

I. ARTYKUŁY

HUGO STEINHAUS

DOCHODZENIE OJCOSTWA I ALIMENTÓW

Uwagi de lege ferenda*

Sprawy, których dotyczy niniejsze studium, nie są wyjątkowe: obejmują one znaczny odsetek spraw cywilnych rozstrzyganych przez sądy, a zapewne jest tak nie tylko w Polsce.

Autor interesuje się typowym przypadkiem, w którym matka dziecka żąda, żeby sąd uznał mężczyznę przez nią wskazanego w pozowie za ojca jej dziecka, a następnie — na tej podstawie — przyznał dziecku od niego alimenty, zgodnie z postanowieniami dziś obowiązującego kodeksu rodzinnego, które nakazują rodzicom łączyć na utrzymanie i wychowanie dzieci aż do chwili, gdy dojdą do takiego wieku, że same będą się mogły utrzymać.

Dotychczas obowiązująca ustawa ma swe źródła w nowoczesnym poglądzie na sprawę dzieci pozamażeńskich. Ten pogląd stawia na pierwszym miejscu interes dziecka, na drugim prawa kobiety pozostawionej samej sobie przez ojca tego dziecka. Ustawodawca najwidoczniej skierował uwagę na typowy przypadek, w którym ojciec nie chce ani poślubić matki, ani uznać dziecka za swoje (w tych przypadkach dochodzi bowiem do pozasądowego ustalenia ojcostwa i powstaje obowiązek łożenia na utrzymanie i wychowanie dziecka, który obciąża ojca) — ani też łączyć na nie dobrowolnie, wskutek czego matka jest zmuszona wejść ma drogę sądową w obronie interesów dziecka, a więc pośrednio i swoich: ta droga prowadzi przez dochodzenie ojcostwa. Trudność polega na tym, że tylko w rzadkich przypadkach da się przeprowadzić taki dowód ojcostwa, który by można co do siły przekonującej porównać z tymi dowodami, jakich wymaga się od stron w innych sprawach spornych. Jest jasne, że ani zeznanie świadka, ani nawet oświadczenie mężczyzny nie jest takim dowodem — zgodność stron nie wystarcza do orzeczenia ojcostwa, gdy np. takie orzeczenie narusza interesy osób trzecich. Co więcej, na-

* Praca przedstawiona na posiedzeniu Wydziału Nauk Prawnych i Ekonomicznych Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego 10 kwietnia 1957.

wet oświadczenia złożone w najlepszej wierze mogą być niezgodne z prawdą obiektywną, czyli biologiczną. Nie trudno tu o przykłady. Słyszałem o przypadku, który zdarzył się niedawno: matka sama dopiero po uradzeniu dziecka przekonała się, że nie jest ono dzieckiem jej męża, cechy antropologiczne świadczyły na tle wyjątkowych okoliczności w sposób niewątpliwy, kto jest ojcem. Jeżeli takie są trudności tam, gdzie ich nikt świadomie nie stwarza, o ile większe powstają w przypadku typowym, w którym powódka jest materialnie zainteresowana w ustaleniu ojcostwa pozwanego, a on, przeciwnie, w obaleniu tej tezy.

Dla uniknięcia tej trudności ustawodawca ułatwił drogę przedstawicielom interesów dziecka: uznał za wystarczającą podstawę orzeczenia ojcostwa tak zwane domniemanie ojcostwa; jeżeli powódce uda się je stworzyć, a pozwanemu nie uda się go obalić w sposób niewątpliwy, sędzia musi uznać go za ojca. Domniemanie stwarza się przez dowód obcowania seksualnego w okresie koncepcyjnym; ustawa przyjmuje tu jako granice daty poprzedzające o 300 i 180 dni narodziny dziecka. Tutaj także wyraz „dowód” ma swoiste znaczenie: tak np. zeznanie wiarogodnych świadków, że powódka odwiedziła mężczyznę w jego kawalerskim mieszkaniu, bywa w praktyce uważane za dowód obcowania seksualnego, a więc stwarza domniemanie ojcostwa; konwencjonalne rozumienie wyrazu „obcowanie” użytego w art. 47 § 2 kodeksu rodzinnego utrudnia niezmiernie sprawę niesłusznie pozwanego.

Dopiero postępy biologii w XX w. umożliwiły wyłączenie ojcostwa przez ekspertyzę biologiczną. Dopuszczenie tej ekspertyzy jako powszechnie przyjętego środka obrony pozwanego wprowadziło do konstrukcji prawnej element prawdy materialnej w sposób nieoczekiwany dla ustawodawcy: ów ustawodawca dlatego właśnie nadał domniemaniu znaczenie decydujące, że w jego epoce prawda biologiczna była tak ukryta, iż jedynie domniemanie było środkiem prawnym wprowadzającym jaki taki ład prawny w trudny konflikt.

Odkryte przez biologów, ale sformułowane przez niemieckiego matematyka Feliksa Bernsteina, absolutne prawa dziedziczenia grup krwi zwanych A, B, AB i O pozwalają wyłączyć ojcostwo mężczyzny po sklasyfikowaniu przynależności grupowej trojga osób wchodzących w grę, jeżeli klasyfikacja da wynik sprzeczny z tymi prawami. Teoretycznie mówiąc, ekspertyza mogłaby wyłączyć nawet oboje, powódkę i pozwanego; przypadki wyłączenia macierzyństwa zdarzają się niezmiernie rzadko i zawsze prowadzą do wykrycia omyłki technicznej lub oszustwa. Zwykle wyłączenie wynika z klasyfikacji trojga osób; np. matka krwi O nie może mieć dziecka krwi A z oj-

cem krwi B. Czasem już samo porównanie grupy dziecka z grupą mężczyzny wyłącza ojcostwo: mężczyzna AB nie może spłodzić potomka O z żadną kobietą. O ile mi wiadomo, sądy nasze uznają wyłączenie ojcostwa przez ekspertyzę serologiczną za dostateczny motyw do oddalenia żądań pozwu. Prócz klasyfikacji według systemu A, B, AB i O, serologia posiada dziś inne klasyfikacje o znanych prawach dziedziczenia¹.

Jest jednak jasne, że ekspertyza serologiczna trojga osób skierowanych przez sąd do rzeczoznawcy nigdy nie da dowodu materialnej prawdziwości tezy, iż X jest ojcem dziecka D z matki M, gdyż każdy z miliona mężczyzn mających ten sam obraz krwi, co do grup uwzględnionych w ekspertyzie, co A, jest z punktu widzenia genetyki (a na niej opiera się znaczenie ekspertyzy w sprawie pochodzenia) równie jak X możliwym ojcem dziecka D z matki M.

Wobec tego pierwszym skutkiem wprowadzenia serologii do procesu o ojcostwo było tylko uratowanie od niesłusznego wyroku wielu mężczyzn, którym nie udało się obalić domniemania żadnym ze sposobów dawniej znanych — zaznaczamy, że dowody lekarskie, jak np. wykazanie bezpłodności pozwanego lub różnic antropologicznych między nim a dzieckiem, są bądź to niezmiernie rzadkie, bądź też wątpliwe. Natomiast nie było i nie mogło być wpływu przeciwnego: orzekając ojcostwo nie mógł sędzia motywować tego orzeczenia ekspertyzą, która przecież ograniczała się do zdania „X może być ojcem dziecka D z matki M, ale nie musi” — te trzy wyrazy dopisywał przezorny ekspert; nie wiem, czy każdy.

Nie zapominajmy, że ekspertyza kategoryczna, a więc zaprzeczająca ojcostwo, nie musi być uważana koniecznie za zdemaskowanie kłamstwa kobiety i jej świadków; kobieta, która np. zaszała w ciążę, gdy już była przyjaciółką Ypsylona, a jeszcze nie zerwała z Iksem, może sama nie wiedzieć, kto z nich jest ojcem.

Czy jednak pominiemy te nietypowe przypadki, czy też nie, będziemy musieli stwierdzić, iż wprowadzenie ekspertyzy serologicznej wykazało od razu statystycznie, że obok dziecka pozamażeń-

¹ Niektórzy przyrodnicy kwestionują absolutność praw dziedziczenia grup krwi powołując się na zjawisko mutacji, jakkolwiek wśród milionów osób zbadanych nie napotkano sprzeczności z owymi prawami, które by nie dały się wyjaśnić niedopatrzaniem eksperta lub złą wiarą osób zainteresowanych w wyniku ekspertyzy.

W pracy [3] pokazano, jak można obejść się bez hipotez genetycznych i wkalkulować w ekspertyzę błędy laboratoryjne, opierając całą teorię na materiale spraw o alimenty — tak uzyskane wyniki praktycznie nie różnią się od tutaj podanych.

skiego, które z trójga osób dramatu zasługuje primo loco na opiekę ustawodawcy, obok matki, która zasługuje na nią secundo loco, istnienie tertio loco niesłusznie pozwany mężczyzna: niesłusznie, bo wbrew stanowi faktycznemu, zwłaszcza na gruncie ustawodawstwa operującego pojęciem domniemania. Ta teza wynika bezspornie ze statystyki wyłączeń. Zaraz po wprowadzeniu serologii do procesu, wyłączenia pojawiły się w ilości 10% spraw (spośród tych, w których doszło do ekspertyzy). Dziś takich wyłączeń jest 15% — ten przyrost bierze się z ulepszeń metody, mianowicie z wprowadzenia innych klasyfikacji: M, N, Rh itd.

Od samego początku ekspertyza nabrała charakteru obrony pozwanego, i to w dwojakim znaczeniu: 1° broniła skutecznie pozwanego, gdy wyłączenie pojawiło się w jego indywidualnej sprawie, 2° podawała globalnie w wątpliwość cały kolektyw pozwów; jeżeli dziś jest 15% wyłączeń, to z pewnością postęp biologii da ich więcej w przyszłości, a nawet tych 15% rzuca cień na wszelkie orzeczenia ojcostwa — pamiętajmy, że niemal wszyscy dziś wyłączeni byłiby płacili niesłusznie alimenty, gdyby nie było dowodu z ekspertyzy. Mimo to wciąż jeszcze machina formalna obraca się starym trybem: gdy ekspert nie wyłączy ojcostwa, ostatnia próba obalenia domniemania zawodzi, pozwany niemal automatycznie zostaje uznany za ojca i obarczony alimentami.

Ale nowy prąd podmywał dalej starą konstrukcję. Można mianowicie zrobić taki eksperyment: odciąć od każdej ekspertyzy rubrykę zawierającą obraz krwi pozwanego, przesunąć wszystkie kupy o jeden numer i znowu przykleić do formularzy. Oczywiście konkluzja „nie może być ojcem — może być ojcem” ulegnie przez to zmianie w wielu przypadkach; sytuacja będzie taka, jak gdyby powódki wybierały pozwanych na chybił-trafił spośród kilku tysięcy mężczyzn. Taki eksperyment byłby 10 lat temu dał 33% wyłączeń: wiemy to stąd, że znamy skład ludności polskiej ze względu na te grupy krwi, którymi posługiwano się 10 lat temu w ekspertyzach serologicznych, a ponieważ wybór mężczyzn w tym eksperymencie jest czysto losowy, więc możemy zastosować rachunek prawdopodobieństwa, który właśnie przewiduje 33% wyłączeń. Ale autentyczne formularze dały ich wtedy 10%. Przy pozwach skierowanych na chybił-trafił, co trzeci pozew daje wyłączenie. Ponieważ mamy wyłączeń 10%, więc pozwów skierowanych przeciw nieojcom jest 3 razy 10% czyli 30%; resztę, to jest 70%, stanowią pozwy skierowane przeciw ojcom biologicznym. Liczba 70% jest tu parametrem socjalnym. Ten sam eksperyment zrobiony dziś da 50%

wyłączeń wobec 15% wyłączeń autentycznych. Rachunek uczy tym razem, że co drugi pozew powinien dać wyłączenie, 2 razy 15% wynosi 30%, i znowu pojawia się parametr 70%; pokazuje się tutaj nieczułość tego parametru na metody badania serologicznego — to matematycy mogli przewidzieć — ale pokazuje się też jego trwałość po upływie 10 lat: socjologiczne podłoże zjawiska fałszywych pozwów działa dziś tak samo, jak 10 lat temu².

Konsekwencje tego odkrycia statystycznego są następujące. Nie można już dziś ignorować faktu, że duża frakcja pozwów (około 30%) jest skierowana przeciw mężczyznom, którzy nie są ojcami dzieci, w których imieniu pozwano ich przed sąd. Nawet gdyby co dziesiąta powódka myliła się bona fide, to i tak jeszcze zostałyby 20% świadomie fałszywych pozwów. Ochrona mężczyzny przed niesłusznymi roszczeniami staje się wyraźnym obowiązkiem ustawodawcy.

O tym, jak to zagadnienie może rozwiązać *lex ferenda*, powiemy w dalszym wywodzie.

Teraz wskaźmy drugą konsekwencję: jest nią możliwość obliczania prawdopodobieństwa ojcostwa. Nie wchodząc w szczegóły matematyczne powiedzmy tylko, że od 1 grudnia 1956 r. Instytut Mikrobiologiczny w Rokitnicy zaopatruje swoje ekspertyzy w liczbę zwaną prawdopodobieństwem ojcostwa — jest to pierwszy na świecie Instytut, który to robi poprawnie. W niektórych przypadkach prawdopodobieństwo to spada do 25% po ekspertyzie, w skrajnych mogłoby osiągnąć $99 \cdot 95\%$; są wśród sądowych ekspertyz materiału wrocławskiego prawdopodobieństwa $99 \cdot 5\%$.

Jaką rolę może mieć ta informacja dla sędziego? Gdy pominiemy te przypadki, w których pozwanemu udało się obalić domniemanie ojcostwa dzięki wyłączeniu serologicznemu lub w inny sposób równie nieodparty, a także i te, w których jego ojcostwo znalazło dowód niezbity, np. przez stwierdzenie charakterystycznych znamion cielesnych identycznych u niego i u dziecka, pozostanie chyba 75% spraw, w których sędzia rozstrzyga o ojcostwie z tego, czy powódce udało się uzasadnić domniemanie, tak jak chce tego ustawa, a więc

² Rachunki matematycznie kompletne można znaleźć w rozprawie [3]. Elementarny rachunek tu naszkicowany: frakcja ojców jest x , frakcja nie-ojców $1-x$, prawdopodobieństwo wyłączenia mężczyzny wybranego na chybił-trafił jest — jak wykazuje eksperyment przetasowania kuponów — 33%. wobec czego % wyłączeń dostarczonych przez autentyczne ekspertyzy powinien być $x \cdot 0\% + (1-x) \cdot 33\%$; takich wyłączeń było naprawdę 10%, a więc — w przybliżeniu tym ściślejszym, im więcej spraw objęto statystyką — będzie $x \cdot 0\% + (1-x) \cdot 33\% = 10\%$, a stąd $(1-x) = 0 \cdot 3$, zatem $x = 0 \cdot 7 = 70\%$ jest frakcją ojców wśród pozwanych.

przez stwierdzenie obcowania we właściwym okresie. Wprawdzie sędziowie słusznie zastrzegają się przeciw mechanicznemu sądzeniu według prawdopodobieństwa, ale jest w tym nieporozumienie o tyle, że nikt serio takiego postulatu nie stawiał; prawdopodobieństwo ma służyć do orientacji na równi z wszelkimi innymi okolicznościami stwierdzonymi przez sędziego i ułatwić mu decyzję przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności dotyczących indywidualnej sprawy, w żadnym zaś razie nie ma ono ograniczać swobodnej oceny sędziowskiej. Toteż na konferencji w Rokitnicy w dniu 25 listopada 1956 r. uczestniczący w niej sędziowie jednomyślnie zażądali podawania w ekspertyzach prawdopodobieństwa ojcostwa³. Do orzeczenia ojcostwa wystarcza bowiem stwierdzenie w procesie, że były warunki zewnętrzne umożliwiające kopulację, ale ustawa wcale nie określa na przykład, czy wejście do pokoju inkasenta z rachunkiem za światło stwarza domniemanie faktyczne, a więc także domniemanie prawne, że on właśnie jest ojcem. Jeżeli — jak to czynią niektórzy sędziowie — poprzestać na warunkach zewnętrznych i pozorach, to każdy mężczyzna pozwany przez kobietę będzie miał bardzo duże trudności w obaleniu tego domniemania, tym bardziej że w praktyce, z nielicznymi wyjątkami, sprawy wątpliwe bywają w tej dziedzinie rozstrzygane po myśli żądań pozwu. Można dziś obliczyć, ile z tego wynika wyroków niesłusznych, to znaczy sprzecznych z materialnym stanem faktycznym: 10 lat temu było ich co najmniej 12%, a co najwyżej 22%, jak obliczył Józef Łukasiewicz z materiału 3865 ekspertyz i 874 wyroków. Gdyby nam dano aktualne werdykty z ostatnich kilku lat, moglibyśmy nawet orzec, jaką rolę odgrywa swobodna ocena sędziowska i czy zmniejsza ona liczbę niesłusznych wyroków.

³ Wspomniana konferencja w Rokitnicy zgromadziła przeszło 100 sędziów i trwała dwa dni. Nikt z uczestników, ani prawnicy, ani biologowie, ani matematycy nie proponowali ferowania wyroków na podstawie prawdopodobieństwa ojcostwa a posteriori (tj. obliczonego z liczby 70% wraz z indywidualną ekspertyzą). Metodę obliczania tego prawdopodobieństwa P można znaleźć w [2] i [3]. Sens liczby P jest następujący: jeżeli spośród wszystkich ekspertyz wybierzemy te, dla których $P=90\%$ lub więcej i znajdziemy 200 takich orzeczeń, to wśród tych 200 pozwanych, których dotyczą te orzeczenia, będzie — W przybliżeniu — przeszło 190 rzeczywistych ojców.

Ten fakt nie ulegnie zmianie przy postępkach serologii, natomiast te postępy doprowadzą do tego, że będzie mało ekspertyz dających P bliskie 70%, a dużo dających P znacznie wyższe lub znacznie niższe od 70%. Można by uznać $P=99\%$ i wyższe za dowód ojcostwa, jednak niniejszy projekt wcale nie opowiada się za takim formalnym ograniczeniem swobodnej oceny sędziowskiej: informacja $P=99\%$ jest indycjum i należy ją traktować jak wszelkie indicja; sama w sobie nie jest dowodem w prawniczym rozumieniu tego słowa.

Ale nie zmniejsza na pewno poniżej granicy, która wynosiła 10 lat temu 12%, a dziś . . . nie wiemy ile, z braku dokumentacji.

W każdym razie sędziowie wyraźnie odczuwają niedoskonałość dzisiejszego kodeksu rodzinnego jako ustawowego regulatora spraw związanych z dochodzeniem ojcostwa przed sądem.

Jakie jest wyjście z tej sytuacji?

Skąd aż 30% pozwów fałszywie skierowanych? Stać, że zarówno łatwość ściągania alimentów, jak ich wysokość zależą od sytuacji materialnej rzekomego ojca. Wprawdzie wskazując go, powódka naraża się na jego wyłączenie serologiczne, gdy nie jest ojcem naprawdę, ale w razie przegranej wolno jej natychmiast pozwać innego; wybierze zapewne znowu kogoś dobrze sytuowanego.

Na tle obowiązującego ustawodawstwa pozew o ojcostwo jest formalnie oddzielony od pozwu o alimenty, chociaż wymogiem prawnym dochodzenia przez matkę i dziecko roszczeń majątkowych jest uprzednie ustalenie ojcostwa.

Zdaniem autora, należy zachować formalne oddzielenie pozwu o ojcostwo od żądania alimentów, a także zachować zasadę, że droga do alimentów prowadzi wyłącznie przez pozew o ojcostwo, jednak nie ograniczać dobrodziejstwa alimentów do tych przypadków, w których pozwany został uznany za ojca. Należy także zachować zasadę, że strona pozywająca ma dowieść, że pozwany obcował z matką dziecka w okresie koncepcyjnym; jeżeli przewód sądowy tego nie wykaże, upadają wszelkie żądania pozwu, zarówno żądanie uznania pozwanego ojca, jak i wszelkie pretensje do alimentów. Należy tu podkreślić, że dowód obcowania należy rozumieć tak, jak go rozumie dzisiejsza praktyka sądowa: ponieważ sędzia nie może się uchylić od rozstrzygnięcia, czy należy uważać obcowanie za udowodnione, czy nie, więc w przypadku (który niemal zawsze zachodzi) sprzeczności między twierdzeniami stron, musi powziąć kategorię decyzję według swobodnej oceny wszystkich faktów ujawnionych przed sądem w toku procesu.

W przypadku, w którym sędzia uznał obcowanie za udowodnione, proces wchodzi w drugie stadium, w którym mogą zajść trzy ewentualności:

- a) powódka udowodni, że pozwany jest ojcem dziecka, w którego imieniu wniosła pozew,
- b) pozwany udowodni, że nie jest ojcem owego dziecka,
- c) ani jedna, ani druga strona nie zdołała przedstawić niezbitych dowodów na swoją tezę.

Zauważmy od razu, że trychotomia a), b), c) pozwala sędziemu we wszystkich przypadkach wątpliwych uchylić się od kategorię-

nego orzeczenia: X jest ojcem — X nie jest ojcem, gdyż pozwala, a nawet nakazuje w każdym przypadku, w którym przewód nie dostarczył oczywistych dowodów pro lub contra, wydać orzeczenie, iż nie wiadomo, czy X jest ojcem, czy nie. Inaczej jest w pierwszym stadium procesu: tam ustawa żąda od sędziego, żeby uznał fakt obcowania za ustalony, albo też za ustalony fakt, iż go nie było; wobec tego musi rozstrzygnąć kategorycznie sprawy wątpliwe. Nie jest do tego zmuszony w drugim stadium: tu wolno mu, a nawet powinien wydać w sprawie wątpliwej orzeczenie typu c), które poniżej sformułujemy. Jako przykład ewentualności a) niech służy kompletne podobieństwo somatyczne pozwanego i dziecka, jako przykład ewentualności b) — wyłączenie ojcostwa serologiczne (przez absolutne prawa dziedziczenia) lub fizjologiczne (bezpłodność pozwanego).

Tak więc wyroki będą miały zawsze jedną z trzech form:

- a) pozwany X jest ojcem dziecka D z matki M,
- b) pozwany X nie jest ojcem dziecka D z matki M,
- c) przewód nie dostarczył ani dowodu na to, że X jest ojcem D z matki M, ani też dowodu, że nim nie jest.

Wyrok typu b) zostanie wydany także i w tym przypadku, kiedy nie doszło do drugiego stadium procesu, gdyż przewód wykazał, że nie było obcowania.

Zauważmy, że propozycja nasza nie operuje nigdzie pojęciem domniemania prawnego określonego w art. 47 § 2 kodeksu rodzinnego z 27 czerwca 1950 r.

Wyrok typu a) stwarza podstawę prawną obowiązku alimentacyjnego między stronami i alimenty odpowiednie zostaną zasądzone od ojca w tym procesie, oczywiście pod warunkiem, że strona reprezentująca dziecko tego zażąda. Ponieważ X jest ojcem, więc w myśl kodeksu rodzinnego jest obowiązany ponosić wraz z matką dziecka koszt jego utrzymania i wychowania aż do czasu, kiedy dziecko będzie mogło utrzymać się samo. Tu propozycja nasza nie różni się od zasad obecnie obowiązujących.

Wyrok typu b) nie pociąga żadnych konsekwencji prawnych dla pozwanego: nie jest ojcem, więc upada żądanie od niego jakichkolwiek świadczeń. I tu propozycja jest zgodna z obecnym stanem prawnym.

Natomiast konsekwencje wyroku typu c) nie mają odpowiednika w kodeksie rodzinnym obecnie

obowiązującym. Upada żądanie uznania pozwanego za ojca, ale wyrok typu c) jest podstawą do pobierania z osobno stworzonego Funduszu Opieki nad Matką i Dzieckiem zasiłku na utrzymanie i wychowanie dziecka aż do wieku jego pełnej samodzielności; wysokość tego zasiłku oznaczają osobne przepisy, podobne do przepisów o rentach i emeryturach. Pobieranie tego zasiłku nie ma związku z osobą pozwanego; tak np. jego niewypłacalność lub śmierć nie mają wpływu na płatność zasiłku. Wyrok typu c) jest równocześnie podstawą dla władz skarbowych do nałożenia na pozwanego odpowiedniego podatku celowego; osobne przepisy uregulują wysokość rat podatkowych i czas trwania obowiązku płacenia — tutaj też nie będzie związku między zobowiązaniem płatnika a losami dziecka, nie będzie także wysokość podatku zależęć od wysokości alimentów ani też od tego, kiedy ustanie ich płatność⁴.

Będzie pewien związek między kolektywem mężczyzn zasadzonych wyrokami c) a kolektywem osób pobierających zasiłki z Funduszu Opieki, gdyż ten Fundusz będzie zasilany podatkami płatnymi przez ów kolektyw. To nie zmienia faktu, że w kategorii c) nie ma być według *lex ferenda* żadnego związku prawnego między indywidualnym mężczyzną a matką dziecka i dzieckiem.

Jakie jest uzasadnienie tego rodzaju radykalnej zmiany ustawodawczej? Wydawałoby się, że nic się na niej nie zyska, gdyż frakcja wątpliwych spraw nie zmaleje, a także nie zmaleje liczba mężczyzn, którzy będą płacili — choć pośrednio — na utrzymanie cudzych dzieci. Rzeczywiście, będzie tak w pierwszym roku działania ustawy; gdy jednak wszyscy zainteresowani osobiście zapoznają się z jej treścią lub też doświadczą jej »działania przy własnych procesach, sytuacja ulegnie zmianie: po roku, a może nawet wcześniej, znacznie maleć liczba świadomie fałszywych pozwów.

Jest jasne, że ich większość bierze się ze wskazywania jako ojca tego spośród osób, przeciw którym można skonstruować słynne do-

⁴ Unormowanie wysokości alimentów nie będzie się różniło od ustalania wysokości rent i emerytur; na podstawie rzeczywistych kosztów utrzymania dziecka nietrudno będzie ustalić świadczenia F. M. i D. zależnie od wieku dziecka i aktualnych indeksów cen.

Wymiar podatku na rzecz F. M. i D. będzie się opierał na podobnych zasadach co dziś wymiar alimentów: będzie uwzględniał możliwości płatnika, a czas trwania opodatkowania będzie obliczony tak, żeby wpływy z tego źródła pokryły łącznie wypłaty F. M. i D. oraz koszty administracyjne. Do opornych płatników stosowane będą sankcje karne podobne do dziś obowiązujących. Por. notkę 6.

mniemanie, kto nadaje się najlepiej na płatnika alimentów, a więc ma z czego płacić, a także nie zechce zrezygnować z dobrej posady, żeby ukryć się przed egzekutorem. Przy nowej ustawie ten bodziec ekonomiczny zniknie, gdyż pozwany będzie mógł wykazać, iż sprawa jest co najmniej wątpliwa i podpadnie — w najgorszym razie — pod wyrok typu c), tak że matka pozywająca go nie będzie miała żadnej korzyści z jego wypłacalności; mieć ją będzie najwyżej Fundusz Opieki. Ale owa matka będzie miała wyraźny interes w pozwaniu prawdziwego ojca, bo wskazując innego, np. owego dobrego płatnika, narazi się na jego serologiczne wyłączenie; prawdopodobieństwo fiaska wynosi już dziś 50%. Tak więc nowa ustawa zniweczy motyw fałszywego pozwu, umożliwiając uzyskanie przez matkę tych samych świadczeń na drodze pozwu słusznego z prawdopodobieństwem dwukrotnie większym.

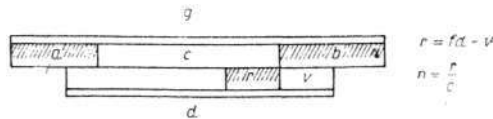
Powstaje pytanie, czy na tej drodze osiągniemy poprawę judykatury, to jest większą zgodność wyroków z prawdą obiektywną. Oczywiście tak, bo nie będzie orzeczeń ojcostwa w sprawach wątpliwych, jednak nie chcemy używać tego argumentu w obronie naszego projektu, gdyż nic łatwiejszego jak ferowanie wyroków stwierdzających, że sąd nie wie, jaka jest prawda obiektywna: takie wyroki nie są sprzeczne z prawdą. Chodzi nam o poprawę w tym sensie, żeby zmalała frakcja spraw, które o tyle przeczą prawdzie obiektywnej, że nakładają i dziś i później świadczenia materialne na mężczyznę X, choć powinno się nimi obciążyć mężczyznę Y. Autor projektu twierdzi, że liczba krzywdzących wyroków zmaleje, ale nie wymaga, żeby mu wierzono na słowo. Istnieje mianowicie obiektywna metoda potwierdzenia lub obalenia tezy autora. Jest nią ekspertyza serologiczna, znowu użyta kolektywnie, niezależnie od jej użytku indywidualnego. Będzie się ją stosowało we wszystkich przypadkach, w których bez niej nie można by ferować ani wyroku a), ani wyroku b). Oczywiście nie będzie się stosowało badań serologicznych w przypadkach, które bez nich są zupełnie jasne, jednak będzie się je stosować w niektórych przypadkach, w których pozwany przyznaje swoje ojcostwo — kontrola serologiczna może tu być potrzebna, gdy np. zachodzi podejrzenie koluzji⁵, polegającej na zamiarze powódki

⁵ Ostrze takiej zmywy uderzać będzie w skarb państwa, ale trudno przypuszczać, żeby należało się obawiać rozpowszechnienia tego deliktu. Z reguły finansowałby zmywę trojga osób zamożny przyjaciel matki, prawdziwy ojciec, a podstawiony pozwany byłby narażony na areszt lub egzekucję podatku; ukrywanie się i kosztą zmiany miejsca pobytu zmusiłby go zwykle do szukania pomocy pieniężnej u zamożnego inicjatora koluzji i do szantazowania go w razie odmowy. Trudno sobie wyobrazić prawdziwego ojca,

uzyskania zasiłku przez pozwanie mężczyzny, który potrafi uniknąć egzekutora, przy zatajeniu faktu, że rzeczywisty ojciec już dobrowolnie łoży na dziecko. Jasne jest, że żadnej sprawy nie będzie można zaliczyć do kategorii c) bez ekspertyzy serologicznej.

Gdy ustawa określi wyraźnie obowiązek badań i gdy stworzy się kartotekę wyroków w sprawach typowego dochodzenia ojcostwa i alimentów, będzie można co pewien czas, np. co dwa lata, obliczać liczbę niesłusznych wyroków. Znajdą się one wszystkie w kategorii c), a więc niesłuszność ich będzie polegała na nałożeniu obowiązku podatku na kogoś, kto nie jest Ojcem w biologicznym znaczeniu . . . pociesmy się, że czasem będzie on ojcem innego dziecka pozamałżeńskiego.

Oto graficzne przedstawienie ułatwiające zrozumienie statystyki:



Górny pas przedstawia wszystkie sprawy $a+b+c$. Dolny obejmuje tylko te, w których zarządzono ekspertyzę, a zatem wszystkie c , niewiele a i niemało b . Przez porównanie liczby wyłączeń wśród wszystkich ekspertyz z liczbą wyłączeń otrzymanych przy przetasowaniu orzeczeń dotyczących mężczyzn w tychże ekspertyzach, znajdziemy frakcję f nie-ojców w dolnym pasie; długość tego pasa jest d , zatem fd jest liczbą nie-ojców w dolnym pasie. Od tej liczby odejmiemy liczbę v ekspertyz leżących pod b ; są to nie-ojcowie rozpoznani przez sąd jako tacy, a więc niekoniecznie wyłączeni, ale skądinąd trafnie rozpoznani lub wyłączeni. Różnica $r=fd-v$ to są nie-ojcowie, których nie rozpoznano jako takich, a więc pokrzywdzeni. Wszyscy omi mieszczą się pod polem c . Ponieważ pole c obejmuje samych i wszystkich opodatkowanych, więc

$$n = r/c = \frac{fd - v}{c}$$

jest frakcją niesłusznych podatków w grupie opodatkowanych na podstawie nowej ustawy.

Frakcję n obliczmy dwukrotnie: po dwóch latach działania nowej ustawy otrzymamy n_2 , a po czterech latach — n_4 ; porównanie n_2 z n_4

który by nie przewidział niebezpieczeństwa takiej zmowy, a jeszcze trudniej o takie okoliczności, w których zmowa byłaby korzystna i bezpieczna dla obu stron.

pozwoli stwierdzić, czy zaszła pożądana zmiana czy nie. Można by zarzucić temu wnioskowi, że w ciągu dwóch lat nie ustawa, ale postępy serologii ułatwią trafne orzekanie; na to odpowiemy, że zarówno n_2 , jak n_4 dotyczy samych takich spraw, w których nie zaszło wyłączenie ojcostwa.

Może jeszcze bardziej interesujące jest f . Jest to frakcja nie-ojców wśród pozwanych poddanych ekspertyzie. Dziś $f=30\%$. Gdy obliczymy f_2 po upływie dwóch lat działania nowej ustawy, zobaczymy czy spełniła ona obietnicę uzdrowienia, to znaczy, czy obniżyła frakcję niesłusznych pozwów, $f_2 < f$. Jak wiemy, parametr f jest dość trwały i tylko istotna zmiana warunków może go wyraźnie zmienić.

Ale jest możliwy jeszcze jeden zarzut. Wprawdzie, powie ktoś, *lex ferenda* obniży frakcję niesłusznie płacących, wprawdzie uzdrowi «atmosferę sądową przez zmniejszenie frakcji fałszywych pozwów, ale to jeszcze nie wystarczy, gdyż nowa ustawa stwarza nową okazję do błędnych wyroków: sądy będą oddalać znakomitą większość niesłusznych pozwów o ojcostwo, dbając wyłącznie o interes ekonomiczny matki i dziecka, ale lekceważąc osobowo-prawną stronę stosunku między dzieckiem a jego ojcem. Odpowiem na to, że nikt nie broni ojcu przyjąć na siebie obowiązku opieki nad dzieckiem; jeżeli jednak on sam się przed nim broni, to jest raczej w interesie dziecka, żeby sąd pozwanemu nie nadał tych praw, zwłaszcza wtedy, gdy zachodzi możliwość, że pozwany nie jest ojcem; nawet gdy nim jest, a w to nie wierzy, tytuł ojca jest dla niego też niepożądany, a wskutek tego niepożądane jest dla dziecka nadanie pozwanemu praw ojcowskich. Dziś to jest *malum necessarium*, gdyż droga do alimentów wiedzie przez znalezienie ojca, ale *lex ferenda* właśnie to zło dziś konieczne usunie.

Podawanie indywidualnego prawdopodobieństwa ojcostwa P w ekspertyzach ma następujące znaczenie: sędzia nie będzie wcale musiał respektować owego P , nawet gdy będzie ono 99%, ale gdy w sprawach kategorii c — a tylko te mogą obciążać jego sumienie — będzie widział stale wysokie P , to będzie wiedział nie tylko, że trzyma się ustawy, ale że ta ustawa rzadko krzywdzi pozwanych.

Nie wchodząc w szczegóły prawnicze i nie narażając się na zarzut niekompetencji stwierdzmy jeszcze, że oddzielenie kwestii stosunku prawnorodzinnego między dzieckiem a pozwanym od obowiązku alimentacyjnego owego pozwanego na rzecz dziecka nie jest ekscentrycznym pomysłem. W niektórych krajach *plures concubentes* płacą *alimenta* solidarnie, a przecież nie zostają uznani za ojców. Tak na przykład jest w Norwegii i Danii (§ 22, ust. II ustawy norweskiej

z 1915 r.; zob. także duńską ustawę z 1937 r. o dzieciach nieślubnych).

Lex ferenda unika dawania praw ojcowskich ludziom, którzy nienawidzą dziecka i matki. Kobiecie oszczędza egzekwowania alimentów i śledzenia miejsca pobytu i źródeł dochodów opornego dłużnika. Usuwa implikację, która z faktu obcowania wyprowadza domniemanie ojcostwa, a z domniemanie — stwierdzenie ojcostwa; ogranicza znaczenie obcowania jako argumentu do tych rozmiarów, które są konieczne do salwowania interesów dziecka pozamałżeńskiego, jeżeli nie chcemy przerzucać kosztów jego utrzymania na skarb państwa.

Istotną cechą projektu jest to, że opiera się na obiektywnym badaniu obecnego stanu rzeczy w materii dochodzenia ojcostwa i daje możliwość — chyba bez precedensu — obiektywnej kontroli działania projektowanej, a także wszelkiej innej reformy kodeksu rodzinnego w tej materii.

Projekt nie kwestionuje słuszności dotychczasowej ustawy w jej tendencji, która streszcza się w tym, że mężczyzna, który rzeczywiście jest ojcem, powinien zostać uznany prawnie za ojca i obciążony obowiązkami względem dziecka z tego tytułu, natomiast ten, który ojcem nie jest, nie powinien zostać uznany za ojca i nie powinno się na niego nakładać żadnych obowiązków z tytułu rzekomego ojcostwa — ta tendencja odpowiada pogładowi panującemu w społeczeństwach cywilizowanych. Jeżeli nazwiemy błędnym wyrok, który jest sprzeczny z którąkolwiek z zasad przed chwilą wygłoszonych, to okaże się ze statystyki ekspertyz i wyroków, że mimo postępów serologii krwi, wciąż spory jest odsetek błędnych wyroków... Biorą się one ze spraw wątpliwych, które znowu mają swe główne źródło w fałszywych pozwach, a te pozwы mają zwykle motyw ekonomiczny. Nasz projekt zamierza usunąć ów motyw i przez to doprowadzić w przyszłości do radykalnego zmniejszenia odsetka spraw wątpliwych i błędnych wyroków. Wtedy większość spraw będzie się kończyła wyrokami typu a) albo b), które są zgodne z zasadniczą tendencją dotychczasowej ustawy. Nie byłoby to możliwe w przyszłości, gdyby nasz projekt zerwał dziś istniejący związek między dochodzeniem alimentów a dochodzeniem ojcostwa i licząc się jedynie z tym, że po wprowadzeniu projektu w życie przez pierwsze lata sprawy typu c) będą stanowiły blisko 75% wszystkich, pozwolił wszczynać sprawy o alimenty bez żądania ustalenia ojcostwa pozwanego. Ten взгляд skłonił autora projektu do utrzymania pozwu o ojcostwo jako *conditio sine qua non*.

Porównajmy jeszcze — na tle typowych przypadków — działanie proponowanej zasady prawnej z działaniem dotychczasowej, uważając słusność i celowość za kryteria porównawcze.

Projektowana reforma nie usuwa trudności związanej z kompletnym — w sensie biologicznym — dowodem kopulacji. Tak jak dotychczas, sędzia będzie musiał nadal rozstrzygać pośrednio, to znaczy z różnych okoliczności, z których żadna z osobna, a nawet wszystkie razem nie zmuszają do przyjęcia ani też do odrzucenia faktu, który kodeks rodzinny nazywa „obcowaniem”. Nie zapominajmy jednak, że nawet w tych rzadkich przypadkach, kiedy fakt kopulacji jest oczywisty, nie wynika z niego ojcostwo w sposób konieczny.

Ustawodawca — zdając sobie sprawę z tego, że zwykle tylko obcowanie da się jako tako stwierdzić — postanowił na tej podstawie (która samia już nie jest zbyt mocna) oprzeć domniemanie prawne ojcostwa (przerzucając ciężar kontrargumentu na pozwanego, od którego żąda się już zazwyczaj ścisłego dowodu biologicznego), a na ojcostwie oprzeć obowiązek alimentacji. Nasz projekt zdąża do zapewnienia dziecku alimentów — które mu się należą w każdym razie, choć niekoniecznie właśnie od pozwanego — na krótszej drodze. Pomińmy sprawy typu a) i b), które nie nastęrczają wątpliwości i które projekt rozstrzyga, co do praktycznych konsekwencji, podobnie jak dotychczasowa ustawa, i ograniczmy się do spraw typu c), najliczniejszych i najbardziej problematycznych. Tu projekt gwarantuje alimenty bez orzekania ojcostwa: ponieważ o nie chodzi przede wszystkim i właśnie troska o nie zmusiła twórcę kodeksu rodzinnego do dwupiętrowej konstrukcji prawnej, więc projekt musi je także zapewnić, czyni to jednak bez zbędnego (do tego celu) orzekania ojcostwa, nie chcąc na problematycznym stanie faktycznym opierać dalszych konsekwencji, zwykle dla obu stron niepożądanych (nie mówię tu o kobiecie działającej mala fide, która chce mieć bogatego pozwanego nie-ojca za dawcę alimentów korzystając z kodeksu rodzinnego).

Dzięki temu unika nasz projekt niemal zawsze uznania za ojca kogoś, kto nim nie jest i kto nie chce za niego uchodzić. Mechanizm prawny legis ferendae jest prostszy niż stara konstrukcja: ustalanie faktu kopulacji stanowi domniemanie w potocznym znaczeniu tego słowa i wystarcza do tego, żeby oprzeć na nim obowiązek podatku celowego — prawnik znajdzie łatwo przykłady, w których nie indywidualna wina czy też naruszenie cudzych interesów pociąga za sobą świadczenia kompensacyjne, lecz gdzie sama przynależność do

pewnego kolektywu stwarza domniemanie, na którym ustawodawca opiera obowiązek owych świadczeń⁶. W naszym projekcie tworzą ów kolektyw mężczyźni wchodzący w nieuregulowane związki, a podatek na rzecz Funduszu Matki i Dziecka jest owym świadczeniem kompensacyjnym na rzecz dzieci urodzonych z takich związków. Można zapytać, dlaczego w takim razie nasz projekt żąda pozwu o ojcostwo i bez niego nie traktuje sprawy o alimenty? Po prostu dlatego, że nie chce tworzyć okrzężnej drogi alimentacji poprzez władze skarbowe i Fundusz w przypadkach, w których ojcostwo da się wykazać, a także dlatego, że nie chce obarczać alimentami pozwanego, który zdoła wykazać, że nie jest ojcem; tym sposobem chce zmusić powódki do wskazywania rzeczywistych ojców.

Te argumenty należy dołączyć do głównego argumentu na rzecz projektu, jakim jest usunięcie bodźca ekonomicznego, stwarzającego dziś dużą frakcję fałszywych pozwów (30%), stwierdzoną przez statystykę wyłączeń.

Moja praca nie byłaby doszła do tej postaci, w której ją ogłaszam, gdyby nie rozmowy i dyskusje z wieloma członkami Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, zwłaszcza prawnikami, a także reprezentantami innych nauk i innych środowisk. Mam tu na myśli przede wszystkim dwóch zmarłych już uczonych wrocławskich, Ludwika Hirszfelda i Jana Mydlarskiego. Szanowni Koledzy: Lesław Adam, Jan Czekanowski, Józef Fiema, Jan Gwiazdomorski, Stanisław Hubert, Iwo Jaworski, Stefan Kaleta, Stanisław Kulczyński, Franciszek Longchamps, Józef Łukaszewicz, Andrzej Mycielski, Józef Stanisław Piątkowski, Bolesław Popielski, Wanda Stęślicka-Mydlarska, Franciszek Studnicki, Wincenty Styś, Witold Świda i Adam Wanke niech zechcą przyjąć moje podziękowanie — zarówno ci, którzy dzielają moje poglądy, jak i ci, którzy je krytykują.

⁶ Nietrudno o przykłady podatku ograniczonego do pewnej grupy osób i pozbawionego charakteru kary (np. podatek nakładany w dawnej Austrii na mężczyzn zwolnionych od służby wojskowej). Uzasadnieniem podatku jest tutaj przynależność mężczyzny do kolektywu ludzi, którzy pośrednio (przez dorywcze stosunki seksualne) zmuszają społeczeństwo do ponoszenia części kosztów utrzymania ich rodzin; społeczeństwo nie może dopuścić do pauperyzacji dzieci nieślubnych i łoży na nie — stąd moralne prawo do regresu — niemożliwość ustalenia w każdym przypadku z osobna, czy pozwany jest ojcem tego dziecka, które go pozywa, zmusza do określenia tego kolektywu, jak to czyni *lex ferenda*: zalicza do kolektywu na podstawie dowodu obcowania z matką owego dziecka we wszystkich przypadkach wątpliwych, tj. takich, które nie pozwalają załatwić sprawy indywidualnie przez kategorię zaprzeczenie ojcostwa lub jego potwierdzenie.

Szczególnie zobowiązany jest Panu Stefanowi Kalecie za daleko idącą pomoc, okazaną mi przy pisaniu tej pracy i jej redagowaniu, a Panu Franciszkowi Longschamps za liczne i wnikliwe dyskusje.

BIBLIOGRAFIA

[1] Ludwik Hirszfeld, *Wege und Ausblicke der Blutgruppenforschung für die Feststellung der Vaterschaft*, Schweizerische Zeitschrift für allgemeine Pathologie und Bakteriologie, vol. 15, fasc. 3 (1952), s. 257—280.

[2] a) Hugo Steinhaus, *The Establishment of Paternity*, Travaux de la Société des Sciences et des Lettres de Wrocław, Série A, N° 32, Wrocław 1954. — Tekst polski:

b) Hugo Steinhaus, *O dochodzeniu ojcostwa* [On the Establishment of Paternity]. *Zastosowania Matematyki* I, 2 (1954), s. 67—82.

[3] Józef Łukaszewicz, *O dochodzeniu ojcostwa* [On the Establishment of Paternity]. *Zastosowania Matematyki* II, 4 (1956), s. 349—579.