



PRAWO CYWILNE
NA ZIEMIACH POLSKICH



1744

Dział VIII

PROF. WŁAD. LEOPOLD JAWORSKI

Biblioteka Cywilistyczna U. J.

Dz. VI L. 402 Nr inw. 04403

PRAWO CYWILNE NA ZIEMIACH POLSKICH

TOM II. CZĘŚĆ I.

RODZICE I DZIECI



1744.
Dział VI

Wydz. Bibl. Prawnicza



1806135944

WARSZAWA ————— KRAKÓW
NAKŁADEM KSIĘGARNI J. CZERNECKIEGO

VI 402

1911
1912

ROZDZIAŁ DZIEWIĄTY.

Rodzice i dzieci.

I. Ślubność pochodzenia.

A) Obowiązujące przepisy.

1. Kod. cyw. Kr. pol. Art. 272. Mąż jest ojcem dziecięcia poczętego w czasie małżeństwa.

Może jednak nie przyznać dziecka, skoro dowiedzie, że przez ciąg czasu od trzechsetnego szóstego do stoosmdziesiątego dnia przed urodzeniem tegoż dziecka, w fizycznym znajdował się niepodobieństwie obcowania z żoną.

Art. 273. Mąż nie może nie przyznać dziecka z powodu niemocy płodzenia.

Art. 274. Dziecię przed dniem setnym ośmdziesiątym od zawarcia małżeństwa urodzone, nie może być nieprzyznane przez męża w przypadkach następujących:

1-mo, jeżeli przed małżeństwem wiedział o ciąży;

2-do, jeżeli przy spisaniu aktu urodzenia był obecny i akt ten przez niego podpisany został, albo zawiera wzmiankę, że podpisać nie umie.

3-tio, jeżeli dziecko jest niezdolne do życia.

Art. 275. Prawość dziecka urodzonego po trzechset sześciu dniach od rozwiązania małżeństwa rodziców, zaprzeczona być może.

Art. 276. W wszelkich przypadkach, w których mężowi dozwolone jest zaprzeczenie prawości dziecka, zaprzeczenie to nastąpić powinno w miesiąc, jeżeli mąż znajduje się w miejscu urodzenia jego.

Na przypadek nieobecności w tymże czasie wę dwa miesiące po powrocie. Gdy zaś tajono przed nim urodzenie dziecięcia, wę dwa miesiące po odkrytym podstępie.

Art. 277. Jeżeli mąż przed oświadczeniem zaprzeczenia, ale jeszcze w biegu czasu prawem w tej mierze zakreślonego umarł, następcom po nim służyć będą dwa miesiące do zaprzeczenia prawości dziecka, rachując od czasu, w którym to dziecko weszło w posiadanie majątku męża matki, albo od czasu, w którymby wzruszało także posiadanie następców po nim.

Art. 278. Każdy akt zasądowy, zawierający nieprzyznanie dziecka ze strony męża, albo jego następców, uważany będzie za niebyły, jeżeli w ciągu miesiąca od jego daty popartym nie będzie zapozwaniem przed sąd opiekuna, w tym celu dziecku przydanego, oraz i matki, aby ta w rozprawie obecna była.

Art. 279. Pochodzenie dzieci prawych dowodzi się przez akta urodzenia w księgi aktów stanu cywilnego wpisane.

Art. 280 W niedostatku tego dowodu dostatecznem będzie ciągłe posiadanie stanu dziecka prawego.

Art. 281. Posiadanie stanu dowodzi się przez dostateczne połączenie się czynów, wskazujących stosunek pochodzenia i pokrewieństwa między osobą a familją, do której ta osoba mieni się być należącą.

Główniejsze z tych czynów są:

że dana osoba nosiła zawsze imię ojca, do którego mieni się być należącą;

że ojciec postępował z nią, jak z własnem dziecięciem;

że jako ojciecłożył na jej wychowanie, utrzymanie i postanowienie;

że w towarzystwie ciągle za taką uważaną była;

że za taką uznawała ją familja.

Art. 282. Nikt nie może odwoływać się do stanu, któryby aktowi urodzenia jego i posiadaniu z tymże aktem zgodnemu był przeciwny, i nawzajem nie może nikt zaprzeczać stanu temu, który ma posiadanie z aktem urodzenia swego zgodne.

Art. 283. Gdyby na akcie urodzenia i na posiadaniu ciąglem zbywało, albo gdyby dziecko wpisane było bądź pod fałszywemi nazwiskami, bądź jakoby zrodzone z ojca i matki nieznanymi; dowód pochodzenia jego może być przez świadków wyprowadzony. Jednakże dowód takowy dopuszczony być może tylko wtenczas, gdy się znajduje początek dowodu na piśmie, albo gdy zachodzą domniemania lub istnieją ślady, z czynów już wówczas niewątpliwych wynikające, a które dla swej ważności dozwolenie tegoż dowodu koniecznie wskazują.

Art. 284. Początek dowodu na piśmie wypływa z dokumentów familijnych, z rejestrów i papierów domowych ojca lub matki, z aktów publicznych, a nawet i prywatnych, wyszłych od strony pochodzenia zaprzeczającej, albo od takiej osoby, któraby do zaprzeczenia interesowaną była, gdyby żyła.

Art. 285. Dowód przeciwny może być wyprowadzony przez wszelkie środki wykazać mogące, że poszukująca osoba nie jest dzieckiem tej matki, do której chce należeć, albo dowiódłszy nawet macierzyństwa, że nie jest dzieckiem męża matki.

Art. 286. Sądy ziemskie właściwemi będą w stanowieniu względem poszukiwania stanu, z wolnem odwołaniem się.

Art. 287. Sprawa karna o przestępstwo pozbawienia stanu nie może być rozpoczętą, dopóki nie nastąpi stanowe sporu o stan rozsądzenie.

Art. 288. Sprawa o poszukiwanie stanu ze strony dziecka nie podlega przedawnieniu.

Art. 289. Sprawa nie może być wszczynana przez następców dziecka, które wcale stanu swego nie poszukiwało, chyba że umarło w małoletniości, lub w ciągu lat pięciu po dojściu do pełnoletności.

Art. 290. Następcy mogą popierać sprawę przez dziecko rozpoczętą, jeżeli samo od takowej formalności nie odstąpiło, lub jeżeli przez trzy lata, rachując od ostatniego aktu procesowego, popierania sprawy nie zaniechało.

2. Prawo austriackie.

§ 137. Kiedy z małżeństwa urodzą się dzieci, natenczas powstaje nowy stosunek prawny, z którego wynikają prawa i obowiązki między ślubnymi rodzicami i dziećmi.

§ 138. Dzieci, urodzone przez żonę po upływie 180 dni po zawarciu małżeństwa lub przed upływem 300 dni po śmierci męża albo po zupełnem rozwiązaniu małżeństwa, mają za sobą domniemanie ślubności urodzenia.

Dzieci, które żona, rozdzielona od stołu i łóża, zrodziła w 10 miesięcy po rozdziale sądowym, uważać należy tylko wtenczas za ślubne, jeżeli zostanie przeprowadzony przeciw mężowi matki dowód wymagany przez § 163 u. cyw., albo jeżeli zresztą będzie udowodnione, że w okresie czasu, w którym spłodzenie nastąpić mogło według § 138 u. c. mąż i matka powrócili do poprzedniej wspólności, jakkolwiek nie donieśli o tem sądowi [d. n. z 15 czerwca r. 1835 l. 39 zb. u. s].

§ 155. Dzieci nieślubne nie używają równych praw z dziećmi ślubnymi. Dzieci wprawdzie urodzone z żony, atoli takie, które ze względu na zawarte lub rozwiązane małżeństwo, przyszły na świat przed lub w czasie wyżej przez ustawę (w § 138) oznaczonym, mają przeciwko sobie domniemanie, że są nieślubnego urodzenia.

§ 156. W przypadku wcześniejszego porodu, prawne domniemanie, o którym wyżej, wtenczas dopiero ma miejsce, jeżeli mąż, nie wiedząc przed zawarciem małżeństwa o ciąży, najpóźniej we trzy miesiące po otrzymaniu wiadomości o urodzeniu dziecięcia, sądownie zaprzeczy ojcostwa.

§ 157. Prawość wcześniejszego lub późniejszego urodzenia sądownie w przeciągu powyższych trzech miesięcy przez męża zaprzeczona, może być dowodzoną jedynie przez biegłych w sztuce, którzy, zbadawszy dokładnie stan dziecięcia i matki, powinni wskazać jasno przyczynę tego niezwyčajnego przypadku.

§ 158. Jeżeli mąż twierdzi, że dziecię w przeciągu czasu ustawą oznaczonego przez jego żonę urodzone, nie jest jego dziecięciem, powinien ślubność jego pochodzenia najpóźniej w trzech miesiącach po otrzymanej wiadomości zaprzeczyć i przeciwko ustanowić się mającemu do obrony ślubności dziecięcia kuratorowi dowodzić, iż tego dziecka spłodzić nie mógł. Ani popelnione przez matkę cudzołstwo, ani jej twierdzenie, że jej dziecię jest nieślubnem, nie może samo przez się pozba-

wiać dziecięcia praw dzieci ślubnych. Jeżeli mąż przed upływem czasu wyznaczonego do zaprzeczenia ślubności popadł w chorobę umysłową, to jego ustawowy zastępca może wykonać jego prawa zaprzeczenia w ciągu trzech miesięcy po otrzymaniu wiadomości, lub, jeżeli o urodzeniu dziecka już przedtem miał wiadomość, w ciągu trzech miesięcy po swoim ustanowieniu zastępcą.

§ 159. Jeżeli mąż umarł przed upływem terminu wyznaczonego do zaprzeczenia lub jeżeli miejsce jego pobytu jest stale od urodzenia dziecka nieznane, to także dziecko może zaprzeczyć swej ślubności za zezwoleniem matki, jeżeli jeszcze żyje. W tym celu musi wnieść skargę przeciwko kuratorowi, który ma być ustanowiony dla obrony ślubności. Prawo skargi gaśnie z upływem roku po uzyskaniu pełnoletności. Równie także i dziedzice, którymby się stał uszczerbek w ich prawach, mogą, jeżeli mąż umarł przed upływem terminu zaprzeczenia, zaprzeczyć ślubności pochodzenia dziecka z przytoczonego powodu, w ciągu trzech miesięcy po śmierci męża.

§ 159 a. Prawo zaprzeczenia, służące ustawowemu zastępcy męża lub samemu dziecku, ustaje, jeżeli zdolny do działania mąż sądownie uzna ślubność urodzenia dziecka, przed nastaniem prawomocności wyroku.

3. Prawo niemieckie. Założenie.

§ 1591. Dziecko, które się urodziło po zawarciu małżeństwa jest ślubne, jeżeli żona poczęła je przed lub podczas małżeństwa, a mąż obcował ze żoną w okresie poczęcia. Dziecko nie jest ślubnem, jeżeli stosownie do okoliczności jest widocznie niemożliwem, że żona poczęła dziecko z męża.

Jest domniemanie, że mąż obcował ze żoną w okresie poczęcia. O ile okres poczęcia przypada na czas przed małżeństwem, domniemanie ma wtedy tylko moc, jeżeli mąż umarł, nie wzruszywszy ślubności dziecka.

Okres poczęcia.

§ 1592. Jako okres poczęcia uznaje się czas od setnego osiemdziesiątego pierwszego aż do trzechsetnego drugiego dnia przed dniem urodzenia dziecka, z włączeniem tak setnego osiemdziesiątego pierwszego, jak i trzechsetnego drugiego dnia.

Jeżeli jest ustalonym, że dziecko zostało poczęte w okresie, który sięga wstecz dalej, niż trzysta dwa dni przed dniem urodzenia, to ten okres uznaje się na korzyść ślubności dziecka za okres poczęcia.

Dochodzenie nieślubności.

§ 1593. Nieślubność dziecka, które się urodziło w czasie trwania małżeństwa, lub w ciągu trzystudwóch dni po rozwiązaniu małżeństwa, może być tylko wtedy dochodzoną, jeżeli mąż wzruszył ślubność lub umarł, nie utraciwszy prawa wzruszenia.

Termin wzruszenia.

§ 1594. Wzruszenie ślubności może nastąpić tylko w ciągu terminu rocznego.

Termin zaczyna się z chwilą, w której mąż dowiadyuje się o urodzeniu dziecka.

Do biegu terminu mają odpowiednie zastosowanie przepisy §§ 203, 206 o przedawnieniu.

Zastępstwo przy wzruszeniu.

§ 1595. Wzruszenie ślubności nie może nastąpić przez zastępcę. Jeżeli mąż jest ograniczony w zdolności do działania, to nie potrzebuje przyzwolenia swojego ustawowego zastępcy.

Za niezdolnego do działania męża może wzruszyć ślubność jego ustawowy zastępca z zatwierdzeniem sądu opiekuńczego. Jeżeli ustawowy zastępca nie wzruszył ślubności w przepisany czas, to po ustaniu niezdolności do działania może mąż sam wzruszyć ślubność, taksamo, jak gdyby był bez ustawowego zastępcy.

Forma wzruszenia.

§ 1596. Wzruszenie ślubności następuje za życia dziecka przez wniesienie skargi wzruszającej. Skargę należy skierować przeciw dziecku.

Jeżeli skarga została cofnięta, to wzruszenie należy uważać za niebyłe. Tak samo ma się rzecz, jeżeli mąż przed załatwieniem sporu uznaje dziecko za swoje.

Przed załatwieniem sporu nieślubność nie może być w inny sposób dochodzoną.

§ 1597. Po śmierci dziecka wzruszenie ślubności następuje przez oświadczenie wobec sądu spadkowego; oświadczenie należy złożyć we formie uwierzytelnionej publicznie.

Sąd spadkowy ma to oświadczenie udzielić do wiadomości, tak temu, który jest dziedzicem dziecka, w razie ślubności, jak i też temu, który jest jego dziedzicem w razie nieślubności. Sąd winien każdemu, który uwarogodni, że ma w tem prawny interes zezwolić, aby przekonał się o istnieniu takiego oświadczenia.

Uznanie ślubności.

§ 1598. Wzruszenie ślubności jest wykluczone, jeżeli mąż wna dziecko po urodzeniu za swoje.

Uznanie nie może nastąpić pod warunkiem lub z oznaczeniem czasu. Do uznania mają zastosowanie przepisy § 1595 ust. 1-szy. Uznanie może także nastąpić w rozporządzeniu ostatniej woli.

Wzruszenie uznania.

§ 1599. Jeżeli uznanie ślubności jest wzruszalne, to mają odpowiednie zastosowanie przepisy §§ 1595 do 1597, a w razie, jeżeli wzruszalność wypływa z podstępnego zwiedzenia lub groźby, ma zastosowanie obok przepisu § 203 ust. 2-gi i § 206 także przepis § 203 ust. 1-szy.

Powtórne zameęcie żony.

§ 1600. Jeżeli żona, która po rozwiązaniu małżeństwa wyszła ponownie za mąż, porodzi dziecko, które wedle przepisów §§ 1591 do 1599 byłoby dzieckiem ślubnem tak pierwszego, jak drugiego męża, to należy uważać dziecko za dziecko pierwszego męża, jeżeli się urodziło w ciągu dwustusiedmiesięciu dni po rozwiązaniu pierwszego małżeństwa, za dziecko zaś drugiego męża, jeżeli urodziło się później.

4. Prawo francuskie.

Art. 312 różni się od artykułu 272 tem, że w drugim ustępie czasokres wynosi „od trzechsetnego do sto osiemdziesiątego dnia” tudzież że podano przyczynę niemożności obcowania z żoną w słowach „czy to wskutek oddalenia czy to wskutek jakiegoś przypadku”.

Art. 313 zawiera pierwsze zdanie równe artykułowi 273 k. c. Kr. p. poczem mówi: „nie może nieprzyznać nawet z powodu cudzołóstwa, chyba, że urodzenie było mu zatajone, w którym to przypadku będzie dopuszczony do przedstawienia wszystkich faktów zdolnych do usprawiedliwienia, iż nie jest ojcem”. Artykuł ten został zmieniony ustawą z 18 kwietnia r. 1886, która w artykule trzecim postanawia: „w razie wyroku lub nawet tylko skargi o rozwód lub separację od stołu i łoża, małżonek może nie przyznać dziecka, urodzonego w trzysta dni po decyzji upoważniającej żonę do oddzielnego mieszkania, a mniej niż sto osiemdziesiąt dni od definitywnego odrzucenia skargi, lub pojednania się. Skarga o nieprzyznanie dziecka nie będzie dopuszczoną, jeżeli małżonkowie połączyli się faktycznie”.

Art. 314 brzmi tak, jak art. 274 k. c. Kr. pol.

Art. 315 różni się od art. 274 k. c. Kr. pol., że termin oznacza tylko na trzysta dni.

Art. 316 brzmi tak, jak art. 276 k. c. Kr. pol.

Art. 317 brzmi tak, jak art. 277 k. c. Kr. pol.

Art. 318 odpowiada art. 278.

Art. 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 327, 328, 329, 330 brzmią tak, jak artykuły 279 do 285 i 287 do 290 k. c. Kr. pol.

Art. 326, odpowiadający artykułowi 286 k. c. Kr. pol. ma brzmienie: „tylko trybunały cywilne będą właściwe do rozstrzygania o reklamacjach stanu”.

B. Ogólna charakterystyka problemu.

Uregulowanie prawne kwestji ślubnego pochodzenia dzieci jest jednym z przykładów, bardzo charakterystycznym, jak ustawodawca rozstrzyga problemy, w których jest pierwiastek publ.-prawny i pryw.-prawny. Pierwszy sprawia, że ustawa rozcina kwestję w interesie porządku, nie troszcząc się o przyrodniczą, naturalną rzeczywistość. Pierwiastek prywatno prawny natomiast wychodzi z interesu jednostki, musi się więc, o ile to możliwe, liczyć z rzeczywistością, której daje tylko prawniczą szatę. Nie zrozumiemy przepisów o ślubnem pochodzeniu, jeżeli, w naukowem przedstawieniu, nie oddzielimy tych pierwiastków od siebie.

Jeżeli nie przeprowadzimy tego odosobnienia (powtarzamy: w naukowym przedstawieniu), wydawać się nam będzie, że np. kodeks niemiecki w swoich przepisach o ślubnem pochodzeniu podaje przepisy zbyteczne, a nawet, jak ktoś napisał, absurdalne. W gruncie rzeczy tak nie jest. Staje się to jednak dopiero wtedy jasnem, gdy na jedną i tę samą rzecz popatrzymy z różnych punktów widzenia.

Ze stanowiska publicznego-prawnego ustawa musi wydać takie przepisy, któreby gwarantowały, że do kwestji pochodzenia dziecka nie wkradnie się anarchia. Nietykalność rodziny musi też być pod szczególną ochroną. Z publicznego-prawnego punktu widzenia przeto kryterjum ślubności dziecka polega na jego urodzeniu się z małżonków w ciągu trwania małżeństwa lub w pewien oznaczony czas po rozwiązaniu małżeństwa. Wszystkie trzy kodeksy zajmują to stanowisko, a próbą konsekwentnego utrzymania tego stanowiska jest ślubność dziecka, które przyszło na świat bezpośrednio po zawarciu małżeństwa. Taka decyzja ustawy conajmniej zadziwia każdego, kto w dotyczącej normie widzi naturalnego ojca, to jest tego, kto dziecko rzeczywiście spłodził. Tymczasem prawu publicznemu bynajmniej nie idzie o rzeczywistego twórcę dziecka i o jego płód. Prawo publiczne postanawia bowiem tylko, że w takiej a takiej sytuacji A. będzie miał wobec B. takie prawa i obowiązki, które się nazywają prawami i obowiązkami ojca wobec ślubnego dziecka. Tę zaś sytuację charakteryzuje prawo publiczne przez fakt zawarcia małżeństwa i przez fakt przyjścia na świat dziecka w ciągu trwania małżeństwa lub w pewien oznaczony przez ustawę czas po rozwiązaniu małżeństwa. Możemy więc ze stanowiska prawa publicznego użyć innego obrazu i mówić o „prawnym” ojcu.

Inaczej rozumuje się rzecz z prywatno-prawnego punktu widzenia. Mężowi musi być dozwolone uwolnienie się od bastarda, z idealnych i z materialnych powodów. Dziecko musi też mieć możność dochodzenia swej ślubności, ale nie jest także wykluczone, że w interesie dziecka jest dochodzenie jego nieślubności. Wehodaż też w grę interesy dzieciaków tak męża, jak dziecka. W tych przypadkach rzecz wydaje się inaczej, jak z publicznego-prawnego punktu widzenia. Prawo prywatne — twierdzą — nie może ustanawiać norm, któreby nie miały za podstawę rzeczywistości lub przynajmniej nie starały się do niej zbliżyć i uchwycić ją w sposób prawdopodobny. Tą rzeczywistością, z której rodzą się interesy prywatne, jest spłodzenie dziecka przez męża. Tu jednak powstaje trudność, bo spłodzenia nie można udowodnić. Prawo tak tutaj, jak wszędzie w podobnych przypadkach, radzi sobie w ten sposób, że określa fakty, z których można wnioskować, że spłodzenie było niemożliwem. Przy dochodzeniu ślubności względnie nieślubności przeto ustawa przedewszystkiem ustala, co jest podstawą dotyczącego roz-

czenia, a następnie normuje, kto i w jaki sposób ma ją udowodnić. Ta druga kwestja wytknęła kierunek, w jaki cała sprawa ślubności pochodzenia została przez kodeksy ujęta. Ponieważ ze względów publicznych sprawa jest przesądzoną w ten sposób, że ślubność jest przyznaną dziecku, które urodziło się z małżonków w ciągu trwania małżeństwa lub w pewien oznaczony czas po rozwiązaniu, przeto mąż znajduje się w tem położeniu, że musi zaprzeczyć, wzruszyć, zdezwuować tę ślubność. Może to zrobić tylko w ten sposób, że udowodni, iż dziecka nie spłodził. Otóż około tej kwestji dowodu obraca się cała prawnicza robota. Prawnicze trudności są dwojakiego rodzaju. 1) Najpierw to, że nie można udowodnić faktu spłodzenia, nie można go udowodnić z przyczyn przyrodniczych. Ustawa musi więc zadowolnić się wnioskowaniem. 2) Druga trudność polega na tem, że ustawa faworyzuje ślubność, a więc broni matkę i dziecko, pierwszą przed niesławą, drugie przed upośledzeniem, które w każdym razie przynosi ze sobą nieślubność. Mąż przeto chroniąc swój dom od bastarda, musi stoczyć walkę z „domniemaniami“, które utworzone zostały przeważnie nie na jego korzyść. Zobaczymy dalej, na czem polegają te „domniemania“.

Ponieważ fakt spłodzenia nie da się udowodnić, przeto ustawa przyjąć musi za podstawę dochodzenia męża inny fakt, dający się udowodnić, z którego możnaby wnioskować o spłodzeniu. Takie postawienie kwestji nie jest jednak potrzebnem wobec tego, że, jak powiedzieliśmy, sprawa ślubności jest przez wpis do ksiąg stanu cywilnego przesądzoną wedle kryterjum urodzenia w ciągu małżeństwa, względnie w oznaczonym czasie po rozwiązaniu małżeństwa. Wskutek tego sprawa się odwraca i mąż ma udowodnić fakty, z których wynika, że nie mógł spłodzić dziecka. Jakież to są te fakty, które mąż ma w takim razie udowodnić i jak je udowadnia? W tym względzie ustawa przyjmuje dwie sytuacje i odmiennie je normuje. Na podstawie doświadczenia określa minimum i maximum ciąży. Jeżeli dziecko przyjdzie na świat przed minimum ciąży po zawarciu małżeństwa lub po maximum ciąży po rozwiązaniu małżeństwa, mąż udowadnia tylko ten fakt, a to wystarcza, aby ślubność obalić. Wówczas strona przeciwna udowodnić ma, że mimo tego ślubność ma być utrzymana. 2) Druga sytuacja jest ogólną, a więc odnosi się tak do przypadków, w których dziecko przychodzi na świat na granicy zawarcia względnie rozwiązania małżeństwa, jak kiedykolwiek w ciągu trwania małżeństwa. Mąż ma wówczas udowodnić, że nie mógł spłodzić dziecka, bo np. był katastrofem, bo był w podróży itp.

Wszystkie kodeksy takie a nie inne zajmują stanowisko w tej materji. Na pozór tylko wydaje się, że są różnice. Przypatrzmy się np. kodeksowi niemieckiemu, który najwięcej budzi wątpliwości. Jest nieuniknionem, że prawo familijne objąć musi tak normy administracyjno-prawne, jak prywatno-prawne.

Odbija się to na robocie legislacyjnej, ale w naukowym przedstawieniu należy, jakeśmy to podnieśli, oddzielić te dwa punkty widzenia. Jeżeli się zajmie to stanowisko, że prawo administracyjne przesądza sprawę ślubności przez wpis do księgi stanu cywilnego, to dla prawa prywatnego pozostaje wskazać fakty, które mają być udowodnione, i sposób w jaki mają być udowodnione, aby ślubność wzruszyć. Tymczasem kodeks niemiecki łączy oba punkty widzenia i administracyjno-prawny i prywatno-prawny, wskutek czego stanowisko męża określa i pozytywnie i negatywnie. Określa pozytywnie, bo wymaga obcowania męża z żoną (Beiwohnung), negatywnie, bo wymaga udowodnienia widocznej niemożności spółdzenia. Powikłanie jednak idzie dalej, bo także obcowanie męża z żoną musi kodeks oprzeć na „domniemaniu” (pierwsze zdanie drugiego ustępu § 1591 k. c. n.). Wszystko to jednak nie ma konsekwencji, bo w procesie zawsze tylko kwestja niemożności spółdzenia jest decydującą, a obojętną jest rzeczą, czy ta niemożność spółdzenia wynika z tego, że mąż jest kastratem, czy z tego, że nie „obcował” z żoną, bo żeglował po morzu itp. Wprowadzenie kryterjum „obcowania” ma tę tylko korzyść, że wykazuje punkt, w który najczęściej wypada uderzyć, aby udowodnić „niemożność spółdzenia”. Oprócz tego to kryterjum obcowania czyni zrozumiałem „domniemanie” związane z minimum i maximum ciąży. W gruncie rzeczy jednak tak w kodeksie niemieckim, jak i dwóch innych rzecz przedstawia się jednakowo, a mianowicie:

a) Jako ślubne zapisuje się do metryk dziecko, które przyszło na świat z małżonków w ciągu trwania małżeństwa lub w pewien oznaczony czas po rozwiązaniu małżeństwa. Długość czasu, który upłynął między zawarciem małżeństwa a urodzeniem, nie odgrywa roli.

b) Osoby interesowane (ustawa oznacza, których osób interes ma znaleźć uwzględnienie) mogą więc tylko dochodzić obalenia, usunięcia tego przesądzenia sprawy ślubności, które nastąpiło wskutk zajęcia przez ustawę stanowiska pod a). To obalenie może nastąpić tylko przez udowodnienie pewnych faktów, które ustawa uważa za wystarczające do tego celu. W tym względzie ustawa odróżnia dwie grupy przypadków:

α) Jeżeli dziecko przyszło na świat poza granicami minimum a maximum ciąży, wystarcza tylko ten fakt udowodnić.

β) We wszystkich przypadkach przyjścia na świat dziecka w ciągu małżeństwa, przesądzenie ślubności może być uchylone przez udowodnienie niemożności spółdzenia dziecka przez męża, w tym zaś względzie ten sam skutek wywoła kastracja męża, jak jego podróż po dalekich krajach lub niewola wojenna itp.

Wypróbujemy teraz tę ogólną charakterystykę na poszczególnych przypadkach.

C) Poszczególne przypadki.

W kwestji ślubności pochodzenia nasuwają się następujące ewentualności:

1. Dziecko przyszło na świat przed ślubem.
2. Dziecko przyszło na świat bezpośrednio po zawarciu małżeństwa, to jest dziecko przyszło na świat po zawarciu małżeństwa, ale przed terminem, który ustawa oznacza, jako minimum ciąży.
3. Dziecko przyszło na świat w ciągu trwania małżeństwa po terminie, który ustawa oznacza, jako minimum ciąży.
4. Dziecko przyszło na świat po rozwiązaniu małżeństwa w granicach maximum ciąży.
5. Dziecko przyszło na świat po rozwiązaniu małżeństwa poza granicami maximum ciąży.

Przed rozstrzygnięciem tych przypadków, podnosimy, że kodeksy przyjmują jako minimum ciąży sześć miesięcy, a jako maximum dziesięć miesięcy. W szczególności K. N., i k. a. przyjmuje za maximum ciąży 300 dni (art. 312 i § 138), k. c. Kr. pol. 306 dni art. 272), k. c. n. 302 dni (§ 138). Jako minimum przyjmuje K. N. (art. 312), k. c. kr. pol. (art. 272) i k. c. a (§ 138) 180, kodeks cywilny niemiecki zaś (§ 1592) 182 dni, przyczem ten ostatni postanawia wyraźnie, że przy obliczeniu włącza się tak setny osiemdziesiąty pierwszy dzień, jak i trzechsetny drugi. Okres od 181 do 302 dnia przed urodzeniem dziecka nazywa k. c. n. okresem poczęcia (Empfängniszeit), inne kodeksy nie wynalazły dla tegoż okresu specjalnej nazwy. Mówiąc „okres poczęcia“, k. c. n. określa z innego punktu widzenia to samo, co my nazywamy długością ciąży, mówiąc o jej maximum i minimum.

Ad 1. Dziecko, które przyszło na świat przed zawarciem małżeństwa, jest nieślubnem. Art. 272 k. c. Kr. pol. i art. 312 K. N. nie mają zastosowania, bo w razie przyścia na świat dziecka przed zawarciem małżeństwa niema „męża“. / § 1591 k. c. n. nie ma zastosowania, bo ten paragraf, w pierwszym zaraz zdaniu wymaga dla ślubności, aby dziecko przyszło na świat po zawarciu małżeństwa. Wreszcie § 138 k. c. a. nie ma zastosowania, bo dziecko nie urodziło się „z żony“, przyszło bowiem na świat przed zawarciem małżeństwa. Natomiast we wszystkich kodeksach dopuszczalna jest legitymacja takiego dziecka.

Ad 2. W drugim przypadku, gdy dziecko przyszło na świat po zawarciu małżeństwa, ale przed terminem, oznaczonym przez ustawę, jako minimum ciąży, dziecko jest wedle wszystkich trzech kodeksów ślubnem, spełniają się bowiem co do niego założenia ślubności, wymagane przez te kodeksy. Art 312. K. N. ma zastosowanie tak, jak art. 272 k. c. Kr. p., bo w tym przypadku egzystuje już „mąż“; § 1591 k. c. n. ma zastosowanie tem bardziej, że ten paragraf mówi wyraźnie, iż

dziecko ślubne może być poczęte także przed zawarciem małżeństwa. Najwyraźniej stawia tę rzecz kodeks austriacki w paragrafie 156, określając warunki, w których dziecko jest nieślubne, a więc zasadniczo, przyjmując jego ślubność.

Natomiast wszystkie kodeksy przyznają w tym przypadku mężowi prawo dochodzenia nieślubności. Kodeks Napoleona mówi o zdezwuowaniu dziecka (art. 314), k. c. Kr. p. o „nieprzyznaniu” dziecka przez męża (art. 274), k. c. n. mówi o „wzruszeniu ślubności” (anfechten § 1593), k. c. a. wreszcie mówi o zaprzeczeniu ojcostwa (die Ehelichkeit bestreiten § 158). W następnym ustępie omówimy, czy to dochodzenie nieślubności przez męża dzieje się przez skargę, czy w postępowaniu niespornem, jak omówimy tam także i inne łączące się z tem kwestje. W szczególności przedstawimy, na jakiej podstawie faktycznej opartem ma być owo „zaprzeczenie” względnie „wzruszenie” etc. ślubności.

Ad 3 W trzecim przypadku, gdy dziecko przyszło na świat w ciągu trwania małżeństwa po terminie oznaczającym minimum ciąży, dziecko jest ślubne. We wszystkich trzech kodeksach jednak otwartą jest przed mężem droga zaprzeczenia, w drodze sporu, nieślubności dziecka. W następnym ustępie wykazemy, czem ta skarga różni się od dochodzenia w przypadku pod 2.

Ad 4 Jeżeli dziecko przyszło na świat po rozwiązaniu małżeństwa, ale w granicach maximum ciąży, dziecko jest ślubne zupełnie, jak w przypadku pod 3. We wszystkich też kodeksach przyznana jest mężowi skarga zaprzeczająca ślubność, jak w przypadku pod 3.

An 5 Różnice w kodeksach widzimy natomiast w piątym przypadku, gdy dziecko przyszło na świat po rozwiązaniu małżeństwa po terminie określonym, jako maximum ciąży. Nasuwa się tu szereg kwestji, które nie są wyraźnie rozstrzygnięte przez kodeksy, względnie są rozstrzygnięte, ale nie całkowicie. To daje powód do różnorakich interpretacji. W szczególności przedstawia się rzecz w następujący sposób:

Pierwsze pytanie, które nasuwa się tu do rozstrzygnięcia brzmi, czy dziecko, które przyszło na świat po rozwiązaniu małżeństwa po terminie oznaczającym maximum ciąży, zostaje zapisanem do ksiąg stanu cywilnego, jako ślubne, a nieślubność jest dopiero wynikiem sporu, czy też prowadzący metryki wzgl. księgi stanu cywilnego, po porównaniu daty rozwiązania małżeństwa z datą urodzenia dziecka, wpisze dziecko od razu jako nieślubne. § 157 k. c. a. jest tak zredagowany, że wynikałoby z niego, iż dziecko jest ślubne, jeżeli nie było zaprzeczenia, paragraf ten bowiem mówi o „zaprzeczonej prawości tak wcześniejszego, jak i późniejszego urodzenia”. Praktyka poszła jednak w innym kierunku. Wedle judykatu 221 można skarżyć o uznanie nieślubnego ojcostwa dziecka, urodzonego po maxi-

mum ciąży, przed przeprowadzeniem sporu o ślubne pochodzenie. Praktyka wychodzi więc z założenia, że dziecko takie zostaje wpisane jako nieślubne. Jeszcze gorzej jest zredagowany art. 315 K. N. i 275 k. c. Kr. p., które mówią również o zaprzeczeniu (constester). Wynikałoby z tego tekstu, że dziecko, urodzone po maximum ciąży po rozwiązaniu małżeństwa, byłoby ślubnem, dopóki ślubność nie byłaby zaprzeczona. Przeciwnie temu buntuje się to poczucie, które nie może pogodzić się z legalnością stanu nie odpowiadającego rzeczywistości. Wszak wedle tekstu powyższych przepisów dziecko wdowy, które przyszło na świat w kilka lat po śmierci męża, lub dziecko kobiety, której mąż od kilku lat zaginał, byłoby ślubnem, dopóki nie nastąpiłoby zaprzeczenie. Kodeks niemiecki w tekście dotyczących paragrafów, nie nastrocza sposobności do tych logicznych konsekwencji. Wszędzie też, jak w Niemczech, urzędnik stanu powinien mieć możność z urzędu wpisać dziecko, które się urodziło, po maximum ciąży po rozwiązaniu małżeństwa jako nieślubne. A na odwrót, ślubność powinna być zostawiona dochodzeniu. Tą drogą idzie kodeks niemiecki w przypadku, który normuje ustęp drugi § 1592 k. c. n. Jeżeli mianowicie zostało udowodnionem, że ciąża musiała trwać dłużej, niż 302 dni, to ten dłuższy okres uważać należy za okres poczęcia. Dzieje się to oczywiście na korzyść dziecka, to znaczy, że, chociaż dziecko przyszło na świat po upływie dłuższego czasu, niż 302 dni, po rozwiązaniu małżeństwa, to dziecko będzie ślubnem. Możliwym to jest np. w przypadkach, gdy poczęcie nastąpiło w kilka tygodni po obcowaniu, co oczywiście musi być udowodnionem przez znawców. Taki sam przypadek ma na myśli § 157 k. c. a., wedle którego możliwa jest dłuższa, niż 300 dni wynosząca ciąża, taki jednak „nadzwyczajny przypadek“ winien być oczywiście przez znawców wykazany. (Gdy jednak pr. austr. przyjmuje możność także krótszej, niż 180 dni, ciąży, to prawo niemieckie takiego wyjątku od minimum ciąży nie zna. Pr. niem. zna wyjątek tylko od maximum ciąży). Pr. franc. nie wydaje się skłonem do przyjmowania dłuższej ciąży na korzyść dziecka, tam bowiem ustanowienie maximum ciąży nastąpiło właśnie dlatego, aby położyć kres przeradzającej się w nadużycia swobodzie sędziego w przedłużaniu maximum ciąży nieraz do nieprawdopodobnych granic.

Druga kwestja, która się nasuwa w omawianym obecnie przypadku, ale która wogóle musi być rozstrzygniętą w każdym przypadku, gdy dziecko przychodzi na świat po rozwiązaniu małżeństwa, odnosi się do tego, co należy uważać za rozwiązanie? Wyrażnego unormowania domagają się w pr. pol. i austr. separacja od stołu i łoża, w pr. niem. zaś zniesienie wspólności małżeńskiej. Czy w punkcie, o którym mówimy, pociągają za sobą te skutki, które z rozwiązaniem małżeństwa związane są z ślubnością pochodzenia? W prawie austriackiem dekret

z 15/6 1835 zb. U.G.W. nr. 39 stanowi: dzieci zrodzone z separowanej żony są ślubnymi, jeżeli przeciw mężowi matki prowadzi się dowód wymagany w § 163, a domniemanie ślubności przemawia na korzyść dziecka, jeżeli będzie dowiedzionem, że w czasie, w którym wedle § 138 zapłodnienie mogło nastąpić, mąż i matka powrócili do poprzedniej wspólności, chociaż nie donieśli o tem sądowi. W pr. francuskiem artykuł 313 w nowej redakcji z 18/4 r. 1836 stawia w kwestji maximum ciąży separację na równi z rozwodem. W prawie niemieckiem zniesienie wspólności małżeńskiej (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft), nie jest bezwzględnie stawiane na równi z rozwodem i śmiercią, małżonkowie bowiem mogą się napowrót połączyć bez zawiadomienia o tem sądu. Jednakże w zasadzie zniesienie wspólności małżeńskiej równa się w tym względzie rozwodowi.

Jeszcze jedna kwestja puszczone jest we wszystkich trzech kodeksach na logiczne operacje, które niejednokrotnie z punktu widzenia rzeczywistości muszą zastanawiać. Kwestją tą jest w pr. a. i n. dzień śmierci w razie uznania męża za zmarłego, w prawie francuskiem i polskiem zaś sprawa nieobecnego męża. W prawie austriackiem i niemieckiem dzień śmierci jest ustalony w uznaniu za zmarłego, a niejednokrotna niezgodność tego dnia z rzeczywistością znajduje korekturę w tem, że materiał dostarczony, celem uznania za zmarłego zawierać będzie najczęściej także materiał potrzebny do stwierdzenia nieślubności. Ale dziecko urodzone przed uznaniem męża, który np. od dziecięciu lat zaginął, za zmarłego, będzie ślubnem, a tylko później nieślubność w zwykły sposób może być wzrzuconą i dowiedziona. W prawie francuskiem bardzo charakterystyczne są usiłowania prawników. Jeżeli dziecko przyszło na świat z żony, której mąż jest „w stanie nieobecności” dłużej, niż 300 dni od urodzenia, należy rozstrzygnąć stanowisko dziecka tak wobec męża, jak wobec matki. Sprawa jest aktualną, bo sądy przyznawały ślubność dziecku urodzonemu np. w dziesięć lat po zaginięciu męża. Zdrowy rozum domaga się innego rozstrzygnięcia i do tego rozstrzygnięcia dobiera się argumenty. Mają taką samą wartość, że stanowiska logiki, jak argumenty za decyzją sądów. Ponieważ prawo francuskie czyni różnicę między dziećmi naturalnemi, spłodzonymi z cudzołóstwa a innemi dziećmi naturalnemi, więc stanowisko takiego dziecka wobec matki nie może być obojętnem. I tu znowu wysila się logika prawnicza (mówimy o logice w zastosowaniu), aby dziecko uchronić od stanowiska dziecka zrodzonego z cudzołóstwa. I tu także formuje się argumenty dobrane do przeprowadzenia swego przekonania, naprawdę jednak bez żadnego kryterjum, że jedno są lepsze od drugich. Prawdą jest tylko, że sędzia musi się zdecydować na jedną lub drugą stronę, i prawdą jest, że kwestja nie jest w pozytywnem ustawodawstwie rozstrzygniętą. Legislador ma pole do działania.

D) Sądowe dochodzenie ślubności.

Przepisy obowiązujące w sprawie ślubności pochodzenia ściśniają tę kwestię. Wpłynęło na to kilka przyczyn: a) Przed wszystkim pomieszanie elementu publiczno-prawnego z elementem prywatno-prawnym. b) Konsekwencją tego stanu jest nieodróżnianie ślubności, nazwijmy ją, prawnej od ślubności naturalnej, od ojcostwa. c) Punkt widzenia publiczno-prawny, rozcinający kwestję w interesie porządku, nadał przepisom charakterystyczny kierunek. Zredagowano je z punktu widzenia walki ślubności naturalnej z prawną, zapominając, że może być także odwrotnie. Stąd kierunek negujący przeważa nad dodatnim, stwierdzającym. d) W tej negacji dano mężowi (z częściowym wyjątkiem prawa austriackiego) stanowisko niejako publiczno-prawne, bo za jego życia tylko przez niego może być prawna ślubność zaprzeczona. W jego rękach spoczywają losy dziecka, o ile idzie o skutek absolutny, to jest wobec wszystkich. Jeżeli nie zaprzeczy, nie wzruszy ślubności, dziecko będzie ślubnem, chociaż go nie spłodził. Dopóki żyje, on tylko w tej kwestii dysponuje. e) Gdy jednak zaprzeczy, wzruszy ślubność, przyjdzie mu walczyć z całym szeregiem wałów, chroniących dziecko przed stanowiskiem dziecka nieślubnego.

Te krzyżujące się i wklajające kwestję kierunki należy odosobnić, jeżeli mamy sprawę objąć w całości. I tak już ułatwiamy sobie przedstawienie rzeczy, odkładając kwestję dochodzenia macierzyństwa do osobnego ustępu. W obecnym ustępie, dla jasności wykładu, wychodzimy z założenia, że *mater est certa*.

1) Skargi, które mamy rozpatrzyć, są dwójakiego rodzaju. Albo idzie o ustalenie pewnego stanu rodzinnego (w prawie franc. *actions en réclamation d'état*) albo o zaprzeczenie, wzruszenie pewnego stanu rodzinnego (*actions en contestation d'état*).

2) Wśród skarg o zaprzeczenie stanu rodzinnego odróżnić należy skargi o zaprzeczenie stanu rodzinnego prawnego, bez względu na to, czy on odpowiada stanowi przyrodniczemu, i skargi o zaprzeczenie stanu naturalnego, jako podstawy, na której opiera się stan prawny. Prawo francuskie np. odróżnia skargę o zaprzeczenie prawości (*légitimité*) od skargi zaprzeczającej ojcostwa (*paternité*), skąd oczywiście płyną konsekwencje co do stanu prawnego.

3) Mówimy wyżej o skargach, nie chcemy jednak i nie powinniśmy ściśniać naszego terenu, i dlatego wypada nam rozważyć, czy i o ile w drodze niespornej sprawa może być traktowana. Natomiast dobrowolnie skazaliśmy się na przedstawienie tylko „sądowego” dochodzenia stanu rodzinnego, pozostawiając przedstawienie postępowania w sprawie metryk, ksiąg stanu cywilnego, wykładowi prawa administracyjnego.

4) Przepisy obowiązujące ujęte zostały z punktu widzenia dowodu. Należy ten ich kierunek odwrócić i kwestję dowodu traktować na drugim miejscu, po ustaleniu na pierwszym miejscu tematów, które mają być dowiedzione.

Ad 1. i 2. Skarg o reklamację stanu familijnego nie należy identyfikować ze skargami o uznanie ślubności. Kto skarży o ślubność, powołuje się na zasadę *pater est quem nuptiae demonstrant*, a ta nie może być obalona, jak tylko przez skargę zaprzeczającą męża i tylko przez niego. Skargę o reklamację należy przeto inaczej określić. Czyni to Kodeks Napoleona, tworząc pewien charakterystyczny specjalny obraz tak zw. posiadania stanu dziecka ślubnego, art. 320 K. N. Kto tego stanu nie posiada, a chce go zdobyć, otrzymuje skargę o reklamację stanu (art. 322). Kto posiadanie ma, nie dostanie skargi, ale trzecie osoby mogą mu to posiadanie chcieć odebrać i wtedy mają skargę o zaprzeczenie art. 322 (przypominamy, że prawo austr. przyznając dziecku skargę zaprzeczającą ślubności, jest wyjątkiem, o czem niżej). Czemże jest posiadanie stanu dziecka ślubnego i jak ten obraz, stworzony przez Kodeks Napoleona, da się transponować na prawo niemieckie i austriackie? Posiadanie stanu określa, dla ulżenia pamięci, formułka: *nomen, tractatus, fama*, p. art. 321. K. N., 281 k. c. Kr. p. Skarga o reklamację jest przeto skarga, którą się wnosi w następujących przypadkach:

a) Dziecko nie ma aktu urodzenia, „posiada” jednak stan dziecka ślubnego. Mimo tego posiadania zaprzeczono mu ślubności np. przy spadku po ojcu. Wówczas żąda ustalenia swego stanu ślubności, który dowodzi właśnie posiadaniem, lub wedle art. 323 n. K. N., 283 k. c. Kr. pol.

b) Dziecko ma akt urodzenia i „posiada” stan dziecka ślubnego. Przedłożono jednak drugi, sprzeczny z pierwszym akt urodzenia. Wówczas dziecko wnosi skargę o reklamację. W skardze tej punktem decydującym będzie identyczność dziecka. Jeżeli natomiast nie jest spornem, jaka matka zrodziła dziecko, i jeżeli nie jest spornem, kto był w chwili urodzenia dziecka, jej mężem, a sporną jest tylko ślubność, to do dochodzenia tej sprawy nie służy skarga o reklamację. W takim bowiem przypadku dziecko jest ślubnem, a rzeczą ojca jest raprzeczyć ślubności. Mieilibyśmy wówczas do czynienia z *action en contestation* męża.

Taką skargę o reklamację może wnieść tylko dziecko, dziedzic zaś dziecka tylko pod warunkami z art. 329, 330 K. N. 189, 290 k. c. Kr. p. Skarga ta nie podlega przedawnieniu, art. 328 K. N., 288 k. c. Kr. p.

Rezultat dotychczasowego wywodu jest ten, że wedle prawa francuskiego i polskiego, skargę o ustalenie stanu (*action en reclamation d'état*) wnieść może tylko dziecko i to tylko to dziecko, które nie ma aktu urodzenia, albowiem i drugi wyżej wymieniony przypadek (dwie metryki) jest w gruncie pierwszym przypadkiem, (dziecko wogóle nie ma aktu urodzenia). Dziecko, nie mające aktu urodzenia, jest lub było przed skargą w stanie, który kodeks nazywa „posiadaniem”. Tak też rozumieć należy art. 322 K. N. i art. 282 k. c. Kr. p., a wskutek tego uważam za trafne S. IX 1/1860.

Co do skarg zaprzeczających, to prawo francuskie i polskie znają dwa ich rodzaje, to jest skargę zaprzeczającą prawość dziecka (action en contestation de légitimité) i skargę o ojcostwo (action en desaveu). Ta ostatnia ma znowu dwa rodzaje, o czym później.

Przez skargę zaprzeczającą prawość dochodzi się tylko kwestji, czy dziecko jest prawe, a nie dochodzi się kwestji, kto jest ojcem dziecka. Literatura francuska wylicza następujące przypadki, jako tu należące:

(α) Skarga twierdzi, że ojciec i matka dziecka nie byli nigdy poślubieni sobie.

(β) Skarga twierdzi, że dziecko urodziło się przed małżeństwem.

(γ) W przypadku urodzenia dziecka po zawarciu małżeństwa, ale przed 180 dniami, jest wątpliwem, czy przypadek ten tutaj należy.

(δ) Dziecko zostało poczęte w epoce, gdy istnienie małżeństwa było już niepewnem z powodu nieobecności męża.

(ε) Skarga twierdzi, że dziecko przyszło na świat więcej, niż 300 dni po rozwiązaniu małżeństwa.

Wedle prawa francuskiego skarga en contestation de légitimité służy krewnym męża, krewnym żony, mężowi, a nawet dziecku. Skarga służąca dziecku nie przedawnia się, jeżeli zaś służy innym osobom, to przedawnia się wedle ogólnych przepisów.

We wszystkich tych przypadkach dziecko ma za sobą akt urodzenia.

Skarga dezawuuująca (action en desaveu) ojcostwo służy wedle prawa francuskiego i polskiego tylko ojcu i tu jednak dziecko jest obwarowane aktem urodzenia. Jasną jest rzeczą, że rozstrzygnięcie ojcostwa jest w konsekwencji rozstrzygnięciem także prawości, ale dopiero w konsekwencji.

Prawo francuskie i polskie normuje przeto całą powyższą sprawę z punktu widzenia ksiąg stanu cywilnego. Dziecko ma akt urodzenia lub go nie ma, a ma lub miało t. zw. posiadanie stanu. W pierwszym przypadku K. N., a za nim k. c. Kr. pol., daje actions en contestation d'état (sensu largo), w drugim daje skargę, en réclamation. Czyje myśli poszły w tym kierunku ten musiał rozważyć, jak i czem zastąpić akt urodzenia. Stąd wypłynęła potrzeba stworzenia obrazu, który K. N. nazwał posiadaniem. Stąd wypłynęły przepisy art. 323 n. K. N. W rzeczywistości jest to tylko splot faktów, które, jeżeli będą udowodnione, pozwolą związać z nimi taki a taki skutek.

Jest rzeczą oczywistą, że tak w prawie austriackiem, jak w prawie niemieckiem, muszą wszystkie powyższe przypadki znaleźć rozwiązanie. Jednak nie dla wszystkich znajdzie się specjalne przepisy w prawie familijnem, wskutek czego porównanie prawa francuskiego i polskiego z prawem austriackiem

i niemieckiem napotyka na trudność. Prawo austriackie bowiem i niemieckie nie wzięły za punkt wyjścia przy normowaniu skarg kryterjum istnienia aktu urodzenia dziecka, ale wzięły za kryterjum ten obiektywny faktyczny stan, że dziecko przyszło na świat w ciągu małżeństwa, względnie w pewien oznaczony czas po jego rozwiązaniu, tudzież w pewnych przypadkach fakt założenia protestu (Widerspruch). Wskutek tego myśl redaktorów poszła w tym kierunku, że unormować trzeba: kto i w jaki sposób ma udowodnić powyższe obiektywne fakty, względnie kto i w jaki sposób może udowodnić inne fakty, które osłabiają lub wogóle niedopuszczają złączenia z owym obiektywnym stanem takich a takich skutków prawnych. Wskutek tego normy prawa austriackiego i niemieckiego mają kierunek walki z tak zwanymi domniemaniami, to jest z faktami, a normy prawa polskiego i francuskiego kierunek walki z księgą stanu cywilnego.

Uwaga ta służy tylko do stwierdzenia, że porównanie czterech kodeksów jest utrudnione. Oczywiście moglibyśmy kwestję rozwikłać, i albo sprowadzić prawo austr. i niemieckie na kryterjum aktu urodzenia, albo naodwrot transponować prawo francuskie i polskie na kryterjum obiektywnego stanu faktycznego. Takie usiłowanie wydałoby jednak rezultat ujemny. W prawie francuskim przeniesioną została na drogę sporu sądowego rzecz administracyjna, to jest sprawa aktu urodzenia, tu zaś, to jest w prawie cywilnym, znalazła w skargach en reclamation swój odrębny wyraz. W innych kodeksach natomiast sprawa sprostowania, zastąpienia brakującej metryki etc., nie jest przedmiotem sporu sądowego i prawa cywilnego. Usiłować przeto tworzyć system skarg wszystkich kodeksów wedle jednego kryterjum, znaczyłoby tworzyć jeden system z przepisów prawa administracyjnego (choćby tylko jego części) i z przepisów prawa cywilnego, a takie usiłownia, jak doświadczenie uczy, nie są produktywne. Dlatego wolę się ograniczyć do przedstawienia, jakie przypadki każdy z omawianych kodeksów rozstrzyga, a następnie rozwiązać je wedle wszystkich czterech kodeksów. Nie ulega kwestji, że będzie to pewnem wzbogaceniem nauki w danej kwestji i może posłużyć za podstawę do wniosków de lege ferenda.

Założeniami skargi o stwierdzenie ślubności (Feststellung der Ehelichkeit) jest wedle prawa austriackiego:

a) Fakt, że dziecko przyszło na świat przed minimum ciąży lub po maximum ciąży.

b) W pierwszym przypadku mąż nie wiedział o ciąży.

c) W pierwszym przypadku mąż wniósł protest (Widerspruch) w drodze postępowania niespornego.

d) W pierwszym przypadku mąż wniósł protest w oznaczonym przez ustawę czasie (w ciągu trzech miesięcy od dowiedzenia się o urodzeniu).

Jeżeli te założenia zajądą, dziecko może wnieść skargę i żądać uznania, ustalenia ślubności, przywodząc i udowadniając następujące fakty:

α) Fakt z § 157 k. c. a. to jest fakt „nadzwyczajnego przypadku“.

β) Fakt z dekretu nadw. z 15/6 1835 tj. w razie separacji fakt ponownego połączenia się.

γ) Fakt obcowania męża z żoną w ciągu okresu poczęcia.

δ) Fakt uznania dziecka przez męża.

Skargę tę o ustalenie ślubności może wnieść tylko dziecko (opiekun). Skarga nie przedawnia się.

Wszystkie te kwestje przychodzą przed sąd we Francji i w Polsce w formie skargi o zaprzeczenie ślubności, w Austrii zaś w formie skargi o ustalenie ślubności. Sprawa będzie roztrzygniętą i tu i tam, wedle tych samych zasad, ale różnice nie są przecież obojętne, bo odbijają się na kwestji, kto ma prawo wnieść skargę we Francji i w Polsce, a kto w Austrii. We Francji, jeżeli przypadki zakwalifikujemy do action en desaveu, tylko mąż, jeżeli niektóre z nich zakwalifikujemy do action en contestation de legitimité, każdy interesowany; w Austrii natomiast tylko dziecko może wnieść skargę. Zobaczymy dalej, że przyczyna tej różnicy leży w tak zw. proteście. Natomiast zestawianie austriackiej skargi o ustalenie ślubności z franc. action en réclamation nie jest uzasadnione, bo w Austrii nie idzie o metrykę, a we Francji nie idzie o ślubność. Nie wydałoby to także z tego powodu ogólnej reguły, bo w Austrii wpis do metryk nie ma samodzielnego znaczenia. W Austrii np. dziecko urodzone w ciągu małżeństwa jest ślubnem, choćby w metrykach było zapisanem, jako nieślubne (p. orzeczn. G. U. W. XVI, 6265, por. G. U. W. 13595).

Co do skarg zaprzeczających w Austrii, to odpowiadają one francuskim i polskim actions en desaveu z tą różnicą, że w Austrii może ją wnieść nie tylko mąż, ale (od noweli) także i dziecko, we Francji zaś tylko mąż.

W Niemczech skargę o uznanie ślubności może wnieść dziecko lub jego matka. Jest to skarga ustalająca (Feststellungsklage). Może być identyczną z francuską action en réclamation, ale może być inną. Danych pozytywnych za lub przeciw identyczności nie ma. Jest to questio facti. Pozwany mąż może tę skargę odeprzeć, jeżeli dziecko urodziło się w ciągu trwania małżeństwa, tylko przez przeprowadzenie wzruszenia (Anfechtung).

Skarga wzruszająca ślubność (Anfechtungsklage) odpowiada w prawie niemieckiem francuskiej i polskiej action en desaveu, mając to jeszcze z nią wspólne, że, w przeciwstawieniu do austriackiej, służy tylko mężowi.

Taki jest stan sprawy sądowego dochodzenia ślubności pochodzenia w czterech kodeksach, które porównujemy. Wykazuje on nie tylko rozbieżność punktów widzenia dotyczących

norm (jedne kodeksy wzięły za punkt wyjścia istnienie lub nieistnienie metryki dziecka, inne pewien faktyczny obiektywny stan), ale nadto wedle mego zdania wykazuje przedstawiony obraz norm, że żaden z kodeksów nie przeprowadził sprawy z zupełną konsekwencją. Najściślejszy w tym względzie kodeks francuski, którego normy starałem się przedstawić z jednolitego punktu widzenia, przecież nie może zadowolnić wskutek tego, że przyjął obok skargi en contestation de legiti mité skargę o ojcostwo, jaką jest action en desaveu. Teoria nie może tej niejednolitości pochwalić, musi się bowiem wysilać na ujęcie rzeczy z jednego punktu widzenia. Że to tutaj jest nie do osiągnięcia, starałem się wyżej wykazać.

Sprawę, którą tutaj omawiamy, uważam za jedną z najtrudniejszych w teorii prawa cywilnego. W prawie rzeczowym np. przeciwstawia się również stan hypoteczny stanowi faktycznemu, ale tam ten stan faktyczny mogę udowodnić. Tutaj zaś stanu faktycznego, to jest spłodzenia dziecka przez męża, nie mogę udowodnić. Muszę więc przyjąć następującą podstawę do rozważania sprawy:

1. Stan prawny, to jest wpis do ksiąg stanu cywilnego.
2. Obiektywny faktyczny stan, z którym ustawa łączy skutek polegający na uznaniu dziecka za ślubne.
3. Fakty, które powyższy obiektywny stan pozbawiają skutku uznania dziecka za ślubne.

Normy mają tu za zadanie: określić, jakie to są fakty pod a) i b), tudzież określić, kto i w jaki sposób ma te fakty udowodnić.

Panująca nauka operuje tutaj pojęciem „domniemania”. Niżej powiem, co o „domniemaniach” myślę. Tutaj zaznaczam tylko, że akceptując nawet stanowisko „domniemań”, należy się zdecydować, co jest „domniemanem”: ślubność czy ojcostwo. Sądzę, że w grę powinna wchodzić tylko ślubność, to jest pewien kompleks praw i obowiązków dziecka. Ojcostwo jest dla prawa, powtarzamy: dla prawa, rzeczą obojętną. Nie chciałbym być źle zrozumianym: prawnik nie może oceniać faktu fizyologicznego z punktu widzenia fizjologii, ale tylko z punktu widzenia prawa. Wskutek tego dane, których mu dostarcza fizjolog, prawnik przerabia, przetwarza na dane prawnicze. Ojcostwo ma dla prawnika znaczenie tylko w przerobieniu, w przetworzeniu go na ślubność względnie nieślubność, przez które rozumieć należy, jak powiedziałem, pewne kompleksy praw i obowiązków dziecka. Jeżeli więc np. dziecko przyjdzie na świat w ciągu trwania małżeństwa po minimum ciąży, a w razie rozwiązania małżeństwa przed maximum ciąży, to ustawa z tym obiektywnym stanem faktycznym łączy pewien kompleks praw i obowiązków dziecka, zwany ślubnością. Jeżeli zaś ktoś chce domniemywać się ojcostwa tj. domniemywać, że dziecko zostało spłodzone przez męża, to nie można mieć nic przeciwko temu, jeżeli to ułatwia my-

ślenie, mające doprowadzić do rozstrzygnięcia danego przypadku. Jeżeli np. przeciwko skardze dezawuującej stronę pozwaną przystarczy i udowodni fakt, że mąż w tak zw. okresie poczęcia bez przerwy mieszkał razem z żoną, to można się domniemywać, że spłodził dziecko, ale w gruncie rzeczy oddalenie skargi nastąpi na podstawie faktu nieprzerwanego wspólnego mieszkania w takim a takim okresie czasu, a nie na podstawie ojcostwa tj. spłodzenia dziecka. Jeżeli mąż w powyższym przypadku bronić się będzie dalej np. tem, że jest kastratem, to oczywiście bardzo trudno będzie wytłumaczyć wielu, że tu również tylko fakt kastracji spowoduje jego tryumf, a nie brak ojcostwa, a przecież w całym szeregu innych przypadków mimo kastracji męża dzieci żony mogą być ślubne.

Ani dla praktyki ani dla nauki nie jest obojętnym kierunkiem myślenia, do którego odnoszą się wszystkie moje powyższe uwagi. Dla praktyki nie jest obojętnym, czy sprawa dostanie się przed sąd, jako action en contestation, czy jako action en reclamation, zachodzi bowiem różnica między nimi co do osób, które mogą tę skargę wnieść, co do ich przedawnienia, co do prawomocności wyroku (absolutnej wobec wszystkich czy względnej wobec stron) i t. d. Tembardziej nie jest obojętnym kierunkiem myślenia dla nauki, która przecież, jak każda nauka, dąży do stopienia wielości w harmonijną jedność.

W powyższem przedstawieniu skarg jeszcze dwie kwestje wymagają wyjaśnienia. Pierwszą jest tak zw. „posiadanie stanu dziecka prawego”, art. 320 K. N., 280 k. c. Kr. pol. Posiadanie stanu dziecka prawego jest surogatem aktu urodzenia i może być tylko wtedy użyte, gdy dziecko tego aktu nie ma. Jest więc to posiadanie ujęte z punktu widzenia dowodu, że dziecko jest zrodzone z takiej a takiej kobiety, zameężnej za takim a takim mężczyzną. Dowód ten stanowi związek faktów, wskazujących stosunek pochodzenia i pokrewieństwa. Fakty te wyliczone są przykładowo (powiadamy przykładowo) w art. 321 K. N. 281 k. c. Kr. p. Kodeks Napoleona, a za nim k. c. Kr. p. nazywa ten spłot faktów posiadaniem. Możliwoby jednak nazwać go uznaniem prawości dziecka na podstawie facta concludentia, i to z punktu widzenia dowodu byłoby właściwyszem. Pod tą nazwą znaną jest ta sprawa tak prawu austriackiemu, jak prawu niemieckiemu. Przypomnieć jednak winniśmy, że w prawie francuskiem i polskiem, jak to trafnie określa orzec. § IX 1/1860 „art. 282 k. c. Kr. pol. umieszczony jest w dziale o dowodach dzieci prawych, to jest dzieci z małżeństwa spłodzonych, dzieci, których prawosc nie byłaby sporna, skoroby dowiodły pochodzenie od rodziców, węzłem małżeńskim połączonych; tam zaś, gdzie zachodzi spór o samą prawosc urodzenia, przepis ten nie ma zastosowania”. Znaczy to, że dowód przez t. zw. posiadanie, dopuszczony jest tylko wtedy, gdy brakuje aktu urodzenia, a brak ten stanowi, jak to staraliśmy się wykazać, podstawę

skarg en réclamation d'état. Tak samo, to j. jako środka służącego dziecku dochodzącemu swej ślubności, a więc dziecku w ofenzywie, używa prawo austriackie uznania, jakkolwiek nie możemy powiedzieć, aby w prawie austriackim brak metryki był założeniem tej skargi (bo metryka nie ma w pr. austr. jak to już mówiliśmy, samodzielnego znaczenia), a więc jakkolwiek nie możemy powiedzieć, aby w prawie austriackim istniały francuskie actions en réclamation, jako ogólny typ (tylko przypadkowo może się zdarzyć identyczność, powtarzamy: może). Natomiast w prawie niemieckim ujętem zostało uznanie w § 1598, jako środek obrony przeciwko wzruszeniu ślubności, a więc środek, którego używa dziecko w defenzywie. Tem dalszem jest tutaj wskotek tego porównanie z francuską action en réclamation.

Drugą kwestją, którą tu należy jeszcze wyjaśnić, jest kwestja skuteczności prawnej wyroku orzekającego o ślubności względnie nieślubności w prawie francuskim. Literatura i praktyka prawa francuskiego bez wyjątku przyznaje skuteczność absolutną, tj. wobec wszystkich, tylko wyrokowi wydanemu na skutek action en desaveu. Czyni tak dlatego, ponieważ tylko jedna osoba, tj. mąż, może tę skargę wnieść, ponieważ on tylko jeden może stwożyć taką lub inną sytuację dziecka. Dlatego też już w razie przejścia skargi na dziedziców, w przypadkach artykułu 317 K. N., 277 k. c. Kr. p., wyrok ma skuteczność względna, to jest tylko wobec tego dziedzica, który skargę wniósł, wobec innych zaś dziedziców dziecko pozostaje ślubnem. Tak samo ma się rzecz w prawie niemieckim. Tylko mąż ma prawo wzruszyć ślubność i tylko po przeprowadzeniu przez niego procesu na skutek takiej skargi wzruszającej (Anfechtungsklage) może się na nieślubność dziecka powołać tak on sam, jak i ktokolwiek inny. Z tego też powodu wyrok, który zapadnie na skutek takiej Anfechtungsklage męża działa absolutnie, to jest wobec wszystkich. Ale już w razie przejścia skargi na dziedziców sprawa się zmienia: wyrok ma tylko skuteczność względną, jak w prawie francuskim, dla poszczególnego przypadku i między stronami.

Ta zmiana pociąga jeszcze jeden skutek: mówiliśmy, że w prawie niemieckim (jak i w pr. franc.) dziecku nie służy skarga o uznanie go za nieślubne. Ale gdy ojciec (prawny) umrze, nie utraciwszy prawa wzruszenia ślubności (§ 1593 k. c. n.), skargę może wnieść matka, trzecie osoby, a więc i dziecko. Na tych konsekwencjach widzimy różnicę między action en desaveu a action en contestation de légitimité. Pierwsza służy tylko mężowi, gdy zaś przechodzi na dziedziców, staje się action en contestation de légitimité, tracąc bowiem swoją skuteczność absolutną, traci swoją istotę. To powinno nakłonić do głębokiej rozważki. Mąż przez swoją moc uznania dziecka za ślubne lub wzruszenia tej ślubności działa twórczo. Ta moc z pewnością

nie ma natury prywatno-prawnej; z jego decyzją liczyć się musi cały świat. Zaraz jednak po jego śmierci znika ta jego władza, a ślubność względnie nieślubność przemienia się na pieniądze, wobec każdego z interesowanych inaczej. Tutaj, na tym przykładzie widzimy doskonale, jaki wyraz znajdują w prawie, jak się odbijają w prawie dwie strony rodziny: publiczna i prywatna. Albowiem francuska *action en desaveu*, niemiecka *Anfechtungsklage*, austriacka *Bestreitungsklage* jest skargą, która w prawie odbija stronę publiczną stanowiska męża, a franc. *action en contestation de legitimité* i każda skarga zaprzeczająca w prawie niemieckiem i austriackiem, nie mająca skutku absolutnego, jest odbiciem w prawie strony prywatnej rodziny.

Dopóki rodzina będzie mieć te dwie strony, zbudowanie jednolitej teorii napotykać będzie na trudności. Wskazałem to już wyżej, mówiąc, że żaden kodeks nie przeprowadził konsekwentnie systemu skarg. Wskazałem także, że nawet najlogiczniejszy z nich w tej dziedzinie, kodeks francuski, traci jednolitą podstawę, bo przyjmuje tak *action en desaveu*, jak *action en contestation de legitimité*. Obecnie starałem się wykazać, dlaczego tak jest. Bez zadania gwałtu, bez narażenia się na zarzut, że się operuje tylko podobieństwami, a nie rzeczywistością, nie można sprządnąć i zlać w jedną teoretyczną całość prawa publicznego i prywatnego. Wszystkie tego rodzaju próby dotychczas zawiodły. Najkapitałniejsza z nich np. teoria państwa, jako osoby, oddaje z pewnością wielkie usługi, ale spotyka się z uzasadnionym zarzutem, że jest jednostronną, że nie mówi o życiu państwa. Byłby to więc daremny trud — takie jest moje zdanie — wtłaczać wszystkie skargi związane w kwestji pochodzenia dziecka w jeden system. Natomiast opłacił się — zdaje mi się — trud dotychczasowego mego wywodu, wykazującego, że należy na te skargi patrzeć z dwóch punktów widzenia: publicznego-prawnego i prywatno-prawnego.

Winnjśmy jeszcze dać odpowiedź, jak przedstawia się w Austrii, sprawa skuteczności wyroku w sporach o stan familijny. W prawie austriackiem przyznanie dziecku przez nowelę (§ 159 a, k. c. a.) prawa zaprzeczenia ślubności jest niezaprzeczenie wyłomem w stanowisku męża, które ma w sobie, jak powiedzieliśmy, element publiczny. Już nie sam mąż decyduje o stanie dzieci a z chwilą, gdy to już nie od niego tylko zależy, nie może być mowy o absolutnej skuteczności wyroku. Jest rzeczą również charakterystyczną, że na przyznanie dziecku skargi zaprzeczającej wpłynęły względy materialne (ojciec prawny ubogi, a rzeczywisty zamożny, lub na odwrót ojciec prawny żąda alimentów). Te motywy wskazują, że wśród autorów noweli do kodeksu austriackiego przeważała prywatno-prawna strona rodziny. Jeden dowód więcej, że

- a) skarga zaprzeczająca ślubność skoncentrowana w ręku męża,
- i b) skuteczność absolutna wyroku, który zapadł na skutek tej

skargi, są prawnymi wyrazami rodziny, jako instytucji publicznej a na odwrót a) skargi wszystkich innych przeciwko ślubności i b) skuteczność relatywna wyroków zapadłych na skutek tych skarg są prawnymi wyrazami rodziny, jako instytucji prywatnej. Wszak relatywna skuteczność wyroku sprawia, że dziecko może być ślubnem wobec jednych, a nieślubnem wobec innych. Jest oczywiście, że wówczas nie idzie o stan dziecka, ale o założenia, na których opierają się poszczególne prawa i obowiązki, których kompleks nazywamy ślubnością, ale prawa i obowiązki natury prywatnej. Np. dziecko, uznane za nieślubne wyrokiem w sporze z osobą X., nie będzie dziedziczyć po Y., po którym dziedziczyłoby wspólnie z X. gdyby spór wypadł inaczej. Ale wobec wszystkich innych dziecko zachowuje swój stan dotychczasowy, co czyni chyba jasnem, że relatywność wyroku da się wytłumaczyć tylko prywatno-prawnym elementem.

Ad 3. Tylko w prawie austriackiem ślubność może być pertraktowaną także w postępowaniu niespornem. § 156 k. c. a. przedstawia sądowy protest męża przeciwko ojcostwu, jako założenie, od którego zależy „domniemanie” nieślubności. Drugiem założeniem jest niewiadomość męża o ciąży żony, trzeciem wreszcie wniesienie protestu w ciągu trzech miesięcy od powzięcia wiadomości o urodzeniu dziecka. Protest ten należy do postępowania niespornego, Jeżeli protest zostanie wniesiony, a sąd przekona się po wysłuchaniu „kuratora ślubnego urodzenia”, którego ustanowi, że mąż nie wiedział o ciąży i że wniósł protest w przepisany terminie, to domniemanie nieślubności ma walor, ale tylko domniemanie. Cóż więc ma się stać dalej? Metrykę się prostuje, tj. dziecko wpisuje się jako nieślubne. Ale w prawie austriackiem księgi metryk nie mają samodzielnego znaczenia. O dziecku takim można więc wedle rozumowania kodeksu cywilnego austriackiego tylko tyle powiedzieć, że za jego nieślubnością przemawia domniemanie, że więc znajduje się w zawieszeniu. Aby z tego stanu zawieszenia wyjść, musi albo dziecko (przez opiekuna, nie przez „kuratora ślubnego urodzenia”, który już skończył swą rolę) wnieść skargę o ustalenie swego stanu, albo mąż straci cierpliwość i wnieść skargę o ustalenie nieślubności.

Takie jest rozumowanie kodeksu cywilnego austriackiego. Czem więc jest protest wedle prawa austriackiego, w porównaniu z postępowaniem wedle innych praw? W każdym razie jest pierwszym krokiem ku zaprzeczeniu ślubności, czy zaś przez to, że jest założeniem „domniemania” nieślubności, spełnia rolę regulatora przy ocenianiu, na kim spoczywa ciężar dowodu, zobaczymy. Jeżeli po założeniu protestu przez męża dziecko występuje ze skargą, musi „obalić” domniemanie z § 155 k. c. a. Na tem tle zrozumiemy skargę, którą w prawie austriackiem ma dziecko o ustalenie ślubności. Zasada się ona, jak wyżej przedstawiliśmy, na udowodnieniu „nadzwyczajnego przypadku” z § 157

k. c. a. lub powrotnego połączenia się małżonków wedle d. u. z r. 1835 lub obcowania małżonków w okresie poczęcia lub wreszcie na udowodnieniu uznania dziecka przez męża. We wszystkich tych przypadkach (z wyjątkiem „nadzwyczajnego przypadku“ przekroczenia maximum ciąży) założeniem tej skargi jest poprzedzający ją protest męża wedle § 156 k. c. a. Otóż gdyby tego protestu nie było, dziecko nie potrzebowałoby wnosić skargi, pozostałoby w księdze metryk, jako dziecko ślubne, i czekałoby ataku ze strony męża. Zresztą nie zmienia się nic, bo nawet ciężar dowodu pozostaje niezmiennym, a jest tylko różnica we formie pierwszego kroku ku zaprzeczeniu ślubności. Byłoby inaczej, gdyby protest (wniesiony na czas i po stwierdzeniu, że mąż o ciąży nie wiedział) wykluczał skargę albo męża albo dziecka. To mogłoby się zaś znowu stać, gdyby metryki miały samodzielne znaczenie. Ale tak nie jest w prawie austriackiem i dlatego protestowi z § 156 k. c. a. przypisujemy znaczenie tylko formy pierwszego kroku.

Powiedzieliśmy, że tylko w razie „nadzwyczajnego przypadku“ z § 157 k. c. a., polegającego na przekroczeniu maximum ciąży, nie potrzeba protestu. Takiego jednak przypadku prawo francuskie wogóle nie zna, prawo niemieckie zaś tem się różni w tym przypadku od austriackiego, że skargę o uznanie ślubności daje nie tylko dziecku, ale i matce.

Przedstawiliśmy wyżej francuskie actions en réclamation d'état i zestawiliśmy je — złudzeni pozytywnością petitum, jako tertium comparationis, i złudzeni tem, że art. 320 n. K. N. są tak zredagowane, jak gdyby odnosiły się i do ojca i do matki, — ze skargą o ustalenie ślubności wedle prawa austr. w tych przypadkach, w których dziecko opiera tę ślubność na „nadzwyczajnym przypadku“ z § 157 k. c. a., na powrotnem połączeniu się małżonków, na ich obcowaniu w okresie poczęcia i na uznaniu dziecka przez męża. Rezultat porównania był ten, żeśmy stwierdzili, iż tylko przypadkowo skargi te mogą być identyczne. Teraz widzimy jasno, dlaczego tak być musi. Sprawa, o którą w tej austriackiej skardze idzie, jest właściwie sprawą o zaprzeczenie ślubności, a że tę sprawę o zaprzeczenie ślubności dziecka wytoczono przed sąd we formie skargi o ustalenie ślubności i to skargi dziecka, to stało się tak dlatego, że przedtem wniósł mąż protest z § 156 k. c. a. Natomiast całkiem inaczej jest w prawie francuskiem i polskiem. Tutaj skarga en réclamation d'état jest naprawdę skargą o ustalenie stanu. O prawość dziecka w niej nie idzie. Dlatego też założeniem tej skargi w prawie francuskiem jest, praktycznie rzecz biorąc, koniecznie brak aktu urodzenia, gdy bowiem idzie o ustalenie, od kogo dziecko pochodzi, to akt urodzenia jest najkapitałniejszym i ostatecznym dowodem, a gdy on istnieje nie można sobis wystawić, aby wobec zasady pater est quem nuptiae demonstrant było jeszcze co reklamować, gdy tę zasadę może wywrócić tylko action en

désaveu męża. Powtarzamy więc, że założeniem francuskiej action en réclamation d'état jest brak metryki, gdy zaś w prawie austriackim metryka nie ma samodzielnego znaczenia, przeto tylko przypadkowo, jak kilkakrotnie już powiedzieliśmy, brak jej może mieć wpływ na budowę procesu. Ale i w prawie niemieckim skarga o uznanie ślubnego pochodzenia nie jest francuską action en réclamation d'état, bo przeciwko niej mąż może się bronić tylko przez przeprowadzenie procesu wszczętego skargą wzruszającą (Anfechtungsklage).

Ten długi wywód wiedzie do rezultatu, że prawo francuskie wynosi przed sąd także sprawy o stan, gdy prawo austriackie i niemieckie przed sąd wynosi tylko sprawy o ślubność pochodzenia. Dzieje się tak w prawie francuskim dlatego, że tam akt urodzenia ma znaczenie, którego mu w prawie austriackim i niemieckim nie dostaje.

Legislacyjny wniosek płynie stąd niezaprzeczenie ten, że sprawy ślubnego pochodzenia nie można załatwić bez załatwienia spraw stanu cywilnego. Załatwiając zaś te ostatnie, trzeba przede wszystkim rozstrzygnąć, jakie znaczenie nadaje się wpisom do ksiąg stanu cywilnego. Powiedzieć negatywnie, że każde urodziny, każde małżeństwo i każdy zgon ma być wpisany do ksiąg stanu cywilnego, nie wystarcza. Trzeba unormować sprawę i w kierunku pozytywnym, to jest powiedzieć, czy wpis ma znaczenie samodzielne, czy jest ważny już dlatego, że jest wpisem, czy też nie ma tego samodzielnego znaczenia? Od tej kardynalnej decyzji zależy ukształtowanie instytucji ślubnego pochodzenia z prawniczego punktu widzenia.

Ad 4. Ta część prawa cywilnego, która mówi o ślubnym pochodzeniu, oparta jest na t. zw. domniemaniach. „Za temi dziećmi, które, przemawia domniemanie ślubnego urodzenia“, mówi § 138 k. c. a: „Prawne domniemanie nie-ślubnego urodzenia. . .“, czytamy w § 155 k. c. a., a tak samo w § 156 k. c. a. „Jest domniemanie, że mąż obcował z żoną w okresie poczęcia“, postanawia § 1591 k. c. n. Czem jest domniemanie, jaka jego rola i znaczenie w prawie?

Dla umysłu, który przyjmuje, że tak, jak w naturze, i w ustawie może mieć prawa i obowiązki ślubnego ojca tylko ten, kto jest rzeczywistym ojcem, tj. kto dziecko spłodził, domniemanie jest pewnem uspokojeniem, bo czyni prawdopodobnem, iż ten, kogo ustawa za ojca uważa, jest nim i faktycznie. Również zadawalnia domniemanie tego, kto sądzi, że ustawa coś twierdzi, to jest, że ustawa wyraża rzeczywistość. To zadowolenie niknie jednak, gdy spostrzeżemy, że ustawa nie stwierdza istnienia czegoś, ale że reguluje, że wprowadza porządek.

W jakim świetle stają, wobec tego, „domniemania“ i „fikcje“.

Fikcji ustawa i praktyka prawa nie zna. Zna je tylko teoria prawa.

Teoria prawa dąży do poznania (Erkenntnis) porządku prawnego. Aby ten porządek prawny ująć, potrzebuje, jak każda nauka, sztucznych środków, mogących być z przedmiotem, który ma być poznany, w sprzeczności. Używa tego sztucznego środka jednak tylko dlatego, aby tem lepiej poznać (erkennen) badany przedmiot. Błąd popełnia się, używając takich fikcji, wówczas, gdy się je bierze za rzeczywistość. Taką fikcją jest np. pojęcie prawa podmiotowego. Oddało i oddaje ogromne usługi dla teorii, tj. dla poznania prawa, ale nie jest przecież rzeczywistością, jest tylko środkiem do poznania rzeczywistości, którą dla teorii jest porządek prawny.

Tak się rzecz ma z teorią prawa. Natomiast w ustawie fikcji nie ma. To, co mylnie nazywa się fikcją, jest rozszerzeniem normy na inny przypadek, wyrażonem w sposób skrócony, ale rozszerzeniem dokonaniem przez samą ustawę, a nie przez sądziego. Jeżeli powiem, że dziecko adoptowane ma takie prawa, jakgdyby było dzieckiem ślubnem, to nie mam do czynienia z fikcją, bo dziecka adoptowanego przez to nie przemieniłem w dziecko ślubne, a tylko powiedziałem raz to, co inaczej trzeba byłoby powiedzieć dwa razy, a mianowicie: 1. dziecko ślubne jest podmiotem takich a takich praw, 2. dziecko adoptowane jest podmiotem takich a takich praw i tu wyliczyłbym te same prawa, jak pod 1.

Jeżeli przez domniemanie rozumiemy akceptowanie czegoś dopóty za istniejące, aż przeciwieństwo będzie udowodnione, to wedle mego zdania „domniemanie” będzie potrzebne, o ile będzie szło o oddanie stosunku prawa do rzeczywistości, ale dla samego prawa jest ono zbytecznem. Np. wedle prawa austriackiego dziecko, które przyszło na świat z żony w 180 dni po zawarciu małżeństwa, a 300 dni po rozwiązaniu małżeństwa ma za sobą domniemanie ślubności pochodzenia. Dlaczego tylko domniemanie? Ustawa użyła tego wyrażenia, aby wyrazić, że w naturze może być inaczej, to jest że dziecko zrodzone z żony w powyższym czasie mogło być spłodzone nie przez męża. Ale dla prawnika to, co w rzeczywistości, w naturze się stało, nie ma znaczenia, bo on ma do czynienia z faktami już na swój użytek odpowiednio przetworzonymi. Jeżeli zaś mówi się, że domniemanie sprawia, iż pewne skutki prawne dopóty tylko działają, dopóki przeciwieństwo sytuacji faktycznej, z której wynikają, nie zostanie udowodnione, to tak jest wszędzie, chociaż nie mówimy o domniemaniach. Jeżeli X zawarł z Y kontrakt kupna i sprzedaży, to dopóty muszę akceptować, że Y zyskał przez to tytuł prawny do nabycia własności na przedmiocie kupna, dopóki nie będzie udowodnionem, że albo fakt zawarcia kontraktu nie zaszedł, albo że wprowadził ten fakt zaszedł, ale że zaszły także inne fakty, które odbierają faktowi zawarcia kontraktu określony skutek prawny. Tak samo, zupełnie tak samo ma się rzecz z t. zw. do-

niemaniem ślubności. Albo udowodnię, że 1. dziecko nie przyszło na świat z żony (bo np. podsumięto je żonie), lub 2. przyszło na świat poza okresem oznaczonym przez ustawę, a wówczas z powodu braku założeń nie mam do czynienia z dzieckiem ślubnem, bez dalszych dowodów. Albo też przyznam, że oba wymagane do ślubności fakty zaszły, ale udowodnię albo 3. że mąż obcował z żoną w okresie poczęcia albo, 4. że mąż uznał dziecko albo, że 5. zaszedł „nadzwyczajny przypadek“ krótszej lub dłuższej ciąży. Ślubność wyniknie zawsze z faktów i tylko z faktów, które tu wyliczyłem, ale nie ze spółdzenia przez męża. Spłodzenie dla prawnika nie istnieje, zostało już bowiem przetworzone, przerobione na powyższe fakty. Natomiast jeżeli mamy na myśli nie te fakty (ważne i prawdziwe), które tu wyliczyłem, ale realne, rzeczywiste spółdzenie, to „domniemanie“ jest potrzebne, bo mnie pouczy, że fakty uzasadniające je nie oddają wprost rzeczywistości, ale pozwalają tylko o niej wnioskować, a gdy wniosek zależnym jest od premis, to zmiana tych premis decyduje o jego losach. Przeprowadźmy to rozumowanie na przykładach.

a) Dziecko urodzone z żony w ciągu trwania małżeństwa w terminie, który tyle już razy określiliśmy, jest ślubne. Ślubność jest skutkiem prawnym następujących faktów:

α) urodzenia dziecka z żony, t. zn. z kobiety zameężnej,

β) urodzenia dziecka w terminie najkrócej 180 dni po zawarciu małżeństwa, a najdłużej 300 dni po rozwiązaniu małżeństwa.

Natomiast nieślubność dziecka, co do którego zaszły fakty pod α) i β) wynika z faktu, że mąż nie mógł spółdzić dziecka, z faktu obiektywnego, np. że w czasie 300 dni do 180 dni przed urodzeniem dziecka podróżował, że jest kastratem i t.p.

b) Dziecko urodzone z żony w czasie krótszym, niż 180 dni po zawarciu małżeństwa jest ślubne. Tutaj ślubność wynika

α) z faktu urodzenia dziecka z żony i

β) z faktu urodzenia w ciągu trwania małżeństwa.

Natomiast nieślubność wynika w tym przypadku

γ) z faktu zaprzeczenia ślubności przez męża i

δ) z faktu, że przyszło na świat przed minimum ciąży.

Ale dalej znów te fakty pod γ) i δ) mogą być pozbawione siły przez fakt

ε) że mąż obcował z żoną w czasie 300 do 180 dni przed urodzeniem

ζ) lub, że zaszedł nadzwyczajny przypadek krótszej ciąży (§ 157 k. c. a.).

Wszystkie te fakty będą jednak znowu pozbawione siły przez η) fakt, że mąż jest kastratem lub t.p.

Te dwa przykłady świadczą, aby wykazać, że dla prawnika nie tylko wystarczą, ale mają jedynie znaczenie fakty i tylko fakty.

Natomiast historyk, socjolog, polityk musi zbadać, skąd te właśnie fakty odgrywają w kwestji pochodzenia ślubnego rolę. A to oni, historycy, socjolodzy, politycy, będą się na podstawie swych doświadczeń „domniemywać” w jednych z tych faktów spłodzenia dziecka przez męża, w innych nie. Prawnik rezultat ich badań przerabia, przetwarza, przetapia na swoją modłę i — o ile nie chce być zarazem historykiem, socjologiem, politykiem, a gdyby nim był, to trzeba mu usilnie doradzać, aby wówczas rezultaty każdego z tych badań twardo odgraniczał od siebie — widzi już tylko swój przetwór, a o rzeczywistość zbadaną przez innych się nie troszczy.

Nie opuszcza mnie obawa, że popadnę w podejrzenie, że prawo odcinam od życia. Prawo reguluje życie, jakżeż więc można nawet pomyśleć, aby go nie znać i z niego nie czerpać. Ale pamiętać zawsze należy, że terenem, na którym prawo panuje, jest świat zewnętrznych zjawisk, i to takich, które dadzą się obiektywnie stwierdzić. Tajemnicze procesy natury i wewnętrzne stany, nastroje ludzkie, tak potężną rolę w życiu ludzi odgrywające, wchodzą przecież w dziedzinę prawa tylko o tyle, o ile się dadzą w zewnętrznych swych przejawach uchwycić i obiektywnie stwierdzić.

Z pewnością, myślenie nasze operuje ciągle pojęciami z wewnętrznego naszego życia pochodzącami, ale to tylko myślenie. Jeżeli te wewnętrzne przeżycia nie objawiają się na zewnątrz w sposób uchwyttny, należą do moralności, nie do prawa. Tak samo rzecz się ma z temi procesami natury, których nie mogę od początku oglądać i obiektywnie stwierdzić, a co do których polegać muszę na doświadczeniu odpowiednich znawców, doświadczeniu posługującem się wnioskowaniem. Do takich procesów należy poczęcie, zapłodnienie etc. Jak lekarz dochodzi do przekonania, kto jest ojcem dziecka, to jego rzecz. Czy widział je, czy się ich „domniemywa”, to prawnika nie obchodzi. Bierze je, szuka w nich faktów dających się uchwycić i stwierdzić, i łączy z niemi skutki prawne.

Prawnik nie może się obyć bez pojęć winy, dobrej wiary etc. Nie jest to jednak nic innego, jak spłot pewnych faktów, z którymi prawo łączy pewne skutki. Te pojęcia winy, dobrej wiary etc. są potrzebne, bo ujmują w jedność niezliczoną ilość faktów, ale przecież nie one, nie te pojęcia, wywołują skutki prawne, ale fakty.

Nie potrzeba jednak sięgać tak głęboko. Konieczność uzmysławiania, uzewnętrzniania, czynienia widzialnem jest w prawie tak wielka, że jej zawdzięczają swoje powstanie i byt wszystkie rodzaje ksiąg publicznych. Własność na ruchomościach mogą oczyma oglądać, ale na nieruchomościach „widzą” ją tylko przypadkowo. Stąd wpis do ksiąg gruntowych, który mi ją stale uzmysławia, czyni ją widzialną.

Rozumiejąc w ten sposób „domniemanie”, uważam, że za-

daniem ustawy, jest w takim razie oznaczyć, kto, jakie fakty i w jaki sposób ma udowodnić. Czyni też to ustawa, jakkolwiek zdawałoby się, że przynajmniej od części tego zadania chce się uwolnić, przyjmując tak zw. domniemanie, którem ma być przyjęcie „czegoś” za istniejące, dopóki przeciwieństwo nie będzie udowodnione. Staraliśmy się wykazać, że (1) to „coś” jest dla prawnika obojętne, (2) że natomiast decydującymi są dla niego fakty, które, czy będziemy operować domniemaniami, czy nie, udowodnić zawsze trzeba.

Rezultat naszych dotychczasowych wywodów jest przeto następujący:

(1) Kodeks cywilny austriacki i niemiecki nie zajmują się kwestią, czym i jak zastąpić akt urodzenia. Kodeks Napoleona i kodeks cywilny Kr. p. czynią to, wprowadzając tę kwestję na drogę sądową w formie actions en réclamation d'état.

(2) Skargami z petitum pozytywnym są w Francji i w Polsce actions en réclamation d'état, w Austrii skarga dziecka o ustalenie ślubności jego pochodzenia, w Niemczech skarga matki i dziecka o uznanie ślubności. Ale w Francji i w Polsce idzie o stan, idzie o zastąpienie brakującej metryki. Natomiast w Austrii i w Niemczech idzie o ślubność dziecka. Między Austrią a Niemcami zaś jest ta różnica, że nieślubność, z którą się walczy, znajduje swój wyraz w proteście, który poprzedza skargę, w Niemczech zaś wzruszenie ślubności musi być przeprowadzone, ale dzieje się to w skardze o uznanie ślubności.

(3) Skargami z petitum negatywnym, tj. skargami zaprzeczającymi, są w Francji i w Polsce actions en contestation, w Austrii Bestreitungsklage, w Niemczech Anfechtungsklage. W Francji skargi en contestation dzielą się na skargi en contestation de légitimité i skargi en desaveu. Pierwsze prawo austriackie i niemieckie zostawiają przepisom ogólnym.

(4) W prawie austriackim instytucja protestu (Widerspruch), wniesionego w drodze niespornej, wpływa na kierunek skarg. W prawie niemieckim, francuskim i polskim ta forma nie jest znana.

(5) Fikcji nie przyjmuję w ustawie, uważam je za dopuszczalne, można powiedzieć: konieczne, w teorii prawa.

(6) Tak zw. fikcje w ustawie są rozszerzeniem jednej i tej samej normy na dwa różne przypadki. Natomiast domniemanie odgrywają pewną rolę, gdy chcemy porównać stan prawny ze stanem faktycznym. Wówczas stan prawny może się wydawać tylko „zawieszonym” aż do przeciwnego dowodu, ale to w prawie nie ma znaczenia, bo w prawie taki stan nie jest zawieszonym, może być tylko, jak wszędzie w prawie, przez inne fakty usuniętym. Ale i tutaj ustawa kładzie temu pewne granice, oznaczając termin, jak np. dla wniesienia skargi zaprzeczającej ojcostwo względnie ślubność.

E) O skardze zaprzeczającej w szczególności.

1. Prawo austriackie.

Kwestja ślubności dziecka staje we właściwym świetle dopiero na tle skarg, któremi jest chronioną. Stąd ta szczególna uwaga, którą skargom poświęcamy, stąd też usilna chęć nie pominięcia żadnego ważnego dla ich zrozumienia punktu.

Na ukształtowanie skargi zaprzeczającej ślubność (Bestreitungsklage) w prawie austriackiem wpłynęła instytucja protestu (Widerspruch). Mówiliśmy już o niej. Założenie protestu przez męża sprawia, jak to już wykazaliśmy, że z skargą występuje dziecko (ze skargą o ustalenie ślubności) albo mąż (ze skargą o ustalenie nieślubności, powtarzamy: o ustalenie). Zaniechanie protestu równa się uznaniu dziecka przez męża i wyklucza skargę z §§ 158 i 159 k. c. a. Tam przeto, gdzie jest protest, tam niema skargi zaprzeczającej, a tej ostatniej muszą być inne założenia. Protest jest tam, gdzie domniemanie przemawia przeciwko dziecku, skarga zaś tam, gdzie domniemanie przemawia za dzieckiem.

Założeniami skargi zaprzeczającej (Bestreitungsklage) są przeto: a) przyjście dziecka na świat w czasie, który ustawa wymaga dla ślubności lub b) w razie wcześniejszego przyjścia na świat a) fakt, że mąż wiedział o ciąży (G. U. W. XIII, 5283; VII, 2704 III, 1200 II, 514), lub b) śmierć męża przed wniesieniem przez niego protestu, bo protestu dziedzice wnieść nie mają prawa, a przez to są ograniczeni do skargi zaprzeczającej. W tych przypadkach mąż (względnie dziedzice) opiera swą skargę na niemożności spłodzenia przez siebie dziecka. Praktyka wymaga dowodu nie na niemożność obcowania, lecz na niemożność spłodzenia, dowodem jednak na tę ostatnią jest dowód, że mąż z żoną w krytycznym czasie faktycznie nie obcował (np. G. U. W. XI, 4364). Sam fakt, że małżonkowie mieszkają osobno, nie wystarcza, ale wystarcza, jeżeli mąż był w więzieniu, w zakładzie dla obłąkanych, jeżeli sądownie stwierdzono, że zaginął etc.

Powodem w tej skardze może być tylko mąż, od czasu noweli jednak skargę tę może wnieść i dziecko, jakkolwiek pod warunkami, wymienionemi w § 159 k. c. a. Jeżeli mąż umarł przed terminem, w którym skarga musi być wniesiona, to skargę mogą wnieść dziedzice (tylko dziedzice męża, ale tylko dziedzice, nie legatorjusze i nie dziedzice konieczni), którzyby doznali uszczerbku w swych prawach.

Termin do wniesienia skargi wynosi trzy miesiące od dowiedzenia się o urodzeniu dla męża, trzy miesiące od śmierci męża dla dziedziców, skarga zaś dziecka gaśnie w rok po jego pełnoletności.

Skarżyć może tylko mąż osobiście, a więc ani ojciec ani opiekun ani jakkolwiek kurator lub zastępca skargi tej nie mogą wnieść. Jeden jest tylko wyjątek dla umysłowo chorego, wprowadzony przez nowelę (III § 6, drugie zdanie § 158 k. c. a.).

Nowela też wprowadziła postanowienia zawarte w obecnym § 159 a.

2. Prawo francuskie i polskie.

Jeżeli przypomnimy sobie to, cośmy wyżej mówili o protestie w prawie austriackim, a mianowicie, że jest on w razie wcześniejszego urodzenia dziecka pierwszym krokiem do zaatakowania ślubności dziecka, to różnica między prawem anstrjackiem a francuskim stanie nam odrazu jasno przed oczyma. Prawo francuskie nie zna protestu i dlatego tam pierwszy krok atakujący ślubność dziecka w razie wcześniejszego urodzenia dziecka odbywa się tak, jak każdy atak na jego ślubność, zawsze przez skargę (action en desaveu), tylko że ta skarga ma dwie odmiany, a mianowicie albo polega na prostej denegacji ojcstwa męża (prawo francuskie mówi o zaprzeczeniu ojcstwa męża, prawo austriackie o zaprzeczeniu ślubności dziecka) albo mąż musi przeprowadzić dowód, że nie jest ojcem.

Zbadajmy pierwszą z tych odmian. Przez prostą denegację mogą być zdezwuowane dzieci, które przyszły na świat w ciągu trwania małżeństwa, ale przed 180 dniem po zawarciu małżeństwa (drugi przypadek omówimy osobno). Przeciwko tej denegacji może wedle prawa francuskiego podnieść strona pozwana, że mąż wiedział o ciąży przed małżeństwem lub, że dziecko uznał. W prawie austriackim dziecko odpowiada na protest skargą, w której broni się, albo dowodem znawców, że zażędl nadzwyczajny przypadek w § 157, albo dowodem ponownego połączenia się małżonków wedle dekretu nadwornego z 1835, albo dowodem, że mąż obcował z żoną w okresie poczęcia, albo wreszcie, że dziecko uznał. W prawie austriackim nie może dziecko oprzeć swej skargi na fakcie, że mąż wiedział o ciąży przed ślubem, bo założeniem skuteczności samego protestu jest niewiadość męża o ciąży. Prawo francuskie nie zna nadzwyczajnego przypadku spóźnionej ciąży. O ponownem połączeniu separowanych względnie rozwiedzionych małżonków będziemy mówić zaraz. Dowód, że małżonkowie w krytycznym czasie obcowali ze sobą, musi być dopuszczony i w prawie francuskim. Wspólnym obu prawom jest skutek, jaki wywiera uznanie. Jednak w prawie austriackim niema żadnych reguł o faktach, z których można wnioskować, że mąż uznał dziecko. To tylko możemy powiedzieć, że mąż ma niejako trziesięczny czas do namysłu, bo tyle wynosi termin do protestu, wskutek czego wcześniejsze oświadczenie męża, samo przez się nie stanowi jeszcze uznania. W prawie francuskim natomiast i w polskim jest przewidziany milczący przypadek uznania w artykule 314 l. 2 K. N., a mianowicie asystencja ojca przy akcji urodzenia, lub złożenie deklaracji, że pisać nie umie. Oczywiście ten przypadek przytoczony przez kodeks jest tylko przykładem, a na odwrót nawet ten przypadek przewidziany

przez kodeks może być przez męża pozbawiony znaczenia, gdy udowodni, że, asystując przy akcie urodzenia, spełnił tylko obowiązek nałożony na niego ustawą, a nie miał zamiaru uznania.

Drugi przypadek denegacji ma miejsce wtedy, gdy dziecko w razie procesu o rozwód przyszło na świat w trzystu dniach po decyzji upoważniającej żonę do odrębnego mieszkania, albo przed 180 dniem od definitywnego odrzucenia skargi o rozwód lub separację, lub od pojednania. (Ustawa przypuszcza, że w razie odrzucenia skargi, małżonkowie natychmiast wracają do wspólności). Przeciwno tej denegacji obrona polega na wykazaniu, że małżonkowie faktycznie się połączyli. Postanowienie wprowadzone zostało do kodeksu Napoleona przez ustawę z roku 1886, a nieznane jest prawu polskiemu. Prawo francuskie przeto mimo separacji względnie rozwodu wymaga denegacji przez męża. W porównaniu z poprzednim stanem, ustawa z r. 1886 jest postępem, bo przedtem mąż separowany miał tylko drugą odmianę skargi dezawuuującej o wiele trudniejszą. Inaczej zasadniczo sprawę tę traktuje prawo austriackie. Gdy wedle prawa francuskiego dzieci żony separowanej byłyby ślubne, gdyby nie było désaveu, to w prawie austriackim wedle dekretu z r. 1835 dzieci zrodzone z żony separowanej są nieślubne, a za ślubne uważać je należy tylko w dwóch przypadkach, gdy przeciwko mężowi prowadzony jest dowód w § 163, lub gdy między małżonkami nastąpiło faktyczne połączenie. Jest też rzeczą dziecka (wedle prawa austriackiego) dochodzić swej wspólności skargą o jej ustalenie przez wykazanie albo ponownego połączenia, albo że małżonkowie w krytycznym czasie obcowali ze sobą.

Właściwością prawa francuskiego i polskiego (art. 314 K. N. i 274 k. c. Kr. pol.) jest założenie ogólne każdego désaveu aby dziecko przyszło na świat zdolne do życia. Założenia tego inne prawa nie znają.

Druga odmiana francuskiej action en désaveu nie opiera się już na denegacji, ale na dowodzie, że mąż nie mógł być ojcem dziecka. Porównanie tej skargi ze skargą austriacką dotyczącej materji jest już łatwiejsze, bo nam nie wchodzi w drogę austriacki protest. Wspólnem jest tu, że zasadniczo tylko mąż może ją wnieść. Wyłom zrobiła nowela austriacka, dając dziecku tę skargę jakkolwiek z ograniczeniami. Wedle prawa francuskiego mają tę skargę i dziedzice męża, ale wówczas traci ona swój charakter absolutny. To samo należy powiedzieć o prawie austriackim. Różnica jest w terminie, w którym można tę skargę wnieść. Wedle Kodeksu Napoleona (art. 316) i kodeksu cyw. Kr. pol. (art. 276) termin ten wynosi jeden względnie dwa miesiące, wedle prawa austriackiego trzy miesiące.

Poważniejsze różnice wylaniają się w kwestji uzasadnienia skargi. W prawie austriackim sędzia ma znaczną swobodę w granicach użytego w § 158 określenia „die Unmöglichkeit der durch ihn erfolgten Zeugung“. Praktyka wykazuje też zna-

czne zmiany w interpretacji tego określenia. Prawo francuskie i polskie wytykają sędziemu ciasne granice. Według art. 312 K. N. mąż opiera swoje zaprzeczenie na fizycznej niemożliwości obcowania z żoną, przyczem zacytowany artykuł ilustruje tę fizyczną niemożliwość obcowania (cohabiter, nie zeugen, jak w prawie austriackim) oddaleniem lub przypadkiem, następny zaś artykuł nie dopuszcza zaprzeczenia na podstawie impotencji naturalnej. Prawo polskie w art. 272 opuściło ilustrację oddalenia i przypadku, a w art. 273 przyjęło zamiast wyrażenia „impuissance naturelle” określenie „niemoc płodzenia”. W prawie francuskim pod „przypadek” subsumowano np. okaleczenie, operacje, choroby wywołujące niemoc płciową itp., rozumiejąc przez „niemoc naturalną” taką niemoc, której przyczyna nie pochodzi z zewnątrz. W prawie polskim mąż nie mógłby się powoływać na żadną niemoc, bo określenie „niemoc płodzenia” jest tak szerokie, że obejmuje wszystkie przypadki. Nie sądzę, aby kodeks polski poprawił sprawę. Jest to zresztą rzecz praktyki, wyrobić pewne pojęcie „niemocy”. Całego tego ograniczenia prawo austriackie, jakieśmy już powiedzieli, nie zna.

Jeszcze w innym punkcie kodeks polski odchylił się od kodeksu Napoleona. Ten ostatni w przypadku zatajenia urodzenia przed mężem zwalnia go ze wszystkich ograniczeń w dowodzeniu, że nie jest ojcem (art. 313). Kodeks polski tej ewentualności całkiem nie zna, podobnie, jak kodeks austriacki. W razie zatajenia mąż może udowodnić, że nie jest ojcem, tak impotencją naturalną, jak chorobą, wiekiem podeszłym, rozdźwiękiem moralnym etc. Cudzołóstwo ani w prawie francuskim, ani w prawie austriackim (prawo polskie o cudzołóstwie nie wspomina) nie odgrywa roli, samo, ale oczywiście każdy dowód męża, że nie jest ojcem, mieści je w sobie.

3. Prawo niemieckie.

Prawo niemieckie zna tylko, jak francuskie i polskie, skargę, nie zna zaś właściwego prawu austriackiemu protestu. Tylko w razie śmierci dziecka wzruszenie następuje przez oświadczenie wobec sądu spadkowego, § 1567 k. c. n. Zgodnie z prawem francuskim i polskim skargę wzruszającą ślubność może wnieść tylko mąż, nie znany zaś kodeksowi niemieckiemu jest austriacki wyjątek co do dziecka. Co do dziedziców, p. § 1593 k. c. n. Konsekwentnie, ponieważ protest nie jest znany prawu niemieckiemu, można przyjąć, jak w prawie francuskim, dwie odmiany skargi wzruszającej: a) jeżeli dziecko przyszło na świat po zawarciu małżeństwa, przed minimum ciąży, mąż nie potrzebuje niczem innem uzasadniać nieślubności, b) jeżeli dziecko przyszło na świat po zawarciu małżeństwa, w okresie poczęcia, mąż musi udowodnić, że „stosownie do okoliczności jest widocznie niemożliwym, aby żona poczęła dziecko z męża” (§ 1591 ust. 1. k. c. n.). Termin do wniesienia skargi jest dłuższy, niż w innych kodeksach, bo wynosi rok. Od zasady, że tylko

osobiście może mąż wzruszyć ślubność, jest szerszy wyjątek, niż w prawie austriackiem, bo obejmuje wszystkich niezdolnych do działania (§ 104 k. c. n.), a nie tylko chorych (§ 1595 k. c. n., § 158 w nowem brzmieniu k. c. a.).

Wedle brzmienia § 1591 k. c. n. dziecko jest ślubnem, jeżeli istnieją dwa założenia:

- a) jeżeli żona poczęła dziecko podczas małżeństwa, tudzież
- b) jeżeli mąż obcował z żoną w okresie poczęcia.

Zdawałoby się, że te oba założenia muszą być udowodnione, jeżeli dziecko ma być ślubnem. Tymczasem tak nie jest, bo oba założenia są domniemane. Z domniemania wypowiedzianego w pierwszym zdaniu drugiego ustępu § 1591 k. c. n. wynika domniemanie, że żona poczęła dziecko z męża w okresie poczęcia, a z tych dwóch domniemań wynika ślubność dziecka. Domniemania te przeto sprawiają, że do ślubności dziecka wystarczy urodzenie dziecka z małżeństwa w okresie ustawą określonym. Te dwa domniemania są przeto do ślubności niepotrzebne, co stwierdza jeszcze raz, że dla prawnika mają znaczenie tylko fakty, ale fakty przetworzone już przez niego.

Natomiast mają znaczenie powyższe domniemania, gdy idzie o oznaczenie faktów, które uzasadniają nieślubność dziecka, chociaż dziecko urodziło się z małżeństwa w czasie oznaczonym ustawą. Gdyby więc ustawodawca nie oparował „domniemaniami“, które w prawie niemieckiem, jak trafnie powiedziano, mają aż dwa piętra, to byłoby prostszą rzeczą powiedzieć:

a) faktem uzasadniającym ślubność jest przyjęcie na świat dziecka z żony w ciągu trwania małżeństwa, lub w czasie oznaczonym ustawą po rozwiązaniu małżeństwa,

b) faktem zaś uzasadniającym nieślubność dziecka, co do którego zaszedł fakt pod a), jest

α) albo tak a tak skwalifikowana niemożność poczęcia dziecka przez żonę z męża,

β) albo fakt, że w okresie poczęcia nie obcowali z sobą.

W każdym razie, mimo innego ujęcia sprawy, mąż wnoszący skargę wzruszającą, udowadnia fakt podany pod α) lub β). W tem określeniu jednak faktów, uzasadniających nieślubność, kodeks Napoleona był logiczniejszy, bo przyjął tylko jeden fakt, jako zasadniczy, to jest niemożność, a tylko jako jedną z jej przyczyn podał oddalenie. Można by też zarzucić kodeksowi niemieckiemu, że i dlatego niepotrzebnie mówi osobno o obcowaniu, że przecież „nieobcowanie“ jest także „niemożliwością“. Wszystko to są jednak rzeczy nieszkodliwe, bo naprawdę nikt nie ma wątpliwości co do stanowiska kodeksu niemieckiego.

Co do kwalifikacji „niemożliwości poczęcia“, to różnią się one od prawa francuskiego i polskiego, a zbliżone są do austriackiego, przeto to, że kodeks niemiecki nie podaje żadnych granic, nie wyklucza żadnej z przyczyn niemożliwości poczęcia, jak to czyni kodeks Napoleona, a za nim częściowo k. c. Kr. p.

Wymaga tylko, aby niemożliwość poczęcia była widoczna (offenbar)“, ale dodaje „stosownie do okoliczności (den Umständen nach)“. Sędzia nie przyjmuje przeto „niemożliwości“, gdy istnieje jakakolwiek wątpliwość, a przedewszystkiem, gdy nie wynika z zewnętrznych, obiektywnych faktów, ale z drugiej strony nie jest związany szablonem i może indywidualizować.

Wytlumaczyć jeszcze należy drugie zdanie drugiego ustępu § 1591 k. c. n. Zrozumiemy je na podstawie następującego toku myślenia:

a) Jeżeli dziecko przyszło na świat np. 1 grudnia, to okres poczęcia przypada wedle prawa niemieckiego na czas od 2 lutego do 3 czerwca. Jeżeli małżeństwo zostało zawartem np. 1 września, to okres poczęcia przypada na czas przed małżeństwem. W takim przypadku ustawa nie przyjmuje, że małżonkowie obcowali ze sobą, jeżeli mąż wnieśli skargę wzruszającą. Wystarczy, jeżeli w tej skardze przytoczy tylko te fakty. Wówczas strona pozwana udowadnia, że mąż obcował z żoną, przeciwko czemu wytacza mąż „niemożliwość etc.“.

b) Jest jednak wyjątek od powyższej reguły. W sytuacji, jakęśmy ją określili pod a), przyjętem będzie, że obcowanie miało miejsce, jeżeli mąż umrze, nie wniósłszy skargi wzruszającej. Jeżeli tak się zdarzy, to, chociaż okres poczęcia przypada na czas przed zawarciem małżeństwa, uważa się, że małżonkowie obcowali ze sobą. Wówczas przeto dziedzice, jeżeli wniosą skargę, muszą ją uzasadnić widoczną niemożliwością poczęcia dziecka przez żonę z męża, a nie mogą się ograniczyć do prostego podania dat, jak w przypadku pod a).

4. Dziecko urodzone po maximum ciąży.

Osobnego przedstawienia wymaga los dziecka urodzonego po maximum ciąży po rozwiązaniu małżeństwa. Mamy na myśli tylko rozwiązanie małżeństwa, a nie separację od stołu i łóża (o niemieckiem zniesieniu wspólności małżeńskiej wspomnimy na końcu), mamy więc na myśli rozwiązanie małżeństwa przez śmierć i rozwód.

a) Prawo francuskie i polskie.

Artykuł 315 K. N. postanawia, że prawość dziecka, urodzonego po trzechset dniach po rozwiązaniu małżeństwa, może być zaprzeczona. Art. 275 K. C. Kr. Pol. tem się różni od powyższego artykułu, że maximum ciąży wynosi 306 dni (niewłaściwie dodał k. c. Kr. pol. po wyrazie „małżeństwa“ wyraz „rodziców“). Wynika z tego postanowienia, że dziecko urodzone po maximum ciąży nie jest nieślubnem ipso iure. Przeciwnie jest ślubnem dopóty, dopóki ślubność jego nie będzie zaprzeczona. Dzieje się to przez skargę action en contestation de légitimité. Skargę tę może wnieść każda interesowana osoba, a więc rodzice męża, rodzice matki, mąż po rozwodzie, samo dziecko.

Mówiliśmy wyżej, że skarga o prawość różni się tem od

skargi, którą prawo francuskie nazywa *action en désaveu*, że w pierwszej nie idzie o to, kto jest ojcem dziecka, lecz tylko o to, czy dziecko jest prawe. Może się bowiem zdarzyć, że dziecko jest nieślubne, chociaż jego ojcem jest terazniejszy lub były mąż jego matki. Jeżeli przyjmiemy taką różnicę między wymienionemi skargami, to *action en contestation de légitimité* w przypadku urodzenia dziecka po *maximum* ciąży, nie jest czystą, ponieważ mieści w sobie kwestję, którą możnaby nazwać kwestją „nie — ojcostwa męża“.

Wyżej mówiliśmy o przypadkach separacji i rozwodu, w których mąż ma *action en désaveu* przez prostą denegację. Przypadków tych nie należy mieszać z obecnie omawianym przypadkiem. Co do separacji rzecz jest jasna, bo ona nie wywołuje rozwiązania małżeństwa, a my tutaj mówimy o dziecku urodzonym po rozwiązaniu małżeństwa. Co do rozwodu, to we Francji mąż ma prawo zaprzeczyć ojcostwa przez prostą denegację, ale wedle ustawy z r. 1886, która mu to prawo dała, prawo to trwa tylko w czasie trwania procesu o rozwód, bo po wyroku orzekającym rozwód ma już zastosowanie art. 315.

b. Prawo austriackie i niemieckie.

W prawie austriackiem nie ma takiego postanowienia, jakie jest zawarte w art. 215 K. N. Prawo niemieckie jest tu zgodne z austriackiem. Dlatego wedle jednego i drugiego, dziecko, które przyszło na świat po *maximum* ciąży po rozwiązaniu małżeństwa jest *ipso jure* nieślubne. Porównanie dat wystarczy, aby je w księgach zapisać jako nieślubne. Wskutek tego i w jednym i drugim powstaje potrzeba skarg dziecka o ustalenie ślubności, a nie skarg osób interesowanych o zaprzeczenie ślubności.

W prawie austriackiem dziecko, wnoszące skargę o ustalenie ślubności, opiera ją albo na „nadzwyczajnym przypadku“ z § 157 k. c. a. albo w razie rozwodu na fakcie, że małżonkowie połączyli się na nowo (dekret z r. 1835), albo w razie rozwodu na fakcie, że mąż obcował z żoną w krytycznym czasie albo wreszcie w razie rozwodu na fakcie uznania dziecka przez męża. Skarga służy tylko dziecku i nie przedawnia się.

W prawie niemieckiem skargę o ustalenie ślubności ma dziecko i matka. „Nadzwyczajny przypadek“ z § 157 k. c. a. znany jest kodeksowi niemieckiemu. O uznaniu mówi § 1598 k. c. n., że może nastąpić „po urodzeniu dziecka“ Kodeks niemiecki musiał to powiedzieć, bo skargę o uznanie może wnieść i matka, prawo austriackie daje tę skargę tylko dziecku, wskutek czego postanowienie takie jest zbyt czynnem. Powrót do wspólności i obcowanie w czasie krytycznym (oczywiście w razie rozwodu) są również w prawie niemieckiem podstawą skargi o ustalenie.

5. Dwóch ojców.

Jeżeli żona, przed upływem czasu nakazanego ustawą

(§ 120 k. c. a. 1313 k. c. n.), po rozwiązaniu pierwszego małżeństwa, weszła w powtórne związki małżeńskie, zdarzyć się może, że dziecko, które przyjdzie na świat, będzie mogło, wedle „domniemań“ być ustalone, jako dziecko z pierwszego lub jako dziecko z drugiego małżeństwa. Prawo austriackie i prawo francuskie nie rozstrzygają tego przypadku, pierwsze z nich każe tylko w § 121 k. c. a. ustanowić w takim przypadku kuratora dla zastępstwa praw dziecka. W literaturze spotykamy różne pomysły, jak, że ojca wybiera wówczas sąd lub kurator. Natomiast kodeks niemiecki rozstrzyga rzecz stanowczem cięciem: w § 1600 wyraźnie oznacza, kiedy pierwszy, a kiedy drugi mąż jest ojcem dziecka (dniem krytycznym jest 270 dzień po rozwiązaniu małżeństwa). Płonną jest krytyka, że ten termin jest dowolny i nie odpowiada faktycznemu stanowi. Przez rozstrzygnięcie to bowiem czyni się zadość wyższemu postulatowi, a mianowicie postulatowi porządku. Dla nas jest to jeden dowód więcej, że prawo rodzinne ma pierwiastek publiczny, który zawsze napełniał i będzie napełniać wątpliwościami nie chcących się dać nakłonić, że w prawie decydują fakty, ale fakty już przez prawnika przetworzone.

F. Pószukiwanie matki.

Fakt, że kodeks niemiecki i austriacki nie zawierają przepisów o dochodzeniu macierzyństwa, a natomiast w kodeksie Napoleona i w kodeksie Kr. pol. mieszczą się w art. 319 do 330 k. n., 279 do 290 k. c. Kr. pol., rzuca charakterystyczne światło na stanowisko tych kodeksów w kwestji aktu urodzenia. Nim jednak tę uwagę uzasadnimy, zbadajmy znaczenie tych przepisów.

Już wyżej powiedzieliśmy, że skargę en reclamation d'état, która opiera się właśnie na zacytowanych przepisach, można wnieść tylko wówczas, gdy dziecko nie ma aktu urodzenia. Wyliczyć można następujące przypadki:

1. Dziecko nie ma aktu urodzenia, bo np. nie zostało — z jakiegokolwiek powodu — zapisane do ksiąg stanu cywilnego.
2. Dziecko ma akt urodzenia, a nie ma posiadania, jednak akt ten jest sfałszowany. W gruncie rzeczy więc aktu nie posiada.
3. Dziecko ma akt urodzenia i posiadanie, ale jedno sprzeciwia się drugiemu, akt urodzenia bowiem jest sfałszowany. Jest wówczas tak, jak pod 1., to jest dziecko nie ma aktu urodzenia.
4. Dziecko nie ma aktu urodzenia, ale ma posiadanie, które jednak nie odpowiada stanowi, któryby zachodził, gdyby akt urodzenia istniał.

5. Dziecko nie ma ani aktu urodzenia ani posiadania.

Tylko więc wówczas, gdy dziecko nie ma metryki, wchodzi w grę posiadanie stanu dziecka ślubnego i dowód ze świadków na dwa fakty, decydujące o macierzyństwie: na poród i na identyczność dziecka.

Dlaczego kodeks Napoleona i idący za nim Kodeks cywilny Królestwa polskiego musiały zamieścić przepisy o macierzyństwie? Dlatego, że aktowi urodzenia nadają samodzielne znaczenie, że wogóle akt urodzenia czynią podstawą w kwestji pochodzenia. Bez aktu urodzenia człowiek nie ma stanu cywilnego. Jeżeli więc — z jakiegokolwiek powodu — zachodzi brak aktu urodzenia, to nieodzowną rzeczą jest zastąpienie go czem innem. Jeżeli więc kodeks Napoleona miał być logicznym, to logika musiała redaktorów doprowadzić do tego rezultatu. Natomiast jeżeli w kwestji pochodzenia akt urodzenia nie jest pierwszym i ostatnim słowem, jeżeli np. jak w Austrii, zapisanie dziecka jako nieślubne, nie wyklucza jeszcze skargi męża o ustalenie tej nieślubności (np. orzeczn. G. U. W. VIII, 2920), to oczywiście zamieszczenie tego rodzaju przepisów w kodeksie cywilnym, jak art. 319—330 K. N., nie jest logiczną koniecznością.

K. N. i k. c. Kr. p. zawierają o takiej skardze o macierzyństwo (będącej skargą *en réclamation d'état*) pewne odrębne przepisy i to — z pewnością — usprawiedliwiałoby unormowanie jej w kodeksie cywilnym, ale logiczną koniecznością staje się umieszczenie takich czy innych norm, ale mających za przedmiot reklamację stanu, tylko wówczas, gdy się aktowi urodzenia nadaje znaczenie, któreśmy wyżej określili. Kodeks Napoleona jest też konsekwentny, bo w razie sprzeczności aktu urodzenia z posiadaniem decydującym jest akt urodzenia, bo w razie zgodności aktu urodzenia z posiadaniem nie ma siły, któraby zaprzeczenie zdołała przeprzeć (art. 322 ust. 2 K. N. z art. 282 drugie zdanie k. c. Kr. p.), bo wreszcie — i to jest najbardziej interesujące — nikt nie może reklamować stanu, któryby był przeciwny aktowi urodzenia zgodnemu z posiadaniem (art. 322 ust. 1 K. N. i art. 282 pierwsze zdanie k. c. Kr. p.). Kodeks Napoleona — mówimy — jest konsekwentny, bo w tych wszystkich ewentualnościach, które wyliczyłem, istnieje akt urodzenia i decyduje.

Znaczenie przepisów zawartych w art. 319 do 330 K. N. i 279 do 290 k. c. Kr. p. polega:

a) na tem, że dowód ze świadków może być dopuszczony tylko wtedy, gdy istnieje „początek dowodu“ na piśmie lub zachodzą indycje, że przeto w kwestji dowodu macierzyństwa (poród i identyczność dziecka) dopuszczenie do dowodu świadków jest zawisłem od pewnych założeń, co jest przeciwnem postanowieniom procedury cywilnej;

b) że ów „początek dowodu“, należący z natury swej do indycjów, i fakty stanowiące w ogóle indycja, nie są samoistnym dowodem, ale tylko założeniem, wstępem, przygotowaniem do właściwego dowodu, którym jest dowód ze świadków, a takie ustosunkowanie dowodów nie jest również normalnem w procedurze cywilnej;

c) że wreszcie pisma spełniają swe zadanie, chociaż pochodzą od osób trzecich, co również mie odpowiada normalnemu postępowaniu sądowemu.

Ani w prawie austriackiem ani w prawie niemieckiem niema podobnych postanowień. Dowód macierzyństwa przeprowadza się wszystkimi środkami dowodowymi i ocenia się go wedle ogólnych przepisów proceduralnych. (Co do prawa austriackiego, p. np. orzec. G. U. W. 1136, 7780. 8410, 9962. Z pierwszego z nich — G. U. W. 1136 — wyjmujemy charakterystyczne zdanie, tylekroć przez nas — wprowadzie w inny sposób — powtarzane: „Kościelna metryka dostarcza dowodu tylko na fakt przyjęcia do gminy chrześcijańskiej, ale nie dowodzi niczego w kwestji pochodzenia“).

Prawo francuskie z powodów, któreśmy już parokrotnie wyłuszczyli, zamieściło przepisy o skardze o macierzyństwo w prawie familijnem, a w niem zestawilo tę skargę ze skargą o reklamację stanu, gdy idzie o pochodzenie ze strony ojca, Artykuły 319 do 330 K. N. i 279 do 290 k. c. Kr. p. są tak zredagowane, że odnoszą się i do ojca i do matki. O ile idzie o ojca tośmy wyżej wykazali, kiedy taka skarga en réclamation d'état może mieć miejsce (koniecznym jest brak metryki). O ile idzie, o matkę, wykazujemy obecnie, jak się rzecz ma ze skargą o macierzyństwo. W obydwóch przypadkach brakuje metryki. Prawo austriackie i niemieckie nie troszczą się o istnienie lub nieistnienie metryki i dlatego skargi, o ile idzie o ojca, zbudowało na całkiem innych podstawach, o ile zaś idzie o matkę, nie widzi powodu wydawać specjalnych przepisów i każe działać ogólnym postanowieniom.

Skarga o macierzyństwo jest skargą en réclamation d'état, o ile ją wnosi dziecko, jeżeli jednak trzecie osoby zaprzeczają macierzyństwa, to jest to skarga en contestation d'état. Jest to trzeci rodzaj skargi en contestation. Dwa poznaliśmy już wyżej, tj. action en desaveu i action en contestation de légitimité.

II. Stosunki prawne między rodzicami a dziećmi ślubnemi

A. Obowiązujące przepisy.

1. Prawo austriackie.

Wspólne prawa i obowiązki dzieci.

§ 139. Rodzice obowiązani są w powszechności wychowywać swoje ślubne dzieci, to jest mieć staranie o ich życie i zdrowie, tudzież o przyzwoite dla nich utrzymanie, rozwijać ich fizyczne i umysłowe władze, a przez naukę religji i pożytecznych wiadomości, założyć podstawę do przyszłego ich szczęścia.

§ 140. W jakiej religji ma być wychowane dziecko, którego rodzice różnego są wyznania, i w jakim wieku może dziecko

przejsć do innej religji różniącej się od tej, w której wychowaniem było, postanowione jest w przepisach politycznych.

§ 141. Szczególnie ojca jest obowiązkiem starać się o utrzymanie dzieci dopóty, dopóki same wyżywić się nie będą w stanie. Staranie względem ciała i zdrowia dzieci jest głównie obowiązkiem matki.

§ 142. Jeżeli w razie rozwodu lub separacji od stołu i łóża małżonkowie nie zawarli za zgodą (Zustimmung) sądu umowy o pieczę (Pflege) i wychowanie dzieci, to sąd z uwzględnieniem szczególnych stosunków danego przypadku, ze zwróceniem uwagi na interesy dzieci, na zawód, indywidualność (Persönlichkeit) i właściwości małżonków, tudzież na przyczyny rozdziału lub separacji, rozstrzygnie, czy wszystkie lub które dzieci należy pozostawić ojcu lub matce. Drugi małżonek zatrzymuje mimo tego możność osobistego stosunku z dzieckiem (verkehren). Sąd może ten stosunek bliżej określić. Koszta wychowania ma ponosić ojciec.

W razie zmiany stosunków może sąd bez względu na swoje poprzednie zarządzenia lub umowy małżonków wydać nowe w interesie dzieci konieczne zarządzenia.

§ 143. Jeżeli ojciec nie ma majątku, o utrzymanie dzieci, a w razie śmierci ojca o ich wychowanie w ogólności powinna się starać przed wszystkimi innymi matka. Jeżeli matka już nie żyje, lub nie ma majątku, obowiązek ten przechodzi na ojczystego dziada i babkę, a po nich na macierzystego dziada i babkę.

§ 144. Rodzice mają prawo w porozumieniu ze sobą kierować działaniami swych dzieci; dzieci winne im są uszanowanie i posłuszeństwo.

§ 145. Rodzice mają prawo dzieci zabłąkane wyszukiwać, wydania zbiegłych żądać i uciekające z pomocą zwierzchności przyprowadzać. Mają także rodzice prawo karać dzieci w sposób umiarkowanym i zdrowiu nieszkodliwym, jeżeli są nieobyczajne, nieposłuszne, lub jeżeli spokojność i porządek domowy zakłócają.

§ 146. Dzieci otrzymują nazwisko swego ojca, jego herb i wszelkie inne prawa jego familji i stanu, z wyłączeniem praw osobistych.

Szczególne prawa ojca: władza ojcowska.

§ 147. Prawa, które wyłącznie służą ojcu, jako głowie familji, stanowią władzę ojcowską.

Skutki jej:

a) ze względu na wybór stanu dzieci;

§ 148. Ojciec może swoje niedojrzałe jeszcze dziecię przysposabiać do takiego stanu, jaki dla niego za stosowny uważa; lecz jeżeli dziecię już dojrzałe chęć swoją do innego, więcej skłonnościom i zdolnościom swoim odpowiedniego powołania, bezskutecznie ojcu przedkładało, natenczas może wnieść żąda-

nie do zwyczajnego sądu, który mając wzgląd na stan, majątek i powody przez ojca przytaczane, orzeczenie swoje w tym przedmiocie powinien wydać z urzędu.

b) ze względu na majątek;

§ 149. Wszystko, co dzieci jakimkolwiek sposobem prawnym nabywają, jest ich własnością; dopóki jednak zostają pod władzą ojcowską, zarząd należy do ojca. Jeżeli zaś ojciec niezdolnym jest do zarządu, lub jeżeli wyłączonym został od niego przez osoby, od których dzieci majątek otrzymały, sąd powinien wyznaczyć innego zarządcę.

§ 150. Z przychodów takiego majątku, o ile te wystarczają, powinny być zaspakajane koszta wychowania. Przewyżka dochodów, jaka się pokaże, powinna być na procent umieszczoną i rachunek z niej corocznie składanym. Ojciec od składania rachunków wtenczas tylko może być uwolniony i przewyżka do wolnego jego użycia zostawioną, kiedy jest nieznaczną. Jeżeli ten, od którego dziecię majątek otrzymało, dozwolił ojcu użytkowania z niego, przychody pomimo tego zawsze są funduszem utrzymania dziecka stanowi jego odpowiedniego i z uszczerbkiem tego utrzymania nie mogą być przez wierzycieli ojca aresztowanemi.

§ 151. Dziecko małoletnie, lecz przez rodziców nie utrzymywane, może tem wszystkiem, co przez swoją pilność nabędzie, tudzież rzeczami danemi mu do użycia po dojściu do dojrzałości, dowolnie rozporządzać.

c) ze względu na zobowiązania dzieci.

§ 152. Dzieci znajdujące się pod władzą ojcowską nie mogą zaciągać żadnego ważnego zobowiązania bez wyraźnego lub przynajmniej milczącego zezwolenia ojca. Dziecko jednak, które nie jest na wyżywieniu u rodziców (ausser der Verpflegung der Eltern), może się samodzielnie przez umowę zobowiązać do usług. Do takich zobowiązań tudzież wogóle do zobowiązań małoletnich należy stosować to, co w następnym rozdziale (§§ 246 do 248) jest postanowionem o zobowiązujących czynnościach osób znajdujących się pod opieką. Ojciec ma także obowiązek zastępowania swoich małoletnich dzieci.

§ 153. Przepisy, które mają być zachowane, aby małżeństwo małoletniej osoby było ważnem, zawarte są w poprzedzającym rozdziale (§ 49 i następne).

§ 154. Ponoszenie kosztów na wychowanie dzieci, nie daje rodzicom prawa do majątku później przez dzieci nabytego. Jeżeli jednak rodzice popadną w niedostatek, dzieci obowiązane są przyzwolcie ich utrzymywać.

Zgaśnięcie władzy ojcowskiej nad dziećmi.

§ 172. Władza ojcowska ustaje natychmiast z pełnoletnością dziecka, jeżeli trwanie tej władzy z przyczyn prawnych na żądanie ojca, nie zostanie przez sąd przedłużonem i to przedłużenie do wiadomości publicznej podanem.

§ 173. Prawnemi przyczynami, dla których przedłużenia władzy ojcowskiej można sądownie żądać, są: jeżeli dziecię mimo pełnoletności, dla wad ciała lub umysłu nie jest w stanie samo się wyżywić i mieć o interesach swoich starania; albo gdy w czasie małoletności wielkie pozaciągało długi lub dopuściło się takich uchybień, z powodu których jeszcze dłużej pod ścisłym dozorem ojca musi być trzymane.

§ 174. Przed ukończeniem nawet lat dwudziestu czterech mogą dzieci wyjść z pod władzy ojcowskiej, jeżeli je ojciec za zezwoleniem sądu wyraźnie usamowolni, lub synowi mającemu lat dwadzieścia dozwoli prowadzić własne gospodarstwo.

§ 175. Jeżeli córka małoletnia idzie za mąż, przechodzi wprawdzie co do swej osoby pod władzę męża (§ 91 i 92); lecz ze względu na majątek, ojciec ma prawa i obowiązki kuratora aż do jej pełnoletności. Żona wraca pod władzę ojcowską, jeżeli mąż umiera w ciągu jej małoletności.

§ 176. Jeżeli ojciec stracił rozum, jeżeli uznanym jest za marnotrawcę lub skazanym za zbrodnię na karę więzienia więcej, niż na rok jeden; jeżeli wydała się samodzielnie z kraju, albo jeżeli jest nieobecny dłużej, aniżeli przez rok, i żadnej o swoim pobycie nie daje wiadomości; naówczas władza ojcowska ustaje i ustanawia się opiekuna. Po ustaniu powyższych przeszkód, ojciec wraca znowu do swej władzy.

§ 177. Ojcowie zamierzający w zupełności żywienia i wychowania dzieci swoich, utracają władzę ojcowską na zawsze.

§ 178. Jeżeli ojciec nadużywa swej władzy, lub nie wypełnia związanych z nią obowiązków, lub staje się winnym niehonorowego (ehrlös) lub niemoralnego postępowania, to wówczas nie tylko samo dziecko, lecz każdy, który ma o tem wiadomość, szczególnie najbliżsi krewni, mogą wezwać pomocy sądu. Sąd winien zbadać przedmiot zażalenia i wydać rozporządzenia stosownie do okoliczności; w szczególności sąd może zarządzić, aby co do zarządu majątkiem lub co do pieczy (Fürsorge) o osobę dziecka, rozciągniętym był nadzór sądowy nad ojcem i aby go traktowano na równi z opiekunem.

§ 178 a. Jeżeli zakład lub stowarzyszenie dla ochrony lub pieczy nad dziećmi (Kinderschutz oder Kinderpflege) objął utrzymanie i wychowanie dziecka, na którym popełniono nadużycia, które jest opuszczone lub zaniedbane lub nad którym rodzice nie wykonywają koniecznego nadzoru i nie dają mu wychowania, to sąd opiekuńczy może na wniosek zakładu lub stowarzyszenia, po zbadaniu przypadku i wysłuchaniu rodziców orzec, że dziecko może być zakładowi odebraniem wbrew ich woli przed ukończeniem wychowania tylko za zezwoleniem sądu.

2. Kodeks cywilny Królestwa Polskiego.

Art. 219. Żona za zezwoleniem męża, a gdyby nie zezwolił, za upoważnieniem sądu, może czynić udział z nieruchomości dzieciom, któreby miała z poprzedniego małżeństwa; lecz jeżeli

mężowi służy użytkowanie, a żona tylko od sądu ma upoważnienie, w takim razie mąż zostaje przy użytkowaniu, bez uszczerbku jednak alimentów, któreby się dziecku udział biorącemu należały.

O obowiązkach z małżeństwa wynikających.

Art. 236. Dziecię nosi nazwisko ojca.

Art. 337. Małżonkowie przez samo zawarcie małżeństwa biorą na siebie wspólny obowiązek żywienia, utrzymywania i wychowania dzieci swoich.

Jednak ani ojciec, ani matka, nie są obowiązani za życia odstępować dzieciom majątku swego.

Art. 238. Dzieci obowiązane są dawać alimenty rodzicom i innym wstępnym w potrzebie zostającym.

Art. 239. Podobnież zięć i synowie powinni w takimże przypadku dawać alimenty rodzicom żon swoich i mężów, ale obowiązek ten ustaje:

1-mo gdy matka męża lub żony weszła w nowe związki małżeńskie;

2-do gdy ten z małżonków, przez którego powinowactwo zaszło, i dzieci z ich małżeństwa zrodzone nie żyją.

Art. 240. Obowiązki z przepisów art. 238 i 239 wynikające są wzajemne.

Art. 241. Obowiązek krewnych jest bliższym, aniżeli powinowatych. Między krewnymi bliższy jest obowiązek bliższych co do stopnia, a między równie blizkimi co do stopnia bliższy wstępnym, aniżeli zstępnych.

Krewni i powinowaci dalszy obowiązek mający, wtenczas tylko do dawania alimentów są obowiązani, gdy krewni i powinowaci bliżej obowiązani w niemożności zostają.

Art. 242. Alimenty dostarczane być powinny tylko w stosunku do potrzeb osób, prawo do nich mających, i w stosunku do majątku obowiązanych je dawać.

Art. 243. Gdy albo dający albo pobierający alimenty do takiego przyjdzie stanu, że albo tamten nie będzie w możności wydawania, albo ten nie będzie ich całkiem lub w części potrzebował, natenczas zniesienie lub zmniejszenie obowiązku tego żądane być może.

Art. 244. Jeżeli osoba do dawania alimentów obowiązana usprawiedliwia, że nie jest w stanie płacenia pensji alimentarnej, sąd po rozpoznaniu stanu rzeczy, może jej nakazać, ażeby osobę, której się alimenty należą, do siebie na mieszkanie przyjęła, onę żywiła i utrzymywała.

Art. 245. Sąd postanowi również, czyli ojciec lub matka, ofiarując przyjąć do swego mieszkania, żywić i utrzymywać dziecko, któremu się alimenty należą, mają być w tym przypadku wolni od płacenia pensji alimentarnej.

O władzy rodzicielskiej.

Art. 336. Dziecię w każdym wieku winno cześć i uszano-

wanie ojcu swemu i matce, i zostaje pod władzą swych rodziców aż do pełnoletności albo usamowolnienia swego.

Art. 337. W ciągu pożycia małżeńskiego, oboje rodzice sprawują władzę rodzicielską; w razie jednak różności zdań, zdanie i wola ojca przeważa.

Art. 338 Dziecię nie może opuszczać domu rodzicielskiego bez pozwolenia rodziców, którzy mają prawo dziecię z domu ich uchodzące poszukiwać i za pomocą władz krajowych odbierać.

Art. 339. Rodzice, mając powody nieukontentowania z postępku swych dzieci, mogą karcić je sposobem zdrowiu ich i postępowi w naukach nieszkodliwym. Rodzice jednak, nadużywający swej władzy sposobem zdrowiu dzieci szkodliwym, powinni być przez sąd ziemski przy zamkniętych drzwiach napomnieni, i na drogę łagodniejszego obchodzenia się naprowadzeni. Za powtórne wykroczeniem, a nawet w miarę obciążających okoliczności i grożącego niebezpieczeństwa ma im być władza rodzicielska za pierwszym wykroczeniem przez wyrok sądowy odjęta, a opieka nad dzieckiem lub dziećmi komu innemu na koszt wykraczającego ojca lub matki poruczona.

Art. 340. W przypadku przekroczeń rodziców, w artykule poprzedzającym wyrażonych, mocni są bliżsi krewni prokuratorowi królewskiemu przy właściwym sądzie ziemskim donieść.

Prokuratora królewskiego obowiązkiem będzie takowe doniesienie śledzić, dowody sprawdzić, i o ile można najprędzej sądowi, albo potrzebę tłumaczenia się oskarżonego ojca lub matki, albo odrzucenie doniesienia, przy zamkniętych drzwiach przedstawić.

Jeżeli sąd uzna potrzebę tłumaczenia się oskarżonego ojca lub matki, wezwie go do złożenia takowego osobiście, a po rozpoznaniu doniesienia i tłumaczenia lub samego tylko doniesienia, jeżeli tłumaczenia nie daje, albo odrzuci doniesienie, albo oskarżonemu ojcu lub matce da napomnienie, albo na koniec prześle akta prokuratorowi królewskiemu przy swym sądzie, w celu zapoznania oskarżonego, a w razie potrzeby przypozwania tego krewnego, który donosił, i wprowadzenia przeciw oskarżonemu sprawy o pozbawienie władzy rodzicielskiej. Sąd ziemski wyda wyrok, z wolnem, tak prokuratorowi, jako i oskarżonemu ojcu i matce do apelacji odwołaniem się. Wszystko to przy zamkniętych drzwiach odbywać się będzie.

Wykonania wyroku prokurator dopilnuje.

Art. 341. W czasie trwania małżeństwa ojciec jest rządcą majątku osobistego swych dzieci małoletnich. Winien ich zastępować we wszystkich czynnościach cywilnych. Jest odpowiedzialnym i winien zdać sprawę co do własności ich majątku, a nawet co do przychodów tak dalece, jak dalece użytkowanie jemu nie służy.

Art. 342. W ciągu małżeństwa ojciec, po rozwiązaniu onego

przez śmierć pozostały przy życiu ojciec lub matka, a po rozwiązaniu przez uznanie nieważności małżeństwa lub przez rozwód, albo po rozłączeniu co do stołu i łoża bez ograniczenia czasu, to z rodziców, któremu opieka zostanie poruczona, będą mieli użytkowanie majątku dzieci swoich dopóty, dopóki władza ich rodzicielska trwać będzie.

W przypadku bezwłasnowolności ojca, tudzież w razie pozbawienia go władzy ojcowskiej, użytkowanie matce służy dopóty, dopóki władza jej rodzicielska trwać będzie.

Art. 343. Ciężary użytkowania tego są następujące:

1-mo wszystkie te, do których wogóle użytkujący są obowiązani;

2-do żywienia, utrzymywanie i wychowanie dzieci, podług ich majątku;

3-tio opłata czynszów, procentów, od kapitałów i innych należności;

4-to koszta pogrzebowe i nakłady na ostatnią chorobę tego, po którym dziecię spadek odziedziczyło.

Art. 344. Użytkowanie takowe nie może się rozciągać do majątku dzieci, przez ich oddzielną pracę lub przemysł nabytego, ani do danego lub testamentem zapisanego pod wyraźnym warunkiem, że ojciec ich i matka nie mają z niego użytkować.

3. Prawo niemieckie.

Obowiązek alimentowania.

Krąg krewnych obowiązanych do alimentacji.

§ 1601. Krewni w prostej linii są zobowiązani dostarczać sobie wzajemnie utrzymania.

Uprawnienie.

§ 1602. Uprawnionym do pobierania alimentów jest tylko ten, kto nie jest w stanie sam się utrzymać.

Małoletnie dziecko stanu wolnego może, chociaż ma majątek, żądać od rodziców utrzymania o tyle, o ile dochody jego majątku i dochód z jego pracy nie wystarczają do utrzymania.

Zobowiązanie.

§ 1603. Nie jest obowiązany do dostarczania alimentów ten, kto przy uwzględnieniu jego innych zobowiązań nie jest w stanie dostarczać utrzymania bez narażenia swego własnego odpowiadającego stanowi utrzymania.

Jeżeli w tem położeniu znajdują się rodzice, to są wobec swoich małoletnich stanu wolnego dzieci zobowiązani do równomiernego używania wszystkich rozporządzalnych środków na swoje i na utrzymanie dzieci. To zobowiązanie nie ma miejsca, jeżeli istnieje inny obowiązany do dostarczania alimentów krewny; nie ma także miejsca wobec dziecka, którego utrzymanie może być pokryte ze substancji jego majątku.

Wpływ ustroju majątkowego małżeńskiego (Güterstand).

§ 1604. O ile obowiązek dostarczania alimentów, ciążyący na żonie wobec jej krewnego zależy od tego, że jest w stanie do-

starczać utrzymania, to nie uwzględnia się służącego na dobrach wniesionych zarządu i użytkowania.

Jeżeli zachodzi ogólna wspólność dorobku lub wspólność ruchomości, to alimentacyjny obowiązek męża lub żony wobec krewnych określa się, jak gdyby masa wspólna należała do małżonka zobowiązanego do dostarczania alimentów. Jeżeli znajdują się potrzebujący alimentów krewni obydwóch małżonków, to utrzymanie należy z masy wspólnej tak dostarczać, jak gdyby potrzebujący utrzymania stali do obydwóch małżonków w tym stosunku pokrewieństwa, na którym polega alimentacyjny obowiązek utrzymania małżonka zobowiązanego.

Wpływ rodzicielskiego użytkowania.

§ 1605. O ile alimentacyjny obowiązek małoletniego dziecka wobec jego krewnych zależy od tego, że jest w stanie dostarczyć utrzymania, o tyle nie uwzględnia się rodzicielskiego użytkowania na majątku dziecka.

Kolej zobowiązanych.

§ 1606. Potomkowie są zobowiązani do dostarczania alimentów przed krewnymi linii wstępnej. Alimentacyjny obowiązek potomków oznacza się wedle ustawowego porządku dziedziczenia i wedle stosunków części spadkowych.

Wśród krewnych linii wstępnej odpowiadają bliżsi przed dalszymi, kilku równie blizkich odpowiada w równych częściach. Ojciec odpowiada jednak przed matką; jeżeli użytkowanie na majątku dziecka służy matce, to matka odpowiada przed ojcem.

§ 1607. O ile krewny nie jest na podstawie § 1603 zobowiązany do dostarczania utrzymania, to odpowiadający po nim krewny ma dostarczać utrzymania.

Tak samo rzecz się ma, jeżeli prawne dochodzenie przeciwko krewnemu jest w państwie niemieckiem (im Inland) wykluczone lub znacznie utrudnione. Roszczenie przeciwko takiemu krewnemu przechodzi, o ile inny krewny dostarcza utrzymania, na niego. Przejście nie może być dochodzone na szkodę uprawnionych do utrzymania.

Odpowiedzialność małżonka.

§ 1608. Małżonek potrzebującego utrzymania odpowiada przed jego krewnymi. Krewni odpowiadają jednak przed małżonkiem, o ile małżonek przy uwzględnieniu jego innych zobowiązań nie jest w stanie dostarczać utrzymania bez narażenia swojego własnego odpowiadającego stanowi utrzymania. Przepisy § 1607 ust. 2-gi mają odpowiednie zastosowanie.

Taksamo ma się rzecz z rozwiedzionym obowiązany do dostarczania alimentów małżonkiem, tudzież z małżonkiem, który jest obowiązany do dostarczania alimentów wedle § 1351.

Pierwszeństwo kilku potrzebujących utrzymania.

§ 1609. Jeżeli jest kilku potrzebujących utrzymania, a zobowiązany do dostarczania go nie jest w stanie dostarczyć go wszystkim, to wśród nich potomkowie idą przed krewnymi

linji wstępnej, wśród krewnych ci, którzy w razie sukcesji ustawowej byliby powołani, jako dziedzice, idą przed resztą potomków, wśród krewnych linji wstępnej idą bliżsi przed dal- szymi.

Małżonek stoi na równi z małoletnimi dziećmi stanu wolnego. Wypredza inne dzieci i resztę krewnych. Rozwiedziony małżonek, tudzież małżonek, który na podstawie § 151 jest uprawniony do żądania alimentów, wypredza pełnoletnie, lub znajdujące się w stanie małżeńskim dzieci i resztę krewnych.

Miara, treść (Inhalt) roszczenia o alimenty.

§ 1610. Miarę mającego się dostarczyć utrzymania oznacza się wedle stanowiska życiowego (Lebensstellung) tego, który potrzebuje utrzymania (utrzymanie odpowiadające stanowi).

Utrzymanie obejmuje wszystkie potrzeby życia (den gesamten Lebensbedarf), u osoby, która potrzebuje wychowania, obejmuje także koszt wychowania i koszt przygotowania do zawodu.

Konieczne utrzymanie.

§ 1611. Kto popadł w niedostatek przez własną moralną winę, ten może żądać tylko koniecznego utrzymania.

Takiemu samemu ograniczeniu podlega roszczenie o utrzymanie potomków, rodziców i małżonka, jeżeli są winnymi takiego ujemnego czynu (Verfehlung), który zobowiązanego do dania utrzymania uprawnia do pozbawienia ich zachowku. Takiemu samemu ograniczeniu podlega również roszczenie o utrzymanie dziadów i dalszych przodków, jeżeli co do nich zachodzą założenia, na podstawie których dzieci są uprawnione do odebrania rodzicom zachowku.

Potrzebujący utrzymania nie może, wskutek ograniczenia swego roszczenia wedle tych przepisów podnosić roszczenia przeciwko innym zobowiązanym do dostarczania utrzymania.

Sposób dostarczania utrzymania.

§ 1812. Utrzymania należy dostarczać przez płacenie renty pieniężnej. Zobowiązany może żądać, aby mu zezwolono dostarczać utrzymania w inny sposób, jeżeli szczególne powody to usprawiedliwiają.

Jeżeli rodzice mają dostarczać utrzymania dziecku stanu wolnego, to mogą oznaczyć, w jaki sposób i na jaki czas na- przód utrzymanie ma być dostarczane. Na wniosek dziecka może sąd opiekuńczy zmienić ze szczególnych powodów ozna- czenie dokonane przez rodziców.

Zresztą mają zastosowanie przepisy § 760.

Późniejsze żądanie za czas przeszły.

§ 1613. Za czas przeszły uprawniony może żądać wypeł- nienia lub wynagrodzenia szkody z powodu niewypełnienia tylko od tego czasu, w którym zobowiązany popadł w zwłokę lub roszczenie o utrzymanie weszło na drogę prawa.

Zrzeczenie się. Zaliczka.

§ 1614. Nie można się zrzec utrzymania na przyszłość.

Przez zaliczkę staje się uprawniony w razie, jeżeli uprawniony popadł nanowo w niedostatek, zwolnionym tylko na czas oznaczony w § 760 ust, 2-gi lub, gdyby on sam miał ten czas oznaczać, na czas odpowiadający okolicznościom.

Śmierć uprawnionego lub zobowiązanego.

§ 1615. Roszczenie o utrzymanie gaśnie ze śmiercią uprawnionego lub zobowiązanego, o ile to roszczenie nie odnosi się do wypełnienia lub do wynagrodzenia szkody z powodu niewypełnienia za czas przeszły, lub o ile nie odnosi się do takich świadczeń, mających być naprzód uiszczonemi, które w czasie śmierci uprawnionego lub zobowiązanego są płatne.

W razie śmierci uprawnionego kosztą pogrzebu ma ponieść zobowiązany, o ile zapłacenie ich nie da się uzyskać od dziecka.

Czwarty tytuł.

Prawne stanowisko dzieci ślubnych.

I. Stosunek prawny między rodzicami a dzieckiem w ogólności.

§ 1616. Dziecko otrzymuje nazwisko rodzinne ojca.

Usługi wobec rodziców.

§ 1617. Dopóki dziecko przebywa w domu rodzicielskim i przez rodziców jest wychowywane i utrzymywane, dopóty jest obowiązane do usług wobec rodziców w ich gospodarstwie domowym i zarobkowym, w sposób odpowiadający jego siłom i jego stanowisku życiowemu.

Przyczynianie się dziecka do gospodarstwa domowego.

§ 1618. Jeżeli mieszkające w domu rodzicielskim pełnoletnie dziecko przyczynia się ze swego majątku do ponoszenia kosztów gospodarstwa lub jeżeli oddaje w tym celu rodzicom coś ze swego majątku, to w wątpliwości należy przyjąć, że nie zachodzi zamiar żądania zwrotu.

Zarząd majątku przez rodziców.

§ 1619. Jeżeli mieszkające w rodzicielskim domu pełnoletnie dziecko oddaje swój majątek całkowicie lub częściowo ojcu do zarządu, to ojciec może pobierać w czasie swojego zarządu dochody używać wedle swobodnego uznania, o ile użycie ich nie jest potrzebnem na pokrycie kosztów porządnego zarządu, lub na wypełnienie takich zobowiązań dziecka, które przy porządnym zarządzie bywają pokrywane z dochodów majątku. Dziecko może powziąć odmienne postanowienie.

Równe prawo służy matce, jeżeli dziecko jej oddaje swój majątek do zarządu.

Wyprawa (Aussteuer); obowiązek.

§ 1620. Ojciec jest obowiązany dać córce w razie jej zamężcia odpowiednią wyprawę do urzędzenia gospodarstwa, o ile jest w stanie uczynić to przy uwzględnieniu swych innych

zobowiązań bez narażenia swojego odpowiadającego stanowi utrzymania, a córka nie posiada wystarczającego do sprawienia wyprawy majątku. Takie samo zobowiązanie spada na matkę jeżeli ojciec nie jest w stanie dać wyprawy lub jeżeli umarł. Przepisy zawarte w § 1604 i 1607 ust. 2-gi mają odpowiednie zastosowanie.

Ustanie zokowiazania.

§ 1621. Ojciec i matka mogą odmówić wyprawy, jeżeli córka wychodzi za mąż bez potrzebnego rodzicielskiego zezwolenia.

To samo ma zastosowanie, jeżeli córka stała się winną ujemnego czynu (Verfehlung), który uprawnia zobowiązanego do odebrania jej zachowku.

§ 1622. Córka nie może żądać wyprawy, jeżeli od ojca lub matki otrzymała wyprawę, dla poprzedniego małżeństwa.

Nieprzenaszalność. Przedawnienie.

§ 1623. Roszczenie o wyprawę jest nieprzenaszalne. Przedawnia się w roku licząc od zawarcia małżeństwa.

Uposażenie (Ausstattung).

§ 1624. To, co ojciec lub matka dziecku ze względu na jego małżeństwo lub ze względu na uzyskanie samodzielnego stanowiska życiowego daje, celem założenia lub utrzymania gospodarstwa lub stanowiska życiowego, (uposażenie) uważa się nawet wówczas, gdyby nie istniało zobowiązanie, o tyle tylko za darowiznę, o ile uposażenie przewyższa miarę odpowiadającą okolicznościom, w szczególności stosunkom majątkowym ojca lub matki.

Zobowiązanie uposażającego do odpowiedzialności z powodu braku wyprawy lub z powodu wady rzeczy oznacza się wedle przepisów obowiązujących o obowiązku odpowiedzialności darowującego nawet o ileby uposażenie nie było uważane za darowiznę.

Uposażenie z majątku dziecka.

§ 1625. Jeżeli ojciec daje uposażenie dziecku, którego majątek podlega jego rodzicielskiemu lub opiekunczemu zarządowi, to w wątpliwości należy przyjąć, że to uposażenie daje z tego majątku. Przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do matki.

II. Władza rodzicielska.

Trwanie.

§ 1626. Dopóki dziecko jest małoletnie, znajduje się pod władzą rodzicielską.

1. Władza rodzicielska ojca.

Treść.

§ 1627. Ojciec ma z mocy rodzicielskiej władzy prawo i obowiązek dbać o osobę i o majątek dziecka.

Wyjątek.

§ 1628. Prawo i obowiązek pieczy o osobę i majątek dziecka, nie rozciąga się na sprawy, dla których ustanowiony jest kurator.

Różnice zdań między ojcem a kuratorem.

§ 1629. Jeżeli piecza nad osobą lub piecza nad majątkiem dziecka należy do kuratora, to w razie różnicy zdań między ojcem a kuratorem o dokonanie czynności dotyczącej tak osoby, jak majątku dziecka, rozstrzyga sąd opiekuńczy.

Zastępstwo dziecka.

§ 1630. Troska¹⁾ o osobę i o majątek obejmuje zastępstwo dziecka.

Zastępstwo nie służy ojcu o tyle, o ile opiekun, wykluczonym jest wedle § 1795 od zastępstwa pupila. Sąd opiekuńczy może odebrać ojcu zastępstwo wedle § 1796.

Troska o osobę.

§ 1631. Troska o osobę dziecka, obejmuje prawo i obowiązek wychowywania dziecka, nadzorowania go i oznaczania jego pobytu.

Ojciec może na podstawie prawa wychowywania zastosować do dziecka odpowiednie środki kary. Na jego wniosek winien sąd opiekuńczy poprzeć go przez użycie odpowiednich środków kary.

Wydanie dziecka.

§ 1632. Troska o osobę dziecka obejmuje prawo żądania wydania dziecka od każdego, który je ojcu bezprawnie zatrzymuje.

Troska o osobę zamężnych córek.

§ 1633. Jeżeli córka jest zamężna, to troska o jej osobę ogranicza się do zastępstwa w sprawach dotyczących jej osoby.

Prawa matki.

§ 1634. Obok ojca ma w czasie trwania małżeństwa matka prawo i obowiązek dbania o osobę dziecka; do zastępstwa dziecka nie jest uprawnioną; wyjątek zawiera przepis § 1685 ust. 1-szy. W razie różnicy zdań między rodzicami zdanie ojca ma pierwszeństwo.

Wpływ rozwodu.

§ 1635. Jeżeli małżeństwo zostało rozwiedzione z jednego z powodów określonych w §§ 1565 do 1568, to dopóki rozwiedzeni małżonkowie żyją troska o osobę dziecka służy w przypadku, gdy jeden tylko małżonek uznany jest za winnego, drugiemu małżonkowi. Jeżeli obaj małżonkowie uznani są za winnych, to troska o syna poniżej 6-ciu lat lub o córkę spada na matkę, o syna zaś, który przekroczył 6-ty rok życia spada na ojca. Sąd opiekuńczy może wydać inne zarządzenie, jeżeli ono jest wskazane w interesie dziecka ze szczególnych powodów; sąd opiekuńczy może takie zarządzenie znieść, jeżeli już nie jest potrzebne.

Prawo ojca do zastępstwa dziecka pozostaje nie naruszone.

§ 1636. Małżonek, do którego wedle § 1635 nie należy troska o osobę dziecka, zachowuje możność osobistego prze-

¹⁾ Wyraz „Sorge“ tłumaczą przez „piecza“ lub „troska“ lub „dbanie“.

stawania z dzieckiem. Sąd opiekuńczy może bliżej ten stosunek określić.

Wpływ powtórnych związków małżeńskich po uznaniu za zmarłego.

§ 1637. Jeżeli małżeństwo jest rozwiązane wedle § 1348 ust. 2gi, to co do troski o osobę dziecka ma zastosowanie to samo, jak gdyby małżeństwo było rozwiedzione, a obaj małżonkowie uznani za winnych.

Troska o majątek; zarząd majątku.

§ 1638. Prawo i obowiązek dbania o majątek dziecka, (zarząd majątku) nie rozciąga się do tego majątku, który dziecko uzyskuje na przypadek śmierci, lub który otrzymało między żyjącymi od osoby trzeciej, jeżeli spadkodawca przez rozporządzenie ostatniej woli, a trzecia osoba przy dawaniu majątku postanowiły, że nabytek ma być usunięty z pod zarządu ojca.

Z pod zarządu ojca usunięciem jest również to, co dziecko nabywa na podstawie należącego do takiego majątku prawa lub jako zwrot za zniszczenie, uszkodzenie lub odebranie należącego do majątku przedmiotu lub co nabywa przez czynność prawną, która się odnosi do tego majątku.

Ograniczenie przez zarządzenia trzecich osób.

§ 1639 Co dziecko na wypadek śmierci nabywa lub co mu między żyjącymi przez trzecią osobę pod tytułem darnym jest danem, to winno być przez ojca zarządzaniem wedle rozporządzeń spadkodawcy lub trzeciej osoby, jeżeli te rozporządzenia wydaje spadkodawca w rozporządzeniu ostatniej woli, lub jeżeli je trzecia osoba wydała przy darowiznie. Jeżeli ojciec nie wypełnia rozporządzeń, to sąd opiekuńczy winien chwycić się potrzebnych do ich przeprowadzenia środków.

Ojciec może od tych rozporządzeń o tyle odstąpić o ile to dozwolonem jest opiekunowi wedle § 1803 ust. 2, 3.

Obowiązek inwentaryzacji.

§ 1640. Ojciec winien podlegający jego zarządowi majątek dziecka, który istnieje w chwili śmierci matki lub który dziecku później przypadnie, spisać i spis, po zaopatrzeniu go zapewnieniem, że odpowiada rzeczywistości i że jest zupełnym, przesałać sądowi opiekuńczemu. Przy przedmiotach gospodarstwa domowego wystarczy podanie ogólnej wartości.

Jeżeli dostarczony spis jest niedostateczny, to sąd może zarządzić, aby spis był sporządzony przez właściwą władzę lub przez właściwego urzędnika lub notariusza. Zarządzenie takie jest niedopuszczalnem co do majątku, który dziecku przypada wskutek śmierci matki, jeżeli matka wykluczyła je przez rozporządzenie ostatniej woli.

Darowizny z majątku dzieci.

§ 1641. Ojciec nie może czynić darowizn w zastępstwie dziecka. Wyjątek stanowią darowizny, przez które spełnia się obowiązek moralny lub czyni się zadość względom przyzwoitości.

Lokata pieniędzy.

§ 1642. Ojciec winien znajdujące się w jego zarządzie pieniądze dziecka, nie naruszając przepisu zawartego w § 1653, ulokować na procent wedle §§ 1807, 1808 o lokacie pieniędzy pupilów, chyba że należy te pieniądze trzymać w pogotowiu na pokrywanie wydatków.

Sąd opiekuńczy może ze szczególnych powodów pozwolić ojcu na inną lokatę.

Przyzwolenie (Genehmigung) sądu opiekuńczego na akty prawne.

§ 1643. Do aktów prawnych przedsięwziętych dla dziecka potrzebuje ojciec zezwolenia sądu opiekuńczego w tych przypadkach, w których go potrzebuje opiekun wedle § 1821. ust. 1 nr. 1 do 3, ust. 2 i wedle § 1822 nr. 1, 3, 5, 8 do 11.

Przyzwolenia sądu opiekuńczego potrzebuje ojciec również do nieprzyjęcia dziedzictwa lub legatu tudzież do zrzeczenia zachowku. Jeżeli dziedzictwo lub legat przypada dziecku dopiero wskutek tego, że ojciec ich nie przyjął, to przyzwolenie sądu opiekuńczego wtedy tylko jest potrzebne, jeżeli ojciec był powołany obok dziecka.

Przepisy §§ 1825. 1828 do 1831 mają odpowiednie zastosowanie.

Przyzwolenie sądu opiekuńczego do oddania dziecku pewnych przedmiotów.

§ 1644. Ojciec nie może bez przyzwolenia sądu opiekuńczego oddać dziecku celem wypełnienia zawartego przez nie kontraktu lub do jego wolnej dyspozycji tych przedmiotów, do których pozbycia potrzebnem jest przyzwolenie sądu opiekuńczego.

Przyzwolenie sądu opiekuńczego na rozpoczęcie interesu zarobkowego.

§ 1645. Bez przyzwolenia sądu opiekuńczego nie może ojciec w imieniu dziecka rozpoczynać nowego interesu zarobkowego.

Surrogacja.

§ 1646. Jeżeli ojciec nabywa za zasoby dziecka rzeczy ruchome, to z chwilą ich nabycia przechodzi ich własność na dziecko, chyba że ojciec nie chce ich nabyć na rachunek dziecka. Odnosi się to w szczególności także do papierów na okaziciela i do papierów na zlecenie zaopatrzonych w indos in blanco.

Przepisy ust. 1. mają odpowiednie zastosowanie, jeżeli ojciec ze zasobów dziecka nabywa prawo na rzeczach określonego rodzaju lub inne prawo, do którego przeniesienia wystarczy kontrakt odstąpienia (Abtretungsvertrag).

Konkurs ojca.

§ 1647. Zarząd ojca kończy się z chwilą prawomocności uchwały, otwierającej konkurs na majątku ojca.

Po zniesieniu konkursu sąd opiekuńczy może ojcu na nowo oddać zarząd.

Zwrot nakładów.

§ 1648 Jeżeli ojciec we wykonywaniu swych obowiązków dotyczących osoby lub majątku dziecka czyni nakłady, które wedle okoliczności wolno mu uważać za potrzebne, to może żądać od dziecka zwrotu, o ile te nakłady nie są wpływem jego obowiązku.

Użytkowanie.

§ 1649. Z mocy władzy rodzicielskiej służy ojcu na majątku dziecka użytkowanie.

Wolny majątek.

§ 1650. Wykluczonemi od użytkowania (wolny majątek) są rzeczy przeznaczone do osobistego użytku dziecka, w szczególności suknie, stroje i narzędzia pracy.

§ 1651. Wolnym majątkiem jest:

1. To co dziecko nabędzie przez swoją pracę lub przez samodzielne prowadzenie interesu zarobkowego, który pozwolono mu prowadzić wedle paragrafu 112;

2. to, co dziecko nabędzie na przypadek śmierci lub co mu trzecia osoba między żyjącymi nieodpłatnie da, jeżeli spadkodawca przez rozporządzenie ostatniej woli, a trzecia osoba przy dawaniu postanowi, że majątek ma być wyłączony od użytkowania.

Przepisy zawarte w § 1638 ustęp 2-gi mają odpowiednie zastosowanie.

Nabycie pożytków.

§ 1652. Ojciec nabywa pożytki z zarządzanego przez siebie majątku w ten sam sposób i w tym samym zakresie, jak użytkowca.

Rzeczy zużywalne.

Rzeczy zużywalne należące do zarządzanego przez ojca majątku, może ojciec sprzedawać dla siebie lub zużywać, pieniądze jednak tylko za zezwoleniem sądu opiekuńczego. Jeżeli ojciec czyni z tego uprawnienia użytek, to po ukończeniu użytkowania, winien zwrócić wartość rzeczy; zwrot winien wcześniej nastąpić, jeżeli tego wymaga porządný zarząd majątku.

Ciężary użytkowania.

§ 1654. Ojciec winien ponosić ciężary z majątku podlegającego jego użytkowaniu. Jego odpowiedzialność określa się wedle przepisów zawartych w §§ 1384 do 1386, 1388 o stanie majątkowym zarządu i użytkowaniu. Do ciężarów należą także kosztą procesu prowadzonego dla dziecka, o ile nie obciążają wolnego majątku, tudzież kosztą obrony dziecka w skierowanym przeciwko niemu postępowaniu karnem, z zastrzeżeniem obowiązku dziecka do zwrotu w razie zasądzenia.

Pożytki interesu zarobkowego.

§ 1655. Jeżeli do majątku, na którym ojciec ma użytkowanie, należy prowadzony przez ojca w imieniu dziecka interes zarobkowy, to ojcu należy się tylko roczny czysty zysk, który

się okaże z prowadzenia interesu. Jeżeli w jednym roku okaże się strata, to zysk późniejszych lat przypada dziecku aż do wyrównania straty.

Pobór pożytków bez zarządu majątkiem.

§ 1656. Jeżeli ojcu nie służy zarząd majątkiem, na którym ma użytkowanie, to nie może wykonywać takiego użytkowania, może jednak żądać wydania pożytków, o ile nie jest potrzebem użycie ich na porządną zarząd majątkiem i na pokrycie ciężarów użytkowania.

Jeżeli władza rodzicielska ojca spoczywa lub jeżeli ojcu odjęta została przez sąd opiekuńczy piecza nad osobą i majątkiem dziecka, to koszta utrzymania dziecka mogą być o tyle brane z pożytków, o ile ciężar ich spada na ojca.

§ 1657. Jeżeli ojciec jest wykluczony od wykonywania użytkowania, to winien natychmiast wypełnić zobowiązanie wobec dziecka, które wskutek użytkowania miałby wypełnić dopiero po jego ukończeniu. Przepis ten niema zastosowania, jeżeli władza ojcowska spoczywa.

Nieprzenaszalność użytkowania.

§ 1648. Prawo, które ojcu służy z mocy jego użytkowania na majątku dziecka, jest nieprzenaszalne.

To samo odnosi się do służących ojcu wedle §§ 1655, 1656 rozszczeń, o ile nie są płynne.

Prawa wierzycieli dziecka.

§ 1659. Wierzyciele dziecka mogą bez względu na rodzicielskie użytkowanie żądać zaspokojenia z majątku dziecka.

Jeżeli ojciec pozbył lub zużył wedle § 1653 rzeczy zużywalne, to wobec wierzycieli jest obowiązany do natychmiastowego zwrotu.

Stosunek ojca i dziecka.

§ 1660. We wzajemnym stosunku ojca i dziecka mają do zobowiązań dziecka odpowiednie zastosowanie obowiązujące o stanie majątkowym zarządu i użytkowania przepisy § 1415 do 1416 ust. 1. i 1417.

Zakończenie użytkowania.

Małżeństwo dziecka.

§ 1661. Użytkowanie kończy się jeżeli dziecko wchodzi w związki małżeńskie. Użytkowanie pozostaje jednak przy ojcu, jeżeli małżeństwo jest zawarte bez potrzebnego rodzicielskiego zezwolenia.

Zrzeczenie się użytkowania.

§ 1662. Ojciec może się zrzec z użytkowania. Zrzeczenie następuje przez oświadczenie wobec sądu opiekuńczego. Oświadczenie należy złożyć w formie publicznie uwierzytelnionej.

Wpływ zakończenia na najem i dzierżawę.

§ 1663. Jeżeli ojciec na podstawie swego użytkowania dał w najem lub dzierżawę grunt należący do majątku dziecka, a stosunek najmu lub dzierżawy jeszcze trwa przy zakończeniu

użytkowania, to przepisy § 1056 mają odpowiednie zastosowanie.

Jeżeli do majątku podlegającego użytkowaniu należy gospodarstwo roln. (ein landwirtschaftliches Grundstück), to ma odpowiednie zastosowanie przepis § 592; jeżeli do majątku należy dobro ziemskie (Landgut) to mają odpowiednie zastosowanie przepisy § 592, 593.

Odpowiedzialność mocodawcy.

§ 1664. Ojciec odpowiada przy wykonaniu rodzicielskiej władzy wobec dziecka tylko za taką staranność, której zwykł się trzymać we własnych sprawach.

Nadzór sądu opiekuńczego. Przeszkody po stronie ojca.

§ 1665. Jeżeli ojciec ma przeszkody we wykonywaniu władzy rodzicielskiej, to sąd opiekuńczy winien, o ile władzy rodzicielskiej nie wykonywa wedle § 1685 matka, wydać potrzebne w interesie dziecka zarządzenia.

Zagrożenie osoby dziecka.

§ 1666. Jeżeli duchowe lub fizyczne dobro dziecka jest przez to zagrożone, że ojciec nadużywa prawa pieczy o dobro dziecka, że dziecko zaniedbuje lub staje się winnym niehonorowego lub niemoralnego zachowania, to sąd opiekuńczy winien wydać potrzebne do usunięcia niebezpieczeństwa zarządzenia. W szczególności może sąd opiekuńczy zarządzić, aby dziecko celem wychowania umieszczone zostało przy odpowiedniej rodzinie lub zakładzie wychowawczym lub w zakładzie poprawczym.

Jeżeli ojciec naruszył prawo dziecka do alimentów i jeżeli także na przyszłość należy się obawiać znacznego zagrożenia alimentów, to mogą być ojcu odjęte tak zarząd majątku, jak i użytkowanie.

Zagrożenie majątku dziecka.

§ 1667 Jeżeli majątek dziecka jest przez to zagrożony, że ojciec narusza obowiązki związane ze zarządzeniem majątku lub z użytkowaniem lub, że popada w ruinę majątkową, to sąd opiekuńczy winien wydać zarządzenia potrzebne do usunięcia niebezpieczeństwa.

W szczególności może sąd opiekuńczy zarządzić, aby ojciec dostarczył spisu majątku i złożył rachunki z zarządu. Ojciec winien spis majątku zaopatrzyć zapewnieniem, że odpowiada rzeczywistości i że jest zupełnym. Jeżeli dostarczony spis jest niedostateczny, to przepis § 1640 ust. 2. zdanie 1. ma zastosowanie. Jeżeli do majątku dziecka należą papiery wartościowe, kosztowności lub wierzytelności do całego państwa (Reich) lub do państwa związkowego (Bundesstaat), to sąd opiekuńczy może na ojca nałożyć takie same zobowiązania, jakie wedle §§ 1814 do 1816, 1818 ciąży na opiekunie; przepisy §§ 1819, 1820 mają odpowiednie zastosowanie. Koszta tych zarządzeń spadają na ojca.

Zabezpieczenie mocodawcy.

§ 1668. Jeżeli środki dozwolone przez § 1667 ust. 2. są niewystarczające, to sąd opiekuńczy może zażądać od ojca zabezpieczenia majątku podlegającego jego zarządowi. Rodzaj i rozmiar zabezpieczenia oznacza sąd opiekuńczy wedle swobodnego uznania.

Ponowne małżeństwo ojca.

§ 1669. Jeżeli ojciec chce wejść w nowe związki małżeńskie, to winien donieść o swym zamiarze sądowi opiekuńczemu, dostarczyć na własne koszta spisu majątku podlegającego jego zarządowi i w razie, jeżeli co do tego majątku istnieje wspólność między nim a dzieckiem, przeprowadzić jej likwidację. Sąd opiekuńczy może zezwolić, aby likwidacja nastąpiła dopiero po zawarciu małżeństwa.

Odebranie zarządu majątku.

§ 1670. Jeżeli ojciec nie czyni zadość zarządzeniom wydanym na podstawie §§ 1667, 1668, lub jeżeli nie wypełnia włożonych na niego wedle §§ 1640, 1669 obowiązków, to sąd opiekuńczy może mu odebrać zarząd majątku. Do wymuszenia zabezpieczenia inne środki są niedopuszczalne.

Zmiana wydanych zarządzeń.

§ 1671. Sąd opiekuńczy może w czasie trwania władzy rodzicielskiej każdej chwili zmienić wydane przez niego zarządzenia, w szczególności podwyższyć, zmniejszyć lub znieść dostarżone zabezpieczenie.

Ustanowienie, zniesienie zabezpieczenia. Koszta.

§ 1672. Przy ustanowieniu i zniesieniu zabezpieczenia zarządzenie sądu opiekuńczego zastępuje współdziałanie dziecka.

Koszta ustanowienia i zniesienia zabezpieczenia spadają na ojca.

Wysłuchanie ojca, krewnych i powinowatych dziecka.

§ 1673. Sąd opiekuńczy winien wysłuchać ojca przed rozstrzygnięciem, które mu odbiera lub ogranicza pieczę o osobę lub majątek dziecka lub użytkowanie. Obowiązek ten odpada, jeżeli przesłuchanie jest niemożliwe.

Przed rozstrzygnięciem winni być także przesłuchani krewni dziecka, w szczególności matka lub jego powinowaci, jeżeli to może się stać bez zbytecznego przedłużenia sprawy i bez niestosunkowych kosztów. O zwrocie wydatków postanawia przepis § 1847 ust. 2.

Odpowiedzialność sędziego opiekuńczego.

§ 1574. Jeżeli sędzia opiekuńczy narusza ciążące na nim obowiązki umyślnie lub z niedbałości, to odpowiada dziecku wedle § 839 ust. 1, 3.

Obowiązek donoszenia gminnej rady sierocy.

§ 1675. Gminna rada sierocy winna donieść sądowi opiekuńczemu, jeżeli dowie się o przypadku, w którym sąd opiekuńczy jest powołany do wkroczenia.

Spoczywanie władzy ojcowskiej.

Prawne przyczyny.

§ 1676. Władza rodzicielska ojca spoczywa, jeżeli jest niezdolnym do działania.

To samo ma zastosowanie, jeżeli ojciec jest ograniczony w zdolności do działania lub jeżeli wedle § 1910 ust. 1. otrzymał kuratora dla swej osoby i swego majątku. Piecza o osobę dziecka służy mu obok ustawowego zastępcy dziecka; do zastępstwa dziecka nie jest uprawniony, w razie różnicy zdań między ojcem a ustawowym zastępcą zdanie ostatniego ma pierwszeństwo.

Faktyczna przeszkoda.

§ 1677. Władza rodzicielska ojca spoczywa, jeżeli sąd opiekuńczy stwierdzi, że zachodzi faktyczna przeszkoda nie pozwalająca ojcu przez dłuższy czas wykonywać władzy rodzicielskiej.

Spoczywanie kończy się, jeżeli sąd opiekuńczy stwierdzi, że przyczyna jej nie istnieje.

Skutek spoczywania.

§ 1678. Dopóki władza rodzicielska ojca spoczywa, ojciec nie ma prawa jej wykonywać; pozostaje mu jednak użytkowanie majątku dziecka, przyczem jednak przepis zawarty w § 1685 ust. 2. nie może być naruszonym.

Zakończenie władzy rodzicielskiej.

Uznanie za zmarłego.

§ 1679. Władza rodzicielska ojca kończy się w razie uznania go za zmarłego, z chwilą, którą się uważa za chwilę śmierci.

Jeżeli ojciec jeszcze żyje, to władzę rodzicielską odzyskuje przez to, że oświadczy sądowi opiekuńczemu swą wolę w tym kierunku.

Utrata (Verwirkung).

§ 1680. Ojciec traci (verwirkt) władzę rodzicielską, jeżeli z powodu popełnionej na dziecku zbrodni lub umyślnego występku (Vergehens) został skazany na karę domu poprawczego lub więzienia przynajmniej na sześć miesięcy.

Jeżeli z powodu zbiegu z inną karygodną czynnością orzeczoną została łączna kara, to rozstrzyga ta kara za poszczególne przestępstwo (Einzelstrafe), która konsumuje się (verwirkt ist) za zbrodnię lub występki popełnione na dziecku.

Utrata władzy rodzicielskiej następuje z chwilą prawomocności wyroku.

Skutki. Wydanie majątku.

§ 1681. Jeżeli władza rodzicielska ojca kończy się, spoczywa lub jeżeli z innego powodu ustaje jego zarząd majątkiem, to obowiązany jest wydać dziecku majątek i złożyć rachunki z zarządu.

Dalsze prowadzenie spraw.

§ 1682. Także po zakończeniu władzy rodzicielskiej ojciec ma prawo prowadzić dalej sprawy związane z pieczą o osobę

i majątek dziecka, dopóki nie otrzyma wiadomości o zakończeniu lub nie musi o niem wiedzieć. Trzecia osoba nie może się powoływać na to prawo ojca, jeżeli przy przedsięwzięciu czynności prawnej wie o ukończeniu władzy rodzicielskiej lub o niem wiedzieć musi.

Przepisy te mają odpowiednie zastosowanie, jeżeli władza rodzicielska spoczywa lub jeżeli jego zarząd majątkiem ustaje z innego powodu.

§ 1683. Jeżeli władza rodzicielska kończy się wskutek śmierci dziecka, to ojciec winien załatwić te sprawy, z których odwołaniem połączone jest niebezpieczeństwo, aż do dziedziczenia zarządzi.

2. Władza rodzicielska matki.

Przypadki, w których ma miejsce.

§ 1684. Matce służy władza rodzicielska:

1. jeżeli ojciec umarł lub został uznany za zmarłego;

2. jeżeli ojciec utracił władzę rodzicielską (verwirkt hat) i małżeństwo jest rozwiązane.

Wrazie uznania ojca za zmarłego zaczyna się władza rodzicielska matki z chwilą, którą uważa się za chwilę śmierci ojca.

Wykonywanie władzy rodzicielskiej przez matkę.

§ 1685. Jeżeli ojciec nie wykonywa władzy ojcowskiej z powodu faktycznej przeszkody lub jeżeli jego władza spoczywa, to w ciągu trwania małżeństwa wykonywa władzę rodzicielską matka, z wyjątkiem użytkowania.

W razie rozwiązania małżeństwa winien sąd opiekuńczy przenieść wykonywanie na matkę, na jej wniosek, jeżeli władza rodzicielska ojca spoczywa, a niema widoków, aby przyczyna spoczywania odpadła. Matka uzyskuje w tym przypadku także użytkowanie na majątku dziecka.

Rozmiar i treść.

§ 1686: O ile z §§ 1687 do 1689 nie wynika co innego, mają do władzy rodzicielskiej matki odpowiednie zastosowanie przepisy obowiązujące o władzy rodzicielskiej ojca.

Ustanowienie doradcy (Beistand).

§ 1688. Sąd opiekuńczy winien ustanowić dla matki doradcę:

1. jeżeli ojciec zarządził stosownie do § 1777 takie ustanowienie;

2. jeżeli matka prosi o ustanowienie doradcy;

3. jeżeli sąd opiekuńczy uważa za potrzebne w interesie dziecka ustanowienie doradcy ze szczególnych powodów, w szczególności z powodu rozmiaru i trudności zarządu majątkiem lub w przypadkach § 1667.

Zakres działania doradcy.

§ 1688. Doradca może być ustanowiony dla wszystkich spraw, dla pewnych rodzajów spraw lub dla poszczególnych spraw.

O rozmiarze jego zakresu działania rozstrzyga ustanowienie. Jeżeli rozmiar nie jest oznaczony, to do jego zakresu działania należą wszystkie sprawy.

Jeżeli ojciec zarządził ustanowienie, to sąd opiekuńczy winien się trzymać przy ustanowieniu zarządzeń wydanych stosownie do § 1777 przez ojca co do rozmiaru zakresu działania.

Obowiązki doradcy.

§ 1689. Doradca winien w swym zakresie działania wspierać i nadzorować matkę przy wykonywaniu władzy rodzicielskiej; winien bez zwłoki donieść sądowi opiekuńczemu o każdym przypadku, w którym jest powołanym do interwencji.

Przyzwolenie (Genehmigung) na akty prawne (Rechtsgeschäfte).

§ 1690. Przyzwolenie doradcy w jego zakresie działania jest potrzebne do każdego aktu prawnego, w którym opiekun potrzebuje przyzwolenia sądu opiekuńczego lub drugiego opiekuna (Gegenvormund). Wyjęte są te akty prawne, których matka nie może przedsięwziąć bez przyzwolenia sądu opiekuńczego. Przepisy §§ 1828 do 1831 mają odpowiednie zastosowanie.

Przyzwolenie sądu opiek. zastępuje przyzwolenie doradcy.

W wszystkich przypadkach, w których akt prawny należy do zakresu działania doradcy, winien sąd opiekuńczy przed rozstrzygnięciem o przyzwoleniu wysłuchać doradcę, jeżeli jest obecnym, a przesłuchanie jest możliwe.

Lokata pieniędzy.

§ 1691. Jeżeli lokata pieniędzy należących do majątku dziecka należy do zakresu działania doradcy, mają odpowiednie zastosowanie przepisy §§ 1809, 1810 obowiązujące o lokacie pieniędzy pupila.

Spis majątku.

§ 1692. Jeżeli matka ma dostarczyć spis majątku, to do sporządzenia spisu należy przywołać doradcę; spis winien być zaopatrzony w zapewnienie także doradcy, że jest zgodnym ze stanem faktycznym i że jest zupełnym. Jeżeli spis nie jest wystarczającym, to o ile nie zachodzą założenia § 1667, mają zastosowanie przepisy § 1640 ust. 2.

Zarząd majątku.

§ 1693. Sąd opiekuńczy może na wniosek matki przekazać doradcy w całości lub części zarząd majątku; jeżeli to się stało, to doradca ma prawa i obowiązki kuratora.

Prawne stanowisko kuratora.

§ 1694. W sprawie powołania (Berufung), ustanowienia i kontrolowania doradcy, w sprawie jego odpowiedzialności i pretensyj, w sprawie mającego mu być przyznanem wynagrodzenia, i ukończenia jego urzędu obowiązują te same przepisy, które obowiązują o drugim opiekunie (Gegenvormund).

Urząd doradcy kończy się także wówczas, gdy władza rodzicielska matki spoczywa.

Zniesienie urzędu doradcy.

§ 1695. Sąd opiekuńczy może w przypadkach § 1687 ust. 2, 3 ustanowienie doradcy, a w przypadku § 1693 przeniesienie zarządu majątku na doradcę każdej chwili znieść.

Jeżeli ustanowienie doradcy nastąpiło wedle § 1687 nr. 2, to zniesienie jego urzędu może być zarządzonem za przyzwoleniem matki. To samo obowiązuje o przeniesieniu zarządu majątku na doradcę.

Spoczywanie władzy rodzicielskiej.

§ 1696. Jeżeli władza rodzicielska matki spoczywa z powodu małoletności, to matka ma prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka; do zastępowania dziecka nie jest uprawniona. Opiekun dziecka ma, o ile matce służy piecza, prawne stanowisko doradcy.

Ponowne małżeństwo matki.

§ 1697. Matka traci władzę rodzicielską, jeżeli wejdzie w nowy związek małżeński. Zatrzymuje jednak prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka, z ograniczeniami zawartymi w § 1696.

Stanowisko matki obok opiekuna i kuratora.

§ 1698. Jeżeli dla dziecka ustanowionym został opiekun z tego powodu, że władza rodzicielska ojca spoczywa lub że ją ojciec utracił, lub dlatego, że ojcu odebrano zastępstwo lub jeżeli dla wychowania dziecka ustanowiono kuratora w miejsce ojca, to matce służy piecza o osobę dziecka obok opiekuna lub kuratora, w ten sposób, jak wedle § 1634 obok ojca.

B) Obowiązek utrzymania.

Wszystkie trzy kodeksy, które porównujemy, są znakomitami działami, jednak każdy z innych powodów. Klasyfikacja przyznająca jednemu pierwszeństwo przed drugim, nie byłaby przeto uzasadnioną, gdyby się odnosiła do całości dzieła. Ale i klasyfikacja, przeprowadzona wedle poszczególnych kryteriów, nie wyda sądu prawdziwego o wartości kodeksów, bo taką klasyfikację poprzedzićby musiał wywód historyczny o całej tej atmosferze, w której redaktorowie żyli i która sprawiała, że jeden punkt widzenia przenosili nad inne lub że nawet tych innych nie widzieli.

Z tych powodów, jeżeli powiem, że kodeks niemiecki uważam z punktu widzenia prawniczego za najlepszy, to nie mieści to w sobie sądu, że jako całość, jako środek spełnienia wszystkich tych — jakże licznych — postulatów, jakie stawiamy do kodeksu, kodeks niemiecki zajmuje pierwsze miejsce. Pragnę tylko powiedzieć, że kodeks niemiecki rozstrzyga prawnicze problemy, że te problemy wydobywa, że im nie schodzi z drogi, że je wydobywa w możliwie największej ilości, nie popadając w kazuistykę. Każdy kodeks to robi. Z pewnością, ale gdy dwa inne kodeksy stawiają ogólne normy i o resztę się nie troszczą, to kodeks niemiecki tej „reszty“ właśnie nie spuszcza.

cza z oka i z równą troskliwością szuka dla niej norm, jak inne kodeksy szukały ich dla oddania tylko ogólnej myśli.

To moje uznanie dla kodeksu niemieckiego, jako najlepszego dzieła z punktu widzenia prawniczego, nie jest zgodnem z tym kierunkiem literatury prawniczej, który sędziemu pragnie pozostawić jaknajszersze pole dla ujawnienia jego swobody. Należy się porozumieć: niema i nie będzie kodeksu, któryby wytrzymał konkurencję z różnorodnością i z komplikacjami życia. Nie może też być mowy o skrępowaniu sędziego. Będzie miał zawsze obszerny teren do okazania swej samodzielności. Idzie tu jednak o co innego: Kodeksu nie pisze się z punktu widzenia sędziego, ale z punktu widzenia porządku. To, co się dostaje przed sędzią, jest tylko pewną częścią życia, a prawo pisze się dla całości życia. Czy potem to, co prawo chce mieć urzeczywistnionem, dokonywa się wskutek przymusu na podstawie orzeczenia sędziego, czy pod wpływem szeregu psychicznych sprężyn, — to inna rzecz. Tutaj podnieść tylko trzeba i podkreślić, że myślenie kodyfikatorów jest innem, gdy patrzą na życie z punktu widzenia jego patologji, bo przecież do sędziego dostają się tylko chorobowe przypadki, czy też z punktu normalnego stanu, to jest z punktu widzenia porządku. W tym ostatnim przypadku idzie o to, aby ci, dla których prawo się pisze, wiedzieli naprzód z całą pewnością, jakie skutki pociągną ich czynności, ich stany etc. Otóż ustawodawca powinien unormować wszystko, co jego zdaniem jest ważnem dla porządku. Aby to mózdz zrobić, musi prawniczo dobrze i bystro myśleć i w tem celuje kodeks niemiecki. Można go nie lubić z innych względów: jest za ciężkim, niepopularnie napisanym, może niejedno dałoby się przedstawić z mniejszą pedanterją. Można go z innych punktów widzenia stawiać niżej od dwóch innych kodeksów, przepojonych zasadami wolności i równości, które je czynią ciągle młodemi. Wszystko to prawda, ale nie mniej prawdą jest, że kodeks niemiecki wydobywa i rozstrzyga taką ilość sytuacji faktycznych, jakiej z pewnością nie przeczuwali autorowie dwóch innych kodeksów. Nie mówi to jeszcze samo przez się nic o talentie autorów, bo przecież kodeks niemiecki ma za sobą cały wiek pracy naukowej, którą poprzedziły dwa inne kodeksy, ale bez względu na te przyczyny, obiektywnie, raczej abstrakcyjnie, bo w znaczeniu abstrahowania od historii, należy stwierdzić, że z kodeksu niemieckiego możemy się wiele nauczyć.

Mówię to wszystko, bo przepisy dotyczące się tej materji, którą teraz pragnę omówić, są dobrą ilustracją mojej powyższej opinji. W kodeksie austriackim przepisy o obowiązku utrzymania są skromne. § 139 mówi o obowiązku rodziców dostarczania ślubnym dzieciom przyzwoitego utrzymania; § 141 mówi, że ten obowiązek spada przedewszystkiem na ojca, dopóki dziecko nie może się samo wyżywić, § 143 postanawia wreszcie, w jakiej kolei ponoszą obowiązek utrzymania inni krewni. Nie

wiele szerszym jest zasób norm kodeksu cywilnego b. Królestwa polskiego. W art. 237 do 245 podana jest główna zasada obowiązku rodziców utrzymywania dzieci i zasada wzajemnego dostarczania sobie alimentów między krewnymi i powinowatymi, których krąg jest oznaczony, wreszcie określonym jest rozmiar i sposób dostarczania utrzymania. O wiele szerzej pojął tę rzecz kodeks niemiecki. Właśnie przez porównanie okaże się, jak wielu sytuacji faktycznych kodeks austriacki i polski nie uwzględniły i nie unormowały. Judykatura musiała te luki wypełniać i wypełniła je z pewnością dobrze. Ale w prawie nie może iść wyłącznie o to, aby „sędzia“ rozstrzygał, ma ono bowiem sugerować wogóle „pewność“, że w takiej a takiej sytuacji to i to się stanie, a jeżeli tak, to liczenie na sędziego nie jest związane z uczuciem pewności, ale — przeciwnie — musi wywoływać chwiejność.

Przypatrzmy się, jak tę rzecz normuje kodeks niemiecki i porównajmy z dwoma innymi kodeksami. O utrzymaniu mówi 15 paragrafów (§§ 1601 do 1615). Przed szczegółowem przedstawieniem tej materji rzućmy pobieżnie okiem na te postanowienia, aby stwierdzić, ilu i jakich sytuacji dwa poprzednie kodeksy nie normują. Jedną z nich jest np. kwestja wpływu ustroju majątkowego małżeńskiego na obowiązek żony do dostarczania alimentów (1604), drugą wpływ użytkowania służącego rodzicom na majątku dzieci (§ 1605), kwestja zrzeczenia się, zaliczka (§ 1614), śmierć uprawnionego i zobowiązanego (§ 1615) i t. d. i t. d. Wszystko to są sytuacje, które musi rozstrzygać także sędzia austriacki i francuski resp. sędzia w b. Królestwie polskiem. Rozstrzyga je z pewnością dobrze, ale „może“ rozstrzygnąć źle. Prawo nie spełnia więc tutaj swego zadania, bo zamiast uczucia pewności, budzi uczucie chwiejności i wątpliwości, co sędzia zrobi, co wybierze, jakim rozumowaniem będzie się posługiwał? Otóż tego unika kodeks niemiecki, może niesympatyczny, ale prawniczo zbudowany możliwie najlepiej. Przypatrzmy się więc, jak to unormowanie w starych i w młodym kodeksach wygląda?

1. Natura obowiązku utrzymania.

Roszczenie o utrzymanie może się opierać na stosunku małżeństwa, pokrewieństwa, dziedziczenia lub na podstawie obligatoryjnej. W tem miejscu mówimy o roszczeniu polegającym na pokrewieństwie, przyczem odrazu zaznaczamy, że określenie „pokrewieństwo“ jest dla prawa cywilnego Kr. pol. za ciasne, bo tam i powinowactwo rodzi obowiązek alimentowania. Jakkolwiek jednak art. 239 mówi, że zięciowie i synowie winni są dawać alimenty rodzicom żon swoich i mężów, a art. 240 postanawia, że obowiązek ten jest wzajemnym, to jednak to rozszerzenie obowiązku alimentacji na powinowatych nie psuje jego natury, jednakowej wedle trzech kodeksów. Obowiązek alimentacji ma, jak mówiliśmy, charakter familijno-prawny,

a przez to jedną stroną tkwi w prawie publicznem a drugą w prywatnem. Pierwsza z tych cech odbija się między innymi w tem, że obowiązek dostarczania alimentów odnawia się ciągle, ilekroć zachodzą jego założenia, że nie można mówić o jego skonsumowaniu przez wypełnienie, bo, gdy tylko uprawniony popadnie w niedostatek, roszczenie jego staje się aktualnem. Publicznym charakterem tłumaczy się szereg innych przepisów, które w ciągu wykładu poznamy. Z drugiej strony roszczenie o utrzymanie ma naturę obligatoryjną, a ta jego cecha posłuży nam również do zrozumienia wielu przepisów.

Materię o obowiązku utrzymania, polegającym na pokrewieństwie, można ugrupować w rozmaity sposób. Gdybyśmy na nią chcieli patrzeć z punktu widzenia sądowego dochodzenia, to przedstawiłaby się nam następujący sposób:

a) do uzasadnienia skargi należy wykazać:

α) pokrewieństwo,

β) wysokość utrzymania,

γ) niedostatek powoda;

b) obrona polega:

α) na niezdolności do świadczenia obowiązanego,

β) istnieniu zobowiązanego do ponoszenia ciężaru alimentacji przed pozwany,

γ) winie po stronie powoda.

Z punktu widzenia materialno-prawnego dotycząca materia da się ugrupować w następujący sposób:

a) założenia roszczenia o utrzymanie,

b) krąg osób uprawnionych i zobowiązanych do alimentacji,

c) wysokość i sposób uiszczania alimentów,

d) szczególne przepisy o obowiązku alimentacji tak z jego publiczno-prawnej, jak i prywatnej strony.

W niniejszym wykładzie postępować będziemy wedle tego drugiego ugrupowania.

2. Założenie roszczenia o utrzymanie.

Założeniami roszczenia o utrzymanie są:

a) pokrewieństwo,

b) niedostatek uprawnionego,

c) zdolność świadczenia zobowiązanego.

Ad a) Stawiając to założenie, ograniczamy materię badaną w niniejszym ustępie. Idzie tu tylko o obowiązek utrzymania opierający się na pokrewieństwie. O wzajemnym obowiązku utrzymania małżonków mowiliśmy w pierwszym tomie, tam także była mowa o stosunkach wyłaniających się w razie unieważnienia małżeństwa. O roszczeniu dzieci nieślubnych o utrzymanie mówić będziemy niżej w ustępie o nieślubności pochodzeniu. Tutaj zajmuje nas tylko obowiązek utrzymania, wpływający z pokrewieństwa. P. niżej pod 3).

Ze względu na k. c. Kr. p., który, jak już wiemy, zna alimentację opartą także na powinowactwie, należałoby powie-

dzieć, że pierwszym założeniem jest pokrewieństwo lub powinowactwo. Jest to obojętne, idzie tu bowiem tylko o to, aby tę materję alimentacji, którą obecnie omawiamy, odciąć od alimentacji małżonków, dziecka nieślubnego, spadkowych i czysto (wyłącznie) obligacyjnych.

Ad b) § 1602 ust. 1. k. c. n. określa to założenie słowami: „Kto nie jest w stanie sam się utrzymać“ § 141 k. c. a. używa w tej kwestji słów: „dopóki się same (dzieci) nie mogą wyżywić“. Por. § 154 zd. 2. k. c. a. K. c. Kr. p. mówi w art. 238 tylko w tym przypadku o „pozostaniu w potrzebie“, gdy idzie o obowiązek dzieci dostarczania utrzymania wstępnym, a następny artykuł, gdy idzie o utrzymanie powinowatych. Natomiast art. 237 mówiący o obowiązku małżonków dostarczania utrzymania dzieciom, nie wymaga tego założenia, ale nie ulega wątpliwości, że ono musi zachodzić, p. S. C. 94/1907.

Porównanie tych trzech określeń okazuje, że k. c. Kr. polsk. nie podaje kryterjum wedle którego możnaby przyjąć że założenie „niedostatku uprawnionego“ zachodzi. Natomiast dwa inne kodeksy podają to kryterjum. Są nim brak majątku i brak dochodu z pracy, bo tylko wówczas człowiek nie jest w stanie „sam się utrzymać“, sam się wyżywić. Kodeks niemiecki jest jednak jeszcze dokładniejszym, bo z ustępu 2 § 1602 widać, że o niedostatku wtedy dopiero można mówić, gdy podnoszący roszczenie o utrzymanie nie ma majątku w tem znaczeniu, że nie ma ani dochodów z niego ani substancji, to jest musi najpierw substancję zużyć, nim jego roszczenie będzie uwieńczone skutkiem. Że tak jest, widać, jakeśmy powiedzieli z ustępu 2 § 1602, czyniącego wyjątek dla małoletniego dziecka (nie wnuka), stanu wolnego (nie owdowiałego, lub rozwiedzionego). Takie dziecko może żądać utrzymania już wtedy, gdy zarobek z pracy i dochody z majątku są nie wystarczające, dziecko takie nie potrzebuje więc najpierw zużywać substancji swego majątku.

Jakkolwiek k. c. Kr. p. nie podaje kryterjów, wedle których można o kimś powiedzieć, że „pozostaje w potrzebie“, to jednak w praktyce ma się rzecz tak samo, jak w dwóch innych prawach.

Sędzia ma wszędzie szerokie pole do swobodnego samodzielnego działania. To tylko jest pewnem, że ani wiek ani usamowolnienie ani oddzielne pożycie (nie w domu rodziców) nie wpływają na zmianę obowiązku: utrzymanie się należy, gdy uprawniony jest w niedostatku, choćby już zarabiał samodzielnie, a potem znowu stał się niezdolnym do zarabkowania. Obowiązek ten odżywa z chwilą zmiany stosunków. P. art. 243 k. c. Kr. p.

Ad c) Trzecie założenie, zdolność zobowiązanego do świadczenia, określone jest w § 1603 ust 1 k. c. a. słowami: „Nie

jest obowiązany do dostarczania alimentów, kto przy uwzględnieniu swoich innych zobowiązań nie jest w stanie dostarczać utrzymania „bez narażenia swego własnego odpowiadającego stanowi utrzymania“. W kodeksie austriackim założenie to zawarte jest w premisie, określającej, kiedy matka względnie dziadowie są zobowiązani do dostarczania alimentów: „Jeżeli ojciec nie ma środków (Ist der Vater mittellos)...“. W k. c. Kr. p. niema o tem założeniu mowy, należy je jednak suponować. Z zestawienia tego widać, że określenie kodeksu niemieckiego jest znowu dokładniejsze od austriackiego, bo podaje wyraźne kryterja, wedle których oceniać należy zdolność, o której mówimy: zobowiązanemu pozostać musi tyle, aby jego własne utrzymanie i to utrzymanie odpowiadające stanowi nie było zagrożone. W tych granicach nie czyni kodeks niemiecki różnicy między dochodami z majątku a jego substancją, tj. także substancja może być użytą na dostarczenie alimentów. Nie czyni k. n. także różnicy między majątkiem a zarobkiem, to jest zdolność zarabkowania sprawia, że należy przyjąć zdolność dostarczania alimentów za istniejącą. Naodwrot, przy uwzględnieniu długów, należy wszystkie uwzględnić, tj. także te, które jeszcze nie zapadły. Jeszcze dokładniej występuje założenie „zdolności świadczenia“ z wyjątku, który jest ustanowionym dla małoletnich dzieci stanu wolnego w § 1603 ust. 2. Regułą jest wedle ust. 1. tego paragrafu, że zobowiązanemu do dostarczania alimentów ma pozostać własne utrzymanie w granicach odpowiadających stanowi (standesmässig). Jeżeli jednak idzie o dzieci małoletnie stanu wolnego, to obowiązek rodziców (ale już nie dalszych wstępnych) przekracza powyższe granice, tj. rodzice nie są uprawnieni do pozostawienia sobie utrzymania „odpowiadającego stanowi“, ale muszą się dzielić wszystkim, czem rozporządzają, na równi z dziećmi. W dwóch tylko przypadkach rodzice nie są obowiązani do takiej prywacji: α) gdy dziadowie żyją i mają „zdolność świadczenia“ tudzież β) gdy utrzymanie może być pokryte z substancji majątku dziecka. Przypadek pod β) jest wyjątkiem od reguły ustanowionej w drugim ustępie paragrafu 1602 k. c. n. Wedle tej reguły dziecku należy się utrzymanie od rodziców (a nie dalszych wstępnych) nawet wtedy, gdy ma majątek, jeżeli dochody z tego majątku (i zarobek dziecka) nie pokrywają utrzymania, tj. z reguły kapitał, substancja majątku dziecka ma pozostać nienaruszoną. Jeżeli jednak rodzice dziecka nie są w stanie dostarczyć utrzymania wedle kryterjum podanego w ust. 1. paragrafu 1603, to wedle ustępu drugiego tegoż paragrafu należy naruszyć substancję majątku dziecka, a pozostawić rodzicom utrzymanie „odpowiadające ich stanowi“.

W prawie austriackiem i polskiem wszystkie te kwestje rozstrzyga sędzia, nie krępowany przepisami. W judykaturze austriackiej sędzia pozostawia też ojcu minimum egzystencji, G. U. W, XIII, 4941, a z § 150 dedukuje się, że tylko dochody

majątku dziecka, a nie substancja, mają być obracane na utrzymanie dziecka. Niema jednak w prawie austriackiem tej dys-
tynkcji, którąśmy poznali w § 1603 k. c. n., a która (nie da się zaprzeczyć) odpowiada stosunkom życia. Najuboższem jest prawo polskie w tych kwestjach, któreśmy obecnie omawiali. Wszystko tu pozostawione jest „à la prudence des juges“. Kodeksy fran-
cuski i polski, który za nim poszedł, nie zawierają też posta-
nowień, co ma udowodnić powód, żądający alimentów. Właśnie fakt, że oba te kodeksy nie mówią o założeniach roszczenia o alimenty, powód nie potrzebuje nic udawadniać, a cały ciężar dowodu, że założenia nie istnieją, spada na pozwanego. W pra-
wie niemieckiem kwestja nie jest wątpliwa. Z § 1602 wynika, że powód musi udowodnić, iż nie jest w stanie sam się utrzy-
mać, z następnego zaś paragrafu wynika, że rzeczą pozwanego jest udowodnić, iż nie jest w stanie dostarczyć alimentów.

Dokładność kodeksu niemieckiego występuje jeszcze wy-
rażniej w następujących sytuacjach:

W następnym ustępie zobaczymy, kiedy kobieta jest obo-
wiązaną do dostarczania alimentów swoim krewnym. Jeżeli przyjdzie kolej na nią, a jest kwestja, czy ma zdolność świad-
czenia alimentów, to w tym przypadku, gdy na majątku takiej
kobiety mąż ma ustawowy zarząd i użytkowanie, należy wedle
ustępu pierwszego § 1604 uważać, jak gdyby kobieta nie była
zamężną, a więc jak gdyby jej dobra zastrzeżone i jej dobra
wniesione były tylko jedną masą majątkową. Zwiększa to oczy-
wiście szanse, że uprawniony otrzyma alimenty.

Jeszcze dokładniejszym jest kodeks niemiecki, gdy między
małżonkami istnieje wspólność majątkowa małżeńska, jakiego-
kolwiek rodzaju. Ustęp drugi § 1604 znowu pragnie powiększyć
szanse uprawnionych do żądania alimentów. Z tego powodu
kodeks przyjmuje w razie takiej wspólności majątkowej mał-
żeńskiej, że małżonkowie stanowią jedną osobę i że ta jedna
osoba jest właścicielką wspólnej masy. Wskutek tego każdy
uprawniony uważa się za krewnego tej właśnie jednej osoby,
bez względu na to, jak jest w rzeczywistości, a więc bez względu
na to, czy jest krewnym jednego, czy drugiego małżonka. Ma
to poważne następstwa, bo np. wedle § 1609 bliżsi krewni
wstępni idą przed dalszymi, wskutek czego w razie wspólności
majątkowej małżeńskiej matka żony będzie miała roszczenie
o alimenty ze wspólnej masy przed dziadkiem męża.

Jeszcze jeden punkt normuje kodeks niemiecki. Jeżeli kolej
na dostarczanie alimentów przypada na małoletnie dziecko,
a zachodzi kwestja, czy to dziecko jest w stanie dostarczyć
alimentów, to w tym przypadku, gdy na majątku dziecka ciąży
użytkowanie rodzicielskie, należy wedle par. 1605 sprawę tak
traktować, jak gdyby rodzice nie mieli prawa użytkowania na
tym majątku.

3. Krąg osób uprawnionych względnie obowiązanych w kwestji alimentów.

Miejsce, które poszczególne kodeksy wyznaczają w swoich systemach przepisom o utrzymaniu, wpływa na sposób ujęcia kwestji, kto jest uprawnionym względnie zobowiązanym w sprawie alimentów.

Kodeks Napoleona, a za nim kodeks cywilny Królestwa polskiego, uważają sprawę alimentów, za część tytułu traktującego o małżeństwie. Ostatni dział tego tytułu mówi w kodeksie cywilnym Królestwa polskiego w art. 236 do 245 „o obowiązkach z małżeństwa wynikających“. Tak samo ma się rzecz w Kodeksie Napoleona. Tytuł piąty mówi o małżeństwie, a w nim rozdział piąty o obligacjach, które się rodzą z małżeństwa. Już inaczej pojmuje tę sprawę kodeks austriacki, bo o obowiązku alimentów nie mówi w rozdziale o małżeństwie, ale w rozdziale o prawach między rodzicami a dziećmi. Najszerzej stawia tę kwestję kodeks niemiecki, bo traktuje ją w rozdziale, zatytułowanym „Pokrewieństwo“. Ta różnica w umieszczeniu przepisów o alimentach sprawia, że ustawodawca, oznaczając osoby wchodzące w grę w sprawie alimentacji, oznaczał je z różnych punktów widzenia. W prawie polskim i austriackim określił je z punktu widzenia obowiązku płynącego z małżeństwa, a więc wysunął przede wszystkim obowiązek rodziców względem dzieci. Inaczej w prawie niemieckim. Tutaj sprawa alimentów postawiona jest na szerszym tle pokrewieństwa i dla tego, gdy kodeks austriacki mówi, że „rodzice“, mają obowiązek dostarczenia dzieciom przyzwoitego utrzymania (§ 139) a k. c. Kr. pol. postanawia, że „małżonkowie“ biorą na siebie obowiązek utrzymania dzieci (art. 237), to w kodeksie niemieckim postawioną jest odrazu ogólna zasada, że „krewni“ w linii prostej są obowiązani dostarczać sobie wzajemnie utrzymania. Jest rzeczą widoczną, że to kodeksowi niemieckiemu oszczędziło zamieszczenia takiej reguły, jaka jest w art. 238 i 240 k. c. Kr. pol., a w § 154 zd. 2. k. c. a., którą to ostatnią dopiero przez § 42 k. c. a. trzeba rozszerzać na dziadów. W kodeksie niemieckim rzecz jest wskutek tego odrazu postawioną na pewnych nogach i na jednej jednolitej podstawie (pokrewieństwo), gdy w dwóch drugich kodeksach podstawa jest różnolita (małżeństwo, władza ojcowska), a ta różnorodność nie pomaga, jak wiemy, przy dedukcji prawniczej.

Najważniejszą jest kwestja kolei. I tutaj znowu k. n. stawia rzecz wyczerpująco i jasno.

a) Kolej zobowiązanych.

Wedle k. c. n. regułą jest (§ 1606), że potomkowie są zobowiązani do dostarczania alimentów przed wstępnymi, a wśród potomków kolej oznacza się wedle ustawowego porządku dziedziczenia (§ 1924 nast.) i wedle części spadkowych (a więc nie wedle równych części, § 420, nie solidarnie, § 421, lecz wedle szcze-

pów, § 1924 ustęp. 3). Wśród wstępnych bliżsi odpowiadają przed dalszymi, równi bliżcy zaś w równych częściach (ma to znaczenie, gdy wstępni są z ojcowskiej i macierzyńskiej linii, bo bez względu na to odpowiadają w równych częściach). Wyjątek od tej ostatniej reguły jest ten, że ojciec odpowiada przed matką, chyba, że matka ma użytkowanie na majątku dziecka, co ma miejsce w przypadkach § 1684, 1685 ust. 2). Taką jest kolej w granicach koła krewnych, jednakże przed tem kołem, a więc w pierwszej linii przed krewnymi zobowiązanym jest do dostarczania utrzymania małżonek (§ 1360 k. c. n.).

Znamy więc już regułę prawa niemieckiego o kolei zobowiązanych. Kiedyż ta kolej wchodzi w zastosowanie? Dzieje się to w dwóch przypadkach: α) gdy krewny nie ma zdolności świadczenia, to alimenty ma dostarczać idący po nim krewny, β) tudzież, gdy prawne dochodzenie przeciwko jednemu krewnemu jest w kraju wykluczone lub znacznie utrudnione. Różnica między przypadkiem α), a przypadkiem pod β) jest ta, że w przypadku pod α) ów następny krewny wypełnia swoje własne zobowiązanie, a nie zobowiązanie poprzednika. Natomiast w przypadku pod β) przechodzi zobowiązanie poprzednika na uiszczającego alimenty, przechodzi z ustawy (§ 412).

W dwóch innych kodeksach rzecz trzeba dedukować, co oczywiście nie zawsze dzieje się z równą pewnością i stanowczością. W prawie austriackiem na przykład, drabina wstępnych i zstępnych opiera się na § 42 k. c. a., a przepisy o kolei są bardzo ułamkowe. Już lepiej normuje sprawę k. c. Kr. pol. w art. 241.

Kolej zobowiązanych do alimentów jest przeto następująca:

Wedle k. c. n. przed wszystkimi innymi obowiązany jest do dostarczania alimentów małżonek. Jaka jest różnica w tym względzie między mężem i żoną i jaka różnica między alimentami małżonka a alimentami krewnych, wykazaliśmy w t. I. str. 286 n. Po małżonku przychodzą krewni i to najpierw zstępni w porządku ustawowego dziedziczenia, a ponoszą alimenty wedle szczeptów. Regułę tą przyjmuje kodeks niemiecki wyraźnie, §§ 1606—8.

Kodeks austriacki, który nie posiada wyraźnego postanowienia, że w pierwszej linii zobowiązanymi są dzieci, ale co do którego należy to przyjąć, nie rozstrzyga także przypadku, o którym właśnie mówimy, natomiast praktyka od judykatu 236 trzyma się reguły, że dzieci nie odpowiadają ani solidarnie ani wedle szczeptów, ale mają utrzymywać swych rodziców, przyczyniając się do utrzymania, każde w stosunku do swego majątku. To pojmowanie prowadzi do przyznania wzajemnego regresu, G. U. W. V, 2018.

Prawo francuskie podobnie, jak austriackie, nie posiada tekstu ustawowego, że w pierwszej linii odpowiadają potom-

kwie, ale literatura skłonna jest do przyjęcia niemieckiej reguły o porządku dziedziczenia. Te trzy prawa są przeto zgodne w tej kwestji. Inaczej k. c. Kr. p. Zaraz o tem powiemy, pragniemy jednak pierwiej dokończyć rzeczy o kolei zobowiązanych wedle trzech kodeksów, pozostawiając k. c. Kr. pol. osobnej wzmiance.

W drugiej linji, to jest gdy wstępnych niema, gdy są niezdolni do świadczenia, gdy są nieobecni, obowiązek utrzymania ciąży na wstępnych. Prawo austriackie ustanawia wówczas następującą kolej: a) ojciec, b) matka, c) ojczyści dziadowie, d) macierzyści dziadowie, e) pradziadowie etc. Znowu w drodze dedukcji przyjmuje się, że dziadek idzie przed babką, że obowiązek utrzymania gaśnie z chwilą śmierci zobowiązanego, że po śmierci zobowiązanego obowiązek ten przechodzi na następnych zobowiązanych, a nie na dziedziców pierwotnego zobowiązanego. K. c. n. załatwił sprawę drugiej linji w ogólnej regule w porządku dziedziczenia, tj. po zstępnych (gdy ich niema, gdy są niezdolni do świadczenia) przychodzą wstępni w porządku, jak dziedziczą. Literatura prawa francuskiego skłania się do tej samej reguły. Co do innych punktów, to k. c. n. je rozstrzyga, a w innych prawach należy je dedukować.

W prawie polskiem przedstawia się rzecz inaczej co do obu linji. Wedle art. 241 zobowiązani są przedewszystkiem krewni, a po nich dopiero powinowaci, w granicach art. 239 i 240 (powołanie powinowatych do obowiązku alimentacji jest właściwością tylko prawa polskiego i francuskiego, nieznaną prawu austriackiemu i niemieckiemu). Wśród krewnych obowiązuje jednak inna reguła, jak w prawie austriackiem i niemieckiem. O kolei decyduje stopień pokrewieństwa, a wśród równie blizkich co do stopnia obowiązek utrzymania spada na wstępnego przed zstepnym.

Już z dotychczasowego wywodu widać, o ile bogatszym w rozstrzygnięcia jest kodeks niemiecki. Staje się to jeszcze widoczniejszem przy kwestji, co robić, gdy jest kilku uprawnionych do pobierania alimentów, a jeden zobowiązany nie jest w stanie wszystkich zaspokoić. Kodeks niemiecki ma na to regułę w § 1609. w innych zaś prawach znowu rozumowanie sędziego decyduje. O kodeksie Napoleona napisano, że dobrze się stało, iż nie zawiera szczegółowych reguł, bo w delikatnej kwestji alimentów lepiej jest dać sędziemu większą swobodę. Trzymam się jednak mego zdania, że kodeksu nie powinno się pisać z punktu widzenia sędziego, ale porządku, dla porządku zaś kardynalnem założeniem jest pewność. Nie sądzę, aby nie miał trudności i przykrości w urzędzeniu swego gospodarstwa, ułożeniu swego budżetu ten, kto nie jest pewnym, czy spadnie na niego obowiązek utrzymywania krewnych i w jakim rozmiarze. Korzystniejszą drogą wydaje mi się też

droga, którą poszedł kodeks niemiecki, to jest przewidywania i rozstrzygania.

Wszystkie kodeksy, o których mówimy, nie dają bocznym rewnym prawa do utrzymania, ani na nich nie nakładają obowiązku.

Kwestja koła uprawnionych i zobowiązanych do utrzymania i kwestja ich kolei ma ważne znaczenie ze względu na intensywność związku socjalnego rodziny. Tak w małżeństwie, jak wogóle w rodzinie, alimenta są jednym ze środków spójni i solidarności rodziny.

3. Wysokość i sposób dostarczania alimentów.

Najwyraźniej uwydatniają się różnice w kodyfikowaniu w kwestji, którą obecnie zamierzamy omówić. Wysokość i sposób dostarczania alimentów jest unormowana w kodeksie austriackim i w kodeksie cywilnym Królestwa polskiego skromnie i jest rzeczą charakterystyczną, że judykatura i literatura autriacka rozstrzyga zagadnienia nie unormowane przez kodeks austr. tak, jak gdyby ten kodeks zawierał normy kodeksu niemieckiego. Tego wpływu nie wywiera oczywiście kodeks niemiecki na kodeks cywilny Królestwa polskiego, wskutek czego w dziedzinie podlegającej temu ostatniemu rolę odgrywają raczej momenty polityczno-prawne, niż prawnicze.

W kodeksie austriackim znajdujemy w naszej kwestji postanowienie w § 139, że rodzice winni są dzieciom dać „przyzwoite (anständig) utrzymanie“. To samo określenie „przyzwoite (anständig)“ znajdujemy w § 154, który mówi o utrzymaniu rodziców przez dzieci. Jest to wszystko. Można śmiało powiedzieć, że z takiego określenia nie da się „prawniczo“ nic wysnuć. Interpretacja opiera się też na moralnych, socjologicznych, polityczno-prawnych momentach, do prawniczych dedukcyj nie ma podstaw. Rezultat może być dobry — w to nie wchodzimy — ale jeżeli, jak to powtarzać będziemy ciągle — zadaniem ustawy jest ugruntowanie pewności, że taka a taka czynność, taki a taki stan pociąga za sobą takie a takie skutki, to brak norm dla tych skutków musi wywołać uczucie niepewności, niestałości, a wówczas ustawa nie spełnia swego zadania. Należy też raz na zawsze porozumieć się co do działalności, co do swobody etc. sędziego. Ma on być przede wszystkim prawnikiem, a nie politykiem-prawnikiem, to zn. ma operować metodą prawniczą, a nie polityczno-prawną, bo ta ostatnia służy kodyfikatorowi. Dlatego kodeks winien być tak zredagowany, aby sędziemu umożliwił używanie metody prawniczej i nie skazywał go, przez luki w ustawie, na rolę kodyfikatora. Chyba, że ktoś świadomie przyznaje tę rolę sędziemu, ale wówczas nieporozumienie sięga tak głęboko, że nie chcę się kusić o jego wyjaśnienie. Wszak w każdym razie, przy najskrupulatniejszej metodzie prawniczej, kodeks, jak wszystko na świecie, co jest przedmiotem umysło-

wej działalności człowieka, zmienia się z każdym pokoleniem, bo zmienia się język, znaczenie wyrazów i pojęć, zmienia się w odczuciu pokoleń duch, który wieje z kodeksu, i duch pokoleń, który one wnoszą do kodeksu. Tak jest wszędzie: Dante był czem innem dla średnich wieków, a czem innem jest dzisiaj; Kant dla współczesnych był czem innem, jak jest dzisiaj i jak będzie w przyszłości. Ale nam idzie, w prawie, o całkiem inne rzeczy. Przypatrzmy się, jak te uwagi stają się żywymi w kwestji, którą obecnie rozbieramy.

Kodeks austriacki mówi, że ojciec winien dać dziecku „przyzwoite” utrzymanie. Ojciec oczekuje, że kodeks powie mu, co oznacza ów przymiotnik „przyzwoite”, że znajdzie w nim jakie takie kryteria, któreby mu pozwoliły zamienić ową „przyzwoitość” na pieniądze, bo w nich przecież ma dostarczać utrzymania. Ojciec musi to wiedzieć naprzód, bo przecież tak czy owak układa sobie budżet swego gospodarstwa. Zapytujemy się przeto, w jaki sposób „prawniczo” ma być na pieniądze zamieniona owa „przyzwoitość”? Nie znajdujemy żadnego sposobu. Sędzia musi sobie sam poradzić i radzi sobie z pewnością dobrze, ale zapytujemy, czy ojciec w takim stanie kodeksu ma uczucie pewności, stałości? Z pewnością nie, bo wie, że sędziowie nie są maszynami, ale indywidualnościami i że, jeżeli w dokładną normę różnego wnoszą ducha, to o ileż silniej będą różni od siebie, gdy żadnej nie będzie normy? Tak jest właśnie w kodeksie austriackim i w kodeksie Królestwa polskiego w materji, która nas obecnie zajmuje. Zrozumiemy to lepiej, gdy te kodeksy porównamy z kodeksem niemieckim.

Kodeks niemiecki w § 1610 postanawia, że miarę utrzymania oznacza się wedle stanowiska socjalnego (Lebensstellung) tej osoby, która potrzebuje utrzymania, a w nawiasie określa to kryterjum słowami „utrzymanie odpowiadające stanowi (standesmässiger Unterhalt)”. Ale dalej: „utrzymanie obejmuje wszystkie potrzeby życia, a dla osoby potrzebującej wychowania także kosztą wychowania i przygotowania do zawodu”. Takie postawienie kwestji z pewnością ją wyjaśnia, a nawet przez te określenia, ale dopiero przez nie, staje się do pewnego stopnia zrozumiałem i określenie „przyzwoite utrzymanie” w kodeksie austriackim. Można się też nie dziwić autorom austriackim, gdy im się wydaje, że te same kryteria zawarte są i w kodeksie austriackim. W rzeczywistości tak nie jest, bo przy takich określeniach nie da się wprawdzie uniknąć subiektywnych kryteriów, ale muszą być, powtarzamy: muszą być także kryteria obiektywne. Austriacka „przyzwoitość” jest czysto subiektywną. Natomiast kodeks niemiecki sili się na to, aby dać obiektywne kryteria: stan, „wszystkie” potrzeby życia, kosztą wychowania, kosztą przygotowania do zawodu. I tutaj nie da się uniknąć indywidualizacji (mamy na myśli sędziego), ale o ileż ma cenniejsze granice i o ile więcej mam danych, aby pewne objawy wykluczyć. Np.

do utrzymania będą należeć koszty leczenia, ale nie będzie należeć spłata długów; utrzymanie obejmować będzie tylko potrzeby uprawnionego, ale nie jego małżonka i dzieci (te mają samodzielne roszczenie o utrzymanie); przygotowanie do zawodu obejmuje wszystkie stadja, aż do uzyskania tego zawodu.

Jeszcze wyraźniej występuje określenie utrzymania „odpowiadającego stanowi” przez przeciwstawienie go utrzymaniu „koniecznemu”. § 1611 mówi o przypadkach, w których uprawniony może otrzymać tylko „konieczne” utrzymanie. Obejmuje ono z pewnością także wszystkie potrzeby życia, ale tylko w tej mierze, która jest potrzebną do utrzymania egzystencji. Przypadki, w których należy się tylko konieczne utrzymanie, wymienione są w § 1611 k. c. n. Kodeks austriacki nie zawiera podobnego przepisu, mimo tego w literaturze znajdujemy zastosowanie go także dla stosunków w terytorjum, gdzie kodeks austriacki obowiązuje.

Skromne, jak w kodeksie austriackim, są przepisy kodeksu cywilnego Królestwa polskiego. Art. 242, powtórzony za art. 208 K. N., przyjmuje dwa kryteria: potrzeby uprawnionego i majątek uprawnionego, ale nie określa, w jakim zakresie, jakie etc. potrzeby mają być zaspokojone, nie rozstrzyga też żadnej z kwestji, które wydobywa i rozwiązuje kodeks niemiecki. Mówi też np. Planiol, że jest możliwem, iż ustawodawca z umysłu zachował milczenie w tych sprawach, aby sądom zostawić swobodę. Nie podzielam zdania, aby to było dobrze. Starłem się wyżej przedstawić powody, dla których mam inną opinię. Przytoczę jeszcze jeden, uprzedzając tych, którzy nie rozważali kwestji „wartości”, że nie będzie do nich przemawiał.

W pojęciu wartości tkwi jej subiektywizm. Jest rzeczą wskutek tego naturalną, że uprawniony inną przywiązywać będzie wartość do tego, czego ma prawo zdaniem swem żądać, a inną wartość dawać będzie zobowiązany temu, co zdaniem jego wypada mu świadczyć. Wedle jakiejże wartości rozstrzygnie sprawę sędzia? Kto przemyśli do końca tę sprawę, nie może mieć wątpliwości, że sędzia przynajmniej pewne wskazówki musi mieć w ustawie, jeżeli rozstrzygnięcie jego ma być czemkolwiek uzasadnione lub jakkolwiek spełniać cel, a nie ma być prostym rozcięciem sporu, rozcięciem poprostu mechanicznem. Albowiem wartość jest przeżyciem, jest więc rzeczą zrozumiałą, że potrzebujący utrzymania potrafi oznaczyć wartość tego, czego pożąda, bo to przeżywa. To samo można powiedzieć o zobowiązanym. Ale co przeżywa sędzia? Dla niego ta sprawa jest zupełnie obojętną uczuciowo, bez uczuć zaś niema wartości. Sędzia może więc wyrobić w sobie wartość tylko ze wskazówek zewnętrznych, to jest właśnie z ustawy. Ale jest jeszcze drugi powód, który skłania do wykształcenia ustawy, do zamieszczenia w niej wskazówek. Tak uprawniony, jak zobowiązany, oceniają sprawę z indywidualnego punktu widzenia. Ustawa ocenia ją z punktu widzenia socjalnego. Aby to zrozumieć,

tworzymy fikcję, że podmiotem oznaczającym wartość socjalną nie jest człowiek, ale państwo. Jest rzeczą oczywistą, że całkiem inne sprężyny działają na państwo, jak te, które działają na człowieka. Jeżeli więc sprawę alimentów rozstrzygać ma sędzia-państwo, a nie sędzia-jednostka, to w ustawie musi znaleźć wskazówki dla oznaczenia wartości, bo sam, gdyby nawet był w możności oznaczyć ją na podstawie przeżycia, to oznaczyłby ją z punktu widzenia indywidualnego, a nie socjalnego, Oto drugi, mojem zdaniem zasadniczy powód, przemawiający przeciwko przyznawaniu sędziemu roli ustawodawcy.

Ci, którzy rozważali sprawę wartości, odgadną odrazu, jakie zajmuję co do niej stanowisko. Nie mogę w tej książce, poświęconej prawu pozytywnemu, omawiać bliżej ani relatywizmu wartości ani tego, że wartość powstaje emocjonalnie na podstawie przeżycia, ani wreszcie tej pozytywnej fikcji podmiotu nadindywidualnego, wyrabiającego wartość społeczną. Z kilku rysów, które podałem, wydobywa się to moje stanowisko z dostatecznym naciskiem. Jedno chcę tylko jeszcze powtórzyć: ustawa mieści w sobie wartości społeczne, jak wogóle całe prawo mieści w sobie tylko wartości społeczne. Prawo wyrabia i narzuca ludziom, przymusowo przeprowadza swoje, to jest społeczne wartości. Ponieważ wartość pojmujemy tylko subiektywną, więc dla wartości społecznej figujemy także „subjekt“ w postaci państwa. Jak państwo do tego dochodzi, w drodze jakiego procesu, aby te wartości społeczną wyrobić, to inna rzecz. My tylko możemy, ale i musimy stwierdzić, że państwo ma swoje życie, swoje potrzeby, cele, środki etc. i z tym faktem musimy się liczyć. Fikcja państwa-podmiotu bardzo nam tutaj pomaga, byleśmy nie zapominali, że to tylko fikcja.

Jakikolwiek przykład powinien nam tę sprawę objaśnić. Robotnik żąda od fabrykanta kosztów leczenia, renty z powodu wypadku, starości etc. Państwo rozkłada te należitości między robotnika, fabrykanta i siebie. Nie potrzeba chyba wykazywać, że wchodzi tu w grę różne wartości i że wartość społeczna, objawiająca się w rozłożeniu należitości na szerokie koła, jest wynikiem całkiem innego procesu myślowego, rozwojowego etc. jak wartość, którą sobie wyrabia jednostka. Weźmy inny przykład. Ubogi ma bogatego brata, żadnych innych krewnych nie posiada. Ustawa nie daje mu roszczenia przeciwko bratu o utrzymanie. Dlaczego? Gdyby ustawa widziała w unormowaniu utrzymania środek wywołujący, jak niewiele innych, spójnię, solidarność rodziny, a do spójni tej przywiązywała wagę, toby brata pociągnęła do alimentów. Widocznie tak nie jest obecnie, a wskutek tego różni się wartość indywidualna od społecznej w tej kwestji. Weźmy jeszcze inny przykład. Ustawa przywiązuje wagę do tego, aby potrzebujący miał zaspokojone wszystkie potrzeby życia i to w stopniu odpowiadającym jego towarzyskiemu otoczeniu etc. Albo też ustawa nie przywiązuje wagi do tego i zadawalnia się tem, że

pragnie tylko gminę, zobowiązaną do zaopatrywania ubogich. odciażyć przez nałożenie alimentów na krewnych, pozostawiając ich wysokość dowolności sędziego. Z pierwszego poglądu wypłynęło np. postanowienie § 1610 k. c. n., z drugiego postanowienie kodeksu austriackiego i polskiego. Nie potrzebujemy chyba wykazywać, że proces, na podstawie którego „podmiot—państwo—kodeks” doszedł do takiego postanowienia, jakie jest w kodeksie austriackim lub polskim, jest całkiem nieznanym „podmiotowi-jednostce”, jakżeż więc ma przejść ten proces sędzia-człowiek? Musi mieć w ustawie wskazówki, a wówczas wartość nie polega wprawdzie u niego na „przeżyciu”, ale może się w nią wżyć.

Po tej dygresji wróćmy do kwestji utrzymania, co do której mamy jeszcze omówić sprawę sposobu uiszczania alimentów.

Kodeks austriacki nie zawiera przepisów, w jaki sposób alimentu mają być uiszczane. Literatura i praktyka pomagają sobie zdrowym rozumem, np. dziecko pełnoletnie nie jest zobowiązane do przyjmowania alimentów w domu rodzicielskim, G. U. W. XIII, 4945, syn uczący się na uniwersytecie pobiera alimentu w pieniądzu, G. U. W. XI 4325 i t. d.

Z artykułów 244 i 245. k. c. Kr. pol., powtórzonych za artykułami 210 211 K. N., wynika, że alimentu należą się przede wszystkim w pieniądzu. Od tej reguły są dwa wyjątki: a) art. 244 pozwala każdemu dłużnikowi tj. zobowiązanemu do dostarczania alimentów, za wykazaniem powodów, zastąpić pieniężne alimentu przyjęciem uprawnionego do swego domu, b) następny zaś artykuł pozwala tylko ojcu i matce ofiarować alimentu w naturze, przy czem nie potrzebują wykazywać powodów, dla których to czynią. Powodem usprawiedliwiającym alimentu w naturze w przypadku pod a) jest niemożność płacenia alimentów w pieniądzu.

Zgodnie z K. N., a więc z k. c. Kr. p., reguluje tę sprawę kodeks niemiecki. Zgodność polega na tem, że a) regułą jest dostarczanie alimentów w pieniądzu, b) że każdy zobowiązany może prosić o zmianę tego sposobu dostarczania alimentów, (tutaj szczegóły są inne: α) zmiana jest dopuszczalna wogóle „na inny sposób”, a nie tylko na przyjęcie do siebie, tudzież β) żądać można zmiany „z szczególnych powodów”, a nie tylko dlatego, że zobowiązany nie jest w stanie płacić). c) Wreszcie zgodność objawia się w tem, że rodzice mogą oznaczyć „inny sposób” dostarczania alimentów, ale tylko jeżeli dziecko jest stanu wolnego (K. N. k. i Kr. p. mówią tylko o przyjęciu do siebie i nie czynią różnicy między dziećmi stanu wolnego a dziećmi znajdującymi się w stanie małżeńskim).

5. Szczególne przepisy.

Roszczenie o alimentu właśnie z powodu swej podwójnej natury, publiczno- i prywatno prawnej, ma właściwości nie spo-

tykane gdzieindziej. Wszystkie kodeksy zgadzają się np. na to, że roszczenie o alimenty odżywa, gdy uprawniony na nowo popadnie w niedostatek. Kodeks niemiecki mówi np. wyraźnie w § 1614. że nie można zrzec się alimentów na przyszłość. Zgadzą się też, że powyższe postanowienia np. rodziców wedle § 1612 k. c. n. lub wogóle zobowiązanego, art. 243. k. c. Kr. pol., może być z pewnych powodów (§ 1612 k. c. n. „z szczególnych powodów“; art. 243 k. c. Kr. p.: „uprawniony już nie potrzebuje, zobowiązany już nie ma“) zmienione (K. c. Kr. p. mówi tylko o zniesieniu i zmniejszeniu, ale nie mówi o zwiększeniu obowiązku alimentacji). Jest także jasne, jako konsekwencja natury publiczno-prawnej utrzymania, że roszczenie o nie nie ulega przedawnieniu (uległ mogą przedawnieniu poszczególne raty, p. np. §§ 197, 261 k. c. n.). Oprócz tych właściwości zanotować jeszcze winniśmy:

Z natury pretensji o alimenty, jako pretensji familijno-prawnej, a więc publiczno-prawnej, wynika jeszcze kilka szczególnych cech. I tutaj skazani są prawnicy, wyrokujący na podstawie kodeksu Napoleona, kodeksu cywilnego Królestwa polskiego i kodeksu austriackiego na dedukcję, gdy kodeks niemiecki wyraźnie te dotyczące kwestje rozstrzyga.

O jednej z tych kwestji mówiliśmy już wyżej. Idzie o rozstrzygnięcie, czy dług alimentacyjny jest solidarny, a jeżeli nie, to w jakim stosunku obciąża zobowiązanych. Oprócz kodeksu niemieckiego, żaden z porównywanych przez nas nie rozstrzyga tych kwestji. Literatura i praktyka oświadczają się zgodnie z kodeksem niemieckim przeciwko solidarności, ale 1-o nie mogą za tym poglądem zacytować pozytywnego tekstu, a 2-o rozbiegają się, gdy idzie o oznaczenie stosunku. Nie przywiązuję wagi do tych dedukcyj. Większe znaczenie ma dla mnie pozytywny przepis zawarty w § 1606 k. c. n., który kwestję rozstrzyga bez reszty. Wedle niego należy odróżnić, kto jest zobowiązanym. Jeżeli zobowiązanymi są potomkowie, to obowiązek utrzymania oznacza się wedle ustawowego porządku dziedziczenia i wedle części spadkowych. Jeżeli zobowiązanymi są wstępni, to bliżsi odpowiadają przed dalszymi, a równie bliżcy w równych częściach. Jeżeli więc zobowiązanymi są np. syn i dwoje dzieci córki, to syn odpowiada za połowę, a każde z dzieci córki za jedną czwartą część utrzymania. Dwaj dziadowie i jedna jeszcze żyjąca babka odpowiadają każde w jednej trzeciej części (zdolność świadczenia nie odgrywa roli, inaczej, jak w praktyce austriackiej, p. judykat. 226). Wszystko to jest jasne i wedle mnie lepiej spełnia zadanie, które ma być tutaj rozwiązane, niż swoboda sądzić, nie krępowana żadną wskazówką.

Kodeks niemiecki normuje w § 1615 drugą cechę pretensji o alimenty, którą z innych kodeksów należy wysnuć również tylko w drodze dedukcji. Roszczenie o alimenty gaśnie mianowicie tak ze śmiercią uprawnionego, jak i z śmiercią zobowią-

zanego. Na dziedziców nie przechodzi ta pretensja ani czynnie ani biernie. Dziedzice tą uprawnionymi na podstawie swojego prawa. Tak samo ma się rzecz po stronie długu. Ta cecha roszczenia o alimenty wynika z jego natury rodzinnej, a więc osobistej.

Czy pretensję o alimenty można cedować? Tutaj i kodeks cywilny niemiecki milczy. Należy dać odpowiedź przeczącą, jest ona bowiem w związku z kwestją, że alimenty nie są przedmiotem egzekucji.

Dotychczas mówiliśmy o tych właściwościach roszczenia o alimenty, które płyną z jego publiczno-prawnej, rodzinnej natury. Ale zresztą należy stosować do tego roszczenia przepisy ogólne o zobowiązaniach. Z tego więc np. wynika, że wypełnienie obowiązku alimentacyjnego jest wypełnieniem zobowiązania, a nie np. daniem zaliczki, stąd w razie np. poprawy stosunków nie można żądać zwrotu dostarczonych sum. Skarga z powodu niesłusznego wzbogacenia się jest wykluczona.

C) **Uposażenie** (*Ausstattung*) i **wyprawa** (*Aussteuer*).

Obok alimentów drugą instytucją rodzinną-prawną, mającą swe źródło w ustawie, jest instytucja uposażenia (*Ausstattung*) i wyprawy (*Aussteuer*). Powiedzmy odrazu, że i kodeks Napoleona i kodeks cywilny Królestwa polskiego ich nie akceptuje. Przeciwnie, art 237. ustęp drugi, powtórzony w zmienionej redakcji za art. 204. K. N. mówi, że ani ojciec ani matka nie są zobowiązani za życia odstępować dzieciom majątku swego. Z art. 204 K. N., widzimy że idzie tu właśnie o to, co w kodeksie niemieckim i austriackim nosi nazwę uposażenia względnie wyprawy, dotyczący bowiem artykuł kodeksu Napoleona opiewa: „L'enfant n'a point l'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement“. Prawo francuskie zostawia tę sprawę obyczajom, etyce etc. obligacji jednak ustawowej nie tworzy.

Kodeks niemiecki i austriacki przyjmują powyższe instytucje, nie jest jednak łatwą rzeczą ich porównanie. Dla doraźnej orientacji podniemy główne rysy. Kodeks niemiecki odróżnia ostro wyprawę (*Aussteuer*) od uposażenia (*Ausstattung*). O pierwszej mówią §§ 1620 do 1623, o drugiej §§ 1624 i 1625. Wyprawa należy się tylko córce (nie synowi) i tylko od ojca względnie matki (nie od dalszych wstępnych), dalej tylko w razie jej zamężcia obejmuje wreszcie tylko przedmioty do urządzenia gospodarstwa. Tak określona wyprawa jest obowiązkiem ojca, względnie matki płynącym z ustawy. Inaczej uposażenie (*Ausstattung*). Nie jest ono obowiązkiem ustawowym, może przypaść tak synowi, jak córce, i obejmuje daleko szerszy zakres, niż wyprawa. Właściwość uposażenia nie polega też w prawie niemieckim na ustawowej obowiązkowości ale na specjalnem odróżnieniu w niem przypadków w których, jest darowizną, a w których nią nie jest.

Bardzo troskliwie należy zbadać sprawę uposażenia w prawie austriackim. Niewłaściwie mówi kodeks cywilny austriacki o uposażeniu córki w ustępie o posagu i nawet nazywa to uposażenie posagiem (Heiratsgut, § 1220 k. c. a.). Natomiast używa trafnej nazwy „Ausstattung“, gdy idzie o uposażenie syna (§ 1231 k. c. a.). Pomieszanie jest widoczne; posag ma źródło w umowie, natomiast to, co z ustawy należy się córce, względnie synowi, powinno mieć inną nazwę. Idąc za § 1231 przyjmujemy dla prawa austriackiego nazwę uposażenia (Ausstattung) dla tych korzyści, które z ustawy należą się tak córce jak synowi, od wstępnych, z powodu małżeństwa. Nazwy „wyprawa“ (Aussteuer) nie znajdujemy w kodeksie austriackim. Jakż więc jest stosunek kodeksu austriackiego do niemieckiego w tej materji? W istotnym punkcie widzę, że są zgodne. Tym istotnym punktem jest ustawowa obowiązkowość. Istnieje ona w kodeksie niemieckim co do wyprawy (Aussteuer), a nie istnieje co do uposażenia (Ausstattung). Otóż zgodność kodeksów przyjmuję dlatego, że austriackie uposażenie (Ausstattung w § 1231, a niewłaściwie nazwane Heiratsgut w § 1220) uważam za niemiecką wyprawę (Aussteuer), o ile idzie o jego ustawową obowiązkowość. To znaczy: także i w prawie austriackim z ustawy należy się dziecku od rodziców tylko tyle, ile jest potrzebnem do urządzenia gospodarstwa, reszta zaś, to jest nadwyżka, którą dziecko otrzymuje, zależy od dobrej woli rodzica. Pozatem różnice, oczywiście, tkwią w tem, że wyprawa należy się w prawie austriackim nie tylko córce, jak w prawie niemieckim, ale i synowi, tudzież nie tylko od ojca względnie matki, ale i dziadów resp. pradziadów. W poglądzie tym wymaga przeto udowodnienia ten tylko punkt, który odnosi się do rozmiaru austriackiego uposażenia, jako ustawowego obowiązku, to jest udowodnić należy, że austriackie uposażenie (trafnie nazwane w § 1231 „Ausstattung“, a bałamutnie w § 1220 „Heiratsgut“) jest co do rozmiaru swego równem niemieckiej wyprawie (Aussteuer) Dojdziemy do tego, przedstawiając najpierw różnicę między niemieckim uposażeniem (Ausstattung) a niemiecką wyprawą (Aussteuer), potem zaś różnicę między austriackim posagiem (Heiratsgut) a austriackim uposażeniem (Ausstattung), a wreszcie różnice względnie podobieństwa między kodeksem niemieckim a kodeksem austriackim w tej materji.

Niemieckie uposażenie (Ausstattung).

a) Uposażenie jest naturalnem zobowiązaniem, a wskutek tego nie jest w pewnych granicach darowizną.

b) Podmiotem jest tak córka, jak syn.

Niemiecka wyprawa (Aussteuer).

a) Wyprawa jest ustawowem roszczeniem.

b) Roszczenie to (ustawowe) ma tylko córka.

c) Uposażenie ma miejsce nie tylko z okazji małżeństwa, ale i z okazji uzyskania samodzielnego stanowiska socjalnego. Obejmować może wszelkie wartości majątkowe.

d) Naturalne zobowiązanie uposażenia zachodzi po stronie ojca i matki.

e) Wobec tego, że uposażenie jest ustawowym obowiązkiem, odpada potrzeba oznaczenia jego wysokości.

f) § 1623 k. c. n. nie odnosi się do uposażenia.

c) Przedmiotem wyprawy są suknie, bielizna i sprzęty gospodarstwa domowego, może być jednak wyprawa uiszczoną tak w naturze, jak w pieniądzu. Należy się tylko z okazji małżeństwa.

d) Zobowiązany jest ojciec, subsydjarnie zaś matka.

e) Wysokość wyprawy oznaczona jest wyrazem „angemesen“, a obraca się w granicach: z jednej strony, ojciec nie może mieć przez danie wyprawy zagrożonego swego odpowiadającego stanowi utrzymania, z drugiej strony córce nie należy się wyprawa, jeżeli ma swój majątek.

f) Roszczenie o wyprawę jest nieprzenaszalne i przedawnia się w roku od zawarcia małżeństwa, § 1623 k. c. n.

Z powyższego zestawienia widać, że pojęcie uposażenia jest szersze, niż wyprawy, i że wyprawa jest poddziałem uposażenia. Ponieważ wyprawa może być przez córkę zaskarżoną, przeto należało ją dokładnie określić. W tych określonych granicach wyprawa jest ustawowym obowiązkiem, w każdym razie jednak jest także uposażeniem. O uposażeniu zaś kodeks niemiecki dlatego mówi, aby stwierdzić, że w pewnych przypadkach jest ono darowizną. Nie jest darowizną, gdy nie przekracza miary odpowiadającej stosunkom, w szczególności stosunkom majątkowym ojca lub matki. Nie jest zaś nią, bo albo istnieje ustawowy obowiązek uposażenia, jak to ma miejsce przy wyprawie, (odnoszą się do tego wyrazy w § 1624 „auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht“), albo jest moralnym obowiązkiem. Do takiego uposażenia, nie będącego darowizną, nie odnoszą się przepisy o formie darowizny (§ 538) i o odwołaniu tudzież żądaniu zwrotu (§§ 528 i 530). Od tego pojmowania, że uposażenie nie jest darowizną, jest wyjątek w paragrafie 1624 ustęp drugi, wedle którego do uposażenia, czy ono jest darowizną, czy nie, mają zastosowanie te przepisy o odpowiedzialności z tytułu ewikcji i za wady, które się odnoszą w tym względzie do darowizn.

Przypatrzmy się obecnie prawu austriackiemu.

Austrjacki posag (Heiratsgut).

a) Jest umową majątkową małżeńską (Ehepakt) i wymaga formy aktu notarialnego.

b) Jest umową, a więc ustanowienie go jest dobrowolne.

c) Posag ustanawia się tylko dla męża i to ad sustentanda onera matrimonii.

d) Ustanawiającą posag jest m. zd. tylko żona, jeżeli bowiem majątek, stanowiący posag, daje trzecia osoba, to daje go m. zd. żonie, a ta ustanawia posag (dzieje się to równocześnie i stąd wrażenie, że posag może ustanowić nie tylko żona, ale i trzecia osoba za nią).

e) Rozmiar posagu nie jest oczywiście ograniczonym.

Austrjackie uposażenie (Ausstattung).

a) Nie jest umową majątkową małżeńską (Ehepakt).

b) Uprawniony ma ustawowe, a więc wymuszalne roszczenie do zobowiązanego, o uposażenie.

c) Wyprawę otrzymuje dziecko (córka lub syn) i może z nią postąpić dowolnie: może z niej ustanowić posag, może przeznaczyć na wolny majątek, wcielić do wspólności majątkowej małżeńskiej etc.

d) Zobowiązanymi do dania uposażenia są rodzice.

e) Wobec tego, że danie uposażenia jest obowiązkiem obciążającym przymusowo rodziców, należy jego rozmiar określić ustawowo; to właśnie określenie wprowadzi nas na drogę porównania z k. c. n.

Po tem przedstawieniu zyskujemy ułatwienie w wykazaniu stosunku niemieckiej wyprawy do austrjackiego uposażenia, o którym przypominamy, że jest w § 1229 k. c. a. niewłaściwie nazwane posagiem (Heiratsgut), a któremu 'lepiej nadać użytą w § 1231 k. c. n. nazwę uposażenia (Ausstattung).

Niemiecka wyprawa.

a) Polega na ustawowym roszczeniu.

b) Roszczenie to służy tylko córce.

Austrjackie uposażenie.

a) Rzecz ma się tak samo. Judykatura wyraźnie stwierdza, że uposażenie nie jest umową majątkową małżeńską (Ehepakt) ks. jud. 240.

b) Roszczenie to służy córce i synowi.

c) Roszczenie to służy córce przeciwko ojcu, subsydjarnie zaś przeciwko matce.

d) Wyprawa należy się tylko w razie małżeństwa (co do uposażenia niemieckiego p. paragraf 1624).

e) Rozmiar niemieckiej wyprawy oznaczony jest słowami: „do utworzenia gospodarstwa“, w tym rozmiarze zaś słowami: „odpowiednio (angemessen)“ w granicach: z jednej strony „uwzględnienie innych zobowiązań ojca, bez narażenia odpowiadającego stanowi utrzymania ojca“, z drugiej strony brakiem „wystarczającego do wyprawy majątku córki“.

f) Wyprawa się nie należy:

a) jeżeli córka ma swój majątek wystarczający na wyprawę,

β) w przypadku § 1621 ust. 1. k. c. n.,

c) Roszczenie to służy córce i synowi przeciwko rodzicom i dziadom w tym porządku, w jakim są zobowiązani do żywienia i zaopatrzenia dzieci względnie wnuków.

d) Rzecz ma się tak samo co do austriackiego uposażenia, jak co do niemieckiej wyprawy.

e) Rozmiar austriackiego uposażenia nie jest określony jasno. Dane pozytywne są:

α) austr. uposażenie ma odpowiadać stanowi i majątkowi rodziców względnie dziadów, stan ten zaś bada się bez ścisłości (streng), § 1221 k. c. a.

β) Austriackie uposażenie nie ma być równe austriackiej oprawie (Widerlage), która jest pomnożeniem posagu ze strony męża, § 1230 k. c. a. Judykatura (G. U. W. III, 911; XI 4261) zajmuje to samo stanowisko, jakie zajmuje k. c. n., to j. przyjmuje uposażenie w rozmiarze „pierwszego urzędnika gospodarstwa“, a jeszcze wyraźniej stwierdza to podobieństwo przez orzeczenie, że uposażenie nie jest identyczne z „zaopatrzeniem (Versorgung)“ G. U. W. VIII, 2999, które ma w sobie pierwiastek trwałości.

f) Uposażenie nie należy się:

α) jak w k. c. n., por. § 1220 k. c. a.,

β) Różnica między § 1621 ust. 1. k. c. n. a § 1222 k. c. a. jest ta, że pierwszy przyjmuje tylko sam fakt naruszenia przepisów ustawowych za przyczynę uzasadniającą odmowę wyprawy, drugi zaś domaga się, aby nadto sąd uznał, że rodzice mieli rację, odmawiając przyzwolenia. Oprócz tego

γ) w przypadku § 1621 ust. 2. k. c. n.,

δ) jeżeli córka przy poprzedniem małżeństwie wyprawę już otrzymała, § 1622 k. c. n.

ε) jeżeli danie wyprawy naraża odpowiadające stanowi utrzymanie ojca.

g) Roszczenie o wyprawę nie przechodzi na dziedziców i wogóle nie może być przenoszonym.

h) Wedle § 1623 k. c. n. roszczenie o wyprawę przedawnia się w roku od zawarcia małżeństwa.

wedle § 122 k. c. a. rodzice względnie dziadowie mogą odmówić wyprawy, chociaż do ważności małżeństwa nie było potrzeba ich zezwolenia, jeżeli go nie aprobowali z przyczyn, które sąd uzna za racjonalne.

γ) Odpowiedniego postanowienia niema w kodeksie austriackim, jednak praktyka postępuje, jak w pr. niemieckiem, p. G. U. W. IX, 3344.

δ) Takie samo postanowienie zawiera § 1223 k. c. a.

ε) § 1221 k. c. przyjmuje odpowiadające wymaganiu pr. niemieckiego postanowienie, nie daje jednak tego kryterjum, które znajdujemy w § 1610 k. c. n. Natomiast § 1221 k. c. a. podaje wskazówkę, jak zbadać, czy zobowiązany rzeczywiście „nie może” dać wyprawy.

g) Tak samo jest w prawie austriackiem. Oczywiście wyprawa już nabyta w jednym i drugim prawie podlega swobodnej dyspozycji.

h) Postanowienia takiego nie zawiera kodeks austriacki.

K. c. a. zawiera jeszcze postanowienie, które obcem jest kodeksowi niemieckiemu wskutek tego, że wedle tego ostatniego tylko ojciec względnie matka zobowiązani są do dania wyprawy, a nie dalsi krewni wstępni. W prawie austriackiem obowiązek dania wyprawy obciąża wedle § 1220 „rodziców lub dziadów w tym porządku, w którym zobowiązani są do żywienia i zaopatrzenia dzieci”, dalej jednak mówi ten paragraf, że te osoby zobowiązane są uposażenie „dać lub do niego stosunkowo się przyczynić”) przyczem w nawiasie powołane są §§ 141 do 143 k. c. a. Z postanowienia tego wynika, że wyprawa może być składkowo daną, inaczej bowiem nie miałyby uzasadnienia wyrazy „stosunkowo się przyczynić”. Jeżeli tak miałyby być, to stałoby to — mojem zdaniem — w sprzeczności z regułą, że

wyprawę dają zobowiązani do alimentacji w porządku ustanowionym właśnie dla alimentacji, a określonym w §§ 141 i 143 k. c. a. Jednak mimo tej sprzeczności liczyć się należy z tem, że § 1220 zawiera określenie „przyczynić się stosunkowo” i starać się to wyjaśnić. Postanowienie to starają się też w ten sposób wytłómaczyć, że, jeżeli ojciec jest uboższy od innych zobowiązanych do alimentacji, to daje tylko część wyprawy, a resztę inni zobowiązani do alimentacji.

Wywód powyższy reasumuje w następujących punktach:

1. K. c. a. używa w § 1220 wyrażenie „Heiratsgut” w podwójnem znaczeniu: raz na określenie umowy-posagu, drugi raz na określenie roszczenia ustawowego, które w § 1231 nazywa trafnie „Ausstattung”, co tłumaczymy przez wyraz „uposażenie”.

2. K. c. n. nie miesza posagu będącego umową, z uposażeniem (Ausstattung). Przez to ostatnie jednak, to jest przez „Ausstattung”, rozumie zobowiązanie naturalne, a jako poddział przyjmuje „wyprawę (Aussteuer)” i co do tej daje córce skargę przeciwko ojcu, a subsydjarnie przeciwko matce.

3. Kodeks niemiecki jest w tem zgodny z austriackim, że oba znają roszczenie ustawowe: pierwszy córki przeciwko ojcu wzgl. matce, drugi dziecka przeciwko tym, którzy są zobowiązani do alimentacji. Austriackie uposażenie przeto, niewłaściwie nazwane w § 1220 „Heiratsgut”, a właściwie w § 1231 „Ausstattung”, jest co do natury swej identyczne z niemiecką wyprawą (Aussteuer). Idzie tylko o to, czy rozmiar ich jest jednakowy. Mimo niejasności wyrażań kodeksu austriackiego przjąć należy, że roszczenie ustawowe ma za przedmiot tylko to, co jest potrzebne do pierwszego urządzenia gospodarstwa małżonków. Ani literatura ani praktyka nie mają co do tego wątpliwości.

4. W tym stanie rzeczy, to jest gdy austriackie uposażenie (Ausstattung), jako roszczenie ustawowe, równa się niemieckiej wyprawie (Aussteuer), jako również roszczeniu ustawowemu, w tym stanie rzeczy, powtarzamy, należy się zapytać, czy niemieckie uposażenie (Ausstattung), jako zobowiązanie naturalne, znane jest prawu austriackiemu. Twierdź, że tak. Prawo austriackie zna je tylko znowu pod inną nazwą, a mianowicie pod nazwą „zaopatrzenia (Versorgung)”, to ostatnie bowiem ma w sobie pierwiastek trwałości, który tkwi w określeniu niemieckiego uposażenia, zamieszczonem w § 1624 k. c. n. Świadczenie dokonane tytułem zaopatrzenia (Versorgung), nie jest z pewnością w prawie austriackiem darowizną, jak nie jest nią w prawie niemieckiem uposażenie (Ausstattung), chyba, że (wedle obydwóch kodeksów) przekraczają miarę odpowiadającą stosunkom majątkowym: w prawie niemieckiem ojca i matki, w prawie austriackiem zobowiązanych do alimentacji.

D) Majątek dziecka.

Trzy pojęcia należy ściśle odróżnić od siebie, o ile idzie

o stosunek rodziców do majątku dziecka: opiekę, zarząd, użytkowanie. O opiece w niniejszym ustępie będziemy mówić o tyle tylko, o ile — właśnie dla odróżnienia jej od dwóch innych wymienionych — jest to potrzebne. Natomiast przedmiotem obecnego wykładu jest zarząd i użytkowanie majątku dziecka.

W tym względzie zachodzi zasadnicza różnica między kodeksem austriackim a innymi kodeksami. Kodeks austriacki daje ojcu tylko zarząd majątku dziecka, a nie przyznaje mu użytkowania. Natomiast inne kodeksy przyznają ojcu zarząd i użytkowanie. Najczęściej łączy się zarząd i użytkowanie, jednakże zajść mogą przypadki, gdy np. ojcu służy tylko zarząd, a nie służy użytkowanie, lub na odwrót. Wskutek tego instytucje te należy traktować osobno i nie uważać, że jedna konsumuje drugą, jakkolwiek faktycznie może się tak dziać, gdy zarząd i użytkowanie w konkretnym przypadku są nierozdzielone.

I w tej materji możemy stwierdzić, że kodeks niemiecki skorzystał z doświadczeń judykatury i z nauki, i obie instytucje wykształcił, gdy kodeks Napoleona i k. c. Kr. po., szczególnie w kwestji zarządu, nie zawierają dostatecznych norm, otwierając szeroko wrota dowolności, powiedzmy: swobodzie, sędziego, ale wprowadzając skutek tego także i niejedno zawikłanie. Zobaczymy, że kodeks Napoleona zajmuje się zarządem majątku dziecka tylko w jednym artykule. Czyni to tylko dlatego, aby ten zarząd odróżnić od opieki, pozytywnie nie ustanawia jednak dla niego norm, wskutek czego kwestja ta „prawniczo“ nie może być traktowaną, a pozostaje rozbiór jej tylko ze stanowiska orzecznictwa sądowego. To, co nauka przywodzi dla wypełnienia luki, jest jednym z momentów wpływających na taki lub inny kierunek orzecznictwa.

W kodeksie austriackim zarząd jest bardziej wykształcony, ale przez to właśnie, że jest jedynym stosunkiem rodziców do majątku dziecka, (bo kodeks austriacki nie przyjmuje użytkowania), należy go rozważać z ostrożnością i dokładnością, aby uchwycić różnicę między nim a niemieckim zarządem majątku dziecka, który nie jest jedynym wyrazem stosunku rodziców do majątku ojca, bo ten kodeks przyznaje rodzicom także użytkowanie.

1. Zarząd majątku dziecka (*Vervaltung, administration*).

Zachodzić w tej kwestji mogą następujące kombinacje:

a) rodzicom służy zarząd majątku dziecka, ale nie służy im użytkowanie; b) rodzicom służy tak zarząd, jak użytkowanie na majątku dziecka; c) rodzicom służy użytkowanie na majątku, ale nie służy im zarząd; d) na majątku dziecka nie służy rodzicom ani zarząd ani użytkowanie.

Ad a) Ustawowym, normalnym ustrojem prawa austriackiego jest zarząd ojca (§ 149) majątkiem dziecka, bez użytkowania. Winnych prawach rodzicom (mówieniarazie „rodzicom“, później będzie określone, któremu z nich) służy na majątku dziecka

tak użytkowanie jak zarząd, przypadki przeto, w których rodzice mają tylko zarząd bez użytkowania są wyjątkami.

W prawie niemieckiem zarząd bez użytkowania ma miejsce w następujących przypadkach:

α) Jak wyżej powiedzieliśmy, ustawowym regularnym ustrojem majątkowym jest tak zarząd, jak i użytkowanie ojca względnie matki na majątku dziecka. Z pod użytkowania, ale nie z pod zarządu wyjęty jest tak zw. wolny majątek dziecka, określony w § 1650 i 1651 k. c. n. Na tym wolnym majątku (*freies Vermögen*) dziecka ojciec względnie matka nie ma użytkowania, ale zasadniczo ma zarząd z wyjątkiem przypadku unormowanego w § 112 k. c. n., który opiewa; „Jeżeli ustawowy zastępca za zezwoleniem sądu opiekuńczego upoważni małoletniego do samodzielnego prowadzenia interesu zarobkowego, to małoletni jest w nieograniczony sposób zdolnym do działania w takich czynnościach prawnych, które prowadzenie interesów za sobą pociągnie. Wyjęte są te czynności prawne, do których zastępca potrzebuje przyzwolenia sądu opiekuńczego. Zastępca może cofnąć upoważnienie tylko za zezwoleniem sądu opiekuńczego“.

β) Jeżeli ojciec zrzeknie się stosownie do § 1662 k. c. n. użytkowania, to majątek staje się wolnym, a wskutek tego znajduje się w położeniu, jak pod α).

γ) Wedle § 1666 k. c. n. ust. 2-gi może być ojcu odebrany tak zarząd, jak użytkowanie, i to albo jedno i drugie razem albo tylko jedno. Jeżeli przeto odebrano ojcu tylko użytkowanie, przyjąć należy, że pozostał mu zarząd, wskutek czego powstaje sytuacja, jak pod α).

W prawie polskiem ustawowym ustrojem majątku dziecka jest zarząd i użytkowanie ojca względnie matki, art. 341, 342 k. c. Kr. p. Zachodzą one z reguły razem, jednak mogą mieć miejsce w wyjątkowych przypadkach oddzielnie od siebie, jak to wynika z ostatniego zdania artykułu 341 k. c. Kr. pol. Do takich wyjątków należy majątek wolny dziecka określony w art. 344. Na tym wolnym majątku ojcu nie służy użytkowanie, jednak służy mu zasadniczo, jak w prawie niemieckiem, zarząd.

Ad b). Wedle k. c. n. i k. c. Kr. pol. zarząd i użytkowanie na majątku dziecka służą ojcu (względnie matce) razem; system ten jest w tych prawach ustawowym. Wedle k. c. a. kombinacja ta może zająć tylko wówczas, jeżeli trzecia osoba *inter vivos* lub *mortis causa* da dziecku majątek, ustanawiając zarazem na tym majątku użytkowanie na rzecz ojca. Do takiego przypadku odnosi się ostatnie zdanie § 150 k. c. a.

Ad c). Kombinacja trzecia, gdy ojcu służy na majątku użytkowanie, ale nie służy mu zarząd, ma miejsce w prawie niemieckiem w następujących przypadkach:

α) jeżeli spadkodawca lub trzecia osoba, która *inter vivos* dała dziecku majątek, wykluczyły zarząd ojca, na co zezwala § 1638;

β) w razie konkursu ojca § 1647;

γ) w razie odebrania ojcu przez sąd opiekuńczy zarządu, z pozostawieniem mu użytkowania, §§1666, 1670, 1740, 1761 k. c. n.;
 δ) w czasie spoczywania władzy ojcowskiej §§1676--1678 k. c. n.

Wszystkie te przypadki są możliwe w prawie polskiem, oczywiście na tle właściwych kodeksowi Kr. p. instytucyj.

Żaden z tych przypadków nie jest możliwym w prawie austriackiem, utrata bowiem przez ojca zarządu wywołuje kombinację pod d).

Ad d) Oprócz dopiero co wzmiankowanej sytuacji w prawie austriackiem kombinacja, gdy ojciec nie ma na majątku dziecka ani zarządu ani użytkowania, zachodzi co do wolnego majątku dziecka § 151 k. c. a. Gdy bowiem wedle prawa austriackiego nie służy ojcu użytkowanie na majątku dziecka, t. zw. wolny majątek dziecka polega na tem, że ojciec nie ma na nim zarządu.

W prawie polskiem i niemieckiem kombinacja, gdy ojciec nie ma na majątku dziecka ani zarządu ani użytkowania, zdarza się w tych wszystkich przypadkach, gdy ojcu wyraźnie odebrano, wyraźnie nie udzielono (przez spadkodawcę lub trzeciego) lub gdy wyraźnie zrzekł się tak zarządu, jak użytkowania. Oprócz tego, co do tak zw. wolnego majątku dziecka, to w prawie niemieckiem i polskiem polega on tylko zasadniczo na tem, że ojciec nie ma na nim tylko użytkowania, ale ma zarząd. Już wyżej powiedzieliśmy, że w przypadku § 112 k. c. n. ojciec nie ma ani zarządu ani użytkowania. W prawie polskiem taki przypadek jest również możliwy; wymaga specjalnego dowodu.

Po tem przedstawieniu możliwych kombinacji, możemy się zająć omówieniem osobno zarządu, a osobno użytkowania, bez obawy zarzutu, że nie mieliśmy na oku wszystkich sytuacji.

Między zarządem kodeksu austriackiego a zarządem kodeksu niemieckiego i polskiego jest ta różnica, że wedle kodeksu austriackiego nadwyżka, pozostająca po pokryciu kosztów wychowania dziecka, pozostaje, jeżeli jest małą, do swobodnej dyspozycji ojca; postanowienie to jest nieznanne dwom innym kodeksom, wedle których ojciec winien składać rachunki z wszystkich dochodów. Właściwość kodeksu austriackiego jest pozostałością służącego wedle dawniejszego prawa austriackiego ojcu użytkowania.

Między kodeksem niemieckim a dwoma innemi jest ta różnica, że kodeks niemiecki normuje dokładnie zarząd ojca i albo wprowadza właściwe przepisy albo równa wyraźnie administrację ojca z opieką (§ 164 nast.), gdy w dwóch drugich kodeksach brakuje norm dla zarządu ojca. Dzieje się, wskutek tego, że w Francji i Polsce literatura i praktyka szukają rady w przepisach o opiece, od której chciały zarząd ojca właśnie odciąć. Artykuł 341 kodeksu cywilnego Królestwa polskiego odpowiada artykułowi 389 kodeksu Napoleona, który opiewa: „ojciec jest w czasie trwania małżeństwa administratorem

osobistych dóbr małoletnich dzieci. Jest odpowiedzialny za własność i dochody dóbr, na których nie służy mu użytkowanie, a tylko za własność tych dóbr, na których ustawa daje mu użytkowanie". Z historii tego artykułu wiemy, że został umieszczony i to w rozdziale mówiącym o opiece — właśnie dlatego, aby administrację legalną ojca odróżnić od opieki. Tymczasem siłą rzeczy, tak w prawie francuskim i polskim, jak w prawie austriackim, które w §§ 149 do 151 również nie daje norm o zarządzie majątku dziecka, dzieje się, że cały szereg kwestyj literatura i praktyka rozstrzyga wedle przepisów o opiece. Gdyby nie stosowano w prawie francuskim i polskim tudzież w prawie austriackim do zarządu ojca przepisów o opiece, byłyby nierozstrzygniętymi bardzo doniosłe dla dziecka kwestje. Jednak w tem stosowaniu przepisów o opiece do zarządu ojca prawo austriackie jest swobodniejsze, prawdopodobnie dlatego, że w nowszych zwłaszcza czasach ulega kodeksowi niemieckiemu. I tak n. p. § 1642 k. c. n. w kwestji lokaty pieniędzy dziecka każe postępować wedle przepisów o pieniądzach pupila zawartych w §§ 1807 i 1808 k. c. n. Tak samo czyni literatura i praktyka austriacka, każąc stosować § 229 kodeksu cywilnego austr. (patrz jednak ostrożne orzeczenie G. U. W. XV, 5737). Najważniejszą jednak jest rzeczą, że literatura (wprawdzie nie jednomyślnie) i praktyka (także nie jednomyślnie, p. n. p. G. U. W. XIV, 5530 i X, 3771) dedukują z § 150 k. c. a, że § 233 k. c. a. ma zastosowanie do administracji ojca, który to paragraf wymaga do ważniejszych czynności opiekuna zezwolenia sądu opiekuńczego. Prawo niemieckie zawiera zupełnie wyraźne w tym względzie postanowienie w § 1643. W tych wszystkich kwestiach prawo francuskie jest w stosowaniu przepisów o opiece do zarządu ojca chwiejne, jakkolwiek i tutaj nieuniknionem jest sięganie do tych przepisów. Jest rzeczą jasną, że nad ojcem, jako administratorem majątku dziecka, nie czuwa rada rodzinna, że ojcu, jako administratorowi majątku dziecka, nie dodaje się opiekuna przydanego, wreszcie dziecko nie ma przeciwko ojcu, jako administratorowi jego majątku, tytułu do hipoteki prawnej. Ale we wszystkich innych kwestiach nie może się praktyka francuska uchronić od szukania pomocy w przepisach o opiece. Charakterystyczną jest n. p. kwestja, czy ojca, który nadużywa administracji, można destytuować. Prawo francuskie i polskie, a także i austriackie, musi się posługiwać sztucznymi dedukcjami, gdy prawo niemieckie w § 1670 zawiera wyraźne w tej kwestji rozstrzygnięcia. Dotkliwie także musi być odczuwane, że w sprawie zarządu ojca nie ma takich postanowień, jakie zawierają artykuły 457, 458, 459, 466 k. c. Kr. pol. w sprawie opieki. Tutaj trudnem jest analogiczne stosowanie tych przepisów do zarządu ojca, wejść przeto muszą w tych sprawach w zastosowanie ogólne przepisy.

Wszystkie powyższe przykłady uwydatniają nam różnicę,

jaka zachodzi pomiędzy kodeksem niemieckim w sprawie zarządu majątku dziecka a innemi kodeksami. Różnica ta polega na tem, że kodeks niemiecki zawiera reglementację zarządu majątku dziecka przez ojca, a prawo austriackie, francuskie i polskie zarządu tego nie normują i zmuszają do dedukcji. Ta dedukcja zaś wiedzie do korzystania z przepisów o opiece. W szerszej mierze i śmieiej czyni to literatura i praktyka austriacka, chwiejniej i nieraz mniej konsekwentnie czyni to literatura i praktyka francuska.

Przedstawmy obecnie w systematycznym porządku kwestje, które się tu nasuwają.

a) Wedle wszystkich trzech kodeksów zarząd majątkiem dziecka służy ojcu. Obok ojca nie ma go nikt inny. Jednak wedle kodeksu niemieckiego i kodeksu Napoleona (o kodeksie Kr. pol. będziemy mówić osobno), w tych przypadkach, w których „władza rodzicielska“ służy matce, służy jej także i zarząd majątku dziecka, ale nie dzieje się to obok ojca, lecz wówczas, gdy ojciec tej władzy nie ma lub nie wykonywa. Wedle kodeksu austriackiego nie może się to przydarzyć, w razie zgaśnięcia bowiem (zobaczmy później, czy i o ile w innych przypadkach) władzy ojcowskiej wchodzi w życie opieka dziecka, a jeśli opiekunem jest matka, to wówczas zarząd wykonywa, jako opiekunka, a nie jako piastun władzy rodzicielskiej.

O władzy rodzicielskiej matki (tak się wyraża kodeks niemiecki, a na razie zatrzymujemy, dla wszystkich praw to określenie, pewni że, bez nieporozumienia, oddaje myśl naszą) będziemy mówili dalej obszernie. Tutaj podnosimy tylko dotyczące przepisy pozytywne:

W prawie austriackiem § 149 k. c. a. daje zarząd tylko ojcu. Za jego życia zarząd dostaje się w ręce kuratora w przypadkach określonych w drugiem zdaniu § 149, w §§ 176, 177 i 178. W razie zgaśnięcia lub spoczywania władzy ojcowskiej dziecko otrzymuje opiekuna, a wówczas wchodzi w życie zarząd opiekuńczy, a nie ojcowski.

Wedle kodeksu niemieckiego służy zarząd majątku dziecka również tylko ojcu, w tem znaczeniu, że „obok“ ojca nikt inny go nie ma, §§ 1627, 1633. Jest ten zarząd wpływem władzy rodzicielskiej ojca. Gdy przeto kodeks niemiecki zdecydował się przyznać w pewnych przypadkach władzę rodzicielską także matce, to musiał w tych samych przypadkach przyznać jej także zarząd majątku dziecka. Przypadki te są dwojakiego rodzaju:

w przypadkach wymienionych w § 1684 k. c. a. matce służy władza rodzicielska definitywnie, natomiast w przypadkach wymienionych w § 1685 matka ma tylko „wykonywanie“ władzy ojcowskiej. W obydwóch grupach jednak niema ani jednego przypadku, w którymby ojcu i matce równocześnie służyła władza rodzicielska. Gdy władza rodzicielska przypada matce, to wedle § 1686 odnoszą się do jej władzy te same przepisy,

które obowiązują o władzy rodzicielskiej ojca, a więc w szczególności §§ 1630—1633, 1638 nast., to j. przepisy o zarządzie etc.

Ten stan rzeczy, to jest przyznanie władzy rodzicielskiej matce, nie jest, jak już mówiliśmy, znanym kodeksowi austriackiemu. Natomiast Kodeks Napoleona zajmuje to stanowisko, które zajmuje kodeks niemiecki. Wedle art. 372 dziecko pozostaje pod władzą rodziców aż do pełnoletności lub emancypacji. Art. 373 postanawia, że podczas małżeństwa tylko ojciec wykonywa tę władzę, jednak wedle art. 141, jeżeli ojciec znikł, matka wykonywa wszystkie jego prawa tak co do wychowania, jak i co do administracji dóbr dziecka (inne przypadki przejścia władzy ojcowskiej na matkę poznamy później). W razie śmierci jednego z małżonków następuje wedle art. 390 opieka. Kodeks Napoleona przeto zgodnym jest z kodeksem niemieckim w tem, że obok ojca nie dopuszcza matki do władzy rodzicielskiej, a także w tem, że w razie, gdy władza ojcowska przechodzi na matkę, tej ostatniej służy także zarząd majątku dziecka. Nie zachowuje tej konsekwencji kodeks cywilny Król. pol. Art. 326 daje „władzę” rodzicom, ale następny artykuł w przeciwstawieniu do art. 372 K. N., postanawia, że „w ciągu pożycia małżeńskiego oboje rodzice sprawują władzę rodzicielską, w razie jednak różności zdań, zdanie i wola ojca przeważa”. Z tą regułą, oddającą sprawowanie władzy obojgu rodzicom, sprzeczną jest reguła art. 341, wedle którego w czasie trwania małżeństwa tylko ojciec jest rządcą osobistego majątku małoletnich dzieci. W tym punkcie, to j. o ile idzie o stosunki w ciągu trwania małżeństwa, różnica między K. N. a k. c. Kr. pol. tkwi w konsekwencji uzasadnienia. Praktyczna różnica wyłania się z art. 68, który odpowiada artykułowi 141 K. N., ale zawiera zdanie obce temu ostatniemu. „Po uznaniu ojca za znikłego, urządzona być winna tymczasowa opieka” (p. także art. 348 k. c. Kr. pol.). W przeciwstawieniu przeto do K. N. w razie uznania ojca za znikłego, matka jest opiekunką, a nie podmiotem władzy rodzicielskiej. K. c. Kr. p. różni się przeto tem od kodeksu austriackiego, że przyznaje matce władzę rodzicielską, ale zgodny jest z nim, że za życia ojca, jeżeli matka ma przyjść do głosu, to dzieje się to w charakterze opiekunki, a nie podmiotu władzy rodzicielskiej. Nie jest to stanowisko konsekwentne.

Różnice między kodeksami, które porównujemy, uwzględni tabela na stronie 90—91, co do której podnosimy, że nie obejmuje stosunków powstających wskutek rozvodu, separacji od stołu i łoża i unieważnienia małżeństwa, bo o tem mówić będziemy osobno.

b) Wykazaliśmy już wyżej, że tylko kodeks niemiecki zawiera dokładne przepisy o zarządzie ojca, że natomiast inne kodeksy muszą się uciekać do dedukcyj. W tem poszukiwaniu rozstrzygnąć muszą się oprzeć o przepisy o opiece, jakkolwiek

zarząd ojca, płynący z ius paternum, pragną odciąć i odróżnić od opieki. Ale i kodeks niemiecki, uważający zarząd ojca za treść władzy rodzicielskiej, w całym szeregu przypadków odwołuje się do przepisów o opiece i każe je stosować do zarządu ojca, czyni to tylko wyraźnie, nie zmuszając do dedukowania, ale postanawiając je głośno. Jest w tem głębszy powód. Cała instytucja władzy rodzicielskiej rozwija się w kierunku opieki, a auctoritas przemienia się w sumę obowiązków przede wszystkim ojca względem dziecka. Natomiast auctoritatem pragnie odziedziczyć po ojcu państwo. Im luźniejszą stawać się będzie rodzina, im łatwiejsze będą rozwody, tem potrzebniejszą będzie czujność państwa. Nie trzeba bowiem się łudzić: ojcu służył zarząd, z wykluczeniem matki obok niego, ale sam fakt wspólnego pożycia sprawiał, że matka miała kontrolę i temi czy innemi środkami zapobiegała nieopatrzności, lekkomyślności lub winie ojca. Dozwolenie rozwodów musi oddziaływać na te sprawy i pobudzić ustawodawcę do obmyślenia środków chroniących dziecko.

Ponieważ kodeksy austriacki, francuski i polski nie zawierają dokładnych norm o zarządzie ojca, przeto przedstawimy niżej tylko niemiecki zarząd w porównaniu z niemiecką opieką.

Niemiecki zarząd majątku dziecka przez ojca:

a) Obok ojca, zarządzającego majątkiem dziecka, nie ustanawia się drugiego opiekuna (Gegenvormund), wskutek czego w przypadkach § 1812 k. c. n. ojciec rozporządza samodzielnie.

b) Ojciec obowiązany jest wedle § 1642 lokować tylko pieniądze, a czynić to ma wedle §§ 1807 i 1808. Ostatnie zdanie § 1642 jest dla opieki powtórzone w § 1811.

c) § 1814 k. c. n. nie odnosi się do ojca.

d) Umowy wymienione w § 1821 l. 4, 1822 l. 6 i 7, 1822 l. 12 i 13, 1822 l. 2, zawarte przez ojca, nie wymagają zezwolenia sądu opiekuńczego.

e) Zrównanie ojca z opiekunem ma miejsce w przypadkach wymienionych w § 1643 k. c. n.

Niemiecka opieka:

a) Wedle § 1792 k. c. obok opiekuna może być ustanowiony drugi opiekun (Gegenvormund). Zakres działania drugiego opiekuna unormowany jest w 1799. Między innemi wedle § 1812 opiekun nie może bez przyzwolenia drugiego opiekuna względnie sądu opiekuńczego rozporządzać wierzytelnościami i papierami wartościowemi pupila. Należą tu także hypoteki, dług gruntowy, rentowy, ciężary realne. Jednakże jeżeli dotyczące wartości są deponowane (hinterlegt), ma zastosowanie § 1819, a nie 1812, t. j. do rozporządzenia potrzeba zezwolenia sądu opiekuńczego.

b) Ten sam obowiązek odnosi się do opiekuna, § 1806, ale opiekuna obowiązują nadto §§ 1809 i 1810, które nie odnoszą się do ojca.

c) § 1814 k. c. n. nakłada na opiekuna obowiązek deponowania papierów wartościowych etc.

d) Wszystkie te umowy, zawarte przez opiekuna, wymagają zezwolenia sądu opiekuńczego.

Kodeks austriacki

I. Władza nad dziećmi służy:

Małoletnie ślubne dzieci są pod podwójną władzą: rodzicielską (nazwę znajdujemy w § 1495) i ojcowską. Ta ostatnia nie przechodzi na matkę nawet po śmierci ojca. Władza ojcowska unormowana jest w §§ 147—154.

Kto ją wykonywa?
Zasada:

Rozdział władzy między rodziców a ojca dokonany jest w §§ 139 do 146 z jednej strony, a §§ 147 do 154 z drugiej strony.

Zarząd majątku dziecka służy tylko ojcu, § 149.

Wyjątki:

1. Matka

a) współdziała,

Matka współdziała w zakresie władzy rodzicielskiej unormowanej w paragrafach 139 do 146, nie współdziała przeto w zarządzie.

b) wykonywa wyłącznie wł. rodz. α) faktycznie

β) definitywnie.

2. Kurator

Zarządza majątkiem dziecka w przypadku § 149 drugie zdanie, §§ 176, 177, 178.

3. Opiekun

1. Ojca

Śmierć ojca powoduje ustanowienie opieki.

2. Ojca lub matki

K. c. Król. polskiego	Kodeks Napoleona	Kodeks niemiecki
Do pełnoletności albo usamowolnienia dzieci zostają pod władzą obojga rodziców, art. 336.	Art. 372 opiewa jak art. 336 k. c. Kr. pol., wobec czego nazwa „władza ojcowska” jest niewłaściwą.	Wedle § 1626 dziecko zostaje pod władzą rodzicielską, która dzieli się na władzę rodzic. ojca (§§ 1627 nast.) i władzę rodzic. matki (§ 1684 i n.).
Wedle art. 337 władzę sprawują oboje rodzice, jednak wedle art. 341 rzadcą majątku dziecka jest tylko ojciec.	Wedle art. 373 tylko ojciec wykonywa władzę nad dziećmi mał. podczas trwania małżeństwa.	Wedle § 1627 piecza nad osobą i majątkiem dziecka służy ojcu.
	Matka współdziała w przypadkach art. 151, 152, 278, 346, 391, 148, jednakże z różnym skutkiem. W zarządzie nie współdziała.	§ 1634 k. c. n.
		§ 1685 k. c. n.
Art. 68: jeżeli ojciec zaginął, matka ma prawa ojca.	Art. 141, gdy ojciec zaginął, matka wykonywa jego prawa.	§§ 1628, 1638, 1647, 1666—1670, 1693, 1760, 1909 k. c.
Art. 68: „Jeżeli ojciec zaginął, matka ma wszelkie prawa ojca, ale „po uznaniu ojca za znikłego urządzona ma być tymczasowa opieka”. P. dalej art. 348: matka, jako opiekunka, gdy ojciec jest bezwłasnowolny, za znikłego uznany albo w użyciu praw swych zawieszony.]		
		§ 1684 l. I, władza rodzicielska służy matce.
Art. 349, opieka należy do pozostałego przy życiu małżonka.	Art. 390, opieka należy do pozostałego przy życiu małżonka.	

2) Użytkowanie. Kodeks austriacki nie przyznaje ojcu użytkowania na majątku dziecka, wykład więc niniejszy odnosi się do kodeksu niemieckiego, francuskiego i polskiego.

K. N. w art. 384 postanawia, że w czasie trwania małżeństwa ojciec, a po rozwiązaniu małżeństwa pozostały przy życiu ojciec lub matka mają użytkowanie (*jouissance*) majątku dzieci aż do ukończenia przez nie ośmnastego roku życia lub do emancypacji, któraby mogła mieć miejsce przed ośmnastu latami. K. c. Kr. pol. przyjął instytucję użytkowania, ale w art. 342 położył jej inny kres, a mianowicie „dopóki władza rodzicielska trwać będzie“. Konsekwencją tej różnicy jest, że od ukończenia ośmnastego roku życia do pełnoletności ojciec ma we Francji zarząd bez użytkowania, w b. Królestwie polskim zaś zarząd (art. 341) i użytkowanie (art. 342) trwa przez cały czas małoletności. Natomiast zgodne są oba kodeksy w tem, że w razie rozwiązania małżeństwa zarząd otrzymuje pozostały przy życiu małżonek, jako opiekun (art. 390 K. N., 349 k. c. Kr. p.), użytkowanie zaś dostaje się pozostałemu przy życiu małżonkowi, jako rodzicowi (art. 384 K. N., art. 342 k. c. Kr. p.).

Druga różnica między k. c. Kr. p. a kodeksem Napoleona jest ta, że ten ostatni nie zawiera postanowienia odpowiadającego drugiemu ustępowi art. 342 k. c. Kr. pol. Mimo tego jednak, że art. 384 K. N. ma na myśli tylko ten przypadek, gdy ojciec jest obecny i zdolny do działania, także i w prawie francuskim rzecz się ma tak, jak w k. c. Kr. p.

K. c. n. normuje wszystkie przypadki wyraźnie. Użytkowanie służy ojcu (§ 1649 k. c. n.), a na matkę przechodzi w przypadkach wymienionych w § 1684 i w drugim ustępie § 1685. We wszystkich tych przypadkach założeniem przejścia użytkowania na matkę jest rozwiązanie małżeństwa. Jeżeli natomiast ojciec jest nieobecnym (§ 1685 ustęp 1-szy „ma faktyczną przeszkodę“, a więc jest nieobecny, chory, uwięziony) lub jeżeli jest niezdolnym do działania (§ 1685 ustęp 1-szy „jeżeli władza ojca spoczywa“, a więc wedle § 1676 jeżeli jest niezdolnym do działania), to na matkę przechodzi władza rodzicielska, ale bez użytkowania (§ 1685 ust. 1). Jest więc w tych przypadkach inaczej, jak w k. c. Kr. p. (drugi ustęp art. 342).

Użytkowanie ojca na majątku dziecka uważam za stosunek familijno-prawny i nie mogę się dać przekonać, że jest to użytkowanie zwyczajne. Jeśli idzie o ochronę ojca, to jest to sprawa skomplikowana (ojciec ma: zarząd, zastępstwo dziecka, użytkowania) i nie wiem, czy wiele się zyskuje przez uznanie użytkowania ojca za prawo rzeczowe, gdy każdy przypadek konkretny należy badać i wybrać najdogodniejszą dla ojca pozycję. (Ten różnolity charakter ojca objawia się np. przy zawartych przez ojca kontraktach najmu i dzierżawy. Mianowicie: § 1663 k. c. n. nie ma zastawania, gdy ojciec zawarł je, jako mający zarząd majątku dziecka. Natomiast powiedzieć, że użytkowanie ojca

jest zwyczajnem użytkowaniem, ale wyliczać potem cały szereg różnic, to znaczy chyba właśnie tworzyć z tego użytkowania inną instytucję. I tak: a) Na ruchomościach, należących do majątku dziecka, nie nabywa ojciec użytkowania przez objęcie ich w posiadanie, a na nieruchomościach nie przez wpis, jak to ma miejsce przy zwyczajnem użytkowaniu. b) Z użytkowaniem ojca na majątku dziecka związane są ciężary, których nie można wytłumaczyć inaczej, jak odrębną naturą użytkowania ojca, p. art. 385 K. N., art. 1654 k. c. n. Ten ostatni nie wymienia kosztów utrzymania dziecka, bo te i tak, to j. nawet bez użytkowania, się należą, p. jednak § 1656 ust. 2. k. c. n. c): Wedle literatury francuskiej użytkowanie ojca jest nieprzenaszalnem i nie może być egzekucyjnie zajętem, natomiast zwyczajne użytkowanie we Francji i Polsce jest przenaszalnem (p. art. 595 K. N.) i może być zajętem (p. art. 2204 K. N.) W prawie niemieckiem i zwyczajne użytkowanie ojca (p. § 1658 k. c. n.) jest nieprzenaszalnem, ale co do egzekucyjnego zajęcia obowiązują co do użytkowania ojca odrębne przepisy, p. § 862. proc. c. n., d) Art. 601 K. N. zwalnia ojca od kaucji, którą daje zwyczajny użytkowca. Co do prawa niemieckiego, p. co do zwyczajnego użytkowania § 1051, co do użytkowania ojca § 1668 k. c. n. e) Co do długów właściciela (dziecka) p. 1659. k. c. n., jeżeli idzie o użytkowanie ojca, a § 1086 nast., jeżeli idzie o zwyczajne użytkowanie. f) Co do rzeczy zużywalnych obowiązuje w prawie niemieckiem w zwyczajnem użytkowaniu reguła § 1067, a w użytkowaniu ojca reguła § 1653 k. c. n. g) W pr. niem. reguła § 1037, ustanowiona dla zwyczajnego użytkowcy, nie obowiązuje ojca, jako użytkowcę, może bowiem rzeczy „istotnie zmieniać“. h) Reguła § 1655 k. c. n. odnosi się do interesu zarobkowego, który ojciec „w imieniu dziecka“ prowadzi, ale nie odnosi się do interesu, który ojciec za pieniądze dziecka „we własnem imieniu“ prowadzi.

3. Wolny majątek, zastępstwo, długi dziecka.

W prawie austriackiem wolnym majątkiem dziecka jest ten majątek, który nie podlega zarządowi ojca, wedle kodeksu niemieckiego zaś, francuskiego i polskiego jest ten majątek, który nie podlega użytkowaniu ojca, chociaż zasadniczo podlega jego zarządowi.

Do wolnego majątku dziecka należą:

Prawo niemieckie.

a) Przedmioty przeznaczone wyłącznie do osobistego użytku dziecka, w szczególności suknie, stroje (Schmucksa-chen), narzędzia pracy (§ 1650). Por. § 1366 co do dóbr zastrzeżonych żony. Przedmioty te są wolnym majątkiem dziecka, choćby pochodziły od ojca.

b) To, co dziecko nabywa przez swoją pracę lub przez dozwolone mu wedle § 112 samodzielne prowadzenie interesu zarobkowego (§ 1651 l. 1). Zarobek z interesu wedle § 112 k. c. n. nie podlega także i zarządowi ojca. To, co dziecko nabywa przez swoją pracę, nie jest wolnym majątkiem, jeżeli jest wynikiem usług, które dziecko jest winne rodzicom wedle 1617 k. c. n.

c) To, co dziecko nabywa mortis causa lub inter vivos pod tytułem darmym, jeżeli dający postanowił, że majątek ma być odsunięty od użytkowania ojca (§ 1651 l. 2). Wykluczenie ojca także od zarządu musi być wyraźnie zarządzane.

Ad b) i c) Zasada surrogacji ma zastosowanie tylko do tych przypadków, a nie do przypadku pod a), § 1651 ustęp ostatni.

Ad a) b) c) Dowodzi, że przedmiot należy do majątku wolnego, ten, kto to twierdzi.

Prawo austriackie.

a) Wedle § 151 zdanie drugie, dziecko może swobodnie rozporządzać (frei verfügen) rzeczami, które mu po osiągniętej dojrzałości dano do używania. Różni się ta reguła od niemieckiej: a) rzeczy oddane dziecku do używania wyjęte są z pod używania i zarządu, b) wszystko można oddać dziecku w używanie, a nie tylko suknie etc. jak w pr. niem. c) tylko dojrzałe dziecko może temi rzeczami dysponować, gdy k. c. n. nie czyni tego ograniczenia. Wedle tekstu § 151 dojrzałe dziecko mogłoby więc np. sprzedać grunty, gdyby mu je oddano do używania. Literatura i praktyka czynią wskutek tego wysiłki interpretacyjne, aby do tych konsekwencji nie dopuścić i postanowienie § 151 zd. 2 k. c. a. utrzymać w granicach § 1650 k. n. Żadna interpretacja nie pomoże na to, iż § 150 jest źle zredagowany.

b) To, co dziecko małoletnie nabyte przez swoją pilność (nie „pracę” jak w k. niem.), ale tylko wówczas, jeżeli dziecko jest poza zaopatrzeniem (Verpflegung) rodziców, § 151 zdanie pierwsze k. c. a. Ograniczenia tego k. c. n. nie zna. W pr. austr. to, co dziecko będące na zaopatrzeniu rodzicielskim nabywa, podpada pod zarząd ojca. To, co dziecko nabywa darmo, a nie przez pilność, podpada pod zarząd ojca.

c) Zarząd nie służy ojcu, gdy dający dziecku wykluczył ojca od zarządu, p. § 149 k. c. a. Jest więc tak samo, jak w pr. niem., tylko, że pr. austr. idzie o zarząd, a w k. n. o użytkowanie.

d) P. § 246 k. c. a. (p. niżej w rozdziale o opiece.

a) K. N. nie zna podobnego postanowienia.

b) Art. 387 wyłącza z pod użytkowania ojca to, co dziecko nabywa „par un travail ou une industrie séparée”. Jest to inne określenie, ale w gruncie jest tak samo, jak w prawie niem. Bo interes zarobkowy jest z natury „oddzielnie” prowadzony, a zarobek z pracy także wtedy tylko jest wolnym majątkiem, gdy praca nie jest usługą, którą dziecko winno rodzicom, a więc gdy jest separowaną.

c) Przypadek ten unormowany jest w drugim zdaniu art. 387; K. N. jest zgodny z § 1651 I 2.

e) Nieznany prawu niemieckiemu i prawu austr. jest przypadek wolnego majątku, wynikającego z art. 730 K. N. który opiewa:

„Dzieci niegodnego, przychodzące do spadku prawem własnym, a nie pr. zastępstwa, nie są za winę swego ojca wyłączone; ten jednak nie może się w żadnym razie dopominać o użytkowanie z majątku spadkowego, jakie prawo. zapewnia ojcom i matkom na majątku ich dzieci”.

Zajmuje w artykułach 344 k. c. Kr. p. i 730 K. N.
takie samo stanowisko, jak prawo francuskie.

Wobec tego, że majątkiem dziecka albo zarządza i użytkuje z niego, albo tylko zarządza albo tylko użytkuje ojciec, zachodzi pytanie, czy i o ile dziecko może się samo zobowiązać, stan bowiem powyższy, to j. zarząd względnie użytkowanie ojca, czynią to, jakby się zdawało, niemożliwem. Nasuwa się tu przedewszystkiem sprawa wolnego majątku dziecka, ale ona nie wyczerpywa wszystkich możliwości, bo przecież dopiero z zobowiązań wypływać mogą dochody dla dziecka, a z nich dopiero powstaje wolny majątek. W każdym razie sprawa wolnego majątku dziecka winna być przedewszystkiem rozpatrzona.

Należy odróżnić, czy na wolnym majątku ojcu służy zarząd, czy nie. W Austrii nie służy mu nigdy, bo tutaj wolny majątek polega właśnie na wyjęciu go z pod zarządu ojca, ale to nie znaczy, aby zarząd wolnym majątkiem służył zawsze dziecku. Wobec § 149 zdanie drugie zarząd służy dziecku tylko na tym wolnym majątku, który pochodzi z jego pilności, § 151 k. c. a. Co do takiego wolnego majątku może dziecko samodzielnie wchodzić w zobowiązania. W Niemczech należy to przyjąć co do interesu zarobkowego, § 112 k. c. n., a w Polsce co do majątku zdobytego przez oddzielną pracę i przemysł, art. 334 k. c. Kr. p.

Oprócz tych przypadków może w Austrii wedle § 152 k. c. a., a w Niemczech wedle § 113 k. c. n. dziecko wchodzić samodzielnie w umowy o pracę.

Trzecia wreszcie grupa przypadków, w których dziecko, niezależne od ojca, odgrywa rolę w zobowiązaniach, odnosi się do deliktów, z których dziecko odpowiada, tudzież do obowiązku dostarczania alimentów.

Poza temi przypadkami dziecko nie może występować samodzielnie i zastępowane jest przez ojca.

Nie jest rzeczą wątpliwą, że za zobowiązania, które zaciąga ojciec, jako ustawowy zastępca dziecka, odpowiada cały majątek dziecka. Nie jest także wątpliwą rzeczą, że także i za te zobowiązania, które dziecku wolno samodzielnie zaciągać, odpowiada cały majątek dziecka, ale w tych przypadkach nasuwa się pytanie, czy wierzyciele dziecka muszą się liczyć z użytkowaniem ojca, jeżeli chcą dochodzić swych pretensyj na majątku, na którym ojciec ma użytkowanie? Otóż na to pytanie odpowiada tylko k. niem. Wedle § 1659 k. c. n. użytkownika służącego ojcu nie uwzględnia się; wierzyciele dziecka mogą dochodzić swych pretensyj, jak gdyby ojciec nie miał użytkowania. Inna rzecz, że potem w stosunku do siebie muszą sprawę między sobą wyrównać, § 1660 k. c. n. To wyrównanie odbywa się wedle następujących zasad: a) Ponieważ długi dziecka z deliktów, z obowiązku alimentacyjnego i interesu zarobkowego obciążają wolny majątek, przeto dziecko zwraca je ojcu, o ile je pokrył z majątku podlegającego użytkowaniu. b) Wszystkie inne długi nie

obciążają wolnego majątku, jeżeli zaś mimo tego zostały zapłacone z wolnego majątku, to temu ostatniemu należy się zwrot z majątku nie będącego wolnym.

W prawie austriackiem obowiązuje odwrotna reguła. Wierzyciele dziecka mogą się zaspokoić tylko z wolnego majątku (z wyjątkiem deliktów, p. § 248 k. c. a.), na całym zaś majątku może być przeprowadzona egzekucja dopiero po dojściu dziecka do pełnoletności. Jest to powiedziane w § 49 l. 3 ord. egz. Innych kwestyj nie normują kodeksy austriacki, francuski i polski, otwartem jest przeto pole dla dedukcji prawniczej.

Jeden punkt pragniemy jeszcze bliżej omówić, t. j. kwestję samodzielnego zawierania przez dzieci umów o usługi, §§ 152, 246, 247, 248 k. c. a. z drugiej strony zaś § 113 k. c. n.

Prawo niemieckie.

a) Umowa, którą małoletni może samodzielnie zawrzeć, jeżeli otrzyma upoważnienie do wstąpienia do służby lub do pracy, określona jest w § 113 k. c. n. w następujący sposób: „takie czynności prawne, które dotyczą wejścia w stosunek służbowy lub w stosunek pracy dozwolonego rodzaju, które dotyczą zniesienia tego stosunku lub wypełnienia zobowiązań wynikających z takiego stosunku. Wyjęte są te umowy, do których zastępca potrzebuje przyzwolenia sądu opiekuńczego“.

b) Umowa taka, zawarta przez małoletniego, jest wtedy ważna, jeżeli małoletni otrzymał od swego ustawowego zastępcy upoważnienie do wstąpienia do służby lub pracy. Ojciec jest traktowany na równi z opiekunem, z tym wyjątkiem, że odmowa ojca jest definitywna, a opiekuna może być zmieniona przez sąd opiekuńczy.

Prawo austriackie.

a) Pr. austr. mówi w § 152 i 246 tylko o „umowie zobowiązującej do usług“, nie określając dotyczących czynności prawnych tak dokładnie, jak k. n. Sądzę jednak, że między jedną a drugą niema różnicy i że postanowienia kodeksu niemieckiego rozumieją się same przez się.

b) Pr. austr. odróżnia opiekuna od ojca.

Jeżeli dziecko było pod opieką, to każdy kontrakt o usługi, zawarty przez dziecko, jest ważny, jeżeli natomiast dziecko jest pod władzą ojcowską, to znów należy odróżnić, czy α) było na zaopatrzeniu ojca, β) czy nie. W przypadku pod α) kontrakt dziecka, zawarty bez zezwolenia ojca, jest nieważny. W przypadku pod β) kontrakt o usługi, zawarty przez dziecko bez zezwolenia ojca, jest ważny.

c) Kodeks niemiecki nie zna rozróżnień, o których obok mowa, wymaga bowiem do ważności umowy zawsze „upoważnienia do wstąpienia do służby lub pracy”. (Nie jest to zezwolenie na konkretną umowę, ale ogólne upoważnienie, zasadnicza decyzja, że dziecko ma zarabiać. Gdy raz zapadła, dziecko jest swobodne w zawieraniu umów).

c) Jeżeli kontrakt był zawarty przez małoletniego, będącego pod opieką, bez zezwolenia opiekuna, lub jeżeli kontrakt był zawarty przez dziecko, będące pod władzą rodzicielską, ale nie na zaopatrzeniu ojca, to kontrakt taki jest, jak już wiemy, ważny, ale ojciec wzgl. opiekun może go „z ważnych powodów przedwcześnie wypowiedzieć” (§ 246). Nie ma prawa takiego wypowiedzania ojciec wówczas, jeżeli zezwolił na zawarcie umowy. Te „ważne powody” mogą być tylko natury familijno-prawnej, bo ze zwykłych powodów wypowiedzieć może umowę tylko dziecko. (Co do „zezwoienia” ojca na umowę, to m. zd. należy je tak szeroko brać, jak niemieckie „upoważnienie”, p. § 152 k. c. a., który zadawałnia się „młczącym” przyzwoleniem.

E) Wychowanie.

Nie łatwą rzeczą jest prawnicze ujęcie sprawy wychowania dzieci przez rodziców. Jest ona trudną wogóle, ale trudniejszą, niż kiedykolwiek, jest obecnie. Okres, który przeżywamy, jest z pewnością przejściowy. Kształtuje się obecnie, zdobywa nowe formy stosunek rodziców do dzieci, daleki od ukończenia, daleki nawet od pewnej stałości, rokującej dłuższe trwanie. Dawna auctoritas padła, ale i duch liberalizmu traci swą siłę. Zjawia się i tutaj, w rodzinie, w dotychczasowem nietykalmem sanktuarium, państwo i swą potężną dłoń kładzie na stosunki, które, zdawałoby się, składają się z miłości, moralności, z uczuć stroniących od profanacji. Dzieje się tak z różnych względów, z przeróżnych przyczyn. Pragnę z naciskiem zwrócić uwagę na jedną: na przemianę ekonomicznych stosunków, wpływających m. zd. decydująco tak na stosunek męża do żony, jak i rodziców do dzieci. Z chwilą, gdy ojciec przestaje być wyłącznym żywicielem rodziny, gdy ciężary małżeńskie spadają także na żonę, pracującą poza domem, gdy dziecko możliwie najrychlej opuszcza ognisko rodzinne i szuka w świecie zarobku, z tą chwilą muszą się osłabić wszystkie fundamenty, na których opierała się dotychczasowa rodzina. Bez domu, bez wspólnego ogniska, bez wspólnego pożycia, niema rodziny w tej

naturze, którą daje tradycja. Przemiana gospodarstwa na przemysłowe, a w najnowszych czasach ekonomiczne przesilenie, przez które przechodzi ta warstwa, którą się nazywa inteligencją, uderza w rodzinę i nadaje jej nowe kształty. Nie wolno się ludzi: rodzina nie może pozostać tem, czem była, gdy matka przestaje być wyłącznie — powtarzamy wyłącznie — oddaną jej sprawom. Rodzina nie może nie być wstrząśniętą, gdy dzieci zmuszone są zarabiać poza domem w czasie, w którym dotąd wzrastały pod okiem rodziców.

Patrzając na obecne stosunki rodziców do dzieci, odróżnić musimy, jeżeli chcemy się zorientować, trzy tereny, na których prawo o rodzinie stoi: pierwszym z nich są kodeksy cywilne, drugim olbrzymia dziedzina obyczajów, trzecim mnożące się coraz bardziej ustawy administracyjne. To jeden punkt widzenia. Z innego punktu widzenia dokładać będziemy wszelkich starań, aby dojrzeć, co w stosunkach rodziców do dzieci pozostało przy rodzicach nienaruszonym, gdzie jest ta dziedzina, w którą nie zapuściło się jeszcze oko i ręka państwa. Zobaczymy wówczas, że niema tak ukrytego miejsca, któregooby nie wysłodziło oko państwa, że tylko są punkty, na których jeszcze — powtarzamy: jeszcze — państwo nie położyło swej ręki. Ale to nie dosyć. Przypuśćmy, że odnaleźliśmy tę domenę życia rodzinnego, w którą nie wtargnęła jeszcze maszyna nowoczesnego państwa, pochłaniająca wszelkie życie, to trzeba nam będzie jąć się trzeciego zadania: jak tę stronę uchwycić z punktu widzenia prawniczego, nie socjologicznego, i to z punktu widzenia prawa prywatnego.

Musimy się zdecydować i wobec tych trzech kierunków zająć stanowisko, aby nie budzić nadziei wszechstronnego przedstawienia materji. Z pierwszego punktu widzenia oświadczam, że czuję się zobowiązany dać tylko obraz tego pozytywnego ustawodawstwa, które znalazło swój wyraz w kodeksach. Reszta ustaw należy do nauki prawa administracyjnego a przedstawienie obyczajów do socjologii.

Z drugiego punktu widzenia odsłonię odrazu mój pogląd. Jedna została „jeszcze“ rzecz nienaruszona: rodzicom, którzy spełniają swe obowiązki, nie odbierają jeszcze przymusowo dzieci, zostawiają je w domu rodziców, innemi słowy niema jeszcze przymusowego państwowego wspólnego wychowania. Zresztą państwo w bardziej lub mniej bezwzględny sposób, zależnie od większej lub mniejszej liczby warunków, rości sobie pretensję do wejścia w rolę rodziców.

Po tem, co powiedziałem, pozostaje główne zadanie, jak prawniczo ująć tę właśnie przez państwo nienaruszoną dziedzinę. Do rozwiązania tego zadania pragniemy się zwrócić. Przedtem jednak uważam za pożyteczne, przykładami pozytywnymi zilustrować powyższy pogląd.

Zaznaczyłem wyżej wzrost interwencji państwowej w sto-

sunek rodziców do dzieci w dziedzinie wychowania. Wolność umysłowego rozwoju jednostki jest zagwarantowana konstytucją. Tymczasem we wszystkich nowożytnych państwach określono tej wolności granice. W Austrii wedle ustawy państwowej szkolnej z 14 maja r. 1869 L. 62 d. u. p. (§§ 20, 23) państwo wymaga od każdego obywatela pewnej sumy elementarnych wiadomości i zdolności i wymaga, aby pewien wiek był poświęcony w życiu każdego obywatela nauce. System środków przymusowych zapewnia przeprowadzenie tego państwowego postulatu. W Prusach opiera się obowiązek szkolny na A. L. R. (Allgemeines Landrecht) II, 12 §§ 43 nast. W Austrii wedle art. 17 ustawy zasadniczej o powszechnych prawach obywateli nauka domowa nie podlega ograniczeniom wymienionym w ustępie 2-gim tego artykułu, p. jednak § 6 ustawy z 25 maja r. 1868 L. 48 d. u. p. W Prusach p. co do nauki domowej p. A. L. R. II 12 § 7. We Francji ustawa z 28 marca 1882 organizuje środki przymusowe, dążące do zmuszenia ojca, aby dzieciom dał wykształcenie przynajmniej początkowe. Obowiązujący obecnie w Rzp. p. dekret o obowiązku szkolnym z d. 7/2 1919 pod. 147 d. p. p. wprowadza również dla wszystkich dzieci w wieku szkolnym obowiązek szkolny¹⁾.

¹⁾ Dekret o obowiązku szkolnym z d. 7/2 r. 1919 poz. 147 d. p. p. nr. 14.

I. O obowiązku szkolnym w ogólności.

Art. 1. Wykształcenie w zakresie szkoły powszechnej jest obowiązkowe dla wszystkich dzieci w wieku szkolnym.

Art. 2. Szkoły powszechne będą tworzone w takiej liczbie, aby wszystkie dzieci w wieku szkolnym mogły korzystać z nauki.

Art. 3. W każdej miejscowości, w której liczba dzieci w wieku od lat 7 do 14 włącznie wynosi w ciągu po sobie następujących 3 lat co najmniej 40, gmina obowiązana jest założyć szkołę powszechną.

Art. 4. Jeżeli w danej miejscowości niema 40 dzieci w wieku od lat 7 do lat 14, w takim razie łączy się ona w celu założenia osobnej szkoły z sąsiednią miejscowością względnie z sąsiednimi miejscowościami tej samej gminy tak, aby liczba dzieci w połączonych miejscowościach wynosiła co najmniej 40. Utworzony w ten sposób rewir szkolny nie może mieć więcej jak 3 kilometry w promieniu. Rewiry szkolne tworzone będą przez Radę Szkolną Okręgową na wniosek Inspektora po wysłuchaniu opinii Dozoru Szkolnego.

Art. 5. Wniosek o przymusowe założenie szkoły stawia Dozór Szkolny lub Inspektor szkolny okręgowy. Jeżeli wniosek Dozoru względnie Inspektora zostanie zatwierdzony przez Radę Szkolną Okręgową, nie istnieje przeciw niemu żaden środek prawny.

Art. 6. W razie niezatwierdzenia wniosku Dozoru Szkolnego względnie Inspektora szkolnego okręgowego o przymusowe założenie szkoły, służy Dozorowi względnie Inspektorowi odwołanie się do Ministra W. R. O. P.

Art. 7. Wykonanie zatwierdzonych wniosków w sprawie przymusowego zakładania szkół powszechnych należy do Dozorów Szkolnych. Gmina dostarcza Dozorowi Szkolnemu środków pieniężnych na potrzeby rzeczowe szkoły.

II. O wieku szkolnym.

Art. 8. Szkoła powszechna obejmuje siedem lat nauczania. Do czasu jednak zorganizowania we wszystkich miejscowościach pełnych, siedmioletnich szkół powszechnych przejściowo utrzymane są i tworzone będą szkoły

Państwo wkracza imperatywnie w drugą dziedzinę wychowania dzieci, w wychowanie religijne, i tutaj przeto także możemy zaznaczyć, z jednej strony przymus, z drugiej przeniesienie tej kwestji z domeny prawa prywatnego w domenę prawa administracyjnego. W Austrii np. ustawa z 25 maja 1868 l. 49 d. u. p. pozwala rodzicom zmieniać religję dzieci tylko do ich siódmego roku życia, od czternastego, zaś roku życia dziecko może już samo wybierać religję. Jeszcze mniejszą swobodę w dziedzinie religijnego wychowania mają rodzice w Prusach. Wedle deklaracji z 21 listopada r. 1803 jest przymusowem wychowanie wszystkich dzieci z małżeństw mieszanych w religji ojca.

Kwestja wyboru zawodu, przyznana ojcu w § 148 k. c. a, w A. L. R. II, 2 § 108 nast., staje się w gruncie rzeczy niepraktyczną, bo od dojścia do dojrzałości dziecko może żądać zmiany zawodu, w sposób określony w zacytowanych prawografach.

Wpływ państwa na stanowisko dziecka stanie w jaśniejszem jeszcze świetle, jeżeli uprzytomnimy sobie rozwój ustawodawstwa socjalnego, normujący stosunki robotnicze. Jego ważną częścią jest ochrona pracy dzieci, przeprowadzona tak z punktu widzenia przedsiębiorcy, jak i rodziców. Dziedzinę tę tylko za-

powszechnie z czteroletnią nauką codzienną i z obowiązkową nauką uzupełniającą trzyletnią lub szkoły powszechne z nauką codzienną pięcioletnią i z obowiązkową nauką uzupełniającą dwuletnią.

Art. 9. Jeśli w danej szkole powszechnej nauka codzienna trwa krócej, niż lat 7, a dziecko w tym krótszym czasie nie uzyska pomyślnego świadectwa z ukończenia szkoły, obowiązek uczęszczania do szkoły na naukę codzienną przedłuża się aż do pomyślnego ukończenia szkoły, lecz nie może trwać dłużej, niż do końca tego roku szkolnego, w którym dziecko ukończy 14 rok życia.

Art. 10. Wiek szkolny dziecka rozpoczyna się 1 września tego roku kalendarzowego, w którym dziecko kończy 7 lat życia.

Art. 11. Nie wolno przyjmować do szkoły dzieci, które nie osiągnęły wieku szkolnego.

III. O metryce szkolnej.

Art. 12. Dla kontroli, które dzieci znajdują się w wieku szkolnym, prowadzi się odpowiednie spisy dzieci, czyli t. zw. metryki szkolne, na zasadzie zatwierdzonej przez Ministra W. R. i O. P. instrukcji.

Art. 13. Prowadzenie metryki szkolnej należy do Opieki Szkolnej.

Art. 14. Miejscowości, w których jest więcej Opiek Szkolnych, dzieli Dozór Szkolny w ten sposób na części terytorjalne, aby przy sporządzaniu metryki szkolnej żadna Opieka nie miała wątpliwości, które dzieci winna umieścić w swojej metryce szkolnej.

Art. 15. Metryka szkolna winna zawierać spis wszystkich dzieci w wieku szkolnym, zamieszkałych w tym obszarze, nad którym rozciąga się działalność Opieki Szkolnej.

Art. 16. Opieki Szkolne zwracają się w maju każdego roku do wójta lub do magistratu względnie do organów, sprawujących obowiązki policji miejscowej, o dostarczenie wykazu dzieci w wieku szkolnym.

Art. 17. Na podstawie danych, uzyskanych w sposób, przewidziany w art. poprzednim, sporządza Opieka metrykę szkolną i przesyła ją w odpisie kierownictwu szkoły najpóźniej dnia 1 sierpnia każdego roku.

znaczący, bo wymaga ona odrębnego studjum. Nie możemy jednak pominąć tej gałęzi przepisów, które w wyjątkowych wypadkach, ale przecież uderzają w tę jedyną stronę stosunku rodziców do dzieci, która dotąd zasadniczo pozostała nienaruszoną, to j. we wspólne pożycie rodziców i dzieci. W wyjątkowych przypadkach odbiera się rodzicom dzieci i poddaje się przymusowemu wychowaniu. Mówi o tem § 1666 k. c. n.,

IV. O zapisach dzieci do szkoły.

Art. 18. Zapisy dzieci do szkoły winny być ukończone z końcem sierpnia.

Art. 19. Niezwłocznie po ukończeniu zapisów opiekun główny wraz z kierownikiem szkoły bada na podstawie metryki szkolnej, czy wszystkie dzieci, obowiązane do nauki, zostały do szkoły zapisane.

Art. 20. Gdyby się okazało, że nie wszystkie dzieci, obowiązane do nauki, zostały zapisane, Opieka Szkolna zapisuje z urzędu stosowną liczbę dalszych dzieci i zawiadamia o tem ich rodziców względnie opiekunów.

Art. 21. Instrukcja Ministra W. R. i O. P. określi liczbę dzieci, które ze względu na pojemność izby szkolnej można przyjąć do szkoły.

Art. 22. Dzieci, zapisane do szkoły dobrowolnie lub z urzędu, są obowiązane do regularnego uczęszczania do szkoły od początku września do końca czerwca.

V. O przerwach w nauce szkolnej.

Art. 23. Oprócz feryj, określanych przez Ministra W. R. i O. P., Opieka Szkolna jest uprawniona do ustanawiania każdego roku przerw w nauce szkolnej dla ważnych robót pełnych: raz w jesieni, drugi raz na wiosnę. Każda z tych przerw, podzielona ewentualnie na części z powodu niepogody lub innych uzasadnionych przyczyn, może trwać razem najwyżej 14 dni.

Art. 24. W miesiącach, w których jest pożądana pomoc dzieci szkolnych przy robotach w polu, jest Opieka uprawniona w ten sposób wyznaczyć porę dnia, w której nauka szkolna ma się odbywać, aby dzieciom tę pracę w polu ułatwić. Nie może jednak Opieka Szkolna skracać przez to ilości godzin codziennej nauki.

VI. O wykazach dzieci, opuszczających naukę szkolną.

Art. 25. Z końcem każdego miesiąca winien kierownik szkoły przedłożyć Dózorowi Szkolnemu, a w miastach, tworzących samodzielne okręgi szkolne, odnośnym Opiekom Szkolnym wykaz tych dzieci, które bez usprawiedliwionej przyczyny opuściły naukę szkolną, z podaniem przy każdym dziecku liczby opuszczonych dni szkolnych.

Art. 26. Gdy dziecko opuszcza naukę po raz pierwszy, w takim razie kierownik, jeśli uzna to za stosowne, może, nie pomieszczając nazwiska jego w wykazie wzmiarkowanym w art. poprzednim, podać je do wiadomości Opiece Szkolnej z prośbą o wywarcie wpływu na rodziców, względnie opiekunów, by posyłali dziecko do szkoły regularnie, oraz o ostrzeżenie ich, że zostaną podjęte środki przymusowe, jeżeli nieobecność dzieci w szkole powtórzy się.

Art. 27. Uzasadnionemi powodami nieobecności dziecka na nauce szkolnej są: choroba dziecka, śmierć członka rodziny, choroba zakaźna w domu, nadzwyczajna przeszkoda w komunikacji i inne powody, które przez nauczyciela za ważne zostaną uznane.

VII. O wypełnieniu obowiązku szkolnego.

Art. 28. Przepisom o obowiązku szkolnym można uczynić zadość:

- a) w publicznych szkołach powszechnych,
- b) w innych szkołach wszelkiego typu, o ile zakres wiadomości w nich udzielanych nie jest niższy, niż w publicznych szkołach powszechnych.
- c) w domu.

Art. 29. W wypadkach pobierania nauki w prywatnych szkołach bez prawa publiczności lub w domu, Inspektor Szkolny może zarządzać egzamin,

a rozwija tę instytucję przymusowego wychowania pruska ustawa z 13 marca r. 1878 i nowela z 27 marca 1881 i 23 czerwca 1884. Ustawy te odnoszą się do tych dzieci, które popełniły przestępstwo, ale pruska ustawa z 2 lipca 1900 idzie dalej i zaprowadza tak zw. Fürsorgeerziehung Minderjähriger dla dzieci, które nie popełniły przestępstwa, ale są zaniedbane, których fizyczne i umysłowe dobro jest zagrożone (§ 1666, 1838 k. c. n. i § 55 k. k. n.)

celem przekonania się, czy dzieci osiągną wykształcenie, przepisane dla publicznej szkoły powszechnej w danej miejscowości. Jeżeli wynik zarządzonego egzaminu jest ujemny, Inspektor może z urzędu zapisać dziecko do publicznej szkoły powszechnej w danej miejscowości.

Art. 30. Uznanie prywatnej szkoły zawodowej za zakład, czyniący zadość obowiązkowi szkolnemu, następować będzie z decyzji Rady Szkolnej Okręgowej na prośbę zarządu zainteresowanej szkoły po wysłuchaniu opinii Inspektora szkolnego okręgowego. Decyzja Rady może ulec zaskarżeniu do Ministra W. R. i O. P. przez Inspektora lub przez zarząd szkoły w terminie miesięcznym.

Art. 31. Rodzice i opiekunowie, chcący kształcić dzieci, będące w wieku szkolnym, nie w publicznej szkole powszechnej, lecz w innym zakładzie naukowym lub w domu, są obowiązani przed końcem sierpnia zawiadomić o tem właściwą Opiekę Szkolną.

VIII. O zwolnieniu od obowiązku szkolnego lub jego odroczeniu.

Art. 32. Od obowiązku szkolnego mogą być uwolnione dzieci chore fizycznie, (szczególnie na gruźlicę otwartą) lub umysłowo oraz dzieci niedorozwinięte, o ile ułomności ich, stwierdzone przez lekarza szkolnego, względnie powiatowego, wyłączają je od pobierania nauki w szkole powszechnej. Jeśli w danej miejscowości istnieje zakład dla kształcenia chorych, kalek, ciemnych, głuchoniemych i niedorozwiniętych, obowiązek szkolny rozciąga się i na tę kategorię dzieci.

Art. 33. Dzieci, których mieszkanie jest więcej niż o 3 km. odległe od szkoły, jakoteż dzieci, których mieszkanie oddzielone jest od szkoły przeszkodą naturalną, są wolne od obowiązku szkolnego.

Art. 34. Dzieci słabowite i wątłe na mocy orzeczenia lekarza szkolnego, względnie powiatowego, mogą uzyskać odroczenie obowiązku szkolnego na rok i dłużej.

Art. 35. O zwolnieniu od obowiązku szkolnego, względnie odroczeniu tegoż obowiązku, w myśl art. 32, 33 i 34 orzekają Dozory Szkolne, a w miastach, tworzących samodzielne okręgi szkolne — Rady Szkolne Okręgowe miejskie.

IX. O kontroli nad spełnianiem obowiązku szkolnego.

Art. 36. W każdej szkole prowadzony będzie rejestr, przeznaczony do codziennego zapisywania przez nauczyciela dzieci nieobecnych.

Art. 37. Opiekun główny jest obowiązany zwiedzać szkołę celem sprawdzania, czy dzieci czynią zadość obowiązkowi szkolnemu.

Art. 38. Opiekun główny jest uprawniony do sprawdzania w domu dziecka przyczyny nieobecności w szkole oraz do wzywania i upominania rodziców, niedbających o regularne uczęszczanie swych dzieci do szkoły, aby przestrzegali obowiązku szkolnego i do wyjaśnienia rodzicom skutków zaniedbywania obowiązku szkolnego.

Art. 39. Uprawnienia i obowiązki opiekuna głównego, wymienione w art. 37 i 38, przysługują również i członkom Dozoru Szkolnego, a w miastach, tworzących samodzielne okręgi szkolne, członkom Rady Szkolnej Okręgowej miejskiej, przez tenże Dozór, względnie Radę Szkolną Okręgową, do kontroli nad spełnianiem obowiązku szkolnego delegowanym.

X. O karach za niedopełnienie obowiązku szkolnego.

Art. 40. Odpowiedzialność za dopełnienie obowiązku szkolnego ponosi

We Francji art. 66 k. k. pozbawia rodziców władzy rodzicielskiej i oddaje dzieci do zakładu poprawczego w razie popełnienia przez nie przestępstwa, co do dzieci zaś zagrożonych moralnie, to ustawa z 29 lipca r. 1889, z którą się jeszcze spotkamy w ustępie o władzy rodzicielskiej, wyprzedziła niemiecką ustawę z r. 1900 o tak zw. Fürsorgeerziehung Jugendlicher.

ojciec dziecka, a jeżeli ojciec nie żyje lub władzy rodzicielskiej nie sprawuje, to matka. Jeżeli oboje rodzice nie żyją lub władzy rodzicielskiej nie sprawują, odpowiedzialny jest opiekun.

Art. 41. Kto ukrywa dziecko przed zapisaniem do szkoły lub usiłuje przez wybiegi uwolnić je od uczęszczania do szkoły, ulega karze aresztu do 5 dni lub grzywnie 100 marek polskich (150 koron) z zamianą w razie nieściągalności na karę aresztu do 5 dni.

Art. 42. Kto bez uzasadnionych powodów nie posyła dziecka do szkoły, ulega każdorazowo karze aresztu do 2 dni lub grzywnie do 40 marek polskich (60 koron) z zamianą w razie nieściągalności na karę aresztu do 2 dni.

Art. 43. Kary przewidziane w art. 41 i 42, wymierza Dozór Szkolny po wysłuchaniu osób zainteresowanych, o ile te przybędą. Nieusprawiedliwione nieprzybycie stron nie przeszkadza w wydaniu orzeczenia karnego.

Art. 44. Wykonanie orzeczeń karnych należy do wójtów względnie do magistratów lub do policji miejscowej.

Art. 45. Nałożone grzywny wpłacać odnośnie Opiece Szkolnej, która wydaje pokwitowania i prowadzi wykaz pobranych grzywien. Zebrane tym sposobem pieniądze mają być użyte na rzecz niezamożnych dzieci danej szkoły stosownie do uznania Opieki Szkolnej.

Art. 46. Skazany orzeczeniem karnem, o którym mowa w art. 41, 42 i 43, może założyć skargę do Rady Szkolnej Okręgowej w terminie dwutygodniowym, licząc od dnia ogłoszenia orzeczenia lub zawiadomienia o orzeczeniu zaocznem.

Art. 47. Założenie skargi na orzeczenie, mocą którego zostały wymierzone grzywny, nie wstrzymuje wykonania tegoż orzeczenia. Natomiast wykonanie orzeczenia, skazującego na areszt, zostaje wstrzymane do czasu rozstrzygnięcia założonej skargi. W razie uchylenia orzeczenia, skazującego na grzywnę, uiszczona kwota karna ulega zwrotowi.

XI. Zakres działania dekretu.

Art. 48. Moc obowiązująca dekretu niniejszego rozciąga się na tę część Państwa Polskiego, która stanowiła dawniej terytorjum zaboru rosyjskiego.

Dan w Warszawie, dnia 7 lutego 1919 r.

Prezydent Ministrów :

I. J. Paderewski.

Naczelnik Państwa :

J. Piłsudski.

Minister Wyznań Religijnych
i Oświecenia Publicznego :

Jan Łukasiewicz.

ROZPORZĄDZENIE

Ministra Wyznań Religijnych i Oświecenia Publicznego z d. 8/VIII. 1919 poz. 443 d. u. R. p. nr. 79, w sprawie zaprowadzenia nauki uzupełniającej w myśl dekretu o obowiązku szkolnym z dnia 7 lutego 1919 r. (Dz. praw No 14, poz. 147).

Art. 1. Przy szkołach powszechnych, w których nauka codzienna trwa krócej niż lat 7, młodzież jest obowiązana do uczęszczania na naukę uzupełniającą do końca tego roku szkolnego, w którym kończy 14 rok życia.

Art. 2. Celem nauki uzupełniającej jest oprócz utrwalenia i rozszerzenia wiadomości, nabytych w czasie nauki codziennej, wyrobienie w młodzieży zamiłowania do cytelnictwa i chęci do dalszego kształcenia się.

Obowiązujący obecnie w Rzp. p. dekret z 7/2 r. 1919 poz. 171 d. u. p. p. nr. 14 wprowadza osobne sądy dla nieletnich, ustanawia dla nich stałych opiekunów sądowych i tworzy przy sądach izby dla pomieszczenia nieletnich¹⁾.

W każdym razie zacytowane ustawy traktują odebranie dziecka rodzicom jako wyjątki. Zasadą pozostaje, że dzieci mieszkają z rodzicami. Wyżej poznaliśmy granice, które pań-

Art. 3. Program nauki uzupełniającej, prowadzonej przez nauczyciela, obejmuje: czytanie z objaśnianiem i opowiadaniem, pisanie i rachowanie wraz z nauką geometrii. Przy czytaniu uwzględnia się kolejno wszystkie gałęzie wiedzy, dostępnej młodzieży na tym stopniu dojrzałości umysłowej.

Nauczanie religii należy do duszpasterza. Może ono odbywać się w izbie szkolnej lub w kościele. Godziny, przeznaczone na naukę religii, nie wchodzi do liczby ogólnej godzin, przeznaczonych na naukę uzupełniającą.

Dla dziewcząt jest obowiązkowa nauka robót kobiecych, o ile jest udzielana w danej szkole. Dziewczęta uczą się robót kobiecych razem z dziewczętami, uczęszczającymi na naukę codzienną.

Art. 4. Na naukę uzupełniającą wyznacza się cztery godziny tygodniowo. Inspektor szkolny okręgowy może wskutek uzasadnionej prośby nauczyciela zniżyć tę liczbę do dwu godzin tygodniowo.

Art. 5. Godziny, przeznaczone na naukę uzupełniającą, mają być tak rozdzielone, aby młodzież jak najczęściej przychodziła do szkoły. W każdym razie nauczanie jednorazowe nie może trwać dłużej, niż przez dwie godziny.

Art. 6. Pory dnia i tygodnia, w których ma odbywać się nauka uzupełniająca, wyznacza Inspektor szkolny okręgowy na podstawie wniosku nauczyciela, przedłożonego po porozumieniu się z Opieką szkolną.

Art. 7. Nauka uzupełniająca odbywa się przez cały rok szkolny.

Art. 8. Z ukończenia obowiązkowej nauki uzupełniającej i wypełnienia obowiązku szkolnego wydaje kierownik szkoły poświadczenie.

Art. 9. Artykuły: 40, 41 i 42 dekretu o obowiązku szkolnym, dotyczące się odpowiedzialności rodziców, względnie opiekunów dziecka, za niedopełnienie obowiązku szkolnego, obowiązują i co do nauki uzupełniającej.

Warszawa, dnia 8 sierpnia 1919 r.

Minister Wyznań Religijnych
i Oświecenia Publicznego:

Jan Łukasiewicz.

¹⁾ Dekret z d. 7/2 1919, poz. 171 d. u. p. p. nr. 14. w przedmiocie utworzenia sądów dla nieletnich.

Art. 1. W miastach Warszawie Łodzi i Lublinie tworzą się specjalne sądy pokoju dla nieletnich.

Sądy te rozpoznawać będą wszelkie sprawy karne, wynikłe na terytorjum danego miasta i należące do właściwości sądów pokoju, o ile oskarżonymi lub poszkodowanymi w tych sprawach są nieletni w wieku do lat 17.

Art. 2. Przy sądach dla nieletnich powstają urzędy stałych opiekunów sądowych, mianowanych przez sędziego z pośród osób obcigałci, szczególnie kwalifikujących się do sprawowania nadzoru nad nieletnimi.

Opiekunowie sądowi pobierają stałe wynagrodzenie z funduszków dyspozycyjnych sądu i przy sprawowaniu obowiązków podlegają wskazówkom sędziego według instrukcji, jaką w tej mierze wyda Minister Sprawiedliwości.

Art. 3. Przy sądach dla nieletnich mogą być urządzone specjalne izby dla pomieszczenia nieletnich, których pozostawienie na wolności nie będzie możliwem i którzy pozostawiać tam będą pod dozorem opiekuna sądowego lub osoby przez sędziego wyznaczonej.

stwo, wkraczające w dziedzinę stosunku rodziców do dzieci, zakreśla wychowaniu dzieci. Mimo tych granic wpływ rodziców na wychowanie dzieci będzie doniosłym, dopóki wspólne pozycie pozostanie zasadą, a odebranie dzieci wyjątkiem. Mnożenie się tych wyjątków świadczyć będzie o upadku ogólnej moralności, bo do obowiązków pierwotną nawet moralnością nakazanych należy wychowanie dzieci przez rodziców. Jakkolwiek jednak

Art. 4. Przepisy wykonawcze, dotyczące organizacji sądów dla nieletnich oraz trybu rozpoznawania spraw w sądach, wyda Minister Sprawiedliwości, który też określi termin wprowadzenia niniejszego dekrety w życie.

Dan[ia] w Warszawie, dn. 7. lutego 1919 r.

Naczelnik Państwa :
J. Piłsudski.

Prezydent Ministrów :
I. J. Paderewski.

Minister Sprawiedliwości :
w z. Śmiarowski.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości, z d. 27/7 1919 r. poz. 378 d. p. p. nr. 63, w przedmiocie urz[ę]dzenia sądów dla nieletnich.

Przepisy wykonawcze, dotyczące urz[ę]dzenia sądów dla nieletnich oraz tryb rozpoznawania spraw w tych sądach.

Na mocy artykułu 4-go dekrety Naczelnika Państwa z dnia 7 lutego 1919 r. w przedmiocie utworzenia sądów dla nieletnich, zarządzam co następuje :

Art. 1. W miastach : Warszawie, Łodzi i Lublinie utworzone zostają dnia 1 września 1919 r. sądy dla nieletnich. Sądy te rozpatrywać mają wszelkie sprawy karne, wchodzące w granice kompetencji sądów pokoju pomienionych miast, o ile są skierowane :

a) przeciwko nieletnim do lat 17 włącznie;

b) przeciwko osobom starszym, obwinionym o czyny występne względem nieletnich do lat 17 włącznie, wymienione w art. 283, 315 p. 4, 365, 366, 420, 422, 423, 524 ust. 1, 525, 528 (o ile dotyczy prostytucji nieletnich) 529 Kodeksu Karnego.

Wszystkie wyżej wymienione sprawy, o ile zostaną wszczęte od dnia 1 września 1919 r. włącznie w obrębie miast Warszawy, Łodzi i Lublina, winny być skierowane do właściwych sądów dla nieletnich wspomnianych miast.

Art. 2. Przy postępowaniu karnem przeciwko nieletnim winien sędzia pamiętać stale o stronie wychowawczej i dążyć do tego, aby nieletniego skierować na drogę poprawy, a usunąć go od wpływów, któreby go mogły spowodować do nowych czynów karygodnych. W tym celu należy bacznie przestrzegać wszystkie obowiązujące przepisy, dotyczące nieletnich. Urz[ę]dzenie zewnętrzne sądu, sposób prowadzenia spraw powinny wykluczać surową oficjalność i ostentację sądów dla pełnoletnich. Sędzia winien postępować z nieletnim, mając ciągle i zawsze na względzie pozyskanie w przyszłości w nieletnim pożytecznej jednostki społecznej, oraz jego rozwój i wiek.

Art. 3. Do sądów dla nieletnich powoła sędzią w myśl przepisów art. 41 K. K., jako opiekunów sądowych — osoby obojga płci, szczególniejszej kwalifikujące się do kierowania i nadzoru nad nieletnimi (art. 2. dekrety z dnia 7 lutego 1919 r.).

Opiekunowie sądowi będą podlegali dyrektywie sędziego według wydanej instrukcji, jako jego pomocnicy w zbieraniu informacji o nieletnich, zajmą się w wypadkach przez sędziego wskazanych opieką nad nieletnim nie pozostającym pod dozorem rodzicielskim, lub gdy dozór rodzicielski wymaga jeszcze dodatkowej kontroli odpowiedzialnej, oraz będą mieli nadzór

rzeczy się potoczą, dzisiaj tym punktem w stosunku rodziców do dzieci, który się broni przeciwko przymusowi państwowemu i który wskutek tego zachował konstrukcję prywatno-prawną, jest wspólne pożycie rodziców z dziećmi. Jakąże jest ta konstrukcja?

Prawo utrzymuje porządek w społecznym życiu ludzi. Oznacza, jakie skutki mają powstać wskutek pewnych zjawisk

nad nieletnimi, skazanymi na karę, a korzystającymi z prawa zawieszenia kary (art. 19 i nast. przepisów przechodnich do Kodeksu Karnego).

Opiekunowie będą pobierali wynagrodzenie stałe z funduszków dyspozycyjnych sądów (art. 2 dekretu z dnia 7 lutego 1919 r.).

Art. 4. Sprawę z oskarżenia nieletniego od lat 10—17 włącznie o spełnienie czynów karygodnych łącznie z dorosłymi wyłącza się jako odrębną i rozpoznaje osobno od spraw uczestników dorosłych, jeżeli to jest możliwe ze względu na okoliczności sprawy (art. 207¹ U. P. K.). Sprawę starszych należy — o ile możliwości — oddać naprzód pod rozpatrzenie właściwego sądu, który po jej rozważeniu, akta odeśle do sądu dla nieletnich. W zbiegu sprawy nieletnich ze sprawą starszych rozstrzyga sąd dla nieletnich.

Art. 5. Przy postępowaniu w sprawach nieletnich przestępców sędzia winien kierować się następującymi zasadami:

a) oprócz powodów do wszczęcia spraw w sądach pokoju, przewidzianych w art. 42 U. P. K., sąd dla nieletnich winien przystąpić do rozpatrzenia sprawy: 1) gdy do sądu stawia się rodzice ze skargą na karygodne czyny lub złe prowadzenie się nieletniego ich dziecka; 2) gdy do sądu stawia się nieletni, prosząc o opiekę i pomoc;

b) po odebraniu zawiadomienia, skargi lub podania sędzia zbiera wiadomości co do osoby nieletniego, otoczenia jego, stanu umysłowego i moralnego oraz wpływów i warunków ekonomicznych, w jakich nieletni żyje. Wiadomości te zbiera sędzia albo przez opiekuna sądowego, albo bezpośrednio według swego uznania, u osób, u których nieletni się znajduje, uczy lub jest zatrudniony, względnie u innych osób bliskich nieletniemu;

c) aresztu prewencyjnego dla nieletnich należy wedle możliwości unikać, a w razie konieczności zastosować go według art. 77¹ i 416¹ U. P. K. Zalecane jest również urządzenie przy sądach izb zatrzymania (art. 3 dekretu z dnia 7 lutego 1919 r.) w których nieletni, przyprowadzony do sądu, a nie mogący pozostawać na wolnej stopie, zostanie zatrzymany aż do osądzenia pod dozorem opiekuna sądowego lub osoby przez sędziego wyznaczonej;

d) sędzia winien we wszystkich wypadkach nie zupełnie wyjaśnionych, stosując na zasadzie art. 118 U. P. P. analogicznie przepisy 356¹, 356⁴, i 356⁵ U. P. K. oraz korzystając z przepisu art. 90¹ U. P. K., zaważać przed terminem do rozprawy głównej nieletniego wraz z rodzicami, opiekunem lub osobami, mającymi dozór nad nieletnim, celem wysłuchania ich wyjaśnień przy drzwiach zamkniętych. Sędzia może powoływać do uczestniczenia przy tych badaniach opiekuna sądowego;

e) jeżeli z dochodzenia wyniknie, że nieletni popełnił czyn występny bez zrozumienia przestępności spełnionego czynu, sąd sprawę umarza, udzieliwszy uprzednio rodzicom lub opiekunom, błędzącym brakiem nadzoru, albo wywierającym zły wpływ na nieletniego — odpowiedniego pouczenia (art. 52¹, 52², 356³ U. P. K.);

f) jeżeli w toku badania powstaną wątpliwości co do normalności fizycznej lub umysłowej nieletniego, sędzia wzywa lekarza lub pedagogów jako biegłych, celem zbadania nieletniego, i dla obserwacji może zlecić pomieścić go czasowo w zakładzie leczniczym lub wychowawczym (356¹, 356⁶ U. P. K.);

g) skoro badanie wskaże, że nieletni jest fizycznie lub moralnie zaniedbany, dręczony przez rodziców czy też opiekuna lub działał pod ich złym

i obmyśla środki, jak te skutki uczynić istniejącymi. Z tego punktu widzenia nie jest uzasadnionem mówić o prawie prywatnem i publicznem. Jest ważnem, aby zrozumieć, że całe prawo, tak publiczne, jak prywatne, może być rozważanem z punktu widzenia porządku, a nie tylko prawo publiczne.

Odpowiada jednak potrzebie umysłu ludzkiego rozważanie zjawisk z punktu widzenia, w którym jednostka jest centrum. Wówczas prawo przedstawia się jako zakreszenie granic, w obrębie których jednostka żyje z swemi wszystkimi możliwościami życiowemi, z swoim działaniem, z swą wolą. Aby tak móc objąć myślą prawo, trzeba się uciec do fikcji. Już sam podmiot, to jest owe centrum, jest fikcją, a jest nią także władztwo, wola, czy jak inaczej zechcemy to zdefiniować. Ale fikcje te są konieczne, jeżeli objęcie myślą prawa z punktu widzenia podmiotu ma być możliwem. Takiego myślenia wytworem jest pojęcie prawa podmiotowego. Pamiętać należy, że 1-o jest ono fikcją i że 2-o tworzymy je tylko dlatego, aby nieprzeliczone zjawiska objąć razem myślą.

Raz wytworzone pojęcie prawa podmiotowego nadaje kierunek naszemu myśleniu. Jestem też skłonny do mniemania, że drugorzędną jest kwestja, jak zdefiniujemy prawo podmiotowe. Wedle mnie idzie tu głównie o punkt widzenia: albo na prawo patrzę z punktu widzenia porządku i wówczas mam przed sobą osoby, rzeczy, ich relacje etc., albo na prawo patrzę, jakgdyby

wpływem, albo pozbawiony zupełnie ich dozoru, sędzia winien w myśl art. 420 K. K., wytoczyć sprawę rodzicom, względnie opiekunowi, celem ukarania ich lub odebrania im władzy nad nieletnim, albo oddać sprawę właściwemu prokuratorowi, celem wytoczenia akeji o odebranie władzy rodzicielskiej według art. 339, 340, 416 Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego.

Nieletniego, pozbawionego opieki rodzicielskiej umieszcza sędzia przy innej rodzinie pod nadzorem opiekuna sądowego, albo w zakładzie wychowawczym państwowym albo prywatnym. uznanym za stosowny przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

h) jeżeli sprawa została wszczęta z oskarżenia prywatnego, a okoliczności czynu nie były obciążające, sędzia winien, zawezwawszy obie strony wraz z rodzicami lub opiekunem nieletniego, wpływać na nich, celem pogodzenia się stron przed rozprawami i udzielić — w razie cofnięcia oskarżenia, w myśl art. 16 p. 3 U. P. K. — nieletniemu winowajcy względnie jego rodzicom lub opiekunowi, pouczenia, zwracając uwagę na skutki powtórnego przekroczenia prawa.

Art. 6. Rozprawa główna w sprawach przeciw nieletnim winna się zawsze odbywać przy drzwiach zamkniętych (art. 89² U. P. K.).

Art. 7. Na pierwszy termin do rozprawy głównej należałoby — o ile nie było poprzednie wstępne dochodzenia — w myśl niniejszego rozporządzenia, nie wzywać świadków, lecz tylko strony wraz z osobą nadzór mającą nad nieletnim. Sędzia przesłuchuje te osoby i dopiero, gdy nieletni oskarżony nie przyznaje się do winy, a sędzia nabierze przekonania, że nieletni działał ze zrozumieniem karygodności czynu inkryminowanego mu, odracza termin i wzywa na nowo wyznaczony termin w trybie zwyczajnym strony, świadków i biegłych.

Art. 8. Zwraca się uwagę na przepisy art. 19 i 20 przepisów przechodnich do Kodeksu Karnego (Dziennik Urzędowy No 1 str. 28) i zaleca

ono istniało dla unormowania sfery życiowej, w której podmiot żyje, działa, chce, spoczywa, gaśnie etc. Niema dowodów, aby rozważanie prawa z punktu widzenia podmiotu było wykluczonem w tej dziedzinie, którą nazywamy prawem publicznem, ale są dowody, że grupowanie prawa wedle pojęcia prawa podmiotowego nie doprowadza do zgrupowania go bez reszty i że je z przyzwyczajania myślowego stosujemy przedewszystkiem w prawie prywatnem.

Gdy więc idzie o konstrukcję prawniczą, to możemy ją zbudować wedle jednego lub drugiego punktu widzenia. Ale przyzwyczajanie do pewnego myślenia popycha nas do jednego lub drugiego i czyni za nas wybór.

Stosując te uwagi do kwestji, która nas obecnie zajmuje, to j. do kwestji wychowania dzieci, mogę stwierdzić, że przyzwyczajanie do pewnego kierunku myślenia wiedzie do konstruowania dotyczących zjawisk, unormowanych przez prawo, z punktu widzenia podmiotu i jego praw podmiotowych. Z tego powodu mówimy, że ojciec ma prawo żądać wydania dziecka od osoby trzeciej i że to jego żądanie ma ochronę prawną. Ten kierunek myślenia konstruuje przeto jedyny w obecnej fazie rozwoju rodziny, prawniczo dający się uchwycić punkt, to jest wspólne pożycie rodziców z dziećmi, jako prawo prywatne,

stosowanie w najszerszej mierze prawa zawieszenia wykonania kary na czasokres oznaczony, by dać skazanemu nieletniemu możność zastąpienia na odpuszczenie kary przez dobre sprawowanie się i dążenie do poprawy. W czasie zawieszenia kary nieletni winni być pod nadzorem opiekuna sądowego.

Miedzy karami, wyliczonemi w art. 55 i 56 Kodeksu Karnego, przewidziane jest umieszczenie nieletniego w zakładach wychowawczo-poprawczych. Należy z tej kary korzystać, o ile oddanie nieletniego pod nadzór odpowiedzialny nie jest możliwem. Sędzia może umieszczać nieletniego nie tylko w zakładzie wychowawczo-poprawczym państwowym, ale i w zakładzie lub instytucji prywatnej, uznanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości za odpowiednią.

W razie pozbawienia osoby, wymienionej w art. 420 Kodeksu Karnego, władzy nad nieletnim, może sędzia oddać nieletniego pod opiekę innej rodziny, zasługującej na zupełne zaufanie, w warunkach dla nieletniego odpowiednich, stawiając go jednocześnie pod dozór opiekuna sądowego.

Art. 9. O sprawach nieletnich pracowników fabrycznych sędzia zawiadamia właściwy inspektorat pracy.

Art. 10. W więzieniach winny być urządzone osobne oddziały dla nieletnich, aby nie mieli oni żadnej styczności ze starszymi przestępcami i byli w tych oddziałach zajęci nauką i pracą.

O urzędzeniu więzień dla nieletnich wydane zostaną osobne przepisy.

Art. 11. W miejscowościach, gdzie niema sądów dla nieletnich, sądy pokoju winny ściśle się kierować powyższemi zasadami, pilnie przestrzegając, aby sprawy nieletnich były sądzone w specjalnie ku temu wyznaczone dni i godziny i przy drzwiach zamkniętych.

Art. 12. Przy sądzeniu spraw, dotyczących nieletnich, w instancjach apelacyjnych, sądy winny w miarę możności stosować się do niniejszych przepisów.

Warszawa, d. 26 lipca 1919 r.

Minister Sprawiedliwości: *Supiński.*

prawo podmiotowe, wedle którego ojciec może żądać wydania dziecka od każdego, kto mu je zabrał i że (w prawie niemieckim i francuskim) ma do tego celu skargę bezwzględną, ukształtowaną na wzór rei vindicatio.

Jest to jednak tylko kierunek myślenia, wynikający z przyzwyczajenia, bo pobieżny nawet rzut oka przekonywa nas, że ta konstrukcja nie ułatwia wszystkiego. Jeżeli ojciec dziecko porzucił, czy rzecz się ma tak samo, jak z porzuceniem rzeczy, na której się ma prawo własności? Czy ojciec ma obowiązek przyjąć dziecko do swego domu, a wówczas kto ma prawo podmiotowe żądać, aby dziecko było przyjęte, jeżeli nikt, to jaką sankcją opatrzony jest ten obowiązek? Konstrukcja prawa podmiotowego prywatnego, o której mówiliśmy wyżej, nie wystarcza więc i zwrócić się należy do ujęcia tej sprawy z punktu widzenia porządku, który nieść i utrzymywać ma za zadanie prawo.

Pojęcie prawa podmiotowego jest w wysokim stopniu pożyteczne, bo pozwala nam całą masę poszczególnych możliwości ująć razem, przez co porozumiewanie się jest ułatwione. Jeżeli mówię „prawo podmiotowe własności“, to obejmuję tem pojęciem używanie, zbieranie owoców, zniszczenie, porzucenie, sprzedaż etc. Ale znowu podkreślić wypada, że jest to tylko ułatwienie w myśleniu, bo normy mogą wyjąć każdą z tych możliwości i inaczej ją urządzić, jak całą resztę. Za wszystkie jeden niech przemówi przykład: sprzedaż. Cały system odrębnych przepisów możnaby zbudować o sprzedaży, a przecież tradycyjne myślenie nie wacha się i w pojęciu prawa podmiotowego własności mieści i możliwość sprzedaży.

Czy w kwestji, którą teraz się zajmujemy, to jest w kwestji wychowania dzieci, ujęcie wspólnego pożycia rodziców z dziećmi z punktu widzenia prawa podmiotowego ojca do wydania dziecka jest ułatwieniem myślenia w tej materji, to zależy od siły przyzwyczajenia do takiego lub innego kierunku myślenia. Faktem, jest, że literatura przeważnie tak tę rzecz przedstawia. Inna rzecz, czy ta konstrukcja ma wpływ na prawo przedmiotowe. Otóż to ostatnie nie może nie rozstrzygnąć wszystkich sytuacji, które się tu nasuwają, a drugorzędną jest rzeczą, w jaką konstrukcję ubrana jest dotycząca norma. Dlatego pod koniec tej dygresji mogę jeszcze tylko to podnieść, że w budowaniu systemu kodeksu cywilnego na pojęciu prawa podmiotowego nie widzę pożytku większego, niż go daje mniej lub więcej trafny dobór wyrazów, określeń etc. wogóle tych wszystkich środków, zapomocą których się porozumiewamy. Natomiast grunt jest w tem, aby porządek był stworzony i zapewniony. Na to jest prawo. To zadanie musi być spełnione.

Wedle § 145 k. c. a. rodzice są uprawnieni żądać wydania dzieci zabranych im, („entwichene zurückfordern“). Praktyka trzyma się reguły, że wydania dziecka można żądać tylko w po-

stępowaniu niespornem. (G. U. W. 14692). Inaczej jest wedle innych kodeksów. Prawo ojca (także i matki wedle § 1634, ale nie wbrew woli ojca) do żądania wydania dziecka reguluje § 1632 k. c. n. Literatura pojmuje to „prawo“ ojca, jako prawo podmiotowe, i nie ma wątpliwości podobnie, jak praktyka, że dochodzi się go w drodze skargi. Tak samo pojmuje tę rzecz prawo francuskie, to jest daje ojcu skargę o wydanie dziecka (art. 374 K. N. „Dziecko nie może opuszczać domu ojcowskiego bez pozwolenia ojca, wyjąwszy, gdy idzie o zaciągnięcie się do armji po ukończeniu ośmnastu lat życia“). Jak dalece to prawo (*droit de garde*) uważają za prawo podmiotowe prywatne, świadczą usiłowania konstrukcyjne, któremi l'Assistance publique broniła się i broni przeciwko skardze o wydanie dziecka. Skonstruowano tam przeniesienie *droit de garde*, służącego ojcu, na zakład publiczny, który dziecko wychowywał.

Od tego przypadku, który omawialiśmy, a który ma na myśli zabranie dziecka przez osobę, trzecią i przytrzymywanie go u siebie, odróżnić należy przypadek, gdy idzie o dziecko zbiegłe. Do poszukiwania i doprowadzenia takiego dziecka do domu ojciec może użyć policji. Przewiduje ten przypadek k. c. a. (§ 145 „*flüchtige Kinder mit obrigkeitlichem Beistande zurückzubringen*“). Nie ulega wątpliwości, że tak samo ma się rzecz w Francji i w Niemczech. Natomiast co do kodeksu Kr. p., to, o ile ten przypadek używania policji dla odebrania dziecka, które uszło z domu rodzicielskiego, jest w art. 338 wyraźnie unormowanym, o tyle pierwszy przypadek, w którym daną jest skarga ojcu o wydanie dziecka, jest w art. 338 zamazanym. Stało się tak dlatego, że k. c. Kr. p. przyjął w art. 338 tylko pierwsze zdanie z art. 374 K. N., łącząc z niem, jako zdanie poboczne, zdanie: „którzy (to jest rodzice) mają prawo dziecię z domu ich uchodzące poszukiwać i za pomocą władz krajowych odbierać“. Redaktorowie k. c. Kr. p. nie zdawali sobie widocznie sprawy, że tu idzie o dwa różne przypadki i że przez połączenie ich w jednym zdaniu wywołują wrażenie, jak gdyby dziecko tylko w drodze administracyjnej, przez policję, mogło być odebrane. Sądzę, że to wrażenie powinno być w drodze interpretacji usunięte.

Kodeksy przyznają rodzicom jeszcze inne „prawo“, mianowicie prawo karania dzieci (§ 145 k. c. a., § 1631 ust. 2 k. c. n. art. 339, 340 k. c. Kr. p. najobszerniej K. N. w art. 375 do 383, dający ojcu prawo inkarceracji dziecka). Stosownie do tego, cośmy wyżej mówili o prawie podmiotowym, można i tutaj użyć tego pojęcia, ale nie można mieć wątpliwości, że, gdyby się przyjęło „prawo“ ojca do karania dziecka, to nie byłoby ono prawem prywatnem. Czy wielką korzyść odnosi się z obrazu przedstawiającego te stosunki z punktu wyjścia jednostki, w to nie wchodzę na tem miejscu, zaznaczam tylko, że dziecko jest w sprawie karania go przez ojca pod ochroną prawa karnego.

Przedstawianie sprawy wspólnego pożycia rodziców z dziećmi i sprawy karania dzieci z punktu widzenia prawa podmiotowego ojca ma tę niedogodność, że zasłania zupełnie tę stronę kwestji, która dotyczy obowiązku ojca. Jeżeli ojciec ma „prawo“ żądać wydania dziecka, to należy się zapytać, czy ma także „prawo“ porzucić je, czy może go nie przyjąć do domu. A jeżeli mu tego nie wolno, to jak się tego dochodzi? Czy dziecko ma i jaką skargę prywatno-prawną? Z tego punktu widzenia kodeksy nie zawierają postanowień wyraźnych. Natomiast wiemy z kodeksu karnego, że dziecko nie jest tu bez ochrony. Na podstawie kodeksu cywilnego wyrabiamy sobie w tym względzie zdanie z przepisów o alimentach, które się należą dziecku od ojca. Dalej jednak skazani jesteśmy na dedukcję, a więc na dowolność.

Obawiam się, że mój pogląd na istotę prawa podmiotowego wywoła przez swoją lakoniczność pewne nieporozumienie. Dokładnie wypowiem się w części ogólnej. Na tem miejscu wrócę jeszcze tylko kilku słowami do tej kwestji, aby podkreślić:

1. Prawo podmiotowe jest fikcją, którą tworzymy, aby łatwiej i prędzej dojść do poznania prawa. Prawo podmiotowe jest przeto wytworem tylko naszego myślenia, a nie jest czemś realnem.

2. Dowodem niezrozumienia tej istoty prawa podmiotowego jest:

a) spór, co „historycznie“ było pierwiej: prawo podmiotowe, czy przedmiotowe.

b) spór, czy mogą istnieć prawa podmiotowe bez podmiotu,

c) polemika, czy dzieci, obłąkani etc. mogą być podmiotem praw podmiotowych, jeżeli do określenia tych ostatnich wprowadzimy element woli.

Wszystkie te spory świadczą, że biorący udział w nich uważają prawo podmiotowe za coś realnego, konkretnego. Tak nie jest. Prawo podmiotowe jest tylko myślą, ułatwiającą nam objęcie wielkiego kompleksu zjawisk w jedno określenie. Ale to pojęcie nie może nic zmienić w normach, które urządzają skutki prawne wywołane przez sytuacje faktyczne.

3. Tylko z niezrozumienia, że „prawo podmiotowe“ jest fikcją, płyną narzekania, iż dotychczas nie zdobyto się na ścisłe określenie tego pojęcia, że niema co do niego zgody. O będących w obiegu definicjach można powiedzieć, że wszystkie są prawdziwe, wszystkie niedokładne i sprzeczne w sobie. Jest to natura fikcji. Nie oddają rzeczywistości, ale są tylko środkiem do jej poznania, a tego właśnie ludzie nie rozumieją. Wydaje im się, że prawo podmiotowe jest czemś realnem, czemś rzeczywistie egzystującym, a nie jedynie środkiem pozwalającym nam objąć w jednym pojęciu mnogość faktów i to objąć w spo-

sób uzmysławiający, w sposób czyniący widzialnymi rzeczy niewidzialne. Fikcja prawa podmiotowego jest wytworem naszej wyobraźni, a o dziełach wyobraźni, czy one są dziełami nauki, czy sztuki, sąd jest zmiennym. Żądać przeto skończonej definicji prawa podmiotowego, jak wogóle jakiegokolwiek fikcji, znaczyłoby to samo, co myśleć, że sztuka, przez stworzenie doskonałego dzieła, skończy się lub że nauka kiedykolwiek dobiegnie kresu. Nie mogę nie zacytować słów Pearson'a (w *The grammar of science*), który tak trafnie określa naukę i jej procesy: „Wyobraźnia była zawsze u kolebki wszystkich wielkich naukowych odkryć. Wszyscy wielcy uczeni byli, w pewnym znaczeniu, wielkimi artystami. Formuły, obejmujące wszystkie rzeczy, nauka dotąd nie znalazła i nie znajdzie. Lepiej jest zadowolnić się częstką dobrego rozwiązania, niż ludzię się całością złego rozwiązania. Trzeba powtarzać za Cliffordem, że myśl naukowa nie jest towarzyszką lub warunkiem ludzkiego postępu, ale jest samym ludzkim postępem“.

Najpobieżniejszy rzut oka na będące w obiegu teorie prawa podmiotowego przekona nas o trafności powyższych uwag. Teorie woli (niezgodne już co do tego, czy prawo podmiotowe jest wolą psychologiczną, czy też jej ujawnieniem, uzewnętrznieniem) łamią się na tem, że dzieci i obłąkani nie mają woli, a przecież to pojęcie prawa podmiotowego, którem w myśleniu operujemy, praw podmiotowych nie może im odmówić. Teorie interesu nie są w stanie obronić się przed zarzutem, że prawo podmiowe może służyć także i temu, na czyją szkodę wychodzi. Takie same trudności ma do pokonania jakakolwiek kombinacja tych teoryj. Wszystkie te wewnętrzne sprzeczności jednak nie powinny być powodem ani zmartwienia ani rezygnacji. Nie może być inaczej, bo prawo podmiotowe nie jest realnością, nie egzystuje w rzeczywistości, ale jest tylko, powtarzamy, fikcją, jest tylko środkiem do poznania rzeczywistości, a nie oddaniem już poznanej rzeczywistości.

Wedle mnie stworzenie pojęcia prawa podmiotowego wynika z koniecznej potrzeby umysłu ludzkiego, potrzeby personifikacji. Bez takich personifikujących fikcyj w żadnej dziedzinie nie może się obyć myśl ludzka. Ale też tylko dla myślenia tworzy się te fikcje. Są one, jak rusztowanie, które po skończonej budowie rozbiera się i usuwa. A faktem jest, że bez pojęcia prawa podmiotowego z trudnością potrafimy prawniczo myśleć. Czemkolwiek zechcemy, aby było, wolą, władztwem, interesem, „prawo podmiotowe“ sprawia, że przez nie ujmujemy przepisy prawne w harmonijną całość z punktu widzenia „jednostki“, to j. „staramy się“ ująć je w całość z tego punktu widzenia. „Prawo podmiotowe“ wytknęło pewien kierunek naszemu myśleniu, a ten kierunek jest tak silny, że, gdy definicja każe odmówić np. dzieciom praw podmiotowych, nie czynimy, tego a tylko krytykujemy definicję. Gniewamy się np.

na lheringa, gdy nas uczy, że kontrakt, który na jedną stronę nakłada pewne ograniczenia, a drugiej nie przynosi żadnego *plus*, jest nieważny. Gniewamy się, bo kierunek myślenia, wytknięty przez „prawo podmiotowe“, mówi nam inaczej, mówi nam, że kontrakt jest ważny, a lhering się myli.

Sam już ten instynkt, sam ten kierunek myślenia, powinny nas ostrzedz, że pojęcie prawa podmiotowego jest tylko środkiem poznania, ale że z niego nie wolno wysnuwać żadnych postulatów. Przeciwnie, dla istniejących już norm, aby je objąć w całość, a więc aby je ująć w system, tworzy się prawo podmiotowe. Tę samą funkcję, którą spełnia pojęcie prawa podmiotowego, może spełniać inne pojęcie, jeżeli tylko wedle niego potrafię ugrupować normy w system. Pojęcie prawa podmiotowego ma tylko tę wyższość, że odpowiada potrzebom naszego umysłu, potrzebie personifikowania. Ale jeżeli tak jest, jeżeli środków, zapomocą których budujemy system, możemy pomyśleć więcej, to nie wolno z nich wysnuwać wniosków, któreby były same normami, bo jeszcze raz powtarzamy, „środek“ taki jest zawsze tylko wytworem naszej wyobraźni, a więc jest tworem dowolnym (inna rzecz, czy produktywnym, czy nie).

Dążenie do ścisłego określenia pojęcia prawa podmiotowego będzie ciągle żywym. Nie sądzę jednak, aby praktyczne skutki były szkodliwe, choćby chwiejność i niezgoda panowała nadal. Jeżeli bowiem prawo podmiotowe przedstawia się, z pewnego punktu widzenia, jako roszczenie, to od prawa w znaczeniu przedmiotowym zależy: czy, kto i o co ma roszczenie. To rozstrzyga tylko prawo przedmiotowe, a podany przykład ultra-konsekwencji lheringa poucza nas, że tak jest rzeczywiście. Prawo bowiem, prawo w znaczeniu przedmiotowym, jest „porządkiem“, oznacza sytuacje faktyczne i łączy z nimi skutki. Inna zaś rzecz, jak my staramy się ogrom tych przepisów objąć, stopić w harmonijną całość, z jakiego punktu widzenia kształtujemy je, w jaki sposób niewidzialne przemieniamy w widzialny obraz. Jednym z tych sposobów jest „prawo podmiotowe“, ale jest to tylko fikcja, tylko środek, którego używa umysł ludzki w swem nie zaznajamem nigdy spoczynku dążeniu do stworzenia jedności z wielości, w swej twórczości, która jest jedną u uczonego i artysty.

Obowiązującym, rodzącym skutki prawne, jest prawo w znaczeniu przedmiotowym, są zakazy i nakazy. Prawo podmiotowe pozwala nam je tylko myśłą objąć; nie może tych zakazów i nakazów ani pomnożyć ani pomniejszyć ani zmienić; grupuje je tylko, dzieli od góry do dołu, daje możność ogarnięcia pewnej ilości tych zakazów i nakazów przez jeden wyraz, który tę ilość koncentruje. Dzieje się to z punktu widzenia „ja“ dlatego, że to najlepiej odpowiada naszemu umysłowi, ale, jak z jednej strony można zbudować system nie z punktu widzenia „ja“, tak z drugiej strony do pojęcia prawa podmiotowego, gdy je już

przyjmujemy, możemy wprowadzać jakąkolwiek cechę prawa (wolę, władztwo, interes, roszczenie), byle się nadała do grupowania przepisów prawnych.

Czy możemy się obejść bez pojęcia prawa podmiotowego? W kodeksach najzupełniej. Kodeks francuski np. nic na tem nie ucierpiał, że jego redaktorom obcą była teoria praw podmiotowych, jak obcą była prawnikom rzymskim. Bez skryształowania przeto, bez uświadomienia sobie tego pojęcia, można tworzyć kodeksy i stwarzać naukę, grupując materiał wedle innego systemu, jak wedle systemu praw podmiotowych. Ale w myśleniu prawniczym nie można się obyć bez tego kierunku, którego teoretycznym wyrazem jest pojęcie prawa podmiotowego.

Nie można się obyć, bo taka jest potrzeba naszego umysłu: zawsze i wszędzie personifikował, czynić to będzie i nadal i żadna teoria od tego go nie oduczy. Prawnicy rzymscy nie znali teoretycznego pojęcia prawa podmiotowego, ale ich „*ius quod sibi debeatur*“, „*nihil iuris (nie nullum ius) habere*“ nie jest wynikiem niczego innego, jak myślenia z punktu widzenia jednostki. W najnowszych przecież czasach Kelsen mówi, że „mojem prawem“ jest „moja norma“¹⁾.

4. Roszczenie nie pokrywa się ze skargą. Zaskarżalne roszczenie traci np. wskutek przedawnienia skargę, ale nie przestaje być roszczeniem, które może być uznanem, policzonem, zabezpieczonem przez prawo zastawu. Realizacja treści takiego przedawnionego roszczenia nie jest darowizną ani niesłusznem zbożaceniem, ale wypełnieniem. Ten przykład wykazuje, że ochrona prawna przez skargę nie jest konieczną cechą roszczenia; konieczne tylko są skutki prawne określone przez prawo w znaczeniu przedmiotowym.

Patrzac na roszczenie z punktu widzenia skutków, nie możemy nie rozstrzygnąć pytania, czy posiadanie jest prawem podmiotowym. Uważam za produktywne dla nauki odmówić posiadaniu kwalifikacji prawa podmiotowego, nie dlatego, że nasze poczucie prawne nie chce się zgodzić na to, aby złodziej miał „prawo“, ale dlatego, że odróżnienie ochrony stanowczej od ochrony prowizorycznej, którą tylko ma posiadanie, pozwoli nam rozwinąć płodny dla nauki obraz prawa, uchwycony z nowego punktu widzenia.

Jeżeli na prawo spojrzymy z punktu widzenia ochrony: stanowczej względnie prowizorycznej, to roztoczą się przed nami dwa pokłady prawa. Hauriou (*Principes de droit public* str. 311 n.) nazywa je „*fond du droit*“ i „*la surface du droit*“. Pokład pierwszy stanowią *petitorium, contentieux de pleine juri-*

¹⁾ Wedle Kelsena (*Hauptprobleme*) prawem podmiotowym jest „*der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Verfügung die Realisierung des im Rechtssatze ausgesprochenen Willens des Staates zur Unrechtsfolge abhängig gemacht ist*“.

diktion, prawo podmiotowe, osobowość prawna i patrimonium, Pokład drugi to j. powierzchni prawa, stanowią: *possessorium*, *contentieux d'annulation*, środki prowizoryczne i konserwacyjne, proste używanie (*simple intérêt*), indywidualność prawna i „*biens affectés*“.

To rozróżnienie dwóch pokładów prawa jest właściwem wszystkim ustawodawstwu. Dla nauki jest ono w wysokim stopniu produktywne. Uzasadnione należycie przyniesie korzyści przede wszystkim dla systemu prawa, który dzisiaj ma z posiadaniem prawdziwy kłopot. Roztoczy się wówczas przed nami możliwość dwóch systemów, ujmujących życie cywilne z dwóch różnych punktów widzenia.

Na razie podnoszę tę kwestję tylko dlatego, aby złożyć wyznanie, że posiadania nie zaliczam do praw podmiotowych, Przedstawienie dwóch systemów odkładam do tego tomu mego wykładu, który będzie obejmował tak zw. część ogólną prawa cywilnego.

5. Jeszcze jedno pytanie nie może pozostać bez odpowiedzi. Czy są publiczne prawa podmiotowe, a jeżeli tak, to czem się różnią od prywatnych? Z całego poprzedniego wywodu wynika, że nie można nie dopuścić pojęcia prawa podmiotowego także i w prawie publicznem, jednak myślenie z punktu widzenia jednostki w dziedzinie prawa publicznego ma sens tylko w państwie prawnem. W państwie, w którym władza publiczna nie jest związana, roszczenie jednostki byłoby pozbawione wszelkiego skutku prawnego, a wskutek tego nie mogłoby być „prawem“ podmiotowem. W państwie prawnem natomiast jednostka ma płynące z prawa przedmiotowego i przez nie uzbrojone w skutki prawne roszczenia do państwa, jako władzy publicznej (powtarzamy: jako władzy publicznej) a więc ma prawa podmiotowe publiczne.

Roszczenie musi być skierowane do państwa, jako władzy publicznej. Z tych powodów powiedzieliśmy wyżej, że z przepisów o wspólnem pożyciu rodziców z dziećmi wypływa dla pierwszych prawo podmiotowe prywatne, z przepisów zaś o karaniu dziecka płynie dla nich prawo podmiotowe publiczne. Skarga ojca o wydanie dziecka skierowana jest przeciwko każdemu, kto je zatrzymuje. Z prawa karania natomiast płynie, jeżeli wogóle myśleć o tych przepisach będziemy z punktu widzenia jednostki, roszczenie ojca do państwa o pomoc w tem karaniu. Tym tokiem myśli idzie k. c. n., gdy w § 1631 mówi, że na wniosek ojca winien go sąd opiekuńczy wspomagać przez użycie odpowiednich środków kary. W prawie francuskiem ojciec ma pomoc państwa w razie inkarceracji dziecka.

Myślenie prawnicze, oparte na personifikacjach, odpowiada potrzebie naszego umysłu tak w dziedzinie prawa prywatnego, jak i publicznego, ale, jak powiedzieliśmy dopiero w państwie prawnem. Widzimy to przede wszystkim na rozwoju sądow-

nictwa administracyjnego, w którym myślenie z punktu widzenia „osoby“ zaczyna przeważać. Tam, gdzie idzie o organizację państwa, niema miejsca dla prawa podmiotowego, ale gdzie państwo wchodzi w stosunki ze swymi obywatelami, fikcja prawa podmiotowego ułatwia myślenie. Naprzeciw osoby fizycznej staje wówczas fikcja osoby prawniczej państwa, a różnica między prawem podmiotowem prywatnem a publicznem jest ta, że w prawie podmiotowem publicznem osoba-państwo występuje jako władza publiczna.

Sprawa publicznego prawa podmiotowego jest doskonałym dowodem nie zrozumienia, że pojęcie prawa podmiotowego jest tylko fikcją, że jest tylko zewnętrznym wyrazem pewnego kierunku myślenia, ale nie jest czemś realnem. Gdyby to rozumiano, pytanie nie brzmiałoby, czy istnieją publiczne prawa podmiotowe, ale opiewałoby, czy kierunek personifikujący normy jest w prawie publicznem produktywny? Nie można nikomu zakazać myśleć, jak chce, a kwestja tkwi tylko w tem, czy rezultat jego myśli przyniesie pożytek, czy nie. Wychodząc z tych założeń możemy stwierdzić, że pojęcie prawa podmiotowego publicznego nie oddaje nam takich usług, jak pojęcie prawa podmiotowego prywatnego, bo wedle pierwszego nie udało się ułożyć systemu prawa publicznego, ale korzyści okazały się gdzieindziej, w szczególności w dziedzinie sądownictwa administracyjnego. Cały szereg ustawodawstw postanawia, że trybunał administracyjny orzeka we wszystkich przypadkach, w których ktoś twierdzi, że przez przeciwne prawu rozstrzygnięcie lub zarządzenie władzy administracyjnej został w swych prawach naruszony (§ 2 austriackiej ustawy o tryb. adm. z 22/10 1875, art. 13 wirtemberskiej ustawy o sądownictwie administracyjnem z 16/12 1876, § 127 pruskiej L. V. G., i t. d.). I stała się rzecz na pozór dziwna, że, gdy w nauce wrzał zacięty spór, czy wogóle istnieją publiczne prawa podmiotowe, praktyka sądów administracyjnych operowała niemi, nie czekając na rezultat walki w świecie uczonych. Nie byłoby tego wszystkiego, gdyby było ogólnie jasnem, że prawo podmiotowe jest naszym własnym wytworem, a więc że istnienie jego od nas samych i tylko od nas zależy. Oczywiście, stworzymy je, jeżeli to będzie korzystne. W prawie publicznem korzyść tę uznano. Bühler n. p. (w *Die subjectiven öffentlichen Rechte* str. 522) radzi dla prawa niemieckiego, aby sądownictwo administracyjne ograniczyć do ochrony podmiotowych praw publicznych, a Hauriou (w *Précis de droit adm.* str. 110) stwierdza, że francuskie prawo administracyjne „s'oriente irrésistiblement vers les responsabilités subjectives, même en ce qui concerne l'exécution des services publics et des opérations de puissance publique“.

Jeszcze jedno słowo! Jeżeli Kelsen (w *Hauptprobleme* i w *Arch. O. R.* str. 53, 190) i Weyr (w *Grünhuts Ztsch.* 40, str. 183) nie widzą różnicy między publicznem a prywatnem

prawem podmiotowym, to ja — z innych powodów — muszę im przyklasnąć. W sprawie prawa podmiotowego, czy ono jest publicznem, czy prywatnem, idzie o fikcję, idzie o kierunek myślenia, posługujący się personifikacjami. Tej zasadniczej jedności nie zmienia fakt, że w prawie podmiotowym publicznem jedną z osób jest państwo, jako władza publiczna (w znaczeniu zwierzchniczej).

Tych kilka uwag są antycypacją wyводу o prawie podmiotowym, który się znajdzie w tomie zawierającym ogólne nauki. Uważałem tę antycypację za wskazaną, aby rozstrzygnięcia, które w ciągu wykładu czynię, nie były apodyktycznymi. Uwagi powyższe streszczam w kilku słowach:

Prawo podmiotowe nie jest realnością, przeciwnie, jest tylko hypostazą, łączy się ona z osobą, bo taki już jest pęd umysłu ludzkiego, że, jak mówi Noiré, każdej abstrakcji użycza swego „ja“. Prawo podmiotowe jest fikcją, jest personifikacją, ale tak potrzebną i pożyteczną, jak pojęcie „siły“, która przecież nie jest także niczem innem, jak tylko fikcją i to fikcją również personifikującą.

Wiecznie prawdziwemi pozostaną słowa Goethego: „Du gleichst dem Geist, den du begreifst“, to j. każdy tworzy sobie obraz świata wedle swego własnego „ja“, według swego własnego myślenia, czucia i woli. (Biese, *Die Philosophie des Metaphorischen*, str. 120.).

F) Władza rodzicielska.

Przedstawienia stosunku rodziców do dzieci ślubnych nie rozpoczęliśmy celowo od pojęcia władzy rodzicielskiej. Po rozbiórce sprawy majątku dziecka i sprawy jego wychowania staje nam przed oczyma sam przez się obraz tego pojęcia. Jest ono z pewnością już tylko przeżytkiem. W stosunku rodziców do majątku dziecka stwierdziliśmy tendencję przekształcania tego stosunku w opiekę. W sprawie wychowania dziecka stwierdziliśmy coraz to większą interwencję państwa. Dzisiaj w pierwszej kwestji są jeszcze różnice między opieką a stosunkiem rodziców do majątku dziecka (użytkowanie ojca). W drugiej kwestji stwierdziliśmy, że bardzo doniosły czynnik wychowania, wspólne życie rodziców z dziećmi, broni się przeciwko rozrywaniu rodziny i ulega dotąd tylko w wyjątkowych przypadkach. Ale tendencja jest widoczna, a rozwój ekonomicznych stosunków, mający decydujący wpływ na ukształtowanie rodziny, nie sprzyja władzy rodzicielskiej. Im mniej zdolnym staje się ojciec do wyżywienia wyłącznie swemi siłami rodziny, tem szybszą będzie emancypacja żony i dziecka.

Odpadają też powoli sankcje prawne, które opatrzona była dawniej władza rodzicielska. Ustawodawstwo obiera wszędzie kierunek protekcji, obrony dziecka. W walce nowego porządku ze starym staje po stronie dziecka, nie ojca. Dziecku przysparza praw, a odbiera je ojcu.

Zmienia się jednak i nastrój wewnętrzny ojca. W ciężkiej walce przestaje uważać dzieci za bogactwo, a odczuwa ich ciężar. Obrona dawnego stanowiska staje się słabszą, a niejednokrotnie usunięcie z jednej lub drugiej placówki staje się ulgą, a nie stratą.

Jesteśmy więc w tej dziedzinie życia cywilnego w okresie przejściowym. Aby dojść do tego wniosku, nie potrzeba studjum prawa cywilnego, a wystarczy patrzeć na działalność państwa i setek stowarzyszeń zajmujących się dziećmi, ponad rodzicami. Jest to z pewnością objaw zanikającego dawnego ustroju, a początek nowego.

W tym stanie rzeczy, gdy więzy prawa rozluźniają się, spójnia rodziny skazaną jest coraz wyłączej na szukanie sankcji w moralności. Ta dziedzina pozostanie zawsze nietkniętą i zawsze zdolną do odparcia profanacji. Ale w tym kierunku stosunek rodziców do dzieci jest tylko częścią tego wielkiego świata zjawisk życiowych, które podlegają moralności. Idzie o to, aby jej panowanie obejmowało coraz szersze kręgi i zapuszczało coraz głębsze korzenie.

Władza rodzicielska jest ujęciem w jedno pojęcie praw rodziców do dzieci. Jest to więc pojęcie utworzone z punktu widzenia ojca. Widzieliśmy już wyżej, do czego się te prawa redukują.

Na ogół biorąc, władza rodzicielska staje się coraz bardziej chorągwią powiewającą na ruinach feudalnego zamku. Z prawa życia i śmierci, które służyło ojcu nad dzieckiem, pozostało prawo karania ograniczone prawem karnem, nadzorem sądu opiekuńczego, możliwością zastąpienia ojca przez zakład publiczny.

Pozostało wspólne pożycie i wpływ na majątek dziecka. Tę treść władzy rodzicielskiej poznaliśmy już dokładnie wyżej. Mamy obecnie przedstawić jej szczegóły, które wypełnią obraz.

Wyżej na str. 90 i 91 przedstawiliśmy, komu służy władza rodzicielska i kto ją wykonywa w czasie trwania małżeństwa i w razie śmierci rodziców. Mówiliśmy też tam o różnicach, które kodeksy wprowadzają w pojęcie władzy rodzicielskiej, raz jednolitej, innym razem dzielącej się na ojcowską i macierzyńską, wreszcie niewłaściwie nazwanej władzą tylko ojcowską. Obecnie wypada nam uzupełnić te wiadomości niektórymi szczegółami.

Stanowisko matki jest najlepsze wedle k. c. n., najgorsze wedle k. c. a., a najbardziej zawikłane wedle K. N. i k. c. Kr. p.

Wedle k. c. n. władza rodzicielska jest równorzędnie ojcowską i macierzyńską, a matka obejmuje ją w całości w razie śmierci ojca. Natomiast k. c. a. zna władzę rodzicielską i władzę ojcowską, ale nie zna zupełnie władzy macierzyńskiej, w razie zaś śmierci ojca ustanowioną zostaje opieka. Jakżeż jest wedle innych kodeksów?

K. N. jest niejasnym z następujących powodów:

1. Wedle art. 372 dziecko zostaje pod władzą (autorité) ojca i matki aż do pełnoletności wzgl. emancypacji. Jeżeli tak jest, jeżeli władza służy ojcu i matce, to tytuł dziewiąty ma nietrafny napis „• władzy ojcowskiej (de la puissance paternelle)“.

2. Sprzecznie z dopieroco wypowiedzianą zasadą, że władza służy ojcu i matce, postanawia zaraz następny artykuł (373), że w czasie trwania małżeństwa tylko ojciec wykonywa tę władzę. Na czymże więc polega władza matki w czasie trwania małżeństwa? Czy nie jest iluzją?

3. Co się dzieje w razie śmierci ojca? Z art. 372 wynika, że, gdy wedle art. 373 ojciec wykonywa władzę tylko w czasie trwania małżeństwa, władza rodzicielska (wedle napisu do tyt. 9-tego „władza ojcowska“) przechodzi na matkę, która powinna ją wykonywać, jako piastun tej władzy. Tymczasem wedle art. 390 K. N. w tym samym przypadku, t. j. w razie śmierci ojca, matka staje się opiekunką dzieci. W jakimże więc charakterze wykonywa wówczas matka, po śmierci ojca, pieczę nad dzieckiem i nad majątkiem? Czy podlega przepisom o opiece, czy też przepisom regulującym stosunek ojca do dziecka? Ale skomplikowanie się zwiększy, gdy matka np. złoży opiekę, ale zostanie przy władzy rodzicielskiej. Będzie więc np. mieszkać wspólnie z dzieckiem, ale wychowaniem jego kierować będzie opiekun. Na czymże wówczas będzie polegać „władza (autorité)“ matki? Zapewne, praktyka, znajdzie radę i na te komplikacje, ale to pomieszanie dwóch stanowisk, dające się wytłumaczyć historycznym rozwojem sprawy, jest z wielu względów niepożądane. W rezultacie stanowisko opiekunki musi zwyciężyć i uczynić stanowisko piastuna władzy rodzicielskiej raczej tylko tytularnem.

4. Wedle art. 141 K. N. „jeżeli ojciec zniknął, zostawiając dzieci małoletnie, pochodzące z wspólnego małżeństwa, matka będzie miała nad nimi pieczę (surveillance) i będzie wykonywać wszystkie prawa męża co do ich wychowania i zarządu ich majątkiem“. Z brzmienia tego artykułu wysnuwają wniosek, że matka wykonywa wówczas prawa męża w charakterze delegatki męża, a nie jako podmiot władzy rodzicielskiej. Sądzę, że, gdyby to stanowisko pociągało za sobą skutki praktyczne, to obrońcy jego byłiby pierwszymi, którzy staraliby się je tak spreparować, aby tych, skutków nie było. Zobaczmy, jak w podobnym przypadku postąpił sobie k. c. n.

K. c. Kr. p., zbudowany na K. N., nie poprawił go, a przeciwnie: pomnożył niejasności.

1. Za K. N. postanawia k. c. Kr. p. w art. 336, że dzieci aż do pełnoletności albo usamowolnienia zostają pod władzą swych rodziców, odmiennie jednak od kodeksu Napoleona w art. 337 postanawia, że w ciągu pożycia małżeńskiego oboje rodzice sprawują władzę rodzicielską, w razie jednak różności zdań zdanie i wola ojca przeważa. Zadać można przedewszystkiem pytanie, na czym polega władza matki, gdy zdanie i wola

ojca przeważa. Ale nadto art. 341 przyznaje ojcu cały szereg praw, na czemże więc „władza“ matki polega?

2. W razie śmierci męża władza rodzicielska służy już tylko matce, Wynika to z art. 337, ale wynika także z art. 349, że matka w razie śmierci męża staje się również opiekunką dzieci. Nasuwają się więc te same kwestje, które poznaliśmy wyżej pod 3). Z podwójnym charakterem matki po śmierci ojca, jako posiadającej władzę rodzicielską i jako opiekunki, tudzież z możliwością konfliktu, gdy matka np. wymówi się od opieki, ale zatrzyma władzę rodz. liczy się art. 363 k. c. Kr. p., wedle którego „komukolwiek opieka nad dziećmi będzie poruczoną, ojciec lub matka od opieki wyłączeni, również i matka od opieki wyznaczająca się, nie tracą prawa wglądania w utrzymywanie i wychowanie swych dzieci“. Już samo użycie wyrazu „wglądanie“ wskazuje, jak słabem jest stanowisko ojca względnie matki wobec opiekuna i jak jest naturalnem, że w praktyce ten ostatni zwycięży. [Kodeks niemiecki zna przypadki, w których matka znajduje się obok opiekuna, ale nie zna przypadku, w którymby opiekun był ustanowiony, gdy jej służy władza rodzicielska. W prawie niem., gdy zarządzono opiekę to matce nie służy władza rodzicielska, a ma tylko pieczę nad dzieckiem, ale ma ją dlatego i w tym charakterze, jak jej ta piecza służy, gdy władza rodzicielska służy ojcu, p. §§ 1696, 1698 k. c. n.].

3. Art. 68 k. c. Kr. p. odpowiada artykułowi 141 K. N., ale zawiera nadto jeszcze jedno zdanie: „Po uznaniu ojca za znikłego, urządzona być powinna tymczasowa opieka“. Art. 348 mówi, że w tym pszypadku opieka nad mał. należy samem przez się prawem do matki. Artykuł ten nie mówi już, że opieka ma być „tymczasowa“. Co się jednak dzieje z władzą rodzicielską? Z art. 141 K. N. można było wysnuć wniosek, że matka jest delegatką męża. W k. c. Kr. p. przez polecenie ustanowienia opieki w tym przypadku trudno tłumaczyć pierwsze zdanie artykułu 68 k. c. Kr. p., jako delegację, a drugie, jako opiekę. K. c. Kr. p. nie poprawił więc kodeksu Napoleona i nie usunął jego niejasności.

Tak kodeks Napoleona, jak i kodeks austriacki, uległy reformie w kwestji władzy rodzicielskiej. Kodeks niemiecki zajął oczywiście odrazu stanowisko nowożytnie. Jedynie kodeks cywilny Królestwa polskiego nie ruszył z miejsca i zachowuje pierwotne stanowisko Kodeksu Napoleona z zmianami, które, jak widzieliśmy na wyżej omówionym przykładzie, nie należą do najszczęśliwszych.

W prawie francuskiem reforma polega przedewszystkiem na dwóch ustawach, z 24 lipca r. 1889 i z 5 kwietnia 1898. Pierwsza z nich ustanawia cały system przypadków, w których gaśnie władza ojcowska (*déchéance de la puissance paternelle*). Druga mówi o represji gwałtów i zamachów przeciwko dziecku

i zmienia normy pierwszej ustawy dla kilku szczególnych przypadków.

Ten sam duch protekcji dziecka wieje z austriackiej pierwszej noweli do kodeksu cywilnego austriackiego. Paragraf 178 k. c. a. upodobniony został do § 1666 k. c. n. przez dodanie słów „jeżeli ojciec jest winien postępowania bez czci lub nieetycznego“ a dodanie ostatniego zdania w § 178 i cały nowy § 178 a, rozszerzają ochronę dziecka w kierunku zacytowanych ustaw francuskich i kodeksu niemieckiego. Waznym także jest obowiązek donoszenia o nadużyciach, włożony na radę opiekuńczą przez § 32 l. 2. pierwszej noweli do k. c. a.

Instytucje, chroniące dziecko, rozwijały się w Austrii także w drodze rozporządzeń ministerstwa sprawiedliwości, nie bez skutku. Wymienimy jedno z nich z d. 10/4 1902 l. 7493 d. rozp. numer VIII, wedle którego nie tylko na podstawie § 177 k. c. a., ale i na podstawie § 178 k. c. a., może być orzeczonem odebranie władzy ojcowskiej.

Tendencję ustawodawstwa nowożytnego w dziedzinie prawa rodzicielskiego przedstawimy w trzech punktach odnoszących się do ograniczenia, spoczywania i zgaśnięcia władzy rodzicielskiej. Prawa francuskiego nie zużytkujemy, bo, jak już powiedzieliśmy, prawo obowiązujące w b. Król. pol. nie sekundoowało mu w swym rozwoju.

a) Ograniczenia władzy rodzicielskiej.

Stwierdzić tutaj możemy ten sam objaw, z którym spotkał się już w wyżej omówionych kwestiach, że k. c. n. normuje dokładnie przypadki ograniczenia władzy rodzicielskiej, gdy inne kodeksy albo wypowiadają tylko ogólną zasadę albo dają tylko fragmenty. K. c. a. okazał chęć zrównania się z k. c. n. przez zmiany zaprowadzone przez nowelę. Zresztą postanowienie zawarte w § 178 jest tak ogólne, że mieszczą się w niem prawie wszystkie zarządzenia, którym k. c. n. poświęca §§ 1666 do 1675. Sąd opiekuńczy austriacki może zrównać ojca z opiekunem, może mu odebrać zarząd majątku dziecka i ustanowić dla niego kuratora, może odebrać ojcu dziecko i umieścić je w zakładzie. Wobec tej swobody, idącej tak daleko, że na podstawie § 178 k. c. a. można ojcu odebrać wogóle władzę ojcowską, zbędnem staje się porównanie austriackich przepisów z niemieckimi, cokolwiek bowiem te ostatnie zawierają, to można w drodze interpretacji wydobyć i z przepisów austriackich. W szczególności przepis zawarty w § 1668 k. c. n. nie powinien wydawać się nie dającym się zrealizować w Austrii, natomiast przepis w § 1669 dlatego tylko nie znalazłby w Austrii zastosowania, że w niej nie istnieje instytucja kontynuowanej wspólności majątkowej małżeńskiej. Jedna tylko instytucja nie da się wciągnąć w zakres możliwości interpretacyjnych praktyki austriackiej. Jest nią odpowiedzialność sędziego opiekuńczego

wedle § 839 ust. 1. Decydują w tej kwestji w Austrii ogólne przepisy o odpowiedzialności sędziów.

Cała ta dziedzina przepisów regulujących stosunek rodziców do dzieci w przypadkach, gdy władza rodzicielska tak jest wykonywana, iż zagraża powodzeniu dziecka, cała ta dziedzina jest w k. c. Kr. p. nierozwinięta. Dwa tylko artykuły, 339 i 340, mówią o nadużyciach rodziców, ale mają na myśli tylko przypadek nadużycia przy karaniu dziecka. To ubóstwo kodeksu spowodowało w Francji najpierw praktykę sądową, idącą bardzo daleko w kierunku kontroli i represji ojca nadużywającego swego stanowiska lub niedbałego, a następnie ruch legislacyjny, który się objawił w dwóch zacytowanych wyżej ustawach z r. 1889 i 1868. W b. Król pol. sprawy te leżały odłogiem.

b) Spoczywanie władzy rodzicielskiej.

Wedle k. c. n. spoczywanie władzy rodzicielskiej (§§ 1676 do 1678) różni się tem od zgaśnięcia władzy rodzicielskiej (§§ 1679 i 1680), że w razie spoczywania piastun władzy rodzicielskiej nie przestaje nim być, a nie może jej tylko wykonywać dopóty, dopóki przyczyny spoczywania trwają. Wykonywanie władzy rodzicielskiej przechodzi wówczas wedle § 1685 k. c. n. na matkę. Jednak ojciec tracąc zarząd majątku dziecka, nie traci użytkowania majątku dziecka (z wyjątkiem przypadku określonego w § 1685 ust. 2), a nadto obok ustawowego zastępcy, którego zdanie przeważa, ma nadal pieczę nad osobą dziecka. Jest to więc w gruncie także tylko ograniczenie władzy rodzicielskiej, o którym mówiliśmy pod a), jeżeli jednak pod nazwą „spoczywanie” wyodrębniamy pewne przypadki, to ze względu na ich jednolitość, gdy pod a) mieliśmy do czynienia z różnorodnemi, nie dającemi się przewidzieć przyczynami. Druga różnica między spoczywaniem a ograniczeniem jest ta, że w razie spoczywania zasadniczo matka wykonuje władzę rodzicielską, a w razie ograniczenia władzy rodzicielskiej zasadniczo ustanawia się kuratora. Wreszcie spoczywanie następuje w pewnej kategorii przypadków ipso iure, co niema miejsca w razie ograniczenia władzy rodzicielskiej, do którego potrzeba orzeczenia sądu.

Przyczyny spoczywania są dwójakiego rodzaju:

a) Ipso iure spoczywa władza rodzicielska ojca, jeżeli a) staje się niezdolnym do działania, § 104 k. c. n.; β) jeżeli jest ograniczonym w działaniu, §§ 106, 114 k. c. n., γ) wreszcie jeżeli stosownie do § 1910 ust. 1. ojcu ustanowiono kuratora.

b) Na podstawie orzeczenia sądu spoczywa władza rodzicielska ojca w przypadkach, przewidzianych w § 1677 k. c. n.. W tych przypadkach władza ojca odżywa także tylko na podstawie stwierdzenia sądu, że przyczyny spoczywania ustały. Stwierdzenia takiego w przypadku pod a) nie potrzeba.

W k. c. a. instytucja spoczywania władzy rodzicielskiej

ojca — nie pod tą nazwą — ma te same założenia, jak w prawie niemieckiem. Natomiast w prawie austr. ustanawia się w takich przypadkach opiekuna, gdy wedle k. c. n. władza przechodzi na matkę.

a) Ipso iure władza rodzicielska ojca spoczywa w przypadkach wymienionych w § 176 k. c. a. i w § 3 ordynacji o ubezwłasnowolnieniu.

b) Spoczywanie na skutek orzeczenia sądu następuje na podstawie § 178 k. c. a., gdy żadna z przyczyn wymienionych w § 176 k. c. a. nie zachodzi, a dziecko faktycznie pozbawione jest pieczy ojca.

W k. c. Kr. p. ipso iure spoczywa władza ojca w przypadkach art. 68 i 348. Przechodzi wówczas na matkę, a mówiliśmy wyżej, czy to się dzieje w charakterze opieki, czy dewolucji władzy ojcowskiej.

Przypadków, w których spoczywanie władzy ojcowskiej następuje wedle innych kodeksów na podstawie orzeczenia sądu, nie wymienia k. c. Kr. p., nie ulega jednak wątpliwości, że praktyka musiała sobie utorować drogę, aby konieczne potrzeby zaspokoić.

c) Zgaśnięcie władzy rodzicielskiej.

Wedle prawa niemieckiego władza ojcowska gaśnie wogóle:

a) przez śmierć dziecka (§ 1683),

b) przez dojście do pełnoletności (§ 1626) lub przez uznanie dziecka za pełnoletnie (Volljährigkeitserklärung, § 3 nast. k. c. n.).

c) jeżeli oboje rodzice umarli lub zostali uznani za zmarłych (p. jednak § 1679 ust. 2) lub oboje utracili (verwirkt haben) władzę ojcowską (§ 1680),

d) jeżeli matka, która miała władzę rodzicielską, weszła powtórnie w związki małżeńskie, § 1697, p. jednak § 1684 ust. 2. 1679 ust. 2.

W następujących przypadkach władza ojcowska nie gaśnie wogóle, ale tylko w osobie dotychczasowego podmiotu:

e) przez śmierć ojca lub uznanie go za zmarłego (§ 1684 l. 1), w którym to przypadku władza rodzicielska przechodzi na matkę;

f) przez utratę (Verwirkung) władzy rodzicielskiej przez ojca, jeżeli małżeństwo jest rozwiązane (§ 1684 l. 2); wówczas władza rodzicielska przechodzi również na matkę;

g) w razie adopcji, gdy władza rodzicielska przechodzi na adoptującego (§ 1765, § 1757);

h) jeżeli ojciec stracił (verwirkt hat) władzę, ale małżeństwo nie jest rozwiązane, wówczas § 1684 l. 2 nie ma zastosowania, to j. władza nie przechodzi na matkę, ale ustanawia się opiekę § 1773.

W prawie austriackiem sprawa przedstawia się o tyle inaczej, że, jak wiemy, matka nie ma władzy rodzicielskiej

w razie śmierci ojca, lecz, że w tym przypadku ustanawia się opiekuna. W prawie austr. przeto władza rodzicielska gaśnie wogóle w przypadkach pod a) i b) wymienionych, przypadek pod c) należy ograniczyć tylko do ojca, a przypadek pod d) nie ma w pr. austr. zastosowania. Z tych samych powodów nie ma zastosowania w pr. austr. przypadek pod e) f), a mają zastosowanie przypadki pod g) i h).

Co do prawa austriackiego, to zwrócić należy uwagę, że zna ono instytucję przedłużenia władzy ojcowskiej, p. §§ 172 i 173 k. c. a.

K. c. a. omawia w § 175 stosunki w razie wejścia w związku małżeńskie małoletniej córki. Córka nie staje się przez małżeństwo pełnoletnią, jakkolwiek pozornie władza rodzicielska co do osoby córki gaśnie, bo się przemienia (nie przechodzi) we władzę męża nad żoną, a władza co do majątku córki przechodzi tę metamorfozę, że zarząd ten majątku wykonywa dalej ojciec nie jako ojciec, ale jako kurator. W prawie niem. reguluje tę kwestję § 1633 k. c. n. Wspólnem obu kodeksom jest to, że zameżcie nie czyni córki pełnoletnią. Wspólnem jest także to, że piecza ojca o majątek córki nie ustaje, a tylko k. c. n. nie każe ojcu zmieniać się w kuratora. Co się tyczy pieczy o osobę córki, to przedewszystkiem jest jasnem, że prawa rodziców z §§ 1631 i 1632 k. c. n. odpadają, ale nie przechodzą także na męża. Stosunek osobisty małżonków do siebie reguluje się wedle przepisu o tym stosunku, a to samo należy powiedzieć o k. c. a., jakkolwiek § 175 niefortunnie mówi, że władza rodzicielska przechodzi na męża. Jednak mimo nie dającego się osłabić powyższego stanu rzeczy, przecież § 1633 przyznaje władzy rodzicielskiej pieczę o osobę córki w pewnym zakresie. Należą tutaj takie np. sprawy, jak uznanie za pełnoletnią, wniosek o ubezwłasnowolnienie, które czyni podmiot władzy rodzicielskiej, a nie mąż.

Dla prawa austriackiego nie jest żadnym pozytywnym przepisem uzasadnione pozostawienie ojcu nawet takiego zakresu działania.

O utracie (Verwirkung) władzy rodzicielskiej mówi § 177 k. c. a. i § 1680 k. c. n. Inne są założenia w jednym, a drugim kodeksie, inne też są ich następstwa. Wedle k. c. a. założeniem utraty jest zaniedbywanie przez ojca utrzymania i wychowania dziecka, natomiast wedle k. c. n. popełnione na dziecku przestępstwo. Jednakże przestępstwo na dziecku może pociągnąć utratę władzy rodzicielskiej także i wedle prawa austriackiego, a mianowicie na podstawie §§ 414 i 415 k. k. Nadto § 178 k. c. a. może, jak wspominaliśmy, doprowadzić także do utraty władzy rodzicielskiej, a założenia tego paragrafu są bardzo szerokie. Następstwa utraty są wedle k. c. n. zależne od tego, czy małżeństwo zostało rozwiązane, czy nie. W pierwszym przypadku następuje dewolucja władzy rodzicielskiej na matkę, w drugim

ustanawia się opiekuna. Wedle k. c. a. w obydwóch przypadkach następuje opieka.

Czy można się rzec władzy rodzicielskiej? Sądzę, że tak dla prawa austr. jak i dla pr. niem. właściwą jest odpowiedź przecząca. Gdy jednak kompetencja sądów opiekuńczych jest wedle obydwóch kodeksów znaczna i swobodzie ich w wydawaniu zarządzeń szerokie zostawionem jest pole, sądzę, że mogą zająć przypadki, które materialnie będą zrzeczeniami. Formalnie jednak zgaśnięcie władzy rodzicielskiej będzie w takich przypadkach polegać na zarządzeniu sądu opiekuńczego, podyktowanem przez dobro, przez interes dziecka.

Wedle k. c. Kr. p. gaśnie władza rodzicielska w przypadkach wyżej pod a) i b) przywiedzionych, jednakże instytucję uznania za pełnoletniego zastępuje w b. Kr. p. instytucja usamowolnienia (emancypacji), której poświęcamy niżej osobny ustęp. Przypadek c) nie mógł mieć zastosowania w prawie austr., bo wedle niego nie istnieje władza rodzicielska matki, jak to ma miejsce w prawie niemieckiem, wedle którego w przypadkach § 1684 następuje dewolucja władzy rodzicielskiej na matkę. Inaczej jest wedle k. c. Kr. p. Tutaj władza rodzicielska służy obojgu rodzicom (art. 336), a nadto w przeciwstawieniu do K. N. sprawują ją w ciągu pożycia małżeńskiego także oboje rodzice (art. 337). Z drugiej strony art. 349 postanawia, że w razie rozwiązania małżeństwa przez śmierć jednego z małżonków opieka nad dziećmi należy ipso iure do pozostałego małżonka. Następuje więc wówczas stan, w którym pozostali przy życiu małżonkowie są i podmiotem władzy rodzicielskiej i opiekunem. Przypadek wyżej pod c) przywiedziony ma skutek tego zastosowanie w b. Kr. p., to jest władza rodzicielska gaśnie dopiero w razie śmierci obojga małżonków.

Co do wypadku przewidzianego wyżej pod d), to powtarzające się związki małżeńskie matki powodują zgaśnięcie opieki (chyba że rada familijna uchwali pozostawić ją matce, art. 361, 362), ale wedle art. 363 nie powodują zgaśnięcia władzy rodzicielskiej, jeżeli ona służyła matce. W takim przypadku możliwym jest przeto konflikt między władzą rodzicielską a opieką, o czem mówiliśmy już wyżej¹⁾. Przypadek wyżej pod e) i f) przywie-

¹⁾ Powołane wyżej trzy artykuły opiewają:

Art. 361. Jeżeli matka opiekunka chce iść za mąż, powinna przed zawarciem ślubów małżeńskich żądać zwołania rady familijnej, która postanowi, czyli opieka przy niej ma pozostać.

Gdyby tego zaniedbała, utraci opiekę samem przez się prawem a nowy jej mąż solidarnie będzie odpowiedzialnym za wszelkie wypadki z opieki, którą żona nieprawnie zachowała.

Art. 362. Gdy zwołana rada familijna utrzyma matkę przy opiece lub do niej przywróci, winna jej dodać koniecznie nowego męża za współopiekuna, który ze sprawowania opieki od czasu zawartego małżeństwa stanie się z żoną swą solidarnie odpowiedzialnym.

dziony rozstrzygnęliśmy dopiero co, mówiąc o przypadku pod c) K. c. Kr. p. jest tutaj zgodny z k. c. n., bo wedle obydwóch władza rodzicielska służy matce, a tylko w pr. niem. przechodzi na matkę w drodze dewolucji, a w pr. pol. pozostaje, jak była, przy matce. Oprócz tego wedle k. c. Kr. p. matka staje się także opiekunką. O przypadku pod g) mówić będziemy w ustępie o adopcji. Wreszcie przypadek h) urządzony jest w k. Kr. p.; stosownie do omówionych już premis, inaczej, jak w pr. niem, bo wprawdzie następuje wówczas opieka, ale opiekunką jest matka, przy której pozostaje równocześnie władza rodzicielska (art. 348 k. c. Kr. p.¹⁾).

G) Usamowolnienie (emancypacja) i uznanie za pełnoletniego.

Mówiliśmy wyżej, że wedle k. c. n. i k. c. a. gaśnie władza rodzicielska w razie uznania dziecka za pełnoletnie (Volljährigkeitserklärung). Miejsce tej instytucji zajęła w k. c. Kr. p. instytucja usamowolnienia (emancypacji), przyjęta tam z K. N. Należy ją poznać i wykazać różnice między nią a uznaniem za pełnoletniego.

Zacytujemy naprzód przepisy odnoszące się do usamowolnienia w b. Królestwie polskiem. Opiewają one:

Art. 467. Małoletni jest usamowolnionym z prawa przez małżeństwo, wyjąwszy przypadek w art. 254 przewidziany.

Art. 468. Małoletni będący małżonkiem, może po dości lat piętnastu, byc usamowolnionym przez ojca, albo gdyby ten nie żył lub władzy rodzicielskiej nie sprawował, przez matkę władzę takową sprawującą.

Takowe usamowolnienie nastąpi przez oświadczenie ojca lub matki przed sądem a jeżeli małoletni należy do wymienionych w art. 374, przed prezydentem, burmistrzem lub wójtem, miejsca zamieszkania małoletniego.

Usamowolnienie przez matkę nie sprawującą opieki wtedy tylko ważnem będzie, gdy przez radę familijną potwierdzonem zostanie.

Art. 469. Gdyby ojciec nie żył, lub władzy rodzicielskiej nie sprawował, a matka również nie żyła, albo władzy rodzicielskiej nie sprawowała, małoletni może także, lecz dopiero po skończonych latach ośmnastu być usamowolnionym, jeżeli rada familijna usposobionym go w tej mierze uzna.

W takowym przypadku usamowolnienie nastąpi z mocy

Art. 363. Komukolwiek opieka nad dziećmi będzie poruczoną, ojciec lub matka od opieki wyłączeni, również i matka od opieki wymawiająca się, nie tracą prawa wglądania w utrzymywanie i wychowanie swych dzieci.

¹⁾ Art. 348. W czasie trwającego małżeństwa, gdy ojciec jest bezwładnym, za znikłego uznanym, albo w używaniu praw cywilnych zawieszonym, opieka nad małoletnimi, a nieusamowolnionymi dziećmi, należy samem przez się prawem do matki.

uchwały, która je postanowi i przez oświadczenie sędziego, prezydenta, burmistrza lub wójta, w radzie familijnej przydującego, w tymże samym akcie uczynione, że małoletni jest usamowolnionym.

Art. 470. Gdyby opiekun, zaniedbywał z swej strony postarać się o usamowolnienie małoletniego, o którym w artykule poprzedzającym jest mowa, natenczas opiekun przydany, albo który z krewnych lub powinowatych małoletniego, aż do czwartego stopnia włącznie, jeżeli go sądzą być usposobionym do usamowolnienia, mogą domagać się zwołania rady familijnej, celem postanowienia w tej mierze. Sąd, prezydent, burmistrz lub wójt, do którego z nich zwołanie rady należy, zwołania tego odmówić nie może.

Art. 471. Każdy usamowolniony będzie miał kuratora. Ojciec i matka, opiekę bez doradcy lub doradców przez ojca mianowanych, sprawująca, są z prawa kuratorami.

Jednak, gdy matka będąc kuratorką ma iść za mąż, natenczas przepisy art. 361 i 362 względem opieki zastosowane będą i do kurateli.

Gdyby ojciec i matka nie żyli, albo kurateli sprawować nie mogli, lub też jej przyjąć nie chcieli, w takim razie mianowany będzie kurator przez radę familijną.

Zresztą przepisy oddziału 6 działu II o przyczynach uwalniających od opieki, i oddziału 7 tegoż działu o niezdolności, o wyłączeniach i złożeniu z opieki, zastosowane będą i do kuratorów.

Art. 472. Małoletniemu usamowolnionemu złożony będzie, przy asystencji kuratora, rachunek z opieki, a to stosownie do przepisów oddziału 9 działu II, i zdana będzie sprawa strony ojca podług przepisu art. 341.

Jeżeli składający rachunek jest kuratorem usamowolnionego, rada familijna przyda usamowolnionemu kuratora szczególnego do odebrania rachunku.

Art. 473. Małoletni usamowolniony mocen jest wypuszczać dobra swe nieruchomości w dzierżawę lub najem, lecz nie na dłużej, jak na lat trzy; również mocen jest pobierać swe dochody i z takowych kwitować, niemniej przedsiębiorć wszelkie czynności, do prostego tylko zarządzenia ściągające się.

Względem takowych czynności nie będzie mu służyło prawo żądania przywrócenia do pierwszego stanu w tych wszystkich przypadkach, w którychby to przywrócenie pełnoletniemu nie służyło.

Art. 474. Nie może przedsiębiorć ani sprawy; tyżającej się własności dóbr nieruchomości, albo kapitałów lub praw hipotekowanych; nie może podnosić żadnego kapitału z niego kwitować bez asystencji swego kuratora, który w ostatnim przypadku czuwać będzie nad korzystnem podniesionego kapitału użyciem.

Art. 475. Małoletni usamowolniony nie może, pod żadnym pozorem zaciągać pożyczki bez uchwały rady familijnej, potwierdzonej przez sąd po wysłuchaniu wniosków prokuratora królewskiego.

Art. 476. Również bez zachowania form dla małoletniego nieusamowolnionego przepisanych, nie może sprzedawać lub zbywać dóbr swoich nieruchomości, ani żadnych innych przedsiębrać czynności, wyjąwszy tych, które do prostego tylko zarządzania należą. Zobowiązania, któreby przez kupno lub innym sposobem zaciągnął, mogą być przez sąd miarkowane, gdy się zbyt obciążającymi okażą. W takowym razie sąd na względzie mieć będzie majątek małoletniego, dobrą lub złą wiarę osób, które z nim w umowę wchodziły, użyteczność lub nieużyteczność wydatków.

Art. 477. Małoletni usamowolniony, wyjąwszy usamowolnionego przez małżeństwo, któregoby zobowiązania stosownie do przepisu artykułu poprzedzającego przez sąd umiarkowane być musiały, może być pozbawionym dobrodziejstwa usamowolnienia, które to pozbawienie z zachowaniem tychże samych formalności, jakie do udzieleniasą przepisane, następować powinno.

Art. 478. Od dnia, w którym usamowolnienie jest odwołane, wraca się małoletni pod władzę rodzicielską, albo pod opiekę, która, jeżeli ma miejsce, powinna być podług przepisów prawa na nowo urządzoną. Takowy małoletni nie może być przez rodziców lub opiekę powtórnie usamowolnionym.

Art. 479. Małoletni usamowolniony, do czynności handlowych upoważniony, uważa się za pełnoletniego co do wszelkich działań tyjących się tychże interesów handlowych.

Art. 480. Małoletni usamowolniony mocen jest sam upoważnić żonę swoją do czynności takich, jakie co do własnego swego majątku bez asystencji kuratora przedsiębrać jest mocen; do innych zaś czynności żona powinna pozyskać upoważnienie od sądu.

Jeżeli mąż małoletni dla braku zezwolenia rodziców na małżeństwo nie jest usamowolnionym, żona potrzebuje upoważnienia w tych wszystkich przypadkach, w których upoważnienie męża jest dla niej przepisane.

Kodeks niemiecki mówi o uznaniu za pełnoletniego (Volljährigkeitserklärung) w §§ 3 do 5 i w artykule 153 i 154 ustawy o zaprowadzeniu kodeksu cywilnego niemieckiego.

Przepisy te opiewają:

§ 3. małoletni, który ukończył 18-ty rok życia, może być uznany za pełnoletniego przez uchwałę sądu opiekuńczego. Przez uznanie za pełnoletniego zyskuje małoletni prawne stanowisko pełnoletniego.

§ 4. Uznanie za pełnoletniego wtedy tylko jest dozwolone, jeżeli małoletni udzieli na nie swego zezwolenia.

Jeżeli małoletni znajduje się pod władzą rodzicielską, to

potrzebnem jest także zezwolenie tego, komu ta władza służy, chyba, że nie służy mu ani piecza o osobę, ani piecza o majątek dziecka. Dla małoletniej wdowy nie jest potrzebnem zezwolenie tego, komu służy nad nią władza rodzicielska.

§ 5. Uznanie za pełnoletniego powinno wtedy tylko nastąpić, jeżeli dobro małoletniego zyskuje przez to.

Artykuł 153. u. o zapr. Kto w czasie wejścia w życie kodeksu cywilnego nie ukończył jeszcze dwudziestego pierwszego roku życia, ale został uznany za pełnoletniego lub w inny sposób uzyskał prawne stanowisko pełnoletniego, ten od tego czasu stoi na równi z pełnoletnim.

Art. 154. u. o zapr. Kto został wedle francuskich lub badeńskich ustaw emancypowany, lub z władzy rodzicielskiej zwolniony, ten stoi od dnia wejścia w życie kodeksu cywilnego na równi z pełnoletnim, jeżeli w tym czasie ukończył osiemnasty rok życia. Jeżeli nie ukończył osiemnastego roku życia, stoi na równi z małoletnim.

W prawie austriackiem o uznaniu za pełnoletniego mówi zacytowany wyżej na str. 42 § 174 k. c. a., a odnosi się także do tej materji polska ustawa z d. 21 października r. 1919 poz. 472 d. u. R. P. nr. 87 o wieku pełnoletności w b. zaborze austriackim. Ustawa ta opiewa:

Art. 1. Pełnoletność osiąga się z ukończeniem dwudziestego pierwszego roku życia. Małoletni może być uznany za pełnoletniego po ukończeniu osiemnastego roku życia.

Art. 2. Stosownie do tego ulegają zmianie następujące postanowienia powszechnej ustawy cywilnej:

1. W § 21 słowa „dwudziestego czwartego” będą zastąpione słowami „dwudziestego pierwszego”.

2. § 174 będzie opiewał: „Dzieci, które ukończyły osiemnasty rok życia, mogą przed ukończeniem dwudziestego pierwszego roku wyjść z pod władzy ojcowskiej, jeżeli je ojciec zgodnie z ich wolą, za zezwoleniem sądu wyraźnie uzna za pełnoletnie”.

3. W § 247 słowo „dwudziesty” będzie zastąpione słowem „osiemnasty”, a w § 248 „dwudziestego” — słowem „osiemnastego”.

4. § 252 będzie opiewał: Małoletniemu, który ukończył osiemnasty rok, może sąd opiekuńczy po zasięgnięciu zdania opiekuna, a jeżeli możliwe także najbliższych krewnych, z jego przyzwoleniem opuścić brakujące lata i uznać go za pełnoletniego”.

5. W § 275 słowa: „dwudziestego piątego” będą zastąpione słowami: „dwudziestego drugiego”.

Art. 3. W § 266 patentu z 9 sierpnia 1854, *Dzien. Pr.* p. Nr. 208, będą skreślone słowa: „wtedy, gdy do tego w myśl § 174 p. u. c. potrzebne jest przyzwolenie sądu”.

Art. 4. Osoby, które przed dniem wejścia w życie tej ustawy ukończyły dwudziesty pierwszy rok życia, a według obowiązujących dotychczas przepisów nie były jeszcze pełnoletnie, względnie upełnoletnione, uzyskują pełnoletność z dniem wejścia w życie niniejszej ustawy.

Art. 5. Jeżeli w akcie prawnym, zdziałanym, przed czasem wejścia w życie niniejszej ustawy, nabycie, przeniesienie, ograniczenie lub utratę pewnego prawa albo wykonanie zobowiązania uzależniono od osiągnięcia pełnoletności fizycznej, natenczas do ziszczenia takiego warunku, czy czasokresu wymagane będzie nadal ukończenie dwudziestego czwartego roku życia.

Art. 6. Wydanie złożonego we wspólnej kasie sieroczej majątku osobom, które osiągną pełnoletność od czasu wejścia w życie tej ustawy aż do dnia 31 marca 1921 roku, może być odroczone aż do tegoż dnia, osobom zaś, które w tym czasie ukończą dwudziesty czwarty rok życia, aż do dnia, w którym ten wiek osiągną.

Art. 7. Ustawa niniejsza wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 1920 r. i obowiązuje na obszarze b. zaboru austriackiego.

Art. 8. Wykonanie tej ustawy porucza się Ministrowi Sprawiedliwości.

Kodeks niemiecki i austriacki przyjęły instytucję uznania za pełnoletniego (Volljährigkeitserklärung), natomiast k. c. Kr. p. przyjął, za kodeksem Napoleona, instytucję emancypacji (usamowolnienia). Różnica między nimi jest ta, że przez uznanie za pełnoletniego małoletni staje się równym pełnoletniemu, gdy tymczasem emancypacja wywołuje tylko stan pośredni między małoletnością a pełnoletnością, to jest daje małoletniemu tylko ograniczoną zdolność.

Między kodeksem niemieckim a austriackim są w sprawie uznania za pełnoletniego następujące różnice:

Kodeks niemiecki:

1. K. n. zna tylko jeden sposób uzyskania pełnoletności przed skończonym 21 rokiem życia. Założeniami tego sposobu są:

α) ukończony 18 rok życia,

β) zgoda małoletniego i zasadniczo zgoda mającego władzę rodzicielską,

γ) uchwała właściwej władzy,

δ) wniosek o uznanie ze strony uprawnionego do jego postawienia,

ε) interes małoletniego.

Kodeks austriacki:

1. K. c. a. zna trzy sposoby uzyskania pełnoletności przed ukończonym 21 rokiem życia (w b. Galicji).

a) Pierwszy sposób różni się od niemieckiego:

α) § 174 k. c. a. nie przepisuje wieku, ale u. pol. przep. (18 r. ż.).

β) k. c. a. nie wymaga, jako konieczności, zgody, bo uznanie może nastąpić z inicjatywy sądu,

γ) uchwała sądu opiekuńczego jest przy tym sposobie uznania konieczną,

δ) uznanie może nastąpić bez wniosku.

ε) korzyść małoletniego jest motywem uznania, jak w pr. niemieckiem.

b) Drugi sposób zawarty jest w § 252 k. c. a., rozszerzonym przez r. m. s. z d. 19 marca 1860 l. 2712; zezwolenie na prowadzenie przemysłu (jakiegokolwiek rodzaju), udzielone przez ojca i sąd, mieści w sobie uznanie za pełnoletniego. Wiek nie jest wymagany.

2. Wyjście córki za mąż nie daje pełnoletności.

3. Wymagany jest wniosek małoletniego lub jego zastępcy ustawowego.

4. Skutki uznania za pełnoletniego równają małoletniego z pełnoletnim, chyba, że pozytywny przepis postanawia wyraźnie inaczej.

c) Dorozumianem także uznaniem za pełnoletniego jest zezwolenie ojca [zezwoleń sędu niepotrzeba, a więc inaczej jak pod a) i b)], udzielone synowi na prowadzenie własnego gospodarstwa (tylko synowi, nie córce). Wymagany jest wiek 20 lat, a więc inaczej, jak pod a) i b).

2. Tak samo jest w prawie austriackim.

3. Wedle pr. austr. sąd może bez wniosku uznać małoletniego za pełnoletniego. Wedle np. orz. G. U. W. 5965 sąd może udzielić veniam aetatis mimo protestu ojca.

4. Skutki są takie same, jak w prawie niemieckim.

Zupełnie inaczej wygląda usamowolnienie (emancypacja) wedle prawa polskiego i francuskiego. Forma i przyjsie do skutku emancypacji mogą być podobne, ale skutki są zupełnie inne.

1. Forma i założenia.

a) Usamowolnienie może być wyraźne na wniosek ojca względnie matki, a w razie śmierci obojga lub w razie utraty przez oboje władzy rodzicielskiej na wniosek rady rodzinnej.

b) Milcząco następuje emancypacja przez małżeństwo, a więc zupełnie inaczej, jak w prawie niemieckim i austriackim.

Miedzy pierwszym a drugim sposobem są następujące różnice:

α) Do sposobu pod a) potrzeba lat 15, do sposobu pod β) wiek nie jest przepisany.

β) W przypadku pod b) emancypacja następuje ipso iure, choćby rodzice nie chcieli, aby nastąpiła.

γ) W przypadku pod b) emancypacja jest nieodwołalna i trwa, chociaż małżeństwo zostało rozwiązane. W przypadku pod a) usamowolnienie może być wedle art. 477 i 478 k. c. Kr. p. odwołane.

2. Skutki emancypacji.

Pod względem osobowym emancypowany zyskuje zupełną swobodę, chyba, że ustawy wyraźnie zastrzegają wyjątek.

Co do zarządu majątkiem, to emancypowany może przedsiębrać tylko te czynności, które wymienione są w art. 473 i 479 k. c. Kr. p., do wszystkich innych zaś potrzebuje asystencji kuratora względnie uchwały rady familijnej (art. 476 do 477 k. c. Kr. p.).

W art. 473 wymagają wyjaśnienia słowa „wszelkie czynności, do prostego tylko zarządzania ściągające się (actes de pure administration)“. Dwa rodzaje takich czynności wymienia sam art. 473 to j. wypuszczenie w najem i dzierżawę na lat trzy (wedle K. N. na lat 9) i pobieranie swych dochodów. Oprócz tego należą tutaj takie akty, jak kontrakty o reparację, kontrakty ze służbą, kupno wszelkich przedmiotów do prowadzenia gospodarstwa, sprzedaż wynikająca również z tego, że emancypowany prowadzi swe gospodarstwo etc.

3. Kurator emancypowanego.

Emancypowany otrzymuje kuratora, którego zadaniem jednak jest tylko asystencja t. j. pomoc, czuwanie i t. p. Wskutek tego kurator jest odpowiedzialnym tylko za dolus i culpa lata. W jednym tylko przypadku zadanie kuratora jest szersze, a mianowicie w przypadku określonym w ostatnim zdaniu art. 374, a mianowicie, w razie podniesienia kapitału kurator ma czuwać nad korzystnem jego użyciem.

H) Władza rodzicielska matki.

Wiemy już, że wedle prawa austriackiego w razie śmierci ojca ustanawia się dla dzieci opiekę. Wiemy już także, że inaczej jest w prawie niemieckiem i polskiem. Wedle pr. niem. (§ 1684 k. c. n.) następuje dewolucja władzy rodzicielskiej na matkę, gdy ojciec umarł, został uznany za zmarłego albo utracił (verwirkt hat) władzę przy równoczesnem rozwiązaniu małżeństwa. Wedle k. c. Kr. p. stosunki przedstawiają się w ten sposób, że matka występuje również w pewnych przypadkach, jako podmiot władzy rodzicielskiej. Tak w prawie niemieckiem, jak polskiem, stanowisko matki w tych przypadkach unormowane jest w pewien odrębny sposób. Tym właściwościom pragniemy obecnie poświęcić kilka uwag.

1. Przepisy obowiązujące.

Przepisy k. c. n. podane są na str. 58 nast. §§ 1684 do 1698.

Odnosne przepisy **k. c. Kr. pol.** opiewają:

Art. 348 został podany na str. 127.

Art. 349. Po rozwiązaniu małżeństwa przez śmierć jednego z małżonków, opieka nad dziećmi małoletniami, a nie usamowolnionemi, należy samem przez się prawem do pozostałego przy życiu ojca lub matki.

Art. 350. Może jednak ojciec pozostały przy życiu matce i opiekunce wyznaczyć jednego lub więcej doradców, którego lub których matka w czynnościach opieki radzić się powinna. Jeżeli ojciec wyszczególnia czyny, do których doradcę lub do-

radców przemasza, opiekunka będzie mocną inne przedsiębrać, nie zasięgając ich zdania.

Art. 341. Takowe doradcy lub doradców mianowanie nie będzie mogło nastąpić, jak tylko:

1-mo przez akt ostatniej woli, albo

2-do przez akt przed którymkolwiek sądem lub urzędem w przytomności dwóch świadków zeznany.

Art. 352. Jeżeli w czasie śmierci męża żona jest brzemienną, mianowany będzie przez radę familijną kurator z powodu ciąży.

Gdy żona czując się brzemienną, zaniedbała żądać zwołania w powyższym celu rady familijnej, będzie mogła być usuniętą od opieki nad dziećmi, gdy się toż urodzi.

Art. 353. Kurator winien czuwać nad utrzymaniem w całości spadku lub takiej części, jakaby na oczekiwane dziecko przypadła. Z urodzeniem dziecka, matka staje się opiekunką, a kurator będzie z prawa opiekunem jego przydanym.

Art. 354. W przypadku rozwiązania małżeństwa przez rozwód, albo rozłączenia małżonków co do stołu i łoża na czas nieograniczony, ojciec, gdy jest stroną niewinną, staje się samem przez się prawem opiekunem dzieci małoletnich, a nieusamowolnionych bez różnicy czyli matka również jest niewinną czyli też winną. Gdy ojciec uznany jest za stronę winną, a matka za niewinną, matka samem przez się prawem staje się opiekunką. Gdy oboje małżonkowie są winnymi, rada familijna względem opieki nad małoletnimi dziećmi postanowi.

Art. 355. Gdy ojciec po rozwodzie albo rozłączeniu na czas nieograniczony opiekę mający, umiera albo opiekunem być nie może, matka, jeżeli była stroną niewinną, staje się samem przez się prawem opiekunką, w przeciwnym zaś razie opieka z prawa do niej nie należy.

Art. 356. Jeżeli małżeństwo za nieważne uznane zostało, opieka nad małoletnimi, a nieusamowolnionymi dziećmi należy z prawa do tego z rodziców, które w dobrej wierze małżeństwo zawarło, a jeżeli oboje w dobrej wierze byli, do ojca; po śmierci zaś jego, albo gdyby opiekunem być nie mógł, do matki. Jeżeli zaś oboje byli w złej wierze, opieka z prawa do żadnego z nich nie należy.

Art. 357. Jeżeli w chwili wyrzeczonego rozwodu, albo rozłączenia na czas nieograniczony, albo uznania małżeństwa za nieważne, żona jest brzemienną, a mąż przed jej rozwiązaniem umiera, mianowany będzie przez radę familijną kurator z powodu ciąży. Żona pod rygorem art. 352, obowiązana żądać zwołania rady familijnej w celu mianowania kuratora, a z urodzeniem dziecka matka staje się samem przez się prawem opiekunką, jeżeli podług art. 355 i 356 opieka do niej należy.

Art. 358. Matka, w którymkolwiek przypadku do opieki nad małoletnimi dziećmi w małżeństwie spłodzonymi powołana, może się od przyjęcia jej wymówić, jednak powinna dopóty

pełnić obowiązki opieki, dopóki takowej inny opiekun nie obejmie.

Art. 359. Nad dziećmi przez postanowienie królewskie uprawnionemi należy opieka do ojca, który takowego uprawnienia domagał się, a jeżeli oboje rodzice tegoż uprawnienia żądali, także do ojca, a po śmierci jego, albo gdyby opiekunem być nie mógł, do matki.

Art. 360. Ojciec opiekę sprawujący może matce, do której po śmierci jego też opieka należy, mianować doradcę albo doradców do czynności opiekuńczych, tak jak to ojcu, w małżeństwie żyjącemu w art. 350 i 351 jest dozwolone.

Art. 361, 362 i 363 zostały podane na str. 126 i 127.

2. Właściwości władzy rodzicielskiej matki.

Z powyższego stanu ustawodawstwa wynika, że k. c. n. zawiera odrębne przepisy o władzy rodzicielskiej, gdy ona służy matce, a k. c. Kr. p. zawiera odrębne przepisy o opiece, gdy opiekunką jest matka, bądź wtedy, gdy władza ojcowska spoczywa, bądź wtedy, gdy matka jest opiekunką wskutek śmierci ojca. Ta wspólność przyczyny, wywołującej w prawie niemieckiem dewolucję władzy rodzicielskiej na matkę, a w prawie polskiem specjalny rodzaj opieki matki, nakazuje te przepisy porównać.

Z zacytowanych wyżej przepisów kodeksu c. Kr. pol. obchodzą nas na razie tylko art. 348 do 351, 358 i 363. O artykułach 352 i 353 mówić będziemy w części ogólnej, o artykułach 354 do 357 w rozdziale dziesiątym tego tomu, o artykułach 358 i 359 w ustępie IV niniejszego rozdziału, o artykułach zaś 361 do 373 mówiliśmy już wyżej w ustępie o zgaśnięciu władzy rodzicielskiej.

Wspólnem kodeksowi niemieckiemu i kodeksowi Kr. pol. jest to, że matka otrzymuje doradcę (Beistand). Różnią się jednak te kodeksy tak co do sposobu powołania tych doradców, jak i co do zakresu ich działania.

Wedle k. c. Kr. p. doradcę (jednego lub kilku) powołać może tylko ojciec (art. 350) w sposób określony w art. 351. natomiast wedle k. c. n. (§ 1687) ustanowić może doradcę ojciec, sąd opiekuńczy lub zażądać może jego ustanowienia sama matka.

Zakres działania doradcy jest w k. c. n. (§§ 1688 do 1695) dokładnie określony i przekracza o wiele udzielanie matce rad, gdy tymczasem wedle k. c. Kr. p. (art. 350) zakres działania doradcy wyczerpywa się w udzielaniu matce „rad“. Jednakże nie należy tego postanowienia brać dosłownie. Instytucja doradców w k. c. Kr. p. została przyjętą z K. N., który w art. 391 mówi, że bez zdania doradcy matka nie może „faire aucun acte relatif à la tutelle“. Idzie tu więc o coś daleko ważniejszego, niż rada, idzie wprost o autoryzację, bez której akt jest nieważny. Wynika to zresztą także z drugiego zdania art. 350 k. c. Kr. p. Wedle niego ojciec może ograniczyć doradcę do

pewnych tylko czynności (to samo możliwe jest i w prawie niemieckim), a wówczas w innych czynnościach matka może działać bez doradcy. A więc a contrario tam, gdzie doradca funguje, matka nie jest mocna przedsiębrać czynności.

Obecnie po wyczerpaniu całego materiału uczynimy jeszcze dwa zestawienia.

Wedle k. c. Kr. p. władzę rodzicielską mają oboje rodzice i rzekomo oboje ją sprawują. Widzieliśmy jednak, że w czasie trwania małżeństwa, mimo tej „zasady“, udział matki w tej władzy z trudnością da się wysledzić. Z tych powodów zajmowaliśmy się tylko pytaniem, co się dzieje, gdy ojciec umrze, jakkolwiek wedle art. 349 k. c. Kr. p. także i w razie śmierci matki ojciec staje się opiekunem, a więc łączy dwa charaktery: posiadającego władzę rodzicielską i opiekuna. Nie trudno ocenić, że stanowisko ojca, który już przed śmiercią matki miał zarząd i użytkowanie, różni się od stanowiska matki, która wchodzi w to stanowisko dopiero po śmierci ojca. O ile zaś idzie o stanowisko ojca, jako opiekuna (po śmierci matki), to różni się ono od stanowiska matki, jako opiekunki (po śmierci ojca), w następujących trzech punktach:

a) Matka może się wymówić od opieki bez motywów (art. 358), ojcu zaś nie jest to dozwolonem.

b) Matce może ojciec wyznaczyć doradcę (art. 350), matka zaś nie może tego zrobić wobec ojca.

c) W razie powtórnych związków matka traci opiekę w przypadkach omówionych w art. 361. Do ojca się to nie odnosi.

Drugie zestawienie dotyczy stanowiska matki.

1. W czasie trwania małżeństwa, obok ojca, to jest gdy władza rodzicielska służy ojcu, matka ma wedle § 1634 k. c. n. tylko prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka. Tak samo jest wedle prawa austriackiego, w którym § 141 k. c. a. postanawia, że głównie matka jest obowiązana wziąć na siebie starania o ciało i zdrowie dziecka. Tak samo jest w pr. pol., a wynika to z art. 363 k. c. Kr. p.

2. W czasie trwania małżeństwa, gdy ojciec ma faktyczne przeszkody (przez chorobę, areszt, nieobecność) w wypełnianiu władzy rodzicielskiej, lub gdy jego władza spoczywa, zakres działania matki jest wedle § 1685 k. c. n. większy, niż w pierwszym przypadku, bo wówczas matka wykonywa całą władzę rodzicielską z wyjątkiem użytkowania. Matka wykonywa tę władzę faktycznie, bo posiadaczem władzy pozostaje ojciec, ale wykonywa ją z mocy swego prawa, a nie w zastępstwie ojca. W prawie austriackim ustanawia się wedle § 176 k. c. a. w razie spoczywania władzy ojcowskiej opiekuna. W prawie polskim w powyższych przypadkach ma zastosowanie art. 68 i 348 k. c. Kr. p.; określone w nich stanowisko matki było już przedmiotem naszych uwag.

3. Pełnia władzy rodzicielskiej służy matce bezwarunkowo tylko wówczas, gdy małżeństwo jest rozwiązane przez śmierć. Jeżeli natomiast małżeństwo jest rozwiązane w inny sposób, to tylko wówczas, jeżeli ojciec utracił (hat verwirkt) władzę rodzicielską lub gdy władza jego spoczywa, a niema widoków, że powód spoczywania ustąpi (§ 1684 i drugi ustęp § 1685 k. c. n.). W wszystkich tych przypadkach ustanawia się wedle prawa austriackiego opiekuna, z tą różnicą, że w razie utraty władzy ojcowskiej przez ojca ustanawia się opiekuna bez względu na to, czy małżeństwo jest rozwiązane, czy nie (§ 177 i 178 k. c. a.). Wedle k. c. Kr. p. natomiast rzecz się ma tak, jak wedle k. c. n. z tą jednak różnicą, że matka ma podwójny charakter, o czym już mówiliśmy, że kwestja pozbawienia ojca władzy i jego skutki tylko w drodze interpretacji może być rozstrzygniętą i że w razie spoczywania władzy ojca nie odgrywa roli szansa ustąpienia przyczyny spoczywania (artykuły 339 348 k. cyw. Król. pol. 419 n. k. k.).

4. W prawie niemieckiem w razie utraty władzy przez ojca (Verwirkung) nie przechodzi władza rodzicielska na matkę, jeżeli małżeństwo nie jest rozwiązane (§ 1684 l. 2. k. c. n.) Ustanawia się wówczas dla dziecka opiekuna. Tak samo ma się rzecz, to j. ustanawia się opiekuna dla dziecka, jeżeli władza ojca spoczywa, ale są widoki ustania przyczyn spoczywania, a małżeństwo jest rozwiązane (§ 1685 ust. 2. i § 1773 k. c. niem.). Wreszcie w przypadku odebrania ojcu zarządu i użytkowania majątku dziecka wedle § 1666 ustanawia się kuratora. We wszystkich tych trzech przypadkach służy jednak matce wedle § 1698 k. c. n. prawo do pieczy o osobę dziecka.

W pr. austr. i polskiem rzecz się ma, jak pod 3.

5. Jeżeli w prawie niemieckiem władza rodzicielska przeszła na matkę, ale co do matki zaszły przyczyny spoczywania jej władzy, to dla dziecka ustanawia się opiekuna, a matce zasadniczo nie służy wedle § 1698 k. c. n. piecza nad dzieckiem, bo ten paragraf mówi o ustanowieniu opiekuna tylko z przyczyn, które zaszły po stronie ojca, a nie matki. Wyjątek stanowi spoczywanie władzy matki z powodu jej małoletności, bo wówczas wedle § 1696 służy jej piecza nad osobą dziecka. W prawie austriackiem wypadek ten jest niemożliwy z powodu braku premisy, wedle pr. aust. bowiem władza rodzicielska nie przechodzi na matkę. Wedle k. c. Kr. p. artykuł 363 daje matce zawsze prawo wglądu w utrzymanie i wychowanie swych dzieci.

Na tak ograniczonym materiale, jaki badamy, możemy przecież postawić kilka twierdzeń, pozwalających nam skupić przedstawione szczegóły w pewien ogólny obraz.

Podnosiliśmy już kilkakrotnie, że rodzina się rozluźnia, a w miarę, jak ten proces postępuje, rośnie interwencja państwa w zadaniach, które dawniej spełniała rodzina. Możemy też

stwierdzić, że, im bardziej rodzina się zmniejsza, im bardziej ogranicza się do krewnych i to ostatecznie do rodziców i dzieci, tem bardziej maleje władza ojcowska. Bez silnej władzy ojcowskiej nie da się pomyśleć np. rodzina patryarchalna, obejmująca oprócz krewnych szereg osób złączonych z nią na podstawie innych kryteriów. Trzeciem stwierdzeniem jest to, że rodzina przestała być organizacją polityczno-realną, a staje się coraz bardziej organizacją psychologiczno-idealną.

Stwierdzenia te nie zadowolniały — oczywiście — naszego umysłu. Zadaje on sobie pytanie, jakie przyczyny wywołały ten stan i jaki będzie dalszy rozwój. Nie piszemy ani historii ani polityki i dlatego na te pytania nie damy na tem miejscu odpowiedzi. Pragniemy tylko zwrócić uwagę, że odpowiedź na te pytania — wedle naszego zdania — musi wejść w ogólny pogląd o stosunku tych elementów człowieka, które stanowią jego indywidualność, do tych elementów, które, stanowią jego istotę kolektywną. Nie potrzebujemy chyba podnosić, że mówiąc, iż człowiek ma dwie istoty, indywidualną i kolektywną, używamy tylko obrazu, który nam ułatwia myślenie. Na dzieje możemy patrzeć z punktu widzenia ścierania się tych dwóch istot człowieka. Zmieniająca się proporcja tych dwóch istot i zmieniająca się forma, w której objawia się przewaga bądź jednej bądź drugiej z tych istot, są treścią historii. Otóż, patrząc z tego punktu widzenia na rodzinę, możemy stwierdzić, że jej rozluźnienie, że emancypacja żony, że zmniejszenie władzy rodzicielskiej są objawami pierwiastka indywidualnego człowieka, są objawami pędu do wolności, zrywającej więzy stanów, kast, cechów, a wreszcie rodziny. Przypominamy jednak odrazu jedno z podanych wyżej stwierdzeń: wyswobodzenie się człowieka, z więzów, które nakłada ciaśniejsza organizacja (stan, kasta, cech, rodzina), pociąga za sobą nieuchronnie zwiększenie zależności od dalszego, obszerniejszego związku, którym w obecnej chwili rozwoju jest państwo.

Jeżeli więc idzie o przyszłość rozwoju rodziny, to można tylko wyrazić pytanie, czy oswobodzenie z więzów, które nakładała rodzina, nie zemści się większem związaniem człowieka przez olbrzymi aparat, który roztoczyć musi państwo, aby sprostać narzucanym mu coraz to dalszym zadaniom. Wyrazić przeto należy pytanie, czy ludzkość nie stoi przed nowem rozczarowaniem? Jest to oczywiście najogólniejsza myśl i bardzo odległa. Na razie polityka cywilistyczna licząc się z przywiedzionymi wyżej stwierdzeniami, powinna wynaleźć takie instytucje prawne, któreby nie roniąc z zdobyczy, pozwalających rozwijać się istotcie indywidualnej człowieka, nie czyniły tego kosztem dziecka. Wskutek tego słusznie, najsłuszniej, ta część prawa cywilnego powinna się kształtować pod hasłem protekcji dziecka. A praca pod tem hasłem jest zaledwo rozpoczęta.

III. Przysposobienie.

A) Przepisy obowiązujące.

1. K. c. Królestwa polskiego.

Art. 308. Przysposobienie jest tylko tym osobom płci obojej dozwolone, które lat pięćdziesiąt skończyły w czasie przysposobienia, nie mają dzieci ani innych zstępnych prawych, i które najmniej o lat piętnaście są starsze od osób przysposobić się mających.

Art. 309. Nikt nie może być przysposobionym przez więcej, jak przez jedną osobę, chyba tylko przez dwóch współmałżonków. Wyjąwszy przypadek art. 331. żaden małżonek nie może przysposobić tylko za zezwoleniem swego współmałżonka.

Art. 310. Przysposabiać wolno tego tylko, któremu przysposobić chcący najmniej przez trzy lata w ciągu jego małoletności na potrzeby utrzymania dostarczał i o którym przez tenże czas ciągle miał staranie, albo dla tego, który przysposabiającemu uratował życie z niebezpieczeństwem własnego.

Dosyć będzie w tym drugim przypadku, aby przysposabiający był pełnoletnim, starszym od przysposobionego, bez dzieci i zstępnych prawych; a jeżeli jest małżonkiem, aby współmałżonek jego na przysposobienie zezwolił.

Art. 311. Przysposobienie nie może mieć miejsca przed pełnoletnością przysposobić się mającego. Jeżeli tenże nie ukończył lat dwudziestu pięciu wieku, a oboje rodzice jego żyją, obowiązany jest uzyskać od nich zezwolenie lub od ojca samego, gdyby matka przeciwnego była zdania; jeżeli zaś jedno z nich już nie żyje, potrzebne jest zezwolenie tego, które przy życiu pozostało. Jeżeli przysposobić się mający ma lat dwadzieścia pięć skończonych, wtenczas obowiązany jest zasięgnąć ich rady, jeżeli żyją, lub tego z nich, które żyje.

Art. 312. Przysposobienie nadaje przysposobionemu nazwisko przysposabiającego, które do własnego nazwiska przysposobionego dodanem będzie.

Jeżeli przysposabia sama kobieta, przysposobiony przybiera do nazwiska swego własnego to nazwisko, które przysposabiająca ma z domu swej rodziny.

Art. 313. Przysposobiony nie przestaje być członkiem familji, do której z urodzenia należy, i zachowuje w niej wszystkie prawa.

Art. 314. Obowiązek przysposobionego i rodziców jego dostarczania sobie nawzajem alimentów nie ustaje z powodu przysposobienia. Takież sam obowiązek wynika z przysposobienia między przysposobionym a przysposabiającym względem siebie nawzajem.

Art. 315. Przysposobiony nie nabywa żadnego prawa do dziedziczenia z majątku krewnych przysposabiającego; lecz do spadku po przysposabiającym będzie miał te same prawa, któ-

reby miało dziecko w małżeństwie zrodzone, a nawet, gdyby były dzieci z małżeństwa zrodzone po przysposobieniu. W przypadku śmierci przysposobionego za życia przysposabiającego, zastępnym przysposobionego służy prawo zastępstwa.

Art. 316. Jeżeli przysposobiony bez zastępných prawých umiera, rzeczy przez przysposabiającego dane, lub w spadku po nim odziedziczone, które się w spadku po przysposobionym w naturze, jako własność zmarłego, znajdują, wróćą do przysposabiającego lub jego zastępných z obowiązkiem powrócenia nakładów wszelkich łożonych z majątku, który nie od przysposabiającego pochodzi, na polepszenie, oczyszczenie z długów i innych ciężarów, lub odkupienie tychże rzeczy; tudzież z obowiązkiem przyłożenia się do długów, spadek po przysposobionym wogóle ciężających, a to w stosunku wartości rzeczy zwrotowi ulegających do ogółu spadku po przysposobionym, nie nadwyrężając w niczem praw trzeciego; prawu temu do zwrotu przysposobiony przez testament ubliżać nie może.

Reszta majątku po przysposobionym należeć ma do jego krewných, którzy wszystkich przysposabiającego krewných zawsze wyłączać będą.

Co do przedmiotów, o których w artykule niniejszym jest mowa, wyłączają krewni przysposobionego, krewných przysposabiającego prócz jego zastępných.

Art. 317. Prawo żądania zwrotu w artykule poprzedzającym oznaczone, może być przez układy do dalszych krewných przysposabiającego, na przypadek, gdyby przysposobiony bezpotomnie umarł, rozciągnięte, albo przeciwnie ścięśnione, a nawet wyłączone.

Art. 318. Jeżeliby za życia przysposabiającego, a po śmierci przysposobionego, pozostałe po tym przysposobionym dzieci lub zastępní bezpotomnie zmarli, przysposabiający odbierze ze spadku po nich rzeczy przez siebie dane, jak w artykule 316 postanowiono. Jeżeliby zaś po śmierci dopiero przysposabiającego dzicci lub zastępní przysposobionego bezpotomnie zmarli, prawo żądania zwrotu tychże rzeczy następcom przysposabiającego, choćby w linii zastępnéj, nie służy.

Art. 319. Osoba, która chce przysposobić, równie jak i ta, która chce być przysposobioną, stawia się dla zeznania aktu z obopólných zezwoleń przed sędzią pokoju względnie zamieszkania przysposabiającego właściwym.

Art. 320. Akt złożonym będzie w urzędowym wyciągu przez stronę pilniejszą prokuratorowi królewskiemu przy sądzie ziemskim, w okręgu którego zamieszkanie przysposabiającego znajduje się, a to celem otrzymania potwierdzenia od tegoż sądu. Złożenie to w ciągu trzech miesięcy, od daty aktu nastąpić powinno, inaczej akt tdkowy za niebyły uważany będzie.

Art. 321. Sąd, w izbie posiedzeń zgromadzony, po zasięgnięciu stosowných wiadomości, przekonać się powinien :

1-mo czy wszystkie warunki prawa są dopełnione;

2-do czy osoba, która przysposobić zamyśla jest dobrej sławy.

Art. 322. Sąd ziemski, po wysłuchaniu wniosków prokuratora królewskiego, bez żadnej innej formy postępowania, wyda wyrok, nie przytaczając powodów, w tych wyrazach: ma miejsce, lub nie ma miejsca przysposobienie.

Art. 323. W ciągu trzech miesięcy od ogłoszenia wyroku sądu ziemskiego, ma być wyrok tenże za staraniem strony pilniejszej podany pod rozstrzygnięcie trybunału apelacyjnego, a to pod rygorem, iż przysposobienie, czy dozwolone, czy odrzucone przez sąd ziemski, uważane będzie za upadłe. Trybunał apelacyjny postąpi podług tych samych form, jak sąd ziemski i wyda wyrok, nie przytaczając powodów, w tych wyrazach: wyrok jest potwierdzony, lub wyrok jest uchylony, a zatem przysposobienie ma miejsce, lub nie ma miejsca.

Art. 324. W ciągu trzech miesięcy od ogłoszenia wyroku apelacyjnego, przysposobienie dopuszczającego, przysposobienie toż powinno być wpisane na wezwanie jednej lub drugiej strony w księgi aktów urodzenia miejsca tego, gdzie przysposabiający jest zamieszkały.

Wpisanie to inaczej nastąpić nie może, jak za okazaniem urzędowego wyciągu wyroku apelacyjnego; a przysposobienie zostanie bez skutku, jeżeli w powyższym terminie wpisaniem nie było.

Wyciąg przysposobienia, wpisanego w księgi aktów stanu cywilnego, ma być w ciągu dni ośmiu przez utrzymującego też księgi kosztem strony wzywającej przesłany prokuratorowi królewskiemu przy sądzie ziemskim właściwym, dla wywieszenia w takich miejscach i w tylu egzemplarzach, jak tego prokurator uzna potrzebę.

Art. 325. Jeżeli przysposabiający po przyjęciu przez sędziego pokoju aktu przysposobienia, o którym w art. 319 jest mowa, lecz przed ostatecznym zawyrokowaniem umarł, postępowanie trwać będzie w dalszym biegu, a przysposobienie dozwolone zostanie, jeżeli ma miejsce. Następcy przysposabiającego, jeżeli sądzą, że przysposobienie dozwolonem być nie powinno, mogą podać prokuratorowi królewskiemu wszelkie w tym przedmiocie przełożenia i uwagi.

2. Kodeks cywilny austriacki.

§ 179. Osoby, które stanu bezżennego uroczyście nie ślubowały i które nie mają własnych ślubnych dzieci, mogą sobie przysposobić za własne; osoba, która przysposabia, nazywa się ojcem przysposabiającym (przysposobiciel) lub matką przysposabiającą (przysposobicielką), dziecię przysposobione nazywa przysposobicielką.

§ 180. Przysposobiciel lub przysposobicielka powinni mieć czterdzieści lat skończonych, a przysposobieniec powinien być

przynajmniej o ośmnaście lat młodszym od przysposobicieli. Osoba pozostająca w związku małżeńskim może tylko za zgodą współmałżonka przysposobić dziecko, lub być przysposobioną. Zgody tej nie potrzeba, jeżeli małżonek jest uznany za umyślowo chorego, jeżeli jego pobyt jest nieznan, lub jeżeli małżeństwo jest rozwiedzione.

§ 181. Przysposobienie dziecięcia małoletniego może tylko nastąpić za zezwoleniem ojca ślubnego, w braku tego tylko za zezwoleniem matki, opiekuna i sądu. Zezwolenie ojca ślubnego, dopóki żyje, jest potrzebnem, chociażby dziecię było pełnoletnie. Z powodu odmówienia zezwolenia bez gruntownej przyczyny może być wniesioną skarga do zwyczajnego sądu. Przysposobienie dziecięcia, dokonane za przepisaniem zezwoleniem, powinno być przedłożone rządowi krajowemu do potwierdzenia, a sądowi dla przysposobicieli i przysposobienia właściwemu, do wciągnięcia w akta sądowe.

§ 182. Istotny prawny skutek przysposobienia dziecięcia jest ten, iż przysposobieniec przybiera nazwisko przysposobiciela lub nazwisko familijne przysposobicielki. Może być jednak umówionem, że przysposobiony zatrzymuje obok tego dawniejsze swoje nazwisko familijne i szlachectwo familijne, jeżeli mu służyło. W ostatnim przypadku musi przysposobieniec zatrzymać swoje nazwisko rodzinne, a przyjęte imię musi bezpośrednio być z nim łączone. Jeżeli przysposobiciele chcą, żeby ich szlachectwo i herby przeszły na przysposobieńca, powinni otrzymać na to zezwolenie od monarchy.

§ 183. Między przysposobicielami a przysposobieńcem i jego potomstwem zachodzą te same prawa, co między ślubnymi rodzicami i dziećmi, jeżeli ustawa nie czyni wyjątku. Przysposobiciel obejmuje władzę ojcowską. Stosunek, zachodzący między przysposobicielami a przysposobieńcem, nie ma żadnego wpływu na innych członków familji przysposobicieli, i wzajemnie przysposobieniec nie utracą praw własnej swojej familji.

§ 184. Prawa między przysposobicielami a przysposobieńcem mogą być inaczej oznaczone przez umowę, byleby przez to ani istotny skutek prawny przysposobienia, wyrażony w § 182, nie był odmienionym, ani też nie były naruszone prawa osób trzecich.

§ 185. Dopóki przysposobieniec jest małoletnim, prawny stosunek między nim a przysposobicielami może być zniesionym tylko za zezwoleniem zastępców małoletniego i sądu. Po zniesieniu stosunku prawnego między przysposobicielami a przysposobieńcem, dziecię małoletnie wraca pod władzę ślubnego ojca.

3. Kodeks cywilny niemiecki.

Przysposobienie. (Annahme an Kindes Statt).

Założenia.

§ 1741. Kto niema ślubnych potomków, może przez umowę

z inną osobą przyjąć ją w miejsce dziecka. Umowa wymaga potwierdzenia przez właściwy sąd.

§ 1742. Przysposobienie (przyjęcie w miejsce dziecka) nie może nastąpić pod warunkiem lub terminem.

§ 1743. Przysposobienie jednego dziecka nie stoi na przeszkodzie dalszym przysposobieniom.

Wiek przysposabiającego.

§ 1744. Przysposabiający musi mieć ukończony pięćdziesiąty rok życia i być przynajmniej o osiemnaście lat starszym, niż dziecko.

Dyspenza.

§ 1745. Od wymagań § 1744 może być uzyskanem zwolnienie, od wymagania jednak ukończonego pięćdziesiątego roku życia, tylko wtedy, jeżeli przysposabiający jest pełnoletni.

Udzielanie dyspenzy służy temu państwu związkowemu, do którego przysposabiający należy; jeżeli jest Niemcem, który nie należy do żadnego państwa związkowego, to udzielanie dyspenzy służy kanclerzowi państwa.

Rząd krajowy postanawia, kto w danem państwie związkowym ma kompetencję do udzielania dyspens.

Zezwolenie małżonka.

§ 1746. Osoba znajdująca się w związku małżeńskim może tylko za zezwoleniem swojego małżonka przysposabiać lub być przysposobioną.

To przyzwolenie nie jest wymaganem, jeżeli małżonek stale nie jest w stanie złożyć oświadczenia, lub jeżeli jego pobyt jest stale nieznanym.

Przyzwolenie rodziców.

§ 1747. Dziecko ślubne może być przysposobionem, aż do ukończenia dwudziestego pierwszego roku życia, tylko za zezwoleniem rodziców, dziecko nieślubne zaś do tegoż roku życia, tylko za zezwoleniem matki. Przepis § 1746 ust. drugi ma odpowiednie zastosowanie.

§ 1748. Przyzwolenie osób oznaczonych §§ 1746, 1747 ma nastąpić wobec przysposabiającego lub wobec sądu właściwego do zatwierdzenia umowy o przysposobieniu; zezwolenie to jest nieodwołalne.

Przyzwolenie nie może być udzielonem przez zastępcę. Jeżeli przyzwalający jest ograniczony w zdolności do działania, to nie potrzebuje zgody swojego ustawowego zastępcy.

Oświadczenie zawierające przyzwolenie wymaga sądowego lub notarialnego udokumentowania.

Wspólna adopcja. (Annahme als gemeinschaftliches Kind).

§ 1749. Tylko para małżeńska może przyjąć dziecko za wspólne.

Dziecko (już) adoptowane może, dopóki stworzony przez adopcję stosunek prawny istnieje, być adoptowanem tylko przez małżonka tej osoby, która ją adoptowała.

Zawarcie umowy adopcyjnej.

§ 1750. Umowa adopcyjna nie może być zawartą przez zastępcę. Jeżeli dziecko nie ukończyło 14-go roku życia, to umowę może zawrzeć jego ustawowy zastępca za zezwoleniem sądu opiekuńczego.

Umowa adopcyjna musi być zawartą przed sądem lub przed notariuszem przy równoczesnej obecności obydwóch stron.

§ 1761. Jeżeli adoptujący jest ograniczony w zdolności do działania, to do zawarcia umowy potrzebuje oprócz zgody swojego ustawowego zastępcy także przyzwolenia sądu opiekuńczego. To samo odnosi się do dziecka, jeżeli jest ograniczone w zdolności do działania.

Adopcja przez opiekuna, kuratora.

§ 1752. Jeżeli opiekun chce adoptować swojego pupila, to sąd opiekuńczy nie powinien dać przyzwolenia, dopóki opiekun jest w urzędzie. Jeżeli ktoś chce adoptować swojego byłego pupila, to sąd opiekuńczy nie powinien dawać zezwolenia, nim opiekun nie złoży rachunków ze swego zarządu i nim nie wykaże, że majątek pupila istnieje.

To samo ma zastosowanie, jeżeli ustanowiony do zarządu majątku kurator chce adoptować swojego kuranda, lub swego byłego kuranda.

Potwierdzenie przez sąd.

§ 1753. Potwierdzenie umowy adopcyjnej nie może nastąpić po śmierci dziecka.

Po śmierci adoptującego potwierdzenie jest tylko wtedy dopuszczalne, jeżeli adoptujący lub dziecko wręczyli (już) we właściwym sądzie prośbę o potwierdzenie, lub też zlecieli takie doręczenie sądowi lub notariuszowi, przy lub po sądowym lub notarialnem udokumentowaniu umowy.

Potwierdzenie dokonane po śmierci adoptującego ma taki sam skutek, jakby nastąpiło przed śmiercią.

§ 1754. Adopcja wchodzi w życie z chwilą potwierdzenia. Umawiający się są związani już przed potwierdzeniem.

Potwierdzenia należą tylko wówczas odmówić, jeżeli brakuje ustawowego wymagania do adopcji. Jeżeli zatwierdzenie zostało prawomocnie (entgültig), odmówionem, to umowa traci swą moc.

Wzruszenie.

§ 1755. Jeżeli umowa adopcyjna lub zezwolenie jednej z osób wymienionych w §§ 1746, 1747 są wzruszalne, to do wzruszenia i do zatwierdzenia wzruszalnej czynności prawnej mają zastosowanie przepisy zawarte w § 1748 ust. 2gi, w § 1750 ust. 1-szy i w § 1751.

Brak ustawowych założeń.

§ 1756. Na skuteczność adopcji nie wywiera wpływu, jeżeli przy zatwierdzeniu umowy adopcyjnej niesłusznie przyjęto, że jedna z osób wymienionych w §§ 1746, 1747 jest stale nie-

zdolną do złożenia oświadczenia lub jeżeli jej pobyt jest stale nieznany.

Skutki adopcji.

1. Dla dziecka.

§ 1757. Przez adopcję zyskuje dziecko prawne stanowisko dziecka ślubnego osoby adoptującej.

Jeżeli para małżeńska adoptowała wspólnie dziecko, lub jeżeli małżonek adoptował dziecko drugiego małżonka, to dziecko zyskuje prawne stanowisko wspólnego ślubnego dziecka małżonków.

Nazwisko dziecka.

§ 1758. Dziecko otrzymuje nazwisko rodzinne adoptującego. Jeżeli dziecko zostało adoptowane przez kobietę, która wskutek swojego zameścia używa innego nazwiska, to dziecko zyskuje nazwisko rodzinne, którego kobieta używała przed zameściem. W przypadkach § 1757 ust. drugi dziecko otrzymuje nazwisko rodzinne męża.

Dziecko może dołączyć do nowego nazwiska swoje poprzednie nazwisko rodzinne, o ile w umowie adopcyjnej inaczej nie postanowiono.

2. Dla adoptującego.

§ 1759. Adopcja nie daje adoptującemu praw spadkowych. Spis majątku.

§ 1760. Adoptujący winien na własne kosztą sporządzić i doręczyć sądowi opiekuńczemu spis majątku dziecka, o ile ten majątek podlega z mocy władzy rodzicielskiej jego zarządowi; spis winien adoptujący zaopatrzyć zapewnieniem, że odpowiada stanowi faktycznemu i że jest zupełnym. Jeżeli doręczony spis jest niewystarczający, to ma zastosowanie przepis § 1640 ust. drugi zdanie 1-sze.

Jeżeli adoptujący nie wypełni nałożonego mu w ustępie pierwszym obowiązku, to sąd opiekuńczy może mu odebrać zarząd majątku. Odebranie może być każdej chwili znowu zniesione.

Obowiązki przy zawieraniu małżeństwa.

§ 1761. Jeżeli adoptujący chce zawrzeć małżeństwo w czasie, gdy ma nad dzieckiem władzę rodzicielską, to mają zastosowanie przepisy §§ 1669 do 1671.

3. Dla potomków dziecka.

§ 1762. Skutki adopcji rozciągają się na potomków dziecka. Skutki adopcji rozciągają się na dziecko urodzone już w czasie zawarcia umowy i na jego później urodzonych potomków tylko wtedy, jeżeli umowa została zawarta także z już urodzonym potomkiem.

4. Dla krewnych adoptującego.

§ 1863. Skutki adopcji nie rozciągają się na krewnych adoptującego. Małżonek adoptującego nie staje się powinowatym adoptowanego dziecka, małżonek dziecka adoptowanego nie staje się powinowatym adoptującego.

5. Dla krewnych dziecka adoptowanego.

§ 1764. Praw i obowiązków, które wynikają ze stosunku pokrewieństwa między dzieckiem a jego krewnymi, adopcja nie zmienia, o ile ustawa nie postanawia czego innego.

6. Dla rodziców dziecka.

§ 1765. Z chwilą adopcji tracą rodzice władzę rodzicielską nad dzieckiem; matka nieślubna prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka.

Jeżeli ojciec lub matka mają dostarczyć dziecku utrzymania, to prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka odżywają, jeżeli władza rodzicielska adoptującego kończy się, lub jeżeli wedle § 1677 spoczywa z powodu niezdolności do działania adoptującego. Prawo zastępowania dziecka nie odżywa.

Obowiązek dostarczania alimentów przez adoptującego.

§ 1766. Adoptujący jest zobowiązany dostarczać alimentów dziecku i tym potomkom dziecka, na których rozciągają się skutki adopcji przed rodzonymi krewnymi dziecka.

W przypadku § 1611 ust. 2. adoptujący stoi na równi z rodzonymi krewnymi linii wstępnej.

Umowna zmiana skutków.

§ 1767. W kontrakcie adopcyjnym może być wykluczeniem użytkowanie majątku dziecka przez adoptującego, tudzież prawo spadkowe dziecka wobec adoptującego. Zresztą skutki adopcji nie mogą być zmienione w kontrakcie adopcyjnym.

Zniesienie.

Stosunek prawny stworzony przez adopcję może być znowu zniesiony. Zniesienie nie może nastąpić pod warunkiem lub z oznaczeniem czasu.

Zniesienie następuje przez umowę pomiędzy adoptującym, dzieckiem i tymi potomkami dziecka, na których rozciągają się skutki adopcji.

Jeżeli para małżeńska adoptowała wspólnie dziecko, lub jeżeli małżonek adoptował dziecko, lub jeżeli małżonek adoptował dziecko drugiego małżonka, to do zniesienia adopcji potrzeba współdziałania obydwóch małżonków.

§ 1869. Po śmierci dziecka mogą inni interesowani znieść przez umowę istniejący między nimi stosunek prawny. To samo ma zastosowanie w przypadkach § 1757 ustęp drugi po śmierci jednego z małżonków.

§ 1770. Przepisy § 1741 zdanie drugie i §§ 1750, 1751, 1753 do 1755 mają zastosowanie także i do zniesienia adopcji.

Małżeństwo między osobami związanymi adopcją.

§ 1771. Jeżeli osoby związane adopcją zawierają wbrew przepisowi § 1311 małżeństwo, to z chwilą zawarcia małżeństwa zostaje zniesionym stosunek prawny, który powstał między nimi przez adopcję.

Jeżeli małżeństwo jest nieważne, a jednemu małżonkowi służy nad drugim władza rodzicielska, to z chwilą zawarcia

małżeństwa władza ta gaśnie (wird verwirkt). Utrata nie następuje, jeżeli nieważność małżeństwa polega na braku formy, a małżeństwo nie jest wpisane do rejestru małżeństw.

Skutki zniesienia.

§ 1772. Z chwilą zniesienia adopcji traci dziecko i ci jego potomkowie, na których rozciąga się zniesienie, prawo używania nazwiska rodzinnego adoptującego, Przepis ten nie ma zastosowania w przypadkach § 1757 ust. drugi, jeżeli zniesienie nastąpiło po śmierci jednego z małżonków.

A) Założenia adopcji.

Przysposobienie (adopcja, Kindesannahme, Annahme an Kindes Statt, Ankindung, adoption) jest umową wytwarzającą sztuczne pokrewieństwo. Pr. franc. zna jednak także adopcję przez testament. Intensywność pokrewieństwa, wytworzonego przez adopcję, jest rozmaita. Wspólnem wszystkim kodeksom jest nadanie adoptowanemu nowego nazwiska. Zresztą skutki są różne.

1. Założenia adopcji pospolitej.

a) Po stronie adoptującego.

Wedle wszystkich trzech kodeksów adoptujący musi mieć pewien wiek (w pr. austr. ukończony rok czterdziesty życia § 180 k. c. a., wedle pr. niem i pol. ukończony pięćdziesiąty rok życia, § 1744 k. c. n. art. 308 k. c. Kr. p.) i nie może mieć w czasie przysposobienia dzieci ani innych zstępnych prawych (tak określa ten warunek art. 303 k. c. Kr. p., gdy § 179 k. c. a. mówi o „własnych ślubnych dzieciach“ a § 1741 k. c. n. mówi o „ślubnych potomkach“). Płeć adoptującego jest również wedle wszystkich trzech kodeksów obojętną. Wszystkie kodeksy zgadzają się też w tem, że osoba pozostająca w związku małżeńskim może adoptować tylko za zezwoleniem drugiego małżonka (art. 309 k. c. Kr. pol. § 180 k. c. a. § 1746 k. c. n.).

Właściwem tylko prawu austriackiemu (§ 179 wymaganiem jest, aby adoptujący nie należał do tych, którzy złożyli uroczyste śluby bezżenności (księża świeccy mogą przeto adoptować), właściwem zaś tylko kodeksowi cywilnemu Kr. p. (art. 310) jest wymaganie, aby przysposabiający najmniej przez trzy lata dostarczał utrzymania na potrzeby adoptowanego w czasie jego małoletności i przez ten czas ciągle o nim miał staranie. Należy podkreślić ten ostatni warunek, bo on adopcji prawa polskiego (za pr. fr.) nadaje specjalny charakter. Drugiem wymaganiem właściwem tylko pr. pol. (art. 321) jest, aby przysposabiający był dobrej sławy.

Wracając do wyżej wymienionych wspólnych wszystkim kodeksom wymagań, podniesiemy pewne szczegóły.

Od wymagania wieku dopuszcza k. c. n. w § 1745 dyspenzy. Inne kodeksy o tem nie mówią.

Co do warunku, aby adoptujący nie miał dzieci, to wedle wszystkich kodeksów posiadanie dzieci nieślubnych nie jest

przeszkodą do adoptowania. Kodeks niemiecki mówi nadto wyraźnie, że posiadanie dziecka adoptowanego nie jest przeszkodą dalszych adopcji (§ 1743), to j. że adoptować można kilka osób, równocześnie lub jedną po drugiej. Ponieważ w prawie austriackim i polskim niema takiego wyjątkowego postanowienia, należy przyjąć (jakkolwiek w literaturze austriackiej i francuskiej rzecz jest sporną), że istnienie dziecka adoptowanego nie pozwala na dalsze adopcje, ale że równocześnie można kilka osób adoptować. Dzieci legitymowane stają na równi z ślubnemi wedle wszystkich trzech kodeksów, a więc posiadanie ich jest przeszkodą adopcji. Wydaje mi się też pewnem wedle wszystkich kodeksów, że dziadek nie może adoptować jedyne go wnuka pozostałego po zmarłym jedynym synu (tylko w prawie austriackim mogłoby to być wątpliwem, z powodu wyrażenia „dzieci“ w § 179, p. jednak trafne orzeczenie G. U. W. IX, 3383).

W sprawie zezwolenia drugiego małżonka § 1746 k. c. n. § 180 k. c. a, a 331 k. c. Kr. p. wymieniają przypadki, w których wyjątkowo nie potrzeba tego zezwolenia. Różnica jest ta, że wyjątek, o którym mówi k. c. Kr. p., tyczy się adopcji testamentowej nieznaney dwom innym kodeksom. Wynikałoby z tego, że w razie adopcji umownej K. c. Kr. p. nie dopuszcza żadnego wyjątku. W każdym razie rozstrzygnięcie, czy kobieta, której mąż jest np. umysłowo chorym, może adoptować bez jego zezwolenia, nie polega w b. Kr. p. na pozytywnym przepisie, ale na dedukcji.

Wreszcie notujemy, że postanowienie zawarte w pierwszym zdaniu art. 309 k. c. Kr. p. odpowiada także i dwom innym prawom (p. § 1749 k. c. n.). Wynika z drugiego zdania tegoż artykułu i z §§ 180 k. c. a. i 1746 k. c. n., że można być adoptowanym przez jednego tylko małżonka, byle drugi się na to zgodził, lub przez oboje małżonków razem, w którym to przypadku dziecko jest „wspólnem dzieckiem (gemeinschaftliches Kind)“ obojga małżonków (§ 1749 k. c. n.).

b) Po stronie adoptowanego.

Wedle wszystkich trzech kodeksów musi zachodzić pewna różnica wieku między adoptującym a adoptowanym (w pr. austr. i niem. wynosi ona ośmnaście lat § 1744 k. c. n. 180 k. c. a., w prawie polskim wynosi lat piętnaście art. 308 K. c. Kr. p.), to j. adoptujący musi być o pewną, przez ustawę oznaczoną ilość lat starszym od adoptowanego. Poza tem wymaganiem istnieją kapitalne różnice. K. c. Kr. p., idąc za K. N., pozwala przysposabiać tylko pełnoletnich i to, jeżeli nie ukończyli dwudziestego piątego roku życia, za zezwoleniem rodziców względnie pozostałego przy życiu rodzica, po skończonych zaś dwudziestu pięciu latach po zasięgnięciu rady rodziców (art. 311 k. c. Kr. p.). Natomiast tak wedle k. c. a., jak i wedle k. c. n. adoptowanym może być także dziecko małoletnie, w kwestji

zaś zezwolenia trzecich rzecz przedstawia się w następujący sposób:

a) Prawo austriackie wymaga zezwolenia ojca także i dla pełnoletniego dziecka (§ 181 k. c. a.). Prawo niemieckie przyjmuje przede wszystkim, jako cezurę, nie pełnoletność, ale ukończony 21 rok życia, a następnie przed ukończonym 21 rokiem życia wymaga zezwolenia obojga rodziców, a nie tylko ojca, po ukończonym 21 roku życia zaś nie wymaga żadnego zezwolenia, nb. jeżeli adoptowany nie jest ograniczony w działaniu (§ 1747 k. c. n.).

b) W całym okresie małoletności umowę zawiera wedle prawa austriackiego ojciec, bez poprzedniego zezwolenia sądu i bez zgody dziecka.

W prawie niemieckiem zaś w okresie do 21 lat należy odróżnić dwa podokresy:

α) do ukończonego 14 roku życia dziecka umowę zawiera jego ustawowy zastępca z przyzwoleniem (Genehmigung) sądu opiekuńczego (1750 k. c. n.), czyli dziecko nie może samo zawrzeć umowy;

β) po ukończonym 14 roku życia umowę zawiera samo dziecko, ale potrzebuje (oprócz przyzwolenia rodziców wedle tego, cośmy wyżej pod α) powiedzieli) przyzwolenia ustawowego zastępcy i przyzwolenia sądu opiekuńczego (§ 1751 k. c. n.). W przeciwstawieniu przeto do prawa austr., dziecko (po 14 r.) może samo zawrzeć umowę. Jeżeli ustawowym zastępcą jest ojciec lub matka, to oczywiście w ich zezwoleniu mieści się spełnienie wymagania pod α). Jednak potrzeba zezwolenia sądu.

c) Jeżeli ojciec nie żyje, to w prawie austriackiem w okresie małoletności potrzeba zezwolenia opiekuna, matki i sądu (§ 181 k. c. a.).

W prawie niemieckiem, gdy ojciec nie żyje, potrzeba wedle tego, cośmy pod a) powiedzieli, zezwolenia matki, a dalej trzeba odróżnić, jak wyżej pod b) i wedle tych samych postąpić postanowień, to znaczy:

α) przed ukończonym 14 r. umowę zawiera ustawowy zastępca (matka, opiekun) za zezwoleniem sądu,

β) po ukończonym 14 r. umowę zawiera dziecko za zezwoleniem ustawowego zastępcy (matki, opiekuna) i sądu.

d) W prawie austriackiem niema specjalnych przepisów w ustępie o adopcji, gdy adoptowany jest z innych przyczyn, jak z powodu wieku, ograniczony w zdolności do działania. W prawie niemieckiem zawiera te przepisy § 1751 k. c. n. i wymaga dla ograniczonego w zdolności do działania zezwolenia ustawowego zastępcy i sądu. W pr. austr. należy postąpić wedle ogólnych prawideł.

Pr. austr. i niem. nie czyni w sprawie adopcji różnicy, gdy adoptowanem ma być dziecko nieślubne adoptującego. Tylko konsekwentnie wymaga prawo niemieckie zezwolenia

matki dziecka nieślubnego (§ 1747), gdy pr. austr. o matce „jako matce“ dziecka nieślubnego nic w tym przypadku nie mówi.

2. Adopcja uprzywilejowana.

Kodeks cyw. Król. Pol. zna dwa przypadki, których przysposobienie dokonywa się z pewnymi ulgami, z pewnymi ułatwieniami.

a) Pierwszy przypadek takiej uprzywilejowanej adopcji omawia artykuł 310 kodeksu cyw. Kr. pol. Zachodzi on wówczas, gdy mający być adoptowanym uratował przysposabiającemu życie z niebezpieczeństwem własnego życia. W przypadku takim odpadają z wymienionych wyżej założeń następujące:

α) Nie jest wymagana taka różnica wieku, jaka jest wymagana przy zwyczajnej adopcji. Wystarczy, aby adoptujący był wogóle starszy od adoptowanego, a nie potrzeba, aby różnica wynosiła piętnaście lat.

β) Nie jest również potrzebnem, aby adoptujący skończył lat pięćdziesiąt, a wystarczy, aby był pełnoletnim.

Kodeks wyraźnie jednak utrzymuje także i dla tej uprzywilejowanej adopcji dwa warunki, a mianowicie: przysposabiający nie może mieć dzieci ani zstępnych prawych, jeżeli zaś znajduje się w związkach małżeńskich, aby współmałżonek jego na przysposobienie zezwolił.

b) Drugi przypadek uprzywilejowanej adopcji wprowadziła w b. Królestwie Polskim ustawa z 23/26 maja r. 1913 o zastosowaniu do Królestwa Polskiego zasad zdania Rady Państwa z 3. VI. r. 1902 o polepszeniu losu dzieci nieślubnych (zb. numer 114/1913 poz. 998). Wedle artykułu 13-go tej ustawy względem przysposobienia własnych dzieci nieślubnych dopuszczalne są następujące wyjątki:

α) Przysposabiać może pełnoletni nawet przed ukończeniem lat pięćdziesięciu i nie będąc o lat piętnaście starszym od przyspasabianego (art. 308 kodeksu cyw. Kr. p.).

β) Przysposabiać wolno dzieci rzeczzone nawet przed dojściem ich do pełnoletności (art. 311 kod. c. Kr. p.).

γ) Przysposabiać wolno dzieci nieślubne bez uprzedniego w ciągu lat trzech dostarczania mu środków do życia lub ciągłego niemi opiekowania się (art. 310 kod. cyw. Król. pol.).

δ) Przysposobienie może mieć miejsce także i w tym przypadku, gdy przyspasabiający ma własne dzieci prawe lub uprawnione lub innych zstępnych. W przypadku tym jednak są pewne ograniczenia, a mianowicie:

αα) Jeżeli własne dzieci prawe lub uprawnione oraz zstępni, doszli już do pełnoletności, to muszą się zgodzić na adopcję dziecka nieślubnego, a zgoda ta musi być wyrażoną na piśmie podpis zaś notarialnie legalizowany.

ββ) Jeżeli dzieci prawe lub uprawnione oraz zstępni, nie doszli jeszcze do pełnoletności, to adopcja możliwa jest tylko za życia drugiego z rodziców dzieci prawych lub uprawnionych przysposabiającego lub rodziców jego zstępnych oraz za ich

zgoda. Zgoda ta musi być wyrażona na piśmie, a podpis notarialny legalizowany.

ε) Przy przyspobieniu dziecka nieślubnego przez ojca, zgoda matki dziecka wymaganą jest (art. 298 kod. c. Kr. pol.) w tym tylko przypadku, gdy ona dziecko dobrowolnie uznała (art. 298 kod. c. Kr. p.).

Z powyżej przedstawionego stanu rzeczy wynika, że wszystkie założenia zwyczajnej adopcji zostały bądźto usunięte, bądźto osłabione.

3. Adopcja testamentowa. Jedynie tylko K. N. (art. 366) a za nim kod. cyw. Kr. pol. (art. 331) zna adopcję testamentową. Jak wyżej widzieliśmy, adopcja jest umową. W tym przypadku zaś adopcja staje się definitywną dopiero wówczas, gdy adoptowany po śmierci adoptującego przyjmie adopcję. Z góry mówimy, że do adopcji testamentowej nie potrzeba żadnej z form, o których będziemy mówić niżej pod B. Co do założeń adopcji testamentowej, to rzecz przedstawia się w następujący sposób:

a) także i przy adopcji testamentowej adoptujący musi mieć 50 lat skończonych (art. 326 kod. cyw. Kr. p.) i nie może mieć własnych dzieci, lub zstępnych prawych, ale za to taką adopcję testamentową może przedsięwziąć tylko tak zwany opiekun dobrowolny. Jak niżej zobaczymy opieka dobrowolna przyjęta przez kodeks Kr. p. w artykułach 326 do 335, za francuską tutelle officieuse (artykuły 361 do 370 K. N.), nie jest owem staraniem się o dziecko i utrzymywaniem go, o którym mówi art. 310 k. c. Kr. p. i 345 K. N., ale jest czemś więcej. Oprócz tego nie każdy opiekun dobrowolny może przeprowadzić adopcję testamentową, ale tylko ten, kto już więcej, niż dwa lata, był tym opiekunem (K. N. mówi o 5 latach).

b) Adopcja testamentowa odnosi się wprawdzie do małoletniego, ale skuteczną jest tylko wówczas, jeżeli adoptujący umrze przed upłynieniem trzech miesięcy po dojściu do pełnoletności adoptowanego. Jeżeli adoptujący umrze później, to adopcja musi być przeprowadzona w zwykłej formie (art. 333 k. c. Kr. p.).

B) Forma adopcji.

W Austrii, wedle rozp. z 29/6 r. 1850 l. 257 D. u. p. zatwierdzenia umowy adopcyjnej dokonywa nie rząd krajowy, jak to było przepisane przez § 181 k. c. a., ale sąd. Dodać jeszcze należy, że wedle d. n. z d. 28/6 1837 nr. 209 zb. u. s. adopcja jest nieważna, jeżeli nie została zatwierdzoną za życia adoptującego. Dekret ten postanawia dalej, że, gdy zatwierdzenie zostało za życia adoptującego dokonaniem, to wniesienie aktu do sądu, celem wpisania go do ksiąg sądowych może nastąpić po śmierci adoptującego. To ostatnie postanowienie miało znaczenie, gdy zatwierdzenia dokonywał rząd krajowy, obecnie jednak, praktycznie rzecz biorąc, zatwierdzenie zlewa się z wpisaniem do aktów sądowych, bo obu tych czynności dokonywa sąd.

Kontrakt adopcyjny winien być sporządzony na piśmie ewent. protokolarnie przed sądem, p. §§ 257 do 262 pat. niesp. i § 113 n. jur.

Formę adopcji w b. Król. pol. określają art. 319 do 325 k. c. Kr. p. Podnieść tylko należy, że wyrok, o którym jest tam mowa, ma, jak to trafnie podnosi judykatura francuska, znaczenie potwierdzenia, a nie znaczenie rozstrzygnięcia sporu,

W prawie niemieckiem postępowanie w sprawie adopcji uregulowane jest w §§ 65 do 68 F. G. G. Patrz nadto § 1748 k. c. n. i § 50 F. G. G.

C) Skutki adopcji.

Jedynym istotnym skutkiem adopcji, nie dającym się usunąć przez umowę, jest wedle prawa austriackiego (§ 182 k. c. a.) to, że adoptowany otrzymuje nazwisko adoptującego. Wedle obecnie obowiązujących przepisów tylko wyjątkowo, to jest w razie wyraźnej umowy, zatrzymuje adoptowany także poprzednie nazwisko. W braku takiej umowy poprzednie nazwisko gaśnie. Dawniej, to j. przed nowelą, było inaczej: adoptowany nosił dwa nazwiska. Jeżeli adoptującą jest zamężna kobieta, to dziecko adoptowane otrzymuje jej panieńskie nazwisko.

Wszystkie inne skutki adopcji mogą być przez umowę adopcyjną usunięte. Jeżeli umowa nic w tym względzie nie postanawia, to dziecko adoptowane i jego ślubni potomkowie (jeżeli adoptowaną była kobieta, to także jej nieślubne potomstwo) ma wobec adoptującego takie ustawowe prawo spadkowe, jak dziecko ślubne, oprócz tego zaś zatrzymuje ustawowe prawo spadkowe do swoich rzeczywistych rodziców (§§ 753, 183 k. c. a.) Natomiast dziecko adoptowane nie ma praw spadkowych ani do małżonka adoptującego (chyba, że miała miejsce wspólna adopcja przez oboje małżonków) ani do jego krewnych. Prawo reprezentacji służy potomkom przysposobionego, t. jest. dziecko adoptowane wyklucza rodziców i innych krewnych adoptującego od spadku po nim, chyba — oczywiście — że inaczej było postanowione w umowie. Ale na odwrót, adoptujący nie ma prawa spadkowego po adoptowanym i jego potomkach, służy to prawo jednak po adoptowanym jego rodzynom krewnym (§ 756). Konsekwentnie adoptowany ma prawo do zachowku po adoptującym, ale nie na odwrót.

Dziecko adoptowane ma prawo żądać alimentów od adoptującego i to, jeżeli kontrakt inaczej nie postanawia, przed rodzicami rzeczywistymi adoptowanego. Adoptujący ma prawo żądać nawzajem alimentów od adoptowanego, gdy jednak adoptujący winien alimentować także rodzonych rodziców, powstaje pytanie, którzy rodzice w razie jednakowego ubóstwa mają pierwszeństwo. Przychylają się powszechnie do zdania, że pierwszeństwo mają rodzice rodzeni. Jeszcze jedna powstaje wątpliwość, czy ojciec nieślubnego dziecka ma być pociągany do ali-

mentowania przed ojcem adoptującym tegoż dziecka. Zdania są podzielone. Sądzę, że w pierwszej linii zobowiązanym jest ojciec nieślubnego dziecka. Tak samo rozstrzygnąć należy sprawę zaopatrzenia i uposażenia, to jest rodzice adoptujący zobowiązani są przed rodzonymi rodzicami.

Między prawem austriackiem a prawem polskim są następujące różnice:

a) Adoptujący otrzymuje nazwisko adoptowanego, ale zatrzymuje dotychczasowe. Wedle k. c. Kr. p. przeto rzecz się przedstawia tak, jak wedle k. c. a. przed nowelą.

b) W prawie austriackiem wszystkie inne skutki (nie potrzebujemy chyba dodawać, że tak pierwiej, jak obecnie i dalej, mamy na myśli tylko prywatno-prawne skutki) mogą być przez umowę adopcyjną zmienione lub usunięte. Wedle k. c. Kr. p. rzecz ta jest pewną tylko w przypadku art. 317, natomiast inne kwestje nie są rozstrzygnięte. Przedewszystkiem nasuwa się pytanie, czy ustawowe prawo spadkowe adoptowanego po adoptującym i na odwrót może być w umowie adopcyjnej zmienione? Ponieważ Kodeks o tem nie mówi, jestem zdania, że to jest wedle prawa polskiego, jak i wedle K. N., niedopuszczalne. Czyli adoptowany ma zawsze po adoptującym (ale tylko po nim a nie po jego krewnych) ustawowe prawo spadkowe, ale nie na odwrót, to j. adoptujący nie ma prawa spadkowego po adoptowanym. Jest więc tak, jak w prawie austriackiem, tylko że w prawie austriackiem może to być zmienionem przez umowę adopcyjną, a w prawie polskim nie.

c) Właściwością kodeksu cyw. Kr. p. (za K. N.) jest prawo zwrotu określone w art. 316, 317 i 318. Powiedzieliśmy, że adoptujący nie ma prawa spadkowego po adoptowanym. Natomiast zacytowane artykuły dają mu prawo żądać zwrotu rzeczy wymienionych w art. 316 i w oznaczony tam sposób, pod następującemi warunkami:

α) Żądać zwrotu może przysposabiający lub jego zstępni, ale nie inni krewni przyspasabiającego (czy także inne przysposobione dzieci przysposabiającego mogą żądać zwrotu, jest sporne).

β) Zwrot może być żądanym, jeżeli przysposobiony zmarł bezpotomnie, to j. bez zstępnych, jeżeli ci zstępni zmarli bezpotomnie jeszcze za życia przysposabiającego, ale jeżeliby zmarli po śmierci przysposabiającego, to, chociaż nie zostawiliby swoich zstępnych, zwrot nie może być żądanym.

Takie są różnice między pr. austr. a polskim. Podnieść należy momenty, w których są te prawa zgodne. Przedewszystkiem zgodne są w tem, że adoptowany nie zrywa związków krwi z rodziną rzeczywistą. Zgodne są w uregulowaniu kwestji alimentów. Zgodne są w kwestji legitymy (z zastrzeżeniem naturalnie różnic, jakie co do samej tej instytucji zachodzą). Wreszcie podnosimy jeszcze jedną zgodność z pewnym naciskiem, bo w dotyczącej

kwestji k. c. Kr. p. nie poszedł za K. N. i w art. 315 (odpowiadającym artykułowi 350 K. N.) dodał zdanie: „W przypadku śmierci przysposobionego za życia przysposabiającego zstępnym przysposobionego służy prawo zastępstwa“. Przez to przyznanie zstępnym adoptowanego prawa reprezentacji K. c. Kr. p. stanął na równi z k. c. a., gdy kodeks Napoleona ograniczył prawo spadkowe tylko do samego adoptowanego. W każdym razie, choćby ta kwestja była w prawie francuskim sporną, to w prawie polskim, przez owo dodane do art. 315 k. c. Kr. pol. zdanie stała się niewątpliwą.

Prawo niemieckie zajmuje to samo stanowisko, na którem stoją dwa inne kodeksy, że adopcja nie rozrywa stosunku dziecka adoptowanego do rzeczywistych rodziców. Prawa spadkowe i kwestja alimentacji w stosunku dziecka adoptowanego do rodziców rzeczywistych są wszędzie jednakowo uregulowane, wszędzie też adoptujący nie nabywa praw spadkowych po adoptowanym, ale o ile idzie o odwrotny stosunek, to jest o prawa spadkowe (ustawowe i o legitymę) adoptowanego do adoptującego, to wszystkie trzy kodeksy przyznają je zgodnie adoptowanemu, ale gdy dla prawa francuskiego i polskiego oświadczyłem się za niemożnością usunięcia ich przez umowę adopcyjną (bo kodeks nie pozwala tego wyrażnie), to wedle kodeksu austriackiego i niemieckiego kwestja jest wyraźnie rozstrzygniętą, bo oba kodeksy dają w tym kierunku umowie adopcyjnej szerokie pole (§ 184 k. c. a. i § 1767 k. c. n.). Ta jednak zachodzi różnica między kodeksem niemieckim a kodeksem austriackim, że wedle pierwszego tylko dwa wymienione w § 1767 ust. 1 momenty mogą być zmienione, a wszystkie inne w kodeksie zawarte postanowienia nie mogą ulegać zmianie, wedle kodeksu austriackiego zaś wszystko może być w umowie zmodyfikowane lub usunięte z wyjątkiem sprawy nazwiska. W tej ostatniej kwestji kodeks niemiecki różni się od francuskiego i polskiego, bo łączenia nazwisk nie czyni przymusowem, ale różni się też od austriackiego, bo łączenie nazwiska uważa za dozwolone, chyba że umowa go zabroni, a wedle kodeksu austriackiego łączenie jest zakazane, chyba, że umowa na nie dozwoli (§ 1758 k. c. n. 182 k. c. a.) Wreszcie zwracamy uwagę na postanowienie zawarte w § 1762, właściwe tylko prawu niemieckiemu, tudzież na przypadek, który w prawie austriackim uznaliśmy za sporny (czy ojciec nieślubny obowiązany jest do alimentowania przed adoptującym), a który w § 1766 k. c. n. wydaje się rozstrzygniętym w ten sposób, że przedewszystkiem obowiązany jest do alimentów ojciec przysposabiający.

Konsekwencją postanowienia K. N. i k. c. Kr. p., że przysposobiony musi być pełnoletni, jest to, że tylko k. austriacki i niemiecki mówią o władzy rodzicielskiej względnie ojcowskiej adoptującego, a k. c. n. o użytkowaniu majątku adoptowanego przez adoptującego, co jednak może być umową adopcyjną wykluczone.

W końcu zaznaczamy, że k. c. n. w §§ 1768 do 1772, a k. c. a. w § 185 podają postanowienie o zniesieniu adopcji. K. c. Kr. p. nie zawiera takich postanowień.

Reasumując stwierdzamy, że skutki adopcji polegają wedle wszystkich kodeksów, które porównujemy, na zmianie nazwiska adoptowanego (na czym ta zmiana polega, przedstawiliśmy wyżej) i na powstaniu wzajemnego stosunku alimentacyjnego. Wszędzie także powstają dla adoptowanego prawa spadkowe po adoptującym (nie na odwrót), mogą być jednak wedle k. c. n. i k. austr. przez umowę adopcyjną wykluczone. (dla prawa franc. i pol. oświadczyliśmy się za niedopuszczalnością zmiany przez umowę adopcyjną). O skutkach adopcji w dziedzinie prawa małżeńskiego mówiliśmy w tomie I.

IV. Legitymacja.

A) Przepisy obowiązujące.

A) K. c. Kr. p.

§ 291. Dzieci nie w małżeństwie zrodzone,¹ wyjąwszy zrodzone w związku kazirodzkim lub cudzołożnym, mogą być uprawnionami przez małżeństwo ich rodziców następnie zawarte, jeżeli ci przed małżeństwem prawnie je uznali, lub gdy je przy spisaniu aktu małżeństwa uznają, albo w ciągłym posiadaniu stanu dzieci prawych zostawia.

Art. 292. Dzieci, w ciągu trwającego na czas nieograniczony rozłączenia od stołu i łoża spółdzone, mogą być przez połączenie się na nowo ich rodziców uprawnionami, gdy je rodzice bądź w akcie urodzenia, bądź przy wpisaniu w księgi aktów stanu cywilnego przyzwolenia właściwego sądu cywilnego na nowe ich połączenie się uznają, albo je w ciągłym posiadaniu stanu dzieci prawych zostawia.

Art. 293. Uprawnienie nastąpić może nawet względem dzieci zmarłych, które zstępnych zostawiły, a z uprawnienia takiego korzystają ciż zstępni.

Art. 294. Dzieciom przez następne małżeństwo podług art. 291. uprawnionym służą też same prawa, jakieby im służyły, gdyby były z tegoż małżeństwa zrodzone, nie ubliżając prawom, przez trzecie osoby przed uprawnieniem już nabytym.

Art. 295. Dzieci w ciągu trwającego na czas nieograniczony rozłączenia co do stołu i łoża spółdzone, a przez połączenie się na nowo ich rodziców podług art. 292 uprawnione, używają tychże samych praw, jakieby im służyły, gdyby w czasie ich urodzenia małżeństwo ich rodziców nie było rozłączone.

Art. 296. Uprawnienie dzieci naturalnych nastąpić także może przez postanowienie króla na żądanie obojga rodziców lub ojca samego, wyjąwszy dzieci, które z mocy artykułu 291 są wyłączone od dobrodziejstwa uprawnienia przez następne małżeństwo.

Art. 297. Uprawnienie z mocy postanowienia króla nadaje dzieciom uprawnionym wszelkie prawa dzieci prawych obojga rodziców, jeżeli oboje uprawnienia domagali się, lub ojca, jeżeli on sam tylko uprawnienia żądał. Dziecię jednak tym sposobem uprawnione nie nabywa praw familijnych ani względem wstępnych, ani względem bocznych krewnych ojca i matki swej, lub ojca, jeżeli sam tego żądał.

B) Kodeks cyw. austriacki.

§ 160. Dzieci urodzone z nieważnego małżeństwa nie takiego jednak, względem którego zachodzą przeszkody w § 62–64 przywiedzione, uważane być mają za ślubne, jeżeli przeszkoda do małżeństwa została później usunięta, albo jeżeli chociaż tylko jedno z ich rodziców znajdowało się w bezwinnnej niewiedomości o przeszkodzie, w tym jednak ostatnim przypadku dzieci nie mają żadnego prawa do majątku, który według ustanowień familijnych zachowanym jest jedynie dla ślubnego potomstwa.

§ 161. Dzieci nie urodzone w małżeństwie, które atoli wskutek następnego małżeństwa ich rodziców wchodzi do familji, uważane będą wraz z ich potomstwem za dzieci ślubne; nie mogą jednak zaprzeczać pierworodztwa i innych nabytych już praw dzieciom ślubnym, urodzonym z innego małżeństwa, które tymczasem istniało.

§ 162. Nieślubność urodzenia nie może zmniejszać poważania dziecięcia w obywatelstwie ani mu być przeszkodą do dalszego jego zawodu. Pod tym względem nie potrzebuje ono uznania przez Monarchę za dziecię ślubne. Tylko rodzice w przypadku, jeżeli chcą, aby dziecię naturalne zarówno ze ślubnemi używało przywilejów stanu lub prawa spadkowego do majątku wolno dziedzicznego, mogą prosić monarchy o uznanie go za ślubne. Przywilej ten nie ma żadnego skutku względem innych członków familji.

C) Kodeks cyw. niemiecki.

I. Legitymacja przez następujące małżeństwo.

Wymaganie, skutek.

§ 1719. Dziecko nieślubne zyskuje przez to, że ojciec wchodzi w związki małżeńskie z matką, z chwilą zawarcia małżeństwa stanowisko prawne dziecka ślubnego.

Domniemanie ojcowstwa.

§ 1720. Małżonek matki uchodzi za ojca dziecka, jeżeli obcował z nią w ciągu czasokresu poczęcia oznaczonego w § 1717 ust. 2 gi, chyba że stosownie do okoliczności jest widocznie niemożliwem, aby matka poczęła dziecko z tego obcowania. Jeżeli mąż po narodzeniu dziecka uzna w publicznym dokumencie swoje ojcowstwo, to jest domniemanie, że z matką obcował w ciągu czasokresu poczęcia.

Wpływ nieważności małżeństwa.

§ 1821. Jeżeli małżeństwo rodziców jest nieważne, to przepisy §§ 1699 do 1794 mają odpowiednie zastosowanie.

Skutek ze względu na potomków.

§ 1722. Zawarcie małżeństwa między rodzicami ma ze względu na potomków dziecka nieślubnego skutki legitymacji także wówczas, jeżeli dziecko zmarło przed zawarciem małżeństwa.

Uznanie ślubności (Ehelichkeitserklärung).

Zarządzenie władzy państwowej.

§ 1723. Dziecko nieślubne może być uznanem za ślubne na wniosek swego ojca przez zarządzenie władzy państwowej.

Uznanie ślubności służy temu państwu związkowemu, do którego należy ojciec; jeżeli ojciec jest Niemcem, który nie należy do żadnego państwa związkowego, to uznanie ślubności służy kanclerzowi państwa.

Agendy służącego państwu związkowemu prawa uznawania ślubności, wykonywa rząd krajowy (Über die Erteilung der einem Bundesstaate zustehenden Ehelichkeitserklärung hat die Landesregierung zu bestimmen).

§ 1724. Uznanie ślubności nie może nastąpić pod warunkiem lub oznaczeniem czasokresu.

Wniosek ojca.

§ 1725. Wniosek musi zawierać oświadczenie ojca, że dziecko uznaje za swoje.

Zezwolenie interesowanych.

§ 1726. Do uznania ślubności potrzebnem jest zezwolenie dziecka tudzież, jeżeli dziecko nie ukończyło dwudziestego pierwszego roku życia, zezwolenie matki. Jeżeli ojciec jest żonaty, to potrzebuje także zezwolenia swojej żony.

Zezwolenie ma nastąpić wobec ojca lub wobec władzy, której należy wniosek doręczyć; zezwolenie jest nieodwołalne.

Zezwolenie matki jest niepotrzebne, jeżeli matka trwale nie jest w stanie składać oświadczenia lub jeżeli jej pobyt jest trwale nieznany. To samo obowiązuje co do zezwolenia żony ojca.

Zastąpienie zezwolenia matki.

§ 1727. Jeżeli matka odmawia zezwolenia, to może być ono na wniosek dziecka zastąpionem przez zezwolenie sądu opiekuńczego, gdyby zaniechanie uznania ślubności wyrządziło dziecku niestosunkową szkodę.

Zastępstwo interesowanych.

§ 1728. Wniosek o uznanie ślubności tudzież zezwolenie osób wymienionych w § 1826 nie może być dokonaniem przez zastępcę.

Jeżeli dziecko jest niezdolne do działania, lub jeżeli nie ukończyło czternastego roku życia, to zezwolenia może udzielić jego ustawowy zastępca z zatwierdzeniem sądu opiekuńczego.

§ 1729. Jeżeli ojciec jest ograniczony w zdolności do działania, to samo obowiązuje w kwestji jego zezwolenia.

Jeżeli matka dziecka lub żona ojca jest ograniczoną w zdolności do działania, to do jej przyzwolenia nie jest potrzebną zgoda ustawowego zastępcy.

Forma wniosku, forma przyzwolenia.

§ 1730. Wniosek tudzież oświadczenie, zawierające przyzwolenie osób wymienionych w § 1726, wymagają sądowego lub notarialnego udokumentowania.

Wzruszalność wniosku, wzruszalność przyzwolenia.

§ 1731. Jeżeli wniosek lub przyzwolenie jednej z osób wymienionych w § 1726 jest wzruszalny, to w sprawie wzruszenia i w sprawie potwierdzenia wzruszalnego oświadczenia obowiązują przepisy §§ 1728, 1729.

Wpływ zakazu małżeństwa między rodzicami.

§ 1732. Uznanie ślubności jest niedopuszczalne, jeżeli w czasie spółnienia dziecka małżeństwo między rodzicami było zakazane wedle § 1310 ust. 1szy z powodu pokrewieństwa lub powinowactwa.

Śmierć dziecka, śmierć ojca.

§ 1733. Unanie ślubności nie może nastąpić po śmierci dziecka.

Po śmierci ojca uznanie ślubności jest tylko wtedy dopuszczalne, jeżeli ojciec doręczył wniosek właściwej władzy lub jeżeli przy lub po sądowym lub notarialnem udokumentowaniu wniosku zlecił doręczenie sądowi lub notariuszowi.

Uznanie ślubności dokonane po śmierci ojca ma ten sam skutek, jak gdyby nastąpiło przed śmiercią ojca.

Odmowa.

§ 1734. Można odmówić uznania ślubności, nawet wówczas, jeżeli nie zachodzi ustawowa przeszkoda.

Braki w założeniach.

§ 1635. Na skuteczność uznania ślubności niema wpływu, jeżeli ten, który stawia wniosek, nie jest ojcem dziecka lub żoną ojca trwale nie jest w stanie składać oświadczeń lub jeżeli jej pobyt jest trwale nieznanym.

Skutki; stanowisko dziecka.

§ 1736. Przez uznanie ślubności dziecko zyskuje prawne stanowisko dziecka ślubnego.

Pokrewieństwo i powinowactwo.

§ 1737. Skutki uznania ślubności rozciągają się na potomków dziecka; nie rozciągają się na krewnych ojca. Żona ojca nie jest powinowatą dziecka, małżonek dziecka nie jest powinowatym ojca.

Prawa i obowiązki, wynikające ze stosunku pokrewieństwa pomiędzy dzieckiem a jego krewnymi, pozostają niezmiennie, o ile ustawa inaczej nie postanawia.

Stanowisko matki.

§ 1738. Z chwilą uznania ślubności matka traci prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka. Jeżeli ma obowiązek dostarczania dziecku utrzymania, to prawo jej i obowiązek na nowo odżywają, jeżeli władza rodzicielska ojca zgaśła lub jeżeli spoczywa z powodu niezdolności do działania ojca lub stosownie do § 1677.

Utrzymanie dziecka.

§ 1739. Ojciec jest obowiązany utrzymywać dziecko i jego potomków przed matką i przed macierzystymi krewnymi.

Małżeństwo ojca.

§ 1740. Jeżeli ojciec chce wejść w związki małżeńskie, w czasie, gdy ma władzę ojcowską nad dzieckiem, to mają zastosowanie przepisy §§ 1669 do 1671.

B) Legitymacja per subsequens matrimonium.

Prawo austriackie używa wyrażenia „legitymacja“ także i w przypadku konwalidacji małżeństwa. Jest to jednak niewłaściwe rozszerzenie pojęcia legitymacji, nie naśladowane zresztą przez inne kodeksy. W dalszym ciągu będziemy mieli na oku tylko legitymację per subsequens matrimonium i per rescriptum principis. Najpierw będziemy mówić o legitymacji per subsequens matrimonium.

Legitymacja jest fikcją, że dziecko nieślubne staje się przez zawarcie małżeństwa między temi osobami, które je spłodziły, ślubnem. Prawne skutki, a mianowicie, że dziecko nieślubne wchodzi w rodzinę, jako krewne, z prawami spadkowemi, pod władzę rodzicielską etc., powstają przez to i z tą chwilą, gdy matka dziecka nieślubnego i mężczyzna, który je spłodził, zawarli małżeństwo. Aby te skutki powstały, potrzeba tylko małżeństwa, a niczyjego zezwolenia ani zgody. Skutki te powstają przeto ipso iure. przez sam fakt zawarcia małżeństwa. Zgodne są też wszystkie trzy kodeksy w tem, że skutki powstają dopiero od chwili zawarcia małżeństwa, a nie cofają się wstecz. Aby wyrównać pole, powiemy odrazu, że także i przez to upodobnione zostały kodeksy, iż ograniczenie, które istniało w artykule 291 k. c. Kr. p. co do dzieci zrodzonych w kazirodztwie, lub cudzołóstwie, zostało przez prawo z 13/26 maja 1913 zniesione. Zgodności przepisów dowodzi także fakt, że subsequens matrimonium daje stanowisko i prawa dziecka ślubnego potomkowi dziecka nieślubnego, chociaż w chwili legitymacji dziecko nieślubne już nie żyło (w Austrii § 161 k. c. a. zniósł patent z 22 lutego 1791 nr. 115 zb. u. s.).

Ta zgodność przepisów jest dowodem wyrobienia samej instytucji, ale też i tej okoliczności, że nie są to kwestje prawniczo trudne. Trudności zaczynają się dopiero w punkcie, w jaki sposób stwierdzony ma być związek (ojcowsstwo) między wchodzącym w związek małżeński a legitymowanym dzieckiem. Idzie oczywiście o prawnicze określenie tego związku. K. c. Kr. p. w artykule 291 określa ten związek w ten sposób, iż za legi-

tymowane uważa 1) dzieci przed małżeństwem przez rodziców prawnie uznane, 2) dzieci uznane przy spisaniu aktu małżeństwa, wreszcie 3) dzieci znajdujące się w ciągłym posiadaniu stanu. K. austr. mówi w § 161 tylko o „rodzicach“ dzieci, spłodzonych poza małżeństwem, ale w tym miejscu, to j. przy legitymacji, nie zajmuje się kwestją, jak ten związek ma być udowodniony. Prawo niemieckie w § 1720 k. c. n. wprowadza dwa domniemania: obcowanie męża z żoną w okresie poczęcia i uznanie dziecka przez ojca w publicznym dokumencie. To drugie domniemanie mieści w sobie pierwsze.

Najprostszy obraz sytuacji faktycznej daje k. c. Kr. p. w dwóch pierwszych przypadkach. Legitymacja staje się udziałem tych dzieci, które przed zawarciem małżeństwa lub przy spisaniu aktu małżeństwa zostały uznane. Jasną jest także sprawa w prawie niemieckim, gdy mąż uznał dziecko w dokumencie publicznym. Ale jak jest w prawie austriackim i w reszcie przypadków wedle innych kodeksów. Czy ma być przeprowadzonym proces o ojcostwo, a wówczas kto go wszczyna? Rzecz nie jest łatwą do rozstrzygnięcia, gdy się zważy, że w grze są interesy tak męża, jak dziecka, jak i innych dzieci rodziców. Aby zyskać należyty obraz tych stosunków, musimy odtworzyć sobie sprawę w jej chronologicznym rozwoju, wedle wszystkich trzech kodeksów.

W Austrii mogą zajść dwa przypadki: w metryce chrztu dziecka nieślubnego było zanotowanym nazwisko ojca nieślubnego lub też nie miało to miejsca. W pierwszym przypadku rząd krajowy zarządza na podstawie metryki ślubu wpis legitymacji do księgi urodzin, w drugim przypadku metryka ślubu nie wystarczy, ale potrzeba oświadczenia rodziców, stwierdzającego ojcostwo (rozp. min. spr. z d. 17/6 1907 l. 1725, dz. rozp. min. spr. z r. 1908 str. 41).

W dalszym rozwoju należy znowu odróżnić dwa przypadki: wpis legitymacji (to jest powyżej omówione wpisy zawarcia małżeństwa i oświadczenia rodziców względnie tylko pierwszego) nastąpił lub wpis nie nastąpił.

W pierwszym przypadku „tymczasowo“ księga metryk dowodzi ślubności dziecka, t. j. dowodzi ojcostwa męża. Tak mąż jednak, jak dziecko, jak i trzecie osoby interesowane mogą w drodze sporu zaprzeczyć ojcostwa, przyczem w dowodzie nie są ograniczone żadnymi przepisami ustanowionymi na korzyść ślubnego pochodzenia.

W drugim przypadku, t. j. jeżeli legitymacja nie została wpisana do księgi urodzin, dochodzi dziecko ojcostwa w taki sposób, w jaki sposób dochodzi się wogóle nieślubnego ojcostwa.

Powyższy obraz nakreśliłszy konsekwentnie z poglądem, któryśmy wyżej rozwinęli o znaczeniu ksiąg metrykalnych wedle prawa austriackiego. W prawie niemieckim, rzecz się ma tak

samo o tyle, że wpis do ksiąg wystarcza także tylko tymczasowo i że mimo wpisu otwartą jest droga dla sporu. Różnice wypływają z różnego urządzenia ksiąg stanu cywilnego, wskutek czego uznanie ojcostwa może być wpisane do rejestru małżeństw, jeżeli nastąpiło przy zawieraniu małżeństwa, natomiast wpisuje się do rejestru urodzin, jeżeli nastąpiło przed lub po zawarciu małżeństwa. W każdym razie w życiu codziennym i dla wykazania się wobec władz wystarczą takie wpisy do ksiąg stanu cywilnego, jak jednak powiedzieliśmy, interesowani mają prawo wnieść skargę o ustalenie stanu rodzinnego i tutaj jest różnica między prawem niemieckim a austriackim. Gdy prawo austriackie żadnych specjalnych postanowień co do dowodu nieślubnego ojcostwa nie zawiera, to prawo niemieckie daje w tym względzie w § 1720 dwa domniemania. Gdyby drugiego z tych domniemań nie było, to obowiązywałyby w sprawie udowodnienia obcowania w czasie krytycznym te przepisy, które obowiązują wogóle w sprawie dochodzenia nieślubnego ojcostwa. Tymczasem domniemanie w § 1720 ustęp drugi sprawia, że przyjmuje się za stwierdzone, iż obcowanie w krytycznym czasie miało miejsce, co wedle ustępu pierwszego § 1720 wywołuje znowu domniemanie, iż mąż jest ojcem dziecka. Zaprzeczający może wobec tego tylko udowodnić, że obcowania albo wogóle nie było, albo że się odbyło nie w krytycznym czasie (np. mąż był przez cały czas krytyczny bez przerwy na okręcie). Jeżeli jednak dowodu tego nie przeprowadzono, to wówczas fakt obcowania jest udowodniony, a z faktu tego wynika znowu ojcostwo męża, choćby ze żoną w czasie krytycznym kto inny także obcował. W takim stanie rzeczy ojcostwo może być zaprzeczone tylko przez dowód przeciwny, iż jest widocznie niemożliwym, by matka z tego obcowania dziecko poczęła (n. p. mąż był niezdolny do płodzenia etc.).

Co do kodeksu cywilnego Królestwa Pol., to dla uniknięcia nieporozumień zaznaczamy, że kodeks polski przez przyjęcie słów „albo w ciągłym posiadaniu stanu dzieci prawych została” odbiegł od kodeksu Napoleońskiego i uprzedził jego reformę dokonaną przez ustawę z 30/XII 1915 r. i przez ustawę z 7/IV 1917 r. Wedle kodeksu polskiego nie potrzeba przeto, aby uznanie nastąpiło przed małżeństwem, jak tego wymagał pierwotnie. K. N. Wedle Kodeksu cyw. Królestwa Pol. są trzy ewentualności: a) uznanie przed małżeństwem, b) uznanie przy spisaniu aktu małżeństwa, c) posiadanie stanu. Dwie pierwsze ewentualności mają na myśli dobrowolny krok ze strony rodziców. Trzecia ewentualność ma na myśli stwierdzenie ojcostwa w drodze sporu. Jest jednak rzeczą oczywistą, że w drodze sporu może dziecko dochodzić nieślubnego ojcostwa także i na podstawie innych danych, a nie tylko na podstawie posiadania stanu. Gdyby tak było, t. j. gdyby dziecko uzyskało uznanie przez wyrok, ale nie na podstawie posiadania stanu,

to zachodziłoby pytanie, czy tylko wówczas wyrok taki dawałby legitymację, gdyby zapadł przed małżeństwem, czy też także i wówczas, gdyby zapadł po małżeństwie. Z tekstu art. 291 wynika, że tylko wyrok przed małżeństwem ma znaczenie dla legitymacji. Należy się jednak spodziewać, że to jest tak subtelna różnica, iż w praktyce nie będzie dostrzeżoną i że każdy wyrok wystarczy do legitymacji. W takim stanie rzeczy, jaki dopiero co przedstawiliśmy, skarga o zaprzeczenie ojcostwa opierać się będzie na artykule 304 kodeksu cywilnego Król. Pol., o czym mówić będziemy w rozdziale o dzieciach nieślubnych.

C) Legitymacja per rescriptum principis.

Prawo francuskie nie przyjęło legitymacji per rescriptum principis. Kodeks cywilny Król. pol. mówi o niej w art. 296 i 297, zmienionych przez ustawę z 13/26 maja r. 1913 w ten sposób, że wyłączenie od niej dzieci zrodzonych z kazirodztwa i cudzołóstwa zostało uchylone. O legitymację przez „zezwolenie najwyższe“, jak mówi zacytowana ustawa, mogą prosić oboje rodzice lub tylko ojciec i wedle tego dzieci stają się prawami wobec obojga rodziców lub tylko wobec ojca. Legitymacja ta tem różni się od legitymacji per subsequens matrimonium, że pokrewieństwo legitymowanego dziecka nie rozciąga się na wstępnych i bocznych krewnych rodziców względnie ojca (odnosi się natomiast do zstępnych), gdy tymczasem legitymacja per subsequens matrimonium nie czyni żadnej różnicy między dziećmi ślubnymi a legitymowanymi.

W prawie austriackiem o legitymacji per rescriptum principis mówi § 162 k. c. a. § 753 k. c. a., §§ 263 do 265 pat. niesp. § 109 normy jur., r. m. s. z d. 2/2 1913 l. 5776, najw. post. z d. 18 maja 1917 i rozp. z d. 29/6 1850 l. 257 d. u. p.

Wedle § 162 k. c. a. prośbę o legitymację wnoszą rodzice, ale nie ulega wątpliwości, że zgoda matki nie jest konieczna. W tym punkcie nie byłoby przeto różnicy między prawem austriackiem a polskim, to j. wedle obydwóch prośbę mogą wnieść oboje rodzice lub tylko ojciec. Zgodne są też oba kodeksy w tem, że legitymacja tego rodzaju rozciąga się tylko do rodziców względnie tylko do ojca, a nie do innych krewnych (czy także i zstępnych krewnych ojca, nie jest rozstrzygnięte). Zresztą w pr. austr. reskrypt monarchy może rozszerzyć, ścieścić etc. skutki tej legitymacji. Natomiast różnica między powyższymi prawami jest ta, że wedle prawa austriackiego potrzebnem jest do tej legitymacji przyzwolenie dziecka względnie w razie jego małoletności przyzwolenie sądu opiekuńczego. Przepisy prawa austriackiego mówią jeszcze o przesłuchaniu innych osób, ale zaniechania ich przesłuchania nie wywiera wpływu na udzielenie lub odmowę legitymacji. W prawie polkiem o zezwoleniu dziecka niema mowy.

W końcu nadmieniamy, że w czasie wojny wyszły ułatwienia przy legitymacji dzieci poległych żołnierzy.

Inną szatę ma ta kwestja w prawie niemieckiem. Legitymacji udziela władza państwowa (np. w Prusach minister sprawiedliwości), a nie sam monarcha. Stąd nazwa „uznanie dziecka za ślubne (Ehelichkeitserklärung)“. Z resztą jednak w zasadniczych punktach zgadzają się co do tej legitymacji oba kodeksy, to jest co do potrzeby zezwolenia dziecka i co do tego, że skutkiem tej legitymacji jest tylko pokrewieństwo między legitymowanym dzieckiem a ojcem, a niema pokrewieństwa z krewnymi ojca. Natomiast różnice między prawem austriackiem a niemieckiem są następujące:

Prawo niemieckie.

1. Kodeks niemiecki mówi o uznaniu dziecka za ślubne (Ehelichkeitserklärung) przez władzę państwową.

2. Wniosek stawia ojciec (§ 1723).

3. Do uznania za ślubne potrzebnem jest:

a) zezwolenie dziecka,

b) zezwolenie matki, jeżeli dziecko nie ukończyło 21 roku życia,

c) zezwolenie żony proszącego.

4. Dziecko legitymowane nie wchodzi w stosunek pokrewieństwa wogóle z krewnymi ojca, a więc dzieci ojca nie stają się rodzeństwem dziecka legitymowanego. Kodeks niem. mówi bowiem, że „skutki nie rozciągają się na krewnych ojca“, a więc wszystkich krewnych.

Prawo austriackie.

1. Kodeks austr. mówi o łasce monarchy (Begünstigung des Landesfürsten).

2. Prośbę wnoszą rodzice (jednak w praktyce wystarczy prośba ojca).

3. Pr. austriackie zgodne jest z niemieckiem w punkcie a), p. § 263 pat. niesp. Co do punktu b), to w prawie austr. w razie małoletności dziecka zezwolenie daje sąd opiekuńczy. Co do punktu c), to zezwolenie żony nie jest niezbędne.

4. K. a. mówi tylko o „równości z dzieckiem ślubnem“, nie rozstrzyga więc, czy dziecko legitymowane jest krewnym tylko ojca, czy także jego ślubnych dzieci W pr. p. art. 297, wyklucza od pokrewieństwa wstępnych i bocznych ojca, ale nic nie mówi o zstępnych ojca.

V. Wzięcie na wychowanie, opieka dobrowolna.

W prawie austriackiem i polskiem (za kodeksem Napoleona) znana jest instytucja wzięcia na wychowanie, nosząca w k. c. Kr. p. odrębną nazwę „opieki dobrowolnej (tutelle officieuse w K. N.)“. Treść jest ta sama, to j. dostarczanie dziecku utrzymania i wychowanie go, ale cel różny, który też decydująco wpłynął na odmienne prawnicze ukształtowanie instytucji w obydwóch kodeksach. W prawie austr. idzie zazwyczaj o wychowanie dzieci opuszczonych, zaniedbanych, sierot. W prawie pol-

skiem „opieka dobrowolna“ jest przygotowaniem do adopcji, mającym na celu złagodzenie jej warunków. W prawie francuskim instytucja wzięcia na wychowanie została rozwinięta przez ustawę z d. 29/7 1889; k. c. Kr. p. nie posunął się w tej kwestji dalej. Poznajmy najpierw przepisy obowiązujące.

1. Kodeks cywilny austriacki.

§ 186. Prawa i obowiązki przysposobicieli i przysposobieńców nie mogą być stosowane do dzieci, które są wzięte jedynie na wychowanie. Każdy może brać dziecię na wychowanie; jeżeli jednak strony chcą w tej mierze zawrzeć umowę, a przez nią dziecko miałoby być ograniczone w prawach swoich, lub jeżeli na nie miałyby być nałożone szczególne obowiązki; natenczas umowa ta powinna być przez sąd zatwierdzoną. Wychowujący nie mają żadnego prawa do zwrotu kosztów na wychowaniełożonych.

2. Kodeks cywilny Król. polskiego.

Art. 326. Każda osoba, mająca lat pięćdziesiąt skończonych, będąca bez dzieci i zstępnych prawych, która zechce małoletnie dziecko tytułem prawnym do siebie przywiązać, może się stać dobrowolnym jego opiekunem, za otrzymaniem zezwolenia od rodziców dziecka, lub od ojca, gdy matka jest temu przeciwna, albo nakoniec jeżeli jedno z nich nie żyje, od tego, które przeżyło, a w braku tych, od rady familijnej lub opiekuńczej; jeżeli zaś dziecko znajduje się pod opieką szpitala, za otrzymaniem zezwolenia od przełożonych szpitala, do którego jest przyjęte.

Art. 327. Małżonek nie może zostać dobrowolnym opiekunem, tylko za zezwoleniem swego współmałżonka.

Art. 328. Sędzia pokoju, względem zamieszkania dziecka właściwy, spisze wywód słowny żądań i zezwoleń, tyczących się opieki dobrowolnej.

Art. 329. Opieka ta nie może mieć miejsca, tylko na korzyść dzieci nie mających lat ośmnastu ukończonych. Pociąga za sobą bez nadwężenia szczególnych umów, obowiązek żywienia wziętego w opiekę dziecka, wychowania onego, i postawienia go w stanie utrzymania nadal życia.

Art. 330. Jeżeli wzięty w opiekę dobrowolną ma majątek i jeżeli był pierwaj w opiece, zarządzanie majątkiem jego, równie jak osoba, przechodzi do opiekuna dobrowolnego, który jednak nie będzie mocen potrącać kosztów utrzymania małoletniego z dochodów.

Art. 331. Jeżeli opiekun dobrowolny po upłynieniu lat dwóch od przyjęcia opieki, przewidując zgon swój przed pełnoletnością wziętego w opiekę, daje mu przysposobienie przez testament, i gdy śmierć tegoż przyspasabiającego opiekuna przed upłynieniem trzech miesięcy po dojściu do pełnoletności przysposobić się mającego nastąpiła, rozporządzenie takowe będzie

ważne, byleby tylko opiekun przysposabiający nie zostawił dzieci lub zstępnych prawych.

Art. 332. W przypadku, gdyby opiekun dobrowolny umarł przed upłynieniem lat dwóch, albo gdyby umarł po ich upłynieniu, nie przysposobiwszy jednak wziętego w opiekę, powinny temuż być dostarczane przez ciąg małoletności środki utrzymania się, których ilość i rodzaj, jeżeli w tej mierze przez formalny układ wprzód zarządzone nie było, ustanowione będą bądź zgodnie między zastępującymi tak opiekuna dobrowolnego, jak i w opiekę wziętego bądź, sądownie w przypadku sporu.

Art. 333. Jeżeli za dojściem wziętego w opiekę do pełnoletności opiekun dobrowolny chce go przysposobić, a on na to przystaje, postąpione będzie w przysposobieniu podług form w dziale poprzedzającym przepisanych i skutki tego przysposobienia we wszelkich względach będą też same.

Art. 334. Jeżeli żądania o przysposobienie, przez wziętego w opiekę do opiekuna dobrow. w ciągu trzech miesięcy po dojściu do pełnoletności zanoszone, bez skutku zostają, a w opiekę wzięty nie jest w stanie nadal utrzymania życia swego, opiekun dobrowolny może być skazany na wynagrodzenie w opiekę wziętego za niezdolność, w którejby się mógł znajdować co do sposobu utrzymania się.

Wszakże wynagrodzenie to zależeć będzie na daniu w opiekę wziętemu pomocy stosownej do osiągnięcia sposobu do życia, nie nadwężając umów szczególnych, jakieby na przypadek takowy zawartemi zostały.

Art. 335. Opiekun dobrowolny, któryby jakimkolwiek majątkiem wziętego w opiekę zarządzał, powinien w każdym przypadku zdawać rachunek z zarządzania swojego.

Instytucja „wzięcia na wychowanie“ nie została w kodeksie austriackim dokładnie określona. Jeżeli między biorącym na wychowanie a dzieckiem (zobaczmy niżej, kto imieniem jego działa) został zawarty kontrakt, wówczas decyduje oczywiście ten kontrakt. Ale z punktu widzenia prawniczego można domagać się od kodeksu, aby normował przypadki, któreby w umowie nie były rozstrzygnięte, a które nasuwają się z natury rzeczy. Są niemi: a) Kto wykonywa władzę rodzicielską? Jeżeli kontrakt nic o tem nie mówi, władza pozostaje przy rodzicach rodzonych. Ale wówczas nasuwa się drugie pytanie: b) Jeżeli władza rodzicielska pozostaje przy rodzicach, jaką kompetencję ma biorący na wychowanie właśnie w sprawie wychowania i jak się załatwia konflikt? Odpowiedzi nie daje kodeks, wychodząc z trafnego założenia, że ta kwestja winna być ułożoną w kontrakcie. Gdyby się to nie stało, konflikt musiałby się zakończyć odebraniem dziecka. Jeżeli wychowujący nie chce się na to narażać, winien zawrzeć odpowiednią umowę i dać ją stosownie do § 186 k. c. a. sądowi opiekuńczemu do zatwierdzenia.

c) Biorący na wychowanie obowiązany jest utrzymywać dziecko, ale czy może wypowiedzieć sobie zwrot kosztów od ro-

dziców, od dziecka, a od tego ostatniego w formie usług, w formie pobierania dochodów z majątku dziecka, gdyby go miało, lub w formie zwrotu po dojściu do pełnoletności? Żadna z tych kwestyj nie jest rozstrzygniętą w kodeksie wyraźnie. Jesteśmy odesłani znowu do umowy, ale wówczas musimy zapytać, jaka jest różnica między tym familijno-prawnym kontraktem, który kodeks nazywa w § 186 „*Uebnahme in die Pflege*“, a zwykłym kontraktem odpłatnym, tak zw. *Kostkindervertrag* lub zwykły kontrakt usług. Jesteśmy zmuszeni do wniosku, że „wzięcie na wychowanie“, jako umowa familijna, zobowiązuje wychowawcę do dostarczania utrzymania bezwarunkowo na każdy wypadek, choćby umowa o zwrot, o odpłatę, nie była wykonywaną. Tak samo z umowy o wychowanie, jako familijno-prawnej, płynie obowiązek dziecka do pewnych bezpłatnych usług, do jakich zobowiązane jak dziecko wobec swych rodzonych rodziców w gospodarstwie domowym. Resztę zostawić musimy umowie. Gdyby jej nie było, gdyby nie była dokładną, gdyby obciążała dziecko, a nie była zatwierdzoną przez sąd opiekuńczy, to pewnem jest to tylko, że α) biorący na wychowanie nie może żądać zwrotu kosztów utrzymania, a dziecko obowiązane jest do usług tylko w powyżej określonych granicach, tudzież β) umowa, któraby sprzeciwiała się temu, nie byłaby umową o wychowanie, ale inną, nie familijno-prawną, umową.

d) Jakim jest stosunek biorącego na wychowanie do majątku dziecka. O tem powinna postanawiać umowa. Jeżeli jej niema lub nie mówi o tem, to zarząd majątku dziecka służy rodzonemu ojcu. Jeżeli umowa oddaje zarząd wychowawcy, to zasadniczo nie może on potrącać kosztów utrzymania z dochodów. Umowa może znowu inaczej orzekać, ale z ograniczeniami pod c). Ale jeszcze jedno pytanie: jeżeli umowa oddaje zarząd wychowawcy, to wedle jakich zasad go sprawuje? Nasuwa się analogja opieki i do przepisów o niej należy się też uciekać.

Daleko wyraźniej przedstawia się „opieka dobrowolna“ kodeksu cywilnego Królestwa polskiego. Na powyższe pytania znajdujemy następujące odpowiedzi:

a) Stanowisko dobrowolnego opiekuna jest stanowiskiem zwykłego opiekuna, jednak z następującymi ograniczeniami: opiekun dobrowolny ma nadzór nad wychowaniem (art. 330) i zarząd jego majątkiem, ale inne prawa rodziców pozostają nie naruszone, rodzicom więc służy użytkowanie majątku dziecka, rodzice udzielają zezwolenia na małżeństwo; w każdym razie umowa może inaczej postanowić co do użytkowania.

b) Gdy opiekunowi dobrowolnemu służy prawo nadzoru, nie może powstać między nim a rodzicami konflikt in puncto wychowania.

c) Wedle art. 329 na opiekunie dobrowolnym ciąży obowiązek utrzymania, a art. 330 zakazuje wyraźnie potrącać koszta

utrzymania z dochodów majątku dziecka. Umowa może wprowadzić modyfikację, ale gdyby jej nie było, rzecz jest postawiona jasno.

d) Zarząd sprawuje opiekun dobrowolny wedle zasad opieki, a jest to znowu wyraźnie w art. 335 powiedziane.

Dalsze różnice wynikają z różnicy celu tych dwóch instytucyj. Opieka dobrowolna jest przygotowaniem do adopcji, austriackie wychowanie jest aktem filantropji.

Stąd wypływają następujące konsekwencje :

K. c. Kr. p.

1. Opiekę dobrowolną może przyjąć:

α) każdy, kto skończył lat pięćdziesiąt,

β) nie ma dzieci i zstępnych prawych.

2. Wziętem pod opiekę dobrowolną może być tylko dziecko niżej lat ośmnastu.

3. Założeniami opieki są:

α) zezwolenie rodziców,

β) zezwolenie tylko ojca, jeżeli matka jest przeciwna,

γ) tego z rodziców, które przeżyło drugiego rodzica,

δ) w razie śmierci obojga, zezwolenie rady familijnej lub opiekuńczej względnie zakładu, w którym dziecko się znajdowało.

4. K. c. Kr. pol. przepisuje dla umowy o opiekę dobrowolną formę, p. art. 328.

5. Z natury opieki dobrowolnej, jako przygotowania do adopcji, płyną postanowienia zawarte w art. 332 i 334, na przypadek, gdyby adopcja nie przysłała do skutku.

K. c. austr.

1. Prawo austriackie nie zna żadnych ograniczeń.

2. Prawo austr. nie przyjmuje żadnych ograniczeń, wynika jednak z natury instytucji, że dziecko ma być w wieku wymagającym wychowania.

3. Prawo austr. nie zawiera specjalnych przepisów, mówi tylko, że umowa ma być zatwierdzona przez sąd, jeżeli przez nią prawa dziecka mają być uszczuplone lub na nie nałożone „szczególne“ obowiązki, a więc nie zwyczajne (płynące z wspólnego pożycia, z gospodarstwa domowego).

4. K. c. austr. nie przepisuje formy, wymaga tylko zatwierdzenia sądu w pewnych przypadkach.

5. Podobnych postanowień niema oczywiście w prawie austriackiem.

O adopcji będącej następstwem opieki dobrowolnej mówiliśmy wyżej na str. 151.

K. c. niem. nie zawiera szczególnych przepisów o tego rodzaju umowie, jaki wyżej omówiono.

Przedstawiliśmy stosunek między rodzicami a dziećmi w stanie normalnym, to jest gdy dzieci żyją wspólnie z rodzicami trwającymi w małżeństwie. Obecnie zwrócimy się do określenia tych stosunków w stanie anormalnym, to jest gdy wspólność małżeńska ustała.

Staraliśmy się z pewną usilnością wydobyć te problemy, które powinny być przez ustawę unormowane. Rezultat jest potwierdzeniem naszej opinii, że pod względem prawniczym kodeks cywilny niemiecki jest dziełem skończonym. Wystarczy przypomnieć jedną kwestję: sprawę władzy rodzicielskiej. Nie mamy nigdy wątpliwości w prawie niemieckim, czy i komu i w jakim zakresie służy. O dwóch innych kodeksach nie możemy tego powiedzieć. Wykazaliśmy także różnice w unormowaniu sprawy alimentów, a facit wypadł również na korzyść kodeksu niemieckiego.

Powtarzamy jednak, że ten sąd odnosi się do wartości prawniczych. O innych w tej książce nie mówimy.

ROZDZIAŁ DZIESIĄTY.

Wpływ rozwodu, separacji i unieważnienia małż. na stosunki między rodzicami a dziećmi.

I. Obowiązujące przepisy.

A) Kodeks cywilny Królestwa polskiego.

Art. 260. Uznanie małżeństwa za nieważne nie niszczy przecież wynikłych z niego skutków cywilnych tak względem małżonków, jako też względem dzieci, jeżeli małżeństwo zawarte było w dobrej wierze.

Art. 261. Jeżeli dobra wiara z jednej tylko była strony, skutki cywilne małżeństwa jej tylko i dzieciom z tegoż małżeństwa spłodzonym służą.

Art. 267. Rozłączenie co do stołu i łoża na czas nieograniczony pociąga za sobą wszelkie skutki cywilne rozwodu.

Art. 268. Gdy małżonkowie co do stołu i łoża na czas nieograniczony rozłączeni, odstępując od takowego rozłączenia, zyskują na to przyzwolenie właściwego sądu cywilnego, małżeństwo w swych skutkach cywilnych uważa się jakoby na nowo zawarte od dnia tegoż przyzwolenia.

Co do stosunków majątkowych służą przepisy art. 210.

Art. 269. Rozłączenie co do stołu i łoża, do pewnego czasu ograniczone nie znosi żadnych cywilnych małżeństwa skutków, ale środki tymczasowo zaradcze, jakie w dziale II niniejszego tytułu są postanowione, znajdują miejsce aż do upłynienia czasu, do którego rozłączenie wyrzeczzone zostało, albo do chwili odstąpienia od niego dobrowolnie.

Art. 270. Tak rozwód, jako i rozłączenie co do stołu i łoża na czas nieograniczony, nie pozbawiają dzieci z małżeństwa tego zrodzonych żadnej korzyści, bądź samem prawem, bądź też przez umowę małżeńską rodziców im nadanej. Jednak praw takowych dzieci w takim tylko sposobie i pod takimi warunkami używać będą, w jakim i pod jakimiby używali, gdyby nie było rozwodu lub rozłączenia.

Art. 342. patrz str. 44, art. 354 nast. patrz str. 134.

B) Kodeks cywilny austriacki.

§ 142 k. c. a. patrz str. 40. § 160 k. c. a. patrz str. 156.

C) Kodeks cywilny niemiecki.

Utrzymanie wspólnych dzieci.

§ 1585. Jeżeli mąż ma obowiązek dostarczać utrzymania dziecku wspólnemu, to żona jest obowiązana przyczynić się w odpowiedniej mierze do kosztów utrzymania, z dochodów swojego majątku i z dochodu swojej pracy lub z dochodu prowadzonego przez nią samodzielnie interesu zarobkowego, o ile te koszty nie są pokryte przez służące mężowi na majątku dziecka użytkowanie. Roszczenie męża nie może być przeniesione.

Jeżeli piecza o osobę dziecka służy żonie, a należy się obawiać znacznego zagrożenia utrzymania dziecka, to żona może zatrzymać swój udział i sama użyć go na utrzymanie dziecka.

Skutki zniesienia wspólności małżeńskiej.

§ 1586. Jeżeli wspólność małżeńska została wedle § 1575 zniesioną, to nastają skutki związane z rozwodem; zawarcie nowego małżeństwa jest jednak wykluczone. Przepisy o nieważności i wzruszalności małżeństwa mają zastosowanie, jak gdyby wyrok nie był wydany.

§ 1635, § 1636, 1637 p. str. 50, § 1626. p. str. 49.; §§ 1684, 1685, p. str. 58.

A) Prawne stanowisko dzieci z nieważnych małżeństw.

Prawne stanowisko w razie dobrej wiary obydwóch małż.

§ 1699. Dziecko z małżeństwa nieważnego, któreby w razie ważności małżeństwa było ślubnem, uważanem jest za ślubne, jeżeli oboje małżonkowie nie wiedzieli przy zawieraniu małżeństwa, że ono jest nieważne.

Przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli ważność małżeństwa polega na braku formy i małżeństwo nie było zapisane w rejestrze małżeństw.

Stosunek prawny między rodzicami a dzieckiem.

§ 1700. Stosunek prawny między rodzicami a dzieckiem, które uważanem jest wedle § 1699 za ślubne, określają, o ile co innego nie wynika z §§ 1701, 1702, przepisy obowiązujące o dziecku z małżeństwa rozwiedzionego, jeżeli oboje małżonkowie uznani są za winnych.

Zła wiara ojca.

§ 1701. Jeżeli ojciec wiedział przy zawieraniu małżeństwa, że jest ono nieważnem, to nie służą mu prawa wypływające z ojcostwa. Władza rodzicielska służy matce.

Zła wiara matki.

§ 1702. Jeżeli matka przy zawieraniu małżeństwa wiedziała, że małżeństwo jest nieważne, to służą jej co do dziecka tylko te prawa, które w razie rozwodu ma żona uznana wyłącznie za winną.

Jeżeli ojciec umrze lub jeżeli z innego powodu zgaśnie jego władza rodzicielska, to matka ma tylko prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka; do zastępstwa dziecka nie jest upraw-

nioną. Opiekun dziecka ma, jeżeli matce służy piecza, prawne stanowisko doradcy. Przepisy ust. 2-go mają także wtedy zastosowanie, jeżeli władza rodzicielska ojca spoczywa z powodu jego niezdolności do działania lub stosownie do § 1677.

Zła wiara obydwójga rodziców.

§ 1703. Jeżeli dziecko nie jest uważane za ślubne, ponieważ oboje małżonkowie wiedzieli w czasie zawierania małżeństwa, że jest ono nieważnem, to jednak dziecko może od ojca, dopóki on żyje, żądać utrzymania tak, jak dziecko ślubne. Prawo określone w § 1612. ust. 2-gi nie służy ojcu.

Stanowisko dzieci w razie wzruszenia z powodu przymusu (Drohung).

§ 1704. Jeżeli małżeństwo jest z powodu przymusu wzruszalne i wzruszone, to małżonek uprawniony do wzruszenia, stoi na równi z małżonkiem, któremu przy zawieraniu małżeństwa nie znana była jego nieważność.

II. Rozwód.

Obraz skutków rozwodu w prawie niemieckiem w stosunku rodziców do dzieci zyskamy, jeżeli materję podzielimy sobie na następujące kwestje:

1. sprawa utrzymania dzieci z małżeństwa rozwiedzionego,
2. sprawa pieczy o osobę dziecka,
3. sprawa obcowania rodziców z dziećmi,
4. sprawa władzy rodzicielskiej.

Ad 1. Wskutek rozwodu sprawy majątkowe w stosunku rodziców do dzieci nie ulegają zmianie. Modyfikacja ma miejsce tylko w kwestji alimentów, co do której § 1585 k. c. a. nakłada na żonę obowiązek przyczyniania się do kosztów.

Koszta utrzymania dziecka z małżeństwa rozwiedzionego mają być pokryte w pierwszej linii z użytkowania majątku dziecka (§ 1606 ust. 2). gdyby dochody stąd płynące nie wystarczały, różnicę ponosi ojciec (§ 1606 ust. 2gi), a do pokrycia tej różnicy przyczynia się rozwiedziona matka. O tym jej udziale wiemy z § 1585,

- a) że mapochodzić tylko z dochodów maj. matki, a nie z kapitału,
- b) że ma być odpowiedni (angemessen), co udowadnia ojciec.
- c) że roszczenie ojca przeciwko żonie o ten udział jest nieprzenaszalnem, nie podlega exekucji i policzeniu, że nie należy do masy konkursowej,
- d) że matka może swój udział zatrzymać w przypadku określonym w § 1585 ustęp 2.

Na równi z rozwodem traktuje prawo niemieckie zniesienie wspólności małżeńskiej.

Ad 2. Sprawę pieczy o osobę dziecka z rozwiedzionego małżeństwa normuje § 1635 k. c. n.

Paragraf ten normuje wszystkie przypadki rozwodu z wy-

jątkiem rozwodu z powodu choroby umysłowej (§ 1569), w którym to przypadku obowiązują §§ 1676 ust. 1. i 1685 ust. 2.

Mówiąc o pieczy o osobę dziecka, § 1635 nie ma na myśli zastępstwa dziecka, bo to wedle ustępu drugiego § 1635 służy zawsze ojcu.

Po tych uwagach wracamy do kwestji.

§ 1635 odróżnia dwie ewentualności:

a) za winnego rozwodu uznanym został tylko jeden małżonek;

b) winę rozwodu ponoszą oboje małżonkowie.

Ad a) W pierwszym przypadku piecza o osobę służy małżonkowi niewinnemu.

Ad b) W drugim przypadku matka ma pieczę nad córkami bez ograniczenia, a nad synami do ukończonego szóstego roku życia, ojciec zaś tylko nad synami po ukończonym szóstym roku życia.

Ad a) i b) Znaczenie § 1635 polega na tem, że dotyczący małżonek ma skargę przeciwko drugiemu małżonkowi.

Ad a) i b) Zarządzenie powyższe może zmienić sąd opiekuńczy w interesie dziecka z „szczególnych“ powodów, postępując z urzędu.

Ad a) i b) Postanowienia § 1635 mają zastosowanie tylko, dopóki oboje rodzice żyją; w razie śmierci jednego wchodzi w zastosowanie ogólne przepisy.

Na równi z rozwodem traktuje k. c. n. zniesienie wspólności małżeńskiej (§ 1586) i przypadek ponownego małżeństwa w razie uznania poprzedniego małżonka za zmarłego, gdy się pokaże, że żyje (§ 1637).

Ad 3. Sprawę obcowania małżonka, któremu nie służy piecza o osobę dziecka, z dzieckiem normuje § 1636 k. c. n. Złożona jest ona w ręce sądu opiekuńczego, nie może więc być przedmiotem sporu między małżonkami. Z § 1636 wynika jednak, że zupełne odcięcie małżonka od dzieci nie jest dozwołanem. Tak wydanie, jak i wykonanie dotyczących zarządzeń, należy do sądu opiekuńczego.

Ad 2. i 3. Powołane przepisy nie są przychylne dla umowy, przez którą rozwiedzeni małżonkowie chcieliby tak sprawę pieczy o osobę dziecka, jak i sprawę obcowania z dziećmi uregulować. Umowa taka mogłaby odegrać tylko rolę motywów, gdyby sąd opiekuńczy wedle § 1635 z „szczególnych“ powodów regulował odmiennie sprawę wychowania dzieci, tudzież gdy sąd opiekuńczy wedle § 1636 wydaje zarządzenia co do obcowania z dziećmi.¶

Ad 4. W kwestji władzy rodzicielskiej zwrócić należy uwagę na §§ 1684 i 1685 k. c. n.

a) Władza rodzicielska przechodzi ipso iure na matkę w razie rozwodu tylko wówczas, gdy ojciec utracił władzę rodzicielską stosownie do § 1680 (i na odwrót: władza przecho-

dzi na matkę w razie utraty jej przez ojca tylko wówczas, gdy małżeństwo jest rozwiązane, między innemi przez rozwód, gdyż inaczej ustanawia się opiekuna). Patrz także § 1771 ust. 2.

b) Przez przeniesienie przez sąd opiekuńczy przechodzi władza rodzicielska na matkę w razie rozwodu stosownie do § 1685 ustęp drugi, gdy władza ojcowska spoczywa, a niema widoków, aby przyczyna rychło ustąpiła.

Na równi z rozwodem stoi zniesienie wspólności małżeńskiej i ponowne małżeństwo w razie uznania poprzedniego małżonka za zmarłego.

Kodeks cywilny austriacki został przez nowelę zmieniony, ale przedewszystkiem uzupełniony tak, że jesteśmy w stanie odpowiedzieć na wszystkie wyżej postawione kwestie. Przedtem jednak podnieść należy ogólną różnicę. W prawie niemieckiem oświadczyliśmy się za tem, że umowy małżonków o dzieci są niedopuszczalne i to nie tylko w stosunku do dzieci, ale i w stosunku do małżonków między sobą. Wypowiedzieliśmy zdanie, że umowy te mogą odegrać tylko rolę motywów przy zarządzeniach sądu. W prawie austriackiem jest inaczej. § 142 k. c. a. dopuszcza wyrażnie umowy między małżonkami i każe w pierwszej linii regulować stosunki między rozwiedzionymi rodzicami a dziećmi wedle tych umów, jednakże tylko wówczas, jeżeli umowa taka została potwierdzona przez sąd opiekuńczy. W gruncie rzeczy przeto jest w rękach sądu umowy nie uznać i samemu sprawę uregulować. Pamiętając przeto, że wedle pr. austr. w pierwszej linii obowiązuje umowa między rozwiedzionymi małżonkami, jeżeli jest przez sąd zatwierdzoną, a że ustawa dopiero wówczas obowiązuje, gdy umowy niema lub gdy sąd na nią się nie zgodził, odpowiadamy na wyżej określone pytania.

Ad 1. Ostatnie zdanie pierwszego ustępu § 142 k. c. a. mówi, że koszt wychowania ponosi ojciec. Jest to więc utrzymanie zasady. Od prawa niemieckiego tem się różni kodeks austriacki, że o przyczynianiu się matki do kosztów utrzymania dziecka nic nie mówi, w przeciwstawieniu do § 1585 k. c. n., który, jak wiemy, nakłada taki obowiązek na matkę.

Ad 2. Kwestję pieczy o osobę dziecka (wychowanie, troska o zdrowie etc) stawia k. c. a. inaczej, jak k. c. n.

K. c. n. daje małżonkowi prawo podmiotowe, które może być dochodzone skargą o takie uregulowanie sprawy przydzielenia dzieci, jak to przepisuje § 1635 k. c. n. Inna rzecz, że sąd opiekuńczy może inaczej zarządzić, jeżeli zachodzą „szczególne” powody. Natomiast § 142 k. c. a. nie daje żadnemu z rozwiedzionych małżonków roszczenia, któreby mogło być dochodzone w drodze skargi, sprawę bowiem przydzielenia dzieci rozstrzyga odrazu sąd i to sąd opiekuńczy, w drodze postępowania niespornego. Wskutek tego prawo austriackie może się obejść bez szablonowej reguły, którą najpierw stawia § 1635 k. c. n.

i może odrazu indywidualizować, gdy w prawie niemieckiem indywidualizacja następuje później, jako wyjątek od reguły.

§ 142. k. c. n. wymienia momenty, które powinny wpłynąć na sędziego. Między niemi kwestja winy małżonka nie powinna być obojętną („przyczyny rozvodu“).

Ad 3). Sprawa obcowania rodziców z dziećmi jest w prawie austriackiem złożona również do rąk sądu opiekuńczego, z tą różnicą, że w prawie austriackiem możliwem jest zupełne zakazanie obcowania, co w prawie niemieckiem nie znajduje uzasadnienia.

Ad 4. Wobec tego, że w prawie austriackiem nie istnieje „władza rodzicielska matki“, problem postawiony wyżej pod a) nie jest aktualnym w prawie austriackiem.

W końcu nadmieniam, że nie mam wątpliwości, iż władza, dana sądowi opiekuńczemu w drugim ustępie § 142 k. c. a., służy także sądowi niemieckiemu na podstawie § 1635 k. c. n.

Przechodzimy obecnie do rozstrzygnięcia powyższych kwestji wedle kodeksu cywilnego Królestwa polskiego.

Ad 1. W sprawie utrzymania dzieci pozostaje nienaruszonym położenie przed rozводом tak, jakby rozvodu nie było. art. 270 k. c. Kr. pol. jest zasadniczo zgodny z k. c. n. i k. c. a.; różnica jest tylko w szczególe, bo kodeks polski podobnie, jak austriacki, nie zna takiego postanowienia, jakie jest zawarte w § 1585 k. c. n.

Natomiast różnica jest co do zarządu i użytkowania majątku dziecka. Kodeks austriacki zostawia kwestję zarządu (użytkowanie nie służy ojcu wedle pr. austr.), jak było przed rozводом. Kodeks niemiecki zachowuje się tak samo, co do zarządu, co do użytkowania zaś wprowadza wyjątkowe postanowienie w § 1685 k. c. n. (matka otrzymuje użytkowanie w razie rozvodu, jeżeli władza rodzicielska ojca spoczywa i niema widoków, aby przyczyna rychło ustała). Kodeks cywilny Król. p. stawia kwestję zarządu i użytkowania majątku dziecka inaczej. Jest to wpływ stanowiska, jakie zajął w kwestji władzy rodzicielskiej. Z tego powodu zwrócimy się najpierw do kwestji czwartej.

Ad 4. Wedle tekstu ustawy (art. 354 k. Kr. p.) rozwód powoduje powstanie opieki. Wykonywa ją ojciec, jeżeli jest niewinny, matka zaś, jeżeli ojciec jest winny, a ona nie ponosi winy (gdyby oboje byli winni, rada familijna poweźmie decyzję co do opieki). Zachodzi pytanie, czy wówczas władza rodzicielska gaśnie, a zostaje tylko opieka. Wyżej oświadczyłem się, że w razie śmierci ojca matka ma podwójny charakter: jest podmiotem władzy rodzicielskiej i opiekunką. W razie rozvodu, sytuacja jest inną, gdy ojciec jest winny, bo wówczas za jego życia matka, jeżeli jest niewinna, staje się opiekunką. Czy ojciec traci wówczas władzę rodzicielską? Przypatrzmy się, jakie ma wówczas uprawnienia:

a) Wedle art. 363 ma „prawo wglądania w utrzymywanie i wychowanie swych dzieci“.

b) Wedle art. 341 traci zarząd majątku dziecka, bo ten artykuł przyznaje mu go tylko „w czasie trwania małżeństwa“. W razie rozwodu przechodzi zarząd na opiekę.

c) Wedle art. 342 ojciec winny traci użytkowanie majątku dziecka, bo traci opiekę.

Użytkowanie przechodzi na opiekę.

Jeżelibyśmy więc ojcu wykluczonemu od opieki, w razie rozwodu, chcieli przyznać władzę rodzicielską, to polegałaby ona tylko na owym prawie „wglądania“ o którym mówi art. 363 k. c. Kr. p. Mojem zdaniem powinno to wystarczyć, aby nie mówić w takim przypadku o zgaśnięciu władzy rodzicielskiej ojca. Ma ją także matka, gdy sama jest niewinną, a mąż ponosi winę, wedle prawa polskiego bowiem władza rodzicielska służy obojgu rodzicom. W takim przypadku przeto matka ma podwójny charakter: piastuna władzy rodzicielskiej i opiekunki, ale i mąż pozostaje przy władzy rodzicielskiej, wprawdzie bardzo ograniczonej.

Ad 2. i 3. Z powyższego wywodu wynika odpowiedź na obie wyżej postawione kwestje. Piecza o osobę służy temu, kto jest opiekunem, przy równoczesnem prawie wglądania drugiego małżonka. Obcowanie zaś z dziećmi jest wynikiem tego, że władza rodzicielska nie gaśnie, jak to wyżej wykazano.

III. Separacja.

W prawie austriackiem separacja traktowana jest w naszej kwestji na równi z rozwodem, § 142 k. c. a. Tak samo ma się rzecz w b. Królestwie polskiem z separacją na nieograniczony czas, art. 267 k. c. Kr. p. Natomiast separacja na czas ograniczony nie pociąga za sobą żadnych skutków cywilnych, art. 269 k. c. Kr. p.

IV. Unieważnienie.

W prawie niemieckiem wyłączamy przedewszystkiem z dyskusji dzieci zrodzone z małżeństwa nieważnego z powodu braku formy i niewpisanego do rejestru małżeństw. Są one nieślubne (§ 1699 ust. 2 k. c. n.). Po tem ograniczeniu podnosimy, że dziecko zrodzone z małżeństwa nieważnego, ale o którego nieważności nie wiedzieli oboje małżonkowie, jest uważane za dziecko ślubne (§ 1699). Natomiast dziecko jest nieślubnem, jeżeli oboje małżonkowie wiedzieli o nieważności małżeństwa. Nasuwają się tutaj następujące ewentualności:

1. oboje małżonkowie byli w dobrej wierze,
2. oboje małżonkowie byli w złej wierze,
3. ojciec był w dobrej wierze, a matka w złej,
4. ojciec był w złej wierze, a matka w dobrej.

Dziecko uważane jest za ślubne w ewentualnościach 1, 3 i 4, a tylko w drugiej jest nieślubne.

W ewentualnościach 1, 3 i 4 stosunek między rodzicami a dziećmi zrównany jest ze stosunkiem rodziców do dzieci w przypadku rozwodu, gdy obaj małżonkowie ponoszą winę. Od tej zasady są jednak wyjątki.

Ad 3. Gdy matka jest w złej wierze, a ojciec w dobrej, to dziecko jest ślubne, ale nie zobowiązuje zasada wypowiedziana w § 1700, ale reguła z § 1701, to j. unieważnienie wywołuje takie skutki, jak rozwód, gdy tylko żona ponosi winę, to j. piecza o osobę wszystkich dzieci służy wtedy mężowi, a żonie przypada tylko piecza o osobę dziecka i tylko w czterech przypadkach: w razie śmierci męża, w razie zgaśnięcia jego władzy rodzicielskiej z innego powodu, w razie jego niezdolności do działania i w przypadku § 1677. Ale w tych czterech przypadkach nie przypada żonie prawo zastępstwa dziecka, te dwa ustępy przeto § 1702 są potrzebne, bo inaczej miałyby zastosowanie §§ 1684 i 1685.

Ad 4. Jeżeli ojciec był w złej wierze, a matka w dobrej wierze, to wedle § 1701 skutki są następujące:

- a) władza rodzicielska służy matce,
- b) ojciec traci prawa wynikające z ojcostwa,
- c) ojciec zatrzymuje obowiązki płynące z ojcostwa,
- d) dziecko jest ślubne.

Ad b) Ojciec traci następujące prawa:

- α) prawo pieczy o osobę dziecka. § 1631,
- β) prawo obcowania z dzieckiem § 1636,
- γ) nie może żądać alimentów od dziecka, ale dziecko ma roszczenie przeciwko niemu § 1601 n., córka zaś ma roszczenie o wyprawę (Aussteuer), § 1620;

δ) nie może żądać usług dziecka w gospodarstwie i interesie,

- e) nie ma wpływu na adopcję dziecka § 1747,

ζ) p. §§ 1777, 1852 n., 1925, 2303. (nie ma praw spadkowych ani roszczenia o legitymę po dziecku, gdy tymczasem dziecko ma i prawa spadkowe po ojcu i roszczenie o legitymę, § 2303 n.).

Ad 2. Gdy oboje małżonkowie byli w złej wierze, to dziecko jest nieślubne, stanowisko matki przeto jest takie, jak wogóle wobec dziecka nieślubnego, to j. określone jest w § 1705, stanowisko ojca zaś określone jest w § 1703, to j. ojciec zobowiązany jest dostarczać dziecku alimentów, chociaż nie jest ślubnem, ale tak jakgdyby było ślubnem. Dziecko jest w tej ewentualności nieślubnem i tak też należy je traktować, ale w kwestji alimentów, dopóki ojciec żyje, winien jest dostarczać dziecku tak, jakby dziecko było ślubnem, a więc wedle §§ 1601 n., 1612. Gdy ojciec umrze, to w sprawie alimentów mają już zastosowanie przepisy o dzieciach nieślubnych, §§ 1712, 1708 n. 1713 n.

Prawo austriackie zajmuje się w razie nieważnego małżeństwa tylko kwestją ślubności dzieci, natomiast o utrzymaniu, wychowaniu etc. dzieci nie mówi nic dotyczący § 160 k. c. a. Skazani więc jesteśmy na analogję z rozwodem (§ 142). Wskutek tego kryterja kodeksu niemieckiego (kto jest w dobrej wierze: oboje rodzice, czy tylko ojciec lub tylko matka?) nie odgrywają roli w sprawie przydzielenia dzieci, jak już bowiem wiemy, wedle § 142 k. c. a. o losie dzieci w razie rozwodu decyduje umowa rodziców, a gdyby jej nie było lub nie była zatwierdzoną przez sąd, następuje indywidualizacja przez orzeczenie sędziowskie. Możemy jednak stosować, w razie unieważnienia małżeństwa, analogicznie § 142. k. c. a. tylko wówczas, jeżeli dzieci z nieważnego małżeństwa będą uznane za ślubne. Otóż tutaj kryterjum dobrej wiary decyduje: wedle § 160 k. c. a. dzieci są ślubne, gdy obaj lub przynajmniej jeden małżonek, w chwili zawierania małżeństwa o nieważności małżeństwa nie wiedział, jednak z tą różnicą od kodeksu niemieckiego, że ta niewiedza ma być niezawinioną (§ 166 k. c. a.). Druga różnica jest ta, że mimo ślubności wykluczone są dzieci z małżeństw nieważnych od fideikomisów.

W prawie austriackiem przeto ślubność dziecka pochodzącego z małżeństwa unieważnionego ocenia się wedle tego samego kryterjum, jak w prawie niemieckiem, to j. wedle niewiadomości przynajmniej jednego małżonka o tem, że małżeństwo jest nieważne (kodeks austriacki wymaga jeszcze, aby ta niewiedza była niezawinioną, czego kodeks niemiecki nie wymaga). Gdy jednak wedle kodeksu austr. zostanie już stwierdzonem, że dziecko jest ślubnem, to przy rozstrzyganiu, co się ma z niem stać, gdy przecież wspólność małżeńska już ustała, nie odgrywa już roli kwestja dobrej wiary, jak w prawie niemieckiem, ale kwestja, czy małżonkowie zawarli umowę, czy nie, w drugim zaś przypadku sprawę rozstrzygnie sąd, przy czem sprawa dobrej wiary może na sąd wpłynąć lub nie, w każdym razie jako motyw.

Najdalej posuniętem jest w tej materji obowiązujące obecnie w Król. pol. prawo. Tutaj bowiem prawo z 13/26 1913 r. zniosło postanowienie art. 260 i 261 k. c. Kr. p. i orzekło, że „dzieci zrodzone z małżeństwa, uznanego za nieważne, zachowują prawa dzieci prawych nawet wówczas, gdy oboje rodzice zawarli małżeństwo w złej wierze“. W Królestwie polskiem mamy przeto sytuację najprostszą (i najsluszniejszą): wszystkie dzieci z małżeństwa unieważnionego są ślubne. Ale co dalej ma się z niemi stać? Art. 356 k. c. Kr. p. przyjmuje trzy ewentualności:

a) oboje rodzice byli w dobrej wierze, wówczas opiekę ma ojciec, a po jego śmierci matka,

b) jeden z małżonków był w dobrej wierze, a drugi w złej, to opiekunem zostaje ten, który był w dobrej wierze,

c) żaden z małżonków nie był w dobrej wierze, wówczas (per analogiam z art. 354) opieka do żadnego nie należy, a decyzję co do opieki wydaje rada familijna.

Do tego małżonka, który wykonywa opiekę, należy zarząd i użytkowanie majątku dziecka (art. 341, 342 k. Kr. p.).

Stosunek trzech kodeksów jest więc następujący:

Kryterjum dobrej wiary potrzebnem jest w sprawie, przyznania ślubności dzieciom z małż. nieważnego, w prawie niemieckiem i austriackiem, a nie jest potrzebnem w prawie obowiązującym w Król. pol.

Kryterjum dobrej wiary potrzebnem jest w sprawie, któremu z małżonków dziecko przydzielić etc., w prawie niemieckiem i polskiem, a niepotrzebnem jest w prawie austriackiem.

ROZDZIAŁ JEDENASTY.

Dzieci nieślubne.

I. Przepisy obowiązujące.

A) Kodeks cywilny austriacki.

§ 155 do 159 a, patrz str. 3 i 4.

§ 163. Kto w sposobie przez ustawę sądową przepisany, przekonany będzie, iż obcował z matką dziecięcia w przeciągu czasu, od którego aż do rozwiązania matki nie mniej, niż sto osiemdziesiąt, i nie więcej niż trzysta dni upłynęło; albo kto sam choćby tylko zasądownie to przyznaje; przeciwko temu jest domniemanie, że jest ojcem dziecięcia.

§ 164. Zapisanie w książce chrztów lub urodzin nazwiska ojca na podanie matki, wtenczas tylko stanowi zupełny dowód, jeżeli zapisanie nastąpiło stosownie do przepisów ustaw za zezwoleniem ojca i jeżeli to zezwolenie poświadczą duchowny i ojciec chrzestny z tem dołożeniem, że ojciec jest im osobiście znany.

§ 165. Dzieciom naturalnym nie służy prawo do nazwiska ojca, szlachectwa i herbu, ani do żadnych przywilejów rodzi-
ców; otrzymują nazwisko rodowe matki.

Mąż matki może dać dziecku swoje nazwisko przez oświadczenie, złożone w politycznej władzy krajowej za zezwoleniem matki i dziecka lub, gdyby było małoletnie, za zezwoleniem ustawowego zastępcy i sądu. Do skuteczności tych oświadczeń jest wymaganiem, aby były przedłożone w dokumencie publicznym lub uwierzytelnionym sądownie lub notarialnie.

§ 166. Także nieślubne dziecko ma prawo żądać od swoich rodziców stosownego do ich majątku żywienia, wychowania i zaopatrzenia; rodzice zaś takie tylko mają prawa nad dziećciem naturalnem, jakich wymaga cel wychowania. Wreszcie dziecie naturalne nie zostaje pod władzą ojcowską swego rodzica, lecz powinno być zastępowane przez opiekuna.

O wyżywienie powinni się starać przedewszystkiem ojciec, a jeżeli on nie jest w stanie wyżywić dziecięcia, obowiązek ten przechodzi na matkę, a po niej na macierzystych dziadków.

§ 167. Ojciec jest zobowiązany zwrócić matce kosztu rozwiązania, tudzież kosztu jej utrzymania za pierwsze sześć ty-

godni po rozwiązaniu, a w razie gdyby wskutek rozwiązania okazały się koniecznymi dalsze wydatki, także i te wydatki.

Pretensja ta przedawnia się z upływem trzech lat po rozwiązaniu.

§ 168. Już przed urodzeniem dziecka może sąd na wniosek matki, jeżeli tego potrzebuje, a nie prowadzi niemoralnego życia, nakazać temu, którego ojcostwo zostało uwiarygodnionem wedle § 163, aby kwotę odpowiadającą trzecemiesięcznemu utrzymaniu, które ma być dziecku dostarczonem, tudzież kwotę odpowiadającą zwrócić się mającym wedle § 167 matce kosztom, obliczonym wedle zwyczajnej miary, złożył do depozytu sądowego.

§ 169. Dopóki matka dziecięcia naturalnego sama chce i może je wychowywać odpowiednio przyszlęmu jego przeznaczaniu, dopóty ojciec nie może go jej odbierać; pomimo tego jednak powinien łożyć kosztą na wyżywienie.

Jeżeli zaś wychowanie przez matkę naraża dobro dziecięcia na niebezpieczeństwo, obowiązany jest ojciec dziecię od matki odebrać i albo je do siebie wziąć, albo gdzieindziej bezpiecznie i przyzwoicie umieścić.

§ 170. Wolno jest rodzicom ułożyć się między sobą pod względem żywienia, wychowania i zaopatrzenia dziecięcia naturalnego; jednak ugoda taka nie może szkodzić jego prawom.

§ 171. Obowiązek żywienia i zaopatrywania dzieci naturalnych przechodzi na dziedziców po rodzicach, tak jak każdy inny.

Jeżeli ojcostwo zostało przez ojca uznane lub sądownie ustalone, mogą dzieci nieślubne, które w czasie śmierci ojca były w jego domu żywione i wychowywane, żądać żywienia i wychowania także i dalej aż do chwili uzyskania zdolności samodzielnego utrzymania się, w tej samej mierze, jak dotychczas, jednakże nie w większym zakresie, niż to wyżywienie i wychowanie może być stosownie do pozostawionego majątku udziałem dzieci ślubnych.

B) Kodeks cywilny Królestwa Polskiego.

Art. 291 do 297, patrz str. 155 i 156.

Art. 298. Uznanie dziecięcia naturalnego nastąpi przez akt urzędowy, jeżeli nie nastąpiło w akcie jego urodzenia.

Art. 300. Uznanie ze strony ojca bez wskazania przezeń matki i bez jej przyznania ma swój skutek tylko co do ojca.

Art. 301. Uznanie w ciągu małżeństwa, uczynione przez jednego z małżonków względnie dziecka naturalnego przed ich małżeństwem z kim innym, a nie z jego współmałżonkiem spółdzonego, nie może szkodzić ani temuż współmałżonkowi, ani dzieciom w temże małżeństwie spółdzonym.

Art. 302. Dziecku naturalnemu, choćby uznanemu, nie służą prawa dziecka prawego.

Art. 303. Rodzice jednak obowiązani są dać swym dzie-

ciom naturalnym sposób do życia, a tymczasem żywić je i wychowywać.

Art. 304. Każde uznanie ze strony ojca lub matki, jak również poszukiwanie ze strony dziecka, może być zaprzeczone przez wszystkie w tem interesowane osoby.

Art. 305. Poszukiwanie ojcostwa jest zabronione. W przypadkach porwania, gdy czas tego porwania zgadza się z czasem poczęcia, porywający może być na żądanie stron interesowanych uznany ojcem dziecięcia.

Art. 306. Poszukiwanie macierzyństwa jest dozwolone.

Dziecię, poszukując swą matkę, dowieść powinno, że jest tem samem, które matka porodziła. W takowym przypadku dowód przez świadków wtenczas tylko dopuszczonym będzie, gdy się znajduje początek dowodu na piśmie, albo gdy zachodzą domniemania lub istnieją ślady z czynów już wówczas niewątpliwych wynikające, a które dla swej ważności dozwolenie tegoż dowodu koniecznie wskazują.

Prawo 13/26 maja 1913 o zastosowaniu do Królestwa Polskiego zasad zdania Rady Państwa 3 czerwca 1902 o polepszeniu losu dzieci nieślubnych (Zb. Nr. 114/1913, poz. 998).

I. Tytułem uchylenia, zmiany i uzupełnienia odpowiednich przepisów ustaw cywilnych Królestwa Polskiego postanowić:

1. Dzieci zrodzone z małżeństwa, uznanego za nieważne, zachowują prawa dzieci prawych nawet wówczas, gdy oboje rodzice zawarli małżeństwo w złej wierze.

2. Dzieci nieślubne, zrodzone z cudzołóstwa lub z takiego związku kazirodczego, który z mocy odpowiednich przepisów kanonicznych nie stanowi przeszkody bezwarunkowej do zawarcia małżeństwa, mogą być uprawnione przez małżeństwo następnie przez rodziców zawarte (art. 291 K. C. P.), jak również i w drodze wyjednania w tym względzie specjalnego zezwolenia Najwyższego (art. 296 K. C. P.), przy zachowaniu warunków, wskazanych w art. 291 n. K. C. P.

3. Uznanie dziecka nieślubnego przez jego ojca dopuszczalnem jest również i w toku wszczętej przeciwko niemu sprawy o alimenty, oraz po uprawomocnieniu się zapadłego w tej sprawie wyroku sądowego.

4. Dozwala się uznanie dzieci nieślubnych ze związku cudzołożnego lub kazirodczego urodzonych.

5. Matka dziecka nieślubnego, uznanego przez ojca, ma prawo żądać od tegoż alimentów i zwrotu wydatków, wywołanych rozwiązaniem, na zasadach, wskazanych w p. 9 i 10.

6. Ojciec dziecka nieślubnego, który go nie uznał (art. 298 i 305 K. C. P.), jak również którego uznanie nie może mieć skutkiem prawnych (art. 301 K. C. P.), lub nie było dopuszczone skutkiem zaprzeczenia osób interesowanych (art. 304 K. C. P.), obowiązany jest, odpowiednio do swych środków majątkowych i do stanowiska społecznego matki dziecka, ponosić koszt jego

utrzymania, jeśli dziecko tego potrzebuje, do jego pełnoletności; przy określeniu zaś wysokości tych kosztów przyjmuje się pod uwagę, w jakim stopniu matka może brać udział w kosztach jego utrzymania (art. 303 K. C. P.). W razie żądania zwrotu kosztów utrzymania za czas przeszły, ojciec dziecka obowiązany jest do ich zwrotu za czas nie dłuższy nad rok przed wystąpieniem z takim żądaniem.

7. Obowiązek ojca dostarczania dziecku nieślubnemu środków utrzymania ustaje i przed dojściem dziecka do pełnoletności — w razie zamążpójścia córki nieślubnej, lub gdy dziecko, będąc już przygotowane do przeznaczonej mu działalności, jest w stanie samo się utrzymywać.

8. Do kosztów należnego od ojca dziecka nieślubnego utrzymania włącza się i utrzymanie znajdujące się w potrzebie matki dziecka, jeśli opiekowanie się dzieckiem pozbawia ją możliwości zdobywania środków do życia.

9. Ojciec dziecka nieślubnego, w razie gdy środki matki są niedostateczne, obowiązany jest ponieść wydatki konieczne, wywołane jej rozwiązaniem, oraz dostarczyć jej utrzymanie powszednie aż do jej wyzdrowienia. Żądanie zwrotu takich wydatków i utrzymania może być wyniesione jedynie przed upływem roku od dnia rozwiązania.

10. Wysokość kosztów utrzymania dziecka nieślubnego raz określona, może być powiększoną lub zmniejszoną stosownie do zmiany okoliczności.

11. Wyплаты perjodyczne na utrzymanie dziecka nieślubnego mogą być za zgodą stron, rozważoną przez radę opiekuńczą, sprawującą obowiązki rady familijnej (art. 486 K. C. P.) i zatwierdzoną przez sąd, zamienione na sumę jednorazowo przez ojca dziecka wypłaconą, przy zachowaniu odpowiednich środków, zabezpieczających wydatkowanie tej sumy zgodnie z jej przeznaczeniem.

12. Dzieci nieślubne, których uznanie ze strony ojca nie może mieć skutków prawnych (art. 301 K. C. P.), lub nie było dopuszczone skutkiem zaprzeczenia osób zainteresowanych (art. 304 K. C. P.), nie mają przewidzianych w art. 757 i 758 K. C. praw do majątku ich ojca, lecz korzystają z prawa do utrzymania z pozostałego po nim majątku spadkowego, z zachowaniem przepisów art. 763 i 764 K. C.

13. Względem przysposobienia własnych dzieci nieślubnych dopuszczalne są następujące wyjątki:

1) przysposabiać może pełnoletni nawet przed ukończeniem lat pięćdziesięciu i nie będąc o lat piętnaście starszym od przysposobianego (art. 308 K. C. P.); 2) przysposabiać wolno dzieci rzeczne nawet przed dojściem ich do pełnoletności (art. 311 K. C. P.), i bez uprzedniego w ciągu lat trzech dostarczania im środków do życia lub ciągłego niemi opiekowania się (art. 310 K. C. P.); 3) przysposobienie może mieć miejsce i w tym wy-

padku, gdy przysposabiający ma własne swe dzieci prawe lub uprawnione lub innych zstępnych; przysposobienie takie dopuszczalnym jest po dojściu dzieci tych prawych lub uprawnionych oraz zstępnych do pełnoletności, za ich zgodą, wyrażoną na piśmie przy poświadczeniu ich podpisu w drodze notarialnej, przed dojściem zaś tych dzieci oraz zstępnych do pełnoletności jedynie za życia drugiego z rodziców dzieci prawych lub uprawnionych przysposabiającego lub rodziców jego zstępnych oraz za ich zgodą, w takiej samej drodze zaświadczoną i 4) przy przysposobieniu dziecka nieślubnego przez ojca, zgoda matki dziecka wymagana jest (art. 311 K. C. P.) w tym tylko wypadku, gdy ona dziecko dobrowolnie uznała (art. 298 K. C. P.).

C) Kodeks cywilny niemiecki.

Prawne stanowisko dzieci nieślubnych.

I. Stosunek dziecka nieślubnego do matki i jej rodziny.

W ogólności.

§ 1705. Dziecko nieślubne ma w stosunku do matki i do krewnych matki prawne stanowisko dziecka ślubnego.

2. Nazwisko rodzinne dziecka.

§ 1706. Dziecko nieślubne otrzymuje nazwisko rodzinne matki.

Jeżeli matka nosi wskutek zamełżcia inne nazwisko, to dziecko otrzymuje nazwisko rodzinne, które matka nosiła przed zamężciem. Mąż matki może przez oświadczenie wobec właściwej władzy udzielić dziecku swego nazwiska za zezwoleniem dziecka i matki; oświadczenie męża, tudzież oświadczenia zawierające zezwolenia dziecka i matki winny być przedłożone we formie publicznie uwierzytelnionej.

3. Piecza o dziecko.

§ 1707. Matce nie służy władza rodzicielska nad dzieckiem nieślubnem. Matka ma prawo i obowiązek pieczy o osobę dziecka; do zastępstwa dziecka nie jest uprawnioną. O ile matce służy piecza, opiekun ma prawne stanowisko doradcy.

II. Obowiązki płynące z nieślubnego ojcostwa.

Utrzymanie dziecka.

a) Trwanie i rozmiar.

§ 1708. Ojciec dziecka nieślubnego jest obowiązany dostarczać dziecku, aż do ukończenia przez nie 16 roku życia utrzymania odpowiadającego stanowisku socjalnemu matki. Utrzymanie obejmuje wszystkie potrzeby życia, tudzież kosztu wychowania i przygotowania do zawodu.

Jeżeli dziecko w czasie ukończenia 16 roku życia nie jest w stanie wskutek fizycznych lub umysłowych wad samo się utrzymać, to ojciec winien mu dostarczać utrzymania poza ten czas. Przepis § 1603 ust. 1 ma zastosowanie.

b) Stosunek do alimentacyjnego obowiązku krewnych.

§ 1709. Ojciec obowiązany jest dostarczać utrzymania przed matką i przed macierzystymi krewnymi dziecka.

Jeżeli matka lub obowiązany do utrzymywania macierzysty krewny dostarcza dziecku utrzymania, to roszczenie o utrzymanie, które służy dziecku przeciwko ojcu, przechodzi na matkę lub krewnego. To przejście nie może być zrealizowanym za szkodą dziecka.

c) Sposób dostarczania alimentów.

§ 1710. Alimenta dostarcza się przez wypłacanie renty pieniężnej.

Rentę należy płacić 3 miesiące naprzód. Przez zapłacenie naprzód za późniejszy czas ojciec nie staje się zwolnionym.

Jeżeli dziecko dożyło początku kwartału, to należy mu się cała kwota przypadająca na kwartał.

d) Utrzymanie za czas przeszły.

§ 1711. Można żądać utrzymania także i za czas przeszły.

e) Śmierć ojca.

§ 1712. Roszczenie o utrzymanie nie gaśnie ze śmiercią ojca; służy dziecku nawet wówczas, gdy ojciec umarł przed narodzeniem dziecka.

Dziedzic ojca jest uprawniony dać dziecku odprawę w kwocie, któraby mu się należała, jako zachówek, gdyby dziecko było ślubne. Jeżeli jest więcej dzieci nieślubnych, to odprawę należy tak obliczyć, jak gdyby wszystkie były ślubnymi.

f) Śmierć dziecka.

§ 1713. Roszczenie o utrzymanie gaśnie ze śmiercią dziecka, o ile nie dochodzi się przez nie wypełnienia lub wynagrodzenia szkody z powodu niewypelnienia świadczeń za czas przeszły lub o ile nie odnosi się do takich świadczeń mających być naprzód uiszczonemi, które w czasie śmierci dziecka już zapadły.

Koszta pogrzebu ponosi ojciec, o ile nie można osiągnąć ich zapłacenia przez dziedzica dziecka.

g) Ograniczenie wolności kontraktowania w sprawie przyszłego utrzymania.

§ 1714. Umowa między ojcem a dzieckiem o utrzymanie na przyszłość, lub umowa o odprawę, która miałaby być zapłaconą zamiast utrzymania, wymaga zatwierdzenia sądu opiekuńczego.

Bezpłatne zrzeczenie się utrzymania na przyszłość jest nieważne.

2. Roszczenie matki o zwrot.

a) Rozmiar.

§ 1715. Ojciec jest obowiązany zwrócić matce kosztą rozwiązania, tudzież kosztą utrzymania za pierwsze 6 tygodni po rozwiązaniu, tudzież, gdyby skutek ciąży lub rozwiązania okazały się koniecznymi dalsze wydatki, także i spowodowane przez to koszta. Matka może żądać zwykłej wysokości kosztów, które mają być zwrócone, bez względu na faktyczny wydatek.

Roszczenie to służy matce także wówczas, gdy ojciec umarł przed urodzeniem dziecka, lub gdy dziecko przyszło na świat nieżywe.

b) Przedawnienie.

Roszczenie przedawnia się w czterech latach. Przedawnienie zaczyna się z upływem sześciu tygodni po urodzeniu dziecka.

3. Tymczasowe zarządzenia w sprawie złożenia do depozytu pieniędzy na utrzymanie i sześciotygodniowe koszta przed urodzeniem dziecka.

§ 1716. Już przed urodzeniem dziecka może na wniosek matki być wydanem tymczasowe zarządzenie, aby ojciec natychmiast po urodzeniu dziecka zapłacił na rzecz matki lub opiekuna należące się dziecku za pierwsze 3 miesiące utrzymanie i aby odpowiednią kwotę złożył do depozytu w stosownym czasie przed urodzeniem. W ten sam sposób może być zarządzoną na wniosek matki wypłata na rzecz matki zwyczajnej wysokości kosztów, które mają być wedle § 1715 ust. 1 zwrócone, tudzież złożenie odpowiedniej kwoty do depozytu.

Do wydania tymczasowego zarządzenia nie jest potrzebnem, aby uwiarygodniono, że roszczenie jest zagrożone.

7. Ustalenie nieślubnego ojcostwa.

a) Exceptio plurium.

§ 1717. Za ojca dziecka nieślubnego po myśli §§ 1708 — 1716 uważanym jest ten, kto z matką obcował w okresie poczęcia, chyba, że także kto inny obcował z nią w tym okresie. Obcowania się jednak nie uwzględnia, jeżeli stosownie do okoliczności jest widocznie niemożliwem, by matka poczęła dziecko z tego obcowania.

Okres poczęcia.

Za okres poczęcia uważanym jest czas od 181 do 302 dnia przed dniem urodzenia dziecka z włączeniem tak 181 jak i 302 dnia.

c) Znaczenie uznania ojcostwa.

§ 1718. Kto po urodzeniu dziecka uzna swoje ojcostwo w publicznym dokumencie, ten nie może się powoływać na to, że to kto inny obcował z matką w okresie poczęcia.

II. Ogólna charakterystyka.

Kodeksy, które porównujemy, różnią się od siebie w dwóch zasadniczych punktach:

1. kodeks cywilny Królestwa Polskiego zakazuje dochodzenia ojcostwa, gdy dwa inne kodeksy, t. j. austriacki i niemiecki, dopuszczają dochodzenie ojcostwa;

2. kodeks cywilny Królestwa Polskiego zna dwie kategorie dzieci nieślubnych, mianowicie: dzieci nieślubne dobrowolnie uznane i dzieci nieuznane, kodeksy zaś austriacki i niemiecki nie odróżniają takich kategorii, jakkolwiek instytucja uznania nie jest im obcą, ale wywołuje zupełnie inne skutki.

Przedstawiliśmy różnice między kodeksami w ostrych konturach. Dalszy wywód wykaże, o ile powyższe różnice wywołują

skutki różniące się także praktycznie. O ile jednak idzie o teoretyczne skonstruowanie kwestji, to podane wyżej pod 1 i 2 różnice należy stanowczo utrzymać.

III. Kategorje dzieci nieślubnych.

Kryterjum, dzielącego dzieci nieślubne na różne kategorje szukać należy w stosunku dziecka nieślubnego do ojca.

Kodeks cywilny niemiecki nie czyni różnicy między dziećmi nieślubnymi. Dzieci nieślubne nie są cywilnie spokrewnione z ojcem i jego krewnymi. Ojciec nieślubny zobowiązany jest tylko do alimentowania dziecka nieślubnego, § 1708 k. c. n. Innych skutków prawnych nie pociąga za sobą nieślubne ojcostwo. Wspomnieć jeszcze tylko należy o przeszkodzie do małżeństwa wedle § 1310 ust. 3. W szczególności ojciec nieślubny nie ma żadnych praw w sprawie wychowania dziecka nieślubnego. Nie istnieją też prawa spadkowe między dzieckiem nieślubnym a ojcem. Uznanie ojcostwa (po urodzeniu dziecka, w publicznym dokumencie) ma wedle § 1718 to tylko znaczenie, że wyklucza exceptionem plurium. (O rodzajach uznania w prawie niemieckim mówić będziemy niżej).

Powtarzamy, że prawo niemieckie nie czyni różnicy między dziećmi nieślubnymi. W szczególności nie zawiera kodeks cywilny niemiecki żadnych postanowień co do dzieci nieślubnych zrodzonych z narzeczonych, ani co do dzieci nieślubnych z takich rodziców, których małżeństwu stoi na przeszkodzie impedimentum iuris publici.

Kodeks cywilny austriacki zajmuje zasadniczo to samo stanowisko. Między dziećmi nieślubnymi niema różnych kategorji. Dziecko nieślubne nie jest w pokrewieństwie z ojcem ani jego krewnymi. Dziecko nieślubne nosi nazwisko matki, jak w prawie niemieckim. W przeciwstawieniu do kodeksu niemieckiego ma ojciec nieślubny wedle § 169 pewien wpływ na wychowanie dziecka, ale tylko w przypadkach patologicznych. Jeżeli mianowicie dobro dziecka narażone jest przez wychowanie matki na niebezpieczeństwo, to ojciec może je matce odebrać i do siebie przyjąć względnie gdzieindziej umieścić. Zasadniczym i najważniejszym skutkiem nieślubnego ojcostwa jest tak w prawie austriackim, jak niemieckim, obowiązek ojca do alimentowania dziecka nieślubnego. W szczególności uposażenia i wyprawy nie może żądać dziecko nieślubne od ojca. Praw spadkowych niema również dziecko nieślubne do ojca. Uznanie (Annerkennung) niema takiego znaczenia, jak w prawie niemieckim; jest w pewnych okolicznościach zupełnym dowodem ojcostwa § 164 k. c. a.). Reasumując, stwierdzamy, że z drugorzędnymi wyjątkami (pewien wpływ na wychowanie i inne znaczenie „uznania”) prawo austriackie zajmuje to samo stanowisko, jak prawo niemieckie.

Inaczej przedstawia się rzecz w prawie obowiązującym w Królestwie Polskiem. Dzieci nieślubne dzielą się na dwie kategorie: na dzieci nieślubne uznane dobrowolnie i na inne dzieci nieślubne. Ta druga kategoria rozpada się znowu wskutek stopniowego rozwoju ustawodawstwa o nieślubnem pochodzeniu na trzy grupy.

A) Dzieci dobrowolnie uznane. Instytucja ta, przyjęta przez kodeks cywilny Królestwa Polskiego w artykułach 298 do 307 za kodeksem Napoleona, nie jest znaną ani prawu austriackiemu, ani prawu niemieckiemu. Uznane dobrowolnie dziecko nieślubne niema wprawdzie praw dziecka ślubnego (art. 303) i nie nosi w Królestwie Polskiem nazwiska ojca, ale uznanie oprócz alimentów nakłada na uznającego szersze, niż w innych kodeksach, obowiązki. Artykuł 303 określa je słowami „rodzice są obowiązani dać swym dzieciom naturalnym sposób do życia, a tymczasem żywić je i wychowywać”. Najważniejszą jednak różnicą jest to, że dziecko naturalne, dobrowolnie uznane, ma prawo spadkowe do spadku po ojcu wedle artykułów 756 do 766 K. N.¹⁾

Dzieci, należące do tej kategorii, dzielą się na dwie grupy:

a) dzieci nieślubne, uznane w ciągu małżeństwa przez jednego małżonka, spółdzone przed małżeństwem, ale nie z drugim współmałżonkiem, lecz z kim innym;

b) wszystkie inne dzieci uznane dobrowolnie.

Ad a) Do pierwszej grupy odnosi się art. 301, ograniczająca takie dzieci nieślubne, dobrowolnie uznane, i art. 12 ustawy z r. 1913, potwierdzający to ograniczenie, jednak z pewną modyfikacją, p. niżej pod IV. Jednakże nawet takie dzieci nieślubne

¹⁾ Art. 756. Dzieci naturalne nie są dziedzicami, ustawa wtenczas tylko nadaje im prawa do majątku po zmarłym ich ojcu lub matce, gdy prawnie uznane zostały. Nie nadaje im żadnego prawa do majątku po krewnych ich ojca lub matki.

Art. 757. Prawo dziecka naturalnego do majątku po zmarłym ojcu lub matce określa się w sposób następujący:

Jeżeli ojciec lub matka pozostawili zstępnych prawych, prawo to stanowi jedną trzecią część udziału spadkowego, jakiby miało dziecko naturalne gdyby było prawem; stanowi połowę, gdy ojciec lub matka nie pozostawia zstępnych, lecz tylko wstępnych albo braci lub siostry; stanowi trzy czwarte części, gdy ojciec lub matka nie pozostawia ani zstępnych ani wstępnych, ani braci ani siostr.

Art. 758. Dziecko naturalne ma prawo do całości majątku, gdy ojciec jego lub matka nie pozostawia krewnych w stopniu, uprawniającym do dziedziczenia.

Art. 759. W razie wcześniejszej śmierci dziecka naturalnego dzieci jego lub zstępni mogą poszukiwać praw, oznaczonych w artykułach poprzedzających.

Art. 760. Dziecko naturalne lub zstępni obowiązani są zaliczyć na poczet tego, czego mają prawo żądać, wszystko to, co otrzymali od ojca lub matki, po których spadek się otworzył i co by uległo powrotowi według zasad, oddziałem II działu VI niniejszego tytułu objętych.

Art. 761. Wszelkie poszukiwanie jest im wzbronione skoro otrzymali za życia ojca swojego lub matki połowę tego, co im artykuły poprzedzające

mają wedle art. 6 ustawy z r. 1913 prawo do alimentów od ojca nieślubnego.

Ad b) Druga grupa nie podlega temu ograniczeniu z art. 301.

B) Do drugiej kategorii dzieci nieślubnych należą te, które nie zostały dobrowolnie, stosownie do art. 298 nast. k. c. Kr. pol., uznane. Dzielią się one na następujące trzy grupy:

1. dzieci nieślubne zrodzone z matki, na której dopuszczono się porwania, art. 305 drugie zdanie;

2. dzieci zrodzone z narzeczonych, art. 243 ustawy małżeńskiej Kr. pol.;

3. wszystkie inne dzieci nieślubne.

Ad 1. Art. 305 k. c. Kr. p. postanawia w drugim zdaniu, że w przypadku porwania, gdy czas tego porwania zgadza się z czasem poczęcia, porywający może być na żądanie stron interesowanych uznany ojcem dziecięcia. Umieszczenie tego zdania w art. 305, którego pierwsze zdanie wypowiada zasadę, że „poszukiwanie ojcostwa jest zabronione“, tudzież umieszczenie artykułu 305 w oddziale zatytułowanym „o uznaniu dzieci naturalnych“, jest podstawą do wysnucia dwóch wniosków:

a) Dla dzieci zrodzonych z porwania ustanowionym został wyjątek od zasady, że poszukiwanie ojcostwa jest zabronione, to j. że dziecko zrodzone w okolicznościach porwania ma wprost skargę o ojcostwo. Jest to jedyny, jak zobaczymy, przypadek takiej skargi w prawie Kr. p.

b) Dziecko, zrodzone w okolicznościach porwania, uznane na skutek skargi, a więc uznane sądownie, ma takie samo stanowisko, jak dziecko dobrowolnie uznane, p. wyżej pod A).

Ad 2. Dzieci zrodzone z zaręczonych nie mają wedle art. 243

zapewniając, przy wyraźnem ze strony ich ojca lub matki oświadczeniu, że zamierzam ich jest ograniczyć dziecko naturalne do udziału, jaki mu sami przyznali.

W razie, gdyby udział ten był mniejszy od połowy tego, coby dziecku naturalnemu przypaść powinno, będzie ono mogło żądać tylko uzupełnienia tej połowy.

Art. 762. Rozporządzenia art. 757 i 758 nie mają zastosowania do dzieci ze związku cudzołóżnego lub kazirodczego.

Prawo przyznaje im tylko alimentu.

Art. 763. Alimenta te oznacza się z uwzględnieniem zamożności ojca lub matki oraz ilości i jakości dziedziców prawych.

Art. 764. Gdy ojciec lub matka dziecka ze związku cudzołóżnego lub kazirodczego dali je nauczyć rzemiosła, albo też gdy jedno z nich zapewniło mu alimentu za życia, to dziecko do spadku po nich żadnych nie może czynić roszczeń.

Art. 765. Spadek po dziecku naturalnem, zmarłem bezpotomnie, przechodzi na tego z rodziców, które je uznało, albo po połowie na oboje rodziców, jeżeli oboje dziecko uznali.

Art. 766. W razie wcześniejszej śmierci ojca i matki dziecka naturalnego majątek, jaki od nich otrzymało, przechodzi na braci lub siostry prawe, jeżeli znajduje się jeszcze w spadku w naturze; skargi o zwrot, jakieby służyły, lub szacunek majątku zbytego, o ileby się jeszcze należał, wracają również do rodzeństwa prawego. Wszelki inny majątek przechodzi na braci i siostry naturalne lub na ich zstępnych.

prawa o małżeństwie skargi o ojcostwo, ale tylko skargę o alimenty. Ojciec nieślubny winien je płacić „w każdym przypadku“, co oznacza, jak z dalszego ciągu wynika, że płacić je ma bez względu na to, czy matka ma dostateczny majątek, czy nie. Dziecko nieślubne, zrodzone z zaręczonych, ma wybór między skargą z art. 243 pr. małż. a skargą z ustawy z r. 1913. Oprócz alimentów dzieci takie nie mogą niczego żądać.

Ad 3. Do trzeciej grupy należą wszystkie inne dzieci nieślubne. W szczególności z pośród dzieci dobrowolnie uznanych należą tu dzieci z grupy A), a), gdyby skutek art. 301 nie otrzymały alimentów. (Oczywiście należą tużaj dzieci nieślubne, których „dobrowolne uznanie“ zostało po myśli art. 304 zaprzeczone, bo wtedy stają się zwykłymi dziećmi nieślubnymi). Ta grupa ma po myśli art. 6 ustawy z r. 1913 skargę o alimenty, nie ma zaś skargi o ojcostwo. Oprócz alimentów stosunek ojca do dziecka nieślubnego nie obejmuje w tej kategorii innych kwestji. W szczególności ojciec nieślubny nie ma wpływu na wychowanie, a dziecko nieślubne nie ma na zasadzie ustawy z r. 1913 tych praw spadkowych, które służą dziecku dobrowolnie uznanemu.

Ta grupa przeto dzieci nieślubnych (B. 3) ma stanowisko równe stanowisku dzieci nieślubnych w Austrii i Niemczech. Grupa A 1 i 2 tudzież grupa B 1 i 2 nie są znane prawu austriackiemu i niemieckiemu.

W końcu winniśmy uczynić dla uniknięcia nieporozumień następujące trzy uwagi:

α) Art. 994 kodeksu karnego rosyjskiego został zniesiony przez ustawę rosyjską z r. 1902, a więc nie obowiązuje także w Królestwie.

β) Art. 305 k. c. Kr. p. nie został zniesiony przez ustawę z r. 1913, t. zn. skarga o ojcostwo jest w k. Kr. p., z wyjątkiem porwania, zabronioną, a dopuszczoną jest tylko skarga o alimenty, w tym przeto zakresie stwierdziliśmy wyżej, że grupa B 3 prawa polskiego odpowiada prawu austriackiemu i niemieckiemu.

γ) Art. 299 i 367 tudzież 762 k. c. Kr. p. straciły moc obowiązującą w Kr. p. Także więc i w Królestwie polskiem dzieci, pochodzące z związku kazirodzkiego lub cudzołożnego, nie stanowią specjalnej grupy.

W zawikłanej sprawie powyższych kategorii dzieci nieślubnych pomoże do orientacji załączona tabela.

Kategorie dzieci nieślubnych wedle ustawodawstwa obowiązującego w Król. Pol.

DZIECI NIESLUBNE.

A) Dzieci nieślubne dobrowolnie uznane.

- a) Dzieci nieślubne, uznane dobrowolnie w ciągu małżeństwa przez jednego małżonka, splodzone jednak nie z drugim małżonkiem, art. 301 k. c. Kr. p. i art. 6 i 12 ustawy z r. 1913, należą (choć są dobrowolnie uznane) do kategorii B) c). (ojciec jednak ma wpływ na wychowanie).
- b) Wszystkie inne dzieci nieślubne dobrowolnie uznane mają prawo do alimentów w zakresie art. 303, mają też prawa spadkowe wedle art. 756 nast. k. c. Ojciec nieślubny ma wpływ na wychowanie większy, niż w prawie austr., bo stały (art. 303), a nie tylko w przypadku patologicznym.

B) Dzieci nieślubne nieuznane dobrowolnie.

- a) Dzieci urodzone w okolicznościach porwania, art. 305, mają (tylko takie dzieci) skargę o ojcostwo i są zrównane z kategorią A) b).
- b) Dzieci zaręczonych, art. 243 pr. małż., mają tylko roszczenie o alimenty.
- c) Wszystkie inne dzieci nieślubne mają, art. 6 ustawy z r. 1913, skargę o alimenty, nie mają skargi o ojcostwo.

IV. Uznanie dobrowolne w k. c. Kr. p., uznanie w k.

c. a. i k. c. n.

Dobrowolne uznanie dziecka nieślubnego jest instytucją właściwą kodeksowi c. Kr. p., a nie znaną kodeksowi austr. i niem. Dobrowolne uznanie daje, jakśmy widzieli, dziecku prawo do alimentów i prawa spadkowe, ojcu zaś wpływ na wychowanie.

Należy odróżnić powyższe dobrowolne uznanie i nie mieszać go z „uznaniem“, o którym mówi k. c. austr. i niem. W tym ostatnim uznaniu ojcostwa ma wedle § 1718 to znaczenie, że uznający niema excepcji plurium. Uznanie takie musi być złożone w publicznym dokumencie i po urodzeniu dziecka. Natomiast takie uznanie nie wyklucza zaprzeczenia obcowania w okresie poczęcia i nie wyklucza twierdzenia, że poczęcie było widocznie niemożliwem. Powtarzamy, że uznanie wedle prawa niemieckiego nie pozbawia uznającego obrony polegającej na tym, że przyznawszy się do obcowania, zaprzecza, aby ono miało miejsce w okresie poczęcia, lub też polegającej na tem, że uznający, przyznawszy się do obcowania, twierdzi, iż jest widocznie niemożliwe, aby z tego obcowania nastąpiło poczęcie.

To uznanie w § 1718 nie jest jedynem, jakie kodeks niemiecki zna w prawie dzieci nieślubnych. Mówiąc o legitymacji per subsequens matrimonium, mówiliśmy o dwóch domniemaniach, które wprowadza § 1720. Drugie polega na uznaniu ojcostwa po urodzeniu dziecka w publicznym dokumencie przez męża. Tutaj uznanie ma to znaczenie, iż staje się domniemanem, że mąż obcował z matką dziecka w okresie poczęcia. Jeszcze inne znaczenie ma uznanie złożone przez ojca wedle § 1725. Uznając dziecko za swoje, żąda na jego podstawie ojciec, aby dziecko zostało uznane za ślubne (niemiecka legitation per rescriptum principis).

Z powyższych danych widać, że uznanie nieślubnego ojcostwa ma w prawie niemieckiem rozmaite znaczenia, odpowiednio do stosunku prawnego, w którym ma miejsce. Natomiast instytucja „dobrowolnego uznania“ w kodeksie cywilnym Królestwa polskiego nie jest pojęciem rodzajowem, ale jest indywidualną instytucją, rodzącą stałe skutki. Tak samo, jak w prawie niemieckiem, rzecz się ma w prawie austriackiem. „Tak samo“ w tem znaczeniu, że kodeks austriacki również nie zna takiej instytucji dobrowolnego uznania, jaką przyjął kodeks cywilny Król. pol. Uznanie ojcostwa jest wedle § 164 kodeksu cywilnego austriackiego tylko zupełnym dowodem ojcostwa (jeżeli odpowiada wymienionym w tym paragrafie warunkom), ale nie rodzi żadnych specjalnych skutków, jak to ma miejsce w prawie francuskiem i polskiem. Sprawia tylko, że w sporze o ojcostwo sprawa jest załatwioną, ale skutki są takie, jakie

pociąga za sobą ojcostwo w inny sposób udowodnione. Między prawem austriackiem a niemieckiem jest w kwestji uznania (Anerkennung) ta różnica, że prawo austriackie nie zna postanowienia takiego, jakie zawiera § 1718 k. c. n. a uznanie stanowi, jakżeśmy to już powiedzieli, całkowity dowód ojcostwa. Od uznania ojcostwa, o którym mówi § 164 k. c. a., należy odróżnić przyznanie (Geständnis), że pozwany obcował z matką dziecka w okresie poczęcia. Takie przyznanie (Geständnis) ma to znaczenie, iż przez nie staje się domniemanem, że przyznający dziecko spłodził. Uznanie (Anerkennung) jest więc całkowitym dowodem ojcostwa, a przyznanie (Geständnis) jest tylko domniemaniem, które może być obalonem. Uznanie (Anerkennung) może być wzruszonem wedle ogólnych reguł, jak każda czynność prawna, ale gdy raz miało miejsce i gdy fakt jego zajścia jest niewzruszony, to znaczenie jego jest stanowcze, t. j. stanowi ono dowód ojcostwa. Natomiast przyznanie (Geständnis) jest tylko domniemaniem, a więc ma tylko ten skutek, iż kto przyznał się do obcowania, musi potem udawadniać, że skłamał, przyznanie bowiem uwalnia dziecko od dowodu, że pozwany obcował z matką w okresie poczęcia.

V. Skarga o ojcostwo, skarga o alimenty.

Już wiemy z dotychczasowego wywodu, że z jednym jedynym wyjątkiem (art. 305 k. c. Kr. p.) prawo obowiązujące w Królestwie Polskiem nie zna skargi o ojcostwo, a dzieciom nieślubnym daje tylko skargę o alimenty. Jasną jest rzeczą, że ta skarga o alimenty musi się opierać na dowodzie, że pozwany spłodził dziecko nieślubne. Jednak ten fakt, że nowela z r. 1913 nie usunęła art. 305, sprawił, że o tym dowodzie ojcostwa nie znajdujemy w prawie obowiązującym w Królestwie Polskiem żadnych postanowień, w szczególności nie ma tam takich domniemań, jakie są w § 1717 k. c. n. i 163 k. c. a. Możemy sobie wytłómaczyć, dlaczego nowela tak postąpiła, nie mniej jednak nie możemy zataić, że unormowanie całej tej kwestji nie świadczy, żeby redaktorowie mieli dar konstrukcyjny. Stanowisko noweli tłómaczymy sobie w następujący sposób:

Dobrowolne uznanie daje dziecku nieślubnemu alimenty i prawo spadkowe, a uznającemu prawo do kierowania wychowaniem. Nowela chciała tylko jedną rzecz dać, tj. alimenty, a przede wszystkim odsunąć ojca nieślubnego od wpływu na wychowanie. Z tego powodu roszczenie dziecka skoncentrowała w tej właśnie kwestji alimentów, nie chcąc przez stawianie jej na gruncie ojcostwa budzić wątpliwości, że stosunek między ojcem nieślubnym a nieuznanem przez niego dobrowolnie dzieckiem mieści w sobie coś więcej, aniżeli właśnie tylko sprawę alimentów. Ten rezultat zamierzony, tj. skoncentrowanie całej kwestji w punkcie alimentów, osiągnęła nowela z r. 1913, ale

ofiara tego padła sama skarga, bo jest w prawie obowiązującym w Król. pol. niewyrobia. Praktyka radzić sobie tu więc musi ogólnymi przepisami.

Uczyniłem uwagę, że nowela nie zdradza daru konstrukcyjnego u jej redaktorów. Tę właściwość ma jednak także i sam kodeks cywilny Król. pol. wraz z kodeksem Napoleona. Możemy podziwiać ducha, język, przystępność i t. d. tego kodeksu, ale nie możemy się obronić przed wrażeniem, że instytucje prawne wychodzą z niego zamazane. Tutaj stwierdzamy to co do skargi o alimenty, wiszącej w powietrzu wskutek obawy, aby jej nie zrównać ze skargą o ojcostwo. Obawa to sprawiła, że w skardze o alimenty życie będzie sobie musiało samo torować drogę. Już pierwiej jednak natrafiliśmy na przykład podobnego zamazania, zawinionego jednak więcej przez kodeks cyw. Król. pol., niż przez Kodeks Napoleona. Przypominamy sobie, że małżonek pozostały przy życiu jest opiekunem dzieci, ale zarazem ma nad nimi władzę rodzicielską. Przyzwyczajeni do ostrych konturów instytucji prawniczej, pojęć i konstrukcji prawniczej, musimy się przyznać, że wobec takich niedomówień i niedociągnięć nie możemy się pozbyć wrażenia, iż stąpamy na gruncie miękkim. Typowym przykładem pewnej nieprzychylności dla wyrobionych pojęć prawniczych i prawniczych konstrukcji jest także art. 6. noweli r. 1913, o ile mówi „o uznaniu niedopuszczonem wskutek zaprzeczenia osób interesowanych“. Domyślamy się, że tu mowa o uznaniu, które zostało unieważnione, ale w takim razie uznania nie było, wskutek czego dziecko jest zwykłym dzieckiem nieślubnym, a wskutek tego cały ten passus jest niepotrzebny. Uwagi te czynimy, aby jeszcze raz podnieść wartość prawniczej sztuki redagowania ustaw. Wróćmy jednak do skargi o ojcostwo, przyczem że względu na powyżej określony stan rzeczy zajmujemy się już tylko prawem austriackim i niemieckim.

W jakich przypadkach i pod jakimi warunkami dziecko kobiety zamężnej jest nieślubnym, mówiliśmy już w rozdziale dziewiątym tej książki. Obecnie idzie o inną kwestję: jeżeli dziecko kobiety zamężnej jest nieślubnym lub jeżeli dziecko jest nieślubnym dlatego, ponieważ przyszło na świat z kobiety niezamężnej, jak dochodzi się w takich przypadkach ojcostwa? W tym względzie tak prawo austriackie, jak i niemieckie, przyjmują domniemanie, że ojcem jest ten, kto z matką dziecka obcował w okresie poczęcia (§ 163 k. c. a.: 180—300 dni, § 1717 k. c. n.: 181—302 dni). Jeżeli obcowanie nie przypada na okres poczęcia, to dowód ojcostwa nie ma żadnego ułatwienia. Natomiast jeżeli fakt obcowania przypada na okres poczęcia, to jest rzeczą pozwanego pozbawić domniemanie skuteczności (n. p. impotencja, lub fakt, że matka w czasie obcowania już była ciężarną etc.). O uznaniu i przyznaniu mówiliśmy już wyżej. Tu jeszcze wspominamy, że prawo austr. mówi o dowodzie z zapisania nazwiska ojca do ksiąg metry-

kalnych, § 164 k. c. a. (koniecznem jest zezwolenie ojca wobec duszpasterza i ojca chrzestnego, którzy też dowodzą identityzacji zezwalającego).

Różnica między prawem niemieckiem a austriackiem zachodzi w kwestji excepcji plurium. Znaną ona jest prawu niemieckiemu (§ 1717 k. c. n.), nieznaną prawu austriackiemu. W prawie austriackiem ma skutek tego opiekun wybór, kogo ma pozwać skargą o ojcowstwo, jeżeli matka obcowiała z kilkoma.

VI. Utrzymanie.

Przepisy o utrzymaniu zostały w prawie austriackiem w kilku punktach upodobnione do niemieckich, jednak pozostało szereg różnic. Usiłowała także zbliżyć się do pr. niem. nowela z r. 1913. Podane dalej zestawienie wykaze podobieństwa i różnice.

Na tem miejscu zajmiemy się dwiema kwestjami, wymagającymi bliższego wyjaśnienia.

1. Z natury utrzymania wynika, że polega ono na rencie pieniężnej. Takie też stanowisko zajmują wszystkie trzy kodeksy. Z § 171 k. c. a. widać, że utrzymanie może być dostarczane także in natura. Nie jest to oczywiście wykluczone także i przez inne kodeksy. § 171 k. c. a. został uzupełniony drugim ustępem nie dlatego, aby orzec, że obowiązek utrzymania do śmierci ojca w naturze dostarczanego, przechodzi na dziedziców także w naturze, ale aby oznaczyć miarę, wysokość utrzymania, gdy obciąża dziedziców. Ważniejszą jest rzeczą, że wszystkie trzy kodeksy pozwalają na skup utrzymania, dostarczonego w rencie. Tej kwestji pragniemy poświęcić kilka słów.

§ 1714 k. c. n. i art. 11 noweli z r. 1913 mówią wyraźnie o umowie między ojcem a dzieckiem, zamieniającej perjodyczne świadczenia na jednorazową zapłatę pewnej sumy. *Conditio sine qua non* jest zatwierdzenie takiej umowy w Niemczech przez sąd opiekuńczy, w Król. pol. przez radę opiekuńczą. W Austrii taka umowa jest oczywiście także dozwoloną i także pod tym samym warunkiem zatwierdzenia przez sąd opiekuńczy. Pragnęliśmy tylko zwrócić uwagę, że § 170 k. c. a. mówi nie o takiej umowie. Umowa o skupie pojedynczych świadczeń jest umową między ojcem a dzieckiem, gdy tymczasem § 120 k. c. a. mówi o umowie między ojcem a matką. Taka umowa nie potrzebuje zatwierdzenia sądu opiekuńczego, ale też nic nie obchodzi dziecka, które mimo tej umowy może skarżyć ojca o alimenty, jeżeli ich (w ogóle) nie otrzymuje.

Praktyka austriacka (judykant nr. 245) daje dziecku skargę, choćby umowa między niem a ojcem opiewała, że dziecko za odprawę zrzeka się raz na zawsze wszelkich pretensyj, jeżeli stosunki się zmieniły i dziecko mimo odprawy, nie ma koniecznego utrzymania. Praktykę tę należy uznać za trafną, skarga

taka bowiem jest objawem familijnoprawnej natury dotyczącej umowy. To samo należy stosować w Król. pol. na podstawie art. 10 noweli z r. 1913.

2. Kodeks niemiecki w § 1712, kodeks austriacki w § 171 mówią wyraźnie, że śmierć ojca nie powoduje zgaśnięcia obowiązku alimentów, że przechodzi na dziedziców ojca, jak każdy inny dług. Prawo niem. daje nadto w drugim ustępie § 1712 dziedzicom szczególne „prawo” skupu (w innych kodeksach tego nie ma).

Nie jest wyraźnie postawioną sprawą w prawie obowiązującym w Kr. pol. a to wskutek znanego nam już różniczkowania dzieci nieślubnych.

Wiemy już, że dzieci naturalne dobrowolnie uznane dziedziczą wedle art. 756 i 757 K. N. Natomiast dzieci z związku kazirodzkiego lub cudzołożnego, chociaż dobrowolnie uznane, nie dziedziczyły, ale miały tylko roszczenie o alimenty, art. 762 K. N. Nowela z r. 1913, dozwalając na dobrowolne uznanie takich dzieci, zniosła ten artykuł 762 K. N. Z wyjątkiem więc art. 301 wszystkie dzieci dobrowolnie uznane mają prawa spadkowe po ojcu, kwestja przejścia alimentów na dziedziców ojca nie jest więc aktualną. Jakże się ma rzecz z dziećmi nieślubnymi, nieuznanymi dobrowolnie? Odpowiedzi ogólnej nie znajdujemy. Art. 12 noweli z r. 1913 mówi o alimentach dzieci z art. 301 i 304 k. c. Kr. p., należących się od dziedziców ojca. Dzieci, o których mówi art. 301 k. c. Kr. p., są dziećmi dobrowolnie uznanymi. Pozbawienie ich praw do spadku po ojcu jest konsekwencją art. 301, jest więc rzeczą zrozumiałą, że nowela chciała dać interpretację, że ograniczenia płynące z art. 301 nie idą tak daleko, aby dziecko traciło i alimenty. Jakże jednak jest z dziećmi, do których odnosi się art. 304. Wykazaliśmy wyżej, że są to zwykle dzieci nieślubne. Rezultat przeto byłby ten, że dzieciom naturalnym, których dobrowolne uznanie zostało unieważnione, należałyby się alimenty od dziedziców ojca, a dzieciom naturalnym, które są przecież w identycznej pozycji, ale co do których nie przedsięwzięto „nieważnego” uznania, — miałyby się nie należeć utrzymanie od dziedziców ojca? Jeden więcej dowód niestaranności w redagowaniu noweli z r. 1913. A jednak z redakcji noweli z r. 1913 wynikałoby, że na dziedziców ojca przechodzi obowiązek alimentacji tylko co do dzieci, do których odnosi się art. 301 i 304, a do innych nie.

Jest rzeczą charakterystyczną, że dziedzice ojca płacą alimenty nie wedle miary art. 6 noweli z r. 1913, ale wedle art. 763 i 764 (niejasno zredegowanych).

K. c. niemiecki.

1. Uprawniony.

1. Uprawnionem jest tylko dziecko (przez opiekuna), nie matka i nie potomkowie dziecka. Matka tylko w przypadku § 1716 k. c. n.

2. Zobowiązany.

2. Zobowiązanym do dostarczania alimentów jest tylko ojciec, a nie jego rodzice. Ojciec nawet wówczas, gdyby matka miała majątek. W drugiej linii, gdyby nie był w stanie, matka i jej krewni (w tym przypadku ma zastosowanie drugi ustęp § 1709 k. c. n., por. §§ 1606 i 1607 k. c. n.).

3. Treść:

a) zwyczajna.

3. Zwyczajne utrzymanie ma:

α) odpowiadać stanowisku socjalnemu matki,

β) trwać do ukończonego 16 r. życia dziecka,

γ) obejmować

αα) wszystkie potrzeby życia,

ββ) kosztu wychowania,

γγ) przygotowania do zawodu;

δ) jest niezależne od niedostatku dziecka i

ε) niezależnie od zdolności ojca (§ 1603 ust. 1 nie ma tu zastosowania).

b) nadzwyczajna.

W wyjątkowych przypadkach określonych w § 1708 ust. 2 k. c. n. utrzymanie należy się poza 16 rok życia, jednakże podane wyżej pod δ) i ε) cechy nie mają tu

K. c. austriacki.	Prawo obowiązujące w Kr. p.
1. Rzecz się ma, jak w prawie niem. Wyjątek taki sam w § 168 k. c. a.	1. Zasadniczo tak samo, niema mowy jednak o takim wyjątku, jak w k. c. a. i w k. c. n.
2. Rzecz się ma, jak w pr. niem., jednakże niema postanowienia odpowiadającego drugiemu ustępowi § 1709 k. c. n. W praktyce wedle judykatu 81 (zb. G. U. W. 5177) mają tu zastosowanie przepisy o negotiorum gestis.	2. W razie dobrowolnego uznania alimentu ponoszą oboje rodzice, ojciec nie płaci więc wówczas wyłącznie, ale z uwzględnieniem tego, co matka może płacić. (Tak rozumiem art. 6 noweli z r. 1913 wskutek tego, że się powołuje na art. 303 k. c. Kr. p.). W innych przypadkach ponosi ojciec sam bez względu na majątek matki. W drugiej linii alimentu spadają na matkę, ale już nie dalej.
3. Prawo austr. nie zakreśla granic wieku, wskutek czego odpada rozróżnienie na zwyczajne i nadzwyczajne utrzymanie. Należy się ono aż do chwili, gdy dziecko samo potrafi się wyżywić § 141 k. c. a. α) Odpowiada „majątkowi“ rodziców (§ 166 k. c. a.), nie „stanowi“ matki. β) trwa do chwili, gdy dziecko samo potrafi się wyżywić. γ) Jak w pr. niem., („przygotowanie do zawodu“ pod nazwą „Versorgung“). δ) Tylko różnica po odtrąceniu dochodów z majątku dziecka. ε) Roszczenie zależy od zdolności ojca do świadczenia.	3. Jest, jak w pr. austr., ale z maksymalną granicą pełnoletności, to jest obowiązek ustaje, gdyby dziecko wcześniej stało się zdolnym do utrzymania się lub córka wyszła za mąż. α) Odpowiada majątkowi ojca i stanowi społecznemu matki, a więc łączy kryterjum austriackie z niemieckiem, β) p. wyżej. γ) art. 6 noweli z r. 1913 mówi tylko o „utrzymaniu“, natomiast co do dzieci dobrowolnie uznanych mówi art. 303, jak w pr. niem. δ) jak w pr. austr. ε) jak w pr. austr.

	K. c. niemiecki.
	miejsca, to jest utrzymanie odpada, jeżeli dziecko przestało być w niedostatku lub ojciec stał się niezdolnym do świadczenia (§ 1603 ust. 1 ma zastosowanie).
4. Sposób dostarczenia.	4. § 1710 k. c. n.
5. In praeteritum.	5. Zasada in praeteritum non vivitur (§ 1613 k. c. n.) nie obowiązuje co do dzieci nieślubnych (§ 1711).
6. Przejście na dzieciów.	6. § 1712 k. c. n. z prawem dziedzica do zapłacenia odprawy równej zachowkowi, § 1712 u. 2.
7. Zgaśnięcie.	7. Przez śmierć dziecka § 1713, nie przez zrzeczenie się nieodpłacalne § 1714 u. 2, ale dozwołonym jest skup, § 1714.
8. Tymczasowe zarządzenia.	8. § 1716 k. c. n.

VII. Trzy stosunki.

Mówiliśmy dotychczas o stosunku dziecka nieślubnego do ojca, obecnie pragniemy zwrócić uwagę na stosunek dziecka nieślubnego z jednej strony do matki, a z drugiej strony do jej męża, jeżeli poszła za mąż — oczywiście — nie za ojca dziecka nieślubnego. Z natury rzeczy sprawa dziecka nieślubnego musiała dać ustawodawstwu powód do wkroczenia także w stosunek ojca nieślubnego do matki i to będzie ostatni stosunek, któremu poświęcimy kilka słów.

1. Matka i dziecko.

Wedle wszystkich trzech kodeksów dziecko nieślubne znajduje się nie pod władzą rodzicielską, ale pod opieką. W Król. pol. normują tę kwestję art. 481 do 488 k. c. Kr. p., w prawie austriackiem stwierdza to § 166 k. c. a., a w prawie niemieckiem § 1707 k. c. n. Wszystkie kodeksy zgadzają się także w tem, że normalnie dziecko nieślubne przebywa u matki i że ona ma pieczę o jego osobę. Wynika to z § 1707 k. c. n., jest wyraźnie powiedziane w § 169 k. c. a., a wypływa także z przepisów obowiązujących w Królestwie Polskiem, jakkolwiek tutaj z po-

K. c. austriacki.	Prawo obowiązujące w Kr. p.
4. Zasada ta sama, brak jednak szczegółowych postanowień.	4. Jak w pr. austr. Czy art. 244 k. c. Kr. p. ma zastosowanie?
5. Zasada nemo pro praetorito alitur obowiązuje.	5. Jak w pr. niem., jednak z ograniczeniem do jednego roku od skargi wstecz, art. 6 noweli z r. 1913.
6. Zasada ta sama, bez postanowienia odpowiadającego ustępowi 2 § 1712 k. c. n., ale za to za specjalnem postanowieniem w ust. 2 § 171 k. c. a.	6. Patrz wyżej, w osobnym ustępie.
7. Rzecz się ma, jak w pr. niem. Patrz niżej, w osobnym ustępie.	7. Jak w dwóch innych kodeksach; skup unormowany jest w art. 11 noweli z r. 1913.
8. § 168 k. c. a.	8. Podobnego postanowienia niema.

wodu instytucji dobrowolnego uznania, która uznającemu ojcu daje wpływ na wychowanie, rzecz się komplikuje. Nigdzie jednak matka nie ma ostatniego słowa w sprawie wychowania dziecka, a nie ma go także w Kr. pol. ojciec, chociaż dziecko uznał dobrowolnie. Najważniejszą n. p. kwestję wyboru zawodu dziecka nieślubnego ma w swych rękach opiekun.

O matce wiemy już, w jakiej linii i pod jakimi warunkami obciążoną jest alimentami dziecka. Dziecko nosi nazwisko matki, a gdy wyszła za mąż, nazwisko panieńskie matki.

Zmienne koleje, przez które przechodziła w historii dola dzieci nieślubnych, wykazują w ostatnich czasach znaczne polepszenie stanowiska dziecka nieślubnego. Kodeks niemiecki zajął w § 1705 stanowisko, że wobec matki i jej krewnych dziecko nieślubne ma prawne stanowisko dziecka ślubnego. Na tę samą drogę wszedł także kodeks cyw. austriacki przez nowelę. W § 165 k. c. a. było powiedzianem, że „dzieci nieślubne są wogóle wykluczone od praw familji i pokrewieństwa“. Słowa te zostały przez nowelę wykreślone, a w ten sposób stwierdzone zostało pokrewieństwo między dzieckiem nieślubnem a krewnymi matki. Widzieliśmy, jakie to pociąga za sobą skutki w sprawie utrzy-

mania, gdzie po ojcu — wedle obu kodeksów — zobowiązaną jest do dostarczania ich w drugiej linii matka, a po niej wedle § 166 k. c. a. macierzyści dziadkowie, wedle § 1706 k. c. n. zaś macierzysty krewny. Zobaczmy w tomie trzecim, jakie to konsekwencje pociąga w prawie spadkowym.

Królestwo Polskie jest jeszcze pod rządami starej opinii, której bardzo liberalna nowela z r. 1913 nie przełamała, o pokrewieństwie bowiem dziecka nieślubnego z krewnymi matki nie mówi. Obowiązuje nadal art. 302, który ani wobec matki ani wobec ojca nie daje dziecku nieślubnemu stanowiska dziecka ślubnego.

2. Dziecko nieślubne a mąż matki.

Przykrą sprawę załagodziła nowela do kodeksu austr., dając, za kodeksem niemieckim, możność nadania przez męża matki swego nazwiska dziecku nieślubnemu. O warunkach mówi § 165 k. c. a. i § 1706 ust. 2 k. c. n. W Król. Polskiem instytucja ta nie jest znana.

3. Stosunek ojca nieślubnego do matki.

Wedle wszystkich trzech praw, które porównujemy, należą się matce od ojca nieślubnego koszta rozwiązania, inne wydatki z niem związane i przez pewien czas alimenty, § 1715 k. c. n., § 167 k. c. a. i art. 5, 9, 10 noweli z r. 1913.

Różnice między temi trzema prawami są następujące:

a) Nowela z r. 1913 daje matce powyższe roszczenia wtedy tylko, gdy środki jej są niedostateczne. Kodeks cywilny austriacki i niemiecki dają matce to roszczenie zawsze, a kodeks niemiecki nawet bez względu na to, czy wydatki były faktycznie poczynione. Gdyby faktycznie matka ich nie poniosła, zwrot należy się w „zwyczajnej wysokości“.

b) Wedle noweli z r. 1913 utrzymanie należy się matce aż do wyzdrowienia, wedle kodeksów zaś austr. i niem. przez sześć tygodni od rozwiązania.

c) Roszczenie matki przedawnia się wedle k. c. n. w czterech latach, wedle k. c. a. w trzech latach, w Królestwie Polskiem w roku. Początkiem przedawnienia jest w Król. Pol. i w Austrii chwila rozwiązania, w Niemczech przedawnienie zaczyna biec dopiero po upływie sześciu tygodni po rozwiązaniu.

d) W pr. austr. (§ 168 k. c. a.) i w pr. niem. (§ 1716 k. c. n.) zyskała matka możność zabezpieczenia się, że po rozwiązaniu nie będzie musiała czekać na utrzymanie i zwrot wydatków związanych z rozwiązaniem. Paragrafy te dają prawo żądać, już przed urodzeniem dziecka, złożenia do depozytu kwoty odpowiadającej kwartalnemu utrzymaniu i innym wydatkom obliczonym wedle „zwykłej“ wysokości. Różnica jest ta, że wedle kodeksu austr. matka ma to prawo tylko wówczas, gdy tego potrzebuje i nie prowadzi życia niemoralnego, a kodeks niemiecki warunków takich nie stawia. Kodeks austriacki zupełnie trafnie podnosi, że matka żądająca przed urodzeniem

dziecka złożenia do depozytu sądowego powyższej kwoty, winna uwiarogodnić stosownie do przepisów § 163 ojcostwo. Jest jasną rzeczą, że taksamo jest w prawie niemieckiem, chociaż § 1716 k. c. n. o tem wyraźnie nie mówi. Uwiarogodnienie następuje przez udowodnienie ciąży i obcowania. Czy obcowanie wpada w okres poczęcia, tego przed urodzeniem dziecka nie można wykazać, bo nie można obliczyć przed urodzeniem dziecka okresu poczęcia. W prawie niemieckiem pozwany rzekomy ojciec może się bronić excepcją plurium. Kodeks niemiecki w § 1716 mówi wyraźnie, że matka dochodzi powyższych pretensyj w drodze tymczasowego zarządzenia. Kodeks austriacki nie mówi o postępowaniu. Można więc wyrażenie § 168 k. c. a. (Antrag) uważać za tymczasową skargę o ojcostwo, różniącą się od stanowczej skargi o ojcostwo także tem, że do wniesienia jej legitymowaną jest matka i że nie potrzeba ustanawiać dla tej sprawy kuratora. Taką samą legitymację ma matka i w prawie niemieckiem. Przypominamy, że zwykła, stanowcza skarga o ojcostwo służy tylko dziecku nieślubnemu.

Prawo obowiązujące w Królestwie Polskiem nie zna powyższej instytucji dochodzenia omówionych pretensyj.

Przedstawiliśmy poważną część prawa prywatnego, nie tając nigdzie naszego wrażenia, że ta część prawa znajduje się w stadium transformacji. Idzie teraz o to, aby te luźne uwagi ująć razem i dać im wyraz w jednej koncepcji. Przedtem jednak muszę się wypowiedzieć w kilku ogólnych zasadniczych kwestiach. Zaznaczę tylko co do nich moje stanowisko, pozostawiając wywód do ostatniego tomu tej książki, mającego zawierać naukę ogólną prawa cywilnego.

1. Mówiliśmy w jednym z poprzednich rozdziałów o prawie podmiotowem i oświadczyliśmy się za tem zapatrywaniem, że prawo podmiotowe nie pokrywa się z prawem prywatnem, że ten kierunek myślenia, który wydał ze siebie pojęcie prawa podmiotowego, może mieć zastosowanie także i w prawie publicznem. Nie powiedzieliśmy jednak, że całe prawo publiczne da się przedstawić w sposób personifikujący, którego to sposobu objawem było właśnie pojęcie prawa podmiotowego. Prawo konstytucyjne, o ile urządza samą budowę państwa, nie nadaje się do zastosowania w nim pojęcia prawa podmiotowego. (Ponawiamy, że mamy na myśli tylko to prawo, które dotyczy budowy, organizacji, konstrukcji państwa).

2. Nie ma normy, któraby nie dotyczyła interesu (*utilitas* u Ulpiana), państwa, jakkolwiek sprawę czy stosunek urządzałyby ta norma. Państwo może się tylko wobec rozmaitych spraw rozmaicie zachować. Nie ma normy, któraby miała na celu tylko *utilitatem* jednostki. Inna jest kwestja, że jedna i ta sama sprawa będzie inną miała *utilitatem* dla jednostki, a inną dla państwa. Ta ostatnia jednak *utilitas* musi zachodzić, jeżeli norma ma wogóle powstać. Dłużnik np. jest zobowiązany zwrócić wierzy-

cielowi kwotę otrzymaną tytułem pożyczki. Norma, która to postanawia, jest normą prywatno-prawną, ale nie dlatego, że spectat utilitatem creditoris, w respektowaniu bowiem tej normy, to j. w tem, aby wierzyciel otrzymał pożyczoną kwotę, tkwi utilitas państwa i państwo tylko dlatego tą sprawą się zajęło, że w niej widzi swoją utilitatem. Jest ona inną, jak utilitas jednostki, chociaż opiera się na jednym i tym samym fakcie, ale zachodzić musi, bo inaczej państwo wogóle nie wydałoby dotyczącej normy. Kryterjum Ulpiana nie może więc służyć za podstawę do podziału prawa na publiczne i prywatne. Państwu może być obojętnem, czy wierzyciel Antoni będzie o pewną kwotę bogatszy, niż dłużnik Błażej, ale nie jest państwu obojętne, aby każdy wierzyciel miał pewność, że dojdzie do swych pieniędzy, bo nie jest państwu obojętne, czy gospodarstwo opierać się będzie także na kredycie, czy nie. Nie jest także państwu obojętne, czy Antoni dojdzie do swych pieniędzy drogą samopomocy, czy drogą odpowiadającą regułom porządku. Z tych powodów wydaje państwo normę o obowiązku dłużnika do zwrotu pożyczonych pieniędzy. Z tego punktu widzenia całe prawo jest prawem publicznem, a jeżeli uważamy za potrzebne podzielić je na publiczne i prywatne, to kryterjum szukać należy nie w utilitas, ale gdzieindziej.

Nim dalej postąpimy w naszych rozważaniach, pragnę jeszcze kilka słów poświęcić zaznaczonemu wyżej problemowi stosunku utilitatis publicznej do utilitatis prywatnej. Każdy stosunek, każda sprawa, stają się dopiero wówczas przedmiotem unormowania ze strony państwa, gdy dla państwa przedstawia to wartość. Jest ona inną, jak wartość indywidualna. Zaznaczyliśmy to wyżej na przykładzie przepisu o pożyczce. Różnicę widać np. w chwili, gdy państwo, chcąc uchronić całe grupy dłużników od ciężkich dla nich następstw obowiązku zwrotu w terminie, wydaje ustawę o moratorjum. Wszędzie i zawsze, ilekroć powstaje norma, następuje takie transponowanie wartości. Rolnicy np. mają interes w tem, aby na zboże nałożone zostało cło, ale państwo zwolni je od cła w traktacie z danem innym państwem, jeżeli za tę cenę zyska w niem n. p. politycznego sprzymierzeńca. Dopóki n. p. wolny handel nie grozi ciężkimi dla całych grup ludności następstwami, normy odpowiadają interesowi sprzedającego, ale z chwilą, gdy skutek wolnego handlu rozdział produktów zagraża pewnym grupom ujemnymi skutkami, państwo wydaje normy o sekwestrze i samo podejmuje się rozdziału.

3. Powyższe przykłady wykazały, że niema normy, któraby nie była w interesie państwa i że państwo ocenia go z innego punktu widzenia, jak jednostka. Powyższe przykłady ilustrują inne jeszcze stwierdzenie, które możemy uczynić: ocena tego interesu, przedmioty, które ten interes budzą, ulegają ciągłej

zmianie; na materialnem przeto kryterjum nie można oprzeć żadnej klasyfikacji.

4. Życie jest nieprzerwanem rodzeniem się ciągle nowych sytuacji faktycznych. Ludzkość, żyjąca w związkach, ujmuje je w porządek. Wyrazem tego porządku są normy prawne (używam określenia „norma” w najobszerniejszym znaczeniu, jako utartego, pozostawiając na później wykazanie, jaki jest stosunek tego określenia do „zdania prawnego”). Przedstawienie, w jaki sposób norma jest w stanie zapewnić porządek, jest studjum najwyższej wagi. Nie mogę na tem miejscu zapuszczać się w nie. Zaznaczam tylko, że siły tej nie należy szukać w egzekucji, ale w psychie ludzkiej.

Mówiąc, że życie jest ciąglem rodzeniem się sytuacji faktycznych, ograniczam rozważanie tej strony patrzenia na życie do wytwarzania tych sytuacji przez człowieka, pozostawiając na razie na boku powstawanie nowych sytuacji fizycznych przez siły przyrody. Używając wyrażenia „tworzenie sytuacji faktycznych” chciałbym nadać wywołanym przez to określenie obrazom jak najszerze znaczenie, w tym szkicubowiem, idzie mi tylko o wytknięcie myśleniu pewnego kierunku. „Tworzyć” w tem znaczeniu jest podjąć jakąkolwiek inicjatywę. „Sytuacja faktyczna” jest każdą zmianą. W tworzeniu tych sytuacji przeto, które podpadają np. pod prawo karne, inicjatywa wychodzi od państwa. Wypadki zaś wywołane siłami przyrody wchodzą w grę, o ile idzie o prawo, gdy wywołują zmianę istniejących już sytuacji wytworzonych przez człowieka.

Otóż patrząc na życie z tego punktu widzenia, dostrzegamy, że sytuacje faktyczne wytwarza państwo lub jednostka i że sytuacje faktyczne wytworzone przez państwo kontroluje jednostka lub że przynajmniej istnieje tendencja, aby je kontrolowała jednostka, a wytworzone przez jednostkę kontroluje państwo, ilekroć jednostka zwraca się do państwa o jakiekolwiek współdziałanie. Normy, z którymi pierwsze z tych sytuacji mają być uzgodnione, (a do tego uzgodnienia dąży właśnie kontrola) są normami, stanowiącymi prawo publiczne, normy z którymi mają być uzgodnione sytuacje faktyczne drugiego rodzaju, są normami prywatno-prawnymi. Ten obraz wymaga wyjaśnień.

Mówimy: „państwo działa”, „państwo tworzy”, mówimy o „działaniu państwa” o „woli państwa”. Wszystko to są personifikacje, które pozwalają nam z większem lub mniejszem powodzeniem, zrozumieć socjalną stronę człowieka. Przedmiotem naszej obserwacji jest człowiek, jest wola indywidualna, jest czyn indywidualny. Państwa nie widzimy oczyma, nie obejmujemy go zmysłami. W człowieku, w jednostce, jesteśmy jednak w stanie rozróżnić tę stronę jego woli, działania etc., która jest wynikiem faktu, że człowiek żyje tylko socjalnie, tj. w związkach. Ponadto dostrzegamy zjawiska, którychby sam człowiek ani też człowiek związany z innymi ludźmi tem, co nazywamy umową

prywatną, nie był w stanie dokonać. Widzimy armię walczącą, sądy skazujące, szkoły uczące wszystkie dzieci i t. d. Aby zrozumieć te zjawiska, uciekamy się do stworzenia w naszej myśli fikcji, ułatwiającej nam poznanie tych wszystkich zjawisk, bo ujmującej je w jedność i całość. Najłatwiej i najprościej dzieje się to przez personifikację. Państwo staje się w myśli naszej osobą, która działa, ma wolę i t. d. W rzeczywistości jest to jednak tylko obraz, bez którego byłoby nam bardzo trudno porozumieć się co do tych wszystkich zjawisk, które płyną z faktu, że człowiek nie jest stworzeniem izolowanym, ale socjalnem. (Produktywność rozróżnienia w naszej myśli w człowieku jego strony socjalnej od indywidualnej jest dawno wypróbowaną). Jeżeli więc mówimy „państwo działa“, „wola państwa“, to jest to skrócony, ujmujący w jedność i całość sposób powiedzenia, że działanie ludzi, (bo przecież działać mogą tylko ludzie) którzy tworzą sytuacje faktyczne, podpadające pod prawo publiczne, ma być ocenione z punktu widzenia socjalnego i że wskutek tego — a to jest najważniejsze — odpowiedzialność tych ludzi, a więc skutki ich działania są specjalnego rodzaju.

Państwo samo oznacza „zakres swego działania“, a państwo prawne wiąże się w tem działaniu swemi własnymi ustawami. Związanie takie ma sens wówczas, gdy będzie zaprowadzony cały system środków kontrolnych. Używane one być mogą tylko przez jednostkę, bo nikt sam siebie nie kontroluje. Należy do nich wolność prasy, zgromadzeń, stowarzyszania się, odpowiedzialność ministrów, a wreszcie sądownictwo administracyjne, do którego wchodzi czynnik obywatelski, a więc „jednostka“, ale którego istotną cechą nadto jest to, że współdziałającą w niem jest jednostka, jako strona ¹⁾. Do oznaczenia jednostki, powołanej do kontroli legalności „działania“ państwa, służy pojęcie prawa podmiotowego publicznego, jak to na innem miejscu wykazaliśmy. Pojęcie zaś aktu administracyjnego i ten fakt, że orzeczenie sądu administracyjnego trafia akt administracyjny, a nie człowieka, który go wytworzył, jest najlepszą ilustracją wypowiedzianego powyżej poglądu, że to, co nazywamy prawem publicznem, odznacza się inną „odpowiedzialnością“, jak ta, którą niesie ze sobą prawo prywatne.

Prawem prywatnem natomiast nazywamy prawo, które rozpięte jest nad działalnością jednostki, jako jednostki. Tutaj kontrolę, czy ta działalność jest zgodna z prawem, wykonywa

¹⁾ Najgłębszem spostrzeżeniem Ottona Mayera jest to, że istotną cechą sądownictwa administracyjnego jest decydujący udział strony w dotyczącem postępowaniu. „Das Parteiverfahren ist nicht wie eine andere Form. Es bedeutet, dass der Behörde hier ein anderer gegenübertritt, in ihrem Verfahren mitbestimmend und mitverfahrend kraft seines vollwertigen subjectiven öffentlichen Rechtes, eines Mitwirkungsrechtes“ (I str. 141 wyd. drugie). To decydujące współdziałanie ujmując z punktu widzenia kontroli. Gdy państwo działa (prawo publiczne), kontrolę wykonywa jednostka. Gdy jednostka działa (prawo prywatne), kontrolę wykonywa państwo.

państwo, przez sądy, ilekroć jednostka ucieka się do państwa o jakiekolwiek współdziałanie. Z tego punktu widzenia, z którego rozpatruję tutaj prawo, wyrok sądu cywilnego nie jest niczem innem, jak tylko kontrolą, czy dana sytuacja faktyczna, wytworzona przez jednostkę, np. przez kontrakt, testament itp., jest zgodną z prawem czy nie. Sądzę, że oświetlenie wyroku sądu cywilnego z tej strony nie wywoła nieporozumień. (Z tego punktu widzenia, z którego rozpatrujemy tutaj prawo, pendant do aktu administracyjnego nie jest wyrok sądowy, ale n. p. umowa zawarta przez stronę, testament etc.).

Czyni się różnicę między działaniem państwa w charakterze władzy zwierzchniczej a działaniem państwa, jako podmiotu praw prywatnych. Kontrakty n. p. dzierżawy, kupna etc., które państwo zawiera, jako właściciel dóbr państwowych, jako przedsiębiorca etc., są działaniem prywatno-prawnym, a nie publiczno-prawnym. Z stanu tego wysnuć jednak można tylko ten wniosek, że państwo pewną część swojej działalności pragnie mieć uregulowaną wedle prawa prywatnego, ale nie ma żadnego zasadniczego powodu, któryby zmuszał państwo do tego. Także i ta część działania państwa może być poddana pod prawo publiczne, a nie brakuje tendencji wskazujących, że w tym kierunku rzecz idzie. Kto zechce n. p. wnikać w rozwój prawa kolejowego, będzie uderzony, jak państwo z zwykłego przedsiębiorcy przemienia się w państwo — władzę. To samo widzimy w zarządzie dóbr państwowych etc. Można więc zatrzymać tę różnicę i trzeba, dopóki ustawodawstwo pozytywne ją zatrzymuje, ale ona nie wpływa na zmianę obrazu, któryśmy przedstawili wyżej, dążąc do uzasadnienia różnicy między prawem publicznem a prywatnem.

Skorzystajmy z wyników powyższego wyводу, aby zdać sobie sprawę z transformacji, której ulega w bieżącej debie prawo prywatne. Śledząc jego rozwój, dostrzegamy, że coraz to nowe dziedziny działalności ludzkiej przechodzą w ręce państwa i wskutek tego podlegają innym regułom porządkującym je, jak te, którym podlegały, gdy były w rękach jednostki. Państwo działa, a jednostka kontroluje, gdy dotychczas jednostka działała a państwo kontrolowało. Widzieliśmy to w sprawie wychowania dzieci. Państwo podejmuje się coraz to nowych zadań. Władza rodzicielska maleje, a rośnie wpływ państwa na rodzinę. W dziedzinie prawa własności państwo obejmuje coraz to nowe rodzaje produktów i staje się powszechnym dystrybutorem. Puszcza w dzierżawę grunty, których nie jest właścicielem, rąbie cudze lasy, dyktuje warunki umowy o pracę, liczy skrupulatnie spuściznę i troszczy się o rozdział majątku między jednostki. Wszędzie wyciąga państwo swe ręce ruchliwe, energiczne, bezwzględne.

Musimy odpowiedzieć sobie na pytanie, jakie są tego przyczyny, czy dadzą się usunąć, czy też ta transformacja jest ko-

niecznością. Gdyby odpowiedź wypadła w tym kierunku, że mamy do czynienia z koniecznością, odpadłaby potrzeba wydania sądu o wartości tej przemiany, a wysunęłaby się tylko kwestja udoskonalenia dotyczących urządzeń prawnych.

Ostateczną przyczynę tych przemian widzę w wzroście ludności, któremu nieodpowiada wzrost żywności; we wzroście ludności idącym w parze z tą psychiką ludzkości, którą nazywamy demokratyzacją. Jeżeli przez demokrację rozumieć będziemy zdobywanie równych warunków rozwoju dla każdego, to konsenkwencją musi być oddanie roli dystrybutora tej równości komuś najodleglejszemu, a więc państwu, a usuwanie i osłabianie więzów, które nakładają jednostce ci, którzy są jej bliżsi, jak rodzina, cech, spółka, gmina, nawet większe terytorjalnie samorządy. Konkurencja jest wrogiem równości, bo daje zwycięstwo silniejszemu.

Dopóki stan powyższy trwa, nie można mówić ani o zata-mowaniu ani o odwróceniu kierunku tych transformacyj, o których mówimy. Jakąkolwiek dawalibyśmy sobie odpowiedź na pytanie, jaki jest cel ludzkości, przywoływać nas będą na ziemię powyżej skreślone przyczyny. Odpadnie wówczas sąd o ich wartości, a stanie pytanie, jakie mają powstać instytucje, aby państwo mogło spełniać swoją rolę dystrybutora równości? Jeżeli uznamy za trafny powyższy wywód, że działanie państwa, że wola państwa, to działanie także jednostek, to wola także jednostek, które my tylko w naszym myśleniu kształtujemy, jako osobę (kollektywną) i to osobę bardzo charakterystyczną, — to odpowiedź na powyższe pytanie opiewać będzie: spełnienie zadań „państwa“ zależy od siły „jednostek“. Gdyby zaś nam ktoś powiedział, że państwu dlatego właśnie nakłada się te zadania, aby wytwarzało „silne“ jednostki, to z żalem musielibyśmy stwierdzić, że nasz oponent jest w błędnem kole, z którego nie odnajdzie wyjścia. Dla nas rzecz nie jest przerażającą, bo wiemy, że skutek wywołany przyczyną staje się tej przyczyny przyczyną, że taka izolacja i takie wiązanie przyczynowe zjawisk odbywa się tylko w naszym myśleniu, a rzeczą realną jest człowiek z swemi pragnieniami, ze swoją tęsknotą i swym nigdy nie kończącym się trudem.

KONIEC TOMU DRUGIEGO, CZĘŚCI PIERWSZEJ.

SPIS RZECZY

TOMU DRUGIEGO, CZĘŚCI PIERWSZEJ.

	Str.
Rozdział dziewiąty. Rodzice i dzieci	1
I. Ślubność pochodzenia	1
A. Obowiązujące przepisy	1
B. Ogólna charakterystyka problemu	6
C. Poszczególne przypadki	10
D. Sądowe dochodzenie ślubności	14
<i>Exkurs o fikcjach i domniemaniach</i>	<i>25</i>
E. O skardze zaprzeczającej w szczególności	30
F. Poszukiwanie matki	37
II. Stosunki prawne między rodzicami a dziećmi ślubnymi	39
A. Obowiązujące przepisy	39
B. Obowiązek utrzymania	60
<i>Exkurs o prawniczej wartości kodeksów</i>	<i>60</i>
1. Natura obowiązku utrzymania	62
2. Założenia roszczenia o utrzymanie	63
3. Krąg osób uprawnionych względnie obo- wiązanych w kwestji alimentów	67
4. Wysokość i sposób dostarczania alimen- tów	70
<i>Exkurs: wartość subiektywna a ustawa</i>	<i>72</i>
5. Szczególne przepisy	74
C. Uposażenie (Ausstattung) i wyprawa (Aussteuer)	76
D. Majątek dziecka	82
1. Zarząd majątku dziecka	83
2. Użytkowanie	92
3. Wolny majątek, zastępstwo, długi dziecka	93
E. Wychowanie	98
<i>Exkurs o prawie podmiotowem</i>	<i>107</i>
F. Władza rodzicielska	118
a) Ograniczenia władzy rodzicielskiej	122
b) Spoczywanie władzy rodzicielskiej	123
c) Zgaśnięcie władzy rodzicielskiej	124

G. Usamowolnienie (emancypacja) i uznanie za pełnoletniego	127
H. Władza rodzicielska matki	133
1. Przepisy obowiązujące	133
2. Właściwości władzy rodzicielskiej matki	135
<i>Exkurs: charakterystyka dzisiejszej rodziny</i>	137
III. Przysposobienie	139
A. Przepisy obowiązujące	139
B. Założenia adopcji	147
1. Założenia adopcji pospolitej	147
2. Adopcja uprzywilejowana	150
3. Adopcja testamentowa	151
C. Forma adopcji	151
D. Skutki adopcji	152
IV. Legitymacja	155
A. Przepisy obowiązujące	155
B. Legitymacja per subsequens matrimonium	159
C. Legitymacja per rescriptum principis	162
V. Wzięcie na wychowanie, opieka dobrowolna	163
Rozdział dziesiąty. Wpływ rozwodu, separacji i unieważnienia małżeństwa na stosunki między rodzicami a dziećmi	169
I. Obowiązujące przepisy	169
II. Rozwód	171
III. Separacja	175
IV. Unieważnienie	175
Rozdział jedenasty. Dzieci nieślubne	179
I. Przepisy obowiązujące	179
II. Ogólna charakterystyka	185
III. Kategorie dzieci nieślubnych	186
IV. Uznanie dobrowolne w k. c. Król. pol., a uznanie w k. c. a. i k. c. n.	191
V. Skarga o ojcostwo, skarga o alimenty	192
VI. Utrzymanie	194
VII. Trzy stosunki	198
1. Dziecko i matka	198
2. Dziecko i mąż matki	200
3. Ojciec i matka	200
<i>Exkurs o różnicy między prawem publicznym a prywatnym</i>	201

