrocławiu, Łodzi i Katowicach) oraz strona internetowa przeznaczona zarówno dla rodziców osób homoseksualnych, jak i nauczycieli, z propozycjami konspektów lekcji o homoseksualności. Ważną cechą tej strony była możliwość skontaktowania się z psychologami i seksuologami, udzielającymi porad na tematy związane z odmiennością seksualną, będącą problemem w komunikacji międzypokoleniowej. Hasło kampanii ma charakter wyraźnie tożsamościowy, obok konkretnej deklaracji znajduje się za-

⁵⁷ A. Libura, *Metamorfoza pojęć ważnych społecznie. O próbach zmiany pojęcia małżeństwa w dyskursie na temat homoseksualizmu*, [w:] *Ideologie codzienności*, red. I. Kamińska-Szmaj, T. Piekota, M. Poprawa, Wrocław 2009, s. 285.

⁵⁸ http://www.kph.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=31

chęta „poznaj nas”. Brzmi ono jak oferta towarzyska, ale widać w nim postawę otwartości, chęć powiedzenia czegoś nie o jednostce, ale o grupie społecznej. Efektem kampanii jest tożsamość zbiorowa.

Owocem tej kampanii było przygotowanie w roku 2005 specjalnego poradnika, który pomagałby rodzicom w rozmowach ze swoimi homoseksualnymi dziećmi, a także nauczycielom pragnącym przybliżyć temat na lekcjach wychowawczych. Książka pt. *Jestem gejem. Jestem lesbijką. Komu mogę o tym powiedzieć?* zawiera w sobie scenariusze lekcji i motywy przewodnie rozmów dotyczących tematów wstydu, skrępowania w ujawnianiu swojej orientacji seksualnej i silnej potrzeby zdefiniowania swojej odmienności. Podtytuł poradnika *Komu mogę o tym powiedzieć?* wskazuje na pragnienie opowiedzenia o swojej inności w sposób bezpieczny, niewywołujący stygmatyzacji w środowisku. Pytanie nie wydaje się być retoryczne, ponieważ w poradniku znalazły się informacje o organizacjach pozarządowych, które zachęcają do udziału w ich projektach.

Następny, dosyć odważny projekt, przygotowany przez Kampanię Przeciw Homofobii, odwoływał się do tożsamości osób z grupy mniejszościowej, czujących osamotnienie w mówieniu o swojej orientacji seksualnej, kłopotliwej w ich najbliższym środowisku. Kampania z 2007 roku, nosząca tytuł „Nie jesteś sama, nie jesteś sam”, stawiała sobie za cel, z jednej strony, funkcję integracyjną i formę wsparcia osób obawiających się *coming out*, z drugiej zaś funkcję mniej ważną – uświadomienie społeczeństwu, że nie składa się ono tylko z osób heteroseksualnych⁵⁹. I chociaż akcja plakatowa nie miała charakteru masowego (pojawiło się 500 plakatów na 93 słupach), wzmocniono ją akcją ulotkową w Toruniu i Trójmieście. Ciekawostką były problemy w realizacji akcji w Bydgoszczy, gdzie firma odpowiedzialna za wypożyczenie przestrzeni reklamowych na plakaty wycofała się z projektu. Prawdopodobnie z obawy o swój wizerunek nie chciała być związana z inicjatywą mniejszości seksualnych.

W kampanii społecznej „Nie jesteś sama...” zdecydowano się na skonstruowanie przekazu posiadającego dwie części: tożsamościową i integracyjną. W pierwszym hasle położono nacisk na dwuczłonową tożsamość; jedną – określającą tożsamość płciową, i drugą – tożsamością zawodową. Nowością, w porównaniu do wcześniejszych kampanii, jest podpisanie się narratorów plakatów swoim imieniem i podanie pod nim swojego miejsca zamieszkania w postaci małej miejscowości lub regionu („Bydgoskie”). Wyznania o charakterze tożsamościowym to: „Jestem farmaceutką. Jestem lesbijką”, „Jestem dentystką. Jestem lesbijką”, „Jestem lekarzem. Jestem gejem”, „Jestem studentem. Jestem gejem”. Poniżej tych haseł na plakacie znajduje się zdjęcie osoby wykonują-

⁵⁹ http://www.kph.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=34

cej swoją pracę (dentystka obsługuje pacjenta na fotelu dentystycznym, lekarz zajmujący się chorym pacjentem).

Druga część komunikatu ma charakter integracyjny, na co wskazuje podanie liczby osób o podobnej orientacji seksualnej, zamieszkujących duże miasta, jak Toruń, Bydgoszcz, Trójmiasto. Prawdopodobnie przekaz tej kampanii jest adresowany do osób homoseksualnych z małych miejscowości, obawiających się *coming outu*. Plakaty informują o większej grupie w dużym mieście, sprzyjającym większej liberalizacji obyczajów. Stwierdzenia typu: „W Toruniu jest nas prawie 8 000”, „W Trójmieście jest nas ponad 30 000” wydają się mieć charakter czysto informacyjny. Poprzez zastosowanie frazy „JEST NAS” akcentuje się funkcjonowanie wspólnoty, co może być pozytywnym sygnałem dla osób osamotnionych z powodu swojej orientacji seksualnej. Potwierdzałyby to socjologiczna definicja mniejszości (przywoływana wcześniej), akcentująca poczucie izolacji od innych żyjących w odmienny sposób wyniki analiz prowadzonych przez organizacje non-profit pomagające osobom LGBT. Plakaty i ulotki akcji „Nie jesteś sam, nie jesteś sama” nie są jednoznaczne, jednak dla osób zainteresowanych czytelne. Duże miasta, w przeciwieństwie do małych miejscowości, stają się miejscami skupiającymi różne grupy mniejszościowe i dają szansę na poznanie podobnych osób.

Najciekawszym zastosowanym tu zabiegiem perswazyjnym jest zestawienie neutralnych zdjęć z bardzo odważnym przesłaniem. Wizerunki kobiet i mężczyzn zajmujących się profesją mogłyby stanowić treść informacji dziennikarskich lub reklam komercyjnych. Wzmocnienie przekazu deklaracją o orientacji homoseksualnej przynosi szokujący efekt. Nowy i trudny temat został pokazany dosyć subtelnie, bez odwoływania się do (zdiagnozowanej we wcześniejszych kampaniach) „mowy nienawiści” czy kierowania zarzutów o dyskryminację. To kolejna już próba „uczłowieczenia” wizerunku osób posądzanych przez społeczeństwo o dewiację i perwersję. Kampania ta buduje swoje przesłanie na ukrytej między wierszami informacji: homoseksualiści żyją wśród nas, wykonują typowe zawody, są częścią społeczeństwa, co więcej, tworzą jego swoistą tkankę, ujawniając się w większych miastach sprzyjających tolerancji różnorodnych stylów życia.

W innej kampanii z 2013 roku pod nazwą „Spoko, ja też!” już w nazwie widać adresata, którym jest młodzież, o czym świadczy wykorzystanie potocznego słowa „spoko”. Ważnym działaniem komunikacyjnym było zaangażowanie celebrytów w przebieg kampanii. W myśl znanej w *public relations* metody wykorzystania osób lubianych i szanowanych do poparcia pewnej idei, polscy celebryci zajęli się propagowaniem tolerancji i deklarowali wsparcie mniejszości seksualnych. Wśród nich znalazły się gwiazdy programów telewizyjnych (Karolina Korwin-Piotrowska, Michał Piróg) i popowe piosenkarki (Edyta Górniak, Natalia Lesz, Dorota Rabczewska, znana pod pseudonimem „Doda”). Akcja w oczach jej inicjatorów miała być „odpowiedzią na przemoc

i dyskryminację, której doświadcza młodzież LGBT”⁶⁰. Po sposobie narracji filmików wideo, emitowanych co tydzień, można wysnuć wniosek, że jej celem jest udzielenie wsparcia młodym reprezentantom mniejszości seksualnych (nazwanych tu „młodzieżą LGBT”) i przekazanie, że w doświadczeniach z homoseksualizmem nie są osamotnieni, a ich orientacja nie jest powodem do wstydu, a przede wszystkim nie usprawiedliwia dyskryminowania przez innych. Stacja telewizyjna MTV występuje tu w roli rzecznika organizatora kampanii, deklarując na swojej stronie internetowej: „MTV zawsze wspierało środowiska LGBT w walce o równouprawnienie i tolerancję, dlatego też w pełni popiera działania KPH. Miło nam poinformować, iż MTV Polska została patronem strategicznym akcji «Spoko, ja też» (więcej informacji pod adresem www.mtv.pl/kph). Dzięki krótkim filmikom emitowanym w MTV w ciągu 4 dni i dostępnym na stronie internetowej można było usłyszeć narrację młodych ludzi, opowiadających o własnej orientacji seksualnej i zdecydowaniu się na «coming out»”⁶¹. Poprzez wybranie bardzo młodych narratorów i użycie młodzieżowego języka kampania ma charakter wspólnotowy, integracyjny i socjalizacyjny. Fraza w hasle „ja też!” oznacza w tym kontekście „nie tylko ty, jest nas więcej”. Po jednej stronie znajdują się ci, którzy odważyli się zaakceptować i ujawnić swoją odmienność, przeszli drogę „wyjścia z szafy”, po drugiej stronie – jako potencjalni odbiorcy kampanii – młode osoby wstydzące się swoich skłonności, bez poczucia akceptacji w najbliższym środowisku. To już kolejna kampania wyraźnie postulująca budowanie wspólnoty grupy mniejszościowej.

7.3. Kampanie z rodzicami osób homoseksualnych

W tej kategorii mamy do czynienia z kampaniami, do których zaproszono rodziny osób homoseksualnych. Kampania z 2013 roku pod nazwą „Rodzice, odważcie się mówić” była bardzo mocno nagłośniona w ogólnopolskich mediach, ale i wzmocniona artykułami i wywiadami w poczytnych magazynach o charakterze społecznym⁶². Do metod kampanii należały dwie edycje akcji plakatowych oraz przygotowanie strony internetowej. W pierwszym etapie wyeksponowano plakaty w 140 lokalizacjach w 5 ośrodkach miejskich (Warszawie, Krakowie, Poznaniu, Wrocławiu i w Górnośląskim Okręgu Przemysłowym). W drugiej edycji, w kolejnych miastach Polski (Bydgoszczy, Częstochowie, Gdańsku, Lublinie, Olsztynie i Rzeszowie), oprócz akcji plakatowej pojawiły się 10-sekundowe spoty na ekranach LCD przy kasach PKP. Wspomniana

⁶⁰ *Spoko, ja też! MTV w kampanii przeciw homofobii*, <http://www.wirtualnemedi.pl/arttykul/spoko-ja-tez-mtv-w-kampanii-przeciw-homofobii-wideo>.

⁶¹ <http://www.mtv.pl/newsy/30365-spoko-ja-tez/special>

⁶² Specjaliści zajmujący się tą branżą nazywają ten segment pism „life-stylowy”, <http://www.odwazciesiemowic.pl/>.

strona internetowa www.OdwazcieSieMowic.pl zawierała podstawową wiedzę na temat homoseksualności, a także stwarzała możliwość nawiązania kontaktu internetowego z innym rodzicem mającym podobne doświadczenie.

Kampania jest pionierska, ponieważ po raz pierwszy w polskiej przestrzeni publicznej pojawili się ojcowie i matki homoseksualistów i lesbijek. Od samego początku wzbudzała kontrowersje w wielu miastach Polski, co relacjonowały i nagłaśniały ogólnokrajowe media⁶³. Wyjątkowa stała się głównie z powodu adresowania jej do starszego pokolenia. Co prawda, odbiorcy nie przedstawia się widoku intymnego zwierzenia rodziców, którzy wstydzą się przyznać, że ich dziecko wybrało odmienną orientację seksualną, a oni nie chcą lub nie umieją tego faktu zaakceptować. Byłaby to pewnie część prawdy o rodzicach wychowanych w tradycyjnych społeczeństwach, zdominowanych przez związki heteroseksualne, gdzie inne rozwiązania były traktowane jako odstępstwa od kulturowej normy.

Twarzą kampanii, przyciągającą najwięcej medialnej uwagi, był aktor teatralny i filmowy, Władysław Kowalski (prawdopodobnie znany bardziej średniemu pokoleniu widzów). Pojawiając się na plakatach przy boku swojego syna Kuby, precyzyjnie określił swoją tożsamość: „ojciec geja” i tą autodefinicją zamaniestował akceptację jego odmiennego stylu życia. Dodał też: „Mój syn nauczył mnie, jak ważne jest być sobą”. Treść przesłania stała się czytelna w zestawieniu z innymi plakatami. Wyznania kolejnych rodziców miały tę samą konwencję: „Moja córka nauczyła mnie odwagi”, „Córka nauczyła nas mówić otwarcie”. Wydały się one nienaturalne i przesadnie szczere, bo odbiorcę w pierwszym kontakcie spotyka zdziwienie wyznaniem nadawców. „Odwaga, by mówić”, „odwaga, by mówić otwarcie” jest przecież wtórna wobec akceptacji wyboru dziecka. Przekaz kampanii może być też adresowany do rodziców, którzy nie akceptują życiowych wyborów swoich dzieci. Zaskakujące wyznanie rodziców dalekie jest od tego, by epatować poczuciem wstydu i wykluczenia. Prawdę mówiąc, same plakaty odwracają uwagę od homoseksualności jako takiej. Ani w deklaracjach rodziców, ani w zachowaniu dzieci (które z uśmiechem obejmują rodzica, nic nie mówiąc) nie ma agresji słownej, nie ma oskarżenia o dyskryminację, jakiej mogliby doświadczać. Czyżby dzięki temu zabiegowi Kampania Przeciw Homofobii odniosła sukces w „ociepleniu” wstydliwego tematu i pokazaniu go w pozytywnym świetle rodzinnych więzi?

Przesłanie tej kampanii odwołuje się do funkcji wychowawczej rodziny, ale zastosowano w niej zabieg przeniesienia znaczenia relacji rodzinnych. To nie rodzice pokazują dziecku świat i uczą norm kulturowych pomagających w socjalizacji. To dorosłe dziecko uczy rodzica (ojca, matkę) nowych wartości i zachowań wynikających z wyboru swojej orientacji seksualnej. Pełna akcep-

⁶³ <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/pawlowicz-o-akcji-rodzice-odwazcie-sie-mowic-to-molestowanie-i-zgorszenie,308912.html>

tacja dziecka przez rodzica integruje rodzinę, ponieważ rodzice przyznają się publicznie, że dzięki swoim dzieciom stali się ludźmi zupełnie innymi, odważnymi, mówiącymi o tematach uznawanych w społeczeństwie za wstydlive tabu. Stawia to relację rodzinną w zaburzonym układzie pozycji ról rodzinnych. Seksualne wybory dzieci kształtują ich rodziców, wprowadzając w życie rodziców nowe kategorie i doświadczenia, których jak dotąd nie znali lub byli ich pozbawieni. Młodzi stają się wychowawczymi mentorami starszego pokolenia.

Innowacyjna, bo po raz pierwszy zastosowana w polskich kampaniach społecznych, jest autodefinicja osób dorosłych. Pod każdym ze zdjęć (matki z córką, rodziców z córką, ojca z synem) pojawia się podpis: „matka lesbijki”, „rodzice lesbijki”, „ojciec geja”. Ten zabieg językowy można odebrać jako aluzję do nastawienia Polaków do homoseksualizmu, o czym była mowa wcześniej (chodzi o wynik badania opinii publicznej CBOS z 2013 roku, gdzie ponad 50% respondentów zadeklarowało, że nie akceptuje ekshibicjonizmu związków homoseksualnych). Przyznanie się do tego typu tożsamości (rodzic, matka geja/lesbijki) staje się symbolicznym zdjęciem piętna społecznego, związanego z nieakceptacją związków jednopłciowych, głównie przez pokolenie osób dorosłych.

Kampania „Rodzice, odważcie się mówić” odbyła się w 2013 roku, a rok wcześniej miało miejsce dość znaczące wydarzenie medialne, które również dotyczyło tolerancyjnej postawy rodzica wobec homoseksualności swojego dziecka. Chodzi o przypadek Agnieszki Holland, znanej w Polsce i na świecie reżyserki filmowej⁶⁴. Podczas polskiej premiery filmu „Janosik. Prawdziwa historia” w marcu 2012 roku Agnieszka Holland zrobiła zdjęcie przed fotoreporterami z córką, Katarzyną Adamik. Niedługo potem córka dokonała publicznego *coming out* w wywiadzie opublikowanym przez magazyn „Viva”, gdzie wyznała: „Zakochałam się w kobiecie. To nie jest tajemnica, ale w naszym kraju stanowi ciągle coś egzotycznego”⁶⁵. Wówczas nie podała nazwiska partnerki z uwagi na szacunek wobec jej prywatności. Jej życiową partnerką okazała się operatorka filmowa Olga Chajdas, z którą wspólnie udzieliły wywiadu „Vivie” w 2013 roku, i pokazała się w telewizyjnym programie⁶⁶. Adamik była nie tylko asystentką matki w „Janosiku...” czy „W ciemności”, stawiała też pierwsze kroki w reżyserii własnych projektów („Boisko bezdomnych”) lub realizowanych z partnerką (np. spektakl na podstawie adaptacji książki Mariusza Szczygła *Zrób sobie raj*). Nagłośnieniu tematu związku lesbijskiego sprzyjały wywiady w prasie i telewizji, w których Holland opowiadała o swojej

⁶⁴ Reżyserka filmowa, od kilkunastu lat mieszkająca za granicą, we Francji, znana z filmów „Gorączka”, „Kobieta samotna”, „Plac Waszyngtona”, „Kopia mistrza”, „Europa, Europa”, „W ciemności”, „Gorejący krzew”, reżyserka wielu seriali telewizyjnych, m.in. „Ekipa”, <http://culture.pl/pl/tworca/agnieszka-holland>.

⁶⁵ *Teraz jest mi fajnie!*, „Viva” 2012, nr 5, s. 64–69, http://polki.pl/viva_artykul.

⁶⁶ <http://pytanienasniedanie.tvp.pl/10732108/rozmowa-z-alicja-kasia-adamik-i-olga-chajdas>

akceptacji mniejszości seksualnych. Po pewnym czasie Agnieszka Holland udzieliła wywiadu zbulwersowana polityczną decyzją polskiego rządu o odrzuceniu projektów ustawy o związkach partnerskich.

Z pozycji osoby obserwującej pojawianie się tematu homoseksualizmu w różnego typu mediach można wywnioskować, że omówione powyżej wywiady z Agnieszką Holland i Władysławem Kowalskim pośrednio przyczyniły się do wzmocnienia perswazji kampanii społecznej „Rodzice, odważcie się mówić”. Oboje związani z kulturą, opowiadając o swoim liberalnym podejściu do związków swoich dzieci, przełamali wstyd i kulturowe tabu. Ten temat będzie szeroko dyskutowany, ponieważ sam fakt nieskrępowanego mówienia o homoseksualizmie na łamach prasy czy na antenie telewizyjnej świadczy o jego wyjątkowym „wyjściu z szafy”.

7.4. Kampanie z apelem osób wykluczonych

Kampania społeczna pod nazwą „Miłość nie wyklucza” zbiegła się z podejmowaną przez polskich polityków próbą zalegalizowania związków partnerskich w 2010 roku. Jej hasło przewodnie w swoim charakterze nie było agresywne, to już nie intymne zwierzenie ani opowieść o bolesnym wykluczeniu ze społeczeństwa. Nazwa kampanii jest więc myląca, bo wydaje się, że służy postawieniu tezy, pod którą mogą podpisać się wszystkie pary „kochające inaczej”, pragnące zalegalizować swój związek i w obliczu prawa mieć podobne przywileje co pary heteroseksualne. Organizatorzy kampanii wyjaśniali na stronie internetowej www.miloscniwyklucza.pl, że projekt miał służyć „uświadomieniu idei związku partnerskiego”, „zwróceniu uwagi na luki w polskim prawie dot. związków homoseksualnych”, a także chciał pomóc w „odwoływaniu się do europejskich standardów w walce o równe prawa”⁶⁷. Po raz pierwszy kampania społeczna koncentrowała się na potrzebie stworzenia ustawy sprzyjającej związkom homoseksualnym. Po raz pierwszy też werbalizowała swój związek z doświadczeniami mniejszości seksualnych z krajów Europy Zachodniej. Wiadomo, że ruch społeczny osób LGBT działa tam bardzo dynamicznie i ma wieloletnie doświadczenia w lobbowaniu na rzecz homoseksualistów, zwłaszcza w zakresie wprowadzenia przepisów pozwalających na zrównanie ich prawa z prawami małżeństw. Dla przypomnienia, w 2010 roku Polska jest w Unii Europejskiej już 6 lat, a dzięki dostępowi do informacji i środowisk funkcjonujących w Europie Zachodniej polskie mniejszości poznały metody oddziaływania na parlamentarzystów stanowiących prawo. Pary homoseksualne zaczęły demonstracyjnie domagać się uporządkowania ich sytuacji prawnej, bowiem przez lata (zwłaszcza przez 20 lat demokracji),

⁶⁷ www.miloscniwyklucza.pl

z powodu braku ustawy nie mogą być w uregulowanym prawnie związku. Polska jest w tym czasie jednym z ostatnich krajów w Europie, który takich związków nie zalegalizował⁶⁸.

Intencja kampanii „Miłość nie wyklucza” jest na pozór oczywista. Jest nią edukacja społeczeństwa na temat istoty związku partnerskiego osób jednej płci (nazywanego zamiennie homoseksualnym) i wywarcie wpływu na rządzących polityków, by wprowadzili ustawę pozwalającą na legalizację ich związków, mającą konsekwencje prawne w sprawach dziedziczenia, świadczeń socjalnych itp. Pomysłodawcy kampanii zastosowali jednak kontrowersyjną metodę perswazji. Na plakatach i bannerach internetowych pojawiły się pary zbliżone do siebie, obejmujące się i przytulające. Było to 15 różnych par homoseksualnych, zarówno gejów, jak i lesbijek. Zdjęcia związków partnerskich z hasłem „Miłość nie wyklucza” to pierwsza odsłona kampanii, wprowadzenie do następnej części, zaskakującej z powodu wykorzystania motywu beztroskiego dzieciństwa.

W warstwie wizualnej kolejnych plakatów widoczne są zdjęcia tych samych dorosłych z czasów gdy byli dziećmi. Kategorycznie i gorzko brzmi stwierdzenie pod zbiorowym zdjęciem wszystkich dzieci: „Gdy dorosną nie będą miały równych praw”. Narrator z jednej strony wydaje się być bezlitosny w opisanu przyszłości dzieci. Kieruje zarzut wobec nieokreślonego w treści plakatu podmiotu odbierającego dzieciom coś ważnego. Tym czymś są „równe prawa”, których w wieku dziecięcym jeszcze nie rozumieją, nie są im do niczego potrzebne. W dorosłym życiu jednak odczuwają na swojej skórze problem „inności”, którą w sobie odkrywają. Ta przykra teza narratora została zbudowana na emocjonalnej empatii i współczuciu. Dzieci są podmiotami wymagającymi współprzeżywania, ponieważ dorosły świat w przyszłości coś im odbierze, co jest do nich przynależne. Przesłanie to konstruuje znaną i konwencjonalną wizję świata, w którym dzieciństwo należy do archetypu beztroski i bezproblemowego życia, dorosłość z kolei staje się światem nieprzyjaznym, w którym odbierane są dotychczasowe przywileje. Domaganie się poszanowania praw dzieci zostało zastosowane tu w sposób przewrotny i alogiczny. W praktyce kulturowej, w krajach demokratycznych szanujących prawa człowieka, ale także w wielu tradycyjnych koncepcjach pedagogicznych to osoba dorosła zabiega o bezpieczeństwo dziecka. Stosując diagnozę Beaty Łaciak, analizującej przemiany dyskursu medialnego o dzieciach, zauważalny jest tu „apel o zagwarantowanie praw dziecka”⁶⁹. Pomysłodawcy kampanii zastosowali jednak konwencję instrumentalną, mającą znamiona absurdu.

⁶⁸ Nawet uchodzące za katolickie kraje Irlandia i Hiszpania zezwoliły na takie małżeństwa, wskutek referendum (Irlandia) lub inicjatywy rządowej (Hiszpania).

⁶⁹ *Dziecko we współczesnej kulturze...*, s. 286.

Kolejną metodą uświadamiania problemu „nierówności praw” jest odwołanie się do dzieciństwa i rodzinnych zdjęć z przeszłości. Obok zdjęcia dziewczynki z przedszkola – stylizowanego na zdjęcie pochodzące z rodzinnego albumu – znajduje się jej narracja z czasów dzieciństwa. Pod zdjęciem uśmiechniętej blondynki z wesołymi oczami można przeczytać: „Na zdjęciu mam 6 lat. Jako jedyna w przedszkolu miałam własną prywatną sesję zdjęciową. Podobno pozowałam jak zawodowa modelka. (...) Nie cierpię sukienki, ale na pierwsze prawdziwe spodnie będę musiała poczekać jeszcze dwa lata”. Właściwie można pokusić się o postawienie pytania, czy powyższa narracja nie sugeruje odbiorcy, że dziewczynka odkryje w sobie tożsamość mężczyzny i stanie się transwestytą. Argumentem do snucia takich przypuszczeń jest chociażby pojawienie się w narracji dziecka „prawdziwych spodni”, na które czeka.

Ważną rolę spełnia w tych reklamach zastosowany kontrast między opowieściami z dzieciństwa a żądaniami ustawy o związkach partnerskich. Kontrasty zawsze kategoryzują dwie przestrzenie występujące obok siebie, podkreślają dwubiegunowość i różnice. Zasadniczość hasła „gdy dorosną nie będą miały równych praw” wskazuje na to, że dzieciństwo „przyszłych” gejų i lesbijek jako takie było bez troskie, jednak dorosłość (nazwana tu „dorastaniem”) będzie dla nich gorzka i niesprawiedliwa. Jak wiadomo, wartości związane z dzieckiem są w polskiej kulturze wartościowane pozytywnie. Naruszanie godności dzieci, krzywdzenie ich, wykorzystanie ich naiwności stawało się często tematem różnych kampanii społecznych w Polsce („Zły dotyk”, „Podaruj dzieciom słońce” itp.). W akcji „Miłość nie wyklucza” dochodzi do przekroczenia granic w wykorzystaniu motywu nieszczęśliwego dziecka, któremu tzw. świat nie zapewni odpowiednich praw, naturalnie im przysługujących, ograniczonych w tej kampanii jedynie do prawa bycia w związku z osobą tej samej płci. Nieszczęście dzieci zostało tu potraktowane instrumentalnie, chociaż buduje się iluzję, że źródłem nieszczęścia jest świat dorosłych, którzy stanowią w Polsce prawo lub to prawo wdrażają w życie. Dziecko staje się implantem żądań homoseksualistów, zostaje dopasowane do konwencji zakładnika, któremu odebrano wolność i oczywiste prawa. Kampania została wymyślona wbrew zakorzenionemu w polskiej kulturze założeniu o tym, że „dziecko powinno być bezpieczne od przemocy dorosłych”⁷⁰. Wydaje się więc, że kontrowersyjna teza na temat miłości, która nie powinna wykluczać ani stygmatyzować, staje się rodzajem przemocy symbolicznej wobec dzieci wykorzystanych przez dorosłych, którym zależy głównie na wprowadzeniu nowych przepisów prawnych. Wykorzystanie narracji dziecka ociera się tu o zamierzoną prowokację.

⁷⁰ J. Kurczewski, *Dziecko we współczesnej kulturze Zachodu: Lolita, Harry Potter i Chłopcy z Wyspy Korolowej*, [w:] *Dziecko we współczesnej kulturze...*, s. 36.

W polskim dyskursie o homoseksualizmie nie było dotąd kampanii z wizerunkami małych dzieci. Chociaż od paru lat, jak zauważa socjolog Beata Łaciak, na przykładzie show-biznesu, kindermarketingu i reklamy coraz częściej dzieci odgrywają „dorosłe role”⁷¹. Czy pomysłodawcom projektu mogło chodzić o bycie pierwszym na rynku idei konstruowanych przez organizacje non-profit? Znana z marketingu zasada „najlepszy ten, kto pierwszy” mogłaby wyjaśniać to odważne obrazowanie.

Spośród omawianych wcześniej projektów przygotowanych przez organizację Kampania Przeciw Homofobii ta wzbudziła najwięcej kontrowersji. O akcji „Miłość nie wyklucza” pisali dziennikarze „Gazety Wyborczej”, stosując metody sprzyjania nagłośnieniu akcji, takie jak reportaż w „Dużym Formacie” (dodatku do „Gazety Wyborczej”) ze zdjęciami dzieci w wieku przedszkolnym i wyraźnym podpisem: „te dzieci nie będą hetero”, ale też elementy redakcyjne, jak wyraźne czcionki jednego z artykułów pt. *Geje i lesbijki od przedszkola*, czy częsta prezentacja plakatów kampanijnych.

Kolejnym przykładem zbulwersowania kampanią społeczną „Miłość nie wyklucza” jest odmowa sprzedaży powierzchni reklamowej w autobusach miejskich. Na ekspozycję plakatów nie zgodzili się właściciele firm wynajmujących nośniki reklamowe w autobusach w kilku miastach: Suwałkach, Ełku, Inowrocławiu, Kędzierzynie-Koźlu. W Suwałkach argumentowano odmowę, powołując się na pobudzenie emocjonalne pasażerów: „Plakaty mogłyby naruszyć dobra osobiste suwalczan. Regulamin zabrania umieszczania plakatów, których treść mogłaby naruszyć cudze uczucia”⁷². W Ełku również brano pod uwagę reakcje pasażerów: „Naszymi autobusami jeżdżą głównie osoby starsze, konserwatywne. Nie możemy dopuścić do tego, żeby wpadły w zły nastrój”. W Inowrocławiu posunięto się do tezy o homofobii mieszkańców i przewidywaniu agresywnych zachowań: „Społeczeństwo nie jest gotowe na oglądanie takich plakatów. Ludzie zniszczyliby je”⁷³. W Kędzierzynie-Koźlu nie zdecydowano się na kampanię, bo przewidziano nie tylko oburzenie pasażerów, ale też demonstracje mniejszości seksualnych oburzonych nietolerancją ich odmienności, o czym świadczy wypowiedź: „Nasza decyzja wzbudzi wiele kontrowersji. Albo będą protestować mieszkańcy, albo organizacje walczące o prawa homoseksualistów”⁷⁴. Te wszystkie reakcje na kampanię „Miłość nie wyklucza” – chociaż dotyczą właściwie tylko czterech miast – są symptomem niezrozumienia intencji pomysłodawców. Przekaz kierujący się intencją uświadomienia „idei związku partnerskiego” i zawierający żądanie „ustawy

⁷¹ B. Łaciak, *Zakończenie*, [w:] *Dziecko we współczesnej kulturze...*, s. 288.

⁷² http://www.kampaniespoleczne.pl/kontrowersje,3119,kto_nie_chce_patrzec_na_homoseksualne_pary

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ <http://www.kampaniespoleczne.pl/kontrowersje>

o związkach partnerskich” spotkał się z odrzuceniem części społeczeństwa. Można jedynie przypuszczać, że stało się to z powodu nietolerancji dla tego typu związków i przeświadczenia odbiorców o przekroczeniu etycznych granic w kampanii.

8. Kampanie internetowe i inne wydarzenia medialne

Prezentacja poglądów, uczuć i zadań osób homoseksualnych wykraczała poza nośniki kampanii społecznych (plakaty, ulotki, billboardy). Dzięki aktywności organizacji oferujących wsparcie osób LGBT częściowo przeniosła się do internetu. Warto odnotować akcje społeczne apelujące o tolerancję, a zarazem piętnujące zachowania homofobiczne. Jedną z innowacyjnych kampanii była „Homofobia? Sprawdzamy!”⁷⁵ (2011), przygotowana przez toruńskie Stowarzyszenie „Pracownia Różnorodności”, dotycząca przestępstw homofobicznych. Billboardy kampanii zachęcały do zgłaszania „przestępstw z nienawiści” doświadczanych przez osoby LGBT (ale niezgłaszanych Policji), do których zaliczono: groźby, wyzwiska, napaści i pobicia. Pracownicy stowarzyszenia z dumą wypowiadali się o konieczności zmian w polskim prawie karnym. Nawiązywali do aktywności środowisk mniejszościowych, które zmusiły rządy kilku europejskich krajów do wprowadzenia prawa zakazującego „mowy nienawiści” ze względu na orientację seksualną⁷⁶.

Kampania społeczna „Jestem lesbijką” (2012), przygotowana przez organizację „Lambda”, apelowała o przekazanie 1% podatku na cele statutowe organizacji. Zamieszczając na miejskich billboardach, w reklamie prasowej i internetowej zdjęcie liderki „Lambda”, Ygi Kostrzewy, miała na celu poinformowanie o funkcjonowaniu organizacji, która „pomaga gejom i lesbijkom zrozumieć siebie”⁷⁷.

Inna kampania pod nazwą „Po prostu miłość”⁷⁸ (2012) była wspierana przez osoby znane i rozpoznawane: aktorkę Marię Seweryn, dziennikarza „Gazety Wyborczej” Piotra Pacewicza, polityka Janusza Palikota, choreografa Michała Piróga i znanego posła Roberta Biedronia. Kampanie społeczne są dynamiczne, zmieniają swój charakter i nośnik medialny, próbując zwrócić na siebie uwagę przy pomocy metod znanych z kultury popularnej. Jedną z nich

⁷⁵ <http://www.spr.org.pl/2011/01/23/homofobia-sprawdzamy/>

⁷⁶ Takie prawo uznające „przestępstwa homofobiczne” funkcjonuje w 12 krajach Europy: Belgii, Danii, Niemczech, Estonii, Hiszpanii, Francji, Irlandii, Holandii, Portugalii, Szwecji, Rumunii i na Litwie.

⁷⁷ http://www.kampaniespoleczne.pl/kampanie,2239,jestem_zapachem_kawy_jestem_lesbijkamalinami_jestem

⁷⁸ http://www.kampaniespoleczne.pl/kampanie,2172,prosze_nie_mylic_milosci_z_aktem_seksualnym

jest chociażby spot „Homofobia szkodzi Tobie i Twojemu otoczeniu”⁷⁹ (2014), który zamieszczono w internecie. Miał on charakter trailera do filmu sensacyjnego, ale emitowany był w kinach przed seansami filmowymi. W nagraniu wzięli udział aktorzy młodego pokolenia, znani z wielu popularnych seriali: Katarzyna Herman („Wszystko przed nami”), Piotr Garlicki („Na dobre i na złe”), Mariusz Drężek („Przyjaciółki”), Wojciech Zieliński („Lekarze”), którzy w licznych wywiadach i na konferencji prasowej rozpoczynającej akcję mówili o swojej tolerancji wobec homoseksualizmu⁸⁰. W scenach wspomnianego spotu mężczyzna, przykładowy ojciec pracujący w korporacji, ma sfinalizować ważny kontrakt z parą biznesmenów, którzy okazują się homoseksualistami, co staje się dla niego źródłem niemałej frustracji. Z powodu uprzedzeń wynegocjowanie umowy okazuje się dla niego bardzo trudne. W konsekwencji dochodzi do uruchomienia w nim spirali nieufności na tyle, że bohater doszukuje się homoseksualistów we wszystkich otaczających go ludziach. Prześladowcze halucynacje prowadzą go do posądzenia własnej żony o intymne kontakty z kobietą.

W przekazach medialnych pojawiły się różne formy percepcji tego pomysłu. Wojciech Łazarowicz, komentując przesłanie spotu „Homofobia szkodzi”, zauważył, że filmik sugeruje choroby psychiczne osób nietolerujących homoseksualizmu. Według niego, to zbyt daleko posunięty wniosek, co sprawia, że projekt jest nieskuteczny, gdy chodzi o nowe metody walki o tolerancję⁸¹. Producent spotu przekonuje z kolei, że chciał pokazać problem homofobii w Polsce wbrew utartym konwencjom występującym w wielu kampaniach, gdzie to osoby LGBT są ofiarami społeczeństwa. Z narracji filmu wynika, że ofiarą stygmatyzacji i wykluczenia może być także człowiek obawiający się osób homoseksualnych. Ponosi on podwójną porażkę, bo jest niekorzystnie postrzegany w korporacji, a wyobrażone fobie mają wpływ na jego psychikę i relacje z rodziną.

Przedstawiony temat był dla pomysłodawców akcji formą aluzji do dyskusji toczących się w tym czasie w polskich mediach na temat homofobii polskiego społeczeństwa. Homofobia, rozumiana jako nieuzasadniony lęk przed innością⁸², została uznana przez środowisko osób LGBT jako główny powód nieuchwalenia ustawy o związkach partnerskich w Polsce, będącej jednym z ostatnich krajów w Europie, który nie stworzył takiej ustawy. Przykład kampanii

⁷⁹ <http://tv.wirtualnemedial.pl/film/homofobia-szkodzi-tobie-i-twojemu-otoczeniu-spot>

⁸⁰ Gwiazdy seriali przeciwko homofobii, <http://www.swiatseriali.pl/serie/lekarze-936/news-gwiadzy-seriali-przeciwko-homofobii,nId,1015339>.

⁸¹ Wojciech Łazarowicz, *Czy homofob jest wariatem*, <http://wojciechlazarowicz.natemat.pl/72277,czy-homofob-jest-wariatem>.

⁸² „Homofobia” w *Słowniku języka polskiego PWN* oznacza „silną niechęć do homoseksualistów i homoseksualizmu”; inne synonimy homofobii: awersja, irracjonalny strach, wrogość.

„Homofobia szkodzi” pokazuje, że koncentracja na indywidualnych skutkach wrogiej postawy odwraca perspektywę problemu nietolerancji i fobii. We wcześniejszych kampaniach społecznych to osoby homoseksualne przedstawiano jako pokrzywdzone i dyskryminowane. We wspomnianym trailerze odsunięty od społecznej akceptacji jest mężczyzna znany ze swoich obaw przed innością, które doprowadzają go do choroby psychicznej.

Innymi przykładami wyjścia poza ramy reklamy społecznej w prezentacji problemu związków jedнопłciowych są filmy poświęcone homoseksualistom i lesbijkom. Pionierski okazał się dokumentalny film Roberta Glińskiego⁸³ pt. „Homo.pl” z 2007 roku, wyprodukowany na zlecenie telewizji HBO i wielokrotnie tam emitowany. Osoby występujące w filmie odpowiadały na ten sam zestaw pytań dotyczących ich życia⁸⁴: kiedy rozpoznały swoją homoseksualność?, jak zareagowała na to rodzina i najbliższe otoczenie?, jak doszło do poznania się par?, jak radzą sobie w codziennym życiu?, jaki jest ich stosunek do legalizacji związków par homoseksualnych?, jak odnoszą się do kwestii wychowywania dzieci w tych związkach? Jednym z najnowszych filmów fabularnych jest obraz pt. „Płynące wieżowce” z 2013 roku, nakręcony przez młodego reżysera, Tomasza Wasilewskiego. Fabułę stanowi dramat 30-letnich bohaterów odkrywających swoją homoseksualną tożsamość i rozdarcie między wyborem pomiędzy miłością do kobiety a mężczyzną. W pewien sposób film przypomina amerykański obraz „Tajemnica Brokeback Mountain”⁸⁵. Inny film z 2013 roku pt. „W ukryciu”, w reżyserii Jana Kidawy-Błońskiego, opowiadał o niespodziewanym uczuciu pomiędzy Polką a ukrywającą się w jej mieszkaniu Żydówką. Oczywiście, interpretacja i percepcja tych i innych filmów⁸⁶ oraz związane z tym kontrowersje mogą być tematem innej niż ta publikacji, jednakże warto o nich wspomnieć, ponieważ nakładają się czasowo na kampanie społeczne wymienione wcześniej. A to może decydować o synergicznej funkcji przekazów medialnych, które – poprzez koncentrację na podobnym temacie i emisję w podobnym czasie – wzmacniają przesłanie każdego z przekazów.

⁸³ Reżyser znany jest z filmów fabularnych, wielokrotnie nagradzanych na filmowych festiwalach w kraju i za granicą; do najważniejszych trzeba zaliczyć: „Wszystko, co najważniejsze”, „Cześć Tereska”, „Wróżby kumaka”, <http://www.filmweb.pl/person/Robert+Gliński-10545>.

⁸⁴ <http://www.filmpolski.pl/fp/index.php?film=4222641>; <http://filmoznawcy.pl/?page.id=29&post=123>

⁸⁵ Amerykańsko-kanadyjski dramat z 2005 r. „Tajemnica Brokeback Mountain” (reż. Ang Lee) to zdobywca trzech Oscarów, dwóch nagród BAFTA i czterech Złotych Globów. Film ze względu na tematykę próbowano zdyskredytować jeszcze przed jego obejrzeniem. Zakazano dystrybucji filmu w amerykańskim stanie Utah, w Chinach, w Malezji i w krajach muzułmańskich. Przeciwno nominacji filmu do Oscara protestowali chrześcijańscy konserwatyści z USA.

⁸⁶ Innym polskim filmem dystrybuowanym w kinach sieciowych był „Idealny facet dla mojej dziewczyny” z 2009 r., gdzie główne bohaterki są feministkami, lesbijkami walczącymi o swoje prawa.

9. Podsumowanie – skandal i ocieplenie wizerunku

Kampanie z wizerunkami homoseksualistów pojawiają się w polskiej przestrzeni publicznej coraz częściej. Temat tabu staje się coraz bardziej widoczny w mediach i świadomości Polaków. Zauważenie kontrowersyjnego problemu było możliwe dzięki reklamom o charakterze społecznym, przygotowanym przez organizacje non-profit, które pojawiły się w przestrzeni publicznej w latach 2004–2013. Ich różnorodność i oryginalność można było zauważyć tak samo w poruszanej tematyce, jak i zastosowanym języku.

Większość omówionych kampanii społecznych miała na celu uświadomienie i edukację społeczeństwa. Niektóre z nich deklarowały „pomoc” w zrozumieniu problemów nowoczesnych związków partnerskich. I chociaż spotkać można było projekty, których intencją była dosłownie „walka” z mentalnością Polaków, to generalnie każdy z nich na swój sposób postulował zmianę myślenia, przewartościowanie uprzedzeń i stereotypów związanych ze związkami osób tej samej płci. Pomysłodawcy kampanii diagnozowali problemy związków, ale i pojedynczych homoseksualistów, do których to problemów zaliczali: doświadczanie nietolerancji, dyskryminacji i wykluczenia społecznego oraz trudności z ujawnieniem swojej orientacji seksualnej w środowisku.

Wyodrębnione kategorie kampanii społecznych poparte przykładami z polskich mediów dowodziły, że przesłanie grup mniejszościowych można zbudować na podstawie różnych tematów. Raz jest to diagnoza powszechnej dyskryminacji gejów i lesbijek, innym razem – potrzeba identyfikacji zbiorowej albo znalezienia wsparcia w członkach rodziny. Zastosowane w kampaniach reklamy próbowały pełnić funkcję integracyjną środowisk mniejszościowych, proponując integrację w dużych miastach („Nie jesteś sam...”) lub w młodzieżowej grupie rówieśniczej („Spoko, ja też!”).

Wraz z rozwojem aktywności organizacji wspierających grupy LGBT zauważalne były coraz to odważniejsze konwencje perswazyjne, gdzie za konieczne uważało się wykorzystanie szokującej treści lub formy. Co prawda, pierwsze projekty operowały językiem agresywnym, sugerującym psychologiczny podział: „my – oni”, zarzucały powszechne stosowanie „mowy nienawiści”, używały wulgaryzmów („lesba, peda!”) lub młodzieżowego slangu („spoko, ja też”). Po pewnym czasie łagodziły surowy ton i stawiały tezy o prawie do życia w wolności swoich przekonań. Nie byłoby w tym nic kontrowersyjnego, gdyby nie fakt włączenia w symboliczną przestrzeń reklam z wizerunkami członków rodziny („Rodzice, odważcie się mówić”) i dzieci w wieku przedszkolnym („Miłość nie wyklucza”). Sam fakt wykorzystania tych wizerunków okazał się bulwersujący i przez długi czas był dyskutowany w środowisku dziennikarzy i ekspertów od marketingu. Ta ostatnia kampania była przykładem wywołania skandalu w społecznościach lokalnych. Odbiorcy nie zaakceptowali jej eksperymentalnej formy, a dodat-

kowo, przedmiotem dyskusji stała się nie sama treść reklamy, a pytania o etyczne granice jej twórców. Badania opinii publicznej z 2013 roku wykazują wysoki wskaźnik nieakceptacji takich związków wśród Polaków. Trudności większości respondentów z przyznaniem, że pary homoseksualne są rodziną lub że powinny mieć te same prawa co tradycyjne małżeństwa, dowodzą słabej skuteczności kampanii społecznych. Prawdopodobnie więc daleko nam jeszcze do „normalizacji dyskursu mniejszości seksualnych”⁸⁷, o którym to zjawisku pisał Z. Melosik, podając przykłady amerykańskiej kultury.

Mała efektywność kampanii społecznych dotycząca związków homoseksualnych w Polsce prowokuje do postawienia jeszcze kilku pytań. Jaka jest celowość kampanii nawołujących do tolerancji: ujawnienie swojej orientacji i wydobycie na światło dzienne poczucia pokrzywdzenia chowanego przez lata w „szafie”? Kto jest właściwym adresatem reklam społecznych: społeczeństwo akceptujące tradycyjne wzory kulturowe? Czy żyjące wbrew tym wzorom grupy mniejszościowe szukające integracji? Konserwatywnie myślący Polacy, którzy są zgorzeleni perwersją mniejszości seksualnych? Czy ludzie oburzeni uprzedzeniami, odwołujący się do zachodnioeuropejskich, a więc liberalnych, stylów życia? Wydaje się, że odbiorcami mogą być również niektórzy politycy postrzegani przez grupy LGBT jako niechętni ustawie o związkach partnerskich i demokratyzacji prawa mniejszości. Kogo właściwie mają przekonać rodzice osób homoseksualnych, „oddając” swoją twarz i nazwisko kampanii społecznej? Podobnych do siebie ojców i matki? Czy młodzież wstydzącą się odkrycia przed rodziną swojej tożsamości płciowej?

Nie da się uniknąć takich pytań, nie można też przed nimi uciekać. Wydaje się, że ewolucja kampanii społecznych pokazuje, że ich pomysłodawcy koncentrują się już nie tylko na nietolerancyjnych – według nich – Polakach i konserwatywnych politykach. W polskiej przestrzeni medialnej na znaczeniu przybiera wspólnotowa funkcja reklam z wizerunkiem homoseksualistów. Prośby i apele „niech nas zobaczą!”, „nie jesteś sam!” są traumatyczne dla osób je wypowiadających. Niemniej jednak, mimo swego dramatyzmu, kształtują one swoistą i nową w polskiej kulturze audiowizualnej tożsamość zbiorową homoseksualistów. Z różnych powodów kulturowych i obyczajowych takich wizerunków przez długi czas nie było. Teraz zaskakują swoją różnorodnością, czasem przełamując stereotypy, a czasem testując wrażliwość potencjalnych odbiorców.

⁸⁷ Z. Melosik, *Kryzys męskości...*, s. 39.

NIECH NAS ZOBACZA (2003)



RODZICE, ODWAŻCIE SIĘ MÓWIĆ (2013)



MIŁOŚĆ NIE WYKLUCZA (2013)

żądamy ustawy o związkach partnerskich



www.miloscniewyklucza.pl

gdy dorosną, nie będą miały równych praw



www.miloscniewyklucza.pl



Bibliografia

Arcimowicz K., *Obraz mężczyzny w polskich mediach*, Gdańsk 2003.

Goban-Klas T., *Media i komunikowanie masowe. Teorie i analizy prasy, radia, telewizji i Internetu*, Kraków 2001.

Kurczewski J., *Dziecko we współczesnej kulturze Zachodu: Lolita, Harry Potter i Chłopcy z Wyspy Koralewej*, [w:] *Dziecko we współczesnej kulturze medialnej*, red. B. Łaciak, Warszawa 2003.

Leszczuk-Fiedziukiewicz A., *Rodzina w polskiej reklamie telewizyjnej po przełomie 1989 roku*, Toruń 2009.

- Leszczuk-Fiedziukiewicz A., *Marketing dobroczynności. Działania promocyjne polskich organizacji non-profit na przykładzie kampanii reklamowych „1%”*, [w:] *Współczesny marketing – wybrane obszary*, red. A. Rudzewicz, A. Kowalkowski, Olsztyn 2009.
- Libura A., *Metamorfoza pojęć ważnych społecznie. O próbach zmiany pojęcia małżeństwa w dyskursie na temat homoseksualizmu*, [w:] *Ideologie codzienności*, red. I. Kamińska-Szmaj, T. Piekota, M. Poprawa, Wrocław 2009.
- Majka-Rostek D., *Kobiecość i męskość a homoseksualizm*, [w:] *Zrozumieć płęć. Studia interdyscyplinarne*, red. A. Kuczyńska, Wrocław 2002.
- Melosik Z., *Kryzys męskości w kulturze współczesnej*, Poznań 2002.
- Pospiszyl I., *Patologie społeczne*, Warszawa 2008.
- Prochenko P., *Reklama społeczna w Polsce – podsumowanie ostatnich lat*, [w:] *Szlachetna propaganda dobroci, czyli drugi tom o reklamie społecznej*, red. P. Wasilewski, Kraków 2008.
- Propaganda Dobrych Serc, czyli rzecz o reklamie społecznej*, red. D. Maison, P. Wasilewski, Kraków 2002.
- Reinhard W., *Życie po europejsku. Od czasów najdawniejszych do współczesności*, Warszawa 2009.
- Sajkowska M., *Medialny obraz problemu wykorzystywania seksualnego dzieci*, [w:] *Dziecko we współczesnej kulturze medialnej*, red. B. Łaciak, Warszawa 2003.

Gazety i czasopisma

- Elton John wziął ślub, „Gazeta Wyborcza” z 22 grudnia 2005 r.
- Dyktatura równości, „Wprost” 2004, nr 24.
- Flis J., *Małżeństwa śmieciowe*, „Gazeta Wyborcza”, z 4–5 sierpnia 2012 r.
- Gdzie w Europie uznawane są związki homoseksualne, „Rzeczpospolita” z 24 lipca 2013 r.
- Konkubinat nas podzieli, „Newsweek” z 17 lutego 2002 r.
- Lisowska-Magdziarz M., *Historia reklamy telewizyjnej*, „Aida-media” 1997, nr 10 i 11.
- Rydzik R., *Szokoodporni*, „Marketing & more” 2008, nr 11.
- Słynne gejowskie pary show-biznesu, „Gazeta Wyborcza” z 22 grudnia 2005 r.
- Teraz jest mi fajnie. Wywiad z Kasią Adamik, „Viva” 2012, nr 5.

Raporty i wyniki badań

- Badanie CBOS, *Wartości i normy*, sierpień 2013.
- Badanie CBOS, *Rodzina – jej współczesne znaczenie i rozumienie*, marzec 2013.
- Badanie CBOS, *Stosunek do praw gejów i lesbijek oraz związków partnerskich*, luty 2013.
- Sytuacja osób homoseksualnych w świetle prawa w Polsce i w Europie*, <http://www.kph.org.pl/pl/czytaj/raporty>.

Definicje i hasła

- Coming out* – „wyjście z szafy”, <http://comingout.ueuo.com/coming1.html>.
<http://www.homoseksualizm.org.pl/wyjdz-z-szafy/>
http://wychodzimyzukrycia.net/jak_wychodzic_z_ukrycia_wersja_rozszerzona.html
Mowa nienawiści, <http://rownosc.info/rownosc.php/dictionary/item/id/482>.
Mniejszości, [w:] *Słownik Socjologii*, t. II, Warszawa 1999.
Płeć i mniejszości seksualne, <http://ponton.org.pl/pl/strona/plec-i-mniejszosci-seksualne>.
Rodzina i rodzina homoseksualna, [w:] *Słownik Socjologii*, t. III, Warszawa 2000.
Związki partnerskie, <http://kobiety-kobietom.com/zwiazki-partnerskie/>.

Strony internetowe

- Abramowicz Marta, Bratkiewicz Agnieszka, *Jestem gejem. Jestem lesbijką. Komu mogę o tym powiedzieć?*, Warszawa 2005, <http://www.kph.org.pl/publikacje/jestem-gejem-jestem-lesbijka.pdf>.
- Coming out po polsku*, <http://polska.newsweek.pl/coming-out-po-polsku,89345,1,1.html>.
- Co to są NGO-sy?*, <http://osektorze.ngo.pl/x/631717;jsessionid=ABB9125D20EA494C62CCB0612E78758E>.
- Gwiazdy seriali przeciwko homofobii*, <http://www.swiatseriali.pl/serie/lekarze-936/news-gwiazdy-seriali-przeciwko-homofobii,nId,1015339>.
- „Homo.pl”, <http://www.filmpolski.pl/fp/index.php?film=4222641>, http://filmoznawcy.pl/?page_id=29&post=123.
- Jestem zapachem kawy, jestem lesbijką, malinami jestem*, <http://www.kampaniespoleczne.pl/kampanie,2239,jestem-zapachem-kawy-jestem-lesbijka-malinami-jestem>.
- Katechizm Kościoła Katolickiego, artykuł 6, „Szóste przykazanie”, poz. 2357, 2358, 2359 (Czystość i homoseksualizm), <http://www.katechizm.opoka.org.pl/rkkkIII-2-2.htm>.
- Konieczna A., *Szok narzędziem kampanii społecznych*, <http://www.kampaniespoleczne.pl/wiedza-literatura,3928,szok-narzedziem-kampanii-spoecznych>.
- Łazarowicz W., *Czy homofob jest wariatem*, <http://wojciechłazarowicz.natemat.pl/72277,czy-homofob-jest-wariatem>, 22 sierpnia 2013 r.
- Machalica B., *Homoseksualiści wychodzą z szafy*, „Przegląd” 2007, nr 47, <http://www.przegląd-tygodnik.pl/pl/artykul/homoseksualisci-wychodza-szafy>.
- Nauczanie Kościoła na temat homoseksualizmu*, <http://ekai.pl/wydarzenia/ostatnia-chwila/x22056/nauczanie-kosciola-na-temat-homoseksualizmu/>.
- Oświadczenie 50-letniej aktorki było najgłośniej komentowanym wydarzeniem Gali Złoty Globów*, <http://www.tvn24.pl/oscary-2013,73,m/coming-out-jodie-foster-zelektryzowal-gale,299988.html>.

- Papież człowiekiem roku także dla pisma LGTB*, <http://ekai.pl/wydarzenia/ciekawostki/x73653/papiez-czlowiekiem-roku-takze-dla-pisma-lgtb/>.
- Papież Franciszek o gejowskim lobby*, <http://ekai.pl/wydarzenia/temat.dnia/x69268/papiez-franciszek-o-gejowskim-lobby/>.
- Papież Franciszek o stosunku do homoseksualistów – Gloria TV*, <http://pl.gloria.tv/?media=485988>.
- Po prostu miłość*, http://www.facebook.com/poprostumilosc_1,10028096.html?ph-center_03_start=show.
- Pytanie na śniadanie. Rozmowa z Alicją*, <http://pytanienasniadanie.tvp.pl/10732108/rozmowa-z-alicja-kasia-adamik-i-olga-chajdas>.
- Ricky Martin z partnerem i dziećmi w sesji, <http://afterparty.pl/newsy-artykul,8027.html> [dostęp: 15.10.2013] <http://www.tvn24.pl/ciekawostki-michalki,5/ricky-martin-jestem-gejem,130042.html>.
- Spoko, ja też! MTV w kampanii przeciw homofobii*, <http://www.wirtualnemedi.pl/artykul/spoko-ja-tez-mtv-w-kampanii-przeciw-homofobii-wideo>.
- Tęczowe rodziny w Polsce: Prawo a rodziny lesbijskie i gejowskie*, red. M. Zima, Warszawa 2010, http://www.kph.org.pl/publikacje/raport2010_teczowe_rodziny.pdf.
- Tomasz Raczek: jestem gejem*, „Dziennik” z 18 listopada 2007 r., <http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/121753,tomasz-raczek-jestem-gejem.html>.
- Tomasz Raczek, Marcin Szczygielski: Życie jest prostsze*, „Gala” 48/2008, <http://www.gala.pl/wywiady-i-sylwetki/tomasz-raczek-i-marcin-szczygielski-zycie-jest-teraz-prostsze-1581>.
- Wojciech Zieliński i Katarzyna Herman w spocie przeciw homofobii, <http://www.wirtualnemedi.pl/artykul/wojciech-zielinski-i-katarzyna-herman-w-spo-cie-przeciw-homofobii-wideo>.

Kampanie społeczne w internecie

- „Homofobia szkodzi”, <http://www.homofobiaszkodzi.pl/>.
- „Jestem gejem, jestem lesbijką”, http://www.kph.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=31.
- „Jestem lesbijką”, http://www.kampaniespoleczne.pl/kampanie,2239,jestem_zapachem_kawy_jestem_lesbijka_malinami_jestem.
- „Kampanie Fundacji Dzieci niczyje”, <http://fdn.pl/kampanie-spoleczne>.
- „Każdy inny – wszyscy równi”, <http://www.stophomofobia.kph.org.pl/stophomofobia/>.
- „Kocham, nie biję”, <http://kochamniebije.pl/>.
- „Miłość nie wyklucza”, www.miloscniwyklucza.pl.
- „Niech nas zobaczą”, http://www.kph.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=30.

„Nie jesteś sama. Nie jesteś sam”, <http://www.kph.org.pl/index.php?option=com-content&view=article&id=34>.

„Po prostu miłość”, <http://www.kampaniespoleczne.pl/kampanie,2172,prosze.nie.mylic.milosci.z.aktem.seksualnym>.

„Rodzice, odważcie się mówić”, <http://www.odwazciesiemowic.pl/>.

„Spoko, ja też!” (MTV), <http://www.mtv.pl/newsy/30365-spoko-ja-tez/special>.

<http://www.kampaniespoleczne.pl/>

<http://www.kampaniespoleczne.pl/kontrowersje,3119>

<http://www.wirtualnemedial.pl/wiadomosci/reklama/kampanie-spoleczne>

<http://www.csrinfo.org/pl/component/customproperties/tag/Tagi-Kampanie%20spoleczne?tagId=32>

<http://www.marketing-news.pl/theme.php?cat=15&cat2=&cat3=13>

„MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA”

INSTRUKCJE DLA AUTORÓW

ZAKRES TEMATYCZNY CZASOPISMA

„Miscellanea Historico-Iuridica” (MHI) są publikowane przez historyków prawa z Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Publikowane teksty dotyczą historii prawa. Są wydawane jako półrocznik w wersji papierowej (wersja podstawowa) oraz elektronicznej pod adresem: <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea/index.php>

ZASADY WYDAWNICZE I INFORMACJE OGÓLNE

PRZYJMOWANIE PUBLIKACJI DO DRUKU

Kopia publikacji powinna być wysłana drogą e-mailową do sekretarza redakcji: miscellanea@uwb.edu.pl. Rękopis powinien zawierać dane autorów, w tym ich afiliację, oraz mieć dołączone pisemne oświadczenie autora/autorów o tym, że żadna podobna publikacja autora/autorów nie została i nie zostanie opublikowana w innym miejscu. Ponadto autorzy winni oświadczyć, iż zgadzają się na publikację tekstu w MHI. W razie przyjęcia publikacji do druku autor/autorzy zostaną poproszeni o przekazanie praw autorskich do publikacji na rzecz wydawcy, tj. Wydawnictwa Uniwersytetu w Białymstoku.

PROCES RECENZyjNY

Wszystkie złożone publikacje zostaną poddane procesowi recenzyjnemu. Wszystkie teksty (tj. artykuły, artykuły recenzyjne oraz dokumenty archiwalne) będą recenzowane przez dwóch niezależnych ekspertów pochodzących z zewnętrznej placówki naukowej. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym, co najmniej jeden z recenzentów będzie afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy. Jako zasada wprowadzony zostanie model, w którym autor/autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. *double-blind review process*). Jednakże w niektórych przypadkach wydawcy mogą nie zastosować tej procedury. Wówczas recenzent zostanie poproszony o podpisanie oświadczenia o niewystępowaniu konfliktu interesów pomiędzy nim a autorem publikacji. Recenzja będzie miała formę pisemną i kończyła się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia. Gdy decyzja zostanie podjęta, autor publikacji zostanie zawiadomiony o niej listownie, włącznie z treścią uwag recenzentów (bez podania ich nazwisk). Wydawcy podejmą działania w celu ochrony MHI przed przypadkami „ghostwriting” i „guest authorship”. Wszystkie tego typu przypadki będą upubliczniane poprzez informowanie o nich odpowiednich placówek naukowych. Lista recenzentów będzie publikowana w każdym tomie.

KRYTERIA RECENZJI

Kryteria oceny artykułu złożonego do Redakcji „Miscellanea Historico-Iuridica” obejmują:

1. wstępną charakterystykę artykułu – czy ma on wymiar teoretycznoprawny, prawno-porównawczy, historycznoprawny
2. czy tytuł odpowiada treści artykułu
3. czy jasno i poprawnie określone zostały cel i założenia artykułu
4. czy cel artykułu został osiągnięty
5. ocenę wartości naukowej artykułu
6. ocenę zastosowanej metody badawczej
7. ocenę i celowość zastosowania metody statystycznej
8. ocenę wykorzystania literatury naukowej
9. ocenę poprawności wniosków końcowych
10. ocenę językową i stylistyczną

Każda recenzja powinna się kończyć jednoznaczną rekomendacją do druku lub innymi wnioskami.

ZGODA NA PUBLIKACJĘ

Materiały kopiowane z innych źródeł muszą być zaopatrzone w publiczne oświadczenie autora i wydawnictwa, zawierające zgodę na publikację przez Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku. Uzyskanie takiej zgody obciąża autora/autorów.

PRZYGOTOWANIE PUBLIKACJI DO DRUKU

Artykuły powinny być napisane w języku polskim lub angielskim, francuskim, niemieckim, hiszpańskim lub rosyjskim. Strona tytułowa powinna zawierać pełny tytuł, imiona i nazwiska autorów, ich afiliację, dane kontaktowe (adres, e-mail). Key words (od 3 do 6) oraz streszczenia w języku angielskim (nie więcej niż 250 słów) powinny być sporządzone na odrębnej stronie. Przypisy powinny być sporządzone według wzoru zastosowanego w poprzednich tomach MHI. Na końcu artykułu należy umieścić pełną bibliografię tekstu.

WSKAZÓWKI DLA AUTORÓW TEKSTÓW

INFORMACJE OGÓLNE

1. Pierwsza strona powinna zawierać: imię (imiona) i nazwisko autora wraz z pełną nazwą reprezentowanej instytucji, adres e-mail, tytuł artykułu w języku polskim i angielskim, streszczenie (nie powinno przekraczać 20 linijek tekstu) i słowa kluczowe w języku angielskim.
2. Objętość tekstu nie powinna przekraczać 25 stron przygotowanych według wskazanych zasad. Tekst główny powinien być napisany czcionką Times New Roman 12 pkt, wyrównany do lewej i prawej (wyjustowany), interlinia 1,5 wiersza. Dopuszcza się stosowanie wyróżnień w tekście, np. pogrubienie tekstu (w nagłówkach) i kursywę (cytaty, terminy, zwroty i sentencje łacińskie). Cytaty należy umieszczać w cudzysłowie „...”. Redakcja nie weryfikuje stosowanych w tekstach cytatów ani ich tłumaczeń. Redakcja zastrzega sobie prawo do usuwania usterek stylistycznych i ujednolicania tekstu zgodnie z przyjętymi zasadami, bez porozumienia z Autorem.
3. Jeżeli zachodzi potrzeba, w tekście należy konsekwentnie stosować wyliczenia punktowe: 1), 2), 3) itd., lub a), b), c) itd. Nie należy stosować wyliczeń w innej postaci (np. • czy <).
4. Na końcu tekstu powinien być sporządzony wykaz bibliograficzny zawierający wszystkie wykorzystane w artykule źródła, literaturę w porządku alfabetycznym, orzecznictwo, strony internetowe itp.
5. Wszystkie strony powinny zawierać ciągłą numerację.
6. W tekście należy stosować następujące łacińskie skróty:
 - eadem – też, teźże
 - ibidem – tamże
 - idem – tenże
 - op. cit. – dzieło cytowane
 - passim – tu i ówdzie, wszędzie.

ZASADY SPORZĄDZANIA PRZYPISÓW

1. Przypisy należy sporządzić czcionką Times New Roman 10 pkt, tekst powinien być wyrównany do lewej i prawej (wyjustowany), interlinia 1,0 z odnośnikami w indeksie górnym. Należy stosować ciągłą numerację przypisów.
2. W tekście numer przypisu należy umieszczać bez spacji po wyrazie, przed przecinkiem lub kropką kończącą zdanie, np. W dalszej części swojego wystąpienia nawiązał do tradycji nauczania prawa rzymskiego w Wilnie¹, przypominając postać hiszpańskiego humanisty i romanisty Petrusa Roysiusa² (Pedro Ruiz de Moroz 1505–1571), znanego w naszym kraju pod nazwiskiem Roizjusz³.
3. Przypis należy traktować jak zdanie, dlatego też powinien zaczynać się wielką literą, a kończyć kropką.

4. Dzieło autora, które jest powoływane po raz pierwszy, należy cytować w następujący sposób: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, po przecinku tytuł dzieła kursywą, miejsce wydania i rok, strony, np. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 174–178; kolejne wydanie należy zaznaczyć w następujący sposób: J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, wyd. 2, Kraków 2001, s. 266.
5. Dzieło cytowane po raz pierwszy z czasopisma naukowego należy cytować, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie „...” i jeśli dalej będzie przywoływane w tekście, to jego skrót w nawiasie, cyframi arabskimi rok wydania, numer (zeszyt), cytowane strony, np. I. Koschembahr-Łyskowski, *O pojęciu własności, zarazem jako przyczynek do nauki o źródłach prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” (dalej: PPIA) 1902, z. 6, s. 385–410. Publikację cytowaną po raz kolejny z tego samego czasopisma naukowego należy podawać w skrócie, np. I. Koschembahr-Łyskowski, *Dwa nowe opracowania rzymskiego prawa prywatnego*, PPIA 1908, z. 5, s. 329–353.
6. Tylko jedno dzieło (np. monografia, artykuł) tego samego autora przywoływane po raz kolejny należy cytować w następujący sposób: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, skrót op. cit., numer strony oraz ewentualnie przypis, np. J. Sondel, op. cit., s. 185.
7. Jeśli w tekście cytowanych jest kilka opracowań tego samego autora, to należy wówczas w przypisach (z wyjątkiem pierwszego przypisu do danego opracowania) wprowadzić jednoznaczny skrót tytułu, który pozwoli odróżnić te opracowania, następnie należy postawić po nim trzy kropki z przecinkiem ..., oraz podać numer strony, np. F. Bossowski, *Ze studiów nad rzeczami wyjętymi z obiegu wedle prawa rzymskiego*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1923, nr 30, s. 257–260; F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925, s. 38 – w dalszych przypisach należy cytować (jeśli opracowania tego samego autora znajdują się w tym samym przypisie): F. Bossowski, *Ze studiów nad rzeczami...*, s. 258; idem, *Znalezienie skarbu...*, s. 45.
8. Jeśli w tekście artykułu znajdują się obok siebie w kolejnych przypisach dwa odniesienia do tego samego opracowania autora, należy stosować skrót ibidem, np. R. Taubenschlag, *Die matera potestas im gräko-ägyptischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1929, nr 49, s. 115–128; kolejny przypis: Ibidem, s. 120.
9. Artykuł z publikacji zbiorowej cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, przecinek, następnie [w:] tytuł publikacji zbiorowej kursywą, inicjał imienia redaktora (redaktorów) z kropką, nazwisko, tom, miejsce wydania i rok, strony, np. F. Bossowski, *Nowela Justyniana 115-Statut Litewski I R. IV. Art. 13 (14), Statut Litewski II i III R. VIII. Art. 7.-T. X. cz. 1 Art. 167*, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu czterechsetnej rocznicy wydania Pierwszego Statutu Litewskiego*, red. S. Ehrenkreutz, Wilno 1935, s. 107–121; G. Bałtruszajtys, *History of the Roman Law Department at the Warsaw University*, [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, édités par M. Zabłocka et J. Krzyńówek, J. Urbanik, Z. Służewska, t. 1, Varsovie 2000, s. 35–36.
10. Hasło encyklopedyczne cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł hasła kursywą, przecinek, następnie [w:] tytuł publikacji zbiorowej kursywą, inicjał imienia redaktora (redaktorów) z kropką, nazwisko, tom, miejsce wydania i strony (szpalty), np. R. Taubenschlag, *Münzverbrechen*, [w:] *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, eds. A. Pauly, G. Wissowa, t. XVI (1), Stuttgart 1933, szp. 455–457.
11. Artykuł z gazety codziennej cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, tytuł gazety w cudzysłowie „...”, dzienną datę wydania, np. Ł. Zalewski, *Brak zgody to równy podział na dziecko*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 4 listopada 2013 r., s. B3.

12. Recenzję należy cytować w następujący sposób: skrót rec., inicjał imienia autora recenzji z kropką, nazwisko, tytuł czasopisma w cudzysłowie „...”, cyframi arabskimi rok wydania, numer (zeszyt), cytowane strony, przecinek, następnie [z:] inicjał imienia autora recenzowanej pracy z kropką, nazwisko, tytuł pracy, miejsce i rok wydania, np. Zob. rec. A. Berger, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 1925, nr 21, s. 191–195, [z:] U. Willamowitz-Moellendorff, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer bis zum Ausgang des Mittelalters*, Leipzig–Berlin 1923.
13. Orzeczenia sądów lub trybunałów cytuje się, podając kolejno: nazwę orzeczenia, nazwę organu, który je wydał, datę wydania, sygnaturę akt oraz, jeśli orzeczenie było publikowane – miejsce publikacji i numery stron, np. Orzeczenie SN z 13 stycznia 1965 r., I CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, poz. 171.
14. Akty prawne cytuje się w następujący sposób: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.); Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
15. Stronę internetową należy podawać w następujący sposób: <http://www.ms.gov.pl> (25.09.2013).

„MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA“

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCOPE

“The *Miscellanea Historico-Iuridica*” (MHI) is published by the historians of law from University of Białystok, Faculty of Law. It is issued twice a year in printed form (the basic form), and in the electronic format: <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea/index.php>.

EDITORIAL POLICY AND GENERAL INFORMATION

SUBMISSION OF MANUSCRIPTS

The copy of the manuscript should be sent by the e-mail to the Secretary of the Editorial Board: miscellanea@uwb.edu.pl. The manuscript must be accompanied by a written statement of corresponding author that no similar paper has been or will be submitted for publication elsewhere as well as all authors listed on a manuscript have agreed to its submission. Upon acceptance of the manuscript, the author(s) will be asked to transfer the copyright to the publisher (i.e. Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku).

REVIEW PROCESS

All submitted manuscripts (i.e. studies, archive documents, book reviews – articles) will be subject to review by two independent experts from the outside unit for the scientific evaluation. If the text is written in foreign language, at least one of the reviewers should be affiliated in the foreign institution other than the nationality of the author(s). The “double-blind review process” will be introduced as a rule. However, in some cases the editors may not introduce this procedure and they may ask the reviewer to sign a statement of no conflict of interest existing between the reviewer and the author. The review must contain clear declaration that the reviewed text should be published or withdrawn. When a decision is reached, a decision letter will be sent to the authors, including the comments of the referees (not showing his name). The editors will take the measures to protect the MHI from “ghostwriting” and “guest authorship” cases. All these kind of cases will be exposed, by informing relevant scientific units about such cases. The list of reviewers will be published in each volume.

REVIEW CRITERIA

Criteria of reviewing the article submitted for publishing in the “*Miscellanea Historico-Iuridica*” include:

1. the initial characteristics of the article – if it has theoretical, legal comparative, historical and legal dimension
2. does the title correspond with the content of the article
3. has the purpose and the concept of work been clearly and correctly defined
4. has the purpose of the article been achieved
5. the scientific value of the article
6. the correctness of the method of research
7. the necessity of using the statistical method
8. the value of bibliography used
9. the correctness of final conclusions
10. the style and linguistic value of the text

Every review should have clear recommendation for publishing the text or include other conclusions.

PERMISSIONS

Materials copied from other sources must be accompanied by a written statement from both the author and publisher giving permission to Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku for reproduction. It is the author’s responsibility to ensure that such permissions are obtained.

PREPARATION OF MANUSCRIPTS

Articles should be written in Polish or English, French, German, Russian or Spanish. The title page should include the title, full names of authors and their affiliation, corresponding author(s) contact information (address, e-mail). Key words (3–6) and summaries (not more than 250 words) in English, should be provided on a separate page. The footnotes should follow the way they are published in the previous volumes of the MHI. Full bibliography should be added at the end of the text.

GUIDELINES FOR AUTHORS

GENERAL INFORMATION

1. Please include the following information as an opening part on the first page of your paper: name (names) and last name along with the full name of the institution you are affiliated with, e-mail address, title of the article in the original language and in English, short summary (max. 250 words) and key words in English.
2. The length of the text should not exceed 25 pages formatted according to the rules given below. The main text should be typed in 12-point Times New Roman, with full justification, 1.5 line spacing. Bolding is allowed in headlines, italics while using citations, terms, phrases and sentences in Latin. Quotation marks are requested for citations. Editorial Board of Miscellanea does not verify citations and their translations used in the submitted papers. The Board reserves the right to remove stylistic mistakes and to standardize the text according to the accepted rules, without consulting the Author.
3. When necessary, consistent enumeration should be used: 1), 2), 3) etc., or a), b), c) etc. No other types (such as • or <) should be used.
4. A list of references in alphabetical order should be attached at the end of the submitted paper including all the sources used throughout the text: publications, original sources, case law, internet sites, etc.
5. Consistent enumeration of all pages should be included at the bottom of each page.
6. The following Latin abbreviations should be used:
 - eadem, idem – the same (the former refers to a lady, the latter to a man)
 - ibidem – the same place
 - op. cit. – in the work cited
 - passim – here and there, everywhere.

CITATION GUIDE

1. Footnotes (in 10-point Times New Roman, with full justification, 1,0 line spacing with footnote symbols in the upper index) should be consistently enumerated.
2. In the main text the footnote symbol should be inserted after the word (no space) and before comma or period ending the sentence. For example: In the next part of his presentation, tradition of teaching Roman law in Vilnius was recalled¹, accompanied by the note of Spanish humanist Petrus Roysius² (Pedro Ruiz de Moroz 1505–1571), known as Roizjusz³.
3. A footnote should be formatted as a sentence, starting with capital letter and ending with period.
4. Publication used for the first time should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the work in italics, place and year of publication, pages. For example: J. Sondel, *Latin-Polish dictionary for Lawyers*, Krakow 1997, pp. 174–178; Later edition should be indicated as follows: J. Sondel, *Latin-Polish dictionary for Lawyers*, ed. 2, Krakow 2001, p. 266.
5. First citation of a paper published in a scientific periodical/journal should include: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the work in italics, title of the periodical/journal in quotation marks and, if it is to be cited again, its abbreviation in parenthesis, publication year, volume (issue), cited pages. For example: I. Koschembahr-Lyskowski, *On the history of property law*, „Journal of Law and Administration” (hereinafter: JoLA) 1902, vol. 6, pp. 385–410. A further

- publication from the same periodical should be cited with abbreviation. For example: I. Koschembahr-Lyskowski, *Two new reviews of the Roman law*, JoLA 1908, vol. 5, pp. 329–353.
6. Only one other work of the same author referred to again should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, op. cit., pages (or footnote number). For example: J. Sondel, op. cit., p. 185.
 7. If several works of the same author are used, a clear abbreviation should be selected to identify each work followed by ellipsis, coma and page number. For example: F. Bossowski, *Roman law issues*, „Judicial Gazette of Warsaw” 1923, nr 30, pp. 257–260; F. Bossowski, *Property law problems*, Krakow 1925, p. 38 – should be further cited (in the same footnote) as: F. Bossowski, *Roman law...*, p. 258; idem, *Property law...*, p. 45.
 8. If two references to the same work are made next to each other in the text, the *Ibidem* term should be used in footnotes. For example: R. Taubenschlag, *Die materna potestas im griko-ägyptischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1929, nr 49, pp. 115–128; followed by: *Ibidem*, p. 120.
 9. Article from a group publication should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the article in italics, [in:], title of the group publication in italics, initial of the name of the editor/s followed by period, last name of the editor/s, volume, place and year of publication pages. For example: F. Bossowski, *Justynia's novels*, [in:] *Anniversary book for the First Lithuanian Statute*, ed. S. Ehrenkreutz, Vilnius 1935, pp. 107–121; G. Bałtruszajtys, *History of the Roman Law Department at the Warsaw University*, [in:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, éditées par M. Zabłocka et J. Krzynyówek, J. Urbanik, Z. Służewska, vol. 1, Varsovie 2000, pp. 35–36.
 10. Encyclopedia entry reference should include the following: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the entry in italics, [in:] title of the publication in italics, initial of the name of the editor/s followed by period, last name of the editor/s, volume, place and date of publication, pages. For example: R. Taubenschlag, *Münzverbrechen*, [in:] *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, eds. A. Pauly, G. Wissowa, vol. XVI (1), Stuttgart 1933, pp. 455–457.
 11. Article from a newspaper should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the article in italics, title of the newspaper in quotation marks, day date of the publication, page. For example: L. Zalewski, *Lack of consensus on custody*, „Legal Paper”, 4 November 2013, p. B3.
 12. Review should be cited as follows: abbreviation rev., initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the periodical in quotation marks, year of publication, volume (issue), cited pages, [from:] initial of the name of the reviewed author, last name of that author, title of work, place and date of publication. For example: See rev. A. Berger, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 1925, nr 21, pp. 191–195, [from:] U. Willamowitz-Moellendorff, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer bis zum Ausgang des Mittelalters*, Leipzig–Berlin 1923.
 13. Judgments of the courts and tribunals should be cited as follows: title of the case, name of the organ issuing the judgment, date of the judgment, reference symbols, and, if the judgment was published – indication of the place of publication and pages. For example: Judgment of the Supreme Court of Poland of 13 January 1965, CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, pos. 171.
 14. Polish legal acts reference: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.); Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
 15. Website reference: <http://www.ms.gov.pl> (25.09.2013).

MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA

vol. 13, issue 2

Chief Editor: Piotr Fiedorczyk
Issue Editor: Krzysztof Szczygielski

University of Białystok
Faculty of Law

Białystok 2014

Content

I. ARTICLES

Sławomir Patrycjusz Kursa Donations in favor of concubine in Digest of Justinian.....	9
Leah Bornstein-Makovetsky Extramarital Relations among Jews in the Ottoman Empire.....	25
Karol Łopatecki Marriages and illegitimate relationships in the army of the Crown of the Polish Kingdom and the Grand Duchy of Lithuania in the sixteenth and seventeenth century – the law and the practice.....	47
Piotr Zbigniew Pomianowski Extramarital affair as a ground for divorce in the practice of courts of the Duchy of Warsaw.....	73
Tomasz Marek Królasik Franciszek Ksawery Szaniawki on legal regulation of divorce in Napoleonic Code.....	89
Sanja Gligić Adulteresses and fornicatrices in Serbian law in the first half of the XIX century.....	101
Piotr Fiedorczyk The Legal Status of Children Born out of Wedlock in Polish Family Law in the First Years after WW II.....	123
Marek Ławreszuk The attitude of the Orthodox Church towards people living in extra-marital relationships.....	139

Krzysztof Szczygielski	
Concubinage as a source of the matrimonial impediment of public propriety in Canon Law	149
Tomasz Litwin	
Institution of civil partnership in the light of the rules of Polish Constitution of 1997	167
Bartłomiej Oszkinis	
Concubinage – the meaning of the term in the light of Polish juridical doctrine and court decisions	193
Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Renata Tanajewska	
The cohabitation in Polish commercial law	217
Ewa Kowalewska-Borys, Aneta Michałowska	
Rights of Individuals Joined in a Civil Union in View of the Law of Criminal Procedure	227
Cezary Wiśniewski	
Closest family member in Polish penal codes	241
Agnieszka Daniluk	
Requesting exclusion of an employee in the administrative authority in the context of cohabitation	253
Urszula Drozdowska	
The legal status of patient’s partner in Polish medical law	265
Katarzyna Bagan-Kurluta	
Surrogacy and adoptions – symbiosism or concurence?	281
Marek Andrzej Lebensztein	
Surrogacy – ethics and legal aspects	299
Katarzyna Pfeifer-Chomiczewska	
Simple adoption – a controversial way to create a legal relationship between cohabitants. The analysis of French law	317
Anetta Breczko	
The need to redefine the concepts of marriage and family in modern pluralistic world. Reflections in the context of partnerships	335
Anna Leszczuk-Fiedziukiewicz	
The image of domestic partnerships in the Polish social campaigns between 2004 and 2013	353

