

REINER FRANK

## PRAWO RODZINNE W KONSTYTUCJI REPUBLIKI FEDERALNEJ NIEMIEC \*

### I

Znaczenie prawa konstytucyjnego dla prawa prywatnego przejawia się — ogólnie biorąc — w jego funkcji stanowienia gwarancji. Ponadto zawiera ono wytyczne i stanowi źródło impulsów. Prawo rodzinne nie jest wyjątkiem. W jego przypadku ustawa zasadnicza (Grundgesetz) zawiera zespół reguł wyrażających podstawowe, wiodące zasady, które ustawodawca winien tylko wypełnić treścią i skonkretyzować.

Nie ma więc wątpliwości, że poprzez swoje podstawowe deklaracje ustawa zasadnicza wywiera wpływ na prawo rodzinne czy też — do kwestii tej wróce w dalszych wywodach — próbuje wywierać taki wpływ. Spójrzmy dla przykładu na następujące artykuły ustawy zasadniczej:

— małżeństwo i rodzina pozostają pod szczególną ochroną państwa (art. 6/1);

— kobiety i mężczyźni mają równe prawa (art. 3/2/);

— nikt nie może być dyskryminowany lub uprzywilejowany ze względu na płeć (art. 3/3/);

— troska o dzieci i ich wychowywanie stanowią przyrodzone prawo rodziców i obowiązek obciążający ich w pierwszym rzędzie (art. 6/1/, zd. 1). Społeczeństwo sprawuje nadzór nad wykonywaniem tego obowiązku (art. 6/1/, zd. 2);

— odłączenie dzieci od rodziny wbrew woli osób uprawnionych do ich wychowywania może nastąpić tylko na podstawie prawa, jeśli osoby te nie wypełniają swego obowiązku albo jeśli dzieci są z innych wzglę-

\* W przypisach zastosowano m.in. następujące skróty: ABGB — Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich; BGB — Bürgerliches Gesetzbuch of 18 VIII 1896 r.; BVerfGE — Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; FamRZ — Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; IPRax — Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; JZ — Juristenzeitung; NJW — Neue Juristische Wochenschrift; VVDStRL — Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.

dów narażone na zaniedbanie (art. 6/3/). Ustawodawstwo stworzy dzieciom pozamałżeńskim takie same warunki rozwoju fizycznego i duchowego i umożliwi im osiągnięcie takiej samej pozycji w społeczeństwie, jak dzieciom małżeńskim (art. 6/5/).

## II

1. Od daty wejścia w życie ustawy zasadniczej, tj. od 24 V 1949 r., czwarta księga kodeksu cywilnego (BGB), część prawa rodzinnego ujęta w ustawie o małżeństwie (Ehegesetz) uległy zasadniczym zmianom. Nie wiele dziś zostało z prawa obowiązującego 40 lat temu.

2. Znaczna część reform była wywołana, pozostawała pod wpływem lub przynajmniej towarzyszyła jej dyskusje na temat prawnych aspektów reform w świetle Konstytucji. To z kolei każe postawić z całą mocą pytanie, czy zmiany w prawie rodzinnym różniłyby się od tych, które faktycznie miały miejsce, gdyby Konstytucja nie zawierała wspomnianych wcześniej podstawowych deklaracji. Jestem sceptycznie nastawiony do raczej euforycznych i pochopnych wniosków, iżby nasza Konstytucja w sposób decydujący wpłynęła na kształt systemu prawa rodzinnego w okresie powojennym. Spojrzenie na prawo innych państw nie pozostawia cienia wątpliwości, że główne trendy zmian w prawie rodzinnym RFN, innych państw Europy i USA przebiegały w zadziwiająco zgodny sposób i — co za tym idzie — niezależnie od Konstytucji. Z pewnością jednak należy uczynić rozróżnienie między zmianami, które z niemieckiego punktu widzenia wydają się bardziej „neutralne” (tj. w niewielkim tylko stopniu miały na nie wpływ kształt postanowień Konstytucji) i zmianami, które sięgają do sedna funkcji ochronnej niektórych jej postanowień, w szczególności zaś art. 3 i 6 ustawy zasadniczej.

3. Do bardziej „neutralnych” rozwiązań w prawie rodzinnym zaliczyłbym regulację ustroju majątkowo-małżeńskiego, jeśli pominąć fakt, że system używania i zarządu (Nutzverwaltung) przez męża majątkiem żony, nie znany w innych państwach i sprzeczny z zasadą równouprawnienia, był ustawowym systemem majątkowo-małżeńskim w RFN do 1 IV 1953 r. W prawie regulującym kwestie majątku małżeńskiego dało się na przestrzeni ostatnich dekad zauważyć odwrót od systemu rozdzielności majątku (Gütertrennung) w kierunku systemu wspólności dorobku (Errungenschaftsgemeinschaft)<sup>1</sup>. Decydujące dla tego typu zmiany było przekonanie, że małżonek który zajmował się prowadzeniem gospodarstwa domowego winien mieć udział w przyroście wartości ma-

<sup>1</sup> Zob. bliżej Staudinger, v. Bar, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Eherecht* (wyd. 12, 1983), RdNr. 33.

jątku zgromadzonego w czasie trwania małżeństwa w taki sam sposób, jak małżonek, który pracował zarobkowo. Wspólność majątkowa jest dziś podstawowym systemem majątkowo-mażeńskim w prawie państw socjalistycznych<sup>2</sup> i w kręgu państw kultury romańskiej<sup>3</sup>. Nasz system wspólności nadwyżki (Zugewinnngemeinschaft) nie jest, w porównaniu z systemem wspólności dorobku, formą całkiem od niego różną. Jest raczej jego odmianą techniczną, ponieważ „rozdział” majątku nabytego w czasie małżeństwa nie następuje natychmiast, lecz dopiero po ustaniu małżeństwa. Tego typu rozwiązania przyjmują również systemy prawne państw skandynawskich<sup>4</sup> oraz Austria<sup>5</sup> i Szwajcaria<sup>6</sup>. Spotykane jeszcze tu i ówdzie twierdzenia, że państwa „common law” są prawdziwą ostoją systemu rozdzielności majątku, mogą być w zasadzie uznane za trafne, choć szeroki zestaw reguł konstruujących różnego typu „środki uznaniowe” umożliwia i tam uzyskanie przez słabszego małżonka odpowiedniego udziału w przyroście majątku mańskiego<sup>7</sup>.

Rozwiązania wprowadzone do prawa rozwodowego w okresie powojennym mogą także być zaliczone do reform, które z punktu widzenia konstytucji mają raczej charakter neutralny<sup>8</sup>. Zasada winy została — na skalę międzynarodową — zastąpiona zasadą rozkładu pożycia<sup>9</sup>. Wpływ winy przejawia się natomiast w wyjątkowych przypadkach poprzez swego rodzaju środki korygujące. W sprawach z zakresu pieczy nad dzieckiem decydujące jest kryterium dobra dziecka. Z kolei w prawie alimentacyjnym uprawnienie do alimentów po rozwodzie powstaje po stronie rozwiedzionego małżonka tylko wówczas, gdy wykaże on istnienie niedostatku będącego rezultatem pozostawania w związku mańskim (ehebedingte Bedürftigkeit), bez względu na winę. Dobrym przykładem może tu być prawo hiszpańskie. Choć wprowadziło ono rozwód dopiero

<sup>2</sup> A. Wirsing, *Das eheliche Güterrecht der DDR* (1983), s. 138.

<sup>3</sup> G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux* (wyd. 2, 1986), s. 148; G. Gabrielli, *Das italienische Modell der gesetzlichen Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten*, ZfRV 1979, s. 176.

<sup>4</sup> O. Teleman, *Bodelning efter äktenskapsskillnad* (1982), s. 20.

<sup>5</sup> O. Lehner, *Familie — Recht — Politik: Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert* (1987), s. 483.

<sup>6</sup> M. Näf-Hoffmann, H. Näf-Hoffmann, *Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch* (1986), s. 82.

<sup>7</sup> Zob. na temat angielskiej ustawy Matrimonial Causes Act z 1974 r. P. M. Bromley, N. V. Lowe, *Family Law* (wyd. 7, 1987), s. 662 i n.

<sup>8</sup> Zob. np. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts* (wyd. 2, 1971), s. 217; inaczej Th. Ramm, *Grundgesetz und Eherecht* (1972), s. 22, który twierdzi, że jedynie zasada rozkładu pożycia pozostaje w zgodzie z Konstytucją.

<sup>9</sup> Zob. D. Henrich, *Schuld ohne Sühne? Rechtsvergleichende Betrachtungen zum Ehescheidungsrecht*, w: *Festschrift M. Ferid* (1978), s. 525 i n.; zob. też Staudinger, v. Bar (przyzp. 1), RdNr. 50.

w 1981 r., nie oparło go na zasadzie winy — co byłoby zgodne z doktryną państw o tradycji romańskiej — lecz za decydującą przyjęto przesłankę rozkładu pożycia<sup>10</sup>.

Nowe rozwiązania, również w mniejszym stopniu pozostające pod wpływem wymogów konstytucyjnych, przyjęte zostały także w prawie regulującym stosunki między rodzicami a dziećmi. Ich kierunek demonstruje już sama nazwa. Termin „władza rodzicielska” (elterliche Gewalt) zastąpiony został terminem „piecza rodzicielska” (elterliche Sorge)<sup>11</sup>, tak samo jak w prawie francuskim: termin „autorité parentale” pojawił się w miejsce terminu „puissance parentale”<sup>12</sup>. W prawie adopcyjnym tzw. „adopcja prosta” (einfache Adoption), która poszukiwała zawsze rozwiązań kompromisowych między starą a nową rodziną, zastąpiona została przez adopcję pełną (Volladoption)<sup>13</sup>, całkowicie separującą dziecko od starej rodziny i włączającą je do nowej. Wreszcie, generalnie rzecz ujmując, niemieckie prawo rodzinne, jak i prawa rodzinne innych państw, coraz częściej kwestionuje tezę, iż czynnikami będącymi źródłem stosunków rodzinnoprawnych są małżeństwo i więzy krwi. Co więcej — proponuje się nawet zastąpić je materialnym kryterium faktycznego pożycia. Dla tego typu rozwiązań charakterystyczne są tendencje do otaczania ochroną nie tylko małżeństwa, lecz także długotrwałych związków o podobnej naturze oraz do silniejszej integracji dzieci przybranych i pasierbów ze wspólnotą rodzinną, w której przebywają<sup>14</sup>.

4. Równoległe z przedstawionymi wyżej zmianami, określanymi przeze mnie jako w przeważającej mierze neutralne, prawo rodzinne RFN podlegało w okresie powojennym wielu reformom, które wydawały się — zapowiedziane i wywołane treścią norm konstytucyjnych. Mam tu na uwadze art. 6/3/ ustawy zasadniczej, według którego ustawodawstwo winno stworzyć dzieciom pozamałżeńskim takie same warunki rozwoju fizycznego i duchowego i umożliwić im osiągnięcie takiej samej pozycji w społeczeństwie, jak dzieciom małżeńskim oraz art. 3/2/, wprowadzający wymóg równouprawnienia kobiet i mężczyzn. Bardziej wnikliwa analiza wykazałaby jednak, że zadania i gwarancje przewidziane w powo-

<sup>10</sup> D. Langer, *Eheschlussung und Ehescheidung nach spanischem Recht* (1984), s. 198.

<sup>11</sup> § 1626 BGB wprowadzony przez ustawę z dnia 18 VII 1979 r., reformującą prawo o władzy rodzicielskiej.

<sup>12</sup> Art. 371 kodeksu Napoleona w wersji z 4 VI 1970 r.

<sup>13</sup> R. Frank, *Grenzen der Adoption* (1978), s. 18; zob. też przegląd prawnoporównawczy w pracy pod red. A. B. Loreti, *L'adozione dei minori nelle legislazioni Europee* (1986), s. 42 i n., zwł. s. 81. Od czasu wejścia w życie ustawy nr 21/1987 z 11 XI 1987 r. Hiszpania uznaje tylko adopcję pełną.

<sup>14</sup> W tej kwestii zob. R. Frank, *Grenzen...*, s. 59 i n.; tenże *La sécurité économique de la famille de fait en République Fédérale d'Allemagne*, w: M. T. Meulders-Klein, J. Eekelaar (red.), *Famille, Etat et Sécurité Economique d'Existence*, t. I (1988), s. 321 i n.

lanych przepisach ustawy zasadniczej nie miały większego znaczenia. To bowiem zmiany społeczne, niezależne od treści Konstytucji (choć, być może, trafnie przez jej autorów przewidziane), wywołały i określiły kształt reform. Prawo rodzinne jest, bardziej niż jakakolwiek inna dziedzina prawa, odbiciem rzeczywistości społecznej. Samo zaś prawo rodzinne, jak również odpowiednie partie Konstytucji, kształtują tę rzeczywistość w niewielkim zaledwie stopniu. Reformy w prawie rodzinnym mają z reguły miejsce dopiero wówczas, gdy przekształceniom ulegną określone obszary stosunków społecznych, gdy zmiany w hierarchii wartości znajdują powszechną lub przeważającą aprobatę. Niech mi wolno będzie bliżej zilustrować to na przykładach art. 6/3/ i 3/2/ ustawy zasadniczej:

a) Art. 121 Konstytucji Republiki Weimarskiej stanowił: „Ustawodawstwo winno stworzyć dzieciom pozamażeńskim takie same warunki rozwoju fizycznego, duchowego i społecznego, jak dzieciom małżeńskim”.

Po 30 latach bez żadnych istotnych zmian w kwestii nierównoprawnego traktowania przez prawo dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich, art. 6/5/ zobowiązał powojennego ustawodawcę w prawie identycznych słowach do podjęcia takiego samego programu. I trzeba było kolejnych 20 lat, by w roku 1969, w traktacie reform prawa o dzieciach pozamałżeńskich, wykreślono wreszcie sławetne zdanie § 1589 II BGB („dziecko pozamałżeńskie i jego ojciec nie są uważani za krewnych”). Na korzyść art. 6/5/ ustawy zasadniczej można jednak zapisać, że to właśnie Federalny Sąd Konstytucyjny (Bundesverfassungsgericht) w orzeczeniu z 29 I 1969<sup>15</sup> wyznaczył ustawodawcy termin do końca piątego okresu ustawodawczego (tj. do końca 1969 r.) i zagroził, że jeśli do tego czasu nie zostanie zreformowane prawo o dzieciach pozamałżeńskich, sąd podejmie zadanie zmiany tego prawa poprzez orzecznictwo. Ale i ten argument nie do końca przekonuje. Nie można rzecz jasna wykluczyć, że bez decyzji Federalnego Sądu Konstytucyjnego na reformę trzeba byłoby poczekać jeszcze rok lub dwa. Nie jest jednak przypadkiem, że w całkowicie różnych warunkach konstytucyjnych w Europie Zachodniej i w USA główne reformy prawa o dzieciach pozamałżeńskich przeprowadzone zostały w dość krótkim okresie między rokiem 1968 a 1975. Niemiecka ustawa o dzieciach pozamałżeńskich pochodzi z roku 1969. Reformy tegoż prawa w państwach socjalistycznych<sup>16</sup> były już wówczas zakończone. W Szwecji<sup>17</sup> postanowienia o równoprawnej pozycji dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich w prawie spadkowym weszły w życie

<sup>15</sup> BVerfGE 25, s. 167.

<sup>16</sup> Zob. np. art. 47 Kodeksu Małżeńskiego i rodzinnego RFSRR z 30 VII 1969 r.; § 34 węgierskiej ustawy z 1952 r.; § 46 Kodeksu Rodzinnego NRD z 20 XII 1965 r.

<sup>17</sup> Uchylenie postanowień §§ 3–5 rozdz. IV Prawa Małżeńskiego z 1958 r. ustawą z 5 XII 1969 r.

w tym samym roku, co w RFN. Również w 1969 r. Wielka Brytania<sup>18</sup> zreformowała swoje przestarzałe prawo o dzieciach pozamałżeńskich. Austria uczyniła to w 1970 r.<sup>19</sup>, Francja w 1972 r.<sup>20</sup>, a Włochy w 1975 r.<sup>21</sup>. Pierwsze decyzje Sądu Najwyższego USA, które przyspieszyły dość wolny proces zrównywania pozycji dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich w tym kraju to orzeczenia w sprawie *Levy v. Louisiana* z 1968 r.<sup>22</sup>, *Głona v. American Guarantee and Liability Insurance Co.* z 1968 r.<sup>23</sup>, *Labine v. Vincent* z 1971 r.<sup>24</sup>, *Weber v. Aetna Casualty and Surety Co.* z 1972 r.<sup>25</sup>, oraz *Gomez v. Perez* z 1973 r.<sup>26</sup>. Są z pewnością kraje, które reformowały tą dziedzinę prawa stosunkowo późno, jak choćby Szwajcaria (1976 r.<sup>27</sup>), są też kraje, w których prawo to dopiero czeka na reformy. Można jednak uznawać okres 1968–1975 za czas nasilenia reform w Europie Zachodniej i w USA. Czy więc naprawdę program określony w Art. 6/3/ ustawy zasadniczej miał decydujące znaczenie w posunięciu naprzód reform prawa o dzieciach pozamałżeńskich w RFN?

b) Podobne zastrzeżenia wysunąć można w kwestii zasady równouprawnienia płci. Według art 117/1/ Konstytucji przepisy sprzeczne z zasadą równouprawnienia utraciły moc z dniem 31 III 1953 r. Tzw. Ustawa o Równouprawnieniu z 18 VI 1957 r. miała cztery lata później zreformować prawo rodzinne według wytycznych zawartych w art. 3 ustawy zasadniczej. Co ciekawe, w rezultacie tej reformy w przepisach BGB o pieczy rodzicielskiej pojawiło się po raz pierwszy postanowienie przyznające ojcu wyłączne prawo decyzji na wypadek braku zgody rodziców co do sposobu wykonywania pieczy (§ 1628 I BGB, stara wersja). Paragraf 1629 I BGB uzupełnił tę normę w ten sposób, że ustanowił ojca wyłącznym przedstawicielem dziecka. Trzeba sobie dzisiaj w pełni zdawać sprawę z tego, że przy uchwalaniu Ustawy, której centralnym zadaniem było zreformowanie prawa rodzinnego według wytycznych art. 3/2/ Konstytucji, nie chodziło o proste zachowanie w kodeksie cywilnym postanowienia o „decydującym głosie” ojca i jego wyłącznym uprawnieniu do działania w charakterze przedstawiciela dziecka

<sup>18</sup> Pkt 85/1/ Ustawy Children Act z 1975 r.

<sup>19</sup> Zob. §§ 166, 170 ABGB.

<sup>20</sup> Art. 334 Kodeksu Napoleona w wersji z 1972 r.

<sup>21</sup> Art. 261 włoskiego kodeksu cywilnego w wersji z 19 V 1975 r.

<sup>22</sup> 391 U.S. 68 (1968).

<sup>23</sup> 391 U.S. 73 (1968).

<sup>24</sup> 401 U.S. 532 (1971).

<sup>25</sup> 406 U.S. 164 (1972).

<sup>26</sup> 409 U.S. 535 (1973).

<sup>27</sup> Reforma VII i VIII części szwajcarskiego kodeksu cywilnego ustawą federalną z 25 VI 1976 r.

— wówczas to właśnie po raz pierwszy, po starannym namyśle, do kodeksu tego je wprowadzono. Odwołując się do tego wydarzenia, nie tyle chcę zwrócić uwagę na poważny błąd ustawodawcy z roku 1957, co raczej podkreślić, do jakiego stopnia w istotnych kwestiach ocennych jesteśmy wszyscy więźniami własnego stanowiska i jak różna może być interpretacja art. 3/2/, jeśli uwzględni się w tym procesie zmieniające się okoliczności społeczne. W czasie debat nad kształtem Ustawy o Równouprawieniu wnikliwie rozważano kwestię ujęcia pieczy rodzicielskiej. Ostateczna forma nowej reguły znalazła obronę na gruncie doktryny podnoszącej istnienie biologicznych i funkcjonalnych różnic między mężem i żoną oraz na gruncie przekonania, że rozstrzygająca decyzja rodzicielska leży w interesie dziecka<sup>28</sup>. Trzeba było dopiero orzeczenia Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 29 VII 1959 r.<sup>29</sup>, by § 1628 i § 1629 mogły zniknąć z niemieckiego kodeksu cywilnego.

Reguła, pozostająca w mocy do 1976 r., w myśl której w wyniku zawarcia małżeństwa nazwisko męża stawało się wspólnym nazwiskiem członków rodziny, także była przedmiotem dyskusji poprzedzających uchwalenie I ustawy o małżeństwie prowadzonych z pozycji równouprawienia. Nigdy jednak reguła ta nie była poważnie określana jako sprzeczna z Konstytucją. Zdażyliśmy się już wszyscy od tego czasu przyzwyczaić do możliwości wyboru między nazwiskami męża i żony — nazwiska wspólnego i po wstępnych wahaniach coraz częściej nazwisko żony bywa przyjmowane jako nazwisko małżeńskie. Co ciekawe, kodeks zawiera współcześnie normę (§ 1355 II, zd. II) regulującą sytuację, gdy osoby chcące zawrzeć małżeństwo nie mogą uzgodnić kwestii nazwiska małżeńskiego. W takim przypadku, wobec konieczności przyjęcia jakiegoś wspólnego nazwiska uznaje się, iż nazwiskiem małżonków będzie nazwisko męża. Nie może dziwić w świetle zmiany w sferze ocen na obszarze działania art. 3/2/, że Konstytucyjny Sąd Federalny będzie musiał rozważyć wkrótce ten przepis w rezultacie skierowanego doń pytania<sup>30</sup>. Mógłbym także dodać, że w świetle stanowiska zajmowanego w tej kwestii przez doktrynę nie zdziwiłbym się, gdyby Sąd uznał § 1355 BGB za sprzeczny z Konstytucją. Trzeba także pamiętać, że o ile przed 1976 r. kwestia pierwszeństwa nazwiska męża nie była przedmiotem poważniejszej krytyki, to współcześnie jest to reguła o znikomej doniosłości praktycznej, wprowadzona tylko w celu rozstrzygnięcia problemu,

<sup>28</sup> Projekt rządowy § 1628 (stara wersja), Bundestags-Drucksache Nr 3802, s. 72. Zob. także Krüger, Breetzke, Nowack, *Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar* (1958), uwagi do §§ 1628, 1629 BGB.

<sup>29</sup> BVerfGE 10, s. 59.

<sup>30</sup> Orz. Amtegericht Tübingen z 24 XI 1986 r. — 8 GR 219/86, uzupełnione decyzją z 5 V 1988 r.

gdy brak porozumienia między małżonkami uniemożliwia dokonanie przez nich samych wyboru wspólnego nazwiska<sup>31</sup>.

Liczne inne przykłady mogłyby służyć za ilustrację tezy, że choć nie zmieniła się definicja równouprawnienia, zmieniło się ogromnie stosowanie prawa w tej mierze. Potwierdza to w całej rozciągłości spojrzenie na prawo porównawcze. Wystarczy tylko wziąć pod uwagę liczne systemy prawne, które zasadę równouprawnienia płci wprowadziły do Konstytucji, ale których sądy konstytucyjne nie widzą nic złego w uznawaniu męża za głowę rodziny. Gdy kwestię tę podnosiłem na konferencji Związku Nauczycieli Prawa Konstytucyjnego w Monachium w 1986 r. pt. „Gwarancje konstytucyjne a zmiany społeczne”<sup>32</sup>, wydawało mi się oczywiste w odniesieniu do rozwiązań prawa rodzinnego, że absolutne gwarancje zawarte w Konstytucji błędą wobec gwarancji, które do Konstytucji wniosła rzeczywistość społeczna poprzez zabiegi interpretacyjne i dynamizm.

### III

Tematyka konferencji, o której wspomniałem wyżej, nasuwa także pytanie, co Konstytucja „gwarantuje” w dziedzinie prawa rodzinnego? Wszak same tylko zmiany społeczne nie wystarczą, by określić treść tych gwarancji.

1. Nawiązałem już do ewolucji w sferze ocen, której art. 3/2/ ustawy zasadniczej poddawany był na przestrzeni ostatnich 40 lat. Powinno się jednak pamiętać, że prawo rodzinne obowiązujące w przeszłości zmieniło się znacznie i to w jednej chwili już 31 III 1953 r., gdy art. 3/2/ na podstawie art. 117/1/ ustawy zasadniczej stał się normą stosowaną bezpośrednio do materii prawnorodzinnych. Zmiana ta wskazuje, że art. 3/2/ ustawy zasadniczej zawiera minimum gwarancji niezależnych od stopniowej ewolucji stosunków społecznych i mających trwały wpływ na kształt naszego prawa rodzinnego w okresie powojennym. Należy pamiętać, że nie trzeba było żadnej nowej ustawy, by system majątkowo-mażeński używania i zarządu przez męża majątkiem żony (Nutzverwaltung) został z dniem 1 IV 1953 r. uchylony i zastąpiony systemem rozdzielności majątkowej. Obowiązujący obecnie system wspólności nadwyżki został wypracowany 5 lat później w drodze Ustawy o Równouprawnieniu. Z dniem 1 IV 1953 r. jednostronny w zasadzie obowiązek

<sup>31</sup> Zob. N. Dethloff, S. Walther, *Der Ehe name im Lichte von Persönlichkeitsrecht und Gleichberechtigung*, EuGRZ 1987, s. 41; G. Grasmann, *Zur Verfassungsmässigkeit des einheitlichen Familiennamens* (§ 1355 I–II BGB), JZ 1988, s. 595, 598; Th. Ramm, *Familienrecht*, t. I (1985), §19 III, s. 162 i n.

<sup>32</sup> Zob. VVDStRL 45, 7–151.

alimentacyjny obciążający męża wyparty został przez wzajemny obowiązek alimentacyjny obojga małżonków. Skutkiem zastosowania art. 3/2/ w dziedzinie prawa dotyczącego obowiązków alimentacyjnych rodziców względem dzieci było uchylenie poprzednio obowiązującej regulacji, w myśl której obowiązek ojca wyprzedzał obowiązek matki. Można by mnożyć przykłady pokazujące zakres zmian, jaki art. 3/2/ w zbiegu z art. 117 ustawy zasadniczej wniosły do prawa rodzinnego z dniem 1 IV 1953 r.

2. a) Jeśli rozważać wpływ art. 6 ustawy zasadniczej na rozwój prawa rodzinnego w okresie powojennym, znacznie więcej trudności sprawia wyłowienie z treści tego przepisu podstawowych gwarancji, które przyczyniły się na przestrzeni ostatnich 40 lat, albo przyczynią się w przyszłości, do trwałego określenia treści systemu naszego prawa rodzinnego.

Art. 6/1/ ustawy zasadniczej, oddający małżeństwo i rodzinę pod szczególną opiekę państwa, jest — zgodnie z orzecznictwem Federalnym Sądu Konstytucyjnego — wielowymiarową normą konstytucyjną, gwarantem instytucji małżeństwa i wyrazem podstawowej zasady dla całego obszaru prawa stosowanego do małżeństwa i rodziny<sup>33</sup>.

b) Co do gwarancji instytucji małżeństwa, podstawowymi cechami małżeństwa są: różnica płci, monogamia, konsens stron, obowiązkowe małżeństwo cywilne, obowiązek wspólnego pożycia i zasada trwałości małżeństwa. Poza tą ostatnią zasadą, pozostałe cechy charakteryzujące małżeństwo nie były nigdy w poważniejszy sposób podawane w wątpliwość. Gdy zaś Federalny Sąd Konstytucyjny powtarza, nawet dzisiaj, standardową formułę, że małżeństwo jest „zasadniczo nierozwiązywalne”<sup>34</sup>, ilustruje tylko, jak niewielką moc perswazyjną ma art. 6/1/ ustawy zasadniczej w świetle praktyki współczesnego prawa rozwodowego. W Hiszpanii, gdzie do 1981 r. nierozwiązywalność małżeństwa była zasadą konstytucyjną, trzeba było najpierw zmienić Konstytucję, by móc później wprowadzić prawo rozwodowe znacznie surowsze niż nasze<sup>35</sup>.

c) Kwestią niejasną i mocno dyskutowaną jest pytanie, jak rozumianą „rodzinę” ma art. 6/1/ chronić. Materiały zebrane w trakcie procesu legislacyjnego nie pozostawiają wątpliwości, że miano wówczas na względzie rodzinę powstałą przez zawarcie związku małżeńskiego. Małżeństwo traktowano jako krok wstępny do założenia rodziny, rodzinę zaś jako szerszą grupę obejmującą małżonków. Federalny Sąd Konstytucyjny dawno już porzucił powyższy pogląd. Rodzinę stanowią obecnie również matka i jej dziecko pozamałżeńskie<sup>36</sup>, czasami też ojciec i jego dziecko

<sup>33</sup> BVerfGE 6, s. 55 (zwł. 72); 9, s. 237 (zwł. 248); 55, s. 114 (zwł. 162); 62, s. 323 (zwł. s. 329).

<sup>34</sup> See BVerfGE 53, s. 224, 245.

<sup>35</sup> D. Langner, *Ehe schlissung* ..., s. 19.

<sup>36</sup> BVerfGE 18, s. 97 (zwł. 105).

pozamałżeńskie<sup>37</sup>. Do rodziny włączone zostały dzieci przybrane i pasierbowie<sup>38</sup> oraz — co mniej pewne — wnuki<sup>39</sup>. W takim kontekście nie jest zaskoczeniem, że coraz częściej pojawiają się poglądy, w myśl których także konkubinat korzysta z ochrony przewidzianej w art. 6 ustawy zasadniczej, przynajmniej wtedy, gdy w jego ramach wychowuje dziecko wspólne lub dziecko jednego z partnerów. Przyznaje się wówczas, iż nie chodzi tu o ochronę konkubinatu jako małżeństwa, lecz jako rodziny; jako grupa podlegająca ochronie byłby więc konkubinat traktowany tak, jak rodzina małżeńska<sup>40</sup>.

Chciałbym kilka słów poświęcić omówieniu tej właśnie kwestii. Jesteśmy dzisiaj świadkami tendencji — nie tylko w RFN, ale w skali światowej — która zmierza w kierunku odrzucenia formalnych więzi, takich jak małżeństwo czy pokrewieństwo. Skutki prawne wywodzi się nie tylko z małżeństwa i pokrewieństwa, lecz także — i to coraz częściej — z istnienia faktycznych stosunków rodzinnych, dla których małżeństwo i pokrewieństwo mają tylko znaczenie dowodowe. W prawie socjalnym, podatkowym i w kwestiach związanych z zasiłkami dla dzieci, pasierbowie i dzieci przybrane od dawna już traktowane są jak dzieci naturalne. Inne osoby będące faktycznie członkami rodziny coraz częściej uprawnione są do świadczeń, które państwo kieruje pod adresem rodziny<sup>41</sup>. Analiza prawno-porównawcza jasno wykazuje, że wszędzie, gdzie konkubinat występuje w dużym nasileniu, prawo w coraz większym stopniu traktuje go jak małżeństwo<sup>42</sup>. Pojawia się wszakże pytanie, czy w RFN uzasadnienia dla tego typu podejścia należy poszukiwać w treści art. 6/1/ ustawy zasadniczej. Konkubinat jest tylko jedną z form faktycznych stosunków rodzinnych, których odmian wyobrazić sobie można bardzo wiele. Przywiązywanie szczególnej wagi do konkubinatu na gruncie art. 6/1/ nie jest moim zdaniem uzasadnione. Jeśli bowiem np. chciałoby się uprawnienie do odmowy zeznań przewidziane w kodeksie postępowania cywilnego (ZPO) lub karnego (StPO) przyznać nie tylko małżonkom, krewnym powinowatym lub zaręczonym, lecz także konkubentom<sup>43</sup>, trzeba by równocześnie rozszerzyć to uprawnienie na

<sup>37</sup> BVerfGE 45, s. 104 (zwł. 123); 48, s. 327 (zwł. 339); 51, s. 386 (zwł. s. 398).

<sup>38</sup> BVerfGE 18, s. 97, 105; 68, s. 176 (zwł. s. 187).

<sup>39</sup> Kwestia otwarta w świetle BVerfGE 30, s. 316, 326.

<sup>40</sup> H. Friauf, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel — das Beispiel von Ehe und Familie*, NJW 1986, s. 2595; H. Steiger, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel — das Beispiel von Ehe und Familie*, VVDStRL 45, s. 55 i n. (zwł. s. 80).

<sup>41</sup> Zob. R. Frank, *La sécurité...*, s. 325 i n.

<sup>42</sup> W. Müller-Freienfels, *Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*, w: tenże, *Familienrecht im In- und Ausland*, t. 2 (1986), s. 193 i n. Zob. też J. Rubellin-Devichi (red.), *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques* (1989).

<sup>43</sup> M. Schubarth, *Neue Formen der Lebensgemeinschaft und ihre Auswirkungen auf das Zeugnisverweigerungsrecht*, w: *Festschrift Hinderling* (1976), s. 231 i n.

wszystkich innych faktycznych członków rodziny, np. na dziecko przysposobione, partnera ze związku homoseksualnego czy też członków komuny, którzy również mogą znaleźć się w podobnej sytuacji kryzysu świadomości. Tak czy inaczej, nie widzę powodów, by w takim przypadku przyznawać szczególne uprawnienia konkubentom, zwłaszcza zaś — na podstawie art. 6/1/.

Weźmy inny przykład. Jeśli w przypadku śmierci członka rodziny wskutek czynu niedozwolonego kodeks cywilny (§ 844 II BGB) przyznaje roszczenie o rentę wyłącznie osobom, które zmarły miał prawny obowiązek utrzymywać, to wydaje mi się niewłaściwe ograniczanie dyskusję *de lege ferenda* tylko do kwestii, czy konkubent zasługuje na podobną ochronę jak małżonek. Należałoby raczej zapytać, czy każdy kto utracił żywiciela winien mieć uprawnienie do renty<sup>44</sup>. W takiej sytuacji rozważania objąć musiałyby nie tylko konkubentów, lecz także dzieci przysposobione, pasierbów, wuja, ciotkę, chłopaka czy dziewczynę, z którą „się chodzi”, pod warunkiem, że utracili oni żywiciela i że można udowodnić z dostatecznym stopniem pewności, że zmarły utrzymywałby ich również w przyszłości. Wówczas nie byłoby najmniejszego powodu, by traktować konkubinaty inaczej niż inne formy stosunków faktycznych i by angażować w to art. 6/1/ ustawy zasadniczej. Poruszyły mnie bardzo słowa napisane przez członka Federalnego Sądu Konstytucyjnego, że rolę art. 6/1/ należy rozumieć w taki sposób, iż ochrona przewidziana w Konstytucji winna przyznana być w tych wszystkich przypadkach, gdy funkcja społeczna, do której odnosi się art. 6, jest pełniona poza ramami tradycyjnego małżeństwa i rodziny<sup>45</sup>. Konstytucja nie chroni rodziny ze względu na jej słabość i potrzebę takiej ochrony, lecz ze względu na korzyści, które rodzina może przynieść państwu i społeczeństwu. Nie oznacza to, że należy zniechęcać do innych form pożycia, ani też, że nie powinny one korzystać z ochrony prawnej. Nie pozostają one jednak — i żadne zmiany społeczne nie zmieniają tego stanu rzeczy — pod szczególną ochroną państwa.

d) W mojej opinii, Federalny Sąd Konstytucyjny wypłynął na niebezpieczne wody, gdy — poczynając od szerokiego pojęcia rodziny — traktuje zarówno rodzinę małżeńską, jak i pozamałżeńską jako pozostającą pod ochroną art. 6 ustawy zasadniczej, a równocześnie na podstawie trudno definiowalnego pojęcia „małżeństwa” uznaje, że tylko małżonkowie (nie zaś partnerzy ze związku pozamałżeńskiego) pozostają pod ochroną tego przepisu. Szczególna ochrona przyznana małżonkom np. przez prawo podatkowe z konieczności ma istotny wpływ na poziom

<sup>44</sup> M. Keller, S. Gabi, *Das schweizerische Schuldrecht*, t. 2, *Hafpflichtrecht* (1988), s. 92 i n; Schwimann — ABGB — *Praxis-kommentar* — Harrer, t. 5 (1987), § 1327, s. 236; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les Obligations* (wyd. 13, 1988), RdNr. 89, s. 375.

<sup>45</sup> D. Grimm, *Diskussionbeitrag*, VVDStRL 45, s. 109.

ochrony rodziny. Trudno chronić rodzinę małżeńską i pozamałżeńską w takim samym stopniu, zwłaszcza na obszarze prawa rzeczowego, jeśli czyni się rozróżnienie między małżeństwem a związkiem pozamałżeńskim. Powodem, dla którego problem ten nie ujawnił się dotąd jako istotna kwestia jest to, że — nawet w opinii samego Federalnego Sądu Konstytucyjnego — skuteczność art. 6 w dziedzinie praktycznego określenia stopnia ochrony małżeństwa i rodziny jest względnie niewielka. Art. 6/1/ ustawy zasadniczej jest zwykle charakteryzowany jako prawo społeczne. Jako takie, daje ono rodzinie uprawnienie do żądania ochrony i wspierania jej rozwoju. Inaczej mówiąc — małżeństwu i rodzinie nie wolno czynić szkody czy w inny sposób ich osłabiać. W kilku orzeczeniach, zwłaszcza z obszaru prawa socjalnego i podatkowego, Federalny Sąd Konstytucyjny chronił rodzinę przed regulacją, która byłaby dla niej niekorzystna jako dla jednostki ekonomicznej<sup>46</sup>. Natomiast obowiązek wspierania rozwoju rodziny nie znalazł dotąd dostatecznej konkretyzacji w orzecznictwie tegoż Sądu. Jeśli się nie mylę, Federalny Sąd Konstytucyjny nie stwierdził, jak dotąd, by obciążający Państwo obowiązek wspierania rozwoju rodziny był kiedykolwiek naruszony. W istocie rzeczy odnajdywał gdzieś mechanizmy realizujące takie wsparcie, określał je szybko jako mechanizmy wykraczające poza zakres wymagany przez Konstytucję i w konsekwencji żądał ich ograniczenia lub likwidacji<sup>47</sup>. Podsumowując można stwierdzić, że art. 6/1/ ustawy zasadniczej nie wywarł dostrzegalnego wpływu na rozwój prawa rodzinnego w ostatnich 40 latach i że Federalny Sąd Konstytucyjny, moim zdaniem słusznie, także nie próbował nadać temu przepisowi jakiegoś szczególnego dynamizmu.

e) Kończąc moje zestawienie, jeszcze kilka słów o art. 6/2/ ustawy zasadniczej, chroniącym prawo rodziców do pieczy i wychowywania ich dzieci. Spojrzenie na komentarze do tegoż przepisu wywołuje wrażenie, być może zbyt ostro przeze mnie tutaj wyartykułowane, iż dzisiaj art. 6/2/ nie chroni już praw rodziców, lecz dobro dziecka. Federalny Sąd Konstytucyjny również miał swój udział w tym, nazwijmy go, procesie „interpretacyjnej higieny”. W orzeczeniu z 20 X 1954 r.<sup>48</sup> ciągle jeszcze jest niewątpliwe, że art. 6/2/ chroni prawo rodziców do wychowywania dzieci, ograniczone — rzecz jasna — przez kompetencje społeczeństwa jako ciała kontrolującego. Z drugiej strony, w decyzji z 3 I 1982 r.<sup>49</sup> odnajdujemy raczej bezbarwne sformułowanie, że konstytucyjne gwarancje praw rodzicielskich służą ochronie dziecka i że są to przyznane rodzicom w interesie dziecka fundamentalne prawa na rzecz

<sup>46</sup> BVerfGE 18, s. 97; 23, s. 74; 39, s. 316.

<sup>47</sup> A. von Campenhausen, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel — Das Beispiel von Ehe und Familie*, VVDStRL 45, s. 29.

<sup>48</sup> BVerfGE 4, s. 52, zwł. 57.

<sup>49</sup> BVerfGE 61, s. 358, zwł. s. 371.

dobra dziecka. Obecnie trzeba nieledwie odwagi, by stwierdzać, że dzieci są z natury rzeczy „powierzone” rodzicom, chyba że ci ostatni nadużywają swych praw. Nie chodzi przy tym o to, że dobro dziecka korzysta z absolutnego priorytetu; gdyby tak miało być, to aby uniknąć niekonsekwencji, dzieci musiałyby być powierzane w chwili narodzin osobom posiadającym najlepsze kwalifikacje wychowawcze. Niemniej art. 6/2/ był przez ostatnie 40 lat wystawiony — i nie da się temu zaprzeczyć — na ogromne zmiany w sferze wartości, zmiany wynikające zwłaszcza z nowych odkryć w medycynie i psychologii. Można to dobrze zilustrować na przykładzie adopcji dokonanej wbrew woli rodziców naturalnych. Przed 1961 r. BGB nie zezwalał na adopcję wbrew woli rodziców, nawet jeśli rodzice dziecko źle traktowali, zaniedbywali lub umieszczali bez uzasadnionego powodu w domu dziecka. Dopiero ustawa o reformie prawa rodzinnego (Familienrechtsänderungsgesetz) z 1961 r. wprowadziła do § 1747 III kodeksu możliwość, poddaną surowym warunkom wstępnym, zastąpienia zgody rodziców zezwoleniem sądu. Po wystąpieniu Federalnego Sądu Konstytucyjnego w kwestii zgodności tego przepisu z Konstytucją<sup>50</sup>, ustawa nowelizująca prawo adopcyjne (Gesetz zur Aenderung von Vorschriften des Adoptionsrechts) z 14 VIII 1973 r. wprowadziła do kodeksu § 1747a, znacznie łagodzące warunki, których spełnienie umożliwia zastąpienie zgody rodziców zgodą sądu (obecnie § 1748 BGB).

Należy jednak stwierdzić, że art. 6(2) wpłynął w niewielkim stopniu (bo i niewiele mógł uczynić w tej mierze) na kształt prawa rodzinnego w ostatnich 40 latach. Konflikt między prawami rodzicielskimi a obowiązkiem Państwa jako „kontrolera” nie był kształtowany, ani też wzmacniany przez dynamizm zawarty w tym przepisie, ale przez zmiany w sferze ocen dokonujące się poza Konstytucją.

Na tym etapie niech mi wolno będzie uczynić jedną podsumowującą uwagę: prawo rodzinne w okresie powojennym jest w przeważającej mierze odbiciem rzeczywistości społecznej. Art. 6/2/ ustawy zasadniczej z pewnością przyczynił się do tego w jakimś niewielkim stopniu. Zdecydowanie większy wpływ miał art. 3/2/ ustawy zasadniczej, choć i tu trzeba uwzględnić fakt, że poglądy na to, co faktycznie kryje się pod pojęciem równouprawnienia zmieniły się bardzo przez ostatnie 40 lat.

#### IV

Wpływ Konstytucji na prawo rodzinne nie wynika więc, a przynajmniej nie w pierwszym rzędzie, z jego własnego dynamizmu. Konstytucja dostarczyła tylko bodźców oraz wskazała kierunki. Byłoby jednak

<sup>50</sup> BVerfGE 24, s. 119.

błędem zaprzeczać istnieniu takiego wpływu, albo przypisywać mu małe znaczenie. Z pewnością nie w tym rzecz, by przypisywać Konstytucji jakąś „moc wiodącą”; chodzi raczej o to, że Federalny Sąd Konstytucyjny skonkretyzował niektóre postanowienia ustawy zasadniczej, w szczególności zaś art. 3 i 6, oraz nadał im znaczenie zgodne z współwystępującą ewolucją w sferze ocen. Co więcej, w tym zachodzącym stopniowo procesie towarzyszył reformom i wskazywał ustawodawcy niezbędne granice<sup>51</sup>.

W odniesieniu do centralnego problemu wpływu zmian społecznych na interpretację ustawy zasadniczej Federalny Sąd Konstytucyjny stwierdził już dość dawno, że postanowieniom Konstytucji może być przypisane inne znaczenie, jeśli w obszarze ich zastosowania pojawią się nowe, nieprzewidziane elementy albo jeśli znane elementy pojawią się w nowym układzie lub przyjmą nowe znaczenie<sup>52</sup>. Federalny Sąd Konstytucyjny podkreślił dalej, że inne sądy mogą kierować doń pytania prawne wykorzystując procedurę kontroli sądowej nawet wówczas, gdy Federalny Sąd Konstytucyjny wypowiedział się już w danej kwestii. Rzecz jasna, sąd przedkładający pytanie musi odnieść się krytycznie do poprzedniego orzeczenia Federalnego Sądu Konstytucyjnego i wykazać, jakie zmiany zaistniały w czasie od wydania tego orzeczenia uzasadniają nowe spojrzenie na kwestię, w której wypowiedział się już Federalny Sąd Konstytucyjny<sup>53</sup>. Nie ma w gruncie rzeczy wielu decyzji, w których sąd bezpośrednio stwierdzałby, iż zmienione warunki społeczne, ekonomiczne, techniczne, moralne czy też nowe postanowienia ustawy wymagają nowej oceny w świetle prawa konstytucyjnego. Jest tak dlatego, że sąd orzeka w danej sprawie o zgodności normy z Konstytucją i generalnie nie ma bezpośredniego powodu, by oddawać się rozważaniom o ewolucji w sferze wartości. Dobrym przykładem sprawy, gdzie rozważania takie prowadzono i musiano prowadzić, jest orzeczenie dotyczące renty na rzecz wdowców. Do reformy z 1986 r. wdowiec otrzymywał rentę po śmierci (ubezpieczonej) żony tylko wówczas, gdy zmarła przyczyniła się w sposób przeważający do utrzymania rodziny. Z drugiej zaś strony, uprawnienie wdowy do renty płatnej po śmierci (ubezpieczonego) męża nie było uzależnione od spełnienia powyższego warunku. W orzeczeniu z 24 VII 1963 r.<sup>54</sup> sąd stwierdził, że reguła ta, zawarta w § 1264 i 1266/1/ rozporządzenia o ubezpieczeniach (RVO) oraz § 43/1/ ustawy o ubezpieczeniach pracowniczych (AUG), jest zgodna z Kon-

<sup>51</sup> Co do metodologicznych problemów procesu interpretacji i stanowienia prawa, które miałyby zmieniać system wartości społecznych zob. Th. Würtenberger, *Zeitgeist und Recht* (1987), s. 160.

<sup>52</sup> BVerfGE 2, s. 380, zwł. s. 401.

<sup>53</sup> BVerfGE 65, s. 179, zwł. s. 181.

<sup>54</sup> BVerfGE 17, s. 1.

stytucją. Dwanaście lat później sąd orzekł<sup>55</sup>, że zasada ta nadal nie sprzeciwia się Konstytucji, lecz że w międzyczasie podział ról w małżeństwie uległ zasadniczym przeobrażeniom, w szczególności zaś, że liczba kobiet pracujących zawodowo wzrosła czterokrotnie. Ustawodawca winien więc podjąć poszukiwania formuły, która zapobiegłaby naruszeniom art. 3/2/ i /3/ w przyszłości. Sąd nie wyznaczył ustawodawcy szczegółowego terminu, wskazał jednak, że wzięwszy pod uwagę szeroki zakres prac wstępnych, reforma winna być zakończona do końca drugiego z kolei okresu legislacyjnego. Orzeczenie to ukazało, że w konsekwencji zmian zachodzących w łonie rodziny, w szczególności zaś wskutek zwiększonej aktywności zawodowej żon, art. 3/2/ ustawy zasadniczej winien być postrzegany w innym świetle niż dotychczas. Po wtóre zaś ukazano, że sąd podjął próbę sformułowania ryzykownej prognozy co do tego, kiedy postanowienia odnośnych ustaw staną się niezgodne z Konstytucją. Futurologia, według kryteriów Federalnego Sądu Konstytucyjnego, nie jest zadaniem sądów. Nie zamierzam rozważać tutaj szczególnej problematyki orzeczeń wzywających ustawodawcę do podjęcia określonych działań (tzw. *Appellentscheidungen*)<sup>56</sup>, poza jedną kwestią: analizowanie normy w jej społecznym kontekście nie jest zadaniem zarezerwowanym wyłącznie dla Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Problem przedstawia się tak samo w przypadku interpretacji zwykłych ustaw przez inne sądy. Ale kiedy ma się na uwadze skutek takiego orzeczenia, podstawowe znaczenie ma kwestia, czy to Federalny Sąd Konstytucyjny czy też inny sąd określił normę jako nadal zgodną z Konstytucją. Zilustruję to następującym przykładem:

Istniejące prawo rodzinne nie zezwala, by rodzice nie pozostający w związku małżeńskim mogli wspólnie być uprawnieni do pieczy nad dzieckiem, nawet jeśli ojciec i matka od lat zamieszkują razem i pozostają w trwałym związku quasi-małżeńskim. W orzeczeniu z 1981 r. Federalny Sąd Konstytucyjny uznał tę regułę za zgodną z Konstytucją<sup>57</sup>. Zawsze uważałem tę decyzję za błędną. Nie w tym rzecz, by coś złego było w założeniu wyjściowym BGB, iż z mocy prawa dzieci pozamałżeńskie „przypisywane” są matce. Natomiast za jaskrawe naruszenie chronionych w art. 6/2/ ustawy zasadniczej praw rodziców uważam to, że BGB nie zezwala na wyposażenie rodziców nie pozostających w związku małżeńskim we wspólną pieczę rodzicielską. Powyższe orzeczenie jest tym bardziej niezrozumiałe, że rok później sąd<sup>58</sup> wyraził pogląd, iż na-

<sup>55</sup> BVerfGE 39, s. 169.

<sup>56</sup> Zob. Chr. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht* (1985), s. 205 i n.; M. Schulte., *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl. 1988, s. 1200.

<sup>57</sup> BVerfGE 56, s. 363.

<sup>58</sup> BVerfGE 61, s. 358.

ruszeniem Konstytucji jest brak w BGB regulacji stwarzającej możliwość przyznania wspólnej pieczy rodzicielskiej rodzicom dziecka „małżeńskiego” po rozwodzie. Dwa wspomniane orzeczenia prowadzą do niezgodnych z sobą rezultatów. Z jednej bowiem strony rodzice — nie pozostający w związku małżeńskim, ale mieszkający razem — którzy chcą wziąć na siebie wspólną odpowiedzialność za dobro dziecka nie mogą tego uczynić (przynajmniej w świetle prawa), z drugiej zaś dla rodziców rozwiedzionych, którzy nie chcą mieć ze sobą nic wspólnego, możliwość wspólnej pieczy rodzicielskiej nad dzieckiem musi być zachowana. Na marginesie chciałbym dodać, że chodzi tu także o art. 3/2/ Konstytucji. Jeśli bowiem konkubinaty ustaje, nie ma obecnie prawnej możliwości przekazania pieczy rodzicielskiej ojcu, który mógłby np. być lepiej przystosowany do pełnienia obowiązków wychowawczych. Ojciec dziecka „pozamałżeńskiego” może uzyskać pieczę w drodze adopcji lub uznania, wówczas jednak ustają całkowicie lub w znacznym stopniu więzi prawne dziecka z matką i jej rodziną. W szczególności tylko ojciec jest wówczas zobowiązany do utrzymywania dziecka. Sytuacja, w której ojciec miałby pieczę, a matka obowiązki alimentacyjne jest, w świetle obecnie obowiązującego prawa niemożliwa do osiągnięcia na gruncie BGB.

Powracając do orzeczenia Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 1981 r., nawet gdyby uznać, że było ono wówczas trafne, to dzisiaj — w świetle znacznego wzrostu liczebności par pozamałżeńskich z dziećmi — byłoby już nie do utrzymania z punktu widzenia art. 6/2/ i 3/2/ ustawy zasadniczej. Jednak Federalny Sąd Konstytucyjny zapewne nie zmieni swego stanowiska po względnie krótkim okresie 8 lat, choćby dlatego, by nie narażać na szwank swego autorytetu i być może nie będzie miał nawet okazji do ponownego podjęcia tego tematu. Ustawodawca, który mógłby oczywiście zmienić tę niefortunną sytuację prawną, pozostaje beczynny, ponieważ Federalny Sąd Konstytucyjny uznał normę wprowadzoną przez ustawę o dzieciach pozamałżeńskich z 1969 r. za zgodną z Konstytucją. Cała seria projektów ustawodawczych proponowanych w ostatnich kilku latach została już w fazie wstępnej zablokowana przez przywołanie tegoż właśnie poglądu. Tymczasem analiza prawno-porównawcza wykazuje, że współcześnie żaden inny system prawny w Europie nie zakazuje sprawowania władzy rodzicielskiej wspólnie przez rodziców nie pozostających w związku małżeńskim.

Chcę podkreślić, że nie chodzi mi o krytykę pojedynczej decyzji, lecz o wykazanie, że istotny wpływ na kształt rozwiązań prawnych może Federalny Sąd Konstytucyjny wywierać nawet wówczas, gdy stwierdza zgodność jakiejś normy z Konstytucją. W takim bowiem przypadku ustawodawca uzna inne zadania za pilniejsze, sąd zaś — co zrozumiałe — będzie wykazywać ostrożność w kwestii zmiany własnego poglądu lub też z rezerwą odniesie się do argumentu o późniejszej zmianie w sferze stosunków społecznych.

## V

Pomimo powyższych zastrzeżeń, które miały tylko zilustrować skutki trudnej decyzji, uważam, że Federalny Sąd Konstytucyjny doskonale wypełnił zadanie konkretyzacji podstawowych praw w sferze prawa rodzinnego. Działalność sądu wpłynęła też pośrednio na wzrost zainteresowania wartościami zawartymi w Konstytucji. Dochodzę tutaj do nowej i bardzo istotnej kwestii. Otóż orzeczenia sądu stopniowo pobudzały i wyznaczały kierunek procesu o charakterze edukacyjnym. Chciałbym wykazać to na następującym przykładzie.

W 1971 r. Federalny Sąd Konstytucyjny, w orzeczeniu które wzbudziło zdziwienie wielu ludzi, uznał za sprzeczną z art. 3/2/ Konstytucji normę niemieckiego prawa międzynarodowego prywatnego stanowiącą jednostronnie, że narodowość męża ma być łącznikiem w międzynarodowych małżeństwach mieszanych<sup>59</sup>. Można by zadać pytanie, dlaczego jednostronne odesłanie do prawa właściwego dla męża miałoby być niekorzystne dla żony? Czyż nie mogłoby nawet być lepiej dla Hiszpanki, żony obywatela niemieckiego, by kwestie dotyczące majątku małżeńskiego były rozstrzygane przez prawo niemieckie, nie zaś hiszpańskie?

W opinii Federalnego Sądu Konstytucyjnego zakaz zawarty w art. 3/2/ ustawy zasadniczej nie rozciąga się tylko na szczególne uprawnienia i obowiązki wynikające z różnic biologicznych i w ten sposób czyni zadość sprawiedliwości materialnej. Dużo czasu upłynęło, zanim pogląd sądu znalazł powszechne uznanie; reforma międzynarodowego prawa prywatnego w omawianym zakresie została przeprowadzona dopiero w 1986 r.

Gdy w przeszłości, w dyskusjach z prawnikami włoskimi lub hiszpańskimi podnoszono argumenty wywiedzione z treści Konstytucji, można było nierzadko spotkać się tylko z reakcją współczucia lub rozbawienia. Mówiło się przeważnie z uśmiechem o tzw. „querelle allemande”. W międzyczasie jednak sytuacja zmieniła się diametralnie. Nawet we Włoszech Sąd Konstytucyjny stwierdził w orzeczeniach z 26 II 1987 r.<sup>60</sup> i 25 II 1987 r.<sup>61</sup>, że jednostronne odesłanie do prawa męża jest sprzeczne z Konstytucją. We Włoszech brak pewności co do sytuacji prawnej w tym zakresie podobny jest do stanu istniejącego w RFN po roku 1971. Przygotowuje się nową kodyfikację prawa międzynarodowego prywatnego.

<sup>59</sup> BVerfGE 31, s. 58.

<sup>60</sup> Orz. Corte Cost. z 26 II 1987 nr 71; zob. Hohloch, *Verfassungswidrigkeit des Ehwirkungs- und Ehescheidungsstatus des italienischen Rechts* (Art. 18 Disp. prel. al Codice civile), IPRax 1987, s. 257; A. Giardina, *La corte Costituzionale ed i rapporti personali fra coniugi nel diritto internazionale privato* 23, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1987, s. 209, zwł. s. 224.

<sup>61</sup> Orz. Corte Cost z 25 XI 1987 r. — nr 477; zob. E. Jayme, *Verfassungswidrigkeit der Anknüpfung an das Heimatrecht des Vaters im italienischen IPR*, IPRax 1988, s. 322 oraz podana tam literatura.

Podobne poglądy pojawiły się także w Hiszpanii. Nie budzi tam większych wątpliwości doktryny stanowisko, że zasada równouprawnienia męża i żony zakazuje uprzywilejowania męża w międzynarodowym prawie prywatnym<sup>62</sup>.

Także we Francji doktryna i orzecznictwo wykazują więcej pragmatyzmu w kwestiach zasad konstytucyjnych, takich jak równouprawnienie męża i żony oraz dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich niż to ma miejsce w RFN. Reformy prawa francuskiego przeprowadzone w okresie powojennym charakteryzują się określonym stopniem pragmatyzmu wyrażającego się w przyjmowaniu rozwiązań kompromisowych, podczas gdy podobne reformy w RFN wydają się być bardziej wierne zasadzie, bardziej zrjonalizowane i w większym stopniu zorientowane na określoną ideę. Jedną z głównych przyczyn tej rzucającej się w oczy różnicy może być brak czy w każdym razie niedostatek orzecznictwa konstytucyjnego we Francji<sup>63</sup> i wynikający stąd brak impulsów dostarczanych z konieczności przez takie orzecznictwo. Francuska Rada Konstytucyjna sprawuje w zasadzie tylko swego rodzaju prewencyjną kontrolę sądową: może ona orzekać o zgodności ustawy z Konstytucją tylko przed jej uchwaleniem. Brak jurysdykcji konstytucyjnej we Francji wydaje się być także główną przyczyną tego, że systemy prawa rodzinnego w krajach romańskich — które w przeszłości, pod wpływem kodeksu Napoleona, regulowały wiele kwestii w podobny sposób — obecnie coraz częściej odbierają różne kierunki rozwoju. Oto przykład.

Reformy prawa o dzieciach pozamałżeńskich przeprowadzone we Francji, Włoszech i Hiszpanii w latach siedemdziesiątych zmierzały do osiągnięcia tego samego celu, tj. do wprowadzenia równouprawnienia dzieci pozamałżeńskich i małżeńskich. Jednakże ustawodawca francuski nie widział powodu by wyeliminować zasadę, dającą się wytłumaczyć tylko względami historycznymi, według której sądowe ustalenie ojcostwa dopuszczalne jest tylko w szczególnych wypadkach przewidzianych w kodeksie cywilnym. W konsekwencji, sądowe ustalenie ojcostwa nie jest możliwe w sytuacji krótkotrwałego, przelotnego związku kobiety i mężczyzny.

Zasada taka byłaby nie do pomyślenia we Włoszech, Hiszpanii czy w RFN, właśnie ze względu na konstytucyjny wymóg równego traktowania dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich, i mogłaby stać się przedmiotem kontroli przeprowadzonej przez Sąd Konstytucyjny. Nawet w obecnej dobie nie widać we Francji prób zreformowania tej normy,

<sup>62</sup> M. A. Navarro, *Lecciones de derecho civil internacional español* (wyd. 2, 1983), s. 240, zwł. s. 253; A. M. de la Muela, *Dereche internacional privado*, t. 2 Parte especial (wyd. 9, 1982), s. 361, zwł. s. 374.

<sup>63</sup> H. J. Faller, *Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa*, EuGRZ 1988, s. 42; G. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (wyd. 20, 1984), s. 116.

choć równouprawnienie dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich jest niewątpliwym postanowieniem konstytucyjnego prawa materialnego. Dla lepszego zobrazowania problemu przypomnijmy tekst art. 340 k.N., który przetrwał reformę prawa o dzieciach pozamałżeńskich z 1972 r. i dzisiaj przedstawia się następująco.

Ojcostwo dziecka pozamałżeńskiego może być ustalone przez sąd: 1) w przypadku uprowadzenia lub gwałtu, jeśli uprowadzenie lub gwałt miały miejsce w okresie koncepcyjnym; 2) w przypadku uwiedzenia wynikającego z podstępu, nadużycia stosunku zależności, przyrzeczenia małżeństwa lub zaręczyn; 3) jeśli istnieją listy lub inne pisma sporządzone przez domniemanego ojca, pozwalające w sposób niewątpliwy ustalić ojcostwo; 4) jeśli domniemany ojciec i matka pozostawali w okresie koncepcyjnym w konkubinacie pozwalającym przyjąć istnienie stabilnych i trwałych więzi, nawet w braku wspólnego pożycia; 5) jeśli domniemany ojciec dostarczał lub przyczyniał się do dostarczania środków utrzymania, wykształcenia lub wychowywania dziecka jako ojciec.

To, że brak sądownictwa konstytucyjnego we Francji w praktyce umożliwia ustawodawcy niezważanie na postanowienia Konstytucji, ograniczanie podstawowych praw konstytucyjnych lub przypisywanie im innego znaczenia jest tylko jedną stroną medalu. Drugą stroną jest wynikająca z powyższego mniejsza wrażliwość na podstawowe wartości kształtujące system prawny. Dobrze ugruntowana wrażliwość Niemców na podstawowe prawa konstytucyjne może, w świetle naszej wielce problematycznej tendencji do „pragnienia czegoś nieograniczonego w tym ograniczonym świecie” (Carl Jacob Burckhardt), zbyt łatwo przekształcić się w nadmierne dążenie do osiągnięcia perfekcjonizmu w realizacji poszczególnych celów, dążenie realizowane nieledwie dla samej tylko zasady. I tak np. obecnie diskutowany jest projekt ustawy rozszerzającej uprawnienia ojca biologicznego do kontaktów z dzieckiem<sup>64</sup>. W świetle obowiązujących przepisów prawo ojca do kontaktów z dzieckiem małżeńskim jest regułą, z pozamałżeńskim zaś — wyjątkiem (§ 1634 i 1711 BGB). Uzasadnienie takiego rozwiązania tj. że dziecko małżeńskie zwykle zna już swego ojca, pozamałżeńskie zaś nie — traci na znaczeniu wobec faktu wzrastającej liczby par pozamałżeńskich z dziećmi. Niemniej, na podstawie obecnego prawa Sądy Opiekuńcze (Vormundschaftsgerichte) dochodziły i nadal dochodzą do rozsądnych rozstrzygnięć; badają w każdym przypadku czy sytuacja faktyczna wymaga zastosowania reguły czy wyjątku. Wspomniany wyżej projekt ustawy stanowi — w formie, która sprowadza się w zasadzie do zmian redakcyjnych mających na celu wyeliminowanie wszelkich śladów nierównego traktowania dzieci małżeń-

<sup>64</sup> Projekt ustawy poszerzającej uprawnienia ojców dzieci pozamałżeńskich do kontaktów z dziećmi (Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Umgangsrechts nichtehelicher Väter), DAVorm 1988, s. 553.

skich i pozamałżeńskich — że uprawnienie do kontaktów ojca z dzieckiem winno być przyznane nie tylko wtedy gdy przemawia za tym dobro dziecka, ale już wtedy, gdy nie sprzeciwia się temu dobro dziecka. Oto cały zakres proponowanej nowelizacji. Powinniśmy darować sobie ustawy przesiąknięte duchem zasad; ustawy, które w rzeczywistości niczego nie zmieniają tak długo, jak długo stoją przed nami bardziej istotne zadania do wypełnienia. Do tych ostatnich zaś zaliczyłbym stworzenie prawnej możliwości przyznania rodzicom nie pozostającym w związku małżeńskim wspólnej pieczy nad dzieckiem.

## VI

1. Choć Federalny Sąd Konstytucyjny generalnie znakomicie wywiązał się z zadania konkretyzacji podstawowych praw w sferze prawa rodzinnego, krytyczne spojrzenie na inny nieco aspekt wydaje się być uzasadnione. Otóż do przeszłości należą czasy, gdy sędzia cywilny mógł ograniczyć się do zastosowania prostej i jasnej reguły prawa prywatnego w jakiejś konkretnej sprawie. Sędzia cywilny musi dzisiaj być aktywny na dwóch poziomach. Najpierw winien zbadać czy norma, którą ma zastosować jest zgodna z Konstytucją, tj. winien określić jej zakres i zinterpretować ją w świetle Konstytucji; dopiero później może „zejść” do poziomu niższego, do poziomu ustawy zwykłej. W konsekwencji cierpi na tym przejrzystość norm stosowanych w stosunkach prawa prywatnego. Federalny Sąd Konstytucyjny staje przed niebezpieczeństwem „przekształcenia się” w najwyższą instancję sądową w sprawach cywilnych. Ostatnio mój kolega, pan Hesse, przedstawił szczegółowo ten problem w wykładzie pt. „Prawo konstytucyjne i prawo prywatne” wygłoszonym przez Karlsruhe Juristische Studiengesellschaft<sup>65</sup>. Chciałbym podjąć jeden aspekt tego zagadnienia odgrywający, jak się zdaje, szczególną rolę w prawie rodzinnym. W prawie tym, zapewne w większym stopniu niż w jakiegokolwiek innej dziedzinie prawa, ustawodawca staje przed problemem uregulowania nader różnorodnych stosunków rodzinnych z jednej strony w sposób stypizowany, spójny i jasny, z drugiej zaś w sposób, który pozwoliłby na zredukowanie stopnia dolegliwości w indywidualnych przypadkach do możliwego do zaakceptowania minimum. Trudno sobie wyobrazić stypizowaną regułę, która funkcjonowałaby w wielowarstwowych, złożonych stosunkach rodzinnych w sposób eliminujący indywidualne dolegliwości, chyba że ustawodawca ograniczyłby się do bezbarwnych klauzul blankietowych. Federalny Sąd Konstytucyjny często stwierdzał, że dolegliwości w indywidualnych przypadkach nie da się

<sup>65</sup> K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatecht* (1988), s. 26.

uniknąć i że należy się z tym liczyć<sup>66</sup>. Ostatnio coraz częściej pojawiają się orzeczenia, w których sąd z jednej strony stwierdza, że określana norma generalna jest całkowicie zgodna z Konstytucją, z drugiej zaś „wykrawa” z tejez normy szczególne przypadki lub grupy przypadków mające być wyłączone z zakresu zastosowania owej normy ogólnej właśnie ze względu na wymagania konstytucyjne. Sformułowanie stosowane w takich orzeczeniach jest następujące: „§ x jest sprzeczny z Konstytucją w zakresie...”. W urzędowych zbiorach ustaw liczba odsyłaczy przy poszczególnych przepisach jest coraz większa; w ten sposób sędzia dowiaduje się z przypisów o tym, w jakich przypadkach „§ x” jest zgodny, a w jakich nie jest zgodny z Konstytucją.

2. W orzeczeniu z 31 I 1989 r.<sup>67</sup> sąd stwierdził, że warunki, w których może dojść do zakwestionowania przez dziecko swego pochodzenia z małżeństwa i w konsekwencji do zaprzeczenia ojcostwa, są określone zbyt wąsko. Paragraf 1596 I 2 zasada się na założeniu, że zakwestionowanie pochodzenia z małżeństwa nie może zagrażać spokojowi rodziny. Stąd zakwestionowanie pochodzenia z małżeństwa w trybie powołanego przepisu jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy rodzice-małżonkowie są rozwiedzeni, żyją w separacji od 3 lat i nie można się spodziewać, by ponownie podjęli wspólne pożycie małżeńskie. Federalny Sąd Konstytucyjny uznał, że wyżej wskazane ograniczenie prawa do poznania swego pochodzenia w interesie „spokoju rodziny” jest w pełni zgodne z Konstytucją. W sprawie, którą sąd ten rozpoznawał, rodzice dziecka, w owym czasie już pełnoletniego, nie sprzeciwiali się zakwestionowaniu pochodzenia dziecka z małżeństwa, a więc „spokój rodziny” nie mógłby ucierpieć. Pojawiło się wówczas pytanie, czy można uznać — jak to uczynił sąd — że brak zagrożenia dla „spokoju rodziny” zezwala na zakwestionowanie pochodzenia z małżeństwa wbrew sformułowaniu § 1596, czy też należy dalej trzymać się stypizowanej reguły zawsze dostrzegającej jakieś abstrakcyjne zagrożenie dla całej rodziny? Sensem reguły zawartej w § 1596 I 2 BGB było, przynajmniej według wykładni historycznej, stworzenie możliwości stwierdzenia istnienia zagrożenia dla spokoju rodziny w uproszczony i stypizowany sposób, co uwalniałoby sędziego od trudnego zabiegu badania problemu „spokoju rodziny” w konkretnej sprawie. Nie mogę sobie wyobrazić, w konsekwencji omawianej teraz decyzji Federalnego Sądu Konstytucyjnego, która wprowadziła wymóg faktycznego zagrożenia, by można było w przyszłości znaleźć jakieś ogólne (stypizowane) określenie „zagrożenia spokoju rodziny”. Sam sąd wskazał, że

<sup>66</sup> Zob. np. BVerfGE 13, s. 13; 26, s. 265; 29, s. 22; 63, s. 119; 72, s. 302. Zob. też w tej kwestii R. Zippelius, *Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen*, w: *Festschrift Engisch* (1969), s. 224 i n.

<sup>67</sup> BVerfGE 79, s. 256; zob. też Th. Ramm, *Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht*, NJW 1989, s. 1594.

między dzieckiem i ojcem biologicznym mogły już przed osiągnięciem przez dziecko pełnoletności wytworzyć się bliskie więzy, będące powodem dla którego dziecko dąży do wyjaśnienia kwestii swego pochodzenia biologicznego. To z pewnością może wywołać zaburzenia w stosunkach rodzinnych, ale przyczyną jest tu przywiązanie dziecka do swego ojca, nie zaś chęć kwestionowania pochodzenia. To ostatnie stanowi tylko potwierdzenie zakończonego już procesu zmiany, a manifestacja tego faktu na zewnątrz nie powinna mieć żadnych dalszych konsekwencji dla spokoju rodziny i małżeństwa matki. W takim przypadku musi istnieć możliwość zakwestionowania pochodzenia. Sąd rozważał także sytuacje, gdy dziecko wychowywało się nie w rodzinie matki i jej męża, lecz w rodzinie przybranej. I tutaj nie można wymagać od dziecka, by po uzyskaniu pełnoletności powstrzymało się od działań zmierzających do wyjaśnienia kwestii swego pochodzenia w interesie rodziny, do której nigdy nie należało. Uważam jednak, iż nie dałoby się uzasadnić wymogu wprowadzonego *implicite* przez sąd, tj. wymagania, by w każdej indywidualnej sprawie ważyć interesy chronione przez „spokój rodziny” i interesy polegające na znajomości swego pochodzenia biologicznego, i to niezależnie od faktu, że prawo do znajomości własnego pochodzenia genetycznego, temat tabu przez kilka ostatnich dziesięcioleci, nie jest znane kodeksowi cywilnemu w tak ogólnej postaci. Wszak kodeks cywilny zezwala na świadomie fałszywe przyznanie ojcostwa dla celów legitymizacji dziecka poprzez późniejsze małżeństwo; ustalenie ojcostwa dziecka przysposobionego jest niedopuszczalne; matka dziecka pozamałżeńskiego nie może być zmuszona do ujawnienia nazwiska ojca, etc.<sup>68</sup>

3. Chciałbym teraz skomentować inne, niedawne orzeczenie nasuwające problemy podobne do wskazanych wyżej. Niemiecki kodeks cywilny stanowi, w celu ochrony przedsiębiorstw leśnych i rolniczych, że dla potrzeb rozliczeń z tytułu podziału nadwyżki majątku małżeńskiego (Zugewinnausgleich, § 1376 IV BGB) i z tytułu uprawnień do części obowiązkowej spadku (Pflichtteilsrecht, § 2312 BGB), należy wyceniać nieruchomości nie według jej wartości rynkowej, lecz według wartości niższej, skapitalizowanej (Ertragswert). Przepis ten jest niekorzystny dla osób chcących podnieść roszczenia ze wspomnianych wyżej tytułów przeciwko właścicielom nieruchomości. Federalny Sąd Konstytucyjny zaaprobował tę klauzulę ochronną polityki rolnej<sup>69</sup>, choć równocześnie, ze względu na brak proporcji między „obciążeniami” które jej zastosowanie wywołują po obu stronach, uznał ową regułę za sprzeczną z Konstytucją o tyle, że nie przewiduje ona wyjątków od zasady przyjmowania wartości skapitalizowanej jako kryterium oszacowania. W międzyczasie zaś ci,

<sup>68</sup> R. Frank, *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?*, FamRZ 1988, s. 133, zwł. s. 155 i n.

<sup>69</sup> BVerfGE 67, s. 348.

którzy chcieliby uczynić użytek z powyższej klauzuli, napotykają spore trudności. Według 'niedawnego orzeczenia Federalnego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof)<sup>70</sup> należy w każdej indywidualnej sprawie badać czy w celu osiągnięcia pożądanego stanu rzeczy, tj. utrzymania w rękach osoby uprawnionej wydajnego gospodarstwa rolnego, trzeba faktycznie sięgać do omawianej teraz normy. Nie będzie takiej potrzeby wówczas, gdy działka gruntu nadająca się do zagospodarowania, może być wydzielona z gospodarstwa bez poważniejszego uszczerbku dla jego egzystencji ekonomicznej<sup>71</sup>. W rezultacie orzeczeń Federalnego Sądu Konstytucyjnego zaczął w doktrynie przeważać pogląd, że wartość skapitalizowana nie powinna być brana pod uwagę wówczas, gdy właściciel gospodarstwa jest w stanie zaspokoić roszczenia osób trzecich oszacowane według wartości rynkowej, wykorzystując w tym celu inne aktywa swego majątku, zarówno pochodzące ze spadku, jak i z innych źródeł<sup>72</sup>. Jaka jednak powinna być sytuacja prawna wówczas, gdy znacznej wartości grunt nadający się pod zabudowę jest nadal używany dla celów produkcji rolnej, choćby nawet było to bez sensu z punktu widzenia każdego rozsądnego właściciela gruntu?

4. W czasach, w których żyjemy, ponad wszystko przedkładana jest sprawiedliwość indywidualna, w coraz mniejszym zaś stopniu akceptuje się uciążliwości wynikające z zastosowania standaryzujących reguł prawnych. Federalny Sąd Konstytucyjny nie powinien jednak wykorzystywać aspektów konstytucyjnych w celu nadmiernego posuwania do przodu tego procesu. Ustawodawca prywatnoprawny operujący narzędziami dyferencjonowania i konkretyzacji<sup>73</sup> i tak nie będzie w stanie poprzez tego rodzaju orzecznictwo dokonać przetworzenia podstawowych praw konstytucyjnych w obowiązujące prawo niższego rzędu. Prawodawca będzie raczej coraz częściej uciekać się do klauzul generalnych, miarę wzrostu trudności z formułowaniem reguł standaryzujących, które — rozpatrywane z punktu widzenia poszczególnych grup spraw — nie wytrzymują krytyki z pozycji prawnokonstytucyjnych<sup>74</sup>. Moim zdaniem brak akceptacji dla reguł standaryzujących na obszarze prawa rodzinnego wydaje się być jedną z głównych przyczyn coraz wyraźniejszej „utruty kierunku” przez dziedzinę prawa, którą można doskonalić właśnie tylko przez standaryzację.

<sup>70</sup> BGHZ 98, s. 375.

<sup>71</sup> BGHZ 98, s. 382.

<sup>72</sup> G. Kegel, *Zum Pflichtteil vom Grossgrundbesitz*, w: *Festschrift E. J. Cohn* (1975), s. 85 i n., zwł. s. 114; MünchKomm-Frank (wyd. 2, 1989), § 2312 RdNnr. 4.

<sup>73</sup> W kwestii utrzymania oraz odzyskania autonomii przez ustawy zwykłe zob. R. Wahl, *Der Vorrang der Verfassung und die Selbstständigkeit des Gesetzrechts*, NVwZ 1984, s. 401, zwł. s. 408.

<sup>74</sup> W kwestii szczegółowego omówienia przesłanek dokonywanej przez Federalny Sąd Konstytucyjny krytyki ustawodawstwa zob. E. Benda, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetz*, DÖV 1979, s. 465.

## VII

W ten sposób dotarłem do końca moich wywodów. Chciałbym podsumować je następująco:

Ustawa zasadnicza nie zawiera systemu prawa rodzinnego jako takiego. Postanowienia Konstytucji dotyczące małżeństwa i rodziny nie dostarczyły impulsów dla reform z okresu powojennego, które zmieniłyby całe prawo rodzinne, przynajmniej nie w stopniu, który deklaruje się często z pewną dozą „konstytucyjnej” przesady. Pozostaje to w zgodzie z nie budzącym wątpliwości stwierdzeniem, że również zwykłe ustawy są w stanie sterować zachowaniami społecznymi w ograniczonym tylko zakresie. Prawo rodzinne jest odbiciem rzeczywistości społecznej i kształtuje rzeczywistość tę w małym zaledwie stopniu. Być może rozczaruje to sędziego sądu rodzinnego. Zalety Konstytucji — albo dokładniej: orzecznictwa Sądu Konstytucyjnego — przejawiają się w sposobie, w jaki konkretyzuje ona podstawowe prawa; w świetle zaś ogromu reform przeprowadzonych w okresie powojennym, zaletą Konstytucji jest także potencjał jaki oferuje ona do wykorzystania w procesie sądowej kontroli ustawodawstwa niższego rzędu. Ponadto orzeczenia Federalnego Sądu Konstytucyjnego doprowadziły do wzrostu wrażliwości na podstawowe prawa, do zmian w systemie wartości oraz do racjonalizacji. Pojawiają się problemy związane z całkowitym prawie brakiem akceptacji dla standaryzujących reguł prawnych. Jest to zjawisko o charakterze ogólnym, za które z pewnością nie Sąd Konstytucyjny jest odpowiedzialny. Sąd ten winien jednak stawić mocniejszy opór tej tendencji, która w ustawodawstwie wyraża się poprzez wprowadzenie przepisów blankietowych i klauzul generalnych, w orzecznictwie zaś poprzez decyzje oparte na względach słusznościowych, przynajmniej na obszarze prawa rodzinnego.

## FAMILY LAW IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY'S BASIC LAW

## Summary

The significance of constitutional law for private law in general lies in its grant of selective guarantees. Moreover, it contains guidelines and provides impulses. Family law is no exception since in its case, too, the Basic Law contains a set of rules which traces out the crucial, guiding principles merely to be fleshed out and concretized by the legislator.

Nevertheless, there is no doubt that through its fundamental declarations the Basic Law (influences family law or attempts to influence it.

The Basic Law does not contain a system of family law as such. The declarations of the Basic Law on marriage and the family have not provided impulses for the reforms in the post-war period which have transformed the whole of family law, at least not to the extent that is often assumed with a certain constitutional fervour. This accords with the clear recognition that ordinary statute

law too can only direct social behaviour within very narrow limits. Family law is a mirror of social reality; it shapes that reality only slightly. This may disappoint the family law judge. The merits of the Constitution — or more precisely, the jurisdiction of the Constitutional Court — are to be found in the manner in which it concretises basic rights in a binding way and, in view of the numerous reforms of the post-war period, in the possibility it presents for judicial review. Moreover, the decisions of the Federal Constitutional Court have led to an increase in sensitivity towards those basic rights, to a change in values and to rationalisation. Problems are created by the almost total lack of acceptance of standardizing legal rules. This is part of a general development for which the Federal Constitutional Court is certainly not responsible. However, the Court ought to resist this development, expressed in legislation by the use of blanket — and hardship clauses and in the courts through decisions based on principles of fairness, more strongly at least where family law is concerned.