

**Miscellanea  
Historico-Iuridica**

## **Współautorzy tomu XIX, zeszyt 1**

Patrycja Błasiak-Czerniakowska (Uniwersytet Jagielloński)

Leah Bornstein-Makovetsky (Ariel University, Izrael)

M<sup>a</sup> Aránzazu Calzadilla Medina (Universidad de La Laguna, Hiszpania)

Luis Javier Capote Pérez (Universidad de La Laguna, Hiszpania)

Laura Cerrocchi (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Włochy)

Sebastian Czechowicz (Uniwersytet Łódzki)

Katarzyna Doliwa (Uniwersytet w Białymstoku)

Oscar Hernández Santiago (Universidad Nacional Autónoma de México, Meksyk)

Roldán Jimeno (Universidad Pública de Navarra, Hiszpania)

Anastasija Jumakova (Latvijas Universitāte, Łotwa)

Katarzyna Kamińska (Uniwersytet Śląski)

Daniel Milewski (Warszawska Wyższa Szkoła Biznesu)

Maria Donata Panforti (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Włochy)

Giorgio Pighi (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Włochy)

Carla Rinaldi (Fondazione Reggio Children – Centro Loris Malaguzzi, Włochy)

Mariola Magda Szewczak-Daniel (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie)

Orsolya Szeibert (Eötvös Loránd Tudományegyetem ELTE, Węgry)

Bartosz Kamil Truszkowski (Uniwersytet w Białymstoku)

Monika Wilanowska (Uniwersytet Łódzki)

Cinzia Valente (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Włochy)

Dario Vinci (Ufficio Tutela Metropolitan presso il Comune di Bologna, Włochy)

Paweł Zawadzki (Uniwersytet w Białymstoku)

UNIwersytet w Białymstoku  
Wydział Prawa  
Katedra Nauk Historyczno-Prawnych,  
Teorii i Filozofii Prawa oraz Komparatystyki Prawniczej

# Miscellanea Historico-Iuridica

Tom XIX, zeszyt 1

Children's rights after the 30th anniversary  
of the Convention on the Rights of the Child

pod redakcją

Piotra Fiedorczyka i Marii Donaty Panforti



Białystok 2020

### **Rada Naukowa/Scientific Board:**

Soazick Kerneis (Université Paris Ouest Nanterre La Défense, France); Adam Lityński (Humanitas University; Sosnowiec, Poland); Marju Luts-Sootak (University of Tartu, Estonia); Piotr Niczyporuk (University of Białystok, Poland); Kenneth J. Pennington (The Catholic University of America; Washington, USA); Janis Pleps (University of Latvia); Anton D. Rudokvas (St. Petersburg University, Russia); Karel Schelle (Masaryk University; Brno, Czechia); Dariusz Szpoper (Pomeranian University in Slupsk, Poland); Charles Szymanski (Vytautas Magnus University; Kaunas, Lithuania); Jan Zabłocki (Cardinal Stefan Wyszyński University; Warsaw, Poland); Eduardo Cebreiros Álvarez (Universidade da Coruña, Spain)

### **Redakcja/Editors:**

Piotr Fiedorczyk (redaktor naczelny/chief editor)  
Katarzyna Doliwa (zastępca redaktora naczelnego/deputy chief editor)  
Bartosz Kamil Truskowski (sekretarz/secretary)

### **Redaktorzy Tematyczni/Subject Editors:**

Piotr Niczyporuk (prawo rzymskie/Roman Law)  
Karol Łopatecki (historia prawa – średniowiecze i czasy nowożytności/history of law – medieval period and early modern times)  
Marcin Łysko (historia prawa – XX wiek/history of law – 20th century)  
Karol Kuźmich (historia doktryn polityczno-prawnych/history of political and legal thought)

### **Redakcja i korekta/Correction:**

Janina Demianowicz (język polski/Polish); Katherine Mazurkiewicz (język angielski/English)  
Mylene León Iglesias (język hiszpański/Spanish); Lucia Tummolo (język włoski/Italian)

### **Adres Redakcji/Editors' Address:**

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

### **Recenzenci/Reviewers:**

Eduardo Cebreiros Álvarez, Paweł Czubik, Przemysław Dąbrowski, Wojciech Konaszczuk,  
Anna Stawarska-Rippel, Stefano Troiano, Andrzej Wrzyszc

© Copyright by Uniwersytet w Białymstoku, Białystok 2020

Od 2019 r. „Miscellanea Historico-Iuridica” są umieszczone w wykazie czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych wraz z przypisaną liczbą punktów (20 pkt.) prowadzonym przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego

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



Czasopismo uzyskało wsparcie finansowe Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego w ramach programu „Wsparcie dla czasopism naukowych” w wysokości 87.202,00 PLN (nr umowy 404/WCN/2019/1)

The Journal has been granted financial support from the Ministry of Science and Higher Education within the „Support for scientific periodicals” program with the amount of 87.202,00 PLN (Agreement number 404/WCN/2019/1)

Publikacja w cenie 20,00 zł + VAT (8%) do nabycia:  
15-328 Białystok, ul. Świerkowa 20B, p. 7  
e-mail: [ac-dw@uwb.edu.pl](mailto:ac-dw@uwb.edu.pl); tel. (85) 745 70 59, (85) 745 71 02; (85) 745 71 20

**ISSN 1732–9132**

Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku; 15-328 Białystok, ul. Świerkowa 20B  
<http://wydawnictwo.uwb.edu.pl>; e-mail: [wydawnictwo@uwb.edu.pl](mailto:wydawnictwo@uwb.edu.pl)

Druk i oprawa: volumina.pl Daniel Krzanowski

# Spis treści

<b>Od Redakcji // From the Editorial Board</b> .....	7
--	---

## I

### PRAWA NAJMŁODSZYCH PO 30-LECIU OBOWIĄZYWANIA KONWENCJI O PRAWACH DZIECKA

#### **Carla Rinaldi**

The child as citizen: holder of rights and competent. The Reggio Emilia educational experience.....	11
---	----

#### **Katarzyna Doliwa**

Spory o pojęcie dzieciństwa i podmiotowość dziecka od średniowiecza do czasów nowożytnych.....	23
--	----

#### **Bartosz Kamil Truszkowski**

Karcenie dzieci na ziemiach polskich. Regulacje prawne od XIX wieku do dziś.....	41
--	----

#### **Katarzyna Kamińska**

Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemiennej ( <i>joint physical custody</i> ).....	89
---	----

#### **Luis Javier Capote Pérez, M<sup>a</sup> Aránzazu Calzadilla Medina**

Protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del Niño de 1989.....	121
---	-----

#### **Roldán Jimeno**

The birth of children's rights between the First and Second World Wars: The historical events leading up to the Convention .....	143
--	-----

#### **Mariola Magda Szewczak-Daniel**

Opieka komunalna nad dziećmi w działalności międzywojennego Zarządu Miasta Lublina.....	167
---	-----

#### **Orsolya Szeibert**

Convention on the Rights of the Child and some aspects of civil law and family law .....	187
--	-----

#### **Patrycja Błasiak-Czerniakowska**

Wolność religijna dziecka a władza rodzicielska .....	209
---	-----

#### **Anastasija Jumakova**

Content of the child's right to identity within the scope of the Convention on the rights of the child and the Latvian national framework .....	223
---	-----

**Monika Wilanowska**

Zadania realizowane przez administrację publiczną w zakresie ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie a standardy wynikające z Konwencji o Prawach Dziecka..... 245

**Giorgio Pighi**

La tutela penale del minore migrante in Italia..... 267

**Cinzia Valente**

Minori stranieri non accompagnati: ordinamenti a confronto..... 289

**Laura Cerrocchi**

I minori stranieri: tra famiglia e scuola in prospettiva pedagogica..... 317

**Dario Vinci**

Il MSNA, tra diritti consolidati e nascenti esigenze di tutela. Il punto di vista di un Ufficio Tutela Metropolitano ..... 355

**Sebastian Czechowicz**

Ocena krajowych gwarancji prawa do zdrowia dziecka po 30 latach obowiązywania Konwencji o Prawach Dziecka..... 375

II  
VARIA

**Oscar Hernández Santiago**

Entre glosas y censuras. Recepción y circulación del *Corpus Iuris Civilis* en la Nueva España (siglos XVI y XVII)..... 395

**Leah Bornstein-Makovetsky**

Sentencing Jews to work on Ottoman Naval Ships and in Forced Labor at the Imperial Arsenal from the Early 16th Century to 1839 ..... 421

**Paweł Zawadzki**

Origin of the European Ombudsman..... 443

**Daniel Milewski**

Rola Kongresu haskiego w procesie powstawania Rady Europy i kształtowania prawnych uwarunkowań jej działalności..... 461

III  
KRONIKA

**Marcin Łysko**

Kronika Katedry Nauk Historyczno-Prawnych, Teorii i Filozofii Prawa oraz Komparatystyki Prawniczej (2019 r.)..... 485

**Contents**..... 493

## Od Redakcji

Niniejszy zeszyt powstał w związku z 30. rocznicą obowiązywania ONZ-owskiej konwencji o prawach dziecka. Jak wiadomo, polscy prawnicy odegrali ważną rolę w jej powstaniu. Publikacja zeszytu jest możliwa dzięki współpracy z prawnikami i pedagogami włoskimi, których rezultaty prac są w zeszycie udostępnione. Ponadto zeszyt zawiera teksty o historii i współczesności praw dziecka w wielu krajach Europy.

*Maria Donata Panforti, Piotr Fiedorczyk*

### From the Editorial Board

The present issue arised in connection with the 30th anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child. As it is known, Polish lawyers played an important role in its creation. The publication of the issue is possible thanks to the cooperation with Italian lawyers and educators, whose results of work are exhibited on its pages. Moreover, the issue contains texts on the history and present of children's rights in many European countries.

*Maria Donata Panforti, Piotr Fiedorczyk*





# I

## **PRAWA NAJMŁODSZYCH PO 30-LECIU OBOWIĄZYWANIA KONWENCJI O PRAWACH DZIECKA**



**Carla Rinaldi**

Fondazione Reggio Children – Centro Loris Malaguzzi  
(The Reggio Children – Loris Malaguzzi Centre Foundation, Italy)  
e-mail: carla.rinaldi@unimore.it

ORCID: 0000-0001-9620-5729

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.01

## **The child as citizen: holder of rights and competent. The Reggio Emilia educational experience**

### **ABSTRACT**

The Convention on the Rights of the Child, approved by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989, states in Article 2 that “States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.” Therefore, the child becomes a citizen from birth and is competent to learn from birth. Competent in learning, asking questions, seeking answers, and generating a culture of their own. By affirming the right to be recognised as a citizen of the present, competent, culture-generating, we affirm the strength and extraordinary potential of the child and their right to express it. Infant-toddler centres and preschools are excellent educational places, where to build the paradigm of care and community for the child as citizen. Not all-encompassing places for education, but essential. They help to process, rework and update childhood data, to define childhood and to be defined by them and to define societies. It is not just the care of the child, it is the child’s culture, it is the child’s look at the world, their generative whys. The great cultural and political “revolution” of the last century – never completely accomplished – is making children active protagonists, leaving

them their autonomy, considering them as holders of rights and culture. But now we know that society needs its childhood, too.

**Key words:** child, rights, competent, educational poverty, citizen, Fondazione Reggio Children

## **The child as citizen: holder of rights and competent**

The Convention on the Rights of the Child, approved by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989, states in Article 2 that “States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or his or her parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.”

The child is holder of rights and a citizen from birth, a citizen of the present, not only of the future and well beyond the limits of country borders. And competent since birth. The definitions that we worked out in the 1970s, have been articulated over time, becoming and symbolizing a paradigm shift, which in part still remains the horizon to look at. The child as citizen from birth – therefore not only a private subject, “son, daughter of...”, but a citizen – represents a burst upon the scene of a new subject of individual, legal, civil and social rights. However, this is a very recent issue, or achievement, chronologically very recent; in fact, it is only in the nineties of the past century that the international conventions on the rights of child have recognized children’s legal subjectivity separate from their parents’. From this perspective, the pedagogy of Reggio Emilia looked at childhood with a sensitivity that has not been expressed in international law yet, and this sensitivity is to be reconfirmed in daily educational practice – in Reggio Emilia, in Italy, and in the world.

By affirming the right to be recognised as a citizen of the present, we affirm and confirm the strength and extraordinary potential of the child and their right to expand and express this potential. Children are “constructors of their own experience and thus active participants in the organization of their identities, abilities, and autonomy, through relationships and interaction with their peers, with adults, with ideas, with objects, and with the real and imaginary events of intercommunicating worlds”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L. Malaguzzi, *A Charter of Rights*, 2.

In fact, each child is credited with “an extraordinary wealth of inborn abilities and potential, strength and creativity. Irreversible suffering and impoverishment of the child is caused when this fact is not acknowledged”<sup>2</sup>.

The child is the essence of the human being, the young child, so full of abilities in their capacity for research and connections, has the role of being the genetics of the human being, their DNA, their immense potential.

They are the human beings who know how to question themselves and others, be surprised and ask why, change patterns and expectations and, at the same time, innovate. The human being, as a child, is the researcher par excellence. Their nature is characterized by being incredibly provided with abilities. “The child is made of one hundred” says the poem-manifesto by Loris Malaguzzi. One hundred languages, one hundred hands, one hundred thoughts, one hundred ways of thinking and playing, speaking, marveling, loving and understanding. Education has to give voice to these hundred languages and not to play the role of those who steal 99 of them: school and culture, which “separate the head from the body” and tell them to “think without hands, to do without head, to understand without joy”<sup>3</sup>. Quality education says that with the child: No way. The hundred is there.

The hundred languages of the child also represent children’s ability to welcome differences. What is “other”, “foreign” to adults, for children is simply a horizon to be discovered, and this represents, for us, the “culture of the other”.

The child, a citizen among citizens, is defined and expressed beyond traditional boundaries and ushers the way to differences.

The child is the first “stranger” among us. A stranger because they are foreign to rules and conventions, an “uncomfortable child”. A stranger who reveals to us the other who is in us: we see ourselves through the gaze of the other, and by educating ourselves we educate each other to a new reality.

## **Rights, educational poverty and crisis**

Today we are wondering how we can address the most urgent questions that challenge education. We are accompanied by an insatiable search, that “nostalgia for the future” with which Loris Malaguzzi invited us to have the courage of the future, to seek new paradigms, to welcome the unexpected and the unknown. It is a recommendation, too, not to be overwhelmed by indifference and resignation, it is a substantial confidence in the human community to walk to its own horizon and this is also the key to a common commitment.

The right begets right and women’s rights begat the child’s right to quality education.

<sup>2</sup> L. Malaguzzi, *A Charter of Rights*, 4.

<sup>3</sup> C. Edwards, L. Gandini, G. Forman, *The hundred languages of children*, 3.

This right has not taken root autonomously in the general culture, which still considers them associated. It was not perceived as an indirect or direct right, even of the family.

The child-citizen is still a fragile subject, even though they are recognised and defined as holders of rights. In the 1970s, this awareness partly contributed to the creation of public and private spaces and environments that provided for the presence of children, such as swimming pools and playrooms in apartment buildings. So, the first neighbourhoods with spaces for children and children's libraries were created. There was a time when everyone had to participate in building paradigms for these rights.

The theme is cultural: understanding childhood as a common good.

This should therefore engage not only the public system but, for example, the manufacturing and the services industry, to help solve the problems of children's rights.

I don't know if the Coronavirus has deleted or frozen this right when the places designed to make it visible, i.e., preschools and infant-toddler centres were closed. Certainly, it has made visible that childhood, and the child in general, exists only as a subspecies of the society, as a "child", precisely as a minor, not as a citizen. Hardly anyone took care of this issue, in fact, until women took care of it and went to work.

Now children, and also women – because the regression affected also the women's rights – have been brought back into a mother-child nucleus, deleting the concept of family and extended family.

We should wonder why this society kills this childhood, its childhood, thus renouncing a quality of the present and a living dimension of the future.

By overthrowing the rights of many, as it has happened in this time, it is necessary to have a general view, and reiterate a firm point, that the significance of infant-toddler centres and preschools is to make a right and an educational, democratic, and participatory dimension true.

The necessary deployment of some summer services should not deceive us. These are reception if at all care services, especially to grant adults' work. The "micro", against which we have fought for the relationship with a large and varied community, seems acceptable to us today because it is controllable.

Let us get back around the table to ask ourselves what phenomenology has appeared and what pedagogy needs to be activated so as to renew the strength and meaning of infant-toddler centres and preschools.

The rights of children, young people, women and men, essentially of the humanity, aged 0 to 99 years, to quality education and a better life, wherever they live, while placing education as an emergency that helps in dealing with other emergencies: this is the prospect we have to set.

The proposal for quality education can be, if not an answer, a way to confront this moral duty of tackling educational poverty.

First of all, because childhood is given the right to have rights. Rights of their own, a culture of their own, which elevates the child from being in need to a subject of rights. It allows to frame childhood not only as an age of life, but as a quality of life, of the human being, for the whole life.

Secondly, because children are in a relationship of reciprocity with the world around them. Worlds on worlds are added to children, teachers, parents: the neighbourhood, the community, the city. Circles that expand, from the child to infinity, in a covenant with adults that is a search for knowledge and shared paths to reach it, rather than a knowledge as mere transmission.

It is an ethics of coexistence, generated around this educational experience and achieved by planting seeds that generate processes, small growing plants. We need to have confidence in participating in a culture of rights and responsibility in every part of the world. Rights are never given, never acquired, but rights are generative, rights beget rights.

In a context of globalisation, advocating for a right anywhere in the world means affirming it and giving it the chance to be advocated everywhere. Rights should not only be understood as the self-affirmation of a right per se, but they encompass other meanings aimed at transforming this coexistence: choice, responsibility, sharing and therefore they refer to the “duty” meant as the complementary face of law. “The fact that the rights of children are recognized as the rights of other children is the sign of a more accomplished humanity” says Loris Malaguzzi<sup>4</sup>. A call for everyone to great responsibilities and the possibility of opening up horizons and better futures, which we have to try to build together. That “more accomplished humanity”, which is an ethics of coexistence, which is respect, tolerance, care, dialogue, participation, reciprocity and solidarity among all stakeholders, each with their own culture.

## **The educational experience of Reggio Emilia**

The educational experience of Reggio Emilia and the dialogue that the city has been able to establish with a small, but great in terms of truth and depth, part of the world taught me to look at preschools as an evidence of a new cultural and civil sensibility towards childhood in the contemporary era.

There are a lot of protagonists in this collective story – the Municipal Administration, Loris Malaguzzi, the many different people, especially women, teachers, atelieristas, cooks, mothers, female citizens – who have contributed

---

<sup>4</sup> L. Malaguzzi, *A Charter of Rights*, 2.

to the development of the educational system of infant-toddler centres and pre-schools in the city of Reggio Emilia.

Today, the experience is known throughout the world as Reggio Emilia Approach. This philosophy is based on the image of child as a subject with rights from birth, competent to learn and relate to others from birth, provided with extraordinary learning potential that is metaphorically described with the expression of “a hundred languages”, namely, the hundred, thousand ways of expressing themselves, of thinking, understanding, learning, that Malaguzzi described in a poem, thus composing a true “manifesto” of the rights of children and human beings.

### **Fondazione Reggio Children**

The essence of our Foundation is not only to improve the life of children and communities by fostering a quality education worldwide but to improve itself in this process so as to imagine, develop, concretize futures. Even if and where it seems to be difficult, almost impossible.

This is the invitation that the Foundation addresses, today like in the past, to its partners in drawing possible futures by intertwining their desires, by overcoming frustrations, by embracing concerns and doubts, as necessary.

With this attitude and this awareness Fondazione Reggio Children carries out its projects by facing new challenges and picking up further possibilities, by building up new relationships or intensifying the consolidated ones. By opening new research horizons – taste, food, nutrition – or by investigating recurring themes with new eyes: the quality of the educational contexts, the new technologies as possible tools for solidarity and alliance of the human being, the participatory dimension in socially problematic contexts, just to mention a few. Awareness that comes along with the courage of making mistakes.

Having the courage of making mistakes, of acting with generosity, of being amazed and surprised is something we learned from children and young people.

And this is the strength we would like to apply to the experiences we set up in the world so that the world doesn't lose its childhood, the significance of childhood, and therefore its own significance.

To continue to construct a different future.

The Foundation promotes research projects that define and redefine the very meaning of research.

The Foundation is like a cultural laboratory whose quality is built through the research, meant in a broader sense, which includes the academic, scientific research but it also introduces a different concept and form of research that takes place whenever original learning processes occur.



An existential and ethical attitude that highlights – once again – the value of research but also the search for values. A research that appreciates and valorizes the diversity and the and/or approach rather than a dualistic or/or.

So, a research that doesn't exclude an investigation and a quantitative evaluation but that highlights the qualitative dimension where the meaning is not rebuilt only by looking and observing, it isn't only in the surrounding nature waiting to be revealed but it is built through the process.

Willing to look for new paradigms, embracing the unexpected and the unknown, developing transformative dialogues in new contexts because foreign, Fondazione Reggio Children promotes solidarity projects and activities, far away from welfare attitudes, but rather as a research strategy and as a dialogue mode among partners who intend to improve the life of children and communities by fostering a quality education.

## Conclusions

Rights are never given, never acquired.

But rights are generative. Rights beget rights.

In a context of globalisation, advocating for a right in Reggio Emilia means affirming it and giving it the chance to be advocated everywhere. That's why we never have to take them for granted.

At the same time, if it is true that the climate emergency – which is changing the lives of millions of people, causing migration and poverty – depends on human behaviour, we can say that the most serious planetary emergency is exactly the educational one.

It is important, therefore, to continue to question ourselves how to bring rights to those who do not even know they have them, how to make our interventions lasting, how, from childhood onwards, to act in a way that makes communities strong and able to walk on their own.

Malaguzzi states: "The fact that the rights of children shall be the rights of other children is the dimension of value of a more fulfilled humanity".

A call for everyone to great responsibilities and the possibility of opening up horizons and better futures, which I ask to try to build together.

For this reason, it will be important – and this is something many people have been working on in recent years – to extend the UN Convention to the right to pre-school education, so as to allow the richness and fullness of the first season of the human being to be fully expressed.

There is an old African proverb saying "it takes a whole village to raise a child".

We are suggesting you that it takes a child, it takes childhood to improve a community, whether local or global.

After all, many children and young people today, collectively, are asking to be listened to.

NO WAY. THE HUNDRED IS THERE

The child  
is made of one hundred.  
The child has  
a hundred languages  
a hundred hands  
a hundred thoughts  
a hundred ways of thinking  
of playing, of speaking.  
A hundred always a hundred  
ways of listening  
of marveling, of loving  
a hundred joys  
for singing and understanding  
a hundred worlds  
to discover  
a hundred worlds  
to invent  
a hundred worlds  
to dream.  
The child has  
a hundred languages  
(and a hundred hundred hundred more)  
but they steal ninety-nine.  
The school and the culture  
separate the head from the body.

They tell the child:  
to think without hands  
to do without head  
to listen and not to speak  
to understand without joy  
to love and to marvel  
only at Easter and at Christmas.  
They tell the child:  
to discover the world already there  
and of the hundred  
they steal ninety-nine.  
They tell the child:  
that work and play  
reality and fantasy  
science and imagination  
sky and earth  
reason and dream  
are things  
that do not belong together.

And thus they tell the child  
that the hundred is not there.  
The child says:  
No way. The hundred is there<sup>5</sup>.

## Bibliography

- Acemoglu D., Robinson J. A., *Why Nations Fail: the Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, New York 2012.
- Arnheim R., *Art and Visual Perception*, Oakland 1954.
- Balducci E., *Luomo planetario*, Firenze 2005.
- Banerjee A. V., Duflo E., *Good Economics for Hard Times: Better Answers to Our Biggest Problems*, New York 2019.
- Banerjee A. V., Duflo E., *Poor Economics, a Radical Rethinking of the Way to Fight Global Poverty*, New York 2011.
- Basaglia O. F. et al, *Il bambino sociale. Privatizzazione e deprivatizzazione dell'infanzia*, ed. E. Becchi, Milano 1979.
- Bateso G., *Mind and Nature*, New York 1979.

<sup>5</sup> C. Edwards, L. Gandini, G. Forman, *The hundred languages of children*, Praeger 2012.

- Bateson G., *Steps to an Ecology of Mind*, San Francisco 1972.
- Bauman Z., *Missing Community*, Cambridge 2000.
- Bauman Z., *Postmodernity and its Discontents*, Cambridge 1997.
- Bauman Z., *The Individualized Society*, Cambridge 2001.
- Ceppi G., Zini M., *Children, Spaces, Relations. Metaproject for an Environment for Young Children*, Reggio Emilia 1998.
- Branzi A., *La crisi della qualità*, Milano 1996.
- Bruner J. et al., *Attraversar confini. Idee ed esperienze in dialogo per una nuova cultura dell'educazione dei bambini e degli adulti*, ed. Comune di Reggio Emilia, Istituzione Scuole e Nidi d'infanzia, Reggio Children, Associazione Internazionale Amici di Reggio Children, Azzano S. Paolo 2006.
- Bruner J.S., *Actual Minds, Possible Worlds*, Cambridge 1986.
- Bruner J.S., *The Culture of Education*, Cambridge 1996.
- Bruner J.S., *The Relevance of Education*, New York 1996.
- Bruner J.S., *Toward a Theory of Instruction*, Cambridge 1974.
- Cagliari P., *La partecipazione. Valori, significati, problemi e strumenti*, Reggio Emilia 1994.
- Calvino I., *Lezioni americane*, Torino 1988.
- Cambi F., *Manuale di storia della pedagogia*, Bari 2003.
- Canovi A., Lorenzi O., Borghi E., *Una storia presente. L'esperienza delle scuole comunali dell'infanzia a Reggio Emilia*, Reggio Emilia 2020.
- Castagnetti M., Rubizzi L., Vecchi V., *In viaggio coi diritti delle bambine e dei bambini*, Reggio Emilia 1995.
- Da Empoli G., *Un grande futuro dietro di noi*, Venezia 1996.
- Dahlberg G., Moss P., *Ethics and Politics in Early Childhood Education*, London 2005.
- Dahlberg G., Moss P., Pence A., *Beyond Quality in Early Childhood Education and Care, Languages of Evaluation*, London 2007.
- De Gouges O., *The Declaration of the Rights of Women*, London 2018.
- Deaton A., *The Great Escape: Health, Wealth and the Origins of Inequality*, Princeton 2013.
- Delrio G., *Città delle persone. L'Emilia, l'Italia e una nuova idea di buon governo*, Roma 2011.
- Dewey J., *Democracy and Education*, New York 1916.
- Dewey J., *Experience and Education*, New York 1959.
- Dewey J., *My Pedagogic Creed*, Washington 1929.
- Edwards C., Rinaldi C., *The Diary of Laura. Perspectives on a Reggio Emilia Diary*, St. Paul 2008.
- Edwards C., Gandini L., Forman G., *I cento linguaggi dei bambini*, Parma, Italia 2017.
- Edwards C., Gandini L., Forman G., *The Hundred Languages of Children. The Reggio Emilia Approach to Early Childhood Education*, Norwood, NJ 1993.
- Freire P., *Educação como prática da liberdade*, Rio de Janeiro 1973.

- Freire P., *Pedagogia do oprimido*, São Paulo 1970.
- Gallese V., *Dai neuroni specchio alla consonanza intenzionale. Meccanismo neurofisiologici dell'intersoggettività*, "Rivista di Psicoanalisi" 2007 LII.
- Gandini L., Etheredge S., Hill L., *Insights and Inspirations from Reggio Emilia*, Worcester, MA: Davis 2009.
- Gandini L., Mantovani S., Edwards C., *Il nido per una cultura dell'infanzia*, Azzano S. Paolo 2003.
- Gardner H., *Development and Education of the Mind*, London 2005.
- Gardner H., *Five Minds for the Future*, Harvard 2006.
- Gardner H., *Frames of Mind. The Theory of Multiple Intelligence*, New York 1983.
- Gardner H., *The APP Generation: How Today's Youth Navigate Identity, Intimacy, and Imagination in a Digital World*, New Haven 2014.
- Giudici C., Vecchi V., *Children, Art, Artists. The Expressive Languages of Children, the Artistic Language of Alberto Burri*, Reggio Emilia 2004.
- Giudici C., Krechevsky M., Rinaldi C., *Making Learning Visibile*, Reggio Emilia 2001.
- Giudici C., Krechevsky M., Rinaldi C., *Rendere visibile l'apprendimento*, Reggio Emilia 2009.
- Godbout J. T., Caillé A., *The World of the Gift*, tr. Donald Winkler, Montreal 1998.
- Grieshaber S., Hatch J. A., *Pedagogical documentation as an effect of globalization*, "Journal of curriculum theorizing" 2003, 19, No. 1.
- Hall E.L., Rudkin J. K., *Seen and Heard. Children's Rights in Early Childhood Education*, New York 2011.
- Han B.-C., *Saving Beauty*, Cambridge 2017.
- Han B.-C., *The Expulsion of the Other: Society, Perception and Communication Today*, Cambridge 2018.
- Malaguzzi L., *Loris Malaguzzi and the Schools of Reggio Emilia. A Selection of his Writings and Speeches, 1945-1993*, ed. P. Cagliari, M. Castagnetti, C. Giudici, C. Rinaldi, V. Vecchi, P. Moss, London 2016.
- Malaguzzi L., *A Charter of Rights*, Reggio Emilia: Preschools and Infant-toddler Centres Istituzione of the Municipality of Reggio Emilia, From the "The Hundred Languages of Children" exhibition catalogue, published by Reggio Children.
- Mancuso V., *La via della bellezza*, Milano 2018.
- Mantovani S., *Nostalgia del futuro. Liberare speranze per una nuova cultura dell'infanzia*, Bergamo 1998.
- Montessori M., *Educazione e pace*, Milano 1949.
- Montessori M., *La scoperta del bambino*, Milano 1950.
- Morin E., *Sept savoirs nécessaires à l'éducation du futur*, Paris 1999.
- Morin E., *La tête bien faite. Repenser la réforme et Réformer la pensée*, Paris 1999.
- Morin E., *Relier les connaissances. Le défi du XXIème siècle*, Paris 1999.
- Musatti T., Picchio M., *Il monitoraggio della qualità dei servizi integrativi per bambini piccoli*, Roma 2003.

- OECD, *Education at a Glance*, Paris 2019.
- Piaget J., *La naissance de l'intelligence chez l'enfant*, Paris 1977.
- Piaget J., *Psychologie et épistémologie : pour une théorie de la connaissance*, Paris 1970.
- Piaget J., *Six Etudes de psychologie*, Genève 1964.
- Piketty T., *The Economics of Inequality*, Cambridge 1997.
- Putnam R. D., *Making Democracy work. Civic tradition in modern Italy*, NJ 1993.
- Rajan R., *The Third Pillar. How Markets and the State leave the Community behind*, New York 2019.
- Read H., *Education Through Art*, London 1943.
- Resnick M., *Lifelong Kindergarten. Cultivating Creativity through Projects, Passion, Peers, and Play*, Cambridge 2017.
- Rifkin J., *The Empathic Civilisation*, New York 2010.
- Rinaldi C., *I processi di conoscenza dei bambini tra soggettività ed intersoggettività*, Reggio Emilia 1999.
- Rinaldi C., *L'ascolto visibile*, Reggio Emilia 1999
- Rinaldi C., *Le domande dell'educare oggi*, Reggio Emilia 1999.
- Rinaldi C., *In Dialogue with Reggio Emilia. Listening, Researching and Learning*, New York 2006.
- Rodari G., *The Grammar of Fantasy: An Introduction to the Art of Inventing Stories*, New York 1996.
- Rousseau J. J., *Emile*, Paris 1969.
- Scuola di Barbiana. Lettera a una professoressa*, Firenze 1967.
- Sen A. K., *Development as Freedom* New York 1999.
- Sen A. K., *La ricchezza della ragione*, ed. A. Balestrino, B. Ingrao, G. M. Mazzanti, Bologna 2011.
- Sennett R., *Together. The Rituals, Pleasures and Politics of Cooperation*, New Haven 2012.
- Steffe L.P., Gale E. J., *Constructivism in Education*, Hillsdale, NJ 1995.
- Stieglitz J. E., *Globalization and its Discontent*, New York 2002.
- UNICEF. *A World Ready to Learn: Prioritizing Quality Early Childhood Education*, New York 2019.
- Vygotsky L. S., *Thought and Language*, Cambridge 1986.
- Vygotsky L. S., *The History of the Development of Higher Mental Functions* (Vol. 4 The Collected Works of L.S. Vygotsky), New York 1997.
- Yunus M., *A World of Three Zeros: the New Economics of Zero Poverty, Zero Unemployment, and Zero Net Carbon Emissions*, New York 2017.
- Žižek S., *Welcome to Interesting Times!*, London 2011.

## SUMMARY

### **The child as citizen: holder of rights and competent. The Reggio Emilia educational experience**

The postulate, the reference value, from which the experience of the infant-toddler centres and preschools in Reggio Emilia and Fondazione Reggio Children draw inspiration, considers the child a citizen from birth and competent to learn and love and are capable of building relationships with the world. By affirming the right to be recognised as a citizen of the present, competent, culture-generating, we affirm on the one hand the strength and extraordinary potential of each child and their right to express them, and at the same time the duty of societies and communities to welcome them, supporting their learning processes and embracing their creativity and uniqueness. In this perspective, infant-toddler centres and preschools are the educational places par excellence, where to build an experience of care and community for the child as a citizen. They are not unique spaces of education, but essential places because this is where children's culture, their gaze towards the world, their generative questions, the hundred languages, with which they learn and narrate the world, are generated and shaped. For a quality education based on this rationale, it is necessary to put children and young people, their relationships with their family and community at the centre, and for this to happen, listening is essential. It is necessary to know how to listen to them, with respect, without prejudice, acknowledging their points of view, experiences, hypotheses, and knowledge. The pedagogy of listening has not only to do with school, it has to do with our humanity, all the more so in the time of epidemics and major climate change. It concerns us as human beings not "in front of", but inside the universe. Before our birth, we live for nine months inside a body that we listen to and that listens to us: surrounded by dialogue, listening becomes an innate, natural attitude. This attitude must be confirmed, backed, supported in all environments of human life, starting from school.

**Katarzyna Doliwa**

Uniwersytet w Białymstoku  
e-mail: kdoliwa@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0001-8583-8379

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.02

## **Spory o pojęcie dzieciństwa i podmiotowość dziecka od średniowiecza do czasów nowożytnych**

### **ABSTRAKT**

Artykuł przedstawia kontrowersje wokół pojęcia dzieciństwa i podmiotowości dziecka w epokach minionych – w średniowieczu i w czasach nowożytnych. Jedno z analizowanych zagadnień dotyczy kwestii istnienia w kulturze średniowiecza rozumienia dziecka jako istoty różnej od dorosłego. Według rozpowszechnionego poglądu, sformułowanego w latach 60. i 70. ubiegłego stulecia przez Philippa Ariésa, dzieciństwo w wiekach średnich nie było dostrzegane, nie uznawano go za odrębny, ważny etap w życiu człowieka, okres którym rządziły szczególne reguły, różne od zasad ważnych w społeczności dorosłych. Dziecko wchodziło bardzo wcześnie w świat dorosłych i przyjmowało wyznaczoną mu w nim rolę. Odkrycie dzieciństwa nastąpiło dopiero w XVI i XVII w., kiedy zaczęto pojmować, że dziecko jest i powinno być podmiotem szczególnego traktowania. Pogląd Ariésa o nieistnieniu w średniowieczu poczucia odrębności dzieciństwa jest przez część mediewistów krytykowany – zarzucają oni francuskiemu badaczowi wady warsztatowe i analizę niereprezentatywnych, zbyt skąpych materiałów źródłowych. Według adwersarzy Ariésa analiza dzieciństwa w średniowieczu nie może być prowadzona na podstawie współczesnej definicji tego terminu, podobnie jak rozpatrywanie relacji „dzieci – – dorośli” w wiekach średnich nie może odwoływać się do kategorii współczesnych. Przeciwnicy tezy o nieistnieniu w średniowieczu koncepcji dzieciństwa dowodzą, że epoka ta miała swoją własną jego wizję, tyle że była to wizja zdecydowanie różna od współczesnej. Czasy nowożytne przynoszą nowe podejście do dzieciństwa i podmiotowości dziecka – wiek XVII, obok podejścia, które stawiało dziecko w centrum życia rodzinnego, promuje postawę, kładącą szczególny nacisk na jego rozwój i zaspokojenie potrzeb psychicznych. Wiek XVIII z kolei przynosi

„romantyczną” wizję dziecka, kiedy staje się ono – jako nosiciel wyjątkowych cech i istota o niezwykłej wrażliwości – wzorem do naśladowania dla dorosłych. Do ukształtowania się podmiotowego podejścia do dzieci przyczynił się z pewnością rozwój szkolnictwa; ewolucja postawy wobec dziecka w ludzkiej mentalności znajduje swoje najpełniejsze odbicie właśnie w rozwoju edukacji i instytucji szkoły. Dzisiaj pojęcia dzieciństwa i podmiotowości dziecka są przedmiotem złożonych badań interdyscyplinarnych – uczeni z zakresu różnych dziedzin nauki łączą wysiłki, by wypracować jak najpełniejszą, odpowiadającą wyzwaniom współczesności koncepcję dzieciństwa.

### **ABSTRACT**

#### **Disputes about the concept of childhood and the child's subjectivity from the Middle Ages to the early modern times**

The article presents the controversy around the concept of childhood and subjectivity of a child in past centuries – in the Middle Ages and the early modern period. One of the analyzed issues concerns the existence in medieval culture of understanding the child as a being different from an adult. According to the widespread view, formulated in the 1960s and 1970s by Philipp Ariés, childhood in the Middle Ages was not noticed, it was not considered a separate, important stage in human life, a period governed by specific rules, different from important principles of the adult community. The child entered the adult world very early and assumed the role assigned to him. The discovery of childhood did not take place until the 16th and 17th centuries, when it began to be recognized that the child was and should be the subject of special treatment. Ariés' view of the non-existence in the Middle Ages of the sense of separateness of childhood is criticized by some medievalists – they accuse the French researcher of technical defects and an analysis of unrepresentative, too scarce source materials. According to the adversaries of Ariés, the analysis of childhood in the Middle Ages cannot be based on the modern definition of this term, just as considering the relationship “children – adults” in the Middle Ages cannot refer to contemporary categories. Opponents of the thesis about the non-existence of the concept of childhood in the Middle Ages argue that this epoch had its own vision of it, but it was a vision definitely different from the present one. The early modern period bring a new approach to childhood and the subjectivity of a child – the seventeenth century, in addition to the approach that the child placed at the center of family life, promotes an attitude that places particular emphasis on the child's development and fulfilment of its mental needs, while the eighteenth century brings a “romantic” vision of the child when it becomes – as a bearer of exceptional qualities and a creature of extraordinary sensitivity – a role model for adults. The development of education has certainly contributed to the formation of a subjective approach to children; the evolution of the attitude towards children in the human mentality finds its fullest reflection in the development of education and school



institutions. Today, the concepts of childhood and the subjectivity of a child are the subject of complex interdisciplinary research – scientists from various fields of science combine their efforts to develop the most complete concept of childhood, corresponding to the challenges of modern times.

**Słowa kluczowe:** dzieciństwo, podmiotowość dziecka, P. Ariés, rozwój systemu edukacji

**Key words:** childhood, child's subjectivity, P. Ariés, development of the education systems

Przypadające na 2020 r. trzydziestolecie obowiązywania Konwencji o Prawach Dziecka<sup>1</sup> – dokumentu, który przyznał dziecku podmiotowość, wpłynął znacząco na ustawodawstwo wielu państw, a także uregulował i poprawił sytuację dzieci – może być przyczynkiem do refleksji na temat pojęcia dzieciństwa i kształtowania się idei podmiotowości dziecka. Wyróżnienie kategorii dzieciństwa - do której Konwencja wprost się odwołuje – jest warunkiem koniecznym do uznania podmiotowości dziecka. Współcześni filozofowie wśród wyznaczników podmiotowości dostrzegają posiadanie ustalonej tożsamości, samoświadomości i możliwości sprawczej; dziecko, któremu przyznaje się podmiotowość uznaje się za zdolne do świadomej aktywności, dokonywania – w pewnym zakresie – samodzielnych wyborów i podejmowania decyzji, do wywierania wpływu na otoczenie i na swoje zachowanie, wreszcie zdolne do kształtowania swojego losu<sup>2</sup>. Znamienne, że do szerokiej, filozoficznej definicji ludzkiej podmiotowości chętnie sięgają prawnicy, którzy zajmują się prawem rodzinnym i implementacją przepisów Konwencji do polskiego prawa<sup>3</sup>.

Ukształtowane w XX w. koncepcje dzieciństwa i podmiotowości dziecka<sup>4</sup> dzieli przepaść od pojęć poprzedzających rewolucyjne zmiany w demografii.

<sup>1</sup> Zob. Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (Dz.U.1991 nr 120, poz. 526).

<sup>2</sup> A. Golus, *Od przedmiotu do podmiotu. Status dziecka w rodzinie i społeczeństwie*, „Studia Edukacyjne” 2018, nr 48, s. 316.

<sup>3</sup> Zob. S. L. Stadniczenko, *Podstawy aksjologiczne i intelektualne kształtowania projektu Kodeksu Rodzinnego*, [w:] *O potrzebie nowego Kodeksu Rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S. L. Stadniczenko, M. Michalak, Toruń 2019, s. 14-15,47-48.

<sup>4</sup> Dwudziestowieczna koncepcja dziecka i dzieciństwa nie jest wolna od pewnych wątpliwości czy kontrowersji, zob. T. Smyczyński, *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 39-43 oraz P. Jaros, *Definicja dziecka*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, red. S. L. Stadniczenko, Warszawa 2015, s. 52-62.

W przeszłości dzieciństwo wprawdzie pojawiało się w rozmaitych klasyfikacjach<sup>5</sup>, ale wyróżnienie tej kategorii miało charakter teoretyczny, formalny i, jak twierdzi część badaczy, nie implikowało dostrzeżenia specyfiki tego okresu i specjalnego podejścia do dziecka. Kwestię sporną stanowi to, kiedy odkryto dziecko i dzieciństwo jako wyjątkowy, wymagający szczególnego traktowania okres w życiu człowieka. Pionierem w przedstawieniu dziecka i dzieciństwa jako tematu badań historycznych był Philippe Ariés. Jego *Historia dzieciństwa* zapoczątkowała nowy nurt w badaniach historyków i odegrała istotną rolę w analizie dzieciństwa z perspektywy socjologicznej, psychologicznej czy pedagogicznej. Według francuskiego mediewisty, przedstawiciela francuskiej szkoły *Annales*, dzieciństwo nie jest, jak mogłoby się wydawać, naturalnym, przyrodzonym etapem w rozwoju biologicznym człowieka, ale konstrukcją społeczną i kulturową, powstałą nie tak dawno temu<sup>6</sup>.

Ariés dowodzi, że średniowiecze nie wyróżniało ani dzieciństwa, ani wieku młodzieńczego<sup>7</sup>, ponieważ życie rodzinne we współczesnym rozumieniu tego pojęcia, tj. oparte na uczuciach i intymnych relacjach, jest wynalazkiem epok późniejszych<sup>8</sup>. Nie znaczy to, że w średniowieczu dzieci masowo porzucano bądź je zaniechano – ludziom średniowiecza brakowało świadomości odrębności dziecka jako jednostki różnej w sposób zasadniczy od człowieka młodego czy dorosłego. Małe dzieci, niezdolne do funkcjonowania w świecie dorosłych, nie liczyły się, nie uwzględniano ich w opisie rodziny, prawdopodobieństwo, że dożyją dorosłości było zbyt małe, by się do nich przywiązywać. Taka postawa wobec dzieciństwa mogła mieć swoje źródło w filozofii Arystotelesa, który postrzegał dzieci jako potencjalnych dorosłych. W ujęciu Stagiryty ostatecznym

5 Periodyzację życia człowieka znaleźć można u Hezjoda, Pindara, Lukrecjusza, Cycerona czy Seneki, a także u autorów średniowiecznych np. Tomasza z Akwinu, Augustyna czy Filipa z Nawarry, który w 1265 r. wydał traktat *O czterech okresach życia ludzkiego*, zob. D. Żołądz-Strzelczyk, *Rozumienie dzieciństwa*, [w:] *Dziecko w rodzinie i społeczeństwie: Starożytność – średniowiecze*, red. J. Jundziłł, D. Żołądz-Strzelczyk, Bydgoszcz 2002, s. 11-17.

6 W. Brzeziński, *Obraz dziecka w perspektywie historyczno-porównawczej*. *Przeszłość we współczesności, współczesność w przeszłości*, „Przegląd Pedagogiczny” 2012, nr 1, s. 143.

7 Pewnych wskazówek na temat pojęcia dzieciństwa dostarczyć może badanie językowe. W staropolszczyźnie nie znana była dystynkcja między dzieckiem a osobą młodą, wśród etapów ludzkiego życia wymieniano nazwy: „młody”, „mąż” i „stary”, przy czym młodość obejmowała okres od urodzenia do pełnoletniości, różnie definiowanej. I choć później klasyfikacja ta została wzbogacona – np. M. Rej na określenie wieku wyróżnia terminy: „dziecię”, „młodzieniec”, „pan średni”, „starzec”, podobny podział przyjmuje J. Kochanowski, to zarówno w słowniku Reja, jak i Kochanowskiego brakuje abstrakcyjnych pojęć „dzieciństwo” czy „młodość”, zob. D. Żołądz-Strzelczyk, op. cit., s. 20-21.

8 Lawrence Stone, entuzjasta poglądów Ariésa i badacz instytucji rodziny w społeczeństwie angielskim, dowodzi, że nawet pod koniec średniowiecza, w czasie panowania „otwartej wspólnoty rodzinnej” nie istniały bliskie relacje między poszczególnymi członkami rodziny, zwłaszcza między rodzicami a dziećmi, które były wychowywane przez niańki i piastunki, a w dodatku dom rodzinny opuszały wcześniej – często w wieku siedmiu lat, zob. L. Stone, *The Family, Sex and Marriage in England 1500–1800*, London 1977, passim.

celem ludzkiego rozwoju jest pełna dorosłość, więc dzieciństwo pełni rolę etapu przejściowego, dziecko jest z istoty swej formą niedoskonałą i niedokończoną, posiadającą liczne braki. Jego jedyną wartością jest możliwość przeistoczenia się w przyszłości w dorosłego, dziecko samo w sobie w takiej optyce wartościowe nie jest<sup>9</sup>.

Jak dowodzi Ariés, w średniowieczu, a nawet później, w XVI w., powszechnie tolerowane było dzieciobójstwo. Wprawdzie stanowiło ono przestępstwo, ale było praktykowane – często kamuflowano je jako wypadki (dzieci spały wówczas z rodzicami i umierać miały w następstwie „naturalnego” uduszenia). O porzuceniu tej praktyki świadczyć miałby istotny spadek śmiertelności dzieci w XVIII w., spadek, którego nie da się wytłumaczyć wyższym poziomem higieny – rodzice przestali wówczas pomagać umierać niechcianym dzieciom. Uśmiercanie niechcianych dzieci nie stanowiło wówczas czynu kwalifikowanego jednoznacznie jako moralnie naganny; był to czyn wprawdzie potępiany przez Kościół, ale raczej neutralny moralnie<sup>10</sup>. Powyższy pogląd jest wspierany przez czołowego przedstawiciela psychohistorii Lloyda deMause’a, który opisuje większą część historii ludzkości jako czas brutalnej przemocy wobec dzieci, wykorzystywania ich, czas kiedy rodzice nie mieli skrupułów przed zabijaniem własnych potomków<sup>11</sup>. Dzieje dzieciństwa to „nocny koszmar”, z którego dopiero obecnie ludzkość zaczyna się budzić. Im dalej spogląda się w przeszłość, tym gorzej wygląda sytuacja dzieci – są one zabijane, porzucane, terroryzowane i wykorzystywane seksualnie<sup>12</sup>.

Kolejną przesłanką wspierającą tezę Ariésa o deprecjonowaniu dzieciństwa jest fakt, że sztuka średniowiecza traktowała dziecko bardzo osobliwie – do XII w. dzieciństwo było ignorowane i nie podejmowano prób przedstawiania dzieci, później – w XIII w. – przedstawiano je jako dorosłych w miniaturze; różnica między dorosłymi a dziećmi polegała wyłącznie na wzroście i sile. Analiza sztuki omawianego okresu pozwala uznać średniowiecze – w wymiarze kulturowym i społecznym – za świat pozbawiony dzieci<sup>13</sup>. Zmianę i realistyczne

9 M. Szczepka-Pustkowska, *W stronę filozofii dzieciństwa. Adultystyczna wizja dziecka i dzieciństwa z Arystotelesem w tle*, „Przegląd Pedagogiczny” 2012, nr 1, s. 24-25.

10 P. Ariés, *Historia dzieciństwa*, Warszawa 2010, s. 15.

11 D. Żołądź-Strzelczyk, op. cit., s. 9-10.

12 *History of Childhood*, red. L. deMause, Nowy Jork 1995, s. 1. L. deMause podzielił historię na sześć okresów różniących się podejściem rodziców do dziecka: dzieciobójstwo – od starożytności do IV w. naszej ery, oddawanie czy porzucanie – IV–XIII w., ambiwalencja – XIV–XVII w., „natręctwo”, socjalizacja – XVIII w. i wspieranie od połowy XX w. Jednym z przejawów braku umiejętności wczucia się w potrzeby dziecka i zrozumienia go było bicie, które w opinii badacza nie zawsze było wynikiem sadystycznych zapędów rodziców, czasem – paradoksalnie – było przejawem rodzicielskiej miłości. Trwająca całe stulecia gehenna dzieci miała swoje źródło nie w braku miłości, ale w braku refleksji nad wyjątkowością osobowości dziecka, zob. D. Żołądź-Strzelczyk, op. cit., s. 9.

13 P. Ariés, op. cit., s. 12, 57.

przedstawianie postaci dziecięcych przynosi dopiero XIV w. i sztuka sakralna, w sztuce laickiej ujęte realistycznie postaci dzieci pojawiają się znacznie później, w XV i XVI w., zwykle w towarzystwie dorosłych<sup>14</sup>. Momentem przełomowym w podejściu do dzieciństwa jest pojawienie się w XVI stuleciu portretów dzieci zmarłych – dotychczas na portretach trumiennych przedstawiani byli wyłącznie dorośli. Poza obrazami nagrobnymi osobne portrety dzieci zdarzają się wówczas rzadko, jest ich zdecydowanie więcej w wieku kolejnym, co jest dowodem na narodzin nowej wrażliwości i zmiany w podejściu do dzieciństwa. Zmiana ta nie jest pochodną zmian demograficznych; przez pół tysiąclecia – od XIII do XVII w. – warunki demograficzne nie zmieniły się w stopniu znaczącym i śmiertelność dzieci wciąż była bardzo wysoka. Ariès podkreśla, że „odkrycie dziecka” o ponad sto lat wyprzedza znaczącą redukcję stopnia śmiertelności dzieci, związaną m. in. z upowszechnianiem higieny i kontrolą urodzin<sup>15</sup>.

Nie tylko sztuka odbijała charakterystyczną dla średniowiecza obojętność na wyjątkowość dzieciństwa, świadczył o tym także ubiór – dzieci, które zaczynały chodzić ubierano we właściwy dla ich pozycji społecznej strój męski lub żeński, który nie różnił się od strojów dorosłych. Taki stan rzeczy uległ zmianie dopiero w XVII w., kiedy dzieci z domów szlacheckich i mieszczańskich nosiły ubiór stosowny do wieku, a podręczniki etykiety wskazywały wyraźnie, że nie przystoi ubierać się niezgodnie z wiekiem i urodzeniem. Jest to, zdaniem Ariésa, kolejny dowód na rzecz tezy, że to właśnie wówczas – w XVII w. – dzieci zostały wyróżnione jako odrębna społeczność, przy czym znamienne, że starania o wyodrębnienie dziecka dotyczyły jedynie chłopców, jakby dzieciństwo było tylko ich specyficznym stanem<sup>16</sup>.

Teza sformułowana przez francuskiego badacza, popularna i szeroko rozpowszechniona – teza o nieistnieniu w średniowieczu świadomości dzieciństwa jako odrębnego stadium życia i ostatecznym ukształtowaniu tej świadomości dopiero w XVII w. uważana jest dziś przez wielu mediewistów za kontrowersyjną czy wręcz fałszywą<sup>17</sup>, przy czym podważenie ustaleń Ariésa dotyczących istnienia świadomości dzieciństwa w czasach średniowiecza nie pociąga za sobą całkowitego odrzucenia efektów jego pracy badawczej, daje ona bowiem wiele cennych ustaleń dotyczących pozycji dziecka w czasach nowożytnych<sup>18</sup>. Jak wykazał W. Brzeziński, szczególnie zasłużona w budowaniu „pozytywnej” historii dzieciństwa jest mediewistyka angloamerykańska. Jeden

<sup>14</sup> Ibidem, s. 62-63.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 68-70.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 79-93.

<sup>17</sup> Zob. C. Heywood, *The History of Childhood, Children and Childhood in the West from Medieval to Modern Times*, Wiley 2013, passim oraz A. Wilson, *The Infancy of the History of Childhood: An Appraisal of Philippe Ariès*, „History and Theory” 1980, t. 19 (2), s. 132-153.

<sup>18</sup> W. Brzeziński, *Obraz dziecka...*, s. 143.

z jej przedstawicieli, D. Herlihy, zauważa że postrzeganie dzieciństwa to zjawisko historyczne i siłą rzeczy, wraz z upływem czasu, musi podlegać ewolucji. Jego zdaniem, średniowieczne podejście do dzieciństwa i ówczesny kształt relacji „dzieci-dorośli” jest swoistą wypadkową przekonań i praktyk pochodzących z różnych źródeł – starożytności, świata barbarzyńskiego, wczesnego chrześcijaństwa i nie może mieć charakteru jednolitego. Badacz proponuje, aby stosunek do dziecka w danej epoce historycznej (w tym w średniowieczu) mierzyć wielkością nakładów, jakie dorośli godzą się przeznaczyć na jego wychowanie i utrzymanie. W wyniku przeprowadzonych analiz Herlihy dochodzi do przekonania, że od XII w. ma miejsce stopniowy wzrost nakładów o charakterze społecznym i psychologicznym. Przykładem nakładów pierwszego rodzaju jest zainteresowanie świeckich wychowywaniem i kształceniem dzieci, drugiego – tworzenie przytułków wobec pogarszających się warunków zdrowotnych i zwiększonej śmiertelności wśród dzieci<sup>19</sup>.

Inna amerykańska badaczka – B. Hanawalt – uzasadnia tezę o istnieniu w średniowieczu poczucia odrębności dzieciństwa argumentacją odwołującą się do ludzkiej biologii. Przekonuje, że dzieciństwo jest procesem, gdzie olbrzymią rolę odgrywają ograniczenia natury biologicznej, które nie mogą być zignorowane przez kulturę. Między wymagającym opieki - zwłaszcza w okresie niemowlęctwa – dzieckiem a dorosłym, który mu taką opiekę zapewnia, wytwarza się emocjonalna więź, i miała ona taki sam charakter w średniowieczu, co w czasach współczesnych. Relacje koronerów z XIV-wiecznej Anglii<sup>20</sup>, którzy opisują sposoby opiekowania się dziećmi, ich codzienne zachowania i zabawy, potwierdzają, że zaspokajane były wówczas nie tylko biologiczne, ale i psychiczne dziecięce potrzeby (przy czym stwierdzenie to jest aktualne zarówno w odniesieniu do dzieci wychowujących się w środowisku wiejskim, jak i tych wrażliwych w miastach)<sup>21</sup>.

Obok akt koronerskich innym ciekawym dokumentem dającym wgląd w relację „dziecko – dorosły” w średniowieczu były opisy cudów. Analiza opisów cudów (*miracula*) pozwala stwierdzić, że poczucie odpowiedzialności za dzieci było udziałem nie tylko rodziców, ale też innych, niespokrewnionych z dzieckiem dorosłych członków danej społeczności. Opisy te przynoszą nową ceną perspektywę w ocenie stosunku dorosłych do dzieci w czasach średniowiecza, dotyczą bowiem przedstawicieli niższych warstw społeczeństwa. *Miracula* pokazują emocjonalne podejście do dzieci, ból i rozpacz rodziców

<sup>19</sup> Idem, „Pozytywna” historia dziecka i dzieciństwa w średniowieczu. *Phillipe Ariés a historiografia amerykańska*, [w:] *Dziecko w rodzinie i społeczeństwie...*, s. 263-264.

<sup>20</sup> W pracach Hanawalt akta koronerów są po raz pierwszy poddane wnikliwej analizie, wcześniej ze źródeł tych, co może zaskakiwać, nie korzystano, zob. M. Müller, *Childhood, Orphans and Underage Heirs in Medieval Rural England: Growing up in the Village*, Birmingham 2018, s. 16.

<sup>21</sup> W. Brzeziński, „Pozytywna” historia dziecka..., s. 263-264.

po stracie potomka, które stoją w sprzeczności z zaproponowaną przez Ariésa tezą o obojętności rodziców wobec dzieci i jego tezą o nieistnieniu w średniowieczu świadomości dzieciństwa<sup>22</sup>.

Jednym z błędów zarzucanych Ariésowi jest przyjęcie przezeń postawy szczególnej badawczej optyki, która sprowadza się do oceny średniowiecznej relacji „dzieci – dorośli” za pomocą współczesnej aparatury pojęciowej. Francuski badacz próbował dopatrzeć się w tych relacjach cech, które charakteryzują je dzisiaj, a nie znajdując ich, przyjął że ludzie średniowiecza nie wyróżniali kategorii dzieciństwa. W istocie ustalenia Ariésa dowodzą co najwyżej braku w czasach średniowiecza definicji dzieciństwa pokrewnej definicji współczesnej i braku współczesnych wobec niego postaw, a nie ich braku w ogóle. Możliwe, że istniała wówczas świadomość dzieciństwa alternatywna wobec obecnej i na tyle od niej różna, że dla badaczy dzisiejszych nierozpoznawalna<sup>23</sup>.

J. Schultz w pracy *The Knowledge of Childhood in the German Middle Ages* opierając się na analizie średniowiecznej niemieckiej twórczości literackiej podejmuje próbę odtworzenia wizji dzieciństwa czasów pełnego średniowiecza (choć zaznacza jednocześnie, że jest to wizja z konieczności niepełna – autorzy takich tekstów to ludzie wykształceni i pochodzący z wyższych warstw społecznych, a sama ich treść jest określona w pewnym stopniu daną konwencją literacką). Z analizy Schultza wynika, że w średniowiecznych Niemczech istniała świadomość dzieciństwa jako odrębnego okresu w życiu człowieka, przy czym uważano go za czas ułomności, któremu jako takiemu nie należy poświęcać uwagi. Dziecko staje się bohaterem utworu literackiego z uwagi na swoje „dorosłe” zachowanie. Średniowieczna wizja dzieciństwa zakłada także odrębne od współczesnego rozumienie procesów dorastania i wychowania. Na charakter przyszłego dorosłego nie wpływa tutaj suma jego życiowych doświadczeń, dziecka nie można „ukształtować” w procesie wychowawczym; osobowość jest dana człowiekowi w momencie jego narodzin, podobnie jak wszelkie jego uzdolnienia i talenty<sup>24</sup>. Rozwój dziecka polega tu na sukcesywnym przezwyciężaniu ograniczeń i ujawnianiu się jego prawdziwej natury – przy tak rozumianym dzieciństwie zupełnie inaczej niż dziś rysuje się rola dorosłego. Tezę o istnieniu w średniowieczu świadomości odrębności dzieciństwa wspiera w obszernej pracy *Medieval children* brytyjski mediewista, N. Orme, przedstawiając pełną historię dzieciństwa w Anglii od XI do XVI w. Badacz ten, analizując kolejne etapy dorastania dziecka, podkreśla – w wyraźnej opozycji do twierdzeń Ariésa – że dzieciństwo było w średniowieczu uważane za odrębny

<sup>22</sup> Ibidem, s. 267-268.

<sup>23</sup> Ibidem, s. 271.

<sup>24</sup> Ibidem, s. 271-274.



okres w życiu człowieka; dostrzegano wyjątkowość dziecka i jego różny od dorosłego status<sup>25</sup>.

Ciekawym podsumowaniem dyskusji wokół tez Ariésa jest wydana niedawno praca M. Müller *Childhood, Orphans and Underage Heirs in Medieval Rural England: Growing up in the Village*. Zasadniczo zgadza się ona z zarzutami stawianymi Ariésowi, za największy „grzech” Francuza uważając użycie we współczesnych badaniach nad istnieniem pojęcia dzieciństwa w średniowieczu nowoczesnych kategorii i pojęć. Jednocześnie jednak Müller podkreśla jego wielkie zasługi – odkrycie nowego przedmiotu badań historycznych<sup>26</sup> oraz przyjęcie, że samo pojęcie dzieciństwa jest społeczno-kulturową konstrukcją, pochodną określonych historycznych uwarunkowań. Dziś, kiedy znaczna część badaczy uznaje<sup>27</sup>, że średniowiecze miało własną, odmienną od naszej koncepcję dzieciństwa i że dzieci nie były wówczas uważane za małych dorosłych, wyzwaniem jest odkrycie, jaki kształt przybierała ta koncepcja, jak społeczności dorosłych i dzieci w dawnych wiekach oddziaływały na siebie wzajemnie i wreszcie jak same dzieci zajmowały swoje miejsce w ówczesnym społeczeństwie (to ostatnie zadanie określa badaczka jako ekstremalnie trudne – dzieci w średniowieczu nie pisywały wszak listów czy pamiętników<sup>28</sup>). Müller ocenia, że mediewiści współcześni są dziś dopiero na początku drogi prowadzącej do tego celu.

Niezależnie od kontrowersji wokół istnienia poczucia odrębności dzieciństwa w czasach średniowiecza (i uznania czy odmiennosc oferowanej przez średniowieczne wizji dzieciństwa dzieli od naszego jego rozumienia przepaść której pokonać nie sposób), w XVII w. ukształtowały się dwie całkiem nowe wobec niego postawy. Jedną z nich, przyjętą zwłaszcza w środowisku rodzinnym, jest uczynienie z dzieci „zabawek” dorosłych. Dziecko jest teraz w centrum świata dorosłych, jest przesadnie rozpieszczane, spełnia się jego zachcianki i we wszystkim się dziecku pobjęza, przy czym postawa ta jest powszechna nie tylko wśród warstw wyższych, ale także wśród ludu. Nastawienie takie wiąże się niewątpliwie z uświadomieniem sobie wyjątkowości i krótkości dzieciństwa<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Zob. N. Orme, *Medieval children*, New Haven and London 2003, passim.

<sup>26</sup> Autorka zauważa, że dzieci zaskakująco późno stały się obiektem badań innej dyscypliny – archeologii, zob. M. Müller, *Childhood, Orphans and Underage Heirs in Medieval Rural England: Growing up in the Village*, Birmingham 2018, s. 9.

<sup>27</sup> Ze tym, że wnioski Ariésa były nietrafne zgadza się znaczna część dzisiejszych historyków, specjalistów z zakresu średniowiecza, zarzucających francuskiemu autorowi błędy warsztatowe i skupienie się na zbyt małej liczbie średniowiecznych źródeł. Wśród badaczy innych dyscyplin, np. prawa, filozofii, psychologii czy pedagogiki zainteresowanych analizą pojęcia dzieciństwa, twierdzenia Ariésa są wciąż bardzo popularne i często przywoływane.

<sup>28</sup> M. Müller, op. cit., s. 13.

<sup>29</sup> P. Ariés, op. cit., s. 190 i nast.

W omawianym okresie wśród wychowawców i nauczycieli, którzy sprawowali urzędy kościelne i państwowe narodziło się inne nowe nastawienie wobec dziecka, wywodzące się z pełnego zrozumienia jego niewinności i słabości. Nastawienie to, stojące w pewnej opozycji wobec pierwszego, nadało kierunek rozwojowi edukacji aż do XX stulecia. W centrum zainteresowania znalazła się tutaj psychika dziecka i troska o jego wszechstronny rozwój. W regulaminie szkoły Port-Royale zapisano słowa brzmiące zaskakująco współcześnie: „Trzeba doskonale czuwać nad dziećmi, nie zostawiać ich nigdy i nigdzie samych ani w zdrowiu, ani w chorobie (...). To nieprzerwane pilnowanie dzieci musi być delikatne i niepozbawione pewnego zaufania, żeby czuły, że jesteśmy z nimi dlatego, iż je kochamy, a nie tylko dlatego, żeby ich pilnować... Wtedy raczej polubią to nasze czuwanie, niż będą się go lękać”<sup>30</sup>. Cytat powyższy pozwala sądzić, że XVII w., początek nowożytności, to nie tylko okres gwałtownych, rewolucyjnych przemian w nauce i filozofii, to także czas, gdy dostrzeżony został fenomen dzieciństwa. Odtąd kwestie związane z dziećmi stają się sprawami godnymi uwagi, dziecko zaczyna się liczyć nie tylko jako przyszły dorosły, ale ważne jest samo w sobie. To dzięki XVII-wiecznym moralistom, którzy wzięli na siebie obowiązek ochrony przyrodzonej niewinności dziecka i wzmocnienia jego naturalnej słabości, dzieciństwo zostało wydłużone poza lata, gdy dziecko mogło być „zabawką” dorosłych. Odkrycie „dziecka” stało się katalizatorem gwałtownych zmian cywilizacyjnych – zdeterminowało przede wszystkim rozwój edukacji.

Ewolucja postawy wobec dziecka w ludzkiej mentalności znajduje swoje najpełniejsze odbicie właśnie w rozwoju edukacji i instytucji szkoły. Szkoły w średniowieczu mieszały uczniów w różnym wieku i były dostępne tylko dla niewielkiej ich liczby, a ich zasadniczym celem było edukowanie, szkoła nie pełniła wówczas funkcji wychowawczych. Szkoły kościelne bardzo długo broniły swojego monopolu na nauczanie, a gdy w końcu zaczęły pojawiać się szkoły prywatne, kanonicy próbowali narzucać im rozmaite ograniczenia – dotyczące np. programu nauczania. Znamienne, że wiek uczniów nie był kryterium w nauczaniu istotnym – dorośli zasiadali w ławach szkolnym razem z dziesięciolatkami i fakt ten uznawano za zupełnie naturalny (Ariés zauważa, że średniowieczna z ducha obojętność dla kwestii wieku utrzymała się aż do rewolucji francuskiej). Kolegia tworzyła zazwyczaj grupa uczniów od ośmiu do piętnastu i więcej lat, poddana – co istotne – innemu prawu niż dorośli<sup>31</sup>.

W XVI w. kolegium staje się ważnym elementem życia społecznego; zmienia się system rekrutacji, odtąd kolegia pozostają otwarte także dla synów szlachty, mieszczaństwa, a nawet przedstawicieli warstw niższych. Istotnym elemen-

<sup>30</sup> *Regulamin Jacqueline Pascal dla szkoły Port-Royal*, cyt. za: P. Ariés, op. cit., s. 166-167.

<sup>31</sup> P. Ariés, op. cit., s. 197-203.



tem w ich rozwoju stało się wyróżnienie klas dopasowanych do wieku uczniów (zawsze chłopców), świadczące o rodzącej się świadomości tego, że w obrębie dzieciństwa da się wyróżnić różne kategorie – kolegia zaczęły pełnić wówczas funkcję demograficzną<sup>32</sup>. Choć to moment ważny, szkoła nadal nie miała demograficznej jednorodności, która cechowała ją od końca XIX w. – wciąż ważniejszy niż wiek ucznia był poziom jego zaawansowania w nauce. Tymi, którzy pchnęli rozwój szkolnictwa na nowe tory byli jezuici, oratorianie i janseniści w XVII w. – ci którzy dostrzegli specyfikę psychologii dziecka i szukali metod adekwatnych do dziecięcej psychiki. Jak nikt dotąd docenili moralny i społeczny wymiar systematycznej edukacji w przystosowanych do tego instytucjach (znamienne, że renesansowi humaniści nie przyznawali szczególnej roli dzieciństwu czy młodości; wzorem wczesnych scholastyków popierali oni ideę kształcenia przez całe życie)<sup>33</sup>.

Historię rozwoju szkolnictwa w Anglii prezentuje N. Orme, dowodząc (jak Ariés w odniesieniu do Francji), że przemiany społeczno-kulturalne w angielskim społeczeństwie pozostawały w ścisłym związku z przemianami w edukacji. Autor przeciwstawia się rozpowszechnionemu przekonaniu o elitarnym charakterze średniowiecznych angielskich szkół – wykazuje (znowu jak Ariés), że nie kształciły one bynajmniej wyłącznie przyszłych duchownych i były otwarte także na przedstawicieli niższych warstw społecznych<sup>34</sup>. Przekonuje, że osiągnięcia średniowiecznej edukacji, w tym te o charakterze organizacyjnym implikowały rozwój społeczeństwa. Badacz przekonuje, że średniowieczne szkoły antycypowały idee i instytucje dzisiejszej edukacji, twierdzi nawet że są tym samym, co szkoły współczesne, tylko w innych historycznych uwarunkowaniach. Orme zaznacza, że pełne zrozumienie osiągnięć średniowiecznego szkolnictwa jest kluczem do zrozumienia natury samego średniowiecza<sup>35</sup>.

W toku rozwoju systemu edukacji nauczyciele i wychowawcy odkrywają korzyści płynące z utrzymywania w szkole stałej i organicznej dyscypliny. Jest ona pochodną dyscypliny kościelnej i zakonnej, która, przynajmniej w założeniu, przyczyniać się miała do moralnego doskonalenia, a nie być narzędziem

<sup>32</sup> Ibidem, s. 203, 206. O wadze pojęcia „szkoła” świadczyć może wyróżnienie poczynione przez słynnego siedemnastowiecznego filozofa, pedagoga i reformatora Jana Amosa Komeńskiego – wyróżnił on siedem faz życia człowieka: narodziny, niemowlęstwo, dzieciństwo, dojrzewanie, młodość, wiek męski i starość. Każdemu z nich przyporządkował Komeński właściwą mu szkołę: pierwsza to szkoła narodzin, czyli „pożyteczne wskazówki dla rodziców na temat pierwszej troskliwej dbałości o rodzaj ludzki już w łonie matki”, druga to „szkoła dzieciństwa na łonie matki czyli o troskliwym wychowywaniu potomstwa ludzkiego od urodzenia do roku życia mniej więcej szóstego”, ostatnią klasę tej szkoły stanowić miała klasa pierwszej nauki, a tym samym pierwszej pracy zespołowej, zob. D. Żołądź-Strzelczyk, op. cit., s. 16-17.

<sup>33</sup> P. Ariés, op. cit., s. 225.

<sup>34</sup> N. Orme, *Medieval Schools: From Roman Britain to Renaissance England*, New Haven and London 2006, s. 3.

<sup>35</sup> Ibidem, s. 337.

przymusu. Dyscyplina, która miała też nauczać pracy zespołowej i pomagać w sprawowaniu nad dziećmi ustawicznego nadzoru, stała się znamieniem szkoły i statusu ucznia, dzieląc go od wolności dorosłych<sup>36</sup>. Negatywnym aspektem „odkrycia” dzieciństwa stało się stosowanie wobec uczniów kar cielesnych – na baty narażeni byli wszyscy uczniowie, niezależnie od stanu, z jakiego pochodzili<sup>37</sup> (podczas gdy stosowanie kar cielesnych wobec wysoko urodzonych dorosłych było wyłączone). Dzieci były upokarzane w imię wyższego dobra – kary cielesne miały często na celu ich umoralnianie<sup>38</sup>. Idea, że dzieci nie zasługują na poniżające kary pojawiła się w XVIII w., coraz powszechniej wówczas protestowano przeciwko karze chłosty, zwłaszcza stosowanej wobec dzieci starszych<sup>39</sup>.

Czasy romantyzmu przynoszą jeszcze inną optykę postrzegania dziecka i dzieciństwa. Dziecko, ze swoją unikalną, obcą światu dorosłych wrażliwością, staje się tutaj dla nich wzorem do naśladowania. Dotychczasowy, wielowiekowy tradycyjny porządek uległ teraz załamaniu – dziecko jest dowartościowane i wywyższone<sup>40</sup>. Najpełniej optyka ta widoczna jest w literaturze czasów romantyzmu – dzieci (jak Orcio w *Nie-Boskiej komedii* Krasińskiego) mają tu często przyrodzony dostęp do ukrytej przed dorosłymi prawdy, obdarzone są zdolnością do jasnowidzenia i zdolnościami profetycznymi<sup>41</sup>. Dziecko posiada też skłonność do zgodnego współistnienia z naturą (jak bohater „Emila” J.J. Rousseau<sup>42</sup>), dzieciństwo to stan naturalny, stan przyrodzonej niewinności i wolności, którą człowiek dorosły traci bezpowrotnie, choć do końca życia

<sup>36</sup> P. Ariés, op. cit., s. 228-229.

<sup>37</sup> Choć większość uczniów stanowiły dzieci mieszczańskie oraz urzędniczej i duchownej szlachty, w szkołach ówczesnych nie brakowało dzieci rzemieślników i chłopów, z kolei pewna część dzieci szlacheckich w ogóle nie uczęszczała do szkół, zob. P. Ariés, op. cit., s. 229.

<sup>38</sup> Ibidem, s. 214-216.

<sup>39</sup> Ibidem, s. 216-217. Społeczeństwem, któremu z wielkim trudem przychodzi rezygnacja z wymierzania kar cielesnych są Brytyjczycy. Paul Johnson zauważa, że „Anglicy nigdy nie zapomnieli o tym, by życie swoich dzieci uczynić nieznośnym” i przytacza przykład Earla Shaftesbury’ego, XVII-wiecznego zwolennika reform społecznych i filantropa, który wspomina swoich bezlitosnych, karzących rodziców i prywatną szkołę, gdzie traktowano go równie brutalnie jak w domu, zob. P. Johnson, *Historia Anglików*, Gdańsk 1995, s. 229. Alex Renton, brytyjski dziennikarz społeczny, autor książki „Jak wytresować lorda” jest przekonany, że „Anglicy słyną w całym cywilizowanym świecie z nienawiści do dzieci” i stwierdza, że w II połowie XX w. angielskich elitarnych szkołach z internatem praktyka wymierzania dotkliwych kar cielesnych – w tym chłosty – była normą, przeciw której nie protestowali ani nauczyciele, ani rodzice, zob. <https://weekend.gazeta.pl/weekend/1,152121,26225002,rodzice-wyslali-go-do-szkoly-z-internatem-mowili-wiemy-ze.html>, (24.09.2020).

<sup>40</sup> W. Brzeziński, *Obraz dziecka...*, s. 142.

<sup>41</sup> Zob. A. Kubale, *Dziecko romantyczne. Szkice o literaturze*, Wrocław 1984. O wadze mitu dzieciństwa w romantyzmie pisała też Maria Janion, zob. M. Janion, *Gorączka romantyczna*, Warszawa 1975, passim.

<sup>42</sup> Jak zauważa M. Müller, gdy wyobrażamy sobie dziś idyllę wiejskich dzieci żyjących w zgodzie z naturą, kojarzymy ją niemal natychmiast z bohaterem powieści Rousseau, zob. M. Müller, op. cit., s. 2.

próbuję odnaleźć<sup>43</sup>. Motyw dziecka i dzieciństwa stoi w centrum uwagi twórców romantyzmu – skupiają się w nim najważniejsze idee całej epoki<sup>44</sup>.

Pomocna w rekonstrukcji stosunku dorosłych do dzieci, postawy wobec dzieciństwa w minionych epokach, może być także analiza prawnej sytuacji dziecka – analiza taka pozwala twierdzić, że w wiekach średnich jednak dostrzegano dziecko i dzieciństwo. Średniowieczne prawo kościelne wprowadzało rozgraniczenie między dzieckiem a dorosłym w związku z udziałem w praktykach religijnych, z kolei prawo państwowe wskazywało wiek, w którym dziecko zyskiwało możliwość rozporządzania swoim majątkiem czy wiek, w którym zdolne było odpowiadać karnie<sup>45</sup>.

W średniowiecznej Polsce w świetle prawa dawało się wyróżnić trzy etapy życia: narodziny i uznanie dziecka przez ojca, dalej lata sprawne i wreszcie lata roztropne. O zdolności do działań prawnych decydował wiek – chłopiec siedmioletni doświadczał ceremonii postrzyżyn, powiązanych z nadaniem imienia, i odtąd przechodził pod opiekę ojca. Moment osiągnięcia lat sprawnych nie był określony dokładnie, dla każdego zainteresowanego ustalano go odrębnie, badając czy osiągnął on dojrzałość fizyczną. Od chwili wejścia w lata sprawne zyskiwał pełną zdolność do działań prawnych, zwłaszcza zawarcia małżeństwa<sup>46</sup>. Do czasu osiągnięcia lat sprawnych władza ojca nad dzieckiem była ogromna – w czasach przedchrześcijańskich przysługiwało mu prawo *ius vitae ac necis* – mógł on sprzedać dziecko w niewolę (w Polsce prawo to nie utrzymało się tak długo jak w sąsiednich krajach), zastawić, a także zabić<sup>47</sup>. Później – wraz z wprowadzeniem zasad moralności chrześcijańskiej – zakres władzy ojcowskiej został nieco ograniczony. Pierwszym dokumentem, w którym zawarto normy prawne dotyczące dzieci były *Statuty Kazimierza Wielkiego* (źródłem owych norm było zarówno prawo zwyczajowe, jak i kanoniczne, władca odwoływał się w ich uzasadnieniu do norm powszechnie uznawanych i twierdzeń powszechnie uważanych za prawdziwe). *Statut wiślicki* (1347 r.) potwierdzał władzę ojca, zwłaszcza, gdy chodzi o stosunki majątkowe, ale zawierał też przepisy wprowadzające swoistą ochronę dziecka – nie można było go sprzedać ani karać ze szczególnym okrucieństwem, surowo karane było zabicie dziecka, także pochodzącego z nieprawego łoża. *Statuty litewskie* postanawiały wprost, że dzieci nie mogą być traktowane jako mienie ojca (1529 r.) i wprowadzały karę za ich zabójstwo (1588 r.), przy czym, co znamienne, kara ta była wówczas niższa niż w przypadku zwykłego zabójstwa. O rozwoju praw dziecka w wiekach XVI i XVII świadczą dokumenty dotyczące dzieci osieroconych, np. w jednej z konstytucji

43 A. Kubale, op. cit., s. 18.

44 Ibidem, s. 31.

45 N. Orme *Medieval Children*, passim.

46 J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 1, Warszawa 1965, s. 75-76.

47 Ibidem, s. 287

z 1565 r. nakazywano sporządzanie inwentarza majątku dziecka przy jego przejmowaniu przez opiekuna; spis taki był podstawą do rozliczeń po osiągnięciu przez dziecko pełnoletniości<sup>48</sup>. Na początku XVII w. opieka nad osieroconymi dziećmi coraz częściej stawała się sprawą publiczną – np. w Toruniu powołano specjalny urząd sierocy, do którego kompetencji należało zatwierdzanie lub wyznaczanie opiekunów, a także kontrolowanie ich wydatków i rozstrzyganie sporów po upływie czasu opieki. (Szczególnym tego rodzaju dokumentem była Konstytucja 3-go Maja – cztery z zachowanych projektów dotyczą opieki nad dziećmi, zwłaszcza sierotami – postulowano tam ograniczenie władzy opiekuna dziecka i sądową kontrolę jego poczynañ)<sup>49</sup>. Chociaż w XVII-wiecznej i XVIII-wiecznej rodzinie ojciec miał jeszcze prawo egzekwowania posłuszeństwa od domowników<sup>50</sup>, zwłaszcza uprawnienie do stosowania kar cielesnych, to podlegało ono coraz liczniejszym ograniczeniom – np. duński kodeks praw z 1683 r. przewidywał, że w sytuacji, gdy ojciec nadwyrężył zdrowie dziecka, może być sądzony jak osoba obca<sup>51</sup>.

Obecnie badania dotyczące pojęcia dzieciństwa zostały częściowo zasymilowane przez nowe, prężnie rozwijające się dyscypliny naukowe. Współcześnie dziecko i dzieciństwo stają się obiektem coraz bardziej zaawansowanych badań, w tym dociekań filozoficznych. Jednym z przedstawicieli tzw. filozofii dzieciństwa jest Gareth B. Matthews, który wśród podstawowych pytań tej nowej dyscypliny wymienia pytanie o genezę i istotę dzieciństwa, sposoby definiowania i rozumienia tego pojęcia. Zadaniem filozofii dzieciństwa jest także badanie postawy dorosłych wobec dzieci i dzieciństwa, a także teorii przyznających dziecku rozmaite miejsca w społeczeństwie. Na gruncie omawianego działu filozofii pojawiają się rozważania dotyczące historii dzieciństwa i podmiotowości dziecka, przyznawanych im praw, a także porównawcze studia dzieciństwa w rozmaitych kulturach<sup>52</sup>. W obszar swoich zainteresowań filozofowie dzieciństwa włączają również teorie z zakresu kognitywnego i moralnego rozwoju dziecka, bazujące na najnowszych odkryciach medycyny i psychologii. Wśród prowadzonych przez nich badań na szczególną uwagę zasługują te dotyczące

<sup>48</sup> D. Żołądź-Strzelczyk, op. cit., s. 18 i nast. W Anglii już w średniowieczu wypracowano podobne rozwiązania – władze średniowiecznego Londynu przyjęły przepisy pozwalające na ochronę praw dzieci osieroconych do ich majątków i ochronę terminujących u mistrzów cechowych przed nadużyciami, zob. W. Brzeziński, „Pozytywna” historia dziecka..., s. 267, zob. też M. Müller, op. cit., s. 13-21.

<sup>49</sup> D. Żołądź-Strzelczyk, op. cit., s. 18 i nast.

<sup>50</sup> W osiemnastowiecznej polskiej rodzinie szlacheckiej władza ojca nad dziećmi wciąż była bardzo rozległa – więź między nimi oparta była na szacunku i strachu, u wrażliwych dzieci strach przed ojcowskim gniewem i karą często prowadził do stanów chorobowych, zob. K. Wróbel-Lipowa, *Relacje dzieci-rodzice w polskiej rodzinie ziemiańskiej w XVIII wieku*, [w:] *Dziecko w rodzinie i społeczeństwie...*, s. 105.

<sup>51</sup> T. Munck, *Europa XVII w. 1598-1700*, Warszawa 1998, s. 121.

<sup>52</sup> M. Szczepska-Pustkowska, op. cit., s. 36.

zachowań niemowląt, wykazujących – jak się okazuje – zaskakujące umiejętności w zakresie kooperacji i komunikacji, pozwalające im radzić sobie w nowej i nieznannej rzeczywistości.

Badanie zarówno dzieciństwa, jak i podmiotowości dziecka zyskuje współcześnie wymiar interdyscyplinarny, co wyznaczy kierunek rozwoju tych badań w przyszłości. Przedstawiona powyżej ewolucja pojęcia dzieciństwa oraz kontrowersje związane z jego istnieniem w czasach średniowiecza pozwalają stwierdzić, że nie jest ono kategorią ahistoryczną i uniwersalną, aktualną w każdym czasie. Analiza dzieciństwa i zakresu podmiotowości dziecka w danym stuleciu musi uwzględniać każdorazowo realia epoki, w tym osiągnięcia nauki – szeroki kontekst społeczno-kulturowy. Badanie takie powinno ponadto odwoływać się do kategorii pojęciowych właściwych określonym czasom oraz uwzględniać aspekty językowe.

## Bibliografia

- Anderson M., *Approaches to the history of the western family, 1500–1914*, Cambridge 1995.
- Ariés P., *Historia dzieciństwa*, Warszawa 2010.
- Bardach J., *Historia państwa i prawa Polski*, t. 1, Warszawa 1965.
- Brzeziński W., „Pozytywna” historia dziecka i dzieciństwa w średniowieczu. *Phillipe Ariés a historiografia amerykańska*, [w:] *Dziecko w rodzinie i społeczeństwie. Starożytność – średniowiecze*, red. J. Jundziłł, D. Żołądź-Strzelczyk, Bydgoszcz 2002.
- Brzeziński W., *Obraz dziecka w perspektywie historyczno-porównawczej. Przeszłość we współczesności, współczesność w przeszłości*, „Przegląd Pedagogiczny” 2012, nr 1.
- Golus A., *Od przedmiotu do podmiotu. Status dziecka w rodzinie i społeczeństwie*, „Studia Edukacyjne” 2018, nr 48.
- Heywood C., *The History of Childhood, Children and Childhood in the West from Medieval to Modern Times*, Wiley 2013.
- History of Childhood*, red. L. deMause, Nowy Jork 1995.
- Jacyno M., Szulżycka A., *Dzieciństwo. Doświadczenie bez świata*, Warszawa 1999.
- Janion M., *Gorączka romantyczna*, Warszawa 1975.
- Jaros P., *Definicja dziecka*, [w:] *Konwencja o Prawach Dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, red. S. L. Stadniczenko, Warszawa 2015.
- Johnson P., *Historia Anglików*, Gdańsk 1995.
- Konwencja o Prawach Dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, red. S. L. Stadniczenko, Warszawa 2015.
- Kubale A., *Dziecko romantyczne. Szkice o literaturze*, Wrocław 1984.

- Müller M., *Childhood, Orphans and Underage Heirs in Medieval Rural England: Growing up in the Village*, Birmingham 2018.
- Munck T., *Europa XVII w. 1598–1700*, Warszawa 1998.
- Orme N., *Medieval children*, New Haven and London, 2003.
- Orme N., *Medieval Schools: From Roman Britain to Renaissance England*, New Haven and London 2006.
- Smolińska-Theiss B., *Dzieciństwo*, [w:] *Encyklopedia pedagogiczna XXI wieku*, red. T. Pilch, Warszawa 2003.
- Smoczyński T., *Pojęcie dziecka i jego podmiotowość*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, red. T. Smoczyński, Poznań 1999.
- Stadniczenko S. L., *Podstawy aksjologiczne i intelektualne kształtowania projektu Kodeksu rodzinnego*, [w:] *O potrzebie nowego Kodeksu rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S. L. Stadniczenko, M. Michalak, Toruń 2019.
- Stone L., *The Family, Sex and Marriage in England 1500–1800*, London 1977.
- Szczepska-Pustkowska M., *W stronę filozofii dzieciństwa. Adultystyczna wizja dziecka i dzieciństwa z Arystotelesem w tle*, „Przegląd Pedagogiczny” 2012, nr 1.
- Wilson A., *The Infancy of the History of Childhood: An Appraisal of Philippe Ariès*, „History and Theory” 1980, t. 19 (2).
- Wróbel-Lipowa K., *Relacje dzieci-rodzice w polskiej rodzinie ziemiańskiej w XVIII wieku*, [w:] *Dziecko w rodzinie i społeczeństwie. Dzieje nowożytne*, red. K. Jakubiak, W. Jamrozek, Bydgoszcz 2002.
- Wywiad E. Jankowskiej z A. Rentonem, „Gazeta Wyborcza” na: <https://weekend.gazeta.pl/weekend/1,152121,26225002,rodzice-wyslali-go-do-szkoly-z-internetem-mowili-wiemy-ze.html>
- Żołądź-Strzelczyk D., *Rozumienie dzieciństwa*, [w:] *Dziecko w rodzinie i społeczeństwie: Starożytność – średniowiecze*, red. J. Jundziłł, D. Żołądź-Strzelczyk, Bydgoszcz 2002.

## STRESZCZENIE

### Spory o pojęcie dzieciństwa i podmiotowość dziecka od średniowiecza do czasów nowożytnych

W artykule przedstawiono ewolucję rozumienia dzieciństwa i związanego z nim pojęcia podmiotowości dziecka. Celem publikacji jest wykazanie, że pojęcie dzieciństwa – wieloznaczne i będące współcześnie przedmiotem analiz badaczy różnych gałęzi nauki – ma kontrowersyjną historię. Dyskusyjne jest istnienie koncepcji dzieciństwa w średniowieczu; jeśli istniała ona wówczas – jak zakłada znaczna część dzisiejszych historyków mediewistów – to była zupełnie różna od dzisiejszej, ufundowanej na XX-wiecznych pojęciach i analizie współczesnych relacji między dorosłymi a dziećmi. Pytanie o kształt tej koncepcji jest wciąż otwarte – istotne, że nie powinna być oceniana na podstawie realiów XXI w. Czasem, w którym narodziła się świadomość dzieciństwa pokrewna dzisiejszej, związana z zauważeniem i podkreśleniem wyjątkowej konstrukcji psychicznej dziecka było XVII stulecie – działali wówczas wybitni pedagodzy–reformatorzy, dzięki którym zaszły istotne zmiany w ówczesnym systemie edukacji. Spory wokół pojęcia dzieciństwa uświadamiają, jak trudno pojęcie to zdefiniować – definicja ta jest dla każdej z epok odrębna i jest swoistą pochodną realiów społeczno-kulturowych. Dzieciństwo powinno być traktowane jako fakt historyczny; każda epoka historyczna może przyjmować własną jego koncepcję.

## SUMMARY

### Disputes about the concept of childhood and the child's subjectivity from the Middle Ages to the early modern times

The article presents the evolution of the understanding of childhood and the related notion of child's subjectivity. The aim of the article is to show that the concept of childhood – ambiguous and currently being analyzed by researchers from various branches of science – has a controversial history. The existence of the concept of childhood in the Middle Ages is debatable; if it existed at that time – as a significant part of contemporary medieval historians assume – it was completely different from today's, founded on the 20th century concepts and analysis of contemporary relations between adults and children. The question about the shape of this concept is still open – it is important that it should not be assessed on the basis of the realities of the 21st century. The seventeenth century was the time when the awareness of childhood similar to the present day, related to noticing and emphasizing the unique psychological structure of a child, was born. At that time appeared outstanding educators-reformers, thanks to whom significant changes took place in the education system of that time. Disputes around the concept of childhood make us realize how difficult it is to define it – this definition is separate for each epoch and is a specific derivative of socio-cultural realities. Childhood should be regarded as a historical fact; each historical epoch can adopt its own conception.





**Bartosz Kamil Truszkowski**

Uniwersytet w Białymstoku  
e-mail: b.truszkowski@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-5568-5807

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.03

## **Karcenie dzieci na ziemiach polskich. Regulacje prawne od XIX wieku do dziś**

### **ABSTRAKT**

Jeszcze do początków XIX w. dobór środków wychowawczych przez rodziców i opiekunów w stosunku do znajdujących się pod ich pieczę dzieci, w tym tych służących dyscyplinowaniu najmłodszych, nie był zazwyczaj prawnie ograniczany. Zmianę w tej kwestii można zaobserwować wraz z pojawianiem się w dużych europejskich kodyfikacjach prawa cywilnego regulacji z zakresu prawa rodzinnego. Każda z tych obowiązujących na znajdujących się pod zaborami XIX-wiecznych ziemiach polskich w wyraźny sposób odnosiła się do uprawnienia karcenia nieposłusznego dziecka. W każdej z nich dyscyplinowanie zostało dozwolone, jednocześnie w każdej temat ten został uregulowany odmiennie, zarówno w zakresie określenia jego podstaw, stosunków do władzy ojcowskiej/rodzicielskiej, jak i ustanowionych ograniczeń i środków ochrony dziecka. Po II wojnie światowej w polskim ustawodawstwie można zauważyć coraz większą ingerencję w autonomię rodziców i opiekunów, kiedy karcenie znikło z katalogu jawnie wymienionych uprawnień wychowawczych, aż po czasy najnowsze, kiedy w 2010 r. wprost zakazano cielesnego karania najmłodszych. W niniejszej pracy autor podejmuje próbę przeglądu i krótkiego podsumowania uregulowań w temacie dyscyplinowania dzieci w podstawowych aktach prawnych obowiązujących na ziemiach polskich od początku XIX w., przechodząc przez początek XX w. i okres międzywojenny, czasy okupacji i Polski Ludowej, aż po obecny stan prawny. Oprócz uprawnienia karcenia wynikającego z władzy rodzicielskiej zbadano także analogiczne przepisy dotyczące opiekuna.

## ABSTRACT

### Disciplining Children on Polish Territories. Legal Regulations from the 19th Century to the Present Day

Until the early 19th century, the selection of educational measures by parents and guardians in relation to the children under their care, including those serving to discipline the youngest, was not usually legally restricted. A change in this issue can be observed with the emergence of family law regulations in large European civil law codifications. Each of these regulations in force on the Polish territories of the 19th century, partitioned between three neighbouring powers, clearly referred to the power to discipline a disobedient child. Such disciplining was allowed in each of them, though it was regulated differently, both in terms of defining its grounds, relations to paternal/parental authority, as well as the established restrictions and measures to protect the child. After the Second World War, in Polish legislation we can observe an increasing interference in the autonomy of parents and guardians, when disciplining disappeared from the catalogue of explicitly mentioned educational measures, until the most recent times, when corporal punishment of the youngest was explicitly prohibited in 2010. In the following article, the author attempts to review and briefly summarize the regulations on disciplining children in the basic legal acts in force in Poland since the beginning of the 19th century, going through the early 20th century and the interwar period, the times of the occupation and People's Republic of Poland, until the current legal status. In addition to the parental powers, the author examines similar provisions regarding the legal guardian.

**Słowa kluczowe:** karcenie, prawa dziecka, prawo rodzinne, ziemie polskie, XIX wiek, Polska Ludowa, zakaz kar cielesnych

**Key words:** disciplining, children's rights, family law, Polish territories, 19th century, People's Republic of Poland, prohibition of corporal punishment

### Wprowadzenie. Karcenie jako autonomiczne uprawnienie wychowawcze

Wybór sposobu wychowania dziecka oraz dobór metod mu służących należą do uprawnień rodziców zawierających się w prawie i obowiązku sprawowania pieczy nad osobą dziecka<sup>1</sup>. Stanowią element władzy rodzicielskiej oraz, w ograniczonym stopniu, zastępczej w stosunku do niej prawnej instytucji opieki<sup>2</sup>. Na

<sup>1</sup> M. Dyrdół, *Relacje rodzice – dziecko i ich prawne konteksty*, „Wychowanie w Rodzinie” 2014 (nr 2), t. X, s. 290-291.

<sup>2</sup> T. Sokołowski, *Charakter prawny władzy rodzicielskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1982, R. XLIV, z. 3, s. 131.

przestrzeni dziejów władza rodzicielska w wielu systemach prawnych była nieograniczona i miała charakter absolutny, co było charakterystyczne dla czasów starożytnych i patriarchalnej struktury rodziny<sup>3</sup>. Ojciec mógł nie tylko swobodnie określać i stosować wybrane metody wychowania swojego dziecka, a więc decydować również o jego karceniu i karaniu, ale nawet dysponować jego wolnością i życiem. Wraz z rozwojem prawa rodzinnego w korelacji z rozwojem praw człowieka i praw dziecka tego typu uprawnienia stopniowo zaczęły podlegać coraz większym ograniczeniom.

W obowiązujących na podzielonych między zaborców XIX-wiecznych ziemiach polskich kodeksach i innych ustawach, które regulowały stosunki rodzinne, nie ma już przepisów nadających uprawnieniom rodziców, przede wszystkim ojcu, charakteru władzy absolutnej nad dzieckiem. Zrezygnowano w nich z takich niehumanitarnych i archaicznych praw, jak możliwość sprzedaży swego małoletniego potomka czy swobodnego dysponowania jego prawem do życia. Pojawiły się w nich także obowiązki rodziców w stosunku do dziecka, jak powinność wychowania, wyżywienia czy odzienia. Nie zrezygnowano jednak z możliwości karcenia dziecka w celach wychowawczych, które sprowadzało się do fizycznego jego dyscyplinowania i było wprost dopuszczalne jako uprawnienie rodzica czy opiekuna.

W przedrozbiorowej Rzeczypospolitej tradycyjnym elementem wychowania była chłosta, niezależnie od stanu, wykształcenia czy statusu majątkowego<sup>4</sup>. Prawo stanowione nie tylko nie zakazywało fizycznego karcenia czy wręcz karania dzieci, ale nawet go nie ograniczało, co sprawiało, że ewentualne nadużywanie przemocy wobec dzieci było autonomiczną sprawą każdej rodziny. Rzeczpospolita szlachecka nie pozostawiła po sobie spisane prawa rodzinnego<sup>5</sup>, z kolei prawo zwyczajowe i wzorce szeroko propagowane przez ówczesnych moralistów, nauczycieli czy kler, wręcz zachęcały do twardego wychowania oparte na cielesnym dyscyplinowaniu najmłodszych. Społeczne wzorce wychowania okazały się bardziej hermetyczne i mniej odporne na zmiany niż regulacje prawne, gdyż „twarda ojcovska ręka” powszechnie funkcjonowała na ziemiach polskich również przez większość XIX w.<sup>6</sup> Wszelkie ingerencje w rodzicielskie uprawnienia uznawano wtedy za bardzo kontrowersyjne i niepopularne, dlatego każde kolejne obwarowania miały charakter innowacyjny i nowoczesny

<sup>3</sup> J. Brągiel, *Historia zainteresowań przemocą wobec dzieci w odślonach*, „Chowanna” 2010, t. 1, s. 52.

<sup>4</sup> A. Bołdyrew, *Kara i strach w wychowaniu dzieci w polskich rodzinach w XIX w.*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2009, nr 3 (28), s. 32.

<sup>5</sup> P. Fiedorczyk, *Rozwój prawa rodzinnego na ziemiach polskich*, [w:] *Rodzina i jej gospodarstwo na ziemiach polskich w geografii europejskich struktur rodzinnych do połowy XX wieku*, red. P. Guzowski, C. Kukło, Białystok 2019, s. 222.

<sup>6</sup> A. Bołdyrew, op. cit., s. 32-33.

dla swych czasów<sup>7</sup>. Dopiero w latach 70. XIX w. rozpoczęto popularyzację modelu utrzymywania dziecka w karności bez używania agresji i przemocy<sup>8</sup>.

Dla dostatecznego nakreślenia uregulowań dotyczących karcenia niezbędne jest przedstawienie przepisów o władzy ojcowskiej/rodzicielskiej i o opiece, w których zawiera się prawo i obowiązek pieczy nad osobą dziecka i jego wychowania. Ograniczenie lub utratę takiej władzy lub opieki należy zaliczyć do podstawowych środków ochrony dziecka przed nadużywaniem uprawnień karcenia, stąd w niniejszym tekście szczególną uwagę poświęcono związanym z taką ewentualnością przepisom. Podstawą do dyscyplinowania najmłodszych były wymogi określonych postaw i czynności, dlatego nie ominięto także uregulowań ustanawiających obowiązki małoletnich w stosunku do swych rodziców i opiekunów.

Na potrzeby niniejszej pracy odróżniono pojęcia „karcenia” i „karania”. Mimo że w niektórych z opisywanych aktów prawnych powyższych określeń używano nieraz zamiennie, w artykule konsekwentnie zastosowano pierwszy z terminów, jako węższe znaczenie karności w rozumieniu dyscyplinowania wychowawczego w wykonaniu rodziców i opiekunów. Tym samym dla jasności wyłączono karanie w znaczeniu porządkowym, które w przypadku najmłodszych może odnosić się do działań podejmowanych w placówkach szkolnych, a także w rozumieniu prawa karnego. Kara stanowi w nich bowiem konsekwencję określonych czynów zabronionych, a karcenie nie jest jednostkowym aktem represyjnym wobec podjętego przez dziecka działania, a składającym się na dłuższy proces zespołem działań stanowiącym wychowawczą korektę podjętej przez nie postawy, eliminującym zachowania niepożądane i utrwalającym te oczekiwane.

## **Zabór pruski – rodzicielskie prawo użycia „wszelkich środków karności” w Landrechcie**

Najstarszym obowiązującym na XIX-wiecznych ziemiach polskich aktem prawnym regulującym stosunki rodzinne był funkcjonujący na obszarach wcielonych do Królestwa Prus Landrecht pruski (*Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten*), który wszedł w życie 1 czerwca 1794 r. Początkowo dla byłych terenów Rzeczypospolitej miał on charakter prawa subsydiarnego, od 1797 r. był już na nich podstawowym źródłem prawa, co trwało aż do 1900 r.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Z. Żółciński, *Zróznicowane ramy prawne ojcowskiej władzy rodzicielskiej obowiązujące na ziemiach polskich w pierwszej połowie XIX wieku*, „Biuletyn Historii Wychowania” 2013, nr 30, s. 48.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 35.

<sup>9</sup> A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Warszawa 2012, s. 23. J. Wąsicki, *Zabór pruski 1772–1806*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, t. 3, Warszawa 1981, s. 30-31. P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 223.

Przepisy o wzajemnych prawach i obowiązkach rodziców i dzieci znalazły się w *Części Drugiej* i w jej *Tytule Drugim*. Władza rodzicielska sprowadzała się tu do władzy ojcowskiej i nie była ściśle połączona z wiekiem dziecka i kwestią pieczy i wychowania, które zostały uregulowane niejako odrębnie. Władza ojcowska kończyła się m.in. wraz z założeniem własnego gospodarstwa przez syna i przez uwolnienie od niej przez ojca (§ 210, § 213), jednak ojciec nie mógł tego uczynić przed skończeniem przez potomka dwudziestu lat (§ 214)<sup>10</sup>. Nad córką z kolei kończyła się wraz z jej wyjściem za mąż (§ 228), jeśli jednak pozostawała nieletnia, ojciec utrzymywał prawa i obowiązki opiekuna nieletniej zamężnej (§ 229).

Zgodnie z §61 dzieci winne były obojgu rodzicom uszanowanie i posłuszeństwo, były także obowiązane wspierać rodziców w nieszczęściu i niedostatku na miarę swoich sił i majątku, a szczególnie w czasie ich choroby trudnić się dozorem i pielęgowaniem (§ 63)<sup>11</sup>. Miały także pomagać w gospodarstwie i pracy zawodowej, stosownie do swych możliwości (§ 121). Oboje małżonkowie mieli wspólnie starać się o odpowiednie do ich stanu utrzymanie i wychowanie dzieci (§ 64). Pozostawały one jednak pod szczególną prawną władzą ojca (§ 62) i to głównie on miał pokrywać wydatki związane z ich utrzymaniem (§ 65). Przy matce pozostawał natomiast podstawowy dozór nad dziećmi i obowiązek ich pielęgnowania (§ 66). Ojciec nie mógł odebrać matce takiego dozoru i pieczy przed ukończeniem przez dziecko czwartego roku życia (§ 70), chyba że matka nie była w stanie lub nie miała woli wypełniać tych powinności (§ 71). Rozstrzygać spory w tym aspekcie miał sąd opiekuńczy, bez dopuszczenia do formalnego procesu (§ 72). Ojcu przynależało szczególne prawo wyboru sposobu wychowania dziecka (§ 74) i miał dopilnować, aby odebrało stosowną do swego stanu i zdolności naukę w religii i zdolnościach pożytecznych (§ 75). Rodzice mieli także obowiązek przygotować swe dzieci na przyszłych zdatnych obywateli oraz kształcić je w pożytecznych umiejętnościach (§ 108)<sup>12</sup>.

Wybór przeszłego sposobu życia dla syna zależał przede wszystkim od ojca (§ 109), powinien on jednak zwracać uwagę na jego cechy i skłonności (§ 110)<sup>13</sup>. Syn powinien podlegać takim postanowieniom ojca do ukończenia czternastego roku życia (§ 111), jednak w przypadku wyraźnego sprzeciwu syna sąd opiekuńczy mógł po przybraniu jego jednego lub dwóch najbliższych krewnych i nauczyciela zarządzić inne rozwiązania, stosowne do skłonności syna i majątku

<sup>10</sup> *Landrecht: Dritter Band. Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten. Zweiter Theil, erster Band*, Berlin 1821, s. 168-169, 171. Polski tekst za: *Prawo krajowe: Tom trzeci. Powszechne Prawo Kraiowe dla Państw Pruskich: Część druga, tom pierwszy*, Poznań 1826, s. 172-173, 175.

<sup>11</sup> *Landrecht: Dritter Band...*, s. 149-151; *Prawo krajowe: Tom trzeci...*, s. 153-155, 160.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 154; *ibidem*, s. 158.

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 154-155; *ibidem*, s. 159-160.

ojca (§ 112, § 113). W przypadkach wątpliwych należało pozostać przy postanowieniach ojca (§ 114), chyba że miałyby one pociągnąć za sobą ważne i szkodliwe dla syna skutki.

Po rozwodzie dziecko miało pozostawać przy stronie niewinnej (§ 92), jednak gdy winnym został uznany ojciec, a powód rozwodu nie usprawiedliwiał obawy nieodpowiedniego wychowania, mógł żądać pozostawienia przy nim wychowania synów (§ 93)<sup>14</sup>. Dzieci obojga płci miały jednak pozostać przy matce do ukończenia czwartego roku życia, nawet jeśli została uznana winną rozpadu małżeństwa, o ile nie powstała słuszna obawa zaniedbania dzieci (§ 94). Jeśli żadne z małżonków nie zostało uznane winnym, dzieci miały pozostać przy matce do czwartego roku życia, a potem miały być przekazane na wychowanie ojcu (§ 95), przy czym wychowanie córek w ogólności mogło być powierzone matce (§ 96). Postanowienia co do dzieci w wyroku rozwodowym mogły być jednak zrewidowane w późniejszym czasie na wniosek jednego z rodziców na skutek powstałej obawy zaniedbania lub złego wychowania lub z urzędu wskutek późniejszej zmiany stosunków (§ 97, § 100). Jeśli taka obawa pojawiła się już przy rozwodzie w przypadku obojga małżonków, ustanowiony dla dzieci kurator powinien przedstawić odpowiednie wnioski co do ich wychowania (§ 98), a sąd na ich podstawie wydać potrzebne postanowienia (§ 99). Wyłączenie obojga rodziców od wychowania nie oznaczało zakazu ich kontaktu z dziećmi, odpowiednio zarządzenia w tej sprawie miał wydać sąd (§ 100, § 101).

Władza ojcowska przynależała ojcu również w stosunku do dzieci zrodzonych z małżeństwa morganatycznego, jednak nie dotyczyła ona spraw majątkowych (§ 561)<sup>15</sup>. Takim dzieciom również rodzice mieli obowiązek zapewnić utrzymanie i wychowanie (§ 562), a ich sposób miał być zależny od stanu społecznego matki (§ 563).

Dzieci spłodzone poza małżeństwem, jeśli nie zostały w żaden sposób uprawnione, od ojca mogły domagać się tylko wyżywienia i wychowania (§ 612)<sup>16</sup>. Sąd opiekuńczy przydzielał im opiekuna (§ 614), który ustalał z rodzicami odpowiednie postanowienia co do wychowania i utrzymania (§ 615). Nie pozostawały one pod władzą ojcowską, a tylko pod władzą opiekuna (§ 644), a przez to prawa osobiste rodziców dotyczyły tylko celów wychowania (§ 645). Kluczowe decyzje co do przyszłości dziecka również należały do opiekuna (§ 646). Do czwartego roku życia dziecko nieślubne miało pozostawać przy matce (§ 621), potem ojciec mógł zdecydować czy ma ono pozostać przy niej, czy też weźmie je do siebie (§ 622). Jednak gdy matka postanowiła pozostawić je przy sobie swoim nakładem, ojciec nie mógł się sprzeciwić (§ 623). Sąd mógł

<sup>14</sup> Ibidem, s. 152-153; ibidem, s. 156-158.

<sup>15</sup> Ibidem, s. 212-213; ibidem, s. 218.

<sup>16</sup> Ibidem, s. 219-223; ibidem, s. 225-229.



również zarządzić pozostawienie je przy matce w razie stwierdzenia możliwego uszczerbku dla dziecka po przeniesieniu go do ojca (§ 624). Gdy ojciec nie był w stanie utrzymać i wychować dziecka nieślubnego, obowiązek ten przechodził kolejno na jego rodziców (§ 628), matkę i jej rodziców (§ 629) lub rząd, który miał dopilnować, aby umieszczono je w odpowiedniej placówce (§ 632).

W Landrechcie przewidziano również odrębne przepisy dla wychowawców, czyli dzieci opuszczonych przez rodziców i przyjętych pod pieczę innej osoby, która nabywała nad nimi w ten sposób prawa osobistych rodziców (§ 753)<sup>17</sup>. Miała je wychowywać jak własne dzieci, jeśli ich rodzice byli stanu równego lub wyższego od niej samej (§ 755), bądź zgodnie ze swoim uznaniem, jeśli rodzice byli stanu niższego lub niewiadomego (§ 756). Przysługiwało jej także prawo wyboru sposobu przyszłego życia wychowanka (§ 757). Jeśli przyjmujący nadużywał swych praw tak dalece, że życie, zdrowie, godność i wolność sumienia małoletniego zostały zagrożone, wtedy dziecko powinno zostać uwolnione od dalszej zależności od niego (§ 770).

O dyscyplinowaniu małoletnich prawil § 86, w którym postanowiono, że rodzicom w procesie ich kształcenia wolno użyć wszelkich środków karności nieszkodliwych dla ich zdrowia<sup>18</sup>. Przy braku skuteczności podjętych działań, pomocy na wniosek udzielać miał sąd opiekuńczy (§ 87), który miał zbadać postępowanie rodziców i dzieci bez dopuszczenia do procesu (§ 88), a następnie ustalić formę i sposób wykonywania środków poprawczych (§ 89). W przypadku przejawów okrucieństwa rodziców wobec dzieci, nakłaniania ich do złych uczynków bądź zaniedbania w ich utrzymywaniu, sąd miał z urzędu zapewnić dzieciom odpowiednią pieczę (§ 90), a w razie takiej potrzeby miały być im odebrane oraz powierzone na ich koszt opiece innych osób (§ 91).

Przepisy o opiece i kurateli znalazły się w *Części Drugiej i Tytule Osiemnastym* Landrechtu. Zgodnie z jego § 1 pod szczególnym dozorem i opieką rządu pozostawały osoby, które nie były w stanie zapewnić sobie utrzymania, a także nie znajdowały się pod nadzorem i władzą ojcowską i nie mogły domagać się od ojca żadnej stałej pomocy (§ 2)<sup>19</sup>. Pieczę we wszystkich sprawach potrzebującego zajmował się opiekun (§ 3), a tylko dozorem osobistym lub wychowaniem, ewentualnie załatwianiem konkretnych spraw, zajmował się kurator (§ 4). Prawo do pieczy miały przede wszystkim dzieci i małoletni (§ 6), którzy musieli mieć ustanowionego opiekuna, gdy nie przechodzili pod władzę ojcowską lub władza ojcowska ustawała (§ 7, § 8).

<sup>17</sup> Ibidem, s. 237-239; ibidem, s. 243-245.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 152, ibidem, s. 156.

<sup>19</sup> *Landrecht: Vierter Band. Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten. Zweiter Theil, zweiter Band*, Berlin 1821, s. 338-339. Polski tekst za: *Prawo kraiowe: Tom czwarty. Powszechna Prawo Kraiowe dla Państw Pruskich: Część druga, tom drugi*, Poznań 1826, s. 351-352.

Opiekun miał obowiązek pieczy nad osobą małoletniego, co rozciągało się zarówno na kwestie cielesne, jak i moralne, a szczególnie utrzymania i wychowania (§ 231, § 232, § 308)<sup>20</sup>. Stosownie do swego stanu małoletni miał być wychowany na cnotliwego i zdatnego obywatela (§ 311). Jeśli rodzice zostawili w tym względzie jakieś rozrządzenia, opiekun miał obowiązek się do nich stosować (§ 312), chyba że w jego mniemaniu były one do spełnienia niemożliwe bądź niekorzystne dla małoletniego, o czym powinien powiadomić sąd (§ 313), który władny był określić postanowienia zmienić (§ 314). Po zejściu ojca wychowanie należało w pierwszej kolejności do matki (§ 315), potem do dziadka i babki oraz krewnych pobocznych (§ 318). Do sądu należał jednak wybór osoby opiekuna, mógł on również wybrać do tej roli osobę spoza rodziny (§ 320, § 321). W przypadku ważniejszych dla osoby małoletniego rozrządzeń opiekun winien zwracać się o pozwolenie i wskazówki do sądu (§ 238), szczególnie jeśli mogłyby z nich wynikać skutki dla niego niekorzystne lub niebezpieczne (§ 239). Powinien także składać doroczne sprawozdanie z wychowania sądowi opiekuńczemu (§ 327). Względem nieletnich opiekun zastępował rodziców (§ 240), tak więc nieletni winien mu być uszanowanie i posłuszeństwo (§ 241). Nieletni, a także każdy inny obywatel krajowy, miał prawo zgłosić do sądu nadużywanie władzy ze strony opiekuna (§ 243, § 929, § 930)<sup>21</sup>. W takiej sytuacji sąd miał zbadać sprawę (§ 931), po tym mógł podjąć środki zabezpieczające (§ 932), a gdy wymagała tego sytuacja odwołać opiekuna i powołać innego (§ 933). Opieka z powodu braku pełnoletniości ustawała wraz z ukończeniem przez podlegającego opiece dwudziestego czwartego roku życia (§ 695)<sup>22</sup>.

Na mocy Landrehtu uprawnienie karcenia przysługiwało więc obojgu rodzicom, choć władza rodzicielska należała wyłącznie do ojca, a matka mogła uzyskać większe prawa nad dzieckiem tylko na zasadzie opieki. Była ona jednak dopuszczona do codziennego wychowania dziecka na równi z ojcem, z tym, że to ojciec miał decydować o głównych kierunkach wychowania. Jedynym ograniczeniem w doborze środków dyscyplinujących był brak ich szkodliwości dla zdrowia dziecka, co należy uznać za określenie bardzo ogólne i niechroniące go przed przemocą niewpływającą na poważniejszy rozstrój funkcjonowania jego organizmu, nie wspominając o szkodach na jego psychice. Ważnym środkiem służącym ochronie dziecka była możliwość zapewnienia mu z urzędu odpowiedniej pieczy, a nawet oddania go na wychowanie innej osobie. Jako jeden z powodów takich drastycznych rozrządzeń wprost wymieniono stwierdzenie przejawów okrucieństwa rodziców w stosunku do dziecka. Nie przewidziano jednak w takiej sytuacji odebrania władzy ojcowskiej, tak więc miało to jedynie

<sup>20</sup> *Landrecht: Vierter Band...*, s. 370-371, 380-382. *Prawo krajowe: Tom czwarty...*, s. 382-385, 391-394.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 465; *ibidem*, s. 473-474.

<sup>22</sup> *Ibidem*, s. 433; *ibidem*, s. 443.



charakter ograniczonego fizycznego odseparowania małoletniego, ale nie zakończenia nad nim władztwa prawnego.

## Zabór austriacki – rodzicielskie karanie dzieci „w sposobie umiarkowanym” w ABGB

Ziemie polskie pod zaborem austriackim w XVIII wiek wkroczyły z wydanym specjalnie dla nich patentem cesarskim z 13 lutego 1797 r. Kodeksem Cywilnym Zachodniogalicyskim (*Westgalizisches Gesetzbuch* lub *Bürgerliches Gesetzbuch von Westgalizien*), który wszedł w życie 1 stycznia 1798 r.<sup>23</sup> Jego moc obowiązującą rozciągnięto później na Galicję Wschodnią, obejmowała więc cały obszar zaboru austriackiego. Kodeks był instrumentem likwidacji odrębności prawnej zagarniętych ziem polskich. W literaturze spotyka się także opinie, że miał również za zadanie przetestować rozwiązania projektowane w uchwalonym później ABGB, z którym był w interesujących nas zagadnieniach w dużej mierze tożsamy<sup>24</sup>. Na potrzeby niniejszego artykułu warto więc jedynie wspomnieć, że stosunki między rodzicami a dziećmi zostały w tymże kodeksie uregulowane w Rozdziale IV, a za kluczowy należy uznać §115, który umożliwiał karcenie (karanie) nieposłusznych dzieci zakłócających domowy porządek i spokój, jednak tylko w „sposób niezbyteczny” i niezagrażający zdrowiu dziecka<sup>25</sup>.

Wkrótce regionalne przepisy galicyjskie zostały zastąpione wspomnianym ogólnoaustriackim ABGB, czyli Powszechnym Kodeksem Obywatelskim (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) z 1811 r. Stosunki między rodzicami a dziećmi zostały w nim uregulowane w Części Pierwszej i jej Rozdziale Drugim. W § 139 stwierdzono, że rodzice mają obowiązek wychowywać swoje zrodzone w małżeństwie dzieci, dbać o ich życie, zdrowie i utrzymanie, rozwój fizyczny i umysłowy, a przez naukę religii oraz pożytecznych wiadomości złożyć podwalinę do ich przyszłego szczęścia<sup>26</sup>. W § 141 doprecyzowano, że szczególną

<sup>23</sup> M. Makówka, *Pozycja prawna niepełnoletniego w Galicji w świetle Ustaw Cywilnych dla Galicji Zachodniej (Kodeksu cywilnego zachodniogalicyskiego)*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2017, t. XX, nr 35, s. 73.

<sup>24</sup> K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009, s. 91-92. S. Grodziski, *Zabór austriacki 1772-1848*, [w:] *Historia państwa...*, s. 750; P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 225.

<sup>25</sup> 337. Patent vom 13ten Februar 1797, für West-Galizien, [w:] *Seiner Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für die Deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie. In den ersten vier Jahren Seiner Regierung*, Wiedeń 1817, s. 274. Polski tekst za: *Ustawy Cywilne Dla Galicji Zachodniej. Część Pierwsza*, Wiedeń 1797, s. 58-59.

<sup>26</sup> 946. Patent vom 1ten Junius 1811, [w:] *Seiner Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für die Deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie. Von dem Jahre 1804 bis 1811. Dritte Fortsetzung der Gesetze und Verfassungen im Justizfache unter seiner jetzt regierenden Majestät Kaiser Franz*, Wiedeń 1818, s. 295. Polski tekst za: M. Zatorski, F. Kasparek (oprac.),

domeną ojca było utrzymanie dziecka, a powinności matki miały koncentrować się na „staraniach względem ciała i zdrowia dzieci”<sup>27</sup>.

W § 144 stwierdzono, że rodzice mają prawo w porozumieniu ze sobą kierować działaniami swych dzieci, a te były im winne uszanowanie i posłuszeństwo<sup>28</sup>. Nie określono tu cenzusu wieku, po którym powyższe uprawnienie i obowiązek wygasły, jednak z dalszych przepisów można wywnioskować, że następowało to wraz z ustaniem władzy rodzicielskiej. Uprawnienia matki były tu jednak bardzo ograniczone i w zasadzie sprowadzały się do określenia ich zakresu przez ojca. Wybitnie paternalistyczne podejście dominowało tu nawet, gdy władzy ojcowskiej z jakiegoś powodu zabrakło, ponieważ o ile ojciec sam nie wybrał opiekuna lub wyznaczył do tego osobę niezdolną, o tyle opieka miała być przede wszystkim powierzona dziadowi ojczystemu, a dopiero w dalszej kolejności matce (§ 196, § 198)<sup>29</sup>. Dodatkowo w takiej sytuacji przy matce miał być ustanowiony wspólnopiekun (§ 211), który, choć ustawa nie mówi o tym wprost, miał być w domyśle płci męskiej<sup>30</sup>. Wyraźnie odgradzono tu jednak prawną władzę i opiekę od codziennej pieczy i wychowania, gdyż w przypadku sierot wychowanie miało być przekazane matce, nawet gdyby nie przyjęła opieki lub powtórnie wyszła za mąż, chyba że dobro dziecka wymagało innego rozporządzenia (§ 216)<sup>31</sup>.

Władza ojcovska ustawała wraz z nabyciem przez dziecko pełnoletniości, o ile nie została przedłużona (§ 172)<sup>32</sup>. Oprócz tego ojciec mógł za zezwoleniem sądu usamowolnić dziecko przed ukończeniem przez niego dwudziestego czwartego roku życia, co mogło nastąpić przez oświadczenie woli bądź przekazanie dziecku prowadzenia własnego gospodarstwa (§ 174). Władza ojcovska ustawała również okresowo w pewnych przypadkach zmieniających status ojca, jak utrata przez niego rozumu, uznanie go za marnotrawcę, skazanie na karę więzienia dłuższą niż rok, bądź gdy wyjechał z kraju lub nie dawał wieści o swoim pobycie dłużej niż rok; jednak po ustaniu tych okoliczności władza ojcovska podlegała przywróceniu (§ 176). Natomiast ojciec tracił władzę ojcovską na zawsze, jeśli zaniedbywał w zupełności obowiązek żywienia i wychowania dziecka (§ 177). Wychodząca za mąż małoletnia córka wchodziła z kolei co do swej osoby pod władzę męża (§ 175).

W § 145 umieszczono zapis umożliwiający rodzicom karcenie (karanie) dzieci, jeśli zachowywały się nieobyczajnie, były nieposłuszne bądź zakłócały

---

*Powszechna Księga Ustaw Cywilnych dla wszystkich krajów dziedzicznych niemieckich Monarchji austriackiej. Z późniejszymi odnośniami ustawami i rozporządzeniami, Cieszyn 1875, s. 128.*

<sup>27</sup> 946. *Patent...*, s. 295; M. Zatorski, F. Kasperek (oprac.), op. cit, s. 131.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 302-304; *ibidem*, s. 145-148.

<sup>30</sup> Wśród osób, którym nie powinno powierzać się opieki, § 192 wymienia m.in. niewiasty.

<sup>31</sup> 946. *Patent...*, s. 305; M. Zatorski, F. Kasperek (oprac.), op. cit, s. 150.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 299-300; *ibidem*, s. 137-139.

spokój lub porządek domowy<sup>33</sup>. Dyscyplinowanie miało jednak odbywać się w sposób umiarkowany i nieszkodliwy dla zdrowia. Nie przewidziano konkretnej instytucji na wypadek nadużycia uprawnień do dyscyplinowania najmłodszych. Jednak zgodnie z § 178 w przypadku szeroko określonego nadużycia władzy ojcowskiej, które wiązało się z ukrzywdzeniem dziecka w jego prawach, bądź zaniedbania obowiązków z tą władzą połączonych, do sądu o pomoc mogło zwrócić się samo dziecko, a także każdy posiadający w tej sprawie stosowne informacje, szczególnie najbliżsi krewni<sup>34</sup>. W takiej sytuacji sąd miał obowiązek zbadać zażalenie i poczynić stosowne do okoliczności rozporządzenia.

Odrębne przepisy obowiązywały w stosunku do naturalnych dzieci pozamażeńskich. Miały one również prawo do domagania się od swych rodziców żywienia, zaopatrzenia i wychowania (§ 166)<sup>35</sup>. Rodzice mieli jednak wobec nich tylko takie prawa, jakie wymagał cel wychowawczy. Dziecko naturalne nie znajdowało się pod władzą ojcowską swego rodzica, wymagało więc prawnego opiekuna. Podobnie jak w przypadku dzieci prawowitych obowiązek wyżywienia ciążył przede wszystkim na ojcu, a wychowania na matce (§ 167, § 168). Dopóki matka odpowiednio wychowywała swe naturalne dziecko i nadal chciała to czynić, ojciec nie miał prawa go jej odbierać. Miał jednak taki obowiązek, jeśli stosowane przez nią środki wychowawcze narażały dziecko na niebezpieczeństwo, a następnie miał przyjąć je do siebie lub zapewnić mu inną odpowiednią opiekę (§ 169).

W § 216 stwierdzono, że opiekun miał analogiczne do ojcowskich prawo i obowiązki do starania się o wychowanie małoletniego, jednak w ważnych sprawach i wątpliwych sytuacjach powinien zwracać się do sądu o zezwolenie na podjęcie pewnych działań<sup>36</sup>. Również i małoletni winien był opiekunowi uszanowanie i posłuszeństwo analogiczne do ojcowskiego, jednocześnie przysługiwało mu jednak prawo do złożenia zażalenia na jego postępowanie, gdyby ten nadużył swej władzy bądź zaniedbywał swe obowiązki (§ 217). Doniesienie w tej sprawie do sądu mogło złożyć samo dziecko, a także każda inna osoba mająca o niej stosowne informacje, w szczególności najbliżsi krewni. Do sądu mógł również zwrócić się opiekun, jeśli uważał, że powierzona mu władza nie wystarcza do powstrzymania małoletniego od wykroczeń. Odwołanie opiekuna mogło nastąpić przez sąd z urzędu lub na żądanie (§ 253), a klasyfikował go do tego faktyczny brak sprawowania opieki, uznanie go za niezdatnego do jej sprawowania lub zajście przeszkód z powodu których opieka nie mogłaby mu zostać powierzona (§ 254)<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 295; ibidem, s. 131.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 300; ibidem, s. 139; S. Grodziski, op. cit., s. 756.

<sup>35</sup> Ibidem, s. 298-299; ibidem, s. 136-138.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 305; ibidem, s. 148-149.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 310; ibidem, s. 160-161.

Pod rządami ABGB karcenie było dopuszczalne dla obojga rodziców, nie wystarczyło tu jednak samo niezadowolenie z zachowania dziecka, wymieniono bowiem sytuacje, w których je dopuszczono. Choć miały bardzo ogólne i raczej przykładowe brzmienie, to należy je postrzegać jako ograniczenie w interpretacyjnej samowoli rodziców, gdyż teoretycznie musieli oni wykazać podstawę do zastosowania wybranego środka dyscyplinującego. Mało konkretnym środkiem ochrony dziecka była sądowa interwencja w przypadku nadużycia władzy ojcowskiej, gdyż ukrzywdzenie dziecka w jego prawach niekoniecznie można rozumieć jako krzywdę fizyczną. Mające być w takiej okoliczności wydane „stosowne do okoliczności rozporządzenia” stanowią na tyle ogólne stwierdzenie, że w żaden sposób nie musiały gwarantować poprawy sytuacji dziecka, gdyż wprowadzały niemal dowolność w doborze możliwych do zastosowania przez sędziego środków. Dodatkowo władza ojcowska z samej nazwy nie przysługiwała przecież matce, co w zasadzie wyłączało ją tu z odpowiedzialności za cięlesne nadużycia wobec potomka.

### **Księstwo Warszawskie – ojcowskie „przytrzymanie” dziecka w zamknięciu w Kodeksie Napoleona**

Chronologicznie kolejnym aktem prawnym regulującym stosunki rodzinne na ziemiach polskich był obowiązujący od 1 maja 1808 r. na obszarze Księstwa Warszawskiego Kodeks Napoleona (*Code Napoléon*)<sup>38</sup>. Przepisy z zakresu uprawnień i obowiązków wychowawczych znalazły się w nim w Księdze I i w jej Tytule IX. Zgodnie z art. 371 cześć i uszanowanie swemu ojcu i matce powinno być okazywać dziecię w każdym wieku<sup>39</sup>. Pozostawało ono pod ich władzą aż do uzyskania pełnoletniości lub usamowlonienia (art. 372), jednak w czasie trwania małżeństwa sprawował ją wyłącznie ojciec (art. 373). Za małoletniego uważano osoby obojga płci przed skończeniem dwudziestego pierwszego roku życia (art. 388, 488)<sup>40</sup>.

W przypadku ważnych powodów do nieukontentowania z postępów swego małoletniego potomka ojciec mógł skorzystać z opisanych w artykułach następnym środkom poprawczych (art. 375)<sup>41</sup>. Dziecko do rozpoczęcia szesnastego roku życia mogło zostać przytrzymane w zamknięciu nie dłużej niż miesiąc, na żądanie ojca nakaz przytrzymania wydawał prezydent trybunału cywilnego pierwszej instancji (franc. *président du tribunal d'arrondissement*,

<sup>38</sup> J. Czubaty, *Księstwo Warszawskie (1807–1815)*, Warszawa 2011, s. 169–172; W. Sobociński, M. Senkowska-Gluck, *Księstwo Warszawskie*, [w:] *Historia państwa...*, s. 133; P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 226.

<sup>39</sup> *Code civil des Français : édition originale et seule officielle*, Paryż 1804, s. 92. Polski tekst za: *Kodex Napoleona z przypisami. Xiąg trzy*, Warszawa 1810, wyd. w Drukarni XX. Piarów, s. 100.

<sup>40</sup> *Code civil...*, s. 96, 120; *Kodex Napoleona...*, s. 104, 131.

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 93–94; *ibidem*, s. 100–101.

art. 376). Takie przytrzymanie (franc. *la détention*) sprowadzało się do okresowego pozbawienia wolności przez zamknięcie w miejscu odosobnienia i nie było tożsame z instytucjonalnym uwięzieniem w przystosowanym do tego areszcie czy zakładzie, które następowało po wyroku sądu. Instytucja ta miała swój rodowód w dawnym francuskim prawie zwyczajowym, które umożliwiała ojcu bez zgody sądu uwięzienie swego dziecka w każdym wieku (od 1673 r. tylko małoletniego)<sup>42</sup>. W Kodeksie również mogliśmy znaleźć rozgraniczenie wiekowe, gdyż potomek, który rozpoczął już swój szesnasty rok życia, również mógł być przytrzymany aż do uzyskania pełnoletniości lub usamowolnienia nie dłużej niż 6 miesięcy. W tym przypadku jednak nie mogło to stać się drogą wyłącznej decyzji ojca. Musiał on bowiem w tej sprawie zwrócić się do wspomnianego prezydenta trybunału, który po konsultacji z prokuratorem cesarskim (w tłumaczeniu polskiego wydania z 1810 r., w oryginale *le commissaire du Gouvernement*) mógł się przychylić do wniosku ojca (i jednocześnie skrócić żadaną karę) bądź go odrzucić (art. 377). Powyższa procedura nie wymagała żadnych formalności poza nakazem przytrzymania, w którym nie podawano jego powodów, a także pisemnym zobowiązaniem ojca do pokrycia wszystkich kosztów i utrzymania przytrzymanego (art. 378). W każdej chwili ojciec mógł skrócić czas zamknięcia, a w razie powtórnego występku ponownie skorzystać z tego typu kary (art. 379). W przypadku powtórnego ożenku był on z kolei zobligowany do zastosowania się do art. 377 w stosunku do swego dziecka z pierwszego małżeństwa, nawet jeśli miało poniżej szesnastu lat (art. 380).

Wdowa również mogła wnosić o przytrzymanie swego dziecka, ale tylko wspólnie z dwoma najbliższymi krewnymi męża (art. 381)<sup>43</sup>. Jeśli dziecko posiadało osobisty majątek lub sprawowało urząd można było ograniczyć jego wolność tylko drogą wniosku z art. 377, nawet jeśli miało poniżej szesnastu lat (art. 382). Taki uwięziony małoletni mógł zwrócić się do prokuratora cesarskiego, który po zebraniu dowodów i rozpatrzeniu sprawy mógł zmienić nakaz wydany przez prezydenta trybunału pierwszej instancji. Możliwość zamknięcia rozszerzono także na prawnie uznane dzieci naturalne, podmiotem uprawnionym był tu zarówno ojciec, jak i matka (art. 383).

W czasie trwania związku małżeńskiego ojciec był rządcą dóbr osobistych swych małoletnich dzieci (art. 389)<sup>44</sup>. Po śmierci naturalnej lub cywilnej jednego z małżonków piecza nad dzieckiem przypadała drugiemu z nich (art. 391), wcześniej ojciec mógł jednak aktem ostatniej woli lub oświadczeniem przed

42 K. Sójka-Zielińska, *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008, s. 93. K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 205. W praktyce w Księstwie Warszawskim miały się jednak utrzymywać tradycyjne środki karcenia domowego. Zob. W. Sobociński, M. Senkowska-Gluck, op. cit., s. 138.

43 *Code civil...*, s. 94-95; *Kodex Napoleona...*, s. 102.

44 *Ibidem*, s. 96-97; *ibidem*, s. 104-105.

sędzią lub notariuszem wyznaczyć pozostałej przy życiu matce lub opiekunce radę specjalną, wbrew której nie mogłaby ona wykonywać żadnych czynności związanej z opieką (art. 391-392).

Opiekun miał obowiązek opieki nad osobą małoletniego (art. 450)<sup>45</sup>. W sytuacji, gdy miał wielkie powody do nieukontentowania z postępowania swego podopiecznego, mógł złożyć zażalenie do rady rodzinnej (art. 468)<sup>46</sup>. Jeśli otrzymał od niej takie upoważnienie, mógł wymagać zamknięcia małoletniego na zasadach przytrzymania z przepisów o władzy ojcowskiej.

Powyższe przepisy trudno w zasadzie rozpatrywać w kategoriach karcenia, które z założenia sprowadza się do jednostkowych czynów dyscyplinujących, mających na celu odwiedzenie dziecka od prezentowanego postępowania i doprowadzenie go na pożądaną postawę. Takie nieokreślone w sposobie, warunkach i miejscu wykonania pozbawienie czy chociaż ograniczenie wolności nie miało charakteru wychowawczego, a zbliżone było do kary penitencjarnej rodem z prawa karnego. Dodatkowo w przypadku młodszego dziecka ojciec nie był tu niczym ograniczony, gdyż do zastosowania przytrzymania wystarczyło niezadowolenie ojca. Rola sędziego sprowadzała się do prawnego potwierdzenia ojcowskiego żądania zamknięcia potomka, dopiero w przypadku starszego małoletniego sąd uczestniczył w podejmowaniu decyzji. Matka została tu niemal wyłączona, gdyż mogła skorzystać z tego uprawnienia wyłącznie jako wdowa lub w stosunku do dziecka naturalnego. Kodeks Napoleona nie zawierał żadnych przepisów wprost odnoszących się do stosowania wobec dzieci kar cielesnych, co jednak ważniejsze, nie zawierał też żadnych środków ograniczających bądź mogących stanowić przed nimi ochronę.

### **Królestwo Polskie – karcenie przez „nieukontentowanych rodziców” w Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego**

W obowiązującym na terenie Królestwa Kongresowego Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego (KCKP) z 1825 r. przepisy wyznaczające ramy podstawowego wychowania rodzinnego znalazły się w Tytule IX. Art. 336 stwierdzał, że dziecko pozostawało pod władzą rodziców aż do osiągnięcia pełnoletniości lub usamowolnienia i powinno okazywać im cześć i uszanowanie w każdym wieku<sup>47</sup>. Należy przy tym zaznaczyć, że za małoletniego uważano każdą osobę, która nie ukończyła dwudziestu jeden lat (art. 345)<sup>48</sup>, a usamowolnienie małoletniego następowało z mocy prawa przez zawarcie przez niego małżeństwa

<sup>45</sup> Ibidem, s. 110; ibidem, s. 119.

<sup>46</sup> Ibidem, s. 115; ibidem, s. 125.

<sup>47</sup> Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego (Dz.Pr.K.P., t.10, nr 41), s. 179; J. Walewski (oprac.), *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego (Prawo z r. 1825). Objąsniiony motywami do prawa i jurspreudencyą*, Warszawa 1872, s. 134.

<sup>48</sup> Dz.Pr.K.P., t. 10, nr 41, s. 185-186; J. Walewski, op. cit., s. 137.



(art. 467) lub przez oświadczenie ojca lub sprawującej samodzielnie władzę rodzicielską matki w stosunku do małoletniego, który ukończył lat piętnaście (art. 468)<sup>49</sup>. Po prawnym uniezależnieniu się potomka od rodziców był to jedynie kierunek wychowawczy wskazany przez ustawodawcę, gdyż z racji niedojrzałości małoletnich oraz osobliwości i różnorodności stosunków na linii rodzice-dziecko nie podlegał prawnej weryfikacji i egzekucji. Jednak przed takowym uniezależnieniem się przepis ten mógł stanowić podstawę do wymagania przez rodzica pewnych postaw i zachowań, a w dalszej kolejności stanowić podstawę do ich korekty w odpowiednio dobrany i zgodny z prawem sposób. Art. 337 wprawdzie nadawał pełnię władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom pozostającym w pożyciu małżeńskim, jednak jednocześnie nadawał prym uprawnieniom ojca<sup>50</sup>. Stwierdzał bowiem, że w razie różnicy zdań między rodzicami zdanie i wola ojca miały przeważać.

Kluczowy w temacie dyscyplinowania najmłodszych okazał się art. 339, który rodzicom „nieukontentowanym postępками swych dzieci” wprost umożliwiał karcenie<sup>51</sup>. Podjęte w tym celu działania miały być jednak niezagrażające zdrowiu dziecka i „postępowi w naukach nieszkodliwe”<sup>52</sup>. W przypadku nadużywania swej władzy w tym aspekcie w sposób szkodliwy dla zdrowia dziecka mieli zostać upomniani przez zamkniętych drzwiach przed sąd ziemski (trybunał cywilny) i naprowadzeni na łagodniejsze obchodzenie się ze swą pociechą. W przypadku ponownego przekroczenia uprawnień władza rodzicielska miała być sprawcy odebrana, co miało nastąpić także przy pierwszej takiej sytuacji w wypadku obciążających okoliczności i grożącego dziecku niebezpieczeństwa. Wtedy też opieka nad dzieckiem lub dziećmi miała być przekazana komu innemu na koszt wykraczającego ojca lub matki.

Do zgłoszenia prokuratorowi królewskiemu przy właściwym sądzie ziemskim o nadużyciach rodziców uprawniono bliższych krewnych (art. 340)<sup>53</sup>. Nie określono tu dokładnego stopnia pokrewieństwa, kwestię tę pozostawiono więc do bieżącej interpretacji sądowej. Każde takie doniesienie miało zostać zbadane przez prokuratora, dowody przeanalizowane, a następnie sprawa miała być jak najszybciej przedstawiona sądowi celem wysłuchania tłumaczenia oskarżonego

49 Dz.Pr.K.P., t. 10, nr 41, s. 257; J. Walewski, op. cit., s. 195-196. W przypadku braku sprawujących władzę rodzicielską rodziców małoletni mógł być usamowolniony po skończeniu osiemnastu lat po uznaniu, jeśli właściwa rada familijna uzna taką okoliczność za uzasadnioną (art. 469). Rozwiązania analogiczne przyjęto również w stosunku do dzieci z nieprawego łoża (art. 483, art. 488).

50 Dz.Pr.K.P., t. 10, nr 41, s. 180; J. Walewski, op. cit., s. 134.

51 Ibidem; J. Walewski, op. cit., s. 135.

52 Twórcy KCKP mieli uznać „środki poprawy” z Kodeksu Napoleona (ojcowskie „przytrzymanie”) niedozwalające na karcenie dzieci za „zbyt liberalne, szkodliwe dla porządku ogólnego i autorytetu rodzicielskiego”. Zob. Z. Stankiewicz, *Królestwo Polskie 1815–1863*, [w:] *Historia państwa...*, s. 506; P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 239.

53 Dz.Pr.K.P., t. 10, nr 41, s. 181-182; Ibidem.

ojca lub matki bądź odrzucenia doniesienia. Jeśli sąd uznał taką potrzebę miał wezwać oskarżonego do złożenia wyjaśnień i je wysłuchać, a następnie podjąć decyzję albo o odrzuceniu doniesienia, albo o napomnieniu danego rodzica, albo o przesłaniu akt prokuratorowi dla wezwania oskarżonego i ewentualnego przypozwania zgłaszającego krewnego i wprowadzeniu sprawy o pozbawienie władzy rodzicielskiej. Sąd miał wydać wyrok z prawem apelacji dla prokuratora i oskarżonego, a wykonania wyroku miał dopilnować prokurator. Cała powyższa procedura miała się odbywać za zamkniętymi drzwiami.

W art. 423 rozciągnięto prawo karności z art. 339 na sprawującego opiekę na dzieckiem opiekuna, z tym jednak ograniczeniem, że o ile opiekun nie był wstępnym, a chciał zastosować surowsze środki dyscyplinujące, miał wpieryw przedstawić sprawę radzie familijnej<sup>54</sup>. Ta ostatnia władna była do ustalenia odpowiednich środków skarcenia niepokornego podopiecznego.

W KCKP do karcenia swych dzieci uprawniono oboje rodziców, do którego zastosowania wystarczyło niezadowolenie któregoś z nich, wprowadzono tu jednak także dwa ograniczenia w dobrze środków mu służących. Pierwsze obostrzenie miało na celu fizyczną ochronę dziecka i jego cielesności, drugie natomiast odwoływało się do zasad i wzorców pozakodeksowych, a związanych przede wszystkim z medycyną, psychologią i nauką o wychowaniu. Mogło przejawiać także troskę nie tylko o fizyczne zdrowie dziecka, ale również psychiczne. Ustawodawca dopuszczał tu zmiany w powszechnym odbiorze pewnych sposobów czy ostrości dyscyplinowania oraz zaleceń pedagogów bądź innych środowisk naukowych. Było to jednak tak niedookreślone stwierdzenie, że mogło podlegać szerokiej interpretacji w obie strony, tj. zarówno w kierunku postępowym postulującym ograniczenie pewnych karcących zachowań, jak i konserwatywnym, trwającym przy długowiecznych regułach „twardej ręki”. Na tym przepis się nie kończył, ustawodawca uznał za stosowne wprowadzenie zabezpieczenia przed nadużywaniem uprawnienia dyscyplinowania ze strony rodziców, które mogło skończyć się na upomnieniu i moralizującym wykładzie, ale w poważniejszych przypadkach mogło zakończyć się utratą władzy rodzicielskiej.

### **Zabór rosyjski – domowe środki karcenia dla „krunąbrnych i nieposłusznych dzieci” w Zwodzie Praw Imperium Rosyjskiego**

Na terenach wcielonych do Cesarstwa Rosyjskiego stosunki rodzinne regulował tom X Zводу Praw Imperium Rosyjskiego (*Свод законов Российской империи*), który wszedł w życie 1 stycznia 1835 r. Na terenach byłej Rzeczypo-

54 Dz.Pr.K.P., t. 10, nr 41, s. 229; J. Walewski, op. cit., s. 169.



spolitej obowiązywał od września 1840 r<sup>55</sup>. O sprawach rodzinnych traktowała jego Księga Pierwsza, a o władzy rodzicielskiej jej Rozdział II.

W art. 164 przyznawano obojgu rodzicom władzę rodzicielską nad dziećmi obojga płci i „wszelkiego wieku”<sup>56</sup>. Nie dość, że nie określono tu granicy wieku potomka, do którego władza taka miałaby się utrzymywać, to wprost stwierdzono, że się jej nie wyznacza<sup>57</sup>. Takie rozwiązanie było podyktowane rosyjską tradycją prawną, która przekazywała ojcu nieograniczoną władzę nad potomstwem<sup>58</sup>. Nie dokonano rozdziału między władzą rodzicielską matki i ojca, co należy uznać za duży krok ku rodzicielskiemu uprawnieniu. Jednak w przypadku braku wspólnego zamieszkania rodziców przepis ten interpretowano w orzecznictwie na korzyść ojca<sup>59</sup>. Władza osobista rodziców ustawała wraz ze śmiercią każdego z nich bądź wraz z pozbawieniem ich praw stanu, o ile dzieci nie udawały się z rodzicami na miejsce zesłania (art. 178)<sup>60</sup>. Ulegała natomiast ograniczeniu przy oddawaniu dzieci do szkół publicznych (gdzie przełożeni wykonywali prawa rodziców), przy ich oddawaniu do służby (gdym wraz z nowymi obowiązkami ich zależność od rodziców nie mogła pozostać na dotychczasowym poziomie), a także przy wydawaniu córek za mąż (art. 179).

Rodzice mieli obowiązek zapewnić swym niepełnoletnim dzieciom utrzymanie, odzienie oraz odpowiednie do ich stanu, dobre i uczciwe wychowanie (art. 172)<sup>61</sup>. Powinni także wielką uwagę zwracać na ich wykształcenie moralne

55 Na terenach guberni kijowskiej, podolskiej, wołyńskiej, mińskiej i wileńskiej oraz w obwodzie białostockim ukazem z 25 czerwca 1840 r. zniesiono statut litewski oraz dopełniające go konstytucje sejmowe i wprowadzono na nich ustawodawstwo rosyjskie. S. Godek, *Polityka czy prawo, czyli o okolicznościach zniesienia III Statutu litewskiego w Cesarstwie Rosyjskim*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2013, t. 16, s. 222; Z. Stankiewicz, *Sytuacja prawna Polaków na Litwie, Białorusi i Ukrainie w latach 1772–1863*, [w:] *Historia państwa...*, s. 838; P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 228.

56 *Свод законов Российской империи. Том десятый. Часть I. Законы гражданские*, Санкт-Петербург 1857, s. 33. Polski tekst za: Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), *Prawo cywilne Ziemi Wschodnich*, t X, cz. I: *Zwodu Praw Rosyjskich. Tekst podług wydania urzędowego z roku 1914, z uwzględnieniem zmian, wprowadzonych przez ustawodawcę polskiego, oraz ustawy związkowe, tudzież judykatura Sądu Najwyższego i b. Senatu Rosyjskiego. Tom Pierwszy*, Warszawa 1932, s. 58.

57 Znalazła się ona w polskim projekcie nowelizacji rosyjskiego ustawodawstwa rosyjskiego z 1928 r. opracowanym przez powołaną przez ministra sprawiedliwości Komisję Specjalną przy Radzie Prawniczej. Zakładał on bowiem, że dzieci miałyby pozostawać pod władzą swych rodziców do czasu uzyskania pełnoletniości. Projekt nigdy nie wszedł jednak w życie, a dalsze prace koncentrowały się na ujednoczeniu prawa cywilnego na terenie całego kraju. Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. VII–VIII, 59.

58 P. Fiedorczyk, *Prawo rodzinne ziem wschodnich II Rzeczypospolitej*, [w:] *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – Idee – Prawo*, red. A. Lityński, P. Fiedorczyk, Białystok 2003, s. 516.

59 Z racji, że ojciec był głową rodziny, do której należała również matka, w przypadku ich rozdzielonego życia przewaga co do prawa do wychowania dziecka powinna była zostać przyznana ojcu. Sąd mógł jednak uznać specjalne okoliczności przemawiające za przyznaniem tych praw matce (Wyrok Cywilnego Kasacyjnego Departamentu Senatu Rządzącego 18/90). Ibidem.

60 *Свод законов...*, s. 36; Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 62.

61 Ibidem, s. 35–36; ibidem, s. 61–62.

oraz wyrobienie ich charakterów (art. 173). Do wyboru rodziców pozostawiono czy miało się to odbywać w warunkach domowych czy w placówkach oświatowych rządowych bądź prywatnych. Z kolei do powinności dzieci należało okazywanie rodzicom szczerego i serdecznego poważania, posłuszeństwa, uległości, a nawet miłości (art. 177). Miały także oddawać im rzeczywiste posługi, mówić o nich z uszanowaniem, natomiast napominania i karcenia znosić cierpliwie, „bez szemrania”.

O możliwości dyscyplinowania potomków stanowił art. 165, który stwierdzał, że rodzice mieli prawo w stosunku do swych krnąbrnych i nieposłusznych dzieci stosować służące poprawie ich zachowania domowe środki karcenia<sup>62</sup>. W przypadku ich niepowodzenia mogli przeciwko niepokornym dzieciom wnosić skargi do sądu, a te w wieku od dziesięciu do siedemnastu lat oddawać nawet do zakładu wychowawczo-poprawczego w porozumieniu z przełożonym tej placówki.

Prawdziwie drakońskie w stosunkach rodzinnych rozwiązanie przewidziano dla osób uporczywie nieszanujących władzy rodzicielskiej, prowadzących rozwiązłe życie i dopuszczających się innych jawnych występków, a niepiastujących urzędów państwowych (z założenia obejmowało to więc raczej pełnoletnich). Rodzice mogli bowiem takiego niepokornego potomka „oddać do więzienia”. Przepis ten precyzował art. 1592 Kodeksu Kar Głównych i Poprawczych z 1845 r. Za uparte nieposłuszeństwo wbrew władzy rodzicielskiej niepokorny potomek mógł zostać umieszczony, bez specjalnego zbadania sprawy przez sąd, w *smiritielnym domie* (смирительный дом) na okres od dwóch do czterech miesięcy<sup>63</sup>. Była to ustanowiona w 1721 r. przez Piotra Wielkiego (choć szerzej tego typu instytucje zaczęły pojawiać się dopiero w 1845 r.) charakterystyczna forma korekcyjnego zakładu karnego<sup>64</sup>. W istocie był on obozem pracy, w którym internowano osoby przejawiające różnego typu zachowania aspołeczne. Z czasem coraz bardziej traciły swój resocjalizacyjny charakter i stały się koloniami pracy przymusowej. W 1884 r. zostały zlikwidowane i przekształcone w więzienia. Od tego czasu taka forma dyscyplinowania niepokornych potomków pozostawała martwym przepisem, formalnie została zlikwidowana wraz z wejściem w życie Kodeksu Karnego z 1903 r.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 60.

<sup>63</sup> Уложение о наказаниях уголовных и исправительных, с приведением статей других томов Свода законов, на которые сделаны ссылки и указания в этом уложении (изд. 1866 г.), Москва 1867, s. 523.

<sup>64</sup> А. Н. Горявин, Т. В. Емельянова, В. В. Морозан, А. С. Солоусов, *История государственного управления*, Москва 2018, s. 493.

<sup>65</sup> Tam z kolei zgodnie z art. 419 winny uporczywego nieposłuszeństwa wobec sprawującego władzę rodzicielską albo grubiańskiego obchodzenia się z matką lub ojcem prawnym zagrożony był karą aresztu. Zob. *Новое уголовное уложение, Высочайше утвержденное 22 марта 1903 г.*, Санкт-Петербург 1903, s. 136. Polski tekst za: *Kodeks karny z r. 1903: (przekład z rosyjskiego) z uwzględnieniem zmian i uzupełnień obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 1 maja 1921 r.*, Warszawa 1922, s. 139-140.

Nowela z 3 czerwca 1902 r. wprowadziła obowiązki i uprawnienia w stosunku do dzieci z małżeństw nieważnych i dzieci nieślubnych. Władza rodzicielska w przypadku dziecka z małżeństwa nieważnego należała do tego z rodziców, przy którym pozostawało dziecko (art. 131<sup>3</sup>)<sup>66</sup>. Drugi z rodziców miał prawo dziecko widywać, a w braku porozumienia rodziców zasady takich spotkań miał określać miejscowy sąd pokoju, sędzia miejski lub naczelnik miejski (art. 131<sup>4</sup>). Po śmierci rodzica sprawującego władzę rodzicielską, utracie przez niego tej władzy bądź wystąpieniu okoliczności uniemożliwiających jej sprawowanie, władza ta przechodzić miała na drugiego z rodziców, o ile sąd nie uznał za niezbędne dla dobra dziecka wyznaczenie mu opiekuna (art. 131<sup>6</sup>). Ustawą z 12 marca 1912 r. powyższe przepisy rozszerzono również na dzieci ślubne, których rodzice żyli rozdzielnie (art. 164<sup>1</sup>)<sup>67</sup>. Jeśli jednak oddzielne pożycie wynikło z winy jednego z małżonków, małżonek bez winy miał prawo domagać się pozostania przy nim wszystkich dzieci. Przy braku porozumienia sprawę miał rozstrzygać sąd, który dla dobra dzieci mógł zabronić małżonkowi widywania dzieci pozostających u drugiego małżonka.

W przypadku dziecka nieślubnego matka ponosiła wobec niego obowiązki oraz miała wobec niego uprawnienia wynikające z władzy rodzicielskiej (art. 132<sup>1</sup>)<sup>68</sup>. Obowiązki i uprawnienia ojca koncentrowały się na sprawach utrzymania dziecka, miał on jednak prawo nadzoru nad utrzymaniem i wychowaniem dziecka (art. 132<sup>10</sup>), a także pierwszeństwo sprawowania nad nim opieki w przypadku potrzeby wyznaczenia opiekuna (art. 132<sup>11</sup>).

W art. 212 przewidziano instytucję opieki nad niepełnoletnimi<sup>69</sup>. Niepełnoletniość podzielono na trzy okresy: od urodzenia do lat czternastu, od lat czternastu do lat siedemnastu oraz od lat siedemnastu do lat dwudziestu jeden (art. 213)<sup>70</sup>. Pieczę nad osobą i majątkiem małoletniego sprawował opiekun (art. 225)<sup>71</sup>. Rodzice mieli prawo wyznaczyć opiekunów w testamencie (art. 227), a jeżeli nie wyłoniono w nim innych osób, to opieka przechodziła na pozostałego przy życiu ojca lub matkę, o ile nie zachodziły przeszkody do jej objęcia (art. 229). W innych przypadkach mianowanie opiekuna należało do władzy rządowej (art. 231). Nadzór nad sprawami sierot sprawowały opieka szlachecka i sąd sieroczy<sup>72</sup>,

<sup>66</sup> Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 43.

<sup>67</sup> Ibidem, s. 59-60.

<sup>68</sup> Ibidem, s. 45-47.

<sup>69</sup> *Свод законов...*, s. 40-42; Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 68.

<sup>70</sup> Osoby z dwóch pierwszych przedziałów ustawy nazywały najczęściej małoletnimi, natomiast te z przedziału trzeciego niepełnoletnimi, jednak zastrzeżono, że takie rozróżnianie nie zawsze było przestrzegane.

<sup>71</sup> *Свод законов...*, s. 42-43; Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 74-75.

<sup>72</sup> W II Rzeczypospolitej na terenach ziem wschodnich sprawy dotyczące opieki należące na mocy prawa rosyjskiego do kompetencji opieki szlacheckiej i sądu sierocego przekazano do właściwości sędziów pokoju, a należące do kompetencji Senatu Rządzącego do właściwego sądu okręgowego. Zob. Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 75-77.

w konkretnych przypadkach przystępowały one do działań wskutek zawiadomienia o takiej konieczności władzy miejscowej, urzędów, bliskich krewnych lub powinowatych bądź zaświadczenia dwóch obcych osób i księdza parafialnego (art. 250)<sup>73</sup>. Na skutek tych zawiadomień miały obowiązek mianowania opiekuna nad osobą małoletniego (art. 251). Na mocy ustawy z 1902 r. oddzielnie potraktowano małoletnich włościan, nad którymi pieczę sprawować miały gromady wiejskie, a w niektórych przypadkach zgromadzenia gminne lub sądy sieroce<sup>74</sup>. Organy te miały mianować opiekunów i kontrolować ich działalność.

Do obowiązków opiekuna należała piecza na osobą małoletniego i zarząd nad jego majątkiem (art. 262)<sup>75</sup>. W tej pierwszej kwestii miał on troszczyć się o osobę i zdrowie małoletniego, dbać o jego wychowanie w „bojaźni Bożej” i wierze, w której się urodził oraz utrzymywać go w moralności i z dala od złych przykładów (art. 263). W tym celu opiekun miał go „umieścić u osób cnotliwych” albo wyszukać mu kwalifikowanych nauczycieli, o ile nie oddano go do szkoły publicznej. Miał go przygotować do życia odpowiedniego dla jego stanu, w każdym razie pracowitego, umiarkowanego i spokojnego. Art. 286 przewidywał możliwość zwracania się opiekuna w sprawach ważnych lub wątpliwych po wskazówce do opieki szlacheckiej lub sądu sierocego, któremu podlegał, a także obowiązek składania w styczniu każdego roku sprawozdania ze sprawowania opieki (a po jej zakończeniu sprawozdania ogólnego)<sup>76</sup>. Choć odnosiło się to przede wszystkim do spraw majątkowych, to wśród referowanych kwestii wprost wymieniono informacje o utrzymaniu i wychowaniu małoletniego, tak więc zapewne i wspomniane wskazówki mogły ich dotyczyć. Przy rozpatrywaniu takich sprawozdań opieki szlacheckie i sądy sieroce miały zwracać uwagę, aby małoletni otrzymywał przyzwoite utrzymanie i wychowanie oraz aby z opieki płynęła dla jego osoby „istotna korzyść” (art. 287).

W przepisach o opiece nie zawarto żadnych uprawnień opiekuna co do karcenia jego podopiecznego ani obowiązków podopiecznego co do posłuszeństwa wobec jego opiekuna. Nie odesłano również do analogicznych uregulowań dotyczących władzy rodzicielskiej<sup>77</sup>. W tymże aspekcie pozycja opiekuna wobec podopiecznego była więc słabsza niż władza rodzicielska ojca lub matki w stosunku do swego dziecka.

<sup>73</sup> *Свод законов...*, s. 46; Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 100.

<sup>74</sup> W II Rzeczypospolitej przepisy te uchylono w 1927 r. Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 98.

<sup>75</sup> *Свод законов...*, s. 48-49. Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 104.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 53-54; *ibidem*, s. 112-113.

<sup>77</sup> Jednak w II Rzeczypospolitej na obszarze ziem wschodnich rozciągnięto moc obowiązującą Kodeksu Cywilnego Królestwa Polskiego z zakresu przepisów o radach familijnych. Wśród nich znalazł się art. 423, który przyznawał opiekunom możliwość karcenia podopiecznych analogiczną do uprawnień rodzicielskiego z art. 339 (z zastrzeżeniem konsultacji z radą familijną). Zob. Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 75-77.

W art. 165 w żaden sposób nie określono doboru środków karcenia ani nie wyznaczono ich granic<sup>78</sup>. Dodatkowo w artykule następnym odebrano dzieciom możliwość składania skarg o zniewagi i obrazy osobiste przeciwko rodzicom, zarówno w trybie cywilnym, jak i karnym. Nie dotyczyło to jednak sytuacji związanych z popełnieniem przez rodziców czynów zabronionych przewidzianych w ustawach karnych, wówczas władze miejscowe miały obowiązek zapewnić uciśnionym odpowiednią opiekę, a sąd zbadać sprawę zgodnie z przepisami karnymi<sup>79</sup>. Pewnym zabezpieczeniem przed wymuszaniem niewolniczego posłuszeństwa dziecka był art. 169, który stanowił, że rodzice nie mogli przymuszać dzieci do popełniania lub uczestnictwa w czynach sprzecznych z prawem<sup>80</sup>. W większej mierze miał on jednak charakter porządkowy niż wzmacniający ochronę dziecka. Z kolei w art. 170 podkreślono, że rodzice nie mieli prawa do rozporządzania życiem swych dzieci i za ich zabójstwo podlegali sądowi karnemu. W kontraście z innymi przepisami Zводу Praw i reszty ustawodawstwa rosyjskiego, które, jak się wydaje, wystarczająco chroniły już życie ludzkie, stanowił on swego rodzaju groteskę. Z drugiej strony, w połączeniu z brakiem innych ograniczeń chroniących dzieci przed nadużyciami rodziców, budzić on może szeroki niepokój, że ustawodawca jednak zdecydował się na zamieszczenie takiego niby oczywistego zakazu, co może świadczyć o powszechnych zagrożeniach płynących z ówczesnych relacji rodzic–dziecko.

### Zabór pruski – ojcowskie prawo karcenia dziecka „w sposób odpowiedni” w BGB

Od 1 stycznia 1900 r. na terenie zaboru pruskiego obowiązywał ogólnoniemiecki Kodeks Cywilny (*Bürgerliches Gesetzbuch*), który zastąpił przepisy *Landrechtu* pruskiego. Podstawowy obowiązek rodzicielski regulował jego § 1601, w którym ustanowiono, że krewni w linii prostej co do zasady obowiązani byli dostarczać sobie utrzymanie, w szczególności do żądania utrzymania uprawnione było małoletnie dziecko, chociażby miało własny majątek (§ 1602)<sup>81</sup>. Jeśli rodzice nie byli w stanie zaspokajać podstawowych potrzeb dziecka bez uszczerbku dla swojego dobrostanu, zobowiązani byli do równomiernego wykorzystywania wszystkich rozporządzalnych środków na utrzymanie swoje i swoich dzieci (§ 1603).

<sup>78</sup> Czynił to dopiero projekt polskiej komisji powołanej do rewizji tomu X części I Zводу Praw z 1928 r., który miał ustanawiać, że rodzice mieliby mieć prawo swe nieposłuszne i krnąbrne dzieci karcić, ale tylko te niepełnoletnie i tylko w sposób dla ich zdrowia nieszkodliwy. Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 60.

<sup>79</sup> *Свод законов...*, s. 33; Z. Rymowicz, W. Świącicki (oprac.), op. cit., s. 60.

<sup>80</sup> Ibidem, s. 35; ibidem, s. 61.

<sup>81</sup> (Nr. 2321.) *Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896.*, „Reichsgesetzblatt” 1896, Nr. 21, s. 469–470. Polski tekst za: Z. Lisowski (oprac.), *Kodeks cywilny obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej*, Poznań 1933, s. 720–721.

Podstawę do oczekiwania od dziecka określonej postawy wyznaczał § 1617<sup>82</sup>. Dopóki należało ono do ogniska domowego i było wychowywane bądź utrzymywane przez rodziców, dopóty było ono zobowiązane aktywnie uczestniczyć w prowadzeniu gospodarstwa domowego i rodzinnego przedsiębiorstwa, stosownie do jego sił i stanowiska społecznego. Co ważne, o okoliczności przynależenia do wspomnianego ogniska nie decydowało bezwzględnie wspólne zamieszkanie, ani nawet czy dziecko było małoletnie czy pełnoletnie. Dziecko pozostawało jednak pod władzą rodzicielską tylko do czasu uzyskania pełnoletniości (§ 1626)<sup>83</sup>. Na jej mocy ojciec uzyskiwał prawo i obowiązek pieczy nad osobą i majątkiem dziecka (§ 1627), w jej ramach mieściło się prawo i obowiązek wychowywania dziecka, dozorowania go i oznaczania miejsca jego pobytu (§ 1631). Władza rodzicielska matki była wyłącznie zastępcza, przysługiwała jej w przypadku śmierci ojca lub uznania go za zmarłego bądź jeżeli ojciec utracił władzę rodzicielską, a małżeństwo zostało rozwiązane (jeśli nie było rozwiązane dla dziecka ustanawiany był opiekun, którym jednak mogła być także matka, § 1684)<sup>84</sup>.

Do środków wychowawczych zaliczono prawo ojca do karcenia dziecka „w sposób odpowiedni”. Na wniosek ojca z pomocą w tej sprawie miał mu przyjść sąd opiekuńczy. Na mocy § 1634 prawo i obowiązek pieczy nad osobą dziecka miała obok ojca także matka, jednak w razie różnicy zdań przeważać miało zdanie ojca<sup>85</sup>. Po rozwodzie pieczę na dzieckiem sprawował małżonek, który nie został uznany wyłącznie winnym rozpadu małżeństwa, a jeżeli oboje uznano winnymi, piecza nad synem poniżej sześciu lat lub córką przysługiwała matce, a nad starszym synem ojcu (§ 1635). Sąd opiekuńczy dla dobra dziecka mógł jednak rozrzucić inaczej.

W przypadku przeszkód w wykonywaniu władzy rodzicielskiej przez ojca sąd opiekuńczy winien był, o ile władzy rodzicielskiej nie wykonywała matka, zarządzić środki ku ochronie dziecka, np. ustanowić kuratora i oddać je pod odpowiednią opiekę (§ 1665)<sup>86</sup>. Kluczowy dla ochrony dziecka okazał się § 1666. W przypadku nadużycia pieczy przez ojca, zaniedbywania dziecka lub jego „niecnego lub niemoralnego” prowadzenia się, które narażało duchowe lub cielesne dobro dziecka na niebezpieczeństwo, sąd opiekuńczy miał zarządzić środki dla odwrócenia takiego stanu. Nie było wymagane, aby dziecko już poniosło szkodę na gruncie moralnym lub fizycznym na skutek zachowania ojca, ale musiało istnieć realne ku temu niebezpieczeństwo. W takiej sytuacji sąd mógł w ostateczności zarządzić oddanie dziecka odpowiedniej rodzinie celem

<sup>82</sup> (Nr. 2321.) *Bürgerliches...*, s. 472; Z. Lisowski (oprac.), op. cit., s. 727-728.

<sup>83</sup> *Ibidem*, s. 474; *ibidem*, s. 731-733.

<sup>84</sup> *Ibidem*, s. 483; *ibidem*, s. 752.

<sup>85</sup> *Ibidem*, s. 475; *ibidem*, s. 734.

<sup>86</sup> *Ibidem*, s. 480; *ibidem*, s. 744-745.



wychowania bądź umieszczenia go w zakładzie wychowawczym lub poprawczym. Jednak przed rozstrzygnięciami tego typu sąd powinien wpierv wysłuchać ojca, a także krewnych, w szczególności matkę albo powinowatych dziecka (§ 1673)<sup>87</sup>. Obowiązek zawiadomienia o przekroczeniu ojcowskich uprawnień miała gminna rada sieroca (§ 1675). Tego typu wydatne zwiększenie kontroli publicznej nad wykonywaniem uprawnień rodzicielskich należy uznać za istotne novum w stosunku do przepisów uprzednich<sup>88</sup>.

Władza ojcowska ulegała zawieszeniu w przypadku utraty lub pewnego ograniczenia jego zdolności do czynności prawnych, a także po stwierdzeniu przez sąd opiekuńczy faktycznej przeszkody w wykonywaniu przez niego władzy rodzicielskiej (§ 1676, § 1677)<sup>89</sup>. W czasie takiego zawieszenia ojciec nie miał prawa wykonywać obowiązków i korzystać z uprawnień z niej wynikających, a władzę rodzicielską wykonywała matka (§ 1678, § 1685). Władza rodzicielska matki ulegała zawieszeniu z tych samych przyczyn, jednak w przypadku takiego zawieszenia miała ona wciąż prawo i obowiązek pieczy nad osobą dziecka, której granice wyznaczał opiekun (§ 1696)<sup>90</sup>. Władza rodzicielska gasła wraz z chwilą uznania ojca za zmarłego, a także wraz z popełnioną na dziecku zbrodnią lub rozmyślnie popełnionym na nim występkiem, z powodu którego ojciec został skazany na karę ciężkiego więzienia lub więzienia co najmniej sześciomiesięcznego (§ 1679, § 1680). Władza rodzicielska matki gasła również wraz z zawarciem przez nią nowego małżeństwa, jednak z pozostawieniem prawa i obowiązku pieczy z nadzorem opiekuna (§ 1697).

Co do zasady obowiązki i uprawnienia władzy rodzicielskiej matki były analogiczne do tych ojcowskich (§ 1686), z tym, że sąd opiekuńczy mógł jej przydzielić doradcę na jej wniosek, na skutek takiego rozrządzenia dokonanego przez posiadającego władzę rodzicielską ojca, a także w przypadku uznania przez sąd okoliczności uzasadniających potrzebę takiej pomocy (§ 1687)<sup>91</sup>. W szczególności zaliczano do nich nadużywanie pieczy lub zaniedbywanie dziecka.

Dziecko nieślubne miało w stosunku do matki i jej rodziny status prawny dziecka ślubnego (§ 1705), jednak władza rodzicielska matce nad nim nie przysługiwała. Miała tu oczywiście obowiązek i prawo pieczy ograniczone nadzorem opiekuna (§ 1707)<sup>92</sup>. Ojciec natomiast zobowiązany był do utrzymywania nieślubnego potomka do ukończenia przez niego szesnastego roku życia (§ 1708).

<sup>87</sup> Ibidem, s. 481; ibidem, s. 749.

<sup>88</sup> K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje...*, s. 330.

<sup>89</sup> (Nr. 2321.) *Bürgerliches...*, s. 482-483. Z. Lisowski (oprac.), op. cit., s. 749-752.

<sup>90</sup> Ibidem, s. 485; ibidem, s. 756.

<sup>91</sup> Ibidem, s. 483; ibidem, s. 753.

<sup>92</sup> Ibidem, s. 486-487; ibidem, s. 759-761.

Jeśli małoletni nie pozostawał pod władzą rodzicielską sąd opiekuńczy wienien był z urzędu przydzielić mu opiekuna (§ 1773, § 1774)<sup>93</sup>. Opiekun miał prawo i obowiązek pieczy nad przydzielonym mu pupilem (§ 1793)<sup>94</sup>, które były w swej treści analogiczne do praw i obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej (§ 1800)<sup>95</sup>. Znalazło się więc wśród nich także i prawo do karcenia dziecka „w sposób odpowiedni”. Nad opieką opiekuna sprawował nadzór sąd opiekuńczy i w razie stwierdzonych uchybień mógł wprowadzać określone nakazy i zakazy oraz nakładać na niego kary porządkowe (§ 1837)<sup>96</sup>. Mógł także żądać wyjaśnień co do sprawowanej opieki i stosunków osobistych pupila lub umieścić go w odpowiedniej rodzinie bądź w zakładzie wychowawczym lub poprawczym (§ 1837, § 1839). W razie sprawowania opieki w sposób sprzeczny z obowiązkami lub z zagrożeniem interesów pupila sąd opiekuńczy mógł zwolnić opiekuna (§ 1886)<sup>97</sup>.

Jedynym określeniem sposobu możliwego karcenia dzieci przez ojca była „odpowiedniość” doboru środka wychowawczego, co trudno uznać za wystarczające ograniczenie wyznaczające ramy postępowania. Sąd mógł ojcu w tej sprawie dopomóc, jednak wyłącznie na jego wniosek, co sprowadzało jego działania w tym przypadku do funkcji doradczej, a nie ochronnej dla małoletniego. Co do zasady uprawnienia ojcowskie przysługiwały także matce, więc i ona mogła stosować działania dyscyplinujące, chyba że zdanie i wola ojca stały z nimi w sprzeczności. Dość szeroko określono natomiast sytuacje, w których nie tylko cielesne, ale i duchowe dobro dziecka mogło zostać zagrożone. Nie wspomniano tu wprost o karceniu, ale m.in. o nadużyciu pieczy i niemoralnym prowadzeniu się ojca, które były określeniami dość ogólnymi, ale i szerokimi. Co bardzo ważne, niekoniecznie krzywda dziecka musiała już nastąpić, wystarczyło same jej zagrożenie. Było to rozwiązanie nowoczesne, innowacyjne i szerzej podchodzące do tematu ochrony dziecka, gdyż miało nie tylko tępić powstałe patologie, ale i zapobiegać tym potencjalnym. Sąd mógł zarządzić środki służące odwróceniu niepożądanego stanu, jednak nie wymieniono żadnego katalogu działań poza tymi najostrzejszymi, czyli przekazaniem dziecka pod pieczę innej rodziny lub do odpowiedniego zakładu. W przypadku nadużywania uprawnienia karcenia przez sprawującą władzę rodzicielską matkę można było zastosować dodatkową ochronę dziecka w postaci przyznania matce odpowiedniego doradcy.

93 Ibidem, s. 496-497; ibidem, s. 782-783.

94 Ibidem, s. 500; ibidem, s. 791.

95 Ibidem, s. 502; ibidem, s. 794.

96 Ibidem, s. 509-510; ibidem, s. 815-816.

97 Ibidem, s. 517; ibidem, s. 830.



## II Rzeczpospolita i okupacja w trakcie II wojny światowej

W odrodzonym w 1918 r. państwie polskim w zakresie uprawnień do karcenia dzieci obowiązywały wyżej opisane przepisy poszczególnych zaborców (KCKP, Zwód Praw, ABGB, BGB). Przez cały okres międzywojenny nie udało się ujednoczyć i skodyfikować prawa cywilnego bądź samego prawa rodzinnego, a prawodawstwo ograniczało się w tym czasie do interpretacji bądź lekkich korekt poszczególnych rozwiązań<sup>98</sup>.

Konstytucja marcowa nie ingerowała w obowiązujące na poszczególnych ziemiach Rzeczypospolitej przepisy o władzy rodzicielskiej i prawie do wychowywania najmłodszych. W art. 103 podkreślała jedynie, że dzieci znajdujące się bez dostatecznej władzy rodzicielskiej i zaniedbane pod kątem wychowawczym miały prawo do pomocy i opieki państwa w zakresie wyznaczonym ustawą<sup>99</sup>. Potwierdzała także, że władza rodzicielska mogła być odebrana jedynie w drodze orzeczenia sądowego. Odrębnym aktem prawnym uregulowano stosunki w rodzinach międzydzielnicowych, czyli relacje między rodzicami i dziećmi zamieszkującymi obszary Rzeczypospolitej, na których obowiązywały inne przepisy. W ustawie z 2 sierpnia 1926 r. ustalono, że dla stosunków między rodzicami a dziećmi zrodzonymi z małżeństwa właściwe było prawo, któremu rodzice i dzieci wspólnie podlegali<sup>100</sup>. W przypadku, gdy podlegali pod prawa odmienne, należało stosować przepisy, pod które strony te podlegały ostatnio.

Warto wspomnieć o projektach regulujących stosunki między rodzicami i dziećmi opracowanych przez Komisję Kodyfikacyjną, a dokładnie przez Podkomisję Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki. Prace nad ujednoczeniem prawa rodzinnego i opiekuńczego trwały od 1925 r., a pierwszy jednolity projekt autorstwa prof. Stanisława Gołęba stał się tematem obrad podkomisji i został wydany drukiem w 1934 r.<sup>101</sup>. Jego art. 47 § 2 przewidywał, że karcenie dzieci niemoralnych i krnąbrnych nie mogło przekroczyć granic wyznaczanych celem i znaczeniem węzła rodzinnego ani szkodzić zdrowiu<sup>102</sup>. Dalsze prace

<sup>98</sup> P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 229.

<sup>99</sup> Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1921 nr 44, poz. 267).

<sup>100</sup> Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych wewnętrznych (Dz.U. 1926 nr 101, poz. 580).

<sup>101</sup> I. Leciak, *Polemika wokół kodyfikacji prawa rodzinnego i opiekuńczego w II Rzeczypospolitej*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2013, t. 13, 81.

<sup>102</sup> *Rodzina. Projekt działu polskiego kodeksu cywilnego o stosunkach prawnych rodziców i dzieci opracowany przez prof. Stanisława Gołęba*, Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki, z. 1, Warszawa 1934, s. 35. Autor projektu odszedł od wytyczonej przez Kodeks Napoleona drogi uznania władzy ojca za naczelną, przy której prawa i interesy dziecka miały charakter drugorzędny. Taki kierunek funkcjonował również w Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego, gdzie przesunięto jedynie punkt ciężkości *patria potestas* w interesie zapewnienia

podkomisji poskutkowało przygotowaniem drugiej wersji projektu, rozszerzonej o kwestie pełnoletniości i zdolności do działań prawnych, a także odrębnym projektem o Urzędzie Opiekuńczym. Oba zostały łącznie wydane drukiem w 1938 r. Art. 44 § 2 nowego projektu przewidywał możliwość rodzicielskiego karania dzieci będących pod ich władzą, jednak nie mogło ono skutkować szkodą dla ich zdrowia fizycznego lub moralnego i musiało mieścić się w granicach wskazanych celem wychowania<sup>103</sup>. Drugie czytanie projektów w Komisji Kodyfikacyjnej odbyło się w styczniu 1939 r., a dalsze prace nad nimi zostały zastopowane śmiercią prof. Gołęba w marcu 1939 r.<sup>104</sup> Do rozpoczęcia II wojny światowej nie udało się ich wznowić.

Na terenach anektowanych przez Rzeszę Niemiecką dekretem z 8 października 1939 r. utrzymano w mocy dotychczasowe prawo polskie, o ile nie sprzeciwiało się ono wcieleniu tych ziem do państwa niemieckiego<sup>105</sup>. W Generalnym Gubernatorstwie również utrzymano przepisy obowiązujące w II Rzeczypospolitej pod warunkiem, że nie „sprzeciwiały się objęciu administracji przez Rzeszę Niemiecką”<sup>106</sup>. Wprowadzono tam dualistyczny system sądownictwa, gdzie sądownictwo niemieckie miało rozpatrywać wszelkie sprawy osób narodowości niemieckiej, a sądownictwo polskie sprawy pozostałych mieszkańców.

Zaliczały się do nich sprawy z zakresu prawa rodzinnego<sup>107</sup>. W 1942 r. zdecydowano jednak, że m.in. dla spraw ze stosunku między rodzicami a dzieckiem ślubnym oraz między dzieckiem nieślubnym a jego matką właściwe było prawo obowiązujące w Rzeszy, jeśli choć jeden z rodziców był narodowości niemieckiej lub był obywatelem Rzeszy<sup>108</sup>. Takie sprawy miało rozpatrywać

---

należytej opieki nad dzieckiem. Stąd proponowany przez S. Gołęba przepis nie wymieniał możliwości karcenia dziecka jako rodzicielskiego uprawnienia, a jedynie określał jego granice. Celem takiego zabiegu było zmniejszenie wagi doboru środków dyscyplinowania jako autonomicznej kompetencji rodzicielskiej, a przy tym podkreślenie wartości w tym aspekcie najwyższych, tj. troski o zdrowie dziecka i dbałości o dobre stosunki rodzinne. Zob. L. Górnicki, *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej 1919–1939*, Wrocław 2000, s. 258.

<sup>103</sup> I. Projekt prawa o stosunkach rodziców i dzieci wraz z przepisami o zdolności do działań prawnych. II. Projekt przepisów o Urzędzie Opiekuńczym. Uchwalone w pierwszym czytaniu przez Podkomisję Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki Komisji Kodyfikacyjnej, Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki, z. 2, Warszawa 1938, s. 15.

<sup>104</sup> I. Leciak, op. cit., s. 83.

<sup>105</sup> W. Kozyra, *Okupacyjna administracja niemiecka na ziemiach Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1939–1945*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)” 2013, t. 60, nr 1, s. 41; J. Dziobek-Romański, *Organizacja administracji władz okupacyjnych na ziemiach polskich w latach 1939–1945*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2012, t. 22, nr 3, s. 274.

<sup>106</sup> A. Wrzyszczy, *Organizacja niemieckiego resortu sprawiedliwości w Generalnym Gubernatorstwie w latach 1939–1945*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)” 2013, t. 60, nr 1, s. 123; J. Dziobek-Romański, op. cit., s. 278–279.

<sup>107</sup> Ibidem, s. 131.

<sup>108</sup> A. Wrzyszczy, H. Mielnik, *Status prawny dziecka w niemieckim ustawodawstwie w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945)*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2019, t. 29, nr 1, s. 93.

sądownictwo niemieckie. Zabieg ten miał przede wszystkim umożliwić stosowanie wspomnianego już wyżej § 1666 BGB, który umożliwiał odbieranie dzieci matkom nieniemieckim i przeniesienie pieczy nad nimi do okupacyjnych urzędów w celu ich wychowywania w duchu Rzeszy. Należy jednak podkreślić, że zarówno na ziemiach wcielonych do Rzeszy, jak i na terenach Generalnego Gubernatorstwa, utrzymane prawo przedwojennego państwa polskiego oraz prawo niemieckie w praktyce sądowej i administracyjnej często miało zaledwie drugorzędne znaczenie. W systemie polityczno-ustrojowym III Rzeszy to wola Fuhrera była najwyższym prawem, a istotniejszą rolę niż normy prawne odgrywały tajne dyrektywy i polecenia<sup>109</sup>.

Na terenach zajętych i szybko wcielonych do ZSRR Sowietci niemal z dnia na dzień rozpoczęli zaprowadzanie swoich porządków. Dotyczyło to praktycznie każdej sfery życia społecznego; proces unifikacji tych ziem z resztą komunistycznego imperium nie ominął materii prawnej<sup>110</sup>. Dla nowej władzy obowiązujące do tej pory przepisy były reliktem „burżuazyjnej i faszystowskiej byłej Polski” i przez administrację sowiecką nie były stosowane<sup>111</sup>. Mieszkańcom terenów zespolonych z białoruską i ukraińską republiką radziecką obligatoryjnie nadano sowieckie obywatelstwo, co sprawiło, że automatycznie podlegali oni prawu sowieckiemu<sup>112</sup>.

W warunkach ogromnego chaosu związanego z brutalną i siłową sowietywizacją nowo wprowadzony porządek prawny był w dużej mierze umowny. Nieprzystosowane i nieprzygotowane do stosowania prawa sowieckiego nowe miejscowe kadry urzędnicze i sędownicze, rekrutowane zresztą w początkowym okresie wyłącznie z obywateli narodowości innej niż polska, nie dawały sobie rady z obsługą powierzonych im obowiązków administracyjnych. Z kolei sprowadzone ze wschodu kadry partyjne zainteresowane były niemal wyłącznie eksterminacją wszystkiego, co jakkolwiek łączono z przedwojenną Polską. Sądy i urzędy zostały zapchane przede wszystkim sprawami karnymi i kwestiami na linii obywatel–państwo, a sprawy „osobiste” i dotyczące stosunków między obywatelami podlegały w większej mierze subiektywnej wszechwładzy towarzyszy partyjnych niż prawu stanowionemu.

<sup>109</sup> J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009, s. 616.

<sup>110</sup> D. Boćkowski, *Białostoczczyzna w radzieckiej polityce okupacyjnej 1939–1944. Zarys problematyki*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio F, Historia” 2005, t. 60, s. 162–163.

<sup>111</sup> D. Boćkowski, *Na zawsze razem. Białostoczczyzna i Łomżyńskie w polityce radzieckiej w czasie II wojny światowej (IX 1939 – VIII 1944)*, Warszawa 2005, s. 59.

<sup>112</sup> Ibidem, s. 180–181; W. Śleszyński, *Okupacja sowiecka na Białostoczczyźnie 1939–1941. Propaganda i indoktrynacja*, Białystok 2001, s. 157–158, 183–184; D. Boćkowski, *Sądownictwo pod znakiem sierpa i młota – Sowietkie orzecznictwo sądowe na okupowanych terenach wschodnich II Rzeczypospolitej*, [w:] *Przemoc i dzień powszedni w okupowanej Polsce*, red. T. Chinciński, Gdańsk 2011, s. 211–212, 217. D. Boćkowski ocenia, że w praktyce prawna unifikacja wschodnich ziem II RP z resztą ZSRR nastąpiła na przełomie lutego i marca 1940 r.

Nie zmienia to jednak faktu, że na polskich ziemiach po aneksji przez ZSRR formalnie obowiązywało ustawodawstwo sowieckie, nie wyłączając tego z zakresu prawa rodzinnego. Na terenie Rosyjskiej Federacyjnej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej (RFSRR) obowiązywał Kodeks praw o małżeństwie, rodzinie i opiece (*Кодекс законов о браке, семье и опеке*) z 19 listopada 1926 r.<sup>113</sup> Nie obowiązywał on jednak w innych poszczególnych republikach związkowych, które miały własne analogiczne zbiory praw. W Ukraińskiej SRR obowiązywał Kodeks praw dotyczących rodziny, opieki, małżeństwa i aktów stanu cywilnego USRR (ukr. *Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб і акти громадянського стану УРСР*, ros. *Кодекс законов о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния УССР*) z 31 maja 1926 r.<sup>114</sup>, który był nawet legislacyjnie starszy o parę miesięcy od swojego odpowiednika z RFSRR. Natomiast w Białoruskiej SRR funkcjonował Kodeks o małżeństwie i rodzinie BSRR z 27 stycznia 1927 r. (biał. *Кодэкс аб шлюбце і сям'і БССР*, ros. *Кодекс о браке и семье БССР*)<sup>115</sup>. Wszystkie 3 kodeksy były jednak do siebie podobne i zawierały tożsame w treści przepisy w kwestii obowiązków i uprawnień rodziców i opiekunów w stosunku do najmłodszych.

Zgodnie z nimi prawa rodzicielskie miały być wykonywane jedynie w interesie dzieci i rodzice mogli zostać ich pozbawieni w przypadku zachowania niezgodnego z prawem. Wszystkie działania w stosunku do dzieci miały być podejmowane przez rodziców wspólnie, a przy braku zgody rodziców poszczególne kwestie miała rozstrzygać władza opiekuńcza. Rodzice byli zobowiązani do opieki nad małoletnimi dziećmi, w szczególności do ich wychowania i przygotowania do życia pożytecznego społecznie. W przypadku niewypełnienia przez rodziców obowiązków, niezgodnego z prawem wykonywania ich uprawnień w stosunku do dzieci, a także w przypadku wykorzystywania dzieci lub okrutnego ich traktowania, sąd miał prawo odebrać dzieci rodzicom i umieścić je pod opieką organów opiekuńczych oraz podjąć decyzję o przyznaniu dziecku alimentów od obojga rodziców. Organ opiekuńczy mógł samodzielnie zarządzić odebranie dziecka obojgu rodzicom, jeśli groziło mu niebezpieczeństwo. Decyzja podlegała później zatwierdzeniu sądu.

O wychowanie, edukację i przygotowanie do działań społecznie użytecznych miał dbać także opiekun nieletniego. Opiekunowi zaniedbującemu swoje obowiązki lub nadużywającemu swoich uprawnień opieka mogła zostać ode-

<sup>113</sup> Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 19 ноября 1926 года «О введении в действие Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР» // СУ РСФСР. – 1926. – № 82. – Ст. 612. Polski tekst kodeksu opublikowano w: S. Tylbor (oprac.), *Kodeks cywilny R.S.F.S.R. z kodeksem ustaw o małżeństwie, rodzinie i opiece*, Warszawa 1930, s. 285-312.

<sup>114</sup> Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб і акти громадянського стану УРСР від 31.05.1926 р. затверджений 3-ю сесією ЦВК УРСР 31.05.1926 р. // ЗУ УРСР. – 1926. – № 67-69. – Ст. 440.

<sup>115</sup> О введении в действие Кодекса законов о браке, семье и опеке : постановление ЦИК Белорус. ССР, 27 янв. 1927 г. // Собр. законов и распоряжений Рабоче-крестьян. правительства Белорус. Социалист. Совет. Респ. – 1927. – Отд. 1. – № 7. – Ст. 26.

brana przez organ opiekuńczy, co mogło stać się na wniosek instytucji publicznych bądź obywateli, a także z inicjatywy samego organu.

Możliwość pozbawienia władzy rodzicielskiej w przypadku zachowania niezgodnego z prawem umożliwiała niemal dowolność interpretacyjną, z której sądy sowieckie skwapliwie korzystały przy walce z wszelkimi realnymi i wyimaginowanymi wrogami władzy radzieckiej. Wśród powodów do odebrania dzieci rodzicom wprost wymieniono okrutne traktowanie małoletnich, co mogło wzmacniać ochronę dziecka. W przypadku grożącego niebezpieczeństwa organ opiekuńczy mógł samodzielnie doprowadzić do jego odebrania, co miało charakter prewencyjny zastosowany w BGB. W warunkach totalitarnego i antyhumanitarnego państwa sowieckiego powyższe przepisy w większości nie spełniały jednak swej roli ochronnej, a w dużej mierze stanowiły kolejną broń w walce z posiadającymi rodziny własnymi obywatelami.

### **Pierwsze lata Polski Ludowej**

Wszystkie opisane wyżej zaborcze przepisy dzielnicowe obowiązujące w II Rzeczypospolitej zostały szybko uchylone w Polsce Ludowej<sup>116</sup> i zastąpione regulacjami jednolitymi dla całego kraju<sup>117</sup>. Dekret z 22 stycznia 1946 r. był pierwszym pozaborczym polskim aktem prawnym, kompleksowo traktującym materię prawa o stosunkach z pokrewieństwa. Mimo prób odbudowy powojennego kraju na podobieństwo ZSRR, dekret nie był wzorowany na prawie radzieckim, w którym cechą charakterystyczną było wydzielenie prawa rodzinnego z prawa cywilnego i nadanie mu statusu samodzielnej gałęzi prawa<sup>118</sup>. W istocie dekret z 1946 r. był przetworzonym projektem prof. Stanisława Gołęba z okresu międzywojennego, a choć został ujęty w odrębnym od reszty prawa cywilnego akcie prawnym (co było charakterystyczne także dla innych działów prawa cywilnego z początków Polski Ludowej), nie był uznawany za należący do odrębnej gałęzi<sup>119</sup>.

Ogólny kierunek stosunków między rodzicami i dzieckiem określał art. 16, który głosił, że byli oni obowiązani wspierać się wzajemnie. Nie było rozgraniczenia w uprawnieniach rodziców, gdyż władzę rodzicielską małżonkowie mieli sprawować wspólnie (art. 20 § 1) aż do osiągnięcia przez dziecko pełnoletniości lub jego upełnoletnienia (art. 23). Mieli ją wykonywać dla dobra dziecka i w interesie społeczeństwa (art. 20 § 3), a w razie niezgodności spory rozstrzygać

<sup>116</sup> Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. – Przepisy wprowadzające prawo rodzinne (Dz.U. 1946 nr 6, poz. 53). Dekret z dnia 14 maja 1946 r. – Przepisy wprowadzające prawo opiekuńcze (Dz.U. 1946 nr 20, poz. 136).

<sup>117</sup> Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. – Prawo rodzinne (Dz.U. 1946 nr 6, poz. 52).

<sup>118</sup> P. Fiedorczyk, *Radzieckie prawo rodzinne jako przedmiot recepcji w Polsce i innych państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2009, t. 31, s. 375.

<sup>119</sup> P. Fiedorczyk, *Rozwój...*, s. 232.

miała władza opiekuńcza (art. 20 § 2). Po śmierci małżonka lub odebraniu mu władzy rodzicielskiej władzę tę miał sprawować drugi z małżonków, a w przypadku rozwodu lub unieważnienia małżeństwa władza przypadła temu, któremu sąd powierzył dziecko (art. 21 § 1). Mógł ją powierzyć jednemu z małżonków lub osobie trzeciej, a uprawnienia pozbawionego władzy rodzica określał według przepisów prawa rodzinnego (art. 21 § 2, art. 21 § 3).

Rodzice mieli ponosić ciężary związane z wychowaniem dzieci, a obowiązek ich utrzymywania miał trwać do uzyskania przez nie pełnoletności (art. 18 § 1). Podstawę do wymagania przez rodziców pewnych postaw mógł wyznaczać art. 18 § 2, który ustanawiał, że dziecko pozostające na utrzymaniu rodziców miało obowiązek świadczenia usług we wspólnym gospodarstwie. Rodzice mieli kierować wychowaniem dziecka i mieli obowiązek przygotowania go do zawodu odpowiednio do jego możliwości i z uwzględnieniem jego fizycznych i duchowych właściwości i skłonności (art. 24).

Zgodnie z art. 25 § 1 dziecko było winne rodzicom posłuszeństwo aż do ustania władzy rodzicielskiej. Rodzice zostali uprawnieni do karcenia dzieci, jednak bez szkody dla ich zdrowia fizycznego lub moralnego i w granicach wskazanych celem wychowania (art. 25 § 2)<sup>120</sup>. Ochronie dziecka służyć miał art. 40, który umożliwiał wydawanie przez władzę opiekuńczą zarządzeń naprawczych w przypadku zaniedbywania przez rodzica jego obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej bądź dopuszczania się przez niego czynów poważnie zagrażających dobru dziecka. Dłuższa przeszkoda w wykonywaniu władzy rodzicielskiej mogła spowodować jej zawieszenie przez władzę opiekuńczą (art. 41). Odebranie władzy rodzicielskiej mogło natomiast nastąpić w przypadku, gdy rodzic nie był w stanie jej wykonywać, gdy dopuszczał się zaniedbań lub nadużyć niepozwalających na dalszą realizację uprawnień z niej wynikających, bądź gdy sprawujący władzę rodzicielską wstąpił w ponowny związek małżeński (art. 42 § 1). Mogła być ona jednak również przywrócona na wniosek któregośkolwiek z rodziców (art. 42 § 2). Zawieszenie lub odebranie władzy rodzicielskiej nie skutkowało jednak zwolnieniem z obowiązku utrzymywania i wychowania dziecka (art. 44 § 1).

Gdy takie zawieszenie lub odebranie dotyczyło obojga rodziców, władza opiekuńcza dokonywała ustanowienia opieki nad dzieckiem (art. 43 § 1). Dekret nie zawierał dalszych postanowień co do funkcji opiekuna, nie ustalono w nim więc jego obowiązków i uprawnień w stosunku do podopiecznego. Takie regulacje zawierał oddzielny dekret z 14 maja 1946 r.<sup>121</sup> Za wspomnianą władzę opiekuńczą uznano w nim sąd grodzki (art. 1). Obowiązkiem opieku-

<sup>120</sup> P. Fiedorczyk, *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014, s. 61.

<sup>121</sup> Dekret z dnia 14 maja 1946 r. – Prawo opiekuńcze (Dz.U. 1946 nr 20, poz. 135).



na było sprawowanie pieczy nad osobą i majątkiem poddanego opiece (art. 18), a także dbanie o jego wszelkie sprawy osobiste, w szczególności jego utrzymanie, wychowanie, kształcenie i leczenie (art. 21). Kluczowy w kontekście uprawnień wychowawczych opiekuna okazał się art. 22. Jego § 1 stwierdzał, że do opieki nad osobą niepełnoletniego należało stosować odpowiednio przepisy o władzy rodzicielskiej w stosunku do dziecka, jednak już § 2 podkreślił, że opiekunowi nie służyło prawo karcenia cielesnego. W razie potrzeby miał się on zwracać do władzy opiekuńczej, która miała zastosować odpowiednie środki wychowawcze, nie wyłączając umieszczenia w zakładzie poprawczym.

Przepisy dekretu z 1946 r. obowiązywały nadzwyczaj krótko, gdyż zostały uchylone<sup>122</sup> i zastąpione nowym kodeksem rodzinnym już w 1950 r.<sup>123</sup> Zgodnie z jego art. 35 rodzice mieli sprawować pieczę nad osobą i majątkiem dziecka, troszczyć się o jego fizyczny i duchowy rozwój oraz starać się o jego utrzymanie i wychowanie w taki sposób, aby stosownie do jego uzdolnień należyte przygotować je do pracy dla dobra społeczeństwa. Oboje rodzice byli zobowiązani ponosić ciężary związane z utrzymaniem i wychowaniem dziecka (art. 39 § 1).

Podkreślono, że władza rodzicielska przysługiwała obojgu rodzicom (art. 56 § 1), a w razie braku jednego z nich lub niemożliwości jej sprawowania, przypadała drugiemu rodzicowi (art. 56 § 2). Dziecko pozostawało pod nią do uzyskania pełnoletniości (art. 53), obejmowała ona w szczególności prawo i obowiązek kierowania dziećmi, reprezentowania ich i zarządzania ich majątkiem. Choć określenie „kierowanie” można kojarzyć jako przede wszystkim prowadzenie spraw prawnych i majątkowych, to można je także interpretować jako podstawę do wymagania od dziecka pewnych postaw. Każdy z rodziców mógł zgłosić się do organów władzy państwowej z prośbą o pomoc, jeśli wymagało tego należyte wykonywanie władzy rodzicielskiej (art. 55).

Zabezpieczeniem dziecka miał być art. 60, który umożliwiał władzy opiekuńczej wydawanie odpowiednich zarządzeń w przypadku nienależytego sprawowania władzy rodzicielskiej, do których zaliczały się ograniczenia, którym mógł podlegać opiekun. Krok dalej szedł art. 61, który w § 1 przewidywał zawieszenie władzy rodzicielskiej w razie wystąpienia przemijającej przeszkody w jej wykonywaniu, a w § 2 dopuszczał jej odebranie w przypadku trwałej przeszkody, rażącego zaniedbywania przez rodziców obowiązków bądź nadużywania przez nich swej władzy. Jeśli władza rodzicielska nie przysługiwała żadnemu z rodziców dla dziecka ustanawiano opiekę (art. 62), a władza opiekuńcza mogła nawet dla jego dobra zakazać pozbawionym władzy rodzicielskiej rodzicom osobistego z nim kontaktu (art. 63).

<sup>122</sup> Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Przepisy wprowadzające kodeks rodzinny (Dz.U. 1950 nr 34, poz. 309).

<sup>123</sup> Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz.U. 1950 nr 34, poz. 308).

Opiekun miał przy nadzorze władzy opiekuńczej w zastępstwie rodziców sprawować pieczę nad osobą i majątkiem małoletniego (art. 79 § 1). Do sprawowania opieki stosowano odpowiednio przepisy o władzy rodzicielskiej (art. 84), jednak opiekun musiał uzyskać zezwolenie władzy opiekuńczej we wszelkich ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku podopiecznego (art. 85). Był także zobowiązany do składania jej sprawozdań dotyczących osoby małoletniego i rachunki z zarządu jego majątkiem (art. 87). Władza opiekuńcza miała zwolnić opiekuna w przypadku jego niezdolności do sprawowania obowiązków z powodów faktycznych lub prawnych bądź naruszenia jego obowiązków (art. 90 § 2).

W dekrete z 1946 r. umożliwiono karanie dzieci, jednak miało ono wyraźnie służyć celowi wychowawczemu, a zrównanie uprawnień rodziców dotyczyło także i tej kwestii. Podjęte środki nie mogły negatywnie wpływać na zdrowie małoletniego, przy czym rozróznilo tu zdrowie fizyczne i moralne. To drugie określenie można określić jako dość zaskakujące, gdyż pojawiająca się dotychczas w analogicznych przepisach interpretowana jednolicie psychika czy duchowość została zastąpiona moralnością. Trudno identyfikować wyznawany przez dziecko zbiór zasad z jego zdrowiem psychicznym, dlatego należy określić użyte tu wyrażenie jako pewnego rodzaju nieporozumienie. Zarządzenia naprawcze bądź odebranie władzy rodzicielskiej mogło nastąpić m.in. na skutek nadużyć, co było mało konkretnym określeniem w kontekście możliwej krzywdy dziecka.

Kodeks z 1950 r. wprowadził istotną innowację, gdyż zrezygnowano w nim z wymienienia karcenia czy możliwości zastosowania jakichkolwiek środków dyscyplinujących w katalogu uprawnień rodzicielskich<sup>124</sup>. Jednocześnie ich nie zakazano, czym z jednej strony obniżono próg przyzwolenia na autonomiczne podejmowanie decyzji co do rodzajów i stopnia karcenia, a z drugiej strony

<sup>124</sup> Polski kodeks rodzinny z 27 czerwca 1950 r. oraz czeskosłowacka ustawa o prawie rodzinnym z 7 grudnia 1949 r. w zakresie stosunków między rodzicami i dziećmi były niemal tożsame w treści, gdyż były wspólnym owocem prac kodyfikacyjnych prowadzonych w Ministerstwach Sprawiedliwości obu krajów. W poddanym dwustronnym konsultacjom projekcie polskim zawarto przepis ustanawiający powinność posłuszeństwa dziecka wobec rodziców. Mieli oni mieć prawo stosowania karcenia, jeżeli wymagało tego należyte wychowanie dziecka, jednakże bez uszczerbku dla jego zdrowia fizycznego i moralnego. Na takie sformułowanie nie zgodzili się prawnicy czeskosłowaccy, co przesądziło o jego absencji w polskim kodeksie z 1950 r. Konsekwencją tegoż było również usunięcie z polskiego projektu przepisu, który miał stanowić, że „opiekun nie może karcić cielesnie pozostającego pod opieką(...)”. Wobec wyeliminowania rodzicielskiego uprawnienia do karcenia dziecka, zakaz stosowania jego cielesnej odmiany przez opiekuna uznano za niecelowy i tworzący niebezpieczną dysproporcję w zakresie praw i obowiązków wśród sprawujących pieczę nad małoletnimi. Zob. P. Fiedorczyk, *Unifikacja...*, s. 147-151, 213, 221; idem, *Debata nad uchwaleniem polsko-czechosłowackiego prawa rodzinnego w czeskosłowackim Zgromadzeniu Narodowym w 1949 r.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, t. 19, s. 131-132; idem, *Polski kodeks rodzinny z 1950 r. Czy przełom?*, „Zeszyty Prawnicze” 2011, t. 11, nr 2, s. 132.



temat ten przemilczano<sup>125</sup>. Mogło to rodzić przeświadczenie o braku zainteresowania nim ustawodawcy i połączonym z odwróceniem wzroku niemym przyzwoleniem na rodzicielskie karcenie. Jako zabezpieczenie miało służyć wydawanie odpowiednich zarządzeń przy nieodpowiednim sprawowaniu władzy rodzicielskiej, a także odebranie tej władzy przy jej nadużywaniu. Nie odwołano się tu jednak do takich pojęć jak bezpieczeństwo, krzywda czy zdrowie dziecka bądź ich zagrożenie, co nadawało tym zabezpieczeniom mało skonkretyzowany charakter.

### Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1964 r. oraz czasy najnowsze

Powyższe przepisy przetrwały trochę dłużej niż poprzednie i obowiązywały półtorej dekady, po czym zostały zastąpione wciąż obowiązującym kodeksem rodzinnym i opiekuńczym z 1964 r. (dalej: KRiO)<sup>126</sup>. W ogłoszonej pierwotnej wersji tekstu ogólny kierunek w stosunkach między rodzicami i dziećmi wyznaczał jego art. 87, który stanowił, że powinni się oni nawzajem wspierać. Dziecko posiadające dochody z własnej pracy i mieszkające u rodziców miało przyczyniać się do pokrywania kosztów utrzymania rodziny (art. 91 § 1), a jeśli mieszkało u rodziców i pozostawało na ich utrzymaniu, było obowiązane pomagać im we wspólnym gospodarstwie (art. 91 § 2).

Władza rodzicielska nad dzieckiem utrzymywała się do uzyskania przez nie pełnoletniości (art. 92) i przysługiwała obojgu rodzicom (art. 92 § 1). W przypadku śmierci jednego z rodziców, utraty przez niego pełnej zdolności do czynności prawnych, a także zawieszenia lub pozbawienia go władzy rodzicielskiej, przysługiwała ona drugiemu z rodziców (art. 94 § 1). Jeśli przysługiwała obojgu rodzicom, każde z nich było obowiązane i uprawnione do jej wykonywania

<sup>125</sup> Według I. Andrejewa taki zabieg był zamierzonym działaniem ustawodawcy, który chciał w ten sposób ustawić karcenie poza marginesem dopuszczalnego zachowania. Takie uprawnienie-obowiązek jako element niepożądany nie powinien być bowiem wymieniany *expressis verbis* w ustawie. W mocy miał pozostać ogólny zakaz karcenia cielesnego ustanowiony dekretem z 1946 r., choć bez wyraźnego umocowania w ustawie. Jego przepisy wprost zakazywały fizycznego karcenia dzieci wszystkim poza rodzicom, co miało stanowić swoisty kierunek orzecznicy również pod rządami kodeksu z 1950 r. Zob. I. Andrejew, *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964, s. 66. W komentarzu do rozprawy I. Andrejewa S. Szer stwierdził, „(...) że nie jest rzeczą socjalistycznego ustawodawcy dekretować, czy i w jakim zakresie karcenie dzieci przez rodziców jest dopuszczalne (...)”. Prawne dopuszczenie takiej możliwości nawet w wyznaczonych granicach miałyby stanowić pewną afirmację cielesnego dyscyplinowania, do którego ówczesna pedagogika odnosiła się negatywnie. Z kolei jego zakaz w wielu rodzinach miałby stanowić martwy przepis z powodu braku powszechnych kwalifikacji pedagogicznych wśród zakładających rodziny. Zob. S. Szer, recenzja pracy: *Igor Andrejew: Oceny prawne karcenia nieletnich. Warszawa 1964, PWN, s. 130*, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1, s. 124.

<sup>126</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964 nr 9, poz. 60). Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964 nr 9, poz. 59).

(art. 97 § 1), w ważnych sprawach mieli jednak decyzje podejmować wspólnie (art. 97 § 2). W braku porozumienia interweniować mógł sąd opiekuńczy. Jeśli z jakichś powodów władza rodzicielska nie przysługiwała żadnemu z rodziców, dla dziecka należało ustanowić opiekę (art. 94 § 3). Obejmowała ona w szczególności obowiązek i prawo do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka (art. 95 § 1), miała być wykonywana zgodnie z wymaganym dobrem dziecka i interesem społecznym (art. 95 § 3). Rodzice mieli wychowywać dziecko i kierować nim, troszczyć się o jego fizyczny i duchowy rozwój oraz przygotować je należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień (art. 96). Dziecko natomiast winne było rodzicom posłuszeństwo (art. 95 § 2)<sup>127</sup>. Do pomocy w należyтым sprawowaniu przez rodziców władzy rodzicielskiej obowiązany był sąd opiekuńczy i inne organy państwowe (art. 100).

Jeśli dobro dziecka było zagrożone wskutek nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej, sąd opiekuńczy miał wydawać odpowiednie zarządzenia (art. 109). W szczególności mógł poddać ich uprawnienia ograniczeniom jak w przypadku opiekuna, a także umieścić dziecko w rodzinie zastępczej lub zakładzie wychowawczym. Przemijająca przeszkoda w wykonywaniu władzy rodzicielskiej mogła skutkować jej zawieszeniem (art. 110 § 1), a przeszkoda trwała, nadużywanie władzy rodzicielskiej bądź rażące zaniedbywanie wiążących się z nią obowiązków mogła skończyć się jej odebraniem (art. 111 § 1). Ograniczenie władzy rodzicielskiej w stosunku do jednego rodzica mogło też wiązać się z pozostawaniem przez nich w rozłączeniu, co mogło dotyczyć zarówno małżonków (art. 107 § 2), jak i pozostających bez związku małżeńskiego (art. 107 § 1). Pozbawienie władzy rodzicielskiej mogło znaleźć się również w wyroku orzekającym rozwód lub unieważnienie małżeństwa (art. 112), jednak mogło ono ulec zmianie jeśli wymagało tego dobro dziecka (art. 106). Taki argument mógł również doprowadzić do zakazania rodzicom pozbawionym władzy opiekuńczej osobistej styczności z dzieckiem (art. 113).

Opiekę ustanawiał sąd opiekuńczy po powzięciu informacji, że zachodził ku temu prawny powód (art. 145 § 2). Sprawował ją opiekun (art. 146), który był obowiązany wykonywać swe czynności z należytą starannością, zgodnie z wymaganym dobrem pozostającego pod opieką oraz zgodnie z interesem społecznym (art. 154). Sprawował on pieczę nad osobą i majątkiem małoletniego przy nadzorze sądu opiekuńczego (art. 155 § 1). We wszystkich ważniejszych sprawach dotyczących jego osoby lub majątku opiekun powinien uzyskiwać zezwolenie sądu opiekuńczego (art. 156), a także wysłuchać pozostającego pod

<sup>127</sup> Por. A. Sylwestrzak, *Obowiązki dziecka wobec rodziców*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 3, s. 70-74.

opieką, jeśli pozwalał na to jego rozwój umysłowy i stan zdrowia (art. 158). Sąd opiekuńczy sprawował nadzór nad działalnością opiekuna na bieżąco się z nią zaznajamiając oraz udzielając mu wskazówek i poleceń (art. 165 § 1), mógł także żądać wyjaśnień we wszelkich powiązanych z nią sprawach (art. 165 § 2). Opiekun był zobowiązany składać sądowi opiekuńczemu sprawozdania dotyczące osoby pozostającego pod opieką (art. 166 § 1). Nienależyte sprawowanie przez opiekuna opieki mogło skutkować wydaniem odpowiednich zarządzeń (art. 168), a wystąpienie faktycznych lub prawnych przeszkód w jej sprawowaniu bądź naruszające dobro małoletniego czyny lub zaniedbania mogło skończyć się jego zwolnieniem z opieki (art. 169 § 2). Opieka ustawała również z powodu uzyskania pełnoletniości przez podopiecznego lub przywrócenia nad nim władzy rodzicielskiej (art. 170).

Nowelizacja KRiO z 1975 r. rozszerzyła i sprecyzowała katalog odpowiednich zarządzeń wydawanych na skutek nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej<sup>128</sup>. Sąd opiekuńczy mógł zobowiązywać rodziców i małoletniego do określonego postępowania, określić, jakie czynności nie mogły być przez rodziców wykonywane bez zezwolenia sądu, poddać wykonywanie władzy rodzicielskiej nadzorowi organu pomocniczego sądu, skierować małoletniego do organizacji lub instytucji powołanej do przygotowania zawodowego albo innej placówki sprawującej pieczę nad dziećmi (art. 109 § 2). W dodanym art. 112<sup>1</sup> postanowiono, że jeśli sąd nie postanowił inaczej, obowiązek wychowania i pieczy na osobą małoletniego umieszczonego w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej należał teżże rodziny lub placówki. Do art. 113 dodano § 2, który umożliwił ograniczenie osobistej styczności z dzieckiem rodziców, których władza rodzicielska została ograniczona przez umieszczenie go w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej.

Kolejna nowelizacja KRiO z 2000 r. zmieniła podmiot właściwy do nadzoru wykonywania władzy rodzicielskiej z organu pomocniczego sądu na kuratora sądowego (art. 109 § 2)<sup>129</sup>. W przypadku umieszczenia małoletniego w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej ustanowiono dodatkową pomoc instytucjonalną dla rodziny małoletniego w postaci powiatowego centrum pomocy rodzinie. Do art. 111 dodano również § 1a, który umożliwił pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej, jeśli mimo udzielonej pomocy nie ustały przyczyny oddania małoletniego pod opiekę takiej placówki lub rodziny zastępczej, w szczególności, jeśli nie wykazywali oni zainteresowania swoim dzieckiem.

<sup>128</sup> Ustawa z dnia 19 grudnia 1975 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1975 nr 45, poz. 234).

<sup>129</sup> Ustawa z dnia 21 grudnia 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2000 nr 122, poz. 1322).

Istotny wkład w ochronę cielesności dziecka wniosła uchwalona w 2005 r. ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (dalej: UoPPwR)<sup>130</sup>. Określono w niej m.in. zadania organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego w zakresie walki ze zjawiskiem przemocy rodzinnej. Miały się one koncentrować na opracowywaniu programów działania, prowadzeniu poradnictwa i interwencji oraz ustanawianiu lokalnych ośrodków wsparcia. W kontekście karcenia dzieci zawarte w ustawie regulacje miały służyć systemowemu przeciwdziałaniu ciężkim przypadkom nadużywania uprawnień wychowawczych przez rodziców i opiekunów.

Kolejne zmiany w przepisach KRiO potencjalnie dotyczących materii fizycznego dyscyplinowania dzieci nastąpiły w 2008 r. Do obowiązku i prawa rodziców do wykonywania pieczy nad osobą dziecka i do jego wychowania dodały one powinność poszanowania przy tym jego godności i praw (art. 95 § 1)<sup>131</sup>. Utrzymano obowiązek posłuszeństwa dziecka wobec rodziców, jednak w sprawach, w których mogło samodzielnie podejmować decyzje i składać oświadczenia woli ustanowiono, że powinno także wysłuchać opinii i zaleceń rodziców formułowanych dla jego dobra (art. 95 § 2). Dodatkowo przed podjęciem ważniejszych decyzji dla osoby dziecka rodzice powinni je wysłuchać, jeśli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwalał, a także w miarę możliwości spełniać jego rozsądne życzenia (art. 95 § 2). W § 2 dodanym do art. 96 ustalono, że rodzice niemający pełnej zdolności do czynności prawnych mieli prawo uczestniczyć w pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu, o ile sąd opiekuńczy nie postanowił inaczej. Rozłączne życie rodziców nie musiało już powodować ograniczenia władzy rodzicielskiej jednego z nich, jednak sąd opiekuńczy mógł dla dobra dziecka określić sposób jej wykonywania (art. 107 § 1). Takie ograniczenie mogło zostać zarządzone przez sąd, ale zgodne porozumienie rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem mogło utrzymać pełną władzę obojga rodziców (art. 107 § 2). W przypadku zagrożenia dobra dziecka sąd opiekuńczy, obok zobowiązania rodziców do określonego postępowania, mógł także skierować ich do placówek albo specjalistów zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących inną stosowną pomoc (art. 109 § 2). Dodano również możliwość zawieszenia lub pozbawienia władzy rodzicielskiej w wyroku orzekającym separację (art. 112). Rozbudowano także regulacje dotyczące kontaktów rodziców z dzieckiem. Prawo i obowiązek ich utrzymywania odebrano od władzy rodzicielskiej (art. 113 § 1), ustalono sposoby realizacji takich kontaktów (art. 113 § 2), a także m.in. możliwości określenia ich zakresu czy

<sup>130</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. 2005 nr 180, poz. 1493).

<sup>131</sup> Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2008 nr 220, poz. 1431).

metody ich ograniczania przez sąd (art. 113<sup>1</sup>-113<sup>6</sup>). Do obowiązków opiekuna dodano powinność poinformowania rodziców dziecka znajdującego się pod jego opieką, którzy wciąż uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad nim i w jego wychowaniu, o ważniejszych decyzjach dotyczących osoby lub majątku małoletniego (art. 158).

Kamieniem milowym okazała się wspólna nowelizacja KRiO i UoPPwR z 2010 r.<sup>132</sup>, która wprost zakazała fizycznego dyscyplinowania. W dodanym art. 96<sup>1</sup> KRiO ustanowiono, że „osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim zakazuje się stosowania kar cielesnych”. Ustanowiono również natychmiastową możliwość ingerencji w przypadku rażącego nadużywania uprawnień rodzicielskich i opiekuńczych. Wykonującemu swe obowiązki pracownikowi socjalnemu nadano prawo odebrania dziecka z rodziny i umieszczenia go u innej niezamieszkującej wspólnie osoby najbliższej w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie (art. 12a UoPPwR).

W pierwotnym brzmieniu KRiO zastosowano rozwiązanie z kodeksu rodzinnego z 1950 r., tj. temat karcenia przemilczano<sup>133</sup>. Obowiązek posłuszeństwa dziecka, połączony z rodzicielską powinnością i uprawnieniem do sprawowania pieczy nad jego osobą, tworzył sytuację analogiczną do uprzednio zastosowanego cichego dozwolenia na autonomię rodzicielskiego dyscyplinowania<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2010 nr 125, poz. 842).

<sup>133</sup> Nie był to jednak kierunek oczywisty, gdyż w projekcie opracowywanego przez Komisję Kodyfikacyjną kodeksu cywilnego PRL autorstwa Aleksandra Woltera z 1957 r. (regulacje z zakresu prawa rodzinnego zamieszczono w jego księdze IV) znalazł się art. 125, który miał przyznawać rodzicom prawo karcenia dziecka, jeżeli wymagało tego jego należyte wychowanie, jednakże bez uszczerbku dla jego zdrowia fizycznego i moralnego. Przeciwny takiemu przepisowi był koreferent projektu Seweryn Szer, który zauważył, że kierujący wychowaniem swych dzieci rodzice powinni stosować właściwe środki wychowawcze, nie widział więc potrzeby wyłączenia jednego z nich, i to najbardziej drastycznego. Dyskusja nad art. 125 wywiązała się w trakcie pierwszego czytania projektu w Komisji Kodyfikacyjnej, która zadecydowała o jego utrzymaniu, ale większością zaledwie jednego głosu i przy zgłoszonym przez Jana Wasilkowskiego *votum separatum*. Ostatecznie Komisja w trzecim czytaniu zdecydowała o wyłączeniu prawa rodzinnego z kodeksu cywilnego, a przepis o prawie karcenia zniknął z wydzielonego projektu kodeksu prawa rodzinnego z uwagi na zdecydowany sprzeciw w dyskusji publicznej. Zob. P. Fiedorczyk, *Unifikacja...*, s. 318, 413-414, 531.

<sup>134</sup> Julian Sauk przytacza powszechnie obowiązujące w czasie opracowywania i uchwalania KRiO opinie o szkodliwości i trudności generalizowania oraz porównywania ówczesnych stosunków między rodzicami i dziećmi w poszczególnych rodzinach. Wiele miało bowiem zależeć od indywidualności rodziców i dzieci, czyli wiedzy i zdolności wychowawczych tych pierwszych i podatności na treści wychowawcze tych drugich. Dlatego też w określonych i uzasadnionych przypadkach rodzicom miało być wolno użyć siły fizycznej i przekroczyć barierę karcenia słownego. Według autora nie było potrzeby wymieniać oczywistych granic takiego uprawnienia, którym miały być dobro dziecka i ogólny cel wychowawczy. Zauważając coraz silniej podnoszony krytycyzm w stosunku do karcenia cielesnego, który miał wynikać z niedemokratyczności takiego zachowania, urągania zasadom współżycia między ludźmi i szkodliwości dla psychiki młodych osób, J. Sauk zwracał uwagę na możliwość ingerencji władzy opiekuńczej w przypadkach rodzicielskich nadużyć. Miało to stanowić

Dziecko zostało jednak silniej zabezpieczone, gdyż w nowych przepisach sąd opiekuńczy mógł wydawać odpowiednie zarządzenia w przypadku nienależytego wykonywania władzy rodzicielskiej, przy czym tutaj wprost wspomniano o skutku w postaci zagrożenia dobra dziecka. Było to nowe określenie w kontekście badanych w niniejszym artykule regulacji, zawierające w sobie nie tylko cielesne, ale i psychiczne aspekty dobrostanu małoletniego. Przy możliwości odebrania władzy rodzicielskiej nie zdecydowano się na wyraźniejsze sformułowanie jego powodów, pozostając przy nadużywaniu rodzicielskich uprawnień. Kolejnymi nowelizacjami precyzowano możliwości sądowych interwencji, jednak główny kierunek zastosowanych rozwiązań pozostał ten sam, aż do zakazu kar cielesnych wprowadzonego w 2010 r.

## Zakończenie

W badanym okresie ponad dwóch stuleci na ziemiach polskich stosowano różne rozwiązania dotyczące możliwości karcenia dzieci przez rodziców. Co do zasady dominowało jednak podejście liberalne w znaczeniu szerokiej autonomii rodziców, a ograniczenia zamykały się głównie w ogólnych określeniach typu „odpowiedniego” czy „umiarkowanego” doboru wymierzanej kary. Większe różnice występowały w kwestii ochrony dziecka, które w niektórych przepisach były słabo oznaczone lub mało skonkretyzowane, w innych natomiast przywiązano do nich większą wagę. Poważniejsza zmiana nastąpiła dopiero w powojennym kodeksie rodzinnym z 1950 r., kiedy zrezygnowano z umieszczenia karcenia na liście uprawnień rodzicielskich, co kontynuowano w KRiO z 1964 r. Rewolucyjne zmiany nastąpiły jednak w 2010 r., kiedy doprowadzono do jasnego i twardego zakazu fizycznego karcenia małoletnich, który określono jako zakaz stosowania kar cielesnych. Nie wspomniano tu o stosowaniu środków nienaruszających cielesności najmłodszych, a wyrządzających im krzywdę natury psychicznej, choć taka propozycja znalazła się w projekcie rządowym z 2009 r.<sup>135</sup> Art. 96<sup>1</sup> należy jednak uznać za rewolucyjny i stanowiący odpowiedź

---

wystarczającą ochronę dzieci, co najlepiej wyraża opinia autora, że „nie licząc przypadków patologicznych, miłość rodziców do dzieci stanowi dostateczną tamę ich ewentualnemu niepohamowaniu”. J. Sauk, *Granice obowiązków i praw rodziców wobec dzieci i społeczeństwa*, Toruń 1967, s. 50.

<sup>135</sup> Pierwotnie przepis ten miał brzmieć: „Osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim zakazuje się stosowania kar cielesnych, zadawania cierpień psychicznych i innych form poniżania dziecka.” Słowa o cierpieniach psychicznych i poniżaniu zostały wykreślone w pracach legislacyjnych Senatu, co argumentowano odzwierciedleniem tych rozwiązań w innych obowiązujących przepisach Zob. Uchwała Senatu RP z 28 maja 2010 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Druk nr 3095), Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, VI kadencja 2007–2011, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3095>, (03.09.2020). Por. S. Różycka-Jaroś, *Karcenie psychiczne dzieci w świetle obowiązujących regulacji prawnych*, „Studia Iuridica” 2012, nr 55, s. 189.



na zdobycze w rozwoju nauk o psychologii, wychowaniu i stosunkach międzyludzkich<sup>136</sup>, zgodny z kierunkami forsowanymi przez prawo międzynarodowe<sup>137</sup>, choć jednocześnie w pewien sposób radykalny, mocno kontrowersyjny i budzący szeroką dyskusję nie tylko w kręgach prawnych<sup>138</sup>.

Nie była to pierwsza próba zakazu cielesnego karania dzieci, poprzedzał ją senacki projekt ustawy o zmianie KRiO z 1995 r. oraz rządowy projekt UoPPwR<sup>139</sup>. Pierwszy z nich został jednak odrzucony już w pierwszym czytaniu, a drugi ostatecznie stał się obowiązującym aktem prawnym, jednak bez przepisu o zakazie kar fizycznych. Legislacyjna kontynuacja ochrony dziecka

<sup>136</sup> Zob. G. Jędrejek, *Art. 96(1)*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany* [online], red. G. Jędrejek, System Informacji Prawnej LEX, 2020-08-27 07:00, (03.09.2020), <https://sip.lex.pl/#/commentary/587750929/596243>. W piśmiennictwie wskazuje się, że cielesne karcenie dziecka jest środkiem niehumanitarnym, szczególnie, że stosowane jest najczęściej wobec małych i słabych fizycznie dzieci. Nie znajduje ono uzasadnienia w winie dziecka jako konsekwencji jego czynu, dlatego przez swą niesprawiedliwość uniemożliwia naukę świadomego i rozumnego posłuszeństwa wobec rodziców. Zob. J. Gajda, *Art. 96<sup>1</sup> [Zakaz stosowania kar cielesnych wobec dzieci]*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, wyd. 6, Beck Online, System Informacji Prawnej Legalis, stan na: 2019-11-30, (16.09.2020).

<sup>137</sup> Za międzynarodową podstawę zakazu stosowania kar cielesnych można uznać przepisy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Odnoszą się one jednak do karania, które ma charakter poniżający, a nie każdy zastosowany fizyczny środek dyscyplinujący można tak określić. Za podobną podstawę międzynarodową o charakterze ogólnym można uznać art. 19 Konwencji o Prawach Dziecka, który zobowiązuje państwa strony do podejmowania działań mających na celu ochronę dziecka przed wszelkimi formami przemocy fizycznej lub psychicznej, a także jej art. 37 traktujący o gwarancjach ochrony dziecka przed okrutnym, niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem. Zob. J. Słyk, *Art. 96<sup>1</sup> [Zakaz stosowania kar cielesnych wobec dzieci]*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, wyd. 8, Beck Online, System Informacji Prawnej Legalis, stan na: 2019-11-30, (03.09.2020). Komitet Praw Dziecka, opowiadający się przeciwko stosowaniu kar cielesnych organ nadzorujący przestrzeganie postanowień Konwencji o Prawach Dziecka, w wydanym w 2006 r. Komentarzu Ogólnym nr 8 zdefiniował karę cielesną lub fizyczną jako użycie siły fizycznej w celu wywołania w określonym, nawet niewielkim zakresie, bólu lub dyskomfortu, obejmujące najczęściej uderzenie dziecka ręką lub przy użyciu jakiegoś przedmiotu. Przy takim jej określeniu za niedopuszczalną ingerencję w nietykalność dziecka należy uznać także pospolity klaps. Zob. S. Spurek, 6.3.4. *Zakaz stosowania kar cielesnych*, [w:] *Isolacja sprawcy od ofiary. Instrumenty przeciwdziałania przemocy w rodzinie* [online], System Informacji Prawnej LEX, 2020-08-19 17:2, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369266621/279406>, (03.09.2020).

<sup>138</sup> T. Sokołowski uważa art. 96<sup>1</sup> za anachronizm w polskim prawie rodzinnym powracający do nieskutecznych rozwiązań zastosowanych w dekrecie z 1946 r., gdzie wyraźnie dozwolono rodzicom na cielesne karcenie dzieci z określeniem jego ograniczeń i jednocześnie zakazano go opiekunom. Oba rozwiązania miały okazać się bardzo niedoskonałe, gdyż wymienienie karcenia jako rodzicielskiego uprawnienia miało powodować dobór zbyt surowych metod dyscyplinowania, z kolei pełne pozbawienie tego prawa opiekunów prowadziło do ich bezsilności i przekazywania dzieci do zakładów wychowawczych, gdzie narażone były na większe cierpienia i szkody moralne. Zob. T. Sokołowski, *Art. 96(1)*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, wyd. II [online], System Informacji Prawnej LEX, 2020-08-08 07:02, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587289184/152405>, (03.09.2020).

<sup>139</sup> J. Szymańczak, *Prawny zakaz fizycznego karania dzieci*, „Infos. Zagadnienia Społeczno-Gospodarcze” 2009, nr 6 (53), s. 4.



przed krzywdzeniem została wyrażona w ustawie o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej z 2011 r., która określiła m.in. zasady i formy wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych oraz zasady i formy sprawowania pieczy zastępczej<sup>140</sup>. Ustawa podkreśliła m.in. prawo dziecka do ochrony przed poniżającym traktowaniem i karaniem (art. 4), które można traktować jako uzupełnienie do zakazu z art. 96<sup>1</sup> KRiO.

## Bibliografia

### Akty prawne, ich opracowania i projekty

*Landrecht: Dritter Band. Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten. Zweiter Theil, erster Band*, Berlin 1821.

*Prawo kraiowe: Tom trzeci. Powszechnie Prawo Kraiowe dla Państw Pruskich: Część druga, tom pierwszy*, Poznań 1826.

*Landrecht: Vierter Band. Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten. Zweiter Theil, zweiter Band*, Berlin 1821.

*Prawo kraiowe: Tom czwarty. Powszechnie Prawo Kraiowe dla Państw Pruskich: Część druga, tom drugi*, Poznań 1826.

337. *Patent vom 13ten Februar 1797, für West-Galizien*, [w:] *Seiner Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für die Deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie. In den ersten vier Jahren Seiner Regierung*, Wiedeń 1817.

*Ustawy Cywilne Dla Galicyi Zachodniej. Część Pierwsza*, Wiedeń 1797.

*Code civil des Français : édition originale et seule officielle*, Paryż 1804.

*Kodex Napoleona z przypisami. Xiąg trzy*, Warszawa 1810, wyd. w Drukarni XX. Piarów.

946. *Patent vom 1ten Junius 1811*, [w:] *Seiner Majestät des Kaisers Franz Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache. Für die Deutschen Staaten der Oesterreichischen Monarchie. Von dem Jahre 1804 bis 1811. Dritte Fortsetzung der Gesetze und Verfassungen im Justizfache unter seiner jetzt regierenden Majestät Kaiser Franz*, Wiedeń 1818.

Zatorski M., Kasperek F. (oprac.), *Powszechna Księga Ustaw Cywilnych dla wszystkich krajów dziedzicznych niemieckich Monarchji austryjackiej. Z późniejszymi odnośniami ustawami i rozporządzeniami*, Cieszyn 1875.

*Kodex Cywilny Królestwa Polskiego (Dz.Pr.K.P., t. 10, nr 41)*.

Walewski J. (oprac.), *Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego (Prawo z r. 1825). Objaśniony motywami do prawa i jurspreudencyą*, Warszawa 1872.

<sup>140</sup> Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. 2011 nr 149, poz. 887).

- Свод законов Российской империи. Том десятый. Часть I. Законы гражданские, Санкт Петербург 1857. // Svod zakonov Rossijskoj imperii. Tom desjatyj. Čast' I. Zakony graždanskije, Санкт Петербург 1857.*
- Rymowicz Z., Świącicki W. (oprac.), *Prawo cywilne Ziemi Wschodnich, t. X, cz. I: Zводу Praw Rosyjskich. Tekst podług wydania urzędowego z roku 1914, z uwzględnieniem zmian, wprowadzonych przez ustawodawcę polskiego, oraz ustawy związkowe, tudzież judykatura Sądu Najwyższego i b. Senatu Rosyjskiego. Tom Pierwszy, Warszawa 1932.*
- Уложение о наказаниях уголовных и исправительных, с приведением статей других томов Свода законов, на которые сделаны ссылки и указания в этом уложении (изд. 1866 г.), Москва 1867. // Uloženie o nakazaniâh ugovolnyh i ispravitel'nyh, s privedeniem statej drugih tomov Svoda zakonov, na kotorye sdelany ssylki i ukazaniâ v ètom ułożenii (izd. 1866 g.), Moskwa 1867.*
- (Nr. 2321.) *Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896., „Reichsgesetzblatt” 1896, Nr. 21.*
- Lisowski Z. (oprac.), *Kodeks cywilny obowiązujący na ziemiach zachodnich Rzeczypospolitej Polskiej, Poznań 1933.*
- Новое уголовное уложение, Высочайше утвержденное 22 марта 1903 г., Санкт Петербург 1903. // Novoe ugovolnoe uloženie, Vysočajše utverżdennoe 22 marta 1903 g., Санкт Петербург 1903.*
- Kodeks karny z r. 1903: (przekład z rosyjskiego) z uwzględnieniem zmian i uzupełnień obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 1 maja 1921 r., Warszawa 1922.*
- Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1921 nr 44, poz. 267).
- Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych wewnętrznych. (Dz.U. 1926 nr 101, poz. 580).
- Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 19 ноября 1926 года «О введении в действие Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР» // СУ РСФСР. – 1926. – № 82. // Postanovlenie VCIK i SNK RSFSR ot 19 noâbrâ 1926 goda «O vvedenii v dejstvie Kodeksa zakonov o brake, sem'e i opeke RSFSR» // SU RSFSR. – 1926. – № 82.
- Tylbor S. (oprac.), *Kodeks cywilny R.S.F.S.R. z kodeksem ustaw o małżeństwie, rodzinie i opiece, Warszawa 1930.*
- Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб і акти громадянського стану УРСР від 31.05.1926 р. затверджений 3-ю сесією ЦВК УРСР 31.05.1926 р. // ЗУ УРСР. - 1926. - № 67-69. // Kodeks zakoniv pro sim'ju, opiku, šlub i akti gromadâns'kogo stanu URSR від 31.05.1926r. Zatverdženij 3-ju sesiëu CVK URSR 31.05.1926 r. // ZU URSR. - 1926. -.№ 67-69
- О введении в действие Кодекса законов о браке, семье и опеке : постановление ЦИК Белорус. ССР, 27 янв. 1927 г. // Собр. законов и распоряжений Рабоче-крестьян. правительства Белорус. Социалист. Совет. Респ. – 1927. - Отд. 1. - № 7. // O vvedenii v dejstvie Kodeksa zakonov o brake, sem'e i opeke : postanovlenie CIK BELORUS. SSR, 27 ânv. 1927 g. // Sobr. zakonov

i rasporáženij Raboče-krest'ân. pravitel'stva Belorus. Socialist. Sovet. Resp. - 1927. - Otd.1. - № 7.

*Rodzina. Projekt działu polskiego kodeksu cywilnego o stosunkach prawnych rodziców i dzieci opracowany przez prof. Stanisława Gołęba referenta podkomisji, Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki, z. 1, Warszawa 1934.*

*I. Projekt prawa o stosunkach rodziców i dzieci wraz z przepisami o zdolności do działań prawnych. II. Projekt przepisów o Urzędzie Opiekuńczym. Uchwalone w pierwszym czytaniu przez Podkomisję Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki Komisji Kodyfikacyjnej, Komisja Kodyfikacyjna, Podkomisja Prawa o Stosunkach z Pokrewieństwa i Opieki, z. 2, Warszawa 1938.*

Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. – Prawo rodzinne (Dz.U. 1946 nr 6, poz. 52).

Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. – Przepisy wprowadzające prawo rodzinne (Dz.U. 1946 nr 6, poz. 53).

Dekret z dnia 14 maja 1946 r. – Prawo opiekuńcze (Dz.U. 1946 nr 20, poz. 135).

Dekret z dnia 14 maja 1946 r. – Przepisy wprowadzające prawo opiekuńcze (Dz.U. 1946 nr 20, poz. 136).

Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny (Dz.U. 1950 nr 34, poz. 308).

Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. – Przepisy wprowadzające kodeks rodzinny (Dz.U. 1950 nr 34, poz. 309).

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964 nr 9, poz. 59).

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964 nr 9, poz. 60).

Ustawa z dnia 19 grudnia 1975 r. o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1975 nr 45, poz. 234).

Ustawa z dnia 21 grudnia 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2000 nr 122, poz. 1322).

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. 2005, nr 180, poz. 1493).

Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2008 nr 220, poz. 1431).

Uchwała Senatu RP z 28 maja 2010 r. w sprawie ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Druk nr 3095), Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, VI kadencja 2007–2011, <http://orka.sejm.gov.pl/Druk16ka.nsf/wgdruk/3095>.

Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2010 nr 125, poz. 842).

Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. 2011 nr 149, poz. 887).

**Literatura przedmiotu**

- Andrejew I., *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964.
- Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M., *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 2009.
- Boćkowski D., *Białostoczczyzna w radzieckiej polityce okupacyjnej 1939-1944. Zarys problematyki*, "Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio F, Historia" 2005, t. 60.
- Boćkowski D., *Na zawsze razem. Białostoczczyzna i Łomżyńskie w polityce radzieckiej w czasie II wojny światowej (IX 1939 – VIII 1944)*, Warszawa 2005.
- Boćkowski D., *Sądownictwo pod znakiem sierpa i młota – Sowieckie orzecznictwo sądowe na okupowanych terenach wschodnich II Rzeczypospolitej*, [w:] *Przemoc i dzień powszedni w okupowanej Polsce*, red. T. Chinciński, Gdańsk 2011.
- Bołdyrew A., *Kara i strach w wychowaniu dzieci w polskich rodzinach w XIX w.*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2009, nr 3 (28).
- Brańgel J., *Historia zainteresowań przemocą wobec dzieci w odstępach*, „Chowanna” 2010, t. 1.
- Czubaty J., *Księstwo Warszawskie (1807–1815)*, Warszawa 2011.
- Dolecki H., Sokołowski T. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. II [online], System Informacji Prawnej LEX, 2020-08-08 07:02.
- Dyrdół M., *Relacje rodzice – dziecko i ich prawne konteksty*, „Wychowanie w Rodzinie” 2014, t. 10, nr 2.
- Dziobek-Romański J., *Organizacja administracji władz okupacyjnych na ziemiach polskich w latach 1939–1945*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2012, t. 22, nr 3.
- Fiedorczyk P., *Debata nad uchwaleniem polsko-czechosłowackiego prawa rodzinnego w czechosłowackim Zgromadzeniu Narodowym w 1949 r.*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, t. 19, s. 131-132.
- Fiedorczyk P., *Polski kodeks rodzinny z 1950 r. Czy przełom?*, „Zeszyty Prawnicze” 2011, t. 11, nr 2.
- Fiedorczyk P., *Prawo rodzinne ziem wschodnich II Rzeczypospolitej*, [w:] *Wielokulturowość polskiego pogranicza. Ludzie – Idee – Prawo*, red. A. Lityński, P. Fiedorczyk, Białystok 2003.
- Fiedorczyk P., *Radzieckie prawo rodzinne jako przedmiot recepcji w Polsce i innych państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2009, t. 31.
- Fiedorczyk P., *Rozwój prawa rodzinnego na ziemiach polskich*, [w:] *Rodzina i jej gospodarstwo na ziemiach polskich w geografii europejskich struktur rodzinnych do połowy XX wieku*, red. P. Guzowski, C. Kukło, Białystok 2019.
- Fiedorczyk P., *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014.

- Godek S., *Polityka czy prawo, czyli o okolicznościach zniesienia III Statutu litewskiego w Cesarstwie Rosyjskim*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2013, t. XVI.
- Górnicki L., *Prawo cywilne w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej 1919–1939*, Wrocław 2000.
- Grodziski S., *Zabór austriacki 1772–1848*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, t. 3, Warszawa 1981.
- Jędrejek G. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany [online]*, System Informacji Prawnej LEX, 2020-08-27 07:00.
- Korobowicz A., Witkowski W., *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Warszawa 2012.
- Kozyra W., *Okupacyjna administracja niemiecka na ziemiach Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1939–1945*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)” 2013, t. 60, nr 1.
- Leciak I., *Polemika wokół kodyfikacji prawa rodzinnego i opiekuńczego w II Rzeczypospolitej*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2013, t. 13.
- Makówka M., *Pozycja prawna niepełnoletniego w Galicji w świetle Ustaw Cywilnych dla Galicji Zachodniej (Kodeksu cywilnego zachodniogalicyskiego)*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2017, t. 20, nr 35.
- Osajda K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 8, Beck Online, System Informacji Prawnej Legalis, stan na: 2019-11-30.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 6, Beck Online, System Informacji Prawnej Legalis, stan na: 2019-11-30.
- Różycka-Jarosz S., *Karcenie psychiczne dzieci w świetle obowiązujących regulacji prawnych*, „Studia Iuridica” 2012, nr 55.
- Sauk J., *Granice obowiązków i praw rodziców wobec dzieci i społeczeństwa*, Toruń 1967.
- Sobociński W., Senkowska-Gluck M., *Księstwo Warszawskie*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, t. 3, Warszawa 1981.
- Sokołowski T., *Charakter prawny władzy rodzicielskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1982, z. 3.
- Sójka-Zielińska K., *Kodeks Napoleona. Historia i współczesność*, Warszawa 2008.
- Sójka-Zielińska K., *Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność*, Warszawa 2009.
- Spurek S., *Izolacja sprawcy od ofiary. Instrumenty przeciwdziałania przemocy w rodzinie [online]*, System Informacji Prawnej LEX, 2020-08-19 17:29, (03.09.2020)].
- Stankiewicz Z., *Królestwo Polskie 1815–1863*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, t. 3, Warszawa 1981.
- Stankiewicz Z., *Sytuacja prawna Polaków na Litwie, Białorusi i Ukrainie w latach 1772–1863*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, t. 3, Warszawa 1981.
- Sylwestrzak A., *Obowiązki dziecka wobec rodziców*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 3.

- Szer S., recenzja pracy: *Igor Andrejew: Oceny prawne karcenia nieletnich*. Warszawa 1964, PWN, s. 130, „Państwo i Prawo” 1965, nr 1.
- Szymańczak J., *Prawny zakaz fizycznego karania dzieci*, „Infos. Zagadnienia Społeczno-Gospodarcze” 2009, nr 6 (53).
- Śleszyński W., *Okupacja sowiecka na Białostocczyźnie 1939–1941. Propaganda i indoktrynacja*, Białystok 2001.
- Wąsicki J., *Zabór pruski 1772–1806*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski*, red. J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, t. 3, Warszawa 1981.
- Wrzyszc A., Mielnik H., *Status prawny dziecka w niemieckim ustawodawstwie w Generalnym Gubernatorstwie (1939–1945)*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2019, t. 24, nr 1.
- Wrzyszc A., *Organizacja niemieckiego resortu sprawiedliwości w Generalnym Gubernatorstwie w latach 19A39–1945*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)” 2013, t. 60, nr 1.
- Żółciński Z., *Zróżnicowane ramy prawne ojcowskiej władzy rodzicielskiej obowiązujące na ziemiach polskich w pierwszej połowie XIX wieku*, „Biuletyn Historii Wychowania” 2013, nr 30.
- Гарявин А. Н., Емельянова Т. В., Морозан В. В., Солоусов А. С., *История государственного управления*, Москва 2018. // Garâvin A.N., Emel'anova T.V., Morozan V.V., Solousov A.S., *Istoriâ gosudarstvennogo upravleniâ*, Moskva 2018.

## STRESZCZENIE

### Karcenie dzieci na ziemiach polskich. Regulacje prawne od XIX wieku do dziś

Dobór środków wychowawczych na ziemiach polskich przez wieki był niczym nieograniczony i zawierał się w sprawowanej przez rodziców, przede wszystkim ojca, władzy absolutnej nad dzieckiem. Karcenie i jego sposób zależało więc od woli rodziców i sprowadzało się najczęściej do kar cielesnych, np. chłosty. Prawne ograniczenia w tej kwestii zaczęły pojawiać się wraz z XIX-wiecznymi kodyfikacjami prawa cywilnego. Pod rządami Landrechtu pruskiego obojgu rodzicom w procesie kształcenia swych dzieci wolno było użyć wszelkich środków karności nieszkodliwych dla ich zdrowia. W przypadku przejawów okrucieństwa rodziców wobec dzieci sąd mógł m.in. z urzędu zapewnić im odpowiednią pieczę. W austriackim ABGB rodzicom umożliwiono karcenie (karanie) dzieci, jeśli zachowywały się nieobyczajnie, były nieposłuszne bądź zakłócały spokój lub porządek domowy. Miało ono odbywać się w sposób umiarkowany i nieszkodliwy dla zdrowia dziecka, a w przypadku nadużyć sąd był władny wydać odpowiednie rozporządzenia. Na podstawie Kodeksu Napoleona w przypadku ważnych powodów do nieukontentowania z postępów swego małoletniego potomka ojciec mógł zastosować instytu-



cję przytrzymania go w zamknięciu, do rozpoczęcia przez niego szesnastego roku życia przez czas nie dłuższy niż miesiąc, a starszego nie dłużej niż sześć miesięcy. W Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego rodzicom nieukontentowanym postępkami swych dzieci umożliwiono karcenie, które miało być niezagrażające zdrowiu dziecka i postępowi w naukach nieszkodliwe. W przeciwnym przypadku narażali się na upomnienie bądź nawet odebranie władzy rodzicielskiej. W Zwodzie Praw Cesarstwa Rosyjskiego rodzice mieli prawo w stosunku do swych krnąbrnych i nieposłusznych dzieci stosować służące poprawie ich zachowania domowe środki karcenia, a nawet „oddać je do więzienia” (w rzeczywistości do charakterystycznej formy poprawczego zakładu karnego). W niemieckim BGB do środków wychowawczych zaliczono prawo ojca do karcenia dziecka „w sposób odpowiedni”. W przypadku nadużywania przez niego pieczy sąd miał przedsięwziąć środki dla odwrócenia tego stanu. W II Rzeczypospolitej obowiązywały poszczególne ustawodawstwa pozaborcze, a opracowane w czasie międzywojnia projekty zostały wykorzystane przy pracach nad dekretem z 1946 r. Zgodnie z jego przepisami rodzice zostali uprawnieni do karcenia dzieci, jednak bez szkody dla ich zdrowia fizycznego lub moralnego i w granicach wskazanych celem wychowania. W kodeksie rodzinnym z 1950 r. w ogóle zrezygnowano z określenia uprawnień lub wyznaczenia granic dotyczących karcenia, tj. kwestię tę przemilczano. Kierunek ten utrzymano w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym z 1964 r. do czasu aż nowelizacją z 2010 r. całkowicie zakazano karcenia cielesnego.

## SUMMARY

### **Disciplining Children on Polish Territories. Legal Regulations from the 19th Century to the Present Day**

For centuries, the selection of educational means on Polish territories has not been limited, which was the consequence of parental, mostly paternal, absolute power over the child. Disciplining and its manner depended on the will of the parents, and was most often reduced to corporal punishment, such as caning. Legal restrictions on this issue began to appear with the 19th century codifications of civil law. Under the Prussian Landrecht, in the education of their children both parents were allowed to use all means of disciplining not detrimental to their health. In the case of manifestations of cruelty of parents to their children, the court could, among other things, ex officio provide them with appropriate care. In Austrian ABGB, parents were allowed to discipline (punish) their children if they behaved indecently, disobeyed or disturbed the peace or order of the home. This was to take place in a moderate and harmless manner for the health of the child, and in the case of abuse, the court had the power to issue appropriate regulations. Under the Napoleon's Code, in case of important reasons for dissatisfaction from the behaviour of his minor offspring, the father could use the institution of keeping him locked up until he was sixteen years old for no more than one month and for no more than six months in case of the older



child. In the Civil Code of the Kingdom of Poland, parents who were not satisfied with their children's actions have been given the opportunity to discipline them in a way that was not harmful to their health and progress in education. Otherwise, they risked being warned or even deprived of parental authority. In the Digest of Laws of the Russian Empire, parents had the right to use domestic chastisement measures against their fractious and disobedient children to improve their children's behaviour and even "put them in jail" (in fact, to the characteristic corrective form of a prison). In the German BGB, the father's right to punish his child „in an appropriate manner” was included among the educational measures. In case of abuse of custody, the court was to take measures to reverse such situations. In the Second Republic of Poland, the laws of the former partitioners were in force, and projects developed during the interwar period were used in the preparation of the 1946 decree. According to its provisions, parents were entitled to discipline their children, but without harming their physical or moral health and within the limits indicated for their upbringing. In the Family Code of 1950, there was no mention at all of the powers or limits of disciplining, i.e., the issue was kept quiet. This direction was maintained in the 1964 Family and Guardianship Code, until the 2010 amendment completely prohibited corporal punishment.



**Katarzyna Kamińska**

Uniwersytet Śląski  
e-mail: katarzynakaminska@us.edu.pl

ORCID: 0000-0002-4438-0127

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.04

## **Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemiennej (*joint physical custody*)<sup>1</sup>**

### **ABSTRAKT**

Celem niniejszego artykułu jest określenie charakteru prawnego i treści pieczy naprzemiennej (*joint physical custody*) w polskim prawie rodzinnym, ze szczególnym uwzględnieniem doświadczeń amerykańskich związanych ze wspólną opieką rodziców nad dzieckiem (*joint custody*). Instytucja pieczy naprzemiennej nie została *expressis verbis* uregulowana w polskim prawie rodzinnym, jednak obowiązujące przepisy nie wykluczają *de lege lata* takiego sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu. Samo pojęcie „pieczy naprzemiennej”, choć niewymienione w tekście Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, pojawia się w ustawie o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci, jednak bez jakiegokolwiek definicji czy dookreślenia. Ponadto, w regulacjach Kodeksu postępowania cywilnego mowa jest o „orzeczeniu, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”. Należy domniemywać, że przepisy te, wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r., dotyczyć mają właśnie pieczy naprzemiennej, jednak trzeba podkreślić, że także w tym kodeksie nie zapisano takiego określenia. Tym samym w materii tej panuje obecnie duża niepewność prawna, prowadząca do różnego traktowania obywateli przez sądy i organy administracji publicznej. Tak zakreślony cel był realizowany metodą analizy treści przepisów art. 58 § 1 i art. 107 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz metodą porównawczą pojęć,

<sup>1</sup> Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego o nr 2019/33/N/HS5/00284 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

m.in. pojęć „pieczy naprzemiennnej” i „naprzemiennnej władzy rodzicielskiej”. Starano się także wyjaśnić, dlatego pojęcie „piecza naprzemienna” jest bardziej odpowiednie niż „opieka naprzemienna”. W artykule pochyłono się nad standardem najlepiej pojętego interesu dziecka, którego polskim odpowiednikiem jest dobro dziecka. Standard ten nie jest tak prosty jak mogłoby się wydawać. W tym kontekście, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie toczyła się dyskusja nad wprowadzeniem dwóch heurystyk, funkcjonujących na zasadzie domniemań prawnych: „wrażliwych lat” i pierwszoplanowego opiekuna. Opierając się na amerykańskiej literaturze prawniczej, omówiono następujące formy pieczy naprzemiennnej: „długoterminową”, „krótkoterminową”, „gniazdową” i „uznaniową”. Co więcej, zebrano i uporządkowano najbardziej znane w Stanach Zjednoczonych harmonogramy sprawowania pieczy naprzemiennnej. Analiza wybranych orzeczeń sądów amerykańskich miała wykazać, że piecza naprzemienna nie jest instytucją jednolitą i może implikować problemy z rozstrzygnięciem o niej w sądach. W tym kontekście odniesiono się również do domniemania prawnego tzw. *approximation rule*. Hipoteza główna artykułu brzmi następująco: piecza naprzemienna nie oznacza wyłącznie układów symetrycznej opieki nad dzieckiem, a jej poprawne stosowanie przez sądy wymaga rozważenia przez sąd wielu indywidualnych czynników.

### ABSTRACT

#### The evolution of parental care with emphasis on joint physical custody (joint physical custody)

The article is intended to determine the legal character and substance of joint physical custody in Polish family law, with a special focus on American experiences with joint custody. To this date, the institution of joint physical custody has not been regulated *expressis verbis* in Polish family law. However, current provisions do not preclude *de lege lata* such a manner of exercising parental authority. The term *joint physical custody*, although not mentioned in the text of the Family and Guardianship Code, does appear in the text of the State Aid for Child Support Act, but without a definition or any specification. Furthermore, provisions of the Code of Civil Procedure make reference to *a judgment, in which the court deemed that the child would reside with each of the parents over recurring periods of time*. It is appropriate to presume that these provisions, introduced by the Act of 25 June 2015, are intended to apply to joint physical custody, although it should be stressed that the term in question is not used in the provisions of the Code of Civil Procedure, either. Hence, the matter in question is surrounded by considerable legal uncertainty, causing citizens to be treated differently by courts and public administration authorities. The above-mentioned general objective was achieved through method of analysis of the content of Article 58 § 1 and Article 107 § 1 of the Family and Guardianship Code, as well as method of conceptual analysis – analysis of the following concepts: “joint physical custody” and “alternating parental authority”. Furthermore, it has been explained why a concept of

„joint physical custody” is better than „joint physical care”. In the article, the standard of the „best interest of the child” (which is an American equivalent of the „child welfare”) was discussed. This standard is not easy as it might seem. In this context, there has been intense discussion in case law and legal literature on implementation of two heuristics: „tender years presumption” and „primary care-taker preference”. Based on American legal literature, the following types of joint physical custody have been discussed: long-term block time, alternating short-term block time, birdnest and free access. Furthermore, most popular in the United States joint physical custody schedules were collected and collated. An analysis of the selected American case-law was dedicated to ascertain that institution of joint physical custody is not uniform and may cause problems in the courts. This problem was also dealt with in the context of approximation standard, otherwise known as *past caretaking standard*. The main research hypothesis is as follows: joint custody does not denote only symmetrical child care arrangements, and its correct application by courts is contingent upon courts taking into account a number of individual factors.

**Słowa kluczowe:** piecza naprzemienna, władza rodzicielska, plan wychowawczy, rozwód, opieka nad dziećmi

**Key words:** joint physical custody, parental authority, parenting plan, divorce, child care

## Pieczka naprzemienna w prawie polskim

Fakt, że rodzice żyją w rozłączeniu, nie musi mieć wpływu na wspólne wykonywanie przez nich władzy rodzicielskiej. Jednym ze sposobów uregulowania wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub przez rodziców z innych powodów żyjących w rozłączeniu nad ich wspólnymi małoletnimi dziećmi jest piecza naprzemienna<sup>2</sup>. Została ona wprowadzona do ustawodawstwa niektórych państw Europy oraz w Stanach Zjednoczonych na przełomie lat 80. i 90. XX w.<sup>3</sup> Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w dokonujących się w poszczególnych społeczeństwach przemianach, które nie ominęły i Polski, aczkolwiek problem pieczy stał się przedmiotem szerszej dyskusji dopiero po nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej jako: k.r.o.)<sup>4</sup> z dnia 6 listopada 2008 r.<sup>5</sup> Po wejściu w życie tej nowelizacji w polskiej doktrynie pojawiły

<sup>2</sup> Zob. J. Ignaczewski, [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2015, s. 68.

<sup>3</sup> Zob. J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018, s. 505 i nast.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2086 z późn. zm.).

się odmienne stanowiska na temat dopuszczalności ustalania takiego sposobu opieki. Część przedstawicieli doktryny uznała takie rozstrzygnięcia za dopuszczalne<sup>6</sup>, a inni optowali przeciw wspomnianemu rozwiązaniu<sup>7</sup>. Natomiast warto zauważyć, że w literaturze zagranicznej spór nie dotyczy właściwie tego, czy rodzice mogą się porozumieć i dobrowolnie wprowadzić pieczę naprzemienną, co uważane jest za oczywiste, ale czy takie rozwiązanie może im być narzucone<sup>8</sup>. Z pieczę naprzemienną łączy się niekiedy kwestia tzw. władzy naprzemiennej, która polega na tym, że dziecko przebywa okresowo raz u jednego, raz u drugiego rodzica i w tym czasie ten rodzic wykonuje władzę rodzicielską<sup>9</sup>. W doktrynie panuje zgoda, że taki czasowy podział wykonywania władzy rodzicielskiej nigdy nie był i nie jest nadal dopuszczalny w polskim prawie<sup>10</sup>.

Samo pojęcie „pieczy naprzemiennej” nie zostało jak dotąd zdefiniowane w k.r.o., ani też nie ma w tym kodeksie o nim wzmianki<sup>11</sup>. Uprzedzając jednak dalszy wywód należy przesądzić, że brak w przepisach k.r.o. wyraźnej regulacji pieczy naprzemiennej nie oznacza niedopuszczalności jej orzeczenia<sup>12</sup>. Rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej rozwodzących się rodziców czy też z innych powodów żyjących w rozłączeniu w postaci ustanowienia pieczy naprzemiennej

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. 2008 nr 220, poz. 1431).

<sup>6</sup> Zob. R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 17-18 (dalej: RiP), s. 13.

<sup>7</sup> Zob. W. Stojanowska, *Rozdział II, Rozwód*, [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – wykładnia- komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, s. 67 i nast.; eadem, „Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia, [w:] *Acta Iuris Stetinensis 6 Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821, s. 306 i nast.

<sup>8</sup> Zob. M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, nr 25, s. 105.

<sup>9</sup> Zob. J. Ignatowicz, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątowski, Wrocław 1985, s. 900-901; H. Haak, *Ustanie małżeństwa. Komentarz*, Toruń 1998, s. 77; B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 500; M. Manowska, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 530; J. Ignaczewski, [w:] *Rozwód i separacja. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2016, s. 91; A. Zieliński, *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozwodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016, s. 90.

<sup>10</sup> Zob. B. Czech, *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, RiP 2009, nr 12, s. 26; J. Ignaczewski, [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014, s. 255; wyr. Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1952 r., sygn. akt C 414/52, OSN 1952, Nr 2, poz. 47.

<sup>11</sup> Zob. T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, RiP 2011, nr 19, s. 6; J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, RiP 2011, nr 19, s. 32; por. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 maja 2017 r. (IV.7021.91.2017 MK).

<sup>12</sup> Zob. M. Habdas, *The Evolution of Joint Parenting in Poland: the Legal Perspective on Lessons Learned and Still to Be Learned*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2019, t. 33, nr 3, s. 358-359.

jest rozwiązaniem, które mieści się obecnie w dyspozycji art. 58 § 1 i 1a oraz 107 § 2 k.r.o.<sup>13</sup> Forma pieczy naprzemiennej jest możliwa w zawartym przez nich pisemnym porozumieniu o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem (planie wychowawczym). Orzeczenie pieczy naprzemiennej jest możliwe zarówno w przypadku przedstawienia przez rodziców porozumienia zawierającego zgodny wniosek dotyczący takiego rozstrzygnięcia, jak również w razie braku takiego wniosku. W doktrynie prawa rodzinnego pojawiają się też głosy przeciwne co do możliwości ustanawiania przez sądy pieczy naprzemiennej na gruncie aktualnych uregulowań k.r.o.<sup>14</sup> Potwierdzenie istnienia pieczy wynika z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (dalej jako: k.p.c.)<sup>15</sup>, aczkolwiek także i w tym kodeksie nie posłużono się pojęciem „pieczy naprzemiennej”. W art. 582<sup>1</sup> § 4 k.p.c., art. 598<sup>22</sup> k.p.c. oraz art. 756<sup>2</sup> § 2 k.p.c. posłużono się formułą „mieszkania dziecka z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”, a w art. 756<sup>2</sup> § 1 pkt 3 k.p.c. jest mowa o pieczy nad dzieckiem polegającej na mieszkaniu z każdym z rodziców w powtarzających się okresach. Każde z tych unormowań nawiązuje do pieczy naprzemiennej<sup>16</sup>.

W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (dalej jako: u.p.p.)<sup>17</sup>, wprowadzono do obrotu prawnego pojęcie „opieki naprzemiennej”. W uchylonym już art. 2 pkt 16 u.p.p. regulowano sytuację, w której dziecko, zgodnie z orzeczeniem sądu, znajduje się pod opieką naprzemienną obojga rodziców rozwiedzionych lub żyjących w rozłączeniu. *De lege lata*, art. 5 ust. 2a u.p.p. stanowi, że gdy dziecko, zgodnie z orzeczeniem sądu, jest pod opieką naprzemienną obojga rodziców rozwiedzionych, żyjących w separacji lub żyjących w rozłączeniu sprawowaną w porównywalnych i powtarzających się okresach, kwotę świadczenia wychowawczego ustala się każdemu z rodziców w wysokości połowy kwoty przysługującego za dany miesiąc świadczenia wychowawczego. Pojęcie „opieki naprzemiennej” nie zostało jednak zdefiniowane na potrzeby u.p.p., co może rodzić wątpliwość organów administracyjnych, czy przepis ten należy stosować literalnie, odmawiając przyznania świadczenia wychowawczego rodzicowi faktycznie sprawującemu opiekę naprzemienną nad dzieckiem, o której jednak nie orzekł sąd rodzinny<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Zob. K. Czekał-Czapła, M. Kucharska, B. Wartenberg-Kempka, *Komentarz do art. 5 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci*, [w:] *Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Komentarz*, red. J. Blicharz, J. Glumińska-Pawlic, L. Zacharko, LEX/el., 2019, numer: 10844.

<sup>14</sup> Por. J. Słyk, [w:] *Meritum prawo rodzinne*, red. G. Jędrejek, Warszawa 2017, s. 824-825.

<sup>15</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2217 z późn. zm.).

<sup>16</sup> Zob. J. Gajda, [w:] *Kodeks...*, s. 508.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2407 z późn. zm.).

<sup>18</sup> Por. P. Fiedorczyk, *Attempts at redefining the family in contemporary Polish Law*, “International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2012, t. 3, s. 367-369.



Jak dowodzi M. Sondej, pomocne nie są przy tym też sądy administracyjne, które zajmują w tej sprawie różne stanowiska<sup>19</sup>.

Ponadto użycie przez ustawodawcę pojęcia „opieki naprzemiennej”, zamiast „pieczy naprzemiennej”, nie wydaje się być trafne. Z omawianą instytucją mamy do czynienia tylko w sytuacji, gdy obojgu rodzicom dziecka przysługuje nad nim władza rodzicielska. Na władzę rodzicielską, zgodnie z art. 95 § 1 k.r.o. składa się ogół praw i obowiązków względem dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenie jego interesów. Obejmuje ona w konsekwencji w szczególności: pieczę nad osobą dziecka, zarząd jego majątkiem i reprezentowanie dziecka<sup>20</sup>. Opieka nie stanowi instytucji prawa rodzinnego, lecz instytucję osobowego prawa cywilnego<sup>21</sup>. Dziecko nie może jednocześnie podlegać władzy rodzicielskiej i opiece; pieczę sprawuje rodzic, a opiekę ustanowiony przez sąd opiekun. Argumenty te przemawiają za posługiwaniem się jednolitym pojęciem „pieczy naprzemiennej”, jednak także w piśmiennictwie można spotkać się z nazywaniem tej instytucji „opieką naprzemienną”<sup>22</sup>.

W literaturze przedmiotu pojawiła się także definicja „pieczy podzielonej”, która polega na tym, że dziecko przebywa okresowo u każdego z rodziców, a ci w ten sposób wykonują przysługującą im nadal władzę rodzicielską, mając możliwość kontaktowania się z dzieckiem w równym stopniu<sup>23</sup>. Niektórzy autorzy posługują się również pojęciem „opieki równoważnej”<sup>24</sup>. Wątpliwość budzić może jednak brzmienie użytego w definicji „pieczy podzielonej” zwrotu: „w równym stopniu”. W tym miejscu należy podkreślić, iż instytucja pieczy naprzemiennej nie oznacza wyłącznie układów symetrycznej opieki nad dzieckiem, a jej poprawne stosowanie przez sądy wymaga rozważenia przez sąd wielu indywidualnych czynników<sup>25</sup>. Trafnie bowiem zauważyło Samorządowe Kolegium Odwoławcze, że istotą pieczy naprzemiennej jest zapewnienie każdemu z rodziców

<sup>19</sup> Tak: M. Sondej, *Orzeczenie sądu o sprawowaniu opieki naprzemiennej, jako podstawa wypłaty świadczenia wychowawczego na rzecz rodzica sprawującego taką opiekę*, LEX/el. 2018, (07.02.2020).

<sup>20</sup> Por. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 232-233.

<sup>21</sup> Tak: T. Smyczyński, [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, red. T. Smyczyński, t. 12, Warszawa 2011, s. 834n.

<sup>22</sup> Zob. np. D. Mróz-Krysta, *Komentarz do ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2015 r., poz. 1062)*, LEX/el. 2016 (30.01.2020); A. Grabowska, *Zmiany w zasadach orzekania o władzy rodzicielskiej przy rozwodzie wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, [w:] *Prawo – rodzina – praca*, red. M. Andryszczak, R. Badowiec, D. Gęsicka, Toruń 2017, s. 104; ponadto błędem jest traktowanie obu tych pojęć synonimicznie, por. K. Kędziera, M. Stępień, *Pieczna naprzemienna w polskim prawie rodzinnym*, „Palestra” 2018, nr 3, s. 27.

<sup>23</sup> Zob. J.F. Strzebinczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 181.

<sup>24</sup> Zob. M. Andryszczak, *Dwa domy, dwa życia – czyli o tzw. pieczy naprzemiennej*, [w:] *Prawo – rodzina...*, s. 87.

<sup>25</sup> Por. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 368.

możliwości spędzania z dzieckiem porównywalnej, co niekoniecznie oznacza równą ilość czasu<sup>26</sup>.

Na potrzeby niniejszego artykułu najbardziej przydatne jest pojęcie „pieczy naprzemiennej” i to zgodnie z definicją zaproponowaną przez M. Domańskiego, zgodnie z którą piecza naprzemienna dotyczy sytuacji, gdy obojgu rodzicom pozostawiono pełnię władzy rodzicielskiej i jednocześnie nastąpiło równomierne (w sensie zrównoważone) podzielenie w czasie elementu bezpośredniej opieki nad dzieckiem<sup>27</sup>. Zgodnie z takim rozstrzygnięciem, w określonych okresach, zmienia się rodzic sprawujący pieczę nad dzieckiem, co naturalnie łączy się ze zmianą miejsca przebywania dziecka lub rodziców. W dużym uproszczeniu można określić pieczę naprzemienną jako element władzy rodzicielskiej, w ramach którego oboje rodzice zajmują się dzieckiem w jednakowym stopniu, w środowiskach wychowawczych stworzonych przez każdego z rodziców z osobna, przy czym owa piecza sprawowana jest przez porównywalne okresy przez każdego z rodziców<sup>28</sup>. Mogłoby się wydawać, że istotą pieczy naprzemiennej jest czasowy podział związany z miejscem pobytu dziecka. Jest to jednak rozwiązanie o charakterze technicznym, a od miejsca pobytu ważniejsze wydają się być zgodne relacje rodziców, którzy wzajemnie – mimo rozstania – respektują swe prawo i obowiązek do równoważnego współuczestnictwa w wychowywaniu dziecka. Równoważność rodzicielska jest pojęciem bardziej złożonym, ponieważ jej istotą nie jest organizacja czasu, lecz założenie współpracy rodzicielskiej i zaangażowanie obojga rodziców w opiekę nad dzieckiem<sup>29</sup>. Najpełniej wyraził to J. M. Łukasiewicz: „jest to swoistego rodzaju przywilej rodzicielski (np. w przeciwieństwie do kontaktów z dzieckiem, które stanowią obowiązek rodzicielski), któremu moc nadać można wyłącznie na podstawie zgodnego konsensusu rodzicielskiego”<sup>30</sup>.

Niezależnie od powyższego, w odpowiedzi na pojawiające się w doktrynie poglądy o braku podstawy prawnej do ustanawiania pieczy naprzemiennej, wobec faktu, że żaden z przepisów materialnoprawnych k.r.o. nie przewiduje wprost

<sup>26</sup> Zob. decyzja Samorządowego Kolegium Odwoławczego we Wrocławiu z dnia 19 września 2016 r. (SKO 4318/296/16); por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt I OSK 878/17; wyr. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Bk 741/18.

<sup>27</sup> Zob. M. Domański, *Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka*, „Przegląd Sądowy” 2016, listopad-grudzień, s. 118.

<sup>28</sup> Zob. M. Bieszczad, *Piecza naprzemienna w przypadku braku pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktu*, [w:] *Prawa dziecka - perspektywa prywatnoprawna i społeczna*, red. D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Wedeł-Domaradzka, b.m.w. 2019, s. 115-116.

<sup>29</sup> Zob. J. Ignaczewski, [w:] *Komentarz...*, s. 257-258.

<sup>30</sup> Tak: J. M. Łukasiewicz, *Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 2 (46), s. 58.

takiego rozwiązania, trwają prace nad nowelizacją kodeksu, w wyniku których ma zostać dodany art. 58 § 1aa k.r.o. w brzmieniu: „sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach” oraz art. 107 § 2a k.r.o. w brzmieniu: „sąd może pozostawić wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach”<sup>31</sup>. Ostatnia wzmianka z prac sejmowych pochodzi z dnia 2 lipca 2019 r.<sup>32</sup>, jednak proces legislacyjny w dalszym ciągu nie został zakończony<sup>33</sup>.

Dotychczas usiłowano naszkicować problem pieczy naprzemiennej w prawie polskim. Można powiedzieć, że piecza naprzemienna jest instytucją nową dla rozwiązań prawnych dla zapewnienia opieki nad dziećmi w Polsce, przynajmniej jeżeli chodzi o samą nazwę. Podobne formy istniały już wcześniej, jednakże nie przybierały tak zorganizowanej formy. Rozwiązanie to jest znane już od bardzo dawna w Stanach Zjednoczonych i krajach skandynawskich. W polskich sądach orzeczenia o naprzemiennej pieczy zapadają jednak rzadziej<sup>34</sup>. Z dostępnego na stronie Wymiaru Sprawiedliwości opracowania *Rozwody – opieka nad dziećmi w latach 2003–2018* wynika, że w 2018 r. wydano w sumie 36 214 orzeczeń o rozwodach małżeństw posiadających małoletnie dzieci na utrzymaniu, z czego w 20 955 orzeczeniach wykonywanie władzy rodzicielskiej powierzono wspólnie obojgu rodzicom. Dla porównania, w 2003 r. liczba ta była dwukrotnie niższa, wynosiła bowiem 9 487<sup>35</sup>. Być może wynika to z faktu, że wiele spośród rozwodzących się par jest ze sobą tak mocno skonfliktowanych, że nie są w stanie wypracować kompromisu co do sprawowania opieki nad dziećmi<sup>36</sup>.

Dalsze rozważania będą dotyczyć doświadczeń amerykańskich związanych ze wspólną opieką rodziców nad dzieckiem, ponieważ są one dobrze poznane i zbadane w praktyce, jak również opisane w literaturze naukowej. Ujęcie to wzbogaca rozważania na temat wprowadzenia regulacji – materialnoprawnej czy procesowej – pieczy naprzemiennej jako podstawowej formy opieki nad dzieckiem rozwodzie lub w sytuacji rozłączenia rodziców w innych krajach (w tym także Polsce).

<sup>31</sup> Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 lutego 2019 r., druk nr 3254, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E6E4F16B8-BE6C428C12583AE00523F12/%24File/3254.pdf>, (07.02.2020).

<sup>32</sup> Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, [http://www.sejm.gov.pl/S\\_ejm8.nsf/druk.xsp?nr=3564](http://www.sejm.gov.pl/S_ejm8.nsf/druk.xsp?nr=3564), (07.02.2020).

<sup>33</sup> Przebieg procesu legislacyjnego – druk nr 3254, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3254>, (07.02.2020).

<sup>34</sup> Zob. np. wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ca 352/13; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt IV C 1212/17.

<sup>35</sup> Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, opracowania wieloletnie, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>, (07.02.2020).

## Geneza wspólnej opieki rodziców nad dzieckiem w prawie amerykańskim

Na przestrzeni dziejów można zaobserwować postępujący rozwój amerykańskiego prawa rodzinnego<sup>37</sup>. Początkowo opierało się ono na wzorach angielskiego prawa rodzinnego *common law*, aby następnie kojarzyć je ze wzorami europejskiego prawa rodzinnego stanowionego. Obecnie oba te wzorce współlistnieją w amerykańskim prawie rodzinnym na zasadach koegzystencji w amerykańskim systemie prawnym *common law* z prawem stanowionym, a ich treści, struktury i funkcje zmieniają się pod wpływem różnych czynników społecznych<sup>38</sup>. To samo dotyczy instytucji władzy rodzicielskiej, wspólnej opieki rodziców nad dzieckiem (*joint custody*) i pieczy naprzemiennej (*joint physical custody*). Należy podkreślić, że władza rodzicielska nie jest czymś stałym i raz na zawsze ukształtowanym. Ewoluuje od rzymskiej *patria potestas* z jej *ius vitae ac necis* na czele<sup>39</sup>, do uzyskania przez kobiety równouprawnienia, stała się władzą obojga rodziców. Dziecko z przedmiotu tej władzy stało się podmiotem praw i obecnie władza rodzicielska ma charakter przede wszystkim opiekuńczo-wychowawczy.

W drugiej połowie XX w. w Stanach Zjednoczonych zaczęła gwałtownie zwiększać się liczba rozwodów, w tym osób mających wspólne małoletnie dzieci. W rezultacie, od początku lat 80. XX w. zwiększyła się liczba sporów, w ramach których sądy stawały przed koniecznością rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej<sup>40</sup>. Zachodzące wówczas przemiany społeczne, które były głównie konsekwencją rosnącej aktywności zawodowej kobiet, rozwoju ruchu feministycznego i organizacji broniących praw ojców, dały asumpt do dyskusji. Okazało się, że istniejący system prawny wymaga naprawy. Przedmiotem rozważań w tej części pracy będzie rozwój władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub rodziców z innych powodów żyjących w rozłączeniu, od XIX w. do chwili obecnej. Przegląd historycznych form i modeli wykonywania władzy pozwoli pokazać, jak prawo i filozofia dostosowywały się do zmieniających się czasów<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> Por. A. Dudak, *Samotne ojcostwo*, Kraków 2006, s. 39-48.

<sup>37</sup> W rozważaniach posłużono się ogólnym sformułowaniem „prawo amerykańskie”, aczkolwiek stanowi to pewne uproszczenie; każdy amerykański stan ma własne ustawodawstwo w zakresie prawa rodzinnego; często pozostaje ono jednak pod wpływem regulacji modelowej, jaką jest jednolita ustawa dotycząca małżeństwa i rozwodu (*Uniform Marriage and Divorce Act*) i dlatego przyjmowane w poszczególnych stanach rozwiązania prawne są często podobne.

<sup>38</sup> Tak: R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 109.

<sup>39</sup> Na treść władzy ojcowskiej składał się wiele uprawnień, wśród których najbardziej drastyczne było *ius vitae ac necis* czyli prawo ojca do uśmiercenia własnego dziecka, zob. B. F. Wierzbowski, *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym. Władza nad osobami dzieci*, Toruń 1977, s. 23-24.

<sup>40</sup> Zob. J. Kosińska-Wiercińska, op. cit., s. 13-14.

<sup>41</sup> Zob. H. Jacob, *Silent revolution: the transformation of divorce law in the United States*, Chicago 1988, s. 127 i nast.

Początków prawa opiekuńczego upatruje się w angielskim *common law* i wyłącznej – absolutnej i nieograniczonej – władzy ojca nad dziećmi, które były uważane za jego własność<sup>42</sup>. W okresie kolonialnym i czasach wczesnej republiki prawo amerykańskie podążało za angielskim *common law*, w którym ojciec był nazywany „*master of the family*” i posiadał kontrolę nad całą rodziną, w myśl rzymskiej doktryny *pater familias*<sup>43</sup>. Według J. Folberg, domniemanie władzy ojcowskiej w Stanach Zjednoczonych w XIX w. nie było jednak tak surowe jak w swej pierwotnej angielskiej wersji<sup>44</sup>. Niemniej jednak, w sporach o władzę rodzicielską, to ojcu było przyznawane prawo do opieki nad dzieckiem<sup>45</sup>. Ingerencja sądu w naturalne prawo ojca do opieki mogła mieć miejsce tylko w uzasadnionych przypadkach „moralnego upadku ojca”. Z czasem zauważono, że dziecko nie jest ani własnością ojca, ani żadnej innej osoby, ale stanowi odrębną jednostkę zasługującą na uwzględnienie jej potrzeb<sup>46</sup>. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w dokonujących się przemianach ekonomicznych i społecznych w XIX w., które miały istotny wpływ na tradycyjne postrzeganie rodziny. Industrializacja, przejście do pracy najemnej, oddzielenie miejsca pracy od miejsca domu, które „ulokowało” mężczyzn w fabrykach, a kobiety w domach – to wszystko wpłynęło na zmianę dynamiki rodziny.

W doktrynie i orzecznictwie zaczęto zwracać uwagę na najlepiej pojęty interes dziecka (*best interest of the child*). Pierwszym orzeczeniem, w którym zastosowano ten standard był wyrok Sądu Najwyższego Pensylwanii z 1813 r., w którym sąd przyznał władzę rodzicielską matce, mimo że popełniła ona cudzołóstwo<sup>47</sup>. Zasada nadrzędnego interesu dziecka rozszerzyła granice dyskrecyjnej władzy sędziowskiej do tego stopnia, że część doktryny określiła to mianem „reżimu władzy sędziowskiej”<sup>48</sup>. Jak wskazuje A. M. Caulley, szeroka

42 Zob. M. Grossberg, *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America (Studies in Legal History)*, “The University of North Carolina Press” 1985, s. 235-239.

43 Por. I. Żeber, *Expositio infantis (porzucenie dziecka) w antycznym Rzymie*, [w:] *Dziecko i jego pozycja prawna w dziejach*, red. A. Pasek, Kolonia Limited 2014, s. 31, 34-35.

44 Tak: J. Folberg, *Custody Overview*, [w:] *Joint custody and shared parenting*, red. J. Folberg, New York – London 1991, s. 3-5.

45 Zob. K.T. Graham, *How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations*, “Duke Journal of Gender Law & Policy” 2001, t. 8, s. 324.

46 W stanie Maryland zakazano używania pojęcia dziecka w kategoriach własności ojca, a sądy oparte na prawie słuszności (*equity courts*) zaczęły stawiać sobie za cel – najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka, zob. *McAndrew v. McAndrew*, Court of Special Appeals of Maryland, 39 Md. App. 1, 382 A.2d 1081 (1978), cytując: *Ross v. Hoffman*, Court of Appeals of Maryland, 280 Md. 172, 175, 372, A.2d 582 (1977).

47 Zob. A. Rosen, *A brief history of „best interests”*, <https://www.avramrosen.com/blog/2011/may/a-brief-history-of-best-interests->, (07.02.2020).

48 Zob. M. Gossberg, *A judicial...*, s. 289-307.

swoboda sędziowska łączyła się z postulowanym wówczas działaniem sądu w ramach *parens patriae*<sup>49</sup>. Model ten zakładał, że w sporach o władzę rodzicielską to sędzia ma najlepszą perspektywę dla oceny faktów, a nie skonfliktowani rodzice. Na najlepiej pojęty interes dziecka zaczęto powoływać się w XIX w., a obecnie w większości stanów, z mocy prawa lub precedensu, znajduje on swoje zastosowanie<sup>50</sup>. Wiele z nich uchwaliło katalogi przesłanek, które sąd bierze pod uwagę przy wydawaniu orzeczenia o władzy rodzicielskiej<sup>51</sup>.

Zagadnienie *best interest of the child* reguluje także jednolita ustawa dotycząca małżeństwa i rozvodu (*Uniform Marriage and Divorce Act* [dalej: UMDA]) z 1970 i 1973 r.<sup>52</sup> Została ona przyjęta przez Narodową Konferencję Komisarzy do Spraw Ujednolicania Prawa Stanowego (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) jako wzorzec dla ustawodawstw poszczególnych stanów. UMDA nie jest jednak aktem prawa federalnego; została przyjęta częściowo w niektórych stanach, a 8 wprowadziło do swoich porządków prawnych jej podstawowe zasady odnoszące się do rozpadu małżeństwa. Tym niemniej, był to ważny instrument polityczny wyznaczający nowy kierunek w prawie rozwodowym, a dotyczący m.in. zniesienia przesłanki winy w rozwodzie<sup>53</sup>. Zgodnie z § 402 UMDA, sąd orzekając o władzy rodzicielskiej kieruje się najlepszym zabezpieczeniem interesów dziecka. W tym celu sąd rozważa wszystkie ważne przesłanki, wśród nich: (1) życzenia rodziców w kwestii opieki nad dzieckiem; (2) życzenia dziecka co do opieki nad nim; (3) relacje dziecka z rodzicami, rodziną oraz z innymi osobami bliskimi; (4) przystosowanie się dziecka do

49 Zob. A.M. Caulley, *Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations*, "Boston University Public International Law Journal" 2018, t. 27, s. 410; *parens patriae* to łaciński termin oznaczający „ojca narodu”; zgodnie z doktryną *parens patriae*, państwo jest najwyższym opiekunem dziecka, które podlega jego jurysdykcji, a sądy stanowe mogą ingerować w wykonywanie władzy rodzicielskiej w celu zabezpieczenia interesu dziecka, gdy jego dobro zostało zagrożone przez konflikt rodziców, zob. R. Longley, *What Is Parens Patriae? Definition and Examples*, 2019, <https://www.thoughtco.com/parens-patriae-definition-examples-4588615>, (07.02.2020).

50 W Stanach Zjednoczonych system federalny umożliwia stanom zachowanie władzy ustawodawczej, która nie jest przekazana na szczebel ogólnokrajowy; w tym systemie wiele zagadnień odnoszących się do prawa rodzinnego pozostało w gestii poszczególnych stanów, a w konsekwencji szczegółowe zagadnienia doznały odmiennych regulacji w różnych stanach, por. K. A. Collins, *Federalism's Fallacy: The Early Tradition of Federal Family Law and the Invention of States' Rights*, "Cardozo Law Review" 2005, t. 26, s. 1762.

51 Zob. np. § 20-124.3 Code of Virginia (2019); § 518.17 Minnesota Statutes (2019).

52 Uniform Marriage and Divorce Act (1970, zmieniona w 1973 r.).

53 W prawie amerykańskim do drugiej połowy XX w. nie znano rozwodu bez orzekania o winie; rozwód bez orzekania o winie wprowadzono po raz pierwszy w Kalifornii w latach 70. XX w., por. E. Rayne, *California's No Fault Divorce Law*, <https://info.legalzoom.com/californias-fault-divorce-law-25049.html>, (07.02.2020).



nowych warunków (domu, szkoły, środowiska); (5) zdrowie i stan psychiczny wszystkich osób zainteresowanych<sup>54</sup>.

Na pierwszy rzut oka omawiany standard nie wydaje się być skomplikowany, jednak w praktyce okazał się być dla sądów nie lada wyzwaniem. Jak wyjaśnia D. L. Chambers, decyzje oparte na elastycznych standardach odbierane są jako zbyt arbitralne, a samym sędziom często zarzuca się, że nie kierują się prawem, lecz osobistymi poglądami i wyznawanymi wartościami; że ulegają własnym uprzedzeniom; że nie korzystają z dorobku innych dziedzin nauki, takich jak np. psychologia dziecięca<sup>55</sup>. Sąd musi rozstrzygnąć nie tylko co jest, ale również co będzie najlepszym zabezpieczeniem interesów dziecka w przyszłości<sup>56</sup>. Trudno jednak o konsensus co do tego, jakie wartości rodzinne powinny być uważane za „najlepsze”, stąd omawiany standard może być postrzegany jako bliżej nieokreślony i spekulatywny. Jako ciekawostkę historyczną można podać, że niektórzy sędziowie twierdzili, że o władzy rodzicielskiej może zadecydować rzut monetą i rodzic, który wygrał losowanie, otrzymywał prawo opieki nad dzieckiem, np. w okresie świąt Bożego Narodzenia<sup>57</sup>.

Remedium na sygnalizowane wcześniej problemy miały być ukształtowane w orzecznictwie heurystyki, które funkcjonowały na zasadzie domniemań prawnych<sup>58</sup>. Pierwsza z nich, znana jako domniemanie „wrażliwych lat” (*tender years presumption*) oznaczała, że w interesie małego dziecka, niezależnie od jego płci, leży oddanie go pod opiekę matki. Do „małych dzieci” zaliczano niemowlęta (*infants*) oraz dzieci uczące się chodzić (*toddlers*)<sup>59</sup>. Sąd w Nowym Jorku w 1973 r. wyraził pogląd, że ojciec ma takie samo prawo do opieki i kontaktów z dzieckiem jak matka, jednak w 90% spraw, to jej była przyznawana opieka. Sąd dodał także, że faworyzowanie roli macierzyńskiej narusza prawo Nowego Jorku<sup>60</sup>. Narastająca krytyka społeczna dotycząca doktryny „wrażliwych lat” spowodowała, że większość ustawodawstw zaniechała jej stosowania, a w sądach dominował pogląd, że narusza klauzulę równej ochrony, będącej częścią XIV

<sup>54</sup> Katalog z § 402 UMDA tworzy więc 5 ogólnych przesłanek, które nie mają wiążącego charakteru, ale mogą być źródłem inspiracji dla projektodawców ustaw stanowych; co ciekawe, po 50 latach od ich ustanowienia nadal zachowują swoją aktualność, co świadczy o pewnych niezmiennych wartościach dotyczących ochrony standardu najlepiej pojętego interesu dziecka.

<sup>55</sup> Zob. D.L. Chambers, *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, „Michigan Law Review” 1984, t. 83, s. 480-486.

<sup>56</sup> Zob. C. E. Schneider, *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, „Michigan Law Review” 1991, t. 89, nr 8, s. 2219.

<sup>57</sup> Zob. D. Ashenfelter, *Coin toss could backfire on judge*, „Detroit Free Press” 2002, <https://www.chron.com/news/nation-wor/ld/article/Coin-toss-could-backfire-on-judge-2060948.php>, (01.02.2020).

<sup>58</sup> Na temat heurystyk w orzecznictwie: E. Peer, E. Gamliel, *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, „Court Review (The Journal of The American Judges Association)” 2013, t. 49, nr 2, s. 114-118, <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2.pdf>, (07.02.2020).

<sup>59</sup> Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1952 r., sygn. akt C 1814/52, OSNCK 1953/3/92.

<sup>60</sup> *Watts v. Watts*, New York Family Court (1973).



poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych z powodu dyskryminacji ze względu na płeć<sup>61</sup>.

Druga heurystyką było domniemanie pierwszoplanowego opiekuna dziecka (*primary care-taker preference, primary caregiver preference*), czyli osoby sprawującej całkowitą lub częściową, ale i tak przeważającą część bieżącej opieki nad dzieckiem. Jeżeli matka udowodni, że to ona była dotychczasowym pierwszoplanowym opiekunem dziecka, to prawdopodobnie jej sąd powierzy dalsze sprawowanie opieki. To samo dotyczy ojca. Sąd w Wirginii Zachodniej zauważył, że nie sposób wymienić wszystkich przesłanek przesądających, który z rodziców był w życiu dziecka na pierwszym planie, a kto na drugim. Istnieją jednak pewne kwestie, do których powinien odnieść się sąd, np., kto przygotowywał i planował dziecku posiłki; kto kąpał, czesał i przebierał dziecko; kto robił zakupy, sprzątał i dbał o ubiór dziecka; kto dowoził dziecko do domów kolegów; kto kładł dziecko do łóżka i doglądał w środku nocy; kto dziecko budził; kto odpowiadał za dyscyplinę i edukację dziecka (religijną, kulturalną, społeczną)<sup>62</sup>.

Podobnie jak w przypadku domniemania „wrażliwych lat”, druga heurystyka była także krytykowana przez środowiska walczące o prawa ojców za dyskryminujący, ich zdaniem, charakter<sup>63</sup>. Odnosząc się do tego zarzutu można stwierdzić, że na pierwszy rzut oka wydaje się być neutralna ze względu na płeć. Jednak, biorąc pod uwagę rzeczywistość społeczną i rodzinną w XIX w. i pierwszej połowie XX w. w Stanach Zjednoczonych (pracujący ojciec, niepracująca matka zajmująca się domem), prowadziła ona do przyznania opieki nad dzieckiem matce. Początkowo domniemanie pierwszoplanowego opiekuna spotkało się z powszechną aprobatą głównie ze względu na cechę przewidywalności treści wyroku o władzy rodzicielskiej, której brakowało przy orzekaniu w oparciu o zasadę najlepiej pojętych interesów dziecka. Domniemanie to wprowadzono w dwóch stanach, tj. Wirginii Zachodniej oraz Minnesocie, ale obecnie nie znajduje zastosowania w żadnym ustawodawstwie.

Do lat 70. XX w. zasadą było powierzanie władzy rodzicielskiej wyłącznie jednemu z rodziców (*sole custody*). Z czasem kobiety, bo to im najczęściej przyznawano władzę, przestały akceptować model jednostronnej opieki nad dzieckiem głównie z uwagi na ciężar obowiązków i brak wsparcia ze strony mężczyzn, towarzyszących samotnemu rodzicielstwu<sup>64</sup>. Z drugiej strony mężczyźni buntowali się przeciwko istniejącym stereotypom „dobrego” macierzyństwa i „złego”

<sup>61</sup> United States Constitution (1787), amend. XIV, sec. 1.

<sup>62</sup> *Garska v. McCoy*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 278 S.E.2d 357 (1981).

<sup>63</sup> Por. S. Solangel, *Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent*, “University of Pennsylvania Law Review” 2005, t. 153, nr 921, s. 923-924.

<sup>64</sup> Zob. D. Sheff, *If It's Tuesday, It Must Be Dad's House*, <https://www.davidsheff.com/if-its-tuesday-it-must-be-dads-house>, (07.02.2020).

ojcostwa, które prowadziły do alienacji rodzicielskiej<sup>65</sup>. Wspólna opieka rodziców nad dzieckiem miała być remedium na sygnalizowane problemy. Pojawił się postulat odejścia od tradycyjnego sposobu orzekania o władzy rodzicielskiej na zasadzie wygrany-przegraný rodzic (*win-lose*) na rzecz wygrany-wygrany (*no-lose, both win*)<sup>66</sup>. W konsekwencji w dużej mierze pod wpływem organizacji broniących praw ojców, w 1979 r. w Kalifornii, jako pierwszej, wprowadzono ustawowe rozwiązania umożliwiające przyznanie wspólnej opieki nad dzieckiem po rozwodzie (*joint custody*)<sup>67</sup>. W drugiej połowie lat 90. wszystkie ustawodawstwa, oprócz Karoliny Południowej, dopuszczały możliwość wydania takiego rozstrzygnięcia<sup>68</sup>. Dla porównania, w podobnym czasie została wprowadzona wspólna opieka nad dzieckiem po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu w krajach skandynawskich<sup>69</sup>.

Powołując się na wyniki badań przeprowadzonych przez E. E. Maccoby i R. H. Mnookina wśród rozwodzących się małżonków w latach 90. XX w. można stwierdzić, że chociaż przepisy przewidywały domniemanie *joint custody*, to i tak w 70% spraw bieżąca piecza nad dzieckiem była przyznawana matce<sup>70</sup>. Jednym z kontrowersyjnych, szeroko komentowanych wyroków, był ten wydany w Dakocie Północnej, w którym Sąd Najwyższy oceniał kompetencje rodzicielskie przez pryzmat umiejętności zaplatania dziecku warkoczy<sup>71</sup>. Do podobnych wniosków doszła J. E. Artis, która dowiodła, że sądy w stanie Indiana faworyzowały doktrynę „wrażliwych lat”, pomimo że została prawnie zakazana lata wcześniej<sup>72</sup>. Szczegółowa analiza problemu wskazuje na to, że większość amerykańskich sądów rodzinnych nadal faworyzuje rolę macierzyńską.

<sup>65</sup> Zob. M.S. Melli, zob. M. S. Melli, *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, "Northern Illinois University Law Review" 2005, t. 25, s. 351-353.

<sup>66</sup> Zob. C.L. Starnes, *Lovers, Parents, and Partners: Disentangling Spousal and Co-Parenting Commitments*, "Arizona Law Review" 2012, nr 54, s. 219-221.

<sup>67</sup> California Civil Code § 4600 i 4600.5 (1980); por. N. K. Lemon, *Joint Custody As a Statutory Presumption: California's New Civil Code Sections 4600 and 4600.5*, "Golden Gate University Law Review" 1981, t. 11, nr 2, s. 485-489; B. W. Ferreira, *Presumption of Joint Custody: A Family Policy Dilemma*, "National Council on Family Relations" 1990, t. 39, nr 4, s. 420.

<sup>68</sup> Zob. M. Halla, *The Effect of Joint Custody on Marriage and Divorce*, "IZA Discussion Paper" 2009, nr 4314, s. 24.

<sup>69</sup> W Szwecji w 1976 r., w Norwegii w 1981 r., w Finlandii w 1983 r., w Danii w 1985 r. i na Islandii w 1992 r., zob. G. B. Eydal, T. Rostgaard, [w:] *Fathers, Childcare and Work: Cultures, Practices and Policies (Contemporary Perspectives in Family Research*, t. 12), red. R. Musumeci, A. Santero, United Kingdom – North America – Japan – India – Malaysia – China 2018, s. 262.

<sup>70</sup> Zob. E. E. Maccoby, R. H. Mnookin, *Dividing the child: social and legal dilemmas*, Cambridge (MA) 1992, s. 268.

<sup>71</sup> *Dalin v. Dalin*, Supreme Court of North Dakota, 512 N.W.2d 685, 691 (N.D. 1994).

<sup>72</sup> Zob. J.E. Artis, *Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine*, "Law & Society Review" 2004, t. 38, nr 4, s. 771.

Zainteresowanie opieką wspólną datowane jest na lata 80. XX w., głównie za sprawą środowisk walczących o prawa ojców. Środowiska te nie do końca jednak potrafiły zdefiniować pojęcie „*joint custody*”, dlatego początkowo oznaczało jednakowy czas spędzany z dzieckiem przez każdego z rodziców, a dopiero później ewoluowało w istotny (*meaningful*), ale mniej wymiaru czasu. Różnica między *joint custody* a *visitation*, co można przetłumaczyć jako „kontakty z dzieckiem”, polegała na tym, że *joint custody* i *unequal division of shared time* zapewniały rodzicowi więcej czasu z dzieckiem niż te 15-20% przy *visitation*. Dodatkowo, w ramach *joint custody* dziecko mogło nocować także u tego z rodziców, z którym spędzało mniej czasu<sup>73</sup>.

Amerykańska koncepcja *joint custody* jest instytucją niejednorodną i można wyróżnić jej dwa główne rodzaje: *joint legal custody*, czyli władzę (*legal authority*) i odpowiedzialność (*responsibility*) za podejmowanie decyzji w ważnych sprawach dotyczących dziecka oraz *joint physical custody*, tj. wspólną pieczę fizyczną nad dzieckiem (pieczę naprzemienną). Przyjęcie modelu pieczy naprzemiennnej oznacza, że każdy z rodziców spędza z dzieckiem porównywalną ilość czasu (*relatively equal time with the child*) i oboje rodzice wzajemnie konsultują decyzje w bieżących sprawach dziecka<sup>74</sup>. Warto także nadmienić, że Amerykański Instytut Prawa (*The American Law Institute*, dalej jako: ALI) rekomendował zmianę pojęcia „*physical custody*” na określenie „*custodial responsibility*”<sup>75</sup>, co wynikało z krytyki teorii wygrany-przegrany rodzic (*win-lose*) oraz podziału na rodzica pierwszoplanowego i drugoplanowego. W zamian ALI postulowało ujednolicenie ról oraz zrównanie praw i obowiązków rodzicielskich, niezależnie od ilości czasu spędzanego z dzieckiem przez każdego z rodziców po ich rozstaniu<sup>76</sup>. W związku z powyższym jedną z rekomendacji było zastąpienie tradycyjnych pojęć na takie, które nie będą piętnować i stygmatyzować rodziców<sup>77</sup>.

73 Zob. M. S. Melli, op. cit., s. 351-353.

74 C.L. Starnes, op. cit., s. 223.

75 ALI jest wiodącą i niezależną organizacją, która publikuje kompilacje, czyli nieoficjalne kodyfikacje prawa (*restatements of the law*), wzorcowe ustawy (*model codes*) i zasady prawa (*principles of law*), które mogą mieć wpływ na władzę sądowniczą i ustawodawczą w Stanach Zjednoczonych, zob. *The American Law Institute*, <https://www.ali.org/about-ali>, (07.02.2020); odpowiednikiem ALI w Europie jest ELI, czyli Europejski Instytut Prawa (*European Law Institute*), którego jednym z głównych celów jest działanie na rzecz integracji systemów prawnych w Europie, zob. *The European Law Institute*, <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (07.02.2020).

76 A. M. Caulley, op. cit., s. 422.

77 ALI zaproponowało również zmianę pojęcia „*custody arrangement*” na „*parenting plan*” oraz pojęcia „*legal custody*” na „*decision-making responsibility*”, zob. *The American Law Institute, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation. As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington D.C. May 16, 2000, Saint Paul 2002.*

W piśmiennictwie wyróżnia się trzy główne rodzaje pieczy nad dzieckiem (*physical custody*)<sup>78</sup>. Co do zasady, samodzielna piecza nad dzieckiem (*sole physical custody*) oznacza, że dziecko ma podstawowe miejsce pobytu z jednym z rodziców, z którym spędza więcej niż połowę czasu i tego rodzica określa się wtedy mianem „*custodial parent*”<sup>79</sup>. Orzeczenie *sole physical custody* łączy się z prawem drugiego rodzica do kontaktów z dzieckiem (*visitation, time-sharing*). Drugim rodzajem pieczy jest piecza naprzemienna, która najczęściej oznacza wspólne sprawowanie bieżącej pieczy nad dzieckiem w porównywalnych okresach. W zależności od wieku dziecka, rodzice mogą przyjąć model pieczy, w którym będą zmieniać się co tydzień lub wybrać inny, niestandardowy harmonogram opieki. Trzeci rodzaj, zwany „*split custody*” w praktyce występuje rzadko i dotyczy rozdzielenia rodzeństwa na osobne miejsca zamieszkania. Może to wynikać np. z dużej różnicy wieku między rodzeństwem albo gdy dzieci są związane w różnym stopniu z rodzicami.

## Rodzaje i istota pieczy naprzemiennej

*Joint physical custody, shared custodial responsibility, shared physical custody* - wszystkie te pojęcia dotyczą sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu, obejmującego wspólną bezpośrednią, bieżącą pieczę fizyczną nad dzieckiem w określonych, powtarzających się okresach. Co do zasady wiąże się to ze zmianą miejsca pobytu dziecka: z domu matki do domu ojca, i odwrotnie. *Joint physical custody* podobnie jak odpowiadająca jej polska instytucja pieczy naprzemiennej (o czym była już mowa), nigdy nie oznaczały i nie oznaczają wyłącznie układu symetrycznej opieki nad dzieckiem, co ma swoje uzasadnienie w następujących przykładach. W 2007 r. w stanie Wisconsin 1/3 rozwodzających się małżonków posiadających wspólne małoletnie dzieci ustaliła, w drodze porozumienia rodzicielskiego, równy podział czasu, w którym dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców (*50-50 shared parenting plan*), a 1/4 małżonków – przynajmniej 25% (*25% time share*)<sup>80</sup>. W 2008 r. w stanie Waszyngton sądy zatwierdziły ponad 4 tysiące porozumień, w których połowa dzieci miała mieszkać z każdym z rodziców w wymiarze czasu nie niższym niż 35%<sup>81</sup>. W stanie Arizona natomiast, połowa małżonków, która

<sup>78</sup> *Child Custody in Hawaii*, <https://www.diehlundweger.com/child-custody-hawaii>, (01.02.2020).

<sup>79</sup> Por. *What are the Different Types of Custody in Indiana?*, <https://www.hainsfamilylaw.com/blog/2016/october/what-are-the-different-types-of-custody-in-indiana>, (07.02.2020).

<sup>80</sup> W badanej grupie znalazły się także niemowlęta (*infants*) i małe dzieci (*toddlers*), stanowiące 42% wszystkich dzieci; ponadto równie liczna była grupa dzieci w przedziale wiekowym 6-10 lat, tj. 46%, zob. J. Bartfeld, *Shared placement: An overview of data in Wisconsin*, Madison, Wisconsin 2011, s. 680.

<sup>81</sup> T. George, *Residential time summary reports filed in Washington from July 2007 – March 2008*, Washington State Center for Court Research 2008, <http://www.courts.wa.gov/subsite/wccr/docs/residentialtimesummaryreport2008.pdf>, (31.01.2020).

w 2002 r. wniosła pozew o rozwód, zawarła ze sobą porozumienia rodzicielskie, na podstawie których dziecko miało mieszkać z każdym z rodziców w przedziale czasowym 20-32%; 15% małżonków ustaliło natomiast przedział 33-50%<sup>82</sup>. Z przytoczonych danych wynika, że rodzicom przysługuje swoboda w określeniu czasu, który każdy z nich będzie poświęcać na sprawowanie pieczy nad dzieckiem.

W literaturze przedmiotu wyróżniono następujące formy pieczy naprzemiennej:

- 1) „długoterminową” (*long-term block time*), gdy dzieci spędzają:
  - 1.1. rok z każdym z rodziców na przemian,
  - 1.2. rok szkolny z jednym rodzicem, a wakacje z drugim;
- 2) „krótkoterminową” (*alternating short-term block time*), gdy dzieci spędzają:
  - 2.1. miesiąc z każdym z rodziców na przemian,
  - 2.2. tydzień z każdym z rodziców na przemian,
  - 2.3. połowę tygodnia z jednym z rodziców, drugą połowę z drugim,
  - 2.4. dzień z każdym z rodziców na przemian,
  - 2.5. połowę dnia z jednym z rodziców, drugą połowę z drugim;
- 3) „gniazdową” (*birdnest*), oznaczającą, że dzieci zostają w jednym domu a rodzice wprowadzają się do niego i wyprowadzają w różnych okresach;
- 4) „uznaniową” (*free access*), oznaczającą, że dzieci „kursują” między domami rodziców w dowolnych okresach czasu<sup>83</sup>.

Natomiast poniżej zebrano i uporządkowano najpopularniejsze w Stanach Zjednoczonych harmonogramy sprawowania pieczy naprzemiennej<sup>84</sup>:

- 1) *60/40 custody schedule*: np. dziecko mieszka z jednym z rodziców w tygodniu (60%), a z drugim w weekendy (40%);
- 2) *70/30 custody schedule*: najpopularniejsza wersja tego rodzaju pieczy polega na tym, że dziecko mieszka zasadniczo z jednym z rodziców (70%), a z drugim przez cały trzeci tydzień każdego miesiąca (30%), w innej wersji może też mieszkać z drugim rodzicem przez każdy weekend (30%);
- 3) *75/25 custody schedule*: dziecko mieszka z jednym z rodziców 5 dni w tygodniu (75%), a z drugim pozostałe 2 dni (25%);
- 4) *80/20 custody schedule*: dziecko mieszka 80% czasu z rodzicem A (dalej jako: A) i 20% z rodzicem B (dalej jako: B), np. dziecko mieszka z B przez pierwszy, drugi i piąty weekend każdego miesiąca albo przez drugi, czwarty i piąty weekend każdego miesiąca;

<sup>82</sup> S.L. Braver, M.E. Lamb, *Marital Dissolution*, [w:] *Handbook of Marriage and the Family*, red. G. W. Peterson, K. R. Bush, New York 2013, s. 492 i przywołana tam literatura.

<sup>83</sup> Zob. A.E. Atwell, U.S. Moore, E. Nielsen, Z. Levite, *Effects of Joint Custody*, “The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law” 1984, t. 12, nr 2, s. 151.

<sup>84</sup> Więcej przykładów: *Custody and Visitation Schedules: 22 Common Examples*, <https://www.custody-change.com/examples/schedules>, (07.02.2020).

5. *2-2-3 rotation (two-week schedule)*: dziecko mieszka 2 dni z A, kolejne 2 dni z B i następne 3 dni z A, a kiedy tydzień się kończy – następuje zmiana kolejności, ten rodzaj pieczy pozwala dziecku spędzać weekendy na przemian z każdym z rodziców;
6. *2-2-5-5 custody schedule (two-week schedule)*: dziecko mieszka 2 dni z A, kolejne 2 dni z B, następne 5 dni z A i kolejne 5 dni z B, ten rodzaj pieczy pozwala dziecku spędzać niedzielę i poniedziałek z jednym rodzicem, wtorek i środę z drugim, natomiast czwartek, piątek i sobotę na przemian;
7. *3-3-4-4 custody schedule (two-week schedule)*: dziecko mieszka 3 dni z A, kolejne 3 dni z B, następne 4 dni z A i kolejne 4 dni z B; w tym układzie dziecko przebywa z jednym z rodziców od soboty od wtorku, z drugim od środy do piątku z drugim, natomiast soboty spędza na przemian;
8. *4-3 custody schedule*: dziecko mieszka z A przez 4 dni (weekendy i niektóre dni powszednie) i przez 3 dni (powszednie) z B;
9. *alternating weeks custody schedule (7 on 7 off)*: dziecko mieszka przez 7 dni z A, a przez kolejne 7 dni z B;
10. *alternating weekends custody schedule (every other weekend)*: dziecko mieszka zasadniczo z A, a co drugi weekend każdego miesiąca z B;
11. *midweek visitation*: zastrzeżenie najczęściej przy *alternating weeks custody schedule*, które oznacza, że dziecko może widzieć się w tygodniu z rodzicem, z którym, zgodnie z ustalonym harmonogramem, w tym tygodniu nie mieszka;
12. *midweek overnight*: zastrzeżenie najczęściej przy *alternating weeks custody schedule*, które oznacza, że dziecko może nocować w tygodniu u rodzica, z którym, zgodnie z ustalonym harmonogramem, w tym tygodniu nie mieszka.

Z analizy zebranego materiału badawczego wynika, że nie istnieje jedna spójna, ogólnie przyjęta definicja pieczy naprzemiennej. Przejawia się ona w amerykańskim ustawodawstwie stanowym, a jej granice są redefiniowane w sposób ciągły na przestrzeni dziejów. Piecza naprzemienna nie musi być regulowana ustawowo, a nawet jeżeli jest, to w różny sposób. Gdy chodzi o terminologię, to znakomita większość ustawodawców posługuje się pojęciem „*joint physical custody*”, rzadziej „*shared physical custody*” (Massachusetts<sup>85</sup>, Pensylwania<sup>86</sup>) czy „*joint physical care*” (Iowa)<sup>87</sup>. W stanie Michigan *joint custody* może oznaczać pieczę naprzemienną, ale też wspólne decydowanie w ważnych sprawach dziec-

<sup>85</sup> 208 § 31 Massachusetts General Laws (2018).

<sup>86</sup> § 5322 Pennsylvania Consolidated Statutes (2019).

<sup>87</sup> § 598 Iowa Code (2019).



ka<sup>88</sup>. W trzech stanach nazewnictwo pieczy naprzemiennej podkreśla element mieszkania dziecka z każdym z rodziców w powtarzających się okresach: „equal residential responsibility” (Dakota Północna)<sup>89</sup>, „residence time with both parents” (Kansas)<sup>90</sup> i „shared primary residential care” (Maine)<sup>91</sup>. W praktyce problematyczne okazuje się być pojęcie „parenting time”, ponieważ niekiedy dotyczy pieczy naprzemiennej, a czasami pojawia się w ustawie obok *physical custody* i oznacza prawo do utrzymywania kontaktów z dzieckiem, niezależne od innych rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej (Minnesota)<sup>92</sup>. Dość skomplikowana sytuacja jest w stanie Tennessee, ponieważ zgodnie z prawem, sąd może powierzyć opiekę nad dzieckiem jednemu lub obojgu rodzicom w ramach *joint custody* albo *shared parenting*<sup>93</sup>. Pojęcia te nie zostały jednak w żaden sposób zdefiniowane przez ustawodawcę. Z analizy języka przepisu i na podstawie celu, jaki ma on realizować można wywnioskować, że w tym stanie piecza naprzemienne to *joint physical custody*.

Z analizy przepisów wynika również, że kilkanaście stanów nie wprowadziło w ogóle regulacji prawnych pieczy naprzemiennej. Niepewność prawną potęguje także brak bliższych regulacji dotyczących instytucji władzy rodzicielskiej, jak np. w skonsolidowanym prawie Nowego Jorku, które nie zawiera nawet definicji *custody*<sup>94</sup>. Należy przy tym zauważyć, że brak definicji ustawowej (Alaska, Connecticut, Hawaje, Illinois, Kansas, Kentucky, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nowy Meksyk, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Vermont, Waszyngton, Wisconsin) czy ogólnie brak regulacji prawnej dotyczącej pieczy naprzemiennej nie oznacza niedopuszczalności jej orzeczenia. Przykładem jest tutaj kodeks stanu Montana, w którym § 40-4-212 może być podstawą naprzemiennego sprawowania pieczy, w zawartym przez rodziców porozumieniu, które sąd ocenia pod kątem zgodności z najlepszym interesem dziecka na podstawie ustawowych przesłanek (wyliczenie przykładowe)<sup>95</sup>.

Przechodząc do omówienia treści omawianej instytucji, na uwagę zasługuje regulacja prawna pieczy naprzemiennej w stanie Utah, gdzie ustawodawca po pierwsze zdefiniował samo pojęcie pieczy naprzemiennej, a po drugie zrobił to w sposób jasny i wyczerpujący. Zgodnie z kodeksem Utah, piecza naprzemienna może polegać na tym, że dziecko nocuje u każdego z rodziców więcej niż 30%; może też oznaczać równe albo porównywalne okresy bieżącej pieczy nad dzieckiem, a nawet zakładać stałe miejsce zamieszkania dziecka przy jednym

<sup>88</sup> § 722.26a Michigan Compiled Laws (2018).

<sup>89</sup> § 14-09-00.1 North Dakota Century Code (2017).

<sup>90</sup> § 23-3202 Kansas Family Law Code-Revised (2017).

<sup>91</sup> § 1653 Maine Revised Statutes (2018).

<sup>92</sup> § 518.003 Minnesota Statutes (2019).

<sup>93</sup> § 36-6-101 Tennessee Code (2018).

<sup>94</sup> § 240 New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law (2019).

<sup>95</sup> Montana Code Annotated (2019).



z rodziców<sup>96</sup>. Jak wynika z przeprowadzonych badań, w żadnym akcie prawnym nie wskazano, że pieczę naprzemienną można wykonywać wyłącznie w równych okresach; podobnie, że orzeczenie *joint legal custody* oznacza automatycznie orzeczenie *joint physical custody*. Ponadto, w niektórych stanach sąd nie wyda orzeczenia o pieczy naprzemienną, jeżeli rodzicom nie przysługuje *joint legal custody*, tak jak w stanie Iowa, jednak tutaj ustawodawca stawia znak równości między pojęciami „joint legal custody” i „joint custody”. Zasadniczo instytucja pieczy naprzemienną odnosi się do rodziców jako uprawnionych i zarazem zobowiązanych do sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. Wyjątkiem od tej zasady jest ustawodawstwo Pensylwanii, gdzie każdy, komu przysługuje *shared physical custody* ma prawo do sprawowania bezpośredniej pieczy fizycznej nad dzieckiem (*physical custodial time*).

Jak już zostało wspomniane, piecza naprzemienna nie jest instytucją jednorodną, co może implikować problemy z rozstrzygnięciem o niej w sądach. Dla przykładu można podać przepisy kodeksu Dystryktu Kolumbii, w którym brak jest definicji *joint custody*<sup>97</sup>, a zamiast tego ustawodawca wskazuje różne warianty opieki nad dziećmi: od wyłącznego prawa jednego z rodziców do decydowania w ważnych sprawach dziecka, przez samodzielną pieczę fizyczną nad dzieckiem, pieczę naprzemienną, wspólne decydowanie w ważnych sprawach dziecka, a na kombinacji powyższych wariantów kończąc, gdy sąd uzna, że najlepiej zabezpieczą interes dziecka. Mając to na uwadze, warto pochylić się nad sprawą *Hutchins v. Compton*<sup>98</sup>, w której sąd powierzył pieczę fizyczną nad dzieckiem matce z prawem do kontaktów dla ojca (bieżąca piecza nad dzieckiem przez co drugi weekend; w każdy czwartek w nocy i w piątek rano przed szkołą; przez połowę sierpnia; w czasie świąt i wakacji – po równo). Sąd zasądził nadto wspólne podejmowanie decyzji w sprawach dziecka, jednak z głosem decydującym przy matce. Sąd wyższej instancji, rozpatrując apelację od tego wyroku, utrzymał go w mocy i stwierdził, że przez to, że ustawodawca nie definiuje takich pojęć, jak: „*sole physical custody*” i „*joint physical custody*”, sąd zachowuje swobodę i elastyczność w wydawaniu wyroków, kierując się jedynie nadrzędnym interesem dziecka. W omawianej sprawie ojciec podniósł zarzut, że sąd niższej instancji zignorował wynikające z kodeksu wzruszalne domniemanie prawne *joint custody* i orzekając *sole physical custody*, zamiast *joint physical custody*, przekroczył swoje uprawnienia. W odpowiedzi sąd, powołując się na § 16-914 kodeksu wskazał, że wydane orzeczenie spełnia postulat „stałego kontaktu dziecka z obojgiem rodziców, podziału obowiązków związanych z wychowaniem oraz dba o relacje między dzieckiem a rodzicami” i wynika z dyskrecyjnej władzy sądu.

<sup>96</sup> § 30-3-10.2 (1) Utah Code (2018).

<sup>97</sup> § 16-914 (a) (1) (A) District Columbia Code (2019).

<sup>98</sup> *Hutchins v. Compton*, District of Columbia Court of Appeals, 917 A.2d 680 (2007).

Ponadto sąd, powołując się na sprawę *Taylor v. Taylor*<sup>99</sup> stwierdził, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie pojęcie „joint physical custody” tłumaczy się szeroko, w związku z czym decyzja, która zapadła w sprawie *Hutchins v. Compton* jest zasadna. Piecza fizyczna nad dzieckiem obejmuje prawo i obowiązek zapewnienia dziecku miejsca zamieszkania oraz podejmowanie decyzji w drobnych bieżących sprawach życia codziennego dziecka. Wspólna piecza fizyczna nad dzieckiem jest *de facto* dzielona lub podzielona; może, ale nie musi być symetryczna (w proporcji 50/50). Najczęściej sprowadza się do bieżącej pieczy nad dzieckiem przez jednego z rodziców w czasie roku szkolnego i przez drugiego w czasie wakacji, albo podziału na dni tygodnia i weekendy, albo też podziału na dni i noce. Na uwagę zasługuje w szczególności następujący fragment orzeczenia: między rozstrzygnięciami o pieczy fizycznej nad dzieckiem sprawowanej samodzielnie przez jednego z rodziców z prawem do kontaktów dla drugiego (*sole physical custody with rights of visitation*) a pieczą naprzemienną (*joint physical custody*) może nie być różnicy, poza nazwą oczywiście. W innej sprawie (*Estopina v. O'Brian*) sąd wyraził pogląd, że wyłączna piecza fizyczna nad dzieckiem połączona z prawem do kontaktów dla drugiego z rodziców jest jedną z form wspólnej pieczy fizycznej nad dzieckiem<sup>100</sup>. Powyższa refleksja skłania do następnej, ponieważ w sytuacji, gdy miejsce pobytu dziecka określane jest stale, przy jednym z rodziców, ale jednocześnie orzekane są szerokie kontakty z drugim z rodziców (z możliwością zabierania dziecka np. na weekendy do swojego miejsca zamieszkania, czy też spędzania z nim ferii), w istocie dochodzi do podzielenia w czasie wykonywania pieczy nad dzieckiem. Możliwość realizacji kontaktów z dzieckiem poza kontrolą drugiego z rodziców zawsze wiąże się z czasowym sprawowaniem pieczy nad dzieckiem.

Omawiana problematyka łączy się jeszcze z innym zagadnieniem – *approximation standard*, określanym też jako *past caretaking standard*. Jest to jeden z postulatów wyrażonych przez ALI, a dotyczy orzekania o władzy rodzicielskiej w sposób możliwie w pełni odpowiadający proporcji czasu jakie dziecku poświęcał każdy z rodziców w okresie przed rozpadem związku, tj. w czasie, gdy rodzina funkcjonowała „prawidłowo”<sup>101</sup>. Jedynym stanem, który wprowadził domniemanie prawne *approximation standard* była Wirginia Zachodnia<sup>102</sup>. Do 2017 r. § 48-9-2016 kodeksu Wirginii Zachodniej miał następującą treść: „jeżeli rodzice nie zawarli porozumienia i nie jest to ze szkodą dla dziecka, sąd orzeka o władzy rodzicielskiej w ten sposób, żeby proporcja sprawowania

<sup>99</sup> *Taylor v. Taylor*, Court of Appeals of Maryland, 508 A.2d 964, (1986).

<sup>100</sup> *Estopina v. O'Brian*, District of Columbia Court of Appeals, 68 A.3d 790 (2013).

<sup>101</sup> Zob. J. Shoshanna Ehrlich, *Family Law for Paralegals*, New York 2017, s. 200.

<sup>102</sup> W 2018 r. znowelizowano przepisy dotyczące władzy rodzicielskiej i obecnie sąd orzekając o *custodial time*, rozważa listę przykładowych przesłanek przewidzianych w ustawie, zob. § 48-9-2016 (a) (6) Code of West Virginia Code (2019).

bieżącej pieczy nad dzieckiem przez każdego z rodziców odpowiadała proporcji sprawowania przez nich funkcji opiekuńczych przed rozpadem związku<sup>103</sup>.

## Podsumowanie

Podsumowując, można stwierdzić, że doktryna amerykańska, a w ślad za nią orzecznictwo przez ostatnie 50 lat „zatoczyły krąg” od jednej do drugiej skrajności, odrzucając najpierw w latach 70. niemal całkowicie potrzebę udziału w wychowaniu dziecka rodzica niewykonującego bezpośrednio pieczy nad dzieckiem, by w latach 90. radykalnie zmienić to zapatrywanie. Przejawiło się to, w najbardziej skrajnym ujęciu, w postulatcie symetrycznej pieczy naprzemiennej. W związku z powyższym, podzielić należy pogląd T. Sokołowskiego, że zarówno pierwsze, jak i drugie podejście wynika w istocie z archaicznego nadal pojmowania instytucji regulujących stosunki między rodzicami i dziećmi bardziej w kategoriach osobistego interesu rodziców, a nie dobra dziecka<sup>104</sup>.

Pieczą naprzemienną ma być remedium na nowy kształt ról w rodzinie. Z jednej strony występują ojcowie, którzy po rozpadzie związku chcą pozostawać zaangażowanymi w życie dziecka, z drugiej oczekiwania kobiet, które pragną spełniać się nie tylko w roli matek, ale również efektywnie realizować swoje obowiązki zawodowe. Należy jednak pamiętać, że każda rodzina i każdy rozwód jest inny; różnią się też relacje dzieci z rodzicami. Model pieczy naprzemiennej nie zawsze jest optymalnym rozwiązaniem i nie nadaje się do zastosowania w każdej sprawie, jednak sąd powinien ją rozważyć przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej. Tylko takie rozwiązanie jest w stanie zapewnić dziecku równie lub prawie równie intensywny kontakt z obojgiem rodziców po ich rozstaniu.

Doświadczenia amerykańskie wskazują na różnorodność możliwości ukształtowania bieżącej pieczy fizycznej nad dzieckiem. Może to obejmować duże bloki czasu, np. rok z jednym rodzicem, krótsze naprzemienne bloki, np. tydzień z każdym z rodziców, bądź też tzw. teorię gniazda. Istotą wspólnej opieki rodziców nad dzieckiem jest to, że oboje rodzice zajmują się dzieckiem w jednakowym stopniu, w środowiskach wychowawczych stworzonych przez każdego z nich z osobna, przy czym owa opieka sprawowana jest przez porównywalne okresy przez każdego z rodziców. Konsekwencją tego modelu jest jednakowe prawo rodziców w sprawowaniu bieżącej pieczy nad dzieckiem. Jednakowe nie oznacza jednak identyczne. Równość nie musi być jednoznaczna z identycznością. Marta Jadczak-Żebrowska uważa, że prawo może i nawet powinno różnico-

<sup>103</sup> Code of West Virginia Code (2017).

<sup>104</sup> T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 455.

wać, z uwagi na pewne cechy indywidualne, pewną konkretną sytuację<sup>105</sup>. Jeszcze raz warto podkreślić, że amerykańska koncepcja *joint physical custody*, jak i odpowiadająca jej polska instytucja pieczy naprzemiennnej nigdy nie oznaczały i nadal nie oznaczają wyłącznie układów symetrycznej opieki nad dzieckiem, w proporcji 50/50, jak mogłoby się wydawać. Co do zasady, rodzice mogą swobodnie określić czas, który każdy z nich będzie poświęcać na sprawowanie pieczy nad dzieckiem, zgodnie z zasadą dobra dziecka. Zasada ta stanowi bowiem materialnoprawną przesłankę orzekania w przedmiocie władzy rodzicielskiej, a jej ocena powinna być decydująca, jeżeli chodzi o kierunek rozstrzygnięcia.

Jak zasygnalizowano na początku, sądy w Polsce coraz częściej orzekają o wspólnej opiece rodziców nad dzieckiem po rozwodzie, w tym również w formie naprzemiennnej. Do głównych przyczyn wzrostu jej popularności należą wejście kobiet na rynek pracy i ewolucja w zakresie ról rodzicielskich oraz chęć mężczyzn do sprawowania pełniejszej roli w wychowaniu dzieci. We współczesnym polskim społeczeństwie coraz częściej zarówno kobieta, jak i mężczyzna podejmują trud ekonomicznego zaspokajania potrzeb rodziny i wychowania dzieci<sup>106</sup>. To też pokazuje jak wielkie zadania stoją przed sądami, profesjonalnymi pełnomocnikami czy mediatorami, jeżeli chodzi o właściwe ukształtowanie pieczy naprzemiennnej. Muszą oni bowiem dokładnie zbadać stan faktyczny i dopasować go do potrzeb dziecka i jego sytuacji rodzinnej. Istotnym elementem okazuje tutaj się wiek dziecka, ponieważ w doktrynie pojawiają się głosy krytyczne, że wspólna opieka rodziców negatywnie oddziałuje na niemowlęta i małe dzieci<sup>107</sup>. Powodzenie pieczy naprzemiennnej zależy również od tego, jakie relacje panują między rodzicami. Wydaje się, że nie rozwód – sam w sobie – uniemożliwia współpracę rodzicielską, lecz silny konflikt poprzedzający rozstanie rodziców. Warto też odnotować, że piecza naprzemienna nie jest czymś stałym i raz na zawsze ukształtowanym. Prawdopodobnie będzie ona wymagała zmian w miarę jak będą zmieniać się wraz z wiekiem potrzeby dziecka, a także sytuacja rodziców po ich rozstaniu<sup>108</sup>. Piecza naprzemienna nie jest uniwersalnym rozwiązaniem i może nie nadawać się do zastosowania w każdym przypadku, jednak sąd powinien ją rozważyć orzekając o władzy rodzicielskiej, ponieważ tylko takie rozwiązanie może zapewnić dziecku równie lub prawie równie intensywny kontakt z obojgiem rodziców.

<sup>105</sup> M. Jadczyk-Zębrowska, *Prawa i obowiązki małżonków*, Warszawa 2017, s. 63-64.

<sup>106</sup> Tak: R. Kucharski, *Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA, w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych*, „Rodzina i Prawo” 2012, nr 23, s. 35.

<sup>107</sup> M. Habdas, op. cit., s. 353.

<sup>108</sup> J. Kosińska-Wiercińska, op. cit., s. 32.

## **Bibliografia**

### **Akty prawa polskiego**

- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2086 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2217 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. 2008 nr 220, poz. 1431).
- Ustawa z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci (t.j. Dz.U. 2019, poz. 2407 z późn. zm.).

### **Akty prawa amerykańskiego**

- California Civil Code (1980)
- Code of Virginia (2017, 2019).
- District Columbia Code (2019).
- Iowa Code (2019).
- Kansas Family Law Code-Revised (2017).
- Maine Revised Statutes (2018).
- Massachusetts General Laws (2018).
- Michigan Compiled Laws (2018).
- Minnesota Statutes (2019).
- Montana Code Annotated (2019).
- New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law (2019).
- North Dakota Century Code (2017).
- Pennsylvania Consolidated Statutes (2019).
- Tennessee Code (2018).
- Uniform Marriage and Divorce Act (1970, zmieniona w 1973 r.).
- United States Constitution (1787).
- Utah Code (2018).

### **Orzecznictwo polskie**

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1952 r., sygn. akt C 1814/52, OSNCK 1953/3/92.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1952 r., sygn. akt C 414/52, OSN 1952, nr 2, poz. 47.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I Ca 352/13.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt IV C 1212/17.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt I OSK 878/17.

Wyrok Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. akt II SA/Bk 741/18.

### **Orzecznictwo amerykańskie**

*Dalin v. Dalin*, Supreme Court of North Dakota, 512 N.W.2d 685, 691 (1994).

*Estopina v. O'Brian*, District of Columbia Court of Appeals, 68 A.3d 790 (2013).

*Garska v. McCoy*, Supreme Court of Appeals of West Virginia, 278 S.E.2d 357 (1981).

*Hutchins v. Compton*, District of Columbia Court of Appeals, 917 A.2d 680 (2007).

*McAndrew v. McAndrew*, Court of Special Appeals of Maryland, 39 Md. App. 1, 382 A.2d 1081 (1978).

*Ross v. Hoffman*, Court of Appeals of Maryland, 280 Md. 172, 175, 372, A.2d 582 (1977).

*Taylor v. Taylor*, Court of Appeals of Maryland, 508 A.2d 964, (1986).

*Watts v. Watts*, New York Family Court (1973).

### **Literatura polska**

Andryszczak M., *Dwa domy, dwa życia – czyli o tzw. pieczy naprzemiennnej*, [w:] *Prawo – rodzina – praca*, red. M. Andryszczak, R. Badowiec, D. Gęsicka, Toruń 2017.

Bieszczad M., *Pieczy naprzemienna w przypadku braku pisemnego porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktu*, [w:] *Prawa dziecka – perspektywa prywatnoprawna i społeczna*, red. D. Jaroszewska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Wedeł-Domaradzka, b.m.w. 2019.

Czech B., *Art. 58 k.r.o. w związku z problematyką ustawy nowelizującej z dnia 6 listopada 2008 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009, nr 12.

Czech B., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011.

Czekaj-Czapla K., Kucharska M., Wartenberg-Kempka B., *Komentarz do art. 5 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci*, [w:] *Ustawa o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Komentarz*, red. J. Blicharz, J. Glumińska-Pawlic, L. Zacharko, LEX/el. 2019 (07.02.2020).

Domański M., *Orzekanie o pieczy naprzemiennnej w wyrokach rozwodowych*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2016, nr 25.

Domański M., *Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka*, „Przebieg Sądowy” 2016, listopad-grudzień.

Dudak A., *Samotne ojcostwo*, Kraków 2006.

Fiedorczyk P., *Attempts at redefining the family in contemporary Polish Law*, „International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2012, t. 3.

Gajda J., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2018.



- Grabowska A., *Zmiany w zasadach orzekania o władzy rodzicielskiej przy rozwodzie wprowadzone ustawą z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego*, [w:] *Prawo – rodzina – praca*, red. M. Andryszczak, R. Badowiec, D. Gęsicka, Toruń 2017.
- Haak H., *Ustanie małżeństwa. Komentarz*, Toruń 1998.
- Ignaczewski J., [w:] *Komentarz do spraw rodzinnych*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2014.
- Ignaczewski J., [w:] *Rozwód i separacja. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2016.
- Ignaczewski J., [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2015.
- Ignatowicz J., [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątowski, Wrocław 1985.
- Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
- Jadczak-Żebrowska M., *Prawa i obowiązki małżonków*, Warszawa 2017.
- Justyński T., *W sprawie tzw. opieki naprzemiennej*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19.
- Kędziera K., Stępień M., *Pieczna naprzemienna w polskim prawie rodzinnym*, „Palestra” 2018, nr 3.
- Kosińska-Wiercińska J., *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 19.
- Kucharski R., *Wspólna opieka rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w USA, w świetle prawodawstwa i badań specjalistycznych*, „Rodzina i Prawo” 2012, nr 23.
- Łukasiewicz J. M., *Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej*, „Forum prawnicze” 2018, nr 2 (46).
- Manowska M., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014.
- Mróz-Krysta D., *Komentarz do ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2015 r., poz. 1062)*, LEX/el. 2016 (07.02.2020).
- Słyk J., [w:] *Meritum prawo rodzinne*, red. G. Jędrejek, Warszawa 2017.
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014.
- Smyczyński T., [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze. System Prawa Prywatnego*, red. T. Smyczyński, t. 12, Warszawa 2011.
- Sokołowski T., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.
- Sondej M., *Orzeczenie sądu o sprawowaniu opieki naprzemiennej, jako podstawa wypłaty świadczenia wychowawczego na rzecz rodzica sprawującego taką opiekę*, LEX/el. 2018 (07.02.2020).
- Stojanowska W., *„Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia*, [w:] *Acta Iuris Stetinensis 6 Kodeks rodzinny i opiekuńczy po wielkich nowelizacjach*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821.



- Stojanowska W., *Rozdział II, Rozwód*, [w:] *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza – wykładnia- komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011.
- Strzebinczyk J. F., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
- Tokarczyk R., *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011.
- Wierzbowski B. F., *Treść władzy ojcowskiej w rzymskim prawie poklasycznym. Władza nad osobami dzieci*, Toruń 1977.
- Zegadło R., *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, „Rodzina i Prawo” 2011, nr 17-18.
- Zieliński A., *Rozwód. Materialnoprawne podstawy rozvodu oraz postępowanie odrębne w sprawie o rozwód. Komentarz praktyczny z orzecznictwem. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2016.
- Żeber I., *Expositio infantis (porzucenie dziecka) w antycznym Rzymie*, [w:] *Dziecko i jego pozycja prawna w dziejach*, red. A. Pasek, „Kolonial Limited” 2014.

### Literatura zagraniczna

- Artis J.E., *Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine*, „Law & Society Review” 2004, t. 38, nr 4.
- Atwell A.E., Moore U. S., Nielsen E., Levite Z., *Effects of Joint Custody*, „The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law” 1984, t. 12, nr 2.
- Bartfeld J., *Shared placement: An overview of data in Wisconsin*, Madison, Wisconsin 2011.
- Braver S.L., Lamb M. E., *Marital Dissolution*, [w:] *Handbook of Marriage and the Family*, red. G. W. Peterson, K. R. Bush, New York 2013.
- Caulley A. M., *Equal Isn't Always Equitable: Reforming the Use of Joint Custody Presumptions in Judicial Child Custody Determinations*, „Boston University Public International Law Journal” 2018, t. 27.
- Chambers D.L., *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, „Michigan Law Review” 1984, t. 83.
- Collins K. A., *Federalism's Fallacy: The Early Tradition of Federal Family Law and the Invention of States' Rights*, „Cardozo Law Review” 2005, t. 26.
- Eydał G. B., Rostgaard T., [w:] *Fathers, Childcare and Work: Cultures, Practices and Policies (Contemporary Perspectives in Family Research*, t. 12), red. R. Musumeci, A. Santero, United Kingdom – North America – Japan – India – Malaysia – China 2018.
- Ferreiro B. W., *Presumption of Joint Custody: A Family Policy Dilemma*, „National Council on Family Relations” 1990, t. 39, nr 4.
- Folberg J., *Custody Overview*, [w:] *Joint custody and shared parenting*, red. J. Folberg, New York – London” 1991.
- Graham K. T., *How the ALI Child Custody Principles Help Eliminate Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations*, „Duke Journal of Gender Law & Policy” 2001, t. 8.

- Grossberg M., *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America* (Studies in Legal History), "The University of North Carolina Press" 1985.
- Habdas M., *The Evolution of Joint Parenting in Poland: the Legal Perspective on Lessons Learned and Still to Be Learned*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 2019, t. 33, nr 3.
- Halla M., *The Effect of Joint Custody on Marriage and Divorce*, "IZA Discussion Paper" 2009, nr 4314.
- Jacob H., *Silent revolution: the transformation of divorce law in the United States*, Chicago 1988.
- Lemon N. K., *Joint Custody As a Statutory Presumption: California's New Civil Code Sections 4600 and 4600.5*, "Golden Gate University Law Review" 1981, t. 11, nr 2.
- Maccoby E. E., Mnookin R. H., *Dividing the child: social and legal dilemmas*, Cambridge, (MA) 1992.
- Melli M. S., *The American Law Institute Principles of Family Dissolution, the Approximation Rule and Shared-Parenting*, "Northern Illinois University Law Review" 2005, t. 25.
- Peer E., Gamliel E., *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, "Court Review (The Journal of The American Judges Association)" 2013, t. 49, nr 2.
- Schneider C.E., *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard*, "Michigan Law Review" 1991, t. 89, nr 8.
- Shoshanna Ehrlich J., *Family Law for Paralegals*, New York 2017.
- Solangel S., *Beyond Economic Fatherhood: Encouraging Divorced Fathers to Parent*, "University of Pennsylvania Law Review" 2005, t. 153, nr 921.
- Starnes C.L., *Lovers, Parents, and Partners: Disentangling Spousal and Co-Parenting Commitments*, "Arizona Law Review" 2012, nr 54.
- The American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation. As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington D.C. May 16, 2000*, Saint Paul, (MN) 2002.

### **Strony internetowe**

- Ashenfelter D., *Coin toss could backfire on judge*, „Detroit Free Press” 2002, <https://www.chron.com/news/nation-world/article/Coin-toss-could-backfire-on-judge-2060948.php>, (07.02.2020).
- Child Custody in Hawaii*, <https://www.diehlundweger.com/child-custody-hawaii>, (07.02.2020).
- Custody and Visitation Schedules: 22 Common Examples*, <https://www.custodyexchange.com/examples/schedules>, (07.02.2020).
- George T., *Residential time summary reports filed in Washington from July 2007 – March 2008*, Washington State Center for Court Research 2008, <http://www.courts.wa.gov/subsite/wscrcr/docs/residentialtimesummaryreport2008.pdf>, (07.02.2020).

- Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, opracowania wieloletnie, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>, (07.02.2020).
- Longley R., *What Is Parens Patriae? Definition and Examples*, ThoughtCo. 2019, <https://www.thoughtco.com/parens-patriae-definition-examples-4588615>, (07.02.2020).
- Przebieg procesu legislacyjnego – druk nr 3254, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3254>, (07.02.2020).
- Rayne E., *California's No Fault Divorce Law*, <https://info.legalzoom.com/californias-fault-divorce-law-25049.html>, (07.02.2020).
- Rosen A., *A brief history of „best interests”*, <https://www.avramrosen.com/blog/2011/may/a-brief-history-of-best-interests->, (07.02.2020).
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 lutego 2019 r., druk nr 3254, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/E6E4F16B8BE6C428C12583AE00523F12/%24File/3254.pdf>, (07.02.2020).
- Sheff D., *If It's Tuesday, It Must Be Dad's House*, <https://www.davidsheff.com/if-its-tuesday-it-must-be-dads-house>, (07.02.2020).
- Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3564>, (07.02.2020).
- The American Law Institute*, <https://www.ali.org/about-ali>, (07.02.2020).
- The European Law Institute*, <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (07.02.2020).
- What are the Different Types of Custody in Indiana?*, <https://www.hainsfamillylaw.com/blog/2016/october/what-are-the-different-types-of-custody-in-india>, (07.02.2020).

## Inne

- Decyzja Samorządowego Kolegium Odwoławczego we Wrocławiu z dnia 19 września 2016 r. (SKO 4318/296/16).
- Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 maja 2017 r. (IV.7021.91.2017 MK).

## STRESZCZENIE

### Ewolucja władzy rodzicielskiej ze szczególnym uwzględnieniem instytucji pieczy naprzemiennnej (*joint physical custody*)

Pieczka naprzemienna najogólniej oznacza sposób sprawowania władzy rodzicielskiej po rozwodzie lub w sytuacji rodziców żyjących w rozłączeniu, który polega na tym, że rodzice sprawują bieżącą pieczę fizyczną nad dzieckiem w porównywalnych okresach. Taka forma opieki dopuszczona jest przez regulacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, lecz nie wprost, tylko jako element tzw. planu wychowawczego, czyli pisemnego porozumienia rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. Wykładnia przepisów art. 58 § 1 i 107 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego pozwala stwierdzić, że taki model wykonywania władzy rodzicielskiej rodzice mogą poniekąd wypracować sobie sami, sięgając właśnie do instrumentu prawnego jakim jest tzw. plan wychowawczy. Nie należy przy tym utożsamiać pojęcia „pieczy naprzemiennnej” z terminem „władza naprzemienna”, który w polskim prawie nie występuje. Władza naprzemienna polegałaby na tym, że dziecko przebywałoby okresowo, np. co pół roku albo cały rok, raz u jednego z rodziców, raz u drugiego i w tym czasie każde z rodziców sprawowałoby wyłącznie i samodzielnie władzę rodzicielską. Natomiast w przypadku pieczy naprzemiennnej, to nie władza jest podzielona, lecz przebywanie dziecka u rodziców, którym w każdym czasie przysługuje pełnia praw i obowiązków rodzicielskich. W judykaturze Sądu Najwyższego zakaz „naprzemiennego” sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem przez rozwiedzionych rodziców został sformułowany już w orzeczeniu z 22.04.1952 r. (sygn. akt: C 414/52, OSN 1953, poz. 47). Jak wynika z najnowszego raportu Wymiaru Sprawiedliwości *Rozwody – opieka nad dziećmi w latach 2003–2018* w 2018 r. wydano w sumie 36 214 orzeczeń o rozwodzie małżeństw posiadających małoletnie dzieci na utrzymaniu, z czego w 20 955 orzeczeniach wykonywanie władzy rodzicielskiej powierzono wspólnie obojgu rodzicom. Wśród orzeczeń, w których sprawowanie władzy rodzicielskiej powierzono obojgu rodzicom, coraz więcej odnotowuje się tych, które stanowią o pieczy naprzemiennnej. Jeszcze kilka lat temu takie wyroki były sporadyczne. Od połowy lat 90. XX w. we wszystkich stanach, z wyjątkiem Karoliny Południowej, dopuszcza się możliwość orzeczenia *joint custody* – na mocy ustawy lub na podstawie *case law*. Współcześnie jest to dominujący w USA sposób uregulowania wykonywania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem po rozstaniu rodziców. Amerykańska koncepcja *joint custody* nie jest instytucją jednolitą i można wyróżnić jej dwa główne rodzaje, tj. *joint legal custody*, czyli władzę (*legal authority*) i odpowiedzialność (*responsibility*) za podejmowanie decyzji w ważnych sprawach dotyczących dziecka oraz *joint physical custody*, tj. wspólną pieczę fizyczną nad dzieckiem (pieczę naprzemienną). W piśmiennictwie wyróżnia się trzy główne rodzaje pieczy nad dzieckiem (*physical custody*). Co do zasady, samodzielna piecza nad dzieckiem (*sole physical custody*) oznacza, że dziecko ma podstawowe miejsce pobytu z jednym z rodziców, z którym spędza więcej niż połowę czasu i tego rodzica określa się wtedy mianem „*custodial parent*”. Orzeczenie

*sole physical custody* łączy się z prawem drugiego rodzica do kontaktów z dzieckiem (*visitation, time-sharing*). Drugim rodzajem pieczy jest piecza naprzemienna, która najczęściej oznacza wspólne sprawowanie bieżącej pieczy nad dzieckiem w porównywalnych okresach. Przykładami harmonogramów opieki przy pieczy naprzemiennej są: naprzemienne weekendy, kilka dni w tygodniu czy wakacje. Inny rodzaj opieki, *split custody*, w praktyce występuje rzadko i polega na tym, że jeden z rodziców sprawuje pieczę nad dzieckiem, a drugi rodzic nad rodzeństwem dziecka. Z analizy zebranego materiału badawczego wynika, że nie istnieje jedna spójna, ogólnie przyjęta definicja opieki wspólnej. Przejawia się ona w amerykańskim ustawodawstwie stanowym, a jej granice są redefiniowane w sposób ciągły na przestrzeni dziejów.

## SUMMARY

### **The evolution of parental care with emphasis on joint physical custody (*joint physical custody*)**

In the most general terms, joint physical custody means a method of exercising parental authority following divorce or separation, which requires children to share their time with parents on a more or less equal basis. This form of guardianship is permitted by provisions of the Family and Guardianship Code, however not explicitly, but as a part of the so-called parenting plan, i.e., a written agreement between the parents as to exercising parental authority and maintaining contact with the child. The interpretation of provisions of Art. 58 § 1 and 107 § 1 of the Family and Guardianship Code permits the conclusion that parents can in a way work out such a model of exercising of parental authority on their own, resorting to the legal instrument known as the aforementioned parenting plan. In this regard, it is important that the term „joint physical custody” is not equated with the term „alternating parental authority”, which is not present in the Polish legal system. In the case of alternating parental authority, a child would spend some time, e.g., half a year or a whole year, with one of the parents, and during that period of time that parent would exercise sole and independent parental authority. On the other hand, in the case of shared physical custody, it is not the parental authority that is shared, but the time that a child lives with either of the parents, both of whom have all parental rights and obligations all the time. In the judgments of the Supreme Court, prohibition of the „alternating” manner of exercising custody over a child by divorced parents was formulated as early as the judgment of 22 April 1952 (case file nr C414/52, OSN 1953, item 47). As the latest report „Divorces among married couples with minor children to provide for, according to court’s decision on the exercise of parental authority in the years 2003–2018”, drawn up by the Justice Institute, reveals, in divorce cases heard in 2018, a total of 36 214 judgments were issued, of which the exercise of parental authority was awarded jointly to the mother and father – in 20 955 cases. Among the judgments where the exercise of parental authority was awarded to both parents, there is an increasing number of those, where joint physical custody over a child is

adjudicated. Until a few years ago, such judgments were few and far between. In the second half of the 1990s all state legislatures in the USA, except for South Carolina, permitted joint custody – either statutorily or under case-law. In the USA, it is now the prevailing method of regulating parental authority over a child after the divorce of its parents. The American concept of joint custody is not uniform and two principal types can be distinguished: joint legal custody and joint physical custody. In joint legal custody, both parents share decision-making rights concerning matters that may have an impact on their children's lives. In joint physical custody, the child lives an equal amount of time with both parents or for considerable amount of time with each parent. Most of the literature refers to three main types of physical custody. Sole physical custody, as a general rule, is an arrangement where a child lives only with one parent, called the custodial parent, more than 50% of the time. In such cases, the non-custodial parent is granted visitation time. In a joint physical custody arrangement, a child resides with both parents. Some examples of joint physical custody schedules are: alternate weekends, days during the week and summer vacations. Another type of physical custody is split custody, which occurs rarely and means that one parent has sole custody of one or more children while the other parent has sole custody of the remaining siblings. This analysis indicates that there is no one definition of joint custody. It is expressed in various ways in the US legislatures, and the boundaries of this concept are constantly amended through history.

**Luis Javier Capote Pérez**

Universidad de La Laguna (University of La Laguna, Spain)  
e-mail: lcapote@ull.es

ORCID: 0000-0002-5066-5874

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.05

**M<sup>a</sup> Aránzazu Calzadilla Medina**

Universidad de La Laguna (University of La Laguna, Spain)  
e-mail: acmedina@ull.edu.es

ORCID: 0000-0002-2262-2519

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.05

## **Protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del Niño de 1989<sup>1</sup>**

### **ABSTRACT**

#### **Legal protection of childhood and adolescence in Spain after the approval of the 1989 Convention on the Rights of the Child**

The present paper is about the regulation applicable to childhood and adolescence in the Spanish Law, with special emphasis on the changes derived from the entry into force of the 1978 Spanish Constitution and its influence in the Civil Law area. The article has two parts. First one begins with the description of origins of the preoccupation for children and teenagers, at the end of the 18<sup>th</sup> century and the

---

<sup>1</sup> Este trabajo constituye uno de los resultados del Grupo consolidado de Investigación *Derecho, persona y familia* (DERPEFA) de la Universidad de La Laguna. También constituye uno de los resultados del Proyecto de Investigación: “Hacia una revisión del principio de solidaridad familiar: análisis de su alcance y límites actuales y futuros”, financiado por PID2019-104226GB-I00/AEI/10.13039/501100011033 (Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación). España.



progressive development of politics focused on their protection during the 19<sup>th</sup> century. Below, there is a brief exposition of the international dimension of scientific and legal treatment, beginning with the celebration of conferences and congresses dedicated to children and continuing with 1924 and 1959 declarations of the rights of the child. Finally, there is another brief description, focused on the 1989 Convention on the Rights of the Child. The second part is centered on the Spanish Law and its rules for the protection of children and teenagers. Firstly, there is a brief historical description, centered over the Spanish perspective in the progressive and growing interest in childhood. Secondly, there is a legal description of Spanish Law rules on the subject, beginning with 1978 Spanish Constitution and continuing with the enumeration of modifications of Civil Law acts, derived from the return of Spain to democracy and the ratification of 1989 Convention.

**Key words:** Legal protection, childhood, adolescence, risk, distress, welfare institutions

*Ut sementem feceris, ita metes*

(Lo que siembres será lo que coseches)

Marco Tulio Cicerón (106 a.C. – 43 a.C.)

## **1. Antecedentes y consecuencias de la Convención de los Derechos del Niño de 1989**

### **1.1. Orígenes de la preocupación y el tratamiento diferenciado de la infancia y la adolescencia**

Las recientes conmemoraciones de la proclamación -20 de noviembre de 1989- y de la entrada en vigor -2 de septiembre de 1990- de la Convención de los Derechos del Niño constituyen buenas oportunidades para llevar a cabo la necesaria reflexión sobre el tratamiento que se ha dado a la infancia y la adolescencia, con anterioridad y posterioridad al hito que supuso la aprobación de este tratado internacional. La Convención es el resultado de un proceso de cambio en todo lo referente a la consideración de las personas menores y en el que la preocupación por su bienestar y el reconocimiento de su singularidad han ido en aumento. En el presente artículo intentaremos exponer cuál ha sido, a grandes rasgos, la incidencia de la Convención en España y en el ordenamiento jurídico español.

Para empezar, hay que recordar que “infancia” y “adolescencia” constituyen conceptos de naturaleza histórica y cultural, a partir de una base de carácter

biológico<sup>2</sup>. Éstos hacen referencia a un período tan vulnerable como crucial en el crecimiento humano<sup>3</sup>. Sin embargo, la preocupación por infantes y adolescentes es relativamente reciente. Es a finales del S. XVIII que las personas menores de edad son percibidas de otra forma, pasándose de la indiferencia a la preocupación<sup>4</sup>. En este período se pueden encontrar, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América, los primeros bosquejos de lo que, tiempo después, habrá de convertirse en los sistemas de protección y de reconocimiento de los derechos de las personas menores<sup>5</sup>. Este interés por la infancia y la adolescencia se enmarca en un cambio, gradual pero importante, en la atención a los colectivos desfavorecidos. Los avances derivados de la revolución industrial y del auge de las ideas ilustradas llevan a los Estados a revisar los sistemas bajo los cuales se atiende a los colectivos más desfavorecidos<sup>6</sup>. El planteamiento de la importancia de la infancia y el reconocimiento del interés del estudio científico de la conducta infantil, serán las bases sobre las que se produzca la reivindicación de la necesidad de organizar y poner en marcha un sistema de protección más eficaz de las personas menores<sup>7</sup>.

Por su parte, el siglo XIX es testigo de un creciente interés por la protección del colectivo que se acentuará durante el siglo XX, incluyendo junto a esa preocupación protectora los objetivos de promoción y participación. Esta inclinación hacia la infancia tiene naturaleza interdisciplinar y acabará desembocando en un movimiento de carácter reformador y vocación de internacionalidad, para conseguir la generalización de unas políticas dirigidas a la protección del colectivo de menores<sup>8</sup>. La influencia reformadora traerá consigo la aparición de normas jurídicas dirigidas, en un primer momento, a la protección de infantes y adolescentes y al refuerzo de la dimensión internacional en lo referente al abordamiento de los problemas relacionados con estos colectivos.

<sup>2</sup> I. Ravetllat Ballesté, *Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos*, "Revista de Derecho UNED" 2007, núm. 2, pp. 77-94, p. 79.

<sup>3</sup> C. Alemán Bracho, *Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor en España*, "UNED Revista de Derecho Político", mayo-agosto 2014, n° 90, pp. 97-134, p. 100 y ss.

<sup>4</sup> A.L. Navarro Soto, *Los derechos de la infancia: de la protección inicial (en el tiempo de Concepción Arenal) a la promoción actual*, "Acciones e Investigaciones Sociales", diciembre de 2012, pp. 189-227, p. 189 y ss.

<sup>5</sup> T. Pícoltó Nogales, *Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos*, "Derechos y Libertades", Época II, junio de 2009, n° 21, pp. 67-93, p. 60.

<sup>6</sup> A. Hernández Martín, M. Martínez Muñoz, *Derechos de la infancia y tercer sector*, "Panorama Social", primer semestre de 2009, 9, pp. 82-90, p. 82 y ss. Este replanteamiento de la relación entre los Estados y su población supone la progresiva asunción, por parte de los poderes públicos, de políticas orientadas hacia las cuestiones sociales y contribuye a la configuración del estado del bienestar.

<sup>7</sup> J.M. Fernández Soria, A. Mayordomo Pérez, *Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España*, "Revista Interuniversitaria" 1984, n° 3, pp. 191-214, p. 191.

<sup>8</sup> P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional*, "Encounters for Education" 2006, 9, pp. 71-93, p. 72.

Estas dos tendencias seguirán evolucionando a lo largo del siglo XX, incluyendo junto a la protección otras perspectivas, como la de promoción de la infancia y el fomento de la participación de las personas menores en todo aquello que sea de su incumbencia<sup>9</sup>, e implicándoles además, en aquellas cuestiones que interesan globalmente al conjunto de la humanidad, como los objetivos del desarrollo sostenible<sup>10</sup>.

## 1.2. La dimensión internacional en la protección de la infancia y la adolescencia

Como se ha indicado en el apartado anterior, el creciente interés protector por las personas menores derivó prontamente en la asunción de medidas legales para la obtención de estos objetivos, así como en el tratamiento internacional de los mismos. Así, a finales del siglo XIX, podemos encontrar referencias a reuniones, congresos y entidades que estudian y atienden la problemática de la protección a la infancia. En el año 1883 se celebra en París un congreso internacional, auspiciado por la Sociedad General Protectora de la infancia abandonada y culpable. A este evento le seguirán otros de naturaleza similar y centrados en la temática protectora infantil como los de Lyon (1894), Burdeos (1895) o Ginebra (1896). Por su parte, encuentros como el VII Congreso Internacional de Higiene y Demografía, celebrado en Londres en 1892, dedicarán una sección específica al cuidado sanitario de infantes y escuelas. Esta dinámica también se hace presente al otro lado del océano, pues la Casa Blanca estadounidense convocará tres conferencias dedicadas a la salud y la protección de las personas menores en los años 1909, 1919 y 1930<sup>11</sup>. Como resultado de los antecedentes anteriores, podemos encontrar la aprobación de varios tratados internacionales que, al fin y a la postre, desembocarían en la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

<sup>9</sup> El tratamiento de la infancia y la adolescencia ha corrido paralelo al de otros colectivos que, en el pasado, fueron ajenos al interés de la ciencia y de los poderes públicos. De la mencionada indiferencia se pasa al creciente interés por su protección, pero desde un punto de vista en el que las personas menores constituyen el objeto de la preocupación y no sujetos que, pese a hallarse en pleno desarrollo, tienen capacidades cognitivas y volitivas y cuya opinión debe ser escuchada. Aunque su capacidad de obrar siga una evolución paralela a su desarrollo biológico, infantes y adolescentes son personas en el sentido jurídico-civil del término. Son sujetos de derecho y los derechos que les han sido reconocidos por los distintos instrumentos legales son, sin ningún género de duda, derechos humanos.

<sup>10</sup> M.A. Espinosa Bayal, A. Martínez Gimeno, R. García Pérez, *La educación para el desarrollo y los derechos de la infancia: el papel de las agencias internacionales y el impacto en la transformación de los contextos*, "Educar" 2020, Vol. 56/2, pp. 297-314, p. 299.

<sup>11</sup> J.M. Fernández Soria, A. Mayordomo Pérez, op. cit., p. 192. Por otra parte, se puede encontrar una referencia al papel de las asociaciones internacionales en la organización de estos eventos, los cuales se irán celebrando de forma periódica. P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La evolución de los derechos de la infancia...*, p. 76.

El primer tratado al que debe hacerse mención es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, aprobada por unanimidad en la Sociedad de Naciones. Este texto establece, de forma sucinta, una serie de derechos dentro de la dimensión protectora: alimento, cuidado, ayuda, acogida y socorro, educación, reinserción del niño delincuente y protección de los derechos del niño. Es, pues, reflejo de la consideración que el asunto tenía durante el período precedente, donde se hace hincapié en la misión protectora. Se acogen todos los ámbitos de la vida infantil, desde el cuidado biológico, educativo y psicológico al judicial y educativo, pero sin que el colectivo objeto de la norma pueda expresar su opinión<sup>12</sup>.

El siguiente hito en el proceso que habrá de llevar hasta la Convención de 1989 lo encontramos en la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959. Este tratado, aprobado por unanimidad por los Estados-miembro de la organización, surge en un contexto más pacífico, acogiendo los principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y manteniendo, respecto de la infancia, los ideales de la Declaración de Ginebra de 1924. Además, incorporará un nuevo concepto que se convertirá en una de las bases del tratamiento de infantes y adolescentes desde el punto de vista jurídico: el principio del interés superior del menor<sup>13</sup>. Con ello, se abre el camino hacia la consideración de las personas menores como sujetos cuya voz debe ser atendida, a la hora de tratar los asuntos que a ellos atañen<sup>14</sup>.

### 1.3. Aspectos generales de la Convención de las Naciones Unidas de los derechos del Niño de 1989

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 fue minuciosamente elaborada durante la década precedente, con la colaboración de representantes de todas las sociedades, todas las religiones y todas las culturas, a propuesta de Polonia. El gobierno de este país sometió a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas una propuesta en este sentido<sup>15</sup>. El resultado fue un tratado que, frente a sus predecesores, no se presenta como un texto meramente declarativo de principios genéricos, sino un instrumento

<sup>12</sup> P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La evolución de los derechos de la infancia...*, p. 78. También, P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La infancia en Europa: una aproximación a partir de los Derechos del Niño*, "Revista Española de Educación Comparada" 2003, 9, pp. 83-133.

<sup>13</sup> Así, dice en su segundo párrafo el principio VII de la Declaración que *el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres*.

<sup>14</sup> P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La infancia en Europa...*, p. 86.

<sup>15</sup> P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La infancia en Europa...*, p. 88 y ss. C. del Molino Alonso, *El papel de las organizaciones no gubernamentales en la defensa de los derechos de la infancia*, "Revista Española de Educación Comparada" 2003, 9, pp. 135-151, p. 140.

jurídico vinculante donde infantes y adolescentes son considerados sujetos en desarrollo, dotados de derechos pasivos -los vinculados a su protección- pero, también, de derechos activos como las libertades de conciencia, pensamiento, religión, expresión, información o asociación<sup>16</sup>.

La Convención estipula en sus primeros cuarenta y un artículos los derechos humanos de infantes y adolescentes, esto es, de toda persona menor de dieciocho años. Se establecen los mandatos de respeto y protección de los mismos, así como la exigencia de que sean aplicados según los principios rectores contenidos en el texto. Por su parte, los artículos 42 a 45 establecen la obligación, por parte de los Estados Partes, de difundir los principios y las disposiciones del tratado entre su ciudadanía y de llevar a cabo las medidas adecuadas para su efectiva aplicación<sup>17</sup>.

Los derechos de infantes y adolescentes pueden aglutinarse alrededor de los siguientes ámbitos<sup>18</sup>:

1. Derechos de provisión. Satisfacción de las necesidades básicas de la infancia: salud, nivel de vida, educación, desarrollo de la personalidad y juego.
2. Derechos de identidad y de participación. Garantía de los derechos de la personalidad: nombre, nacionalidad, privacidad, libertad de expresión, libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad de confesión, derecho de asociación, libertad de opinión y de participación.
3. Derechos de protección. Protección contra toda forma de explotación y violencia: malos tratos, explotación laboral, tráfico de estupefacientes, explotación sexual, venta o trata, tortura y pena de muerte.

Complementariamente a estas categorías, podemos encontrar otros preceptos tendentes a la consecución de la plena efectividad de los derechos indicados.

1. Colaboración con la familia: orientación de progenitores en el ejercicio de los derechos de sus vástagos y promoción de la reunificación familiar.
2. Atención a las personas menores que se hallan en situaciones de vulnerabilidad: secuestro, privación del medio familiar, exilio, discapacidad física o mental, conflictos armados y pertenencia a minorías.

A su vez, los principios rectores de la Convención son los siguientes<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> I. Ravetllat Ballesté, *Protección a la infancia en la legislación española...*, p. 81. C. Villagrasa, *Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal*, "Anales de la Cátedra Francisco Suárez" 2015, 49, pp. 17-41, p. 18.

<sup>17</sup> P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La infancia en Europa...*, p. 90.

<sup>18</sup> P. Dávila Balsera, L. M. Naya Garmendia, *La infancia en Europa...*, p. 90 y ss. A. Hernández Martín, M. Martínez Muñoz, op. cit., p. 84.

<sup>19</sup> R. García Pérez, L. López Catalán, A. Martínez Gimeno, *Defender los derechos de la infancia en el ámbito local. Una práctica innovadora de formación de líderes a favor de la infancia*, "International Journal of Educational Research and Innovation" 2020, 13, pp. 74-95, p. 75.

1. No discriminación: este principio supone la traslación del artículo 2 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, añadiéndose además la ampliación hacia los supuestos circunstanciales del nacimiento, los impedimentos físicos o cualquier condición de la persona menor o de sus representantes legales.
2. El interés superior del menor: este principio, que, como se ha visto, fue acogido ya en la Declaración de 1959, se consagra aquí como una de las reglas maestras con mayor influencia en el desarrollo jurídico del tratamiento de la infancia y la adolescencia. En el artículo 3 de la Convención se establece que, *en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
3. La supervivencia y el desarrollo infantil: este principio significa el reconocimiento de las desigualdades sociales y el fomento de la cooperación internacional para poder asegurar y garantizar a las personas menores su pervivencia en condiciones de dignidad.
4. La participación de las personas menores: este principio implica la garantía a infantes y adolescentes del derecho a expresar su opinión libremente, en todos aquellos asuntos que sean de su incumbencia, en función de su edad y de su madurez, fomentando con ello las actitudes democráticas.

La Convención establece un escenario en el que la infancia y la adolescencia han dejado de ser meros destinatarios de la aplicación de normas, instituciones y medidas protectoras, para convertirse en sujetos activos de su existencia, asumiendo en esta fase de desarrollo la puesta en práctica de aquellas facultades que habrán de ejercitar durante la adultez. El tratado reconoce el carácter progresivo en la adquisición de las capacidades intelectuales y cognitivas necesarias para el desarrollo de la capacidad de obrar -entendida aquí en su dimensión jurídica-civil- y, aunque no ha estado exenta de críticas en ciertos pasajes, resulta innegable su condición de hito a nivel internacional en el tratamiento jurídico de las personas, en el período que va desde su nacimiento hasta la mayoría de edad.

## **2. Evolución de la protección jurídica de la infancia y la adolescencia en España**

### **2.1. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia antes de la Constitución Española de 1978**

España no fue ajena al proceso de cambio en la consideración de las personas menores y a la creciente preocupación por las mismas que, como hemos visto, es ya patente en el siglo XIX. Así, podemos encontrar diversos ejemplos de este cambio de actitud, tanto en el plano doctrinal como en el normativo. En el

primer caso, resulta necesario hablar de la figura de Concepción Arenal Ponte<sup>20</sup>. Esta jurista dedicará buena parte de su vida a la denuncia de las situaciones de los grupos más desfavorecidos, personificando en España las consecuencias de la variación en la consideración de infantes y adolescentes. La infancia es una de las facetas de lo que la autora considera la cuestión social de su siglo, denunciando las prácticas de maltrato y explotación laboral, al considerarlas mucho peor de lo que, también injustamente, se hacía con las personas adultas<sup>21</sup>. Para ella, el niño corría la misma o peor suerte que el adulto en cuanto a protección social, siendo éste, desde su punto de vista, el peor de los males en la España de la época<sup>22</sup>.

Por su parte, en el plano normativo, podemos encontrar también un reflejo de la creciente preocupación por la infancia, en las primeras leyes que tienen por objeto su protección en diversos ámbitos. Así, la Ley del 24 de julio de 1873<sup>23</sup> prohibirá el acceso a ciertos trabajos a niños y niñas menores de cierta edad<sup>24</sup> y, cinco años más tarde, la Ley de 26 del julio de 1878<sup>25</sup> castigará a quienes sometan a personas menores a ejercicios peligrosos en espectáculos públicos.

Tras el advenimiento de la II República, toma forma la idea de que debe respetarse la futura personalidad de los infantes y adolescentes, sin que se les imponga prematuramente una idea o concepción de la vida que pueda dificultar la libre formación de su conciencia. Esta consideración, que intentaría implantarse en la educación, supone, en cierto sentido un adelanto respecto de lo que, como hemos visto, se ha convertido en idea dominante en el plano internacional: la consideración de las personas menores como sujetos que pueden

<sup>20</sup> Concepción Arenal Ponte fue una jurista, pensadora, poeta y dramaturga española, que nació y vivió en Galicia durante el S. XIX. Considerada una de las pioneras del feminismo en España, es también reconocida como una precursora del Trabajo Social en este país y dedicó buena parte de su labor a la denuncia de la situación de colectivos muy desfavorecidos. Suya es la frase «odia al delito y compadece al delincuente» con la que exhortaba a un tratamiento más humanitario de la población reclusa.

<sup>21</sup> A.L. Navarro Soto, op. cit., p. 192 y ss.

<sup>22</sup> J.M. Fernández Soria, A. Mayordomo Pérez, op. cit., p. 195.

<sup>23</sup> Ley de 24 de julio de 1873, publicada en la Gaceta de Madrid nº 209, el 28 de julio de 1873. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1873/209/A01193-01193.pdf>, (13.09.2020).

<sup>24</sup> Este texto legal, conocido como *Ley Benot* en consideración de su impulsor y redactor, el político y científico gaditano Eduardo Benot Rodríguez, es considerado también como el punto de partida del Derecho del Trabajo en España. A este texto le seguirá el de la Ley de 13 de marzo de 1900, que reforzará la protección de las personas menores en el ámbito laboral, estableciendo en su artículo 1 que *los menores de ambos sexos que no hayan cumplido diez años, no serán admitidos en ninguna clase de trabajo*. Ley de 13 de marzo de 1900, publicada en la Gaceta de Madrid nº 79, el 14 de marzo de 1900. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/073/A00875-00876.pdf>, (13.09.2020). Esta ley tendrá su desarrollo reglamentario unos meses más tarde, a través del Reglamento para la aplicación de la ley de 13 de Marzo de 1900 acerca del trabajo de mujeres y niños, publicada en la Gaceta de Madrid nº 320 de 16 de noviembre de 1900 <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1900/320/A00574-00575.pdf>, (13.09.2020).

<sup>25</sup> Ley de 26 de julio de 1878, publicada en la Gaceta de Madrid nº 209, el 28 de julio de 1878. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1878/209/A00250-00250.pdf>, (13.09.2020).



tomar decisiones en los asuntos que son de su interés y no menos destinatarios de la aplicación de reglas protectoras. El fallido golpe de Estado y la posterior guerra civil que desangró el país entre 1936 y 1939 malograría esta premisa. Y la instauración de la dictadura del general Franco Bahamonde marcaría una aproximación a la infancia basada en los mismos principios rectores e ideologías que formarían un régimen que habría de prolongarse por un espacio de treinta y seis años.

## **2.2. La infancia y la adolescencia en la Constitución Española de 1978**

Es incuestionable que el principal hito normativo del ordenamiento jurídico español de las últimas décadas lo constituya la aprobación de la Constitución Española de 1978, pues es en ese momento en el que se instaura un auténtico Estado Democrático de Derecho en el país. La Constitución supuso, entre otras muchas cosas, la derogación de numerosas normas dictadas al amparo del régimen anterior y colocó al país en el camino de la democracia, jurídicamente puede afirmarse que la Constitución marca con claridad un antes y un después en todos los ámbitos.

A grandes rasgos, la Constitución Española de 1978 configura a España bajo los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (artículo 1). El Estado se constituye, a su vez, como indisoluble, al tiempo que reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas (artículo 2). Esta organización territorial será determinante a la hora de abordar el tratamiento de la materia objeto de este artículo.

En materia de protección jurídica de la infancia y la adolescencia, ocurre exactamente lo mismo que en el resto de las materias: esta carta magna supone un antes y un después. También se recoge la protección de la familia. El artículo 39 apdo. 1 y 2 del texto constitucional dispone: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Tras su entrada en vigor se llevó a cabo un proceso normativo que reformó muchas normas, siendo otras también directamente derogadas por no ser constitucionales, como por ejemplo, las normas que preveían diferencias en los derechos que ostentaba la filiación en atención a cuál era su origen (matrimonial, no matrimonial o adoptivo), en la medida en la que la Constitución propugna el principio de igualdad de todos los hijos e hijas ante la Ley, de manera que todos van a ser tratados igual con independencia de cuál sea su filiación, conforme establece el segundo inciso del art. 108 del Código Civil: “(...) La filiación

matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”. En cualquier caso, la carta magna recoge la igualdad de todos los españoles en su art. 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Como norma suprema del ordenamiento jurídico español, la Constitución de 1978 recoge derechos inherentes a la condición de ser humano que, lógicamente también se prevén para las personas menores de edad. Establece obligaciones para los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los menores de edad, atendiendo a sus particulares circunstancias –como podría ser, por ejemplo, los casos de personas menores de edad con discapacidad o dependientes–.

Por otro lado, impone a los progenitores el deber de asistencia de todo orden a sus hijos e hijas menores de edad, así como en todos los demás casos que en derecho proceda, conforme prevé, con carácter general, el art. 39 apdo. 3 de la carta magna: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. El art. 154 del Código Civil dispone específicamente cómo debe articularse dicha asistencia. Concretamente recoge: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”. Los progenitores representan a sus hijos e hijas menores de edad<sup>26</sup>.

Tanto a nivel internacional como europeo se han ido promulgando normas en las últimas décadas que han recogido distintas cuestiones relacionadas con la protección jurídica de las personas menores de edad, aún de manera indirecta,

<sup>26</sup> Art. 162 del Código Civil: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158”.

recogiendo distintos derechos. No hay que olvidar que expresamente el art. 39 apdo. 4 del texto constitucional dispone: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, además de que, con carácter general prevé en el art. 10.2 de la Constitución Española que: “(...) 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La que mayor trascendencia ha tenido, sin duda, es la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, celebra da en Nueva York el 20 de noviembre de 1989<sup>27</sup>, pues los principios que recoge han constituido, en la mayoría de las ocasiones, el punto de partida para la elaboración de normas europeas, estatales y autonómicas. La Convención se ha ratificado prácticamente por todos los países de la Tierra: España lo hizo el 30 de noviembre de 1990. A nivel europeo ha de mencionarse la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, el Tratado de Lisboa de 2009 así como las Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor de 2007.

### **2.3. La Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

Partiendo del marco constitucional descrito, se promulga la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LO 1/1996), que hoy en día es la norma especial más importante en lo que respecta a la protección jurídica de la infancia y la adolescencia en nuestro país. Resulta muy ilustrativo lo que establece su Exposición de Motivos con relación a los cambios experimentados en la sociedad española pues todos ellos “(...) han provocado un cambio en el estatus social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho de protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

<sup>27</sup> La Convención tiene tres protocolos que la complementan: el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; el protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

Dicha norma ha sido reformada desde su aprobación en varias ocasiones, pero, sin duda, la reforma más trascendental que ha experimentado es la operada por la Ley Orgánica 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por la Ley 26/2015, del 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la LO 1/1996, se recoge el principio de protección del interés superior de la persona menor de edad. Este principio, internacionalmente reconocido, se encuentra en la actualidad extensamente regulado en el art. 2 LO 1/1996, reformado en el año 2015, y que, conforme establece la Exposición de Motivos de la LO 8/2015, del 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incorpora “(...) tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, del 29 de mayo de 2013, del Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra parte, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

De esta manera, será en cada caso concreto en el que se proceda a delimitar el interés de cada una de las personas menores de edad involucradas en el caso, siendo ahora realmente interesante el acudir al citado precepto antes de llevar a cabo su concreción en la práctica pues recoge distintos criterios que van a orientar a los operadores jurídicos en esta difícil tarea, tales como el tener en cuenta, por encima de todo la obligación de proteger su vida, supervivencia y desarrollo, así como la satisfacción de sus necesidades básicas; tener en cuenta sus deseos, sentimientos y opiniones, así como su derecho a participar, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; el que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, siendo siempre prioritario la permanencia en su familia de origen, salvo que ello no sea posible, preservándose también el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; etc.

### 3. Principales derechos y obligaciones de las personas menores de edad en España

En la actualidad, los derechos más significativos que las personas menores de edad ostentan son los que se reconocen con carácter general en la Convención, si bien algunos se han desarrollado y ampliado. En cualquier caso, siempre ha de partirse del respeto al libre y armónico desarrollo de la personalidad de las personas menores de edad y de, en todo caso, la protección de su interés superior. De esta manera, los progenitores deben velar por los menores de edad en el ámbito de la patria potestad, que debe ser ejercitada conforme a lo preceptuado en el art. 156 del Código Civil<sup>28</sup>.

Los principales derechos son los siguientes: derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, derecho a la educación, derecho a la no discriminación, derecho al nombre, derecho a la salud, derecho a la libertad ideológica, derecho a la libertad de expresión, derecho a la información, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho de participación, asociación y reunión, derecho a ser oído y escuchado – que implica el poder expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y a que ésta sea tomada en serio y respetada en la medida de lo posible –, derecho a permanecer con su familia de origen siempre que ello sea posible, etcétera.

La persona menor de edad puede, para la defensa y garantía de sus derechos, solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente, presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas,

<sup>28</sup> Art. 156 CC: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro. En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo, solicitar asistencia legal – incluyendo, si fuera el caso, el nombramiento de un defensor judicial, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses –.

La persona menor de edad también es titular de deberes, obligaciones y responsabilidades. Por supuesto, el cumplimiento de los mismos tendrá que ser acorde a la edad y madurez que ostente en cada momento – no es lo mismo un bebé de un año que un niño de 14 años, por ejemplo –. En este sentido, con carácter general, el art. 155 del Código Civil dispone que: “Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre. 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella”.

Estos deberes se circunscriben, tal y como recoge la Ley, a tres ámbitos diferentes: al familiar (participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares; participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo), al ámbito social debiendo respetar a las personas con las que se relacionan y el entorno y; en particular, se debe respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social; respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad; conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad; respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible) y al ámbito escolar (respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo; respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciber-acoso).

## 4. Familia, persona menor de edad y vulnerabilidad: riesgo y desamparo

### 4.1. Protección y asistencia de las personas menores de edad

El artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 dispone en su párrafo primero que: “Los niños, temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. Este derecho se traduce en el ordenamiento jurídico español en un sistema de protección a la infancia y adolescencia que se articula sobre los conceptos de riesgo y de desamparo para los casos en los que la familia no pueda desempeñar correctamente las funciones encomendadas, lo que puede deberse a distintas razones, por lo que los progenitores pueden llegar a verse privados de la patria potestad<sup>29</sup>. Se está, por tanto, ante familias que se encuentran en situación de vulnerabilidad – que podría llegar a constituir la antesala del riesgo o, incluso, del desamparo – y que, por tanto, precisan ayuda y colaboración. Por ello, en cuanto se detecte deben activarse los protocolos existentes según sea el caso, en aras a proporcionar el apoyo requerido y solventar la situación además de eliminar las debilidades encontradas<sup>30</sup>.

La intervención familiar debe seguir los principios de integración y re-integración familiar, como disponen tanto diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional como las *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 24 de febrero de 2010*.

Además de todo lo anterior, existen otras medidas que confluyen en conseguir la ansiada protección. La obligación de las entidades públicas de prestar el apoyo necesario para que las personas menores de edad que se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica continúen con ella, así como su protección, atención especializada y recuperación, es una de estas medidas. La *Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* y, específicamente, *el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*, aprobado por el Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 2017, reconociendo cómo afecta a los hijos e hijas el verse inmersos en una situación de violencia

<sup>29</sup> Art. 170 del Código Civil: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. Aún en estos casos de privación o suspensión, los progenitores están obligados a velar por los hijos e hijas menores y a prestarles alimentos, tal y como prevé el art. 110 del Código Civil.

<sup>30</sup> Al respecto, no hay que olvidar que la pobreza de los progenitores, de las personas tutoras o guardadoras no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo.



de género, propone actuaciones importantes, tales como la suspensión del régimen de visitas cuando los hijos presencien, sufran o convivan con manifestaciones de violencia, prohibiéndose que las personas menores de edad vayan a ver a prisión al padre condenado, así como que no se pueda adoptar, ni siquiera de manera provisional, la custodia compartida para padres maltratadores incluso cuando haya un procedimiento penal y si existe orden de alejamiento. También destaca el *Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual del 25 de octubre de 2007* y la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*. Además, es importante señalar que a nivel nacional se ha impulsado un proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que se encuentra en la actualidad (septiembre de 2020) tramitándose en las Cortes Generales<sup>31</sup>.

Por último, también ha de destacarse que las entidades públicas tienen la obligación de ofrecer, a jóvenes tutelados próximos a cumplir la mayoría de edad, programas de preparación para la vida independiente (art. 22 bis LO 1/1996). Con esta medida se trata de solucionar un problema que existía antes de su introducción: que los jóvenes alcanzaran la mayoría de edad en el centro en el que vivían sin estar preparados para vivir de forma independiente debiendo, además, abandonar el centro precisamente por ser ya mayores de edad.

#### **4.2. Situación de riesgo y situación de desamparo**

Conforme a lo previsto en el artículo 17 LO 1/1996, habrá una situación de riesgo cuando por circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, la persona menor de edad se vea perjudicada en su desarrollo personal, social, familiar o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de

<sup>31</sup> Disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-22-1.PDF) (13.09.2020). En la Exposición de Motivos de dicho Proyecto de Ley se recoge: “Esta ley combate la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias. La ley va más allá de los marcos administrativos y penetra en numerosos órdenes jurisdiccionales para afirmar su voluntad holística. Desde una perspectiva didáctica, otorga una prioridad esencial a la prevención, la socialización y la educación, tanto entre las personas menores de edad como entre las familias y la propia sociedad civil. La norma establece medidas de protección, detección precoz, asistencia, reintegración de derechos vulnerados y recuperación de la víctima, que encuentran su inspiración en los modelos integrales de atención identificados como buenas prácticas a la hora de evitar la victimización secundaria”.

su entorno familiar<sup>32</sup>. Ante una posible situación de riesgo, deberá articularse un proyecto de actuación que debe ser consensuado con los progenitores u otros responsables legales del menor de edad, pues de no existir ese consenso, se declarará la situación de riesgo del menor mediante resolución administrativa motivada.

Por su parte, según lo previsto en el artículo 18 LO 1/1996, la situación de desamparo se da ante el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material<sup>33</sup>, de manera que la persona menor de edad declarada en desamparo será tutelada por la entidad pública. Para que se declare el desamparo, se requiere que se dé alguna circunstancia que ostente la suficiente gravedad en la medida en la que, valorada y ponderada conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, suponga una amenaza para la integridad física o mental del menor.

### 4.3. Instituciones de protección del menor de edad

En primer lugar, han de señalarse las instituciones que posibilitan una colaboración de la entidad pública con la familia, tal y como ocurre con la guarda voluntaria; o con parientes, amistades o allegados, como se plantea en la guarda de hecho que, correctamente ejercida, impide el desamparo<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Constituye una situación de riesgo la negativa a proporcionar la asistencia sanitaria necesaria para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. El tener un hermano en dicha situación (salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente) se considerará indicador de riesgo, así como la concurrencia de circunstancias o carencias materiales.

<sup>33</sup> Conforme a lo previsto legalmente, constituyen situaciones de desamparo: el abandono del menor –bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque éstas no quieran o no puedan ejercerla; el transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años–; el riesgo para la vida, salud e integridad física del menor; el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental; el riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; la ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria; cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

<sup>34</sup> De Pablo Contreras, P. V., *Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, [in:] *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor: Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, coord. M. A. Pérez Álvarez, 1997, pp. 49-62.

Produciéndose ya situaciones de necesidad del menor de edad no atendidas, surge la obligación de las entidades públicas de llevar a cabo la atención inmediata que precise cualquier menor, que puede articularse en un primer momento y sin que haya previa declaración de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores en dicho sentido, bajo su guarda provisional para atender a situaciones de urgencia. De ya encontrarse en situación de desamparo, procede la asunción de la tutela automática, *ex lege*, sin dilación, para poder proteger así a la persona menor de edad. Quienes estén bajo acogimiento – tanto familiar como residencial – tienen una serie de derechos específicos expresamente recogidos en la Ley (artículo 21 LO 1/1996).

Conforme a lo que dispone el artículo 20 LO 1/1996, el acogimiento familiar produce la plena participación de la persona menor de edad en la vida de la familia que lo acoge e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. Podrá tener lugar, una previa valoración de la familia, en la propia familia extensa o en familia ajena. Por su parte, el acogimiento residencial (artículo 21 LO 1/1996) se articula mediante un proyecto socio-educativo individual en pro de la persona menor de edad en el marco del plan individualizado de protección que debe recoger la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución. Esta medida es subsidiaria a la de acogimiento familiar, especialmente para personas menores de seis años. Si se trata de menores de tres años, no podrá acordarse, salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior de la persona menor de edad.

Es muy interesante señalar una reciente previsión normativa que articula lo que se ha denominado acogimiento residencial de menores con problemas de conducta que se llevará a cabo en centros específicos. Se trata de una medida a utilizar una vez descartadas las restantes, esto es, siempre como último recurso, en tanto en cuanto, no hay que olvidar que se limitan derechos fundamentales.

Por último, la adopción (artículo 175 y ss. del Código Civil) se erige en la institución jurídica de mayor trascendencia en la medida en la que la misma es irrevocable, dado que con su constitución se crean, entre la persona adoptante y la adoptada, los mismos vínculos jurídicos existentes entre los progenitores (y sus familias de éstos) y sus hijos biológicos, y se extinguen, salvo algunos, todos los vínculos jurídicos entre la persona adoptada y su familia biológica. Es novedosa la introducción mediante la reforma del 2015, en aras a facilitar de estabilidad familiar a algunos menores, sobre todo a los mayores, de lo que se conoce como “adopción abierta”, que es la adopción en la que continúa la relación (contacto) con algún o algunos miembros de la familia de procedencia, normalmente a través de visitas regulares o de comunicaciones (email, llamadas telefónicas, etc.). También se prevé la posibilidad de adoptar fuera de España.

La adopción internacional se encuentra regulada por la *Ley 54/2007, del 28 de diciembre, de Adopción Internacional* que la define como aquella institución en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, o bien con la finalidad de constituir tal adopción en España.

## Conclusiones

La proclamación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 y su posterior entrada en vigor al año siguiente, con la ratificación por parte de una veintena de países, entre los cuales se encontraba España, constituyen, junto a la promulgación de la vigente Constitución Española, dos hitos en el tratamiento que el ordenamiento jurídico hispánico da a la infancia y la adolescencia. En ese sentido, resulta una afortunada casualidad que el decenio de preparación del texto del tratado internacional coincidiera con los diez primeros años de regreso a la democracia, bajo la égida de la carta magna del 6 de diciembre de 1978. Así pues, el tratamiento que desde el Derecho español se da al colectivo compuesto por las personas menores se elabora introduciendo unos principios rectores que están presentes en ambos textos legales y que contrastan poderosamente con las ideas-fuerza que regían la normativa aplicable en la materia antes de sus respectivas entradas en vigor.

Como se ha visto, la Constitución Española reconoce la igualdad de los distintos modelos familiares y la igualdad en la descendencia, entendiendo por tal la no discriminación por razón de origen. Estas reglas marcan el punto de partida de una progresiva introducción del Derecho Público en un área tradicionalmente privada, como había sido el Derecho de Familia, la cual constituía, desde cierto punto de vista, el hogar ancestral del tratamiento a la infancia y la adolescencia. La promulgación de las distintas leyes autonómicas en la materia viene, a su vez, a unir a este creciente interés público la consideración de las personas menores como algo más que meros objetos de la normativa protectora, para convertirles, en desarrollo de la LO 1/1996, en sujetos con una capacidad en desarrollo para regir sus destinos, cumpliendo con ello, al menos sobre el papel, con el mandato establecido en la Convención de 1989. No obstante, no debe perderse de vista la necesidad de recordar que las normas jurídicas no son metas y objetivos en sí mismas, sino puntos de partida para alcanzar los resultados previstos o anhelados en sus preámbulos y articulados. Situaciones tan complicadas, como la crisis económica que estalló en 2008<sup>35</sup>,

<sup>35</sup> Sobre los nefandos efectos de esta crisis en el sistema, *vid.* G. De Castro Lamela, C. Pasqual Roig, *La regresión de los derechos de la infancia en España 2007–2013*, “XI Congreso Internacional de la Infancia Maltratada”, 2015.

o tan dramáticas como la pandemia generada por el COVID-19, han puesto a prueba la eficacia práctica del sistema estructurado a partir de la carta magna de 1978 y de la ratificación del tratado de 1989 e invitan a la necesaria reflexión en torno a su efectividad, tanto en condiciones normales como en la extraña y atípica “nueva normalidad” en la que vivimos actualmente.

## Bibliography

- Alemán Bracho C., *Políticas públicas y marco de protección jurídica del menor de España*, “UNED Revista de Derecho Político” 2014, 90.
- Berrocal Lanzarot A., *Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015*, “LA LEY Derecho de familia” 2014 (13 de octubre).
- Botana García G., *La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, “Actualidad Civil” 2014, 9.
- Calzadilla Medina M. A., *La adopción internacional*. “Código Civil Comentado”, segunda edición, Vol. I, Cizur Menor 2016.
- Calzadilla Medina M. A., *Lo que la patria potestad no ampara*, “Revista Aranzadi de Derecho de Familia” 2017, 74.
- Dávila Balsera P., Naya Garmendia L. M., *La infancia en Europa: una aproximación a partir de los Derechos del Niño*, “Revista Española de Educación Comparada” 2003, 9.
- Dávila Balsera P., Naya Garmendia L.M., *La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional*. “Encounters on Education” 2006, 7.
- Defensor del Pueblo, *Informe sobre los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, Madrid 2009, (accesible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2009-01-C-centros-de-protecci%C3%B3n-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situaci%C3%B3n-de-dificultad-social.pdf>) (13.09.2020).
- De Castro Lamela G., Pasqual Roig C., *La regresión de los derechos de la infancia en España 2007–2013*, “XI Congreso Internacional de la Infancia Maltratada” 2015.
- De la Iglesia Monje M. I., *Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés*, “Diario La Ley” 2015 (24 de julio), núm. 8590.
- Del Molino Alonso C., *El papel de las organizaciones no gubernamentales en la defensa de los derechos de la infancia*, “Revista Española de Educación Comparada” 2003, 9.
- De Pablo Contreras P.V., *Situaciones de desamparo y situaciones de riesgo de desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección*

*Jurídica del Menor*, [in:] *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor: Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, coord. M.A. Pérez Álvarez, 1997.

- Espinosa Bayal M.A., Martínez Gimeno A., García Pérez R., *La educación para el desarrollo y los derechos de la infancia: el papel de las agencias internacionales y el impacto en la transformación de los contextos*, "Educar" 2020, Vol. 56/2.
- Fernández Soria J. M., Mayordomo Pérez A., *Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España*, "Revista Interuniversitaria" 1984, 3.
- García Pérez R., López Catalán L., Martínez Gimeno A., *Defender los derechos de la infancia en el ámbito local. Una práctica innovadora de formación de líderes a favor de la infancia*, "International Journal of Educational Research and Innovation" 2020, 13.
- Gómez Megías A.M., *Aspectos básicos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia*, "Diario La Ley" 2015 (24 de julio), núm. 8590.
- Hernández Martín A., Martínez Muñoz M., *Derechos de la infancia y tercer sector*, "Panorama Social" 2009 (primer semestre), 9.
- López Azcona A., *Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, "Boletín del Ministerio de Justicia" 2016, Año LXX, 2185.
- López M., Del Valle J. F., Montserrat C., Bravo A., *Niños que esperan. Estudio sobre casos de larga estancia en acogimiento residencial*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid 2010.
- Martínez de Aguirre y Aldaz, C., *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, "Anuario de Derecho Civil" 1992, 4.
- Navarro Soto A.L., *Los derechos de la infancia: de la protección inicial (en el tiempo de Concepción Arenal) a la promoción actual*, "Acciones e Investigaciones Sociales" 2012, 32.
- Paniza Fullana A., *La modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*, "Aranzadi Civil-Mercantil" 2015, Vol. 2, 8.
- Parra Lucán M.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2016.
- Pérez Cebadera M. A., *El ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*, "Práctica de Tribunales" 2017, 124.
- Picontó Nogales T., *Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos recursos*, "Derechos y libertades" 2009, 21.
- Ravetllat Ballesté I., *Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos*, "Revista de Derecho UNED" 2007, núm. 2.

- Ravetllat Ballesté I., *El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*, “LA LEY Derecho de familia” 2015 (13 de octubre).
- Rivero Hernández F., *El interés del menor*, segunda edición, Dykinson, Madrid 2007.
- Rodrigo López, M.J. (coord.), *Situación de la infancia y la familia en Canarias*, Wolters Kluwer, Madrid 2018.
- Villagrasa C., *Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal*, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez” 2015, 49.
- Yzquierdo Tolsada M., *Patria potestad*, [en:] *Tratado de derecho de la familia, Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*, dir. M. Yzquierdo Tolsada, M. Cuenca Casas, 2011.

## SUMMARY

### **Legal protection of childhood and adolescence in Spain after the approval of the 1989 Convention on the Rights of the Child**

Legal protection of childhood and adolescence in Spain after the approval of the 1989 Convention on the Rights of the Child establishes a description of particularities of the evolution of the matter in that country, prior and after the ratification of this landmark international treaty. The Spanish experience runs parallel to the European one, with the 19<sup>th</sup> century as a crucial period in the variation of the consideration of children and teenagers. Indifference gives way to worry and this change is reflected in legal acts centered in the protection of those collectives and there is also a precedent of the consideration of children as persons capable of making decisions in matters of their own interest, in the beginning of the Second Spanish Republic. The 1936–1939 Civil War and the dictatorship of general Franco-Bahamonde suppose a hiatus for democracy and freedom in the country and only with the 1978 Spanish Constitution Spain will return to the democratic path. The beginning of the new Spanish democracy runs parallel with the preparation of the 1989 Convention and there are many common points in the list of general principles and the objectives. Both legal texts introduce ideas as the equality of every children and the child’s best interest and will have a mandatory influence in the transformation of the Spanish Family and Childhood Law. However, efficacy of legal reforms should be always periodically analyzed to determine if their directive principles have been truly applied or not and, if not, investigate and search for the reasons, systemic or conjunctural of the failure.



**Roldán Jimeno**

Universidad Pública de Navarra  
(Public University of Navarre, Spain)  
e-mail: roldan.jimeno@unavarra.es

ORCID: 0000-0002-1400-282X

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.06

## **The birth of children's rights between the First and Second World Wars: The historical events leading up to the Convention**

### **ABSTRACT**

At the beginning of the twentieth century, the industrialised countries had no guidelines for protecting children. From the time of its creation, the League of Nations has been interested in improving the situation of children and expanding their rights. To accomplish just that, the Child Welfare Committee was created in 1919. The creation of said Committee was the first action taken by the international community in a matter that was not to be left to the sole discretion of the states. That same year, the Englishwoman Eglantyne Jebb and her sister Dorothy founded Save the Children, which evolved very quickly and, in 1920, gave way to the establishment of the International Save the Children Union, headquartered in Geneva. In 1924, the League of Nations approved the Geneva Declaration of the Rights of the Child, drafted by Eglantyne Jebb herself. The first big challenge that said legal doctrine and the partnership in favour of children's rights came up against was the Spanish Civil War. The first great movement of refugee children featured the children of the Basque Country, who were welcomed in Great Britain. Let us take a look at this case as an example of the practical side of the first legal doctrine on children's rights. On 21 May 1937, over 3,800 Basque children arrived at the port of Southampton, accompanied by just over two hundred adults. The British created the "Basque Children's Committee", chaired by the Duchess of Atholl, and the Basque government was in charge of organising the escape expedition. These children lived for four months in tents in a camp in Eastleigh, supported by voluntary contributions, particularly

by left-wing English organisations, before they were sent to homes and organised 'colonies' spread throughout the United Kingdom.

**Key words:** Child Welfare Committee, International Committee of the Red Cross, International Save the Children Union, Declaration of the Rights of the Child of 1923, *Basque Children's Committee*

## 1. The starting point for children's rights: the need to protect children after the First World War

At the beginning of the twentieth century, there existed no law or rule for the protection of children, until the horrors of the First World War led us to seek ways to give them protection. Children became victims like never before in history. At that time, humanitarian law became embodied in private, international institutions of a voluntary nature, like the pioneering Red Cross. Since its founding in 1863, the aim of the *International Committee of the Red Cross* (ICRC) has been to provide protection and assistance to victims of armed conflict and strife, DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.01ng so through the implementation of activities around the world<sup>1</sup>. These forms of constructive cooperation were gradually developed with increasing dynamism from the late nineteenth century onwards<sup>2</sup>, reaching a high organisational level with the First International Child Welfare Conference held in Brussels in July of 1913 – an event which brought together representatives from 34 states and which marked a dual reconfiguration of the international movement for the protection of children<sup>3</sup>.

After the First World War, the intervention of institutions such as the International Red Cross, the International Federation of Trade Unions, the Boy Scouts movement, and hundreds of small local, regional, and state associations continued to have a non-official nature; even so, these humanitarian organisations that helped European children proved to be vital<sup>4</sup>. The child victim of war had become a cause that awoke great sympathy among citizens; therefore, governments – at a time when it was necessary to rally voters – were attentive to this point<sup>5</sup>. As a result, the various states sought mechanisms to influence organisations:

<sup>1</sup> A. Bennett, *The Geneva Convention*.

<sup>2</sup> M. Chauvière, P. Lenoël, É. Pierre (dir.), *Protéger l'enfant*; M.-S. Dupont-Bouchat, *Le mouvement international*, 207-235. K. Stornig, *Between Christian Solidarity and Human Solidarity*, 249-266.

<sup>3</sup> *Premier Congrès international de la protection de l'enfance*, Bruxelles, 1913.

<sup>4</sup> D. Dwork, *War Is Good for Babies*.

<sup>5</sup> D. Marshall, *The Construction of Children*, 103-147.

by offering grants, taking tutelary measures, creating structures under their supervision, and participating directly in intergovernmental agencies<sup>6</sup>.

The first official recognition of children's rights came into being with the League of Nations, an international institution created by the Treaty of Versailles on 28th June 1919 and launched on 1st January 1920, and which was concerned with improving the situation in which children found themselves by providing them with rights. The League of Nations created, just a few months later, the Child Welfare Committee, which was the first action taken by the international community in a matter that was not to be left to the sole discretion of the states<sup>7</sup>.

In 1919, the Save the Children Fund also came to be in order to protect all children affected by the First World War, DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.01ng so indistinctly and with the help of Eglantyne Jebb (Ellesmere, Great Britain, 1876 – Geneva, Switzerland, 1928). In terms of the life of the well-known social activist<sup>8</sup>, we must simply recall that during the year 1913, Eglantyne travelled to the Balkans. Her task was to distribute money that had been raised to alleviate the tragedy. There she saw the terrible suffering and displacement of refugees, especially of children. After the war, Jebb returned to London, concerned by the need to save children from disease and starvation. With the outbreak of the First World War, Eglantyne Jebb, along with her sister Dorothy and a group of friends, collected all the news about the violation of children's rights from various sources and reports from the International Red Cross and published it all in the Cambridge newspaper. In addition, they created the Fight-the-Famine Council. They also travelled all over England trying to raise awareness in the government of the fact that urgent action in favour of Europe's children was needed – children were in need of food and medical resources.

Faced with governmental sluggishness, on 15th April 1919, Dorothy and Eglantyne managed to create such a large political pressure group that it was agreed to establish an independent Save the Children Fund with the aim of providing real help to children throughout Europe. On 19th May, Eglantyne led – with the support of her sister – an important meeting in Albert Hall to announce the creation of the Fund. The formula was an instant success in Britain as a whole. A central office was created in London to collect money and channel aid. The employees of the central office worked with great austerity in terms of the organisation's means, while management was undertaken as if it was

<sup>6</sup> M. L. Cortés Braña, *Ayuda humanitaria*.

<sup>7</sup> M. Revest, *La protection de l'enfance*; H. Slim (ed.), *Children and Childhood*; D. Marshall, *Dimensions transnationales*, 47-63. Idem, 'The Rise of Coordinated Action', 82-107; J. Droux, *L'internationalisation de la protection de l'enfance*, 17-33.

<sup>8</sup> D. Buxton, E. Fuller, *The White Flame*; E. Fuller, *The Right of the Child*; F. Wilson, *Eglantyne Jebb*; C. Mulley, *The Woman Who Saved the Children*.

a company. Some criticised these methods, feeling as though they were not proper for a volunteer organisation; nevertheless, this example soon influenced other large international institutions. The use of emotional propaganda was combined with a growing symbiosis with the political powers and the media<sup>9</sup>.

Eglantyne Jebb soon established relations with the International Red Cross. She went for the first time to Geneva (which would become her favourite city) on the occasion of the report by Doctor Frederic Ferrière, Vice President of the International Conference of the Red Cross (ICRC), on the catastrophic situation of the children of Vienna in the wake of the First World War – a place where the Save the Children Fund was undertaking important humanitarian work<sup>10</sup>.

In addition to these contacts, and to gain wider support for her work, she made an appeal to all the churches. She met with the Archbishop of Canterbury and Pope Benedict XV. He met with her on 27th December 1919. She, Anglican, told him the story of the suffering children of Europe. Benedict XV listened carefully and gave her a substantial financial contribution. The 28th December of that very year, the Day of the Holy Innocents, was dedicated to prayers and collections for children thanks to a dual desire by the heads of the Anglican and Catholic churches. Other churches also joined them. Benedict XV also encouraged Eglantyne Jebb to found an international organisation that would link the various national agencies whose spirit aligned with that of the Save the Children Fund, aiming to be able to work in an effective way on the world level. A year later, on 1st January 1920, Benedict XV published the encyclical *Annus iam plenus est* about reconciliation and peace in the world after the war, in which the name of the Save the Children Fund was mentioned on two occasions<sup>11</sup>. It was the first time that a Catholic authority referred expressly to a non-confessional organisation.

Eglantyne Jebb advocated for, in November of 1919, the creation of a Committee whose aim was to boost the creation of the Save the Children International Union (SCIU). The proposal was quick to catch on, and the SCIU, also known by its French name, *Union Internationale de Secours aux Enfants* (UISE), was established in Geneva on 6th January 1920. Its two founding members were the Save the Children Fund (SCF), London, and the Comité Suisse de Secours aux Enfants (CSSE), Berne, (the latter went out of existence in 1927), and it was sponsored by the *International Committee of the Red Cross* (ICRC). Eglantyne Jebb had suggested the sponsorship of this Central Union to the ICRC

<sup>9</sup> E. Baughan, *Every Citizen*, 116-137.

<sup>10</sup> S. Roberts, *Exhibiting children at risk*, 171-190.

<sup>11</sup> [https://www.vatican.va/content/benedict-xv/en/encyclicals/documents/hfben-xvenc0112\\_1920annus-iam-plenus.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xv/en/encyclicals/documents/hfben-xvenc0112_1920annus-iam-plenus.html), (08.07.2020).

with the condition that the latter should not intervene in the management of the new agency. The founding act was held at the Ateneo of Geneva, in the same room as that in which the Red Cross had been born 50 years earlier. Soon other agencies joined: the Swedish Föreningen Rädde Barnen, the French Comité de Secours aux Enfants, and the German, Italian, Dutch, Turkish, South African, and Australian committees. Later other committees joined, such as that of the Republic of Ireland, which Eglantyne Jebb herself had founded in 1921. As time passed, the Union became a great federation of public, semi-public, and private national and international bodies with the same purpose<sup>12</sup>.

The tradition was established for the President of the ICRC to be part of the SCIU's Committee of Honour while said Committee existed. The personal and work-related ties between the SCIU and the ICRC were numerous and intense. During the early times, when activities consisted only of immediate assistance activities, those who were in charge of distributing the aid were delegates of the ICRC. Georges Werner, member of the ICRC, was the first Chairperson of the Union's Executive Committee, and the first Secretary was Ettiène Clouzot – previously the Head of the ICRC Secretariat<sup>13</sup>.

From the creation of the SCIU, Eglantyne Jebb began to think about undertaking long-term actions; she realised that the war and the disorders that accompanied it were not the only causes of misery and injustice. Only proper protection of children and education in a spirit of service would be able to ensure a better future for the world. The help deployed for children in times of war also was needed in times of peace: as the Save the Children Fund notes, “the undeniable means to ensure the safeguarding of the interests of children in times of disaster is the establishment of an improved system of child protection *in normal times*”<sup>14</sup>. This was the same step that had already been taken by the Red Cross by committing humanity to solidarity in terms of childhood – and by DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.01ng so with remarkable results, such as the fight against typhus in Poland in the year 1921, undertaken by the ICRC and Save the Children. A 15-minute film remains that includes images of scientific research into typhus and Red Cross volunteers disinfecting clothing and distributing food to the refugees. There are also shots of an ICRC orphanage in Warsaw in which it can be seen how the children receive food, care, and education, as well as how they have fun, dance, and even play<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> P. Rooke, R. L. Schnell, *Uncramping Child Life*, 176-202.

<sup>13</sup> A. Morier, *La Déclaration des Droits de l'Enfant*, 209-216. P. E. Veerman, *The Rights of the Child*, 155-156.

<sup>14</sup> It is cited in United Nations, Economic and Social Council, Document E/CN.5/44, *Report of the Social Commission, Third Session*, 19 February 1948.

<sup>15</sup> <https://www.icrc.org/es/document/la-lucha-contra-el-tifus-el-cicr-en-polonia-1921>, (08.07.2020).

## 2. The Declaration of the Rights of the Child of 1923

Despite the achievements of the Save the Children Fund, there was a lack of a unifying principle with an integrating legal capacity. In 1922, major advances came about. Various international agencies relating to child labour and, along the same lines, Youth Workers International, the Union of Socialist Youth, and the International Federation of Trade Unions had published, in August of that year, a Socialist Charter on Teenage Labour. Likewise, Herbert Hoover (who in 1929 would become the President of the United States), acting as Director of the American Relief Administration, had sought the way to summarise, in three sentences, the duties of humankind regarding children<sup>16</sup>.

Also that year, the National Council of Women, with its chairperson, Ishbel María Hamilton-Gordon, the Marchioness of Aberdeen and Temair (1847–1939), had already come up with a draft *Children's Charter* that was presented to the Save the Children Fund for consideration, an organisation which Lady Aberdeen was a member of. The Children's Charter included a preamble, a brief statement of four fundamental principles, and twenty-eight explanatory clauses for their implementation. Its aim was to “ensure a minimum of attention to the children around the world”. This Charter talked of the protection of prenatal care, the protection of children of preschool age and of school age, the protection of mothers, the restriction of child labour, measures relating to delinquent children, national child protection services, and international conferences. In addition, it was understood that each country was to later design its own Charter according to its own needs<sup>17</sup>.

The SCIU saw the need for a Charter that could be understood and accepted by all countries and that would be easy to translate into all languages, designed to call the whole world's attention and bring about a transformation of the laws and a reform of customs; a Charter that would become a precious instrument of propaganda. The aim was to proclaim the rights of children and also, primarily, the rights towards them. The preparatory work was long and tedious. Finally, on 17th May 1923, two proposals were delivered to the SCIU Committee. One was long and detailed; the other was briefer and had just five points. A choice had to be made.

Eglantyne Jebb, in Geneva, along with the Secretary of the Union, Etienne Clouzot, considered the contents of the Charter which<sup>18</sup>, in turn, was inspired by the work of the Polish physician and pedagogue Janusz Korczak (Warsaw, 1878

<sup>16</sup> G.H. Nash, *The Life of Herbert Hoover*, Vol. 1.

<sup>17</sup> V. Strong-Boag, *Liberal Hearts and Coronets*. See also P. E. Veerman, *The Rights of the Child*, 217, note 6.

<sup>18</sup> P.E. Veerman, *The Rights of the Child*, 155-156.

– Treblinka, 1942)<sup>19</sup>. Jebb wanted something brief, more vigorous, and forceful, and he suggested the title *Geneva Declaration*. After a brief explanatory preamble, the text would establish the principles of child-related rights and duties. Thus, the first international text on the specific rights of the child was born.

Unlike the United Nations' Declaration of the Rights of the Child, the League of Nations did nothing more than adhere to a text drafted without its participation, which had its origins in the tradition of humanitarian law implanted voluntarily by societies<sup>20</sup>.

The Geneva Declaration states that all people should recognise the right of children to have the necessary means for their development, to receive special help in times of need, to have priority in relief activities, to enjoy financial freedom and protection against exploitation, and to have access to an education that instils social conscience and a sense of duty. More specifically, the Declaration of Geneva consists of five well-known principles<sup>21</sup>:

- “1. The Child must be given the means requisite for its normal development, both materially and spiritually.
2. The Child that is hungry must be fed; the child that is sick must be nursed; the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succoured.
3. The Child must be the first to receive relief in times of distress.
4. The Child must be put in a position to earn a livelihood, and must be protected against every form of exploitation.
5. The Child must be brought up in the consciousness that its talents must be devoted to the service of its fellow-men”.

On 21st November 1923, Gustave Ador, president at the time of the ICRC, read the Declaration of Geneva from the radiotelephone station of the Eiffel Tower in Paris. The European press of the time reproduced the text. Months later, on 28th February 1924, a ceremony at the Museum of Art and History of Geneva took place, during which the Geneva Declaration, in its original French, was deposited by George Werner (who, along with Etienne Clouzot, had participated in its drafting) in the Archives of the Republic and Canton of Geneva<sup>22</sup>.

Eglantyne Jebb was tasked with presenting the Declaration of Geneva at the League of Nations in the course of the Fifth Assembly, during the plenary session

<sup>19</sup> A. Lewin (ed.), *Janusz Korczak*; W. Kerber-Ganse, *Die Menschenrechte des Kindes*.

<sup>20</sup> E. Fuller, *The Right of the Child*. P. E. Veerman, *The Rights of the Child*, 157-159.

<sup>21</sup> “Declaration of the Rights of the Child – 1923,” Child Rights International Network, <https://archive.crin.org/en/library/un-regional-documentation/declaration-rights-child-1923>, (08.07.2020).

<sup>22</sup> J. G. L., ‘Tribute to the Memory of Eglantyne Jebb’, 556-557. P. E. Veerman, *The Rights of the Child*, 156.



on 26th September 1924 – and it was approved unanimously. Immediately after its adoption by the League of Nations, a copy of the Declaration in thirty languages was sent to all members of the Assembly and the personal adherence of many representatives was registered: ministers, deputies, plenipotentiaries. The Member States were invited to draw inspiration from its principles; and some were not slow to follow in the footsteps of the League<sup>23</sup>. Among formal adhesions to the Charter, noteworthy is that of the IV Pan American Child Congress, which met in Santiago de Chile from 12th to 19th October 1924. Additionally, during this Congress, deep reflection was undertaken on a number of issues stemming from the Declaration of Geneva, such as school hygiene, the protection of children and the creation of official funds for said protection, the causes and results of family breakup, the fight against child poverty, care for homeless children, child labour, courts for minors, parental rights, and the promotion of savings among children, among other aspects. One of the most notable decisions approved by the Congress in its plenary session had to do with the establishment in Montevideo of the International American Institute for the Protection of Children<sup>24</sup>.

### **3. Assumption of the *Association Internationale pour la Protection de l'Enfance's* (AIPE's) functions by the Secretariat of the Council of the League of Nations**

Let us go back in time. In the bosom of the League of Nations, the so-called “Health Organisation and Social Section” took on certain aspects of the protection of children, and it also operated an Advisory Commission on the Traffic of Women and Children. Likewise, the International Labour Organisation (ILO), regulated the conditions of child labour. For example, the General Conference of the International Labour Organisation, having been convened at Geneva by the Governing Body of the International Labour Office, and having met in its Third Session on 25th October 1921, adopted the following Recommendation, which may be cited as the Night Work of Children and Young Persons (Agriculture) Recommendation, Young Persons (Agriculture) Recommendation:

- “I. That each Member of the International Labour Organisation take steps to regulate the employment of children under the age of fourteen years in agricultural undertakings during the night, in such a way as to ensure to them a period of rest compatible with their physical necessities and consisting of not less than ten consecutive hours.

<sup>23</sup> D. Marshall, ‘*International Child Saving*’, 469-490.

<sup>24</sup> *Antecedentes, Actas y Trabajos del Cuarto Congreso Panamericano del Niño.*

- II. That each Member of the International Labour Organisation take steps to regulate the employment of young persons between the ages of fourteen and eighteen years in agricultural undertakings during the night, in such a way as to ensure to them a period of rest compatible with their physical necessities and consisting of not less than nine consecutive hours”<sup>25</sup>.

But, neither the Health Organisation and Social Section of the League of Nations nor the International Labour Organisation considered joint, global actions. This type of action began to arise in 1921, when the International Committee of the Red Cross (ICRC), the League of Societies of the Red Cross (currently not in existence), and the Save the Children International Union (SCIU) addressed the Council of the League of Nations asking for the appointment of a special service, under the Secretariat, to handle the centralisation of documentation relating to all issues concerning the protection of children. The League of Nations considered the future survival of many volunteer *associations*. Article 24 of the Covenant said that “all the International Offices already established by general treaties would be placed under the direction of the League, if the parties listed in said treaties consented thereto”, as well as “the Commissions for the regulation of matters of international concern established until then”. This article affected the *Association Internationale pour la Protection de l'Enfance* (AIPE), which came to be in 1921 during a Conference held in Brussels that was attended by the official representatives of thirty-three countries. The AIPE's aim was to provide a documentation service with an international scope, dealing mainly with legal matters and medical-social issues. During the Brussels Conference, which gave rise to its birth, some nations – including Great Britain – had already claimed that the task of securing documentation services belonged solely to the League of Nations<sup>26</sup>.

The problem resurfaced in the above-mentioned session of 26th September 1924, the Fifth Assembly of the League of Nations. The report by the Belgian representative M. de Brouckère stated that the AIPE had never had the intention to isolate itself from the League of Nations; and, likewise, he said that the Council of the AIPE, in accordance with article 24 of the Covenant, believed it appropriate to pass to the League the official task of documentation; however, it was left clear that the Association would not dissolve and that it “would continue its existence as a private association, believing that there was still a broad field open to its activities.” The United Kingdom, in a Memorandum for the same debate,

<sup>25</sup> International Labour Organisation, R014 – Night Work of Children and Young Persons (Agriculture) Recommendation, 1921 (No. 14).

<sup>26</sup> J. Droux, *L'internationalisation de la protection de l'enfance*, 17-33.

associated itself in principle with the proposals of Belgium, insisting on the need to avoid duplicate bodies. In short, the General Assembly of the League voted for the work carried out until then by the AIPE to be entrusted to the Secretariat, and it was also agreed to reconstitute the Advisory Commission on the Traffic of Women and Children with two series of advisers, one of which would take care of the protection of children in general, recommending at the same time that there be private organisations among the members of this category, especially the *Association Internationale pour la Protection de l'enfance* (AIPE)<sup>27</sup>. The AIPE continued its life as an international private association, as was the case then for the SCIU and also – associated therewith – the Save the Children Fund<sup>28</sup>.

#### **4. From theory to practice: the first example of mass protection of refugee children (the Basque children of the Spanish Civil War)**

Having established the institutional and doctrinal framework that was to ensure the rights of children, the first big practical challenge of a great scale that the new system went up against was the drama of the Spanish Civil War. From the outset of the Civil War, some governments offered to take in Spanish children. France, Belgium, Denmark, Switzerland, the Soviet Union, Argentina, and Mexico, under the authority of their respective governments, offered protection to refugee children of the war. Sweden, Norway and the Netherlands did not take in any children but did provide funding for several colonies on French territory. Responsibility for the child refugees was not taken on by governments but largely by humanitarian associations, support committees, trade unions, leftist political parties and religious groups. The Quakers played an important role: in December 1936, Quaker associations in the USA, the UK, and Switzerland set up the International Commission for the Assistance of Child Refugees in Spain, with headquarters in Geneva and Paris. The International Red Aid and the International Antifascist Solidarity organisations were especially relevant politically and among trade unions. The *Comité d'Accueil aux enfants d'Espagne*, created in Paris by the *Confédération Générale du Travail*, was also important. It began its work in the autumn of 1936<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> *Rapport de la Cinquième Commission à la Cinquième Assemblée*, of 24 September 1924, with Annexes: Annex 1, « Rapport à la Cinquième Commission sur la Protection de l'Enfance » (Belgium), Annex 2, « Mémoire présenté par le délégué de l'Empire Britannique sur la Protection de l'Enfance » contained in document A.107.1924.IV of the League of Nations, Library of the United Nations, Palais des Nations, Geneva.

<sup>28</sup> J. Droux, *L'internationalisation de la protection de l'enfance*, 17-33.

<sup>29</sup> A. Altied Vigil, Nicolás Marín, González Martell R., *Los niños de la guerra*; A. Altied Vigil, R. González Martell, M. J. Millán Trujillo, *El exilio de los niños*; J. Martín Casasa, P. Carvajal Urquijo, *El exilio español*; E. Pons Prades, *Los Niños republicanos*.

The first great movement of refugee children involved children from the Basque Country who were placed in Great Britain. Let us look at this case as a practical example of the first legal doctrine on children's rights. The events were widely known in the UK in 1937, not just because of media coverage at the time but owing to the book published that year by Yvonne Cloud<sup>30</sup>. Leah Manning, the coordinator of the evacuation, also dedicated a chapter of her 1970 memoirs to the events<sup>31</sup>. There would be no academic research into the evacuation until the 1980s. It was the historian Jim Fyrth who, in 1986, pointed out that despite being a huge event in the history of British society, the story of the Basque children had been largely ignored by most historians of the time<sup>32</sup>. His groundbreaking book led to renowned investigative work by other researchers, among them Adrian Bell<sup>33</sup>, Tom Buchana<sup>34</sup> and Isabella Brown<sup>35</sup>. Spanish historiography barely touched the subject until Gregorio Arrién, the founder and first chairperson of the Association for Children Evacuated in 1937, conducted a detailed investigation of the subject in the Basque Country<sup>36</sup>.

The *Confédération Général du Travail* took part in successive evacuations of Basque children from the ports of Santurtzi, Bilbao and Santander between March and October 1937. Entire schools of children were evacuated, chaperoned by their teachers. The British government was not in favour of taking in Spanish refugees for fear that the gesture would go against the agreement not to intervene in the Spanish Civil War. Signed by the main European powers, said agreement in theory kept these countries at arm's length from the conflict. The USA was not agreeable either. However, the devastating attack on Guernica on 26th April 1937 changed the British attitude. The indiscriminate bombing of this town of 5,000 defenceless inhabitants resulted in hundreds of civilian deaths. Under public pressure, the British government was forced to reconsider its non-interventionist stance and permit entry to 4,000 Basque children as refugees in

<sup>30</sup> Y. Cloud, *The basque children*.

<sup>31</sup> L. Manning, *A Life for Education*.

<sup>32</sup> J. Fyrth, *The signal that was Spain*.

<sup>33</sup> A. Bell, *Only for Three Months*.

<sup>34</sup> T. Buchanan, *Britain and the Spanish Civil War*.

<sup>35</sup> I. Brown, *4,000 Basque Child Refugees*.

<sup>36</sup> G. Arrien, *La Generación del exilio*; Idem, *Niños vascos*. An initial book published in 1983 set out a few details, but it was in 1991 when he wrote a dedicated work telling the story of the voyage and the subsequent journey of the children. We highlight, after, Susana Sabin-Fernandez's doctoral thesis at the University of Southampton, titled *The Basque Children of the Spanish Civil War in the UK: Memory and Memorialisation*, published in 2011, was also particularly relevant and analysed efforts made to date to commemorate these children. Published the following year: *The 'Niños vascos'*. Many of the studies we have cited are compiled in PDF format together with many other, far more informational papers on the website <http://www.basquechildren.org> run by the *BCA 37' UK-Association for the UK Basque Children*. The website also includes substantial additional documentation such as an exhaustive list of the names of the children, the colonies and remembrance ceremonies, in addition to a variety of pictorial material, etc.

the UK. The British government also promised to protect all British, foreign or Spanish convoys dedicated to evacuating Basque women, children and men who were above military age<sup>37</sup>.

The diplomatic work was mediated by the Basque government. Throughout the first years of the Spanish Civil War, different movements involved migrations in the Basque Country throughout the Spanish Civil War, each of varying magnitude but all of them dramatic. The conflict led to preparations being made in the spring of 1937 to start evacuating children. The Basque government organised a successful first dispatch of 450 children on March 21st to the French island of Oléron. Between late April and early May, the Special Council of the Basque government put together plans for possible future evacuations beyond Spanish borders, principally to the UK and France. Negotiations with the UK went smoothly. The Basque Government Delegation in London had just become a reputable agency for managing the arrival of refugee children, and later adults. The French Minister for External Affairs, Yvon Delbos, also agreed to the involvement of the French-British naval forces, which would act jointly throughout any possible evacuation of the civilian Basque population. Both the UK and France guaranteed that the evacuation ships would have the protection of the Royal Navy on both their outward and return journeys from the French ports that refugees would flock to<sup>38</sup>.

The gradual victory of Francoist troops on the Northern Front triggered a massive flight of civilians towards France. Events such as the capture of Irun on the border between the Basque Country and France in early September 1936, the capture of San Sebastian on 15th September or the fall of Bilbao on 19th June 1937 all contributed to the mass movement of civilians<sup>39</sup>. The Basques that chose exile did so both by land and by sea. Some thirty ships carrying more than a hundred thousand souls had left by September 1937, escorted by the British Royal Navy, making more than sixty such journeys in total. The first large-scale voyage began in the port of Santurtzi, destination Bordeaux, on 6th May. The transatlantic ship *La Habana* carried a total of 2,375 children and 110 women and seniors, plus 300 people who set sail on the yacht *Goizeko Izarra*. Any civilian men who were evacuated had to be older than 65. Children had to be younger than 15 and there was no age restriction for women.

The British government approved a limited evacuation of Basque children on the condition that no public funds were used. The operation had to be carried out entirely by volunteers. NGOs and individuals felt compelled to offer their

37 G. Arrien, *La Generación del exilio*; Idem, *Niños vascos*; A. Bell, *Only for Three Months*; I. Brown, *4,000 Basque Child Refugees*.

38 Y. Cloud, *The basque children*; T. Buchanan, *Britain and the Spanish Civil War*; G. Arrien, *Niños vascos*.

39 A. Carballés, *El primer exilio*, 683-708.

services, driven in large part by humanitarian or political motivations which were often at odds with government interests. The British government also imposed the condition that the refugee population comprise a representative percentage of socialists, Basque nationalists and anarchists.

Following government approval, the responsibility for organising the child evacuation largely fell upon British civil society, which was perfectly set up to handle the operation successfully. In late 1936, the UK had more than a dozen movements and organisations geared towards alleviating the most pressing problems in Republican Spain in terms of health, food, children's issues, transport etc. They decided to join forces to form a national organisation, and on 6th January 1937 the *National Joint Committee for Spanish Relief* (NJC) was set up. It was chaired by Katherine Marjory Ramsay, Duchess of Atholl (1874–1960), who was knowledgeable of the consequences of the war on Spanish children and wrote about the subject in *Searchlight on Spain* (1938). Eleanor Rathbone was vice-chair of the NJC and its honorary secretaries included the Labour Party member Ellen Wilkinson, the Liberal Wilfred Roberts and others such as D.R. Grenfell, J.R.J. Macnamara, Isabel Brown, and Leah Manning. The secretary was Mary M. Miller<sup>40</sup>.

The real protagonist in the evacuation of the Basque children was Leah Manning (1886–1977)<sup>41</sup>. This experienced educator, social reformer, and former Labour MP became a member of the *NJC*. Her activism in movements against the war and fascism meant she understood the situation all too well, not to mention her previous involvement in committees charged with regularly dispatching healthcare material and medicines to civilian populations besieged by Francoist troops. In April 1937, a convoy of ambulances and healthcare material destined for Madrid was preparing for departure when a representative from the Basque Delegation in London arrived (Gregorio Arrién has studied the incident). The representative relayed the message that thousands of people in Bilbao – mainly children – had to be evacuated urgently.

Manning postponed the expedition to Madrid and, after making a risky journey from Saint Jean de Luz accompanied by Edith Pye, arrived in Bilbao on April 24th, two days prior to the bombing of Guernica. Assisted by the British consul, R.C. Stevenson, she immediately contacted the then president of the Basque government, José Antonio Aguirre, regarding the number of children to be evacuated. In the days that followed, she also approached the Social Support offices of the Basque government to begin outlining the evacuation plan.

During the afternoon of April 26th, Manning met with British journalists and correspondents. Among them were Philip Jordan and George L. Steer, who would later become two of her staunchest supporters. When Manning became

<sup>40</sup> J. Fyrth, *The signal that was Spain*; A. Bell, *Only for Three Months*; G. Arrien, *Niños vascos*.

<sup>41</sup> L. Manning, *A Life for Education*.



aware of the bombing of Guernica that same day, the British activist visited the town that was laid to waste and was able to witness first-hand the death and destruction caused by Francoist forces. She was deeply affected by that scene of utter devastation and focused her energies on evacuating the local children. She immediately sent telegrams to the NJC and to various religious and political figures in the UK, asking them to intercede before the British authorities to speed up the process.

Leah Manning worked out of the Social Support offices to coordinate preparations for the voyage to England and discussed the various aspects and options directly with the president and with the Minister of the Interior of the Basque government. She gave countless interviews to the press in Bilbao and often met with foreign correspondents. Manning was fully aware that the deeply Catholic Basque society, with its close ties to the Irish independence cause, did not have much sympathy from the UK's Home Office and Foreign Office. However, she would not be intimidated by the difficulties, and continued on with her plans. As a representative of the NJC, she was in constant contact with the managers of the National Committee in London. After much pressure, the Home Office finally acquiesced and authorised the entry of 4,000 Basque children into the UK.

The British authorities maintained that the upkeep of the evacuees should be funded by private entities. A *Basque Children's Committee (BCC)* was set up in London, comprising eight different humanitarian, social and religious organisations. The Duchess of Atholl was chairperson, and Eleanor Rathbone was vice-chair. This London-based committee was the only body in charge of the operation, as stipulated by the British authorities. Its main mission was to organise the voyage and make preparations for the children's arrival at the provisional camp at Stoneham. The committee was also in charge of the children's care and upkeep at their eventual final destination until their repatriation to the Basque Country<sup>42</sup>.

The Foreign Office permitted the entry of 4,000 children. Some 4,152 were registered for evacuation, though only 3,861 travelled to the UK. After much discussion between the organisers of the evacuation and the British authorities, the age of the evacuees was limited to between 7 and 15 years. There were no children under 7 years old, according to the known official list of evacuees. That said, Luis Santamaría remarks in his autobiography that the minimum age for registering a child for evacuation was 5 years. More than half of the children registered (2,093) were between 10 and 13 years old. The total number of girls (1,705) was somewhat lower than the number of boys (2,156). There were many

---

<sup>42</sup> L. Manning, *A Life for Education*.



sibling groups on the list: only 498 children travelled alone, without the company of any brothers or sisters, compared to 3,000 who travelled in groups of two, three, or more siblings<sup>43</sup>.

The children travelled with 95 teachers, 120 assistants, 15 priests, Doctors Jesús Irarragorri and Severiano Achucarro, and several nurses. The teachers were generally very young and enlisted for the job entirely of their own accord. In addition to their professional responsibilities, they acted as parental figures to the children, providing them with the love and support that their families back home would not be able to give. In addition, the teachers had to respect the traditions, customs and characteristics of the host country and its inhabitants, all while setting a good example of the seriousness, discipline and democratic spirit of the Basque people. The assistants were principally entrusted with the children's appearance and personal hygiene. The 15 priests who travelled to the UK were charged with the religious training and education of the Catholic children under their care.

Several days before departure, the children received their evacuation card and underwent a medical check by a team of English health professionals, namely Andrey E. Russell and Richard W. B. Ellis, and the nurses Eileen H. Moore and Margaret M.E. Nelson. The parents said goodbye to their children on 20th May in the Portugaleta train station. From there, the children would be taken to the port of Santurtzi. Amid the anxiety and hope, the parents repeated a calming message to their children: "Don't worry. We'll see each other in three months". Boarding the ship *La Habana* took several hours, and by around ten at night all passengers were on board. The boat was designed to carry 400 passengers but set sail with more than 4,200 souls, among them children, teachers and the crew. The "voyage to England", as it was called, was bid farewell by President Aguirre personally. It departed from the Biscayan port of Santurtzi in the early hours of the morning, escorted by the Basque Navy which subsequently handed over responsibility to two Royal Navy frigates in international waters. Leah Manning travelled front and centre<sup>44</sup>.

On Saturday, May 22nd 1937, the ship *La Habana* docked at the Port of Southampton in England at around 6:30 p.m., after a 36-hour crossing. Its passengers did not disembark until Sunday because both children and adults had to undergo a further medical check, and in some cases be disinfected. The refugees were taken aback by the warm welcome and care they received from the English, both at the docks and later on dry land. As some of those involved can remember, figures such as the Duchess of Atholl, numerous representatives

43 S. Sabin-Fernandez, *The 'Niños vascos'*.

44 Y. Cloud, *The basque children*; T. Buchanan, *Britain and the Spanish Civil War*; G. Arrien, *Niños vascos*.

from humanitarian organisations and all the residents of the town came down to welcome them. There was no shortage of journalists either, given the British press had kept a close eye on the arrival of the “war children”<sup>45</sup>.

The *Basque Children’s Camp* in Eastleigh, near Southampton, was a large area of land that a farmer had offered as a campsite for the children. All of the infrastructure for the children was put together by different social groups, trade unions and local movements. Most of the financial support was channelled through the representative committees of the Labour Party and the Trade Council<sup>46</sup>.

The camp was equipped with 500 tents, each of which slept eight children. Each block of four tents was coordinated by one teacher and an auxiliary. Children of Basque nationalists, being Catholic, also had access to a chapel and received religious instruction from fifteen priests. The camp also had a hospital, a cinema, a theatre, shops, fresh food, and was equipped with electricity, fresh water, telephones, a typing service, and an internal news bulletin. Various educational, cultural and leisure activities were organised throughout the children’s time at the camp.

A few days after arriving in Southampton, Leah Manning sent a letter to the parents of the evacuees to tell them that the children were in perfect health and that “the camp at Stoneham would likely be empty within six weeks”. However, the children ended up in the tents until late September 1937 – somewhat longer than was first thought – when, with just 70 children left, it was closed down<sup>47</sup>.

The *Basque Children’s Camp* had been conceived as a provisional measure, while the war was being fought in the north of Spain. As with other official evacuation operations, the aim was to protect and safeguard children in the most war-torn areas. In reality, however, the government of the Spanish Republic as well as the Basque government, the authorities in the host countries, support organisations, and the families who consented to their children’s departure were involved in transporting and safeguarding these children abroad for the duration of the war. As the conflict unfolded, and with Franco’s victory, a new and troubling scenario emerged<sup>48</sup>.

With the war over on the Northern Front, there was now the problem of what to do with the children in the camp. The British government wanted them to be repatriated to Spain and almost all were sent back before the war was over. Those who could not be returned to Spain – a little over 400 children in May 1939 – were distributed in colonies throughout the UK. Each had a new and different fate, and each started completely different lives. The scattering of the

<sup>45</sup> Y. Cloud, *The basque children*, L. Manning, *A Life for Education*.

<sup>46</sup> D. Legarreta, *The Guernica Generation*, 107-109.

<sup>47</sup> Letter published in the magazine *Euzkadi*, 1937-05-28.

<sup>48</sup> G. Arrien, *La Generación del exilio*; Idem, *Niños vascos*.

children in this way was agreed with the Basque authorities, which granted its approval provided the children were sent in groups so as to retain their Basque identity. The children were put up in houses with room for an average of 40 to 50 inhabitants, though the accommodation varied.

The residences were scattered all throughout the UK, from Scotland to the south of England. A greater number were located in England and Wales. More than a hundred such colonies were set up, under the auspices of the *BCA 37' UK-Association for the UK Basque Children*. Gregorio Arrién has grouped the residences into the following categories: *Salvation Army* houses and residences run by the Sisters of Nazareth; other Catholic colonies integrated within the *Crusade of Rescue*; colonies totally or partially maintained by local committees; and colonies directly supported by the *National Joint Committee*.

The young Basques lived in these homes for several years. There, they learned English and took part in all types of educational and free time activities. While most of the testimony gathered from those children is very positive about their experiences, there are a few worrying cases. Most of the colonies were exceptionally well equipped, and in many cases had extensive parks and gardens. A good diet and a healthy lifestyle meant that the symptoms of malnutrition they had suffered in war-torn Spain soon disappeared. However, eight children died between 1937 and 1938 due to a number of reasons, as well as two adults (a teacher and a priest) who worked for the colonies. The children in the colonies received three hours of schooling in the morning and two hours in the afternoon, with a special focus on Basque culture. The teachers were facing a growing problem, since added to the normal shortage of schoolbooks and materials were concerns about the boys over 15 years of age, and what to do with them during their particularly difficult adolescence<sup>49</sup>.

Child repatriations began following the fall of Bilbao to Francoist forces. By the time the Second World War started in 1939, most of the evacuated children had made the return journey to Spain. In some cases, the children's return had been requested by their parents, but many others were repatriated owing to pressure from Franco, aided by certain British institutions and against the wishes of parents. Francoist organisations and the nationalist media demanded the large-scale and indiscriminate repatriation of the exiled children. The Secretariat of the Apostolic Delegation was also actively involved in this propaganda campaign, and had a certain degree of influence in Catholic and conservative circles. Opposition from the families and the Basque authorities to the Francoist propaganda around the imminent return of the children soon became evident. In 1937, relatively few parents asked that their children be returned to the Basque

<sup>49</sup> G. Arrien, *La Generación del exilio*; Idem, *Niños vascos*; A. Bell, *Only for Three Months*; I. Brown, *4,000 Basque Child Refugees*.

Country. Three groups comprising a total of 275 children returned from the UK between November and December that year. The large-scale return voyages took place between 1938 and 1940<sup>50</sup>.

The majority of the children who were evacuated to the UK, Switzerland, and Denmark were returned at the request of their families and repatriated before the war finished or immediately thereafter. The respective authorities in the three countries kept their distance from the matter. The presence of the children created great tensions at the heart of their governments and led to pressure to return the children to Spain.

1938 was a particularly significant year owing to the return of many Basque children from exile. More than 1,300 minors returned from the UK, many of them as part of large-scale repatriation operations. In early 1939 some 1,700 Basque children were still living in the UK, distributed among 40 houses across England, Wales, and Scotland. The *Basque Children's Committee* wanted to gradually wind down the existing colonies with the aim of repatriating the children, except for those whose parents lived in France or could not be tracked down. Between April and May, around 500 children returned to Bilbao in three separate voyages. A similar number returned towards the end of the year. Some 128 children came back during the first half of 1940. The total number of children who were not repatriated and who remained in the UK was between 400 and 500. These children were mostly orphans or had parents in prison or whose whereabouts were unknown. Those over 16 years of age were allowed to decide for themselves, and some opted not to return. Some families asked them not to come back. The 3,861 Basque children constitute just a small portion of the thousands of children of the war evacuated during the Spanish Civil War. As many as 32,037 Spanish children were evacuated to other countries during the conflict, according to a 1949 report by the Delegation for the Repatriation of Minors<sup>51</sup>.

## 5. Towards the creation of the Convention on the Rights of the Child

During the Second World War (1939-1945) the rights of people, and those of children in particular, were once again brutally violated<sup>52</sup>. Janusz Korczak, theorist on children's rights, was murdered by the Nazis in the concentration and extermination camp at Treblinka on 7th August 1942. Even in the advanced Great Britain, the achievements seemed to vanish — as exemplified by the situation of the Basque children refugees there. A new law passed by the British government

<sup>50</sup> G. Arrien, *Niños vascos*.

<sup>51</sup> G. Arrien, *Niños vascos*; S. Sabin-Fernandez, *The 'Niños vascos'*.

<sup>52</sup> Freud A., Burlingham D., *War and Children*; D. Macardle, *Children of Europe*; K. Sosnowski, *The Tragedy of Children*; D. Dwork, *Children with a Star*; D. Marshall, *International Child Saving, 469-490*. J. Marks, *The Hidden Children*; L. H. Nicholas, *Cruel World*.

in 1940, against the backdrop of the Second World War, changed the children's legal status as refugees to that of "enemy aliens". The use of such a negative term undoubtedly had unfavourable consequences on many levels, the most immediate being that whereas their status as refugees upheld the impossibility of their return to their country of origin — and therefore their unquestionable right to refuge and protection — losing this status meant that they lost the rights that came with it. The public had initially been fairly sympathetic to the Basque children's plight and had viewed them as a group of people in need. Now, given their new status as "enemy aliens", they were increasingly perceived as bothersome and hostile.

Following the return of most children to the Basque Country, their teachers found themselves without work and were practically on the streets. As a result, some teachers and assistants also returned to the Basque Country between 1937 and 1940. Those who stayed in the UK did modest work as household staff or in factories and hospitals, etc. Faced with this future, some decided to try and re-emigrate to the Americas.

In the midst of the crisis, in 1942 the Basque inhabitants of the UK got together to create two entities: *Euzko Etxea* (Basque House) and the *Euzko Emakumiak* (Basque Women) association. The most active, responsible, and participative individuals got involved with both of these institutions which had no political, social or religious leaning. A few years prior, Spanish and Catalan refugees set up their own respective social, cultural and political organisations. Only around 50 Basque women were involved – most of them former teachers and auxiliaries – but they did commendable work both in terms of the education of the children and young people who stayed in the UK and to assist the Basque soldiers, nurses, and refugees from the Second World War<sup>53</sup>.

After the Second World War, the Basque children were once again reclassified, this time as "stateless persons". The following is an extract from the memoirs of Luis Santamaría, one of those Basque children: "[we were] residents in the United Kingdom – citizens of the United Nations with passports and letters of safe-passage issued by that organisation (obviously useless in Francoist Spain) that only enabled us to travel and return to the country of residence –. The situation to us was insufferable"<sup>54</sup>. Finally, after long bureaucratic processes, those people obtained a passport and a nationality, in some cases Spanish and in others British.

Children's rights were reborn in a short time. As it is well known, once the UN had been established (in 1945), the Economic and Social Council of said organisation was to recommend retaking the Geneva Declaration of 1924

53 These entities remained active until roughly 1947. It is difficult to trace what their members did after that. Some Basques, both men and women alike, stayed in the UK, while many left for France to subsequently emigrate to Venezuela or other parts of Latin America.

54 See S. Sabin-Fernandez, *The 'Niños vascos'*, 78.

and acting in favour of the child. In the year 1948, the United Nations General Assembly proclaimed the Universal Declaration of Human Rights, which from then on would be considered a fundamental reference piece for the defence of personal rights. While all the articles refer implicitly to children (as generic references made to people and their rights cover all the stages of life), in articles 25 and 26 the most explicit references to children can be found. As a way to develop and extend this Statement, in 1959 the UN General Assembly unanimously adopted the Declaration of the Rights of the Child, with its ten principles which specified and expanded the human rights adopted in 1948 to childhood. As a result of this, in 1950 the United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF) was created.

Likewise, the Geneva Convention of 1951 relating to the Status of Refugees protected children through the figure of asylum, in the same way as with adults, keeping those who are persecuted for any of the reasons set forth therein from being returned to their countries of origin. When boys and girls flee from situations of persecution and cross the borders of their country, they have the right to international protection to safeguard them from the abuses and risks they have suffered from in the past, ensuring their rights and preventing these situations from continuing to arise.

The organisations that attended the European children who were victims of the First and Second World began a process that has continued to bear fruit<sup>55</sup>.

Based on the experiences of these organisations and the new ones that have been created since the middle of the 1950s, there have been new protocols for action with regard to stateless children, refugees and internally displaced persons, and unaccompanied children and child soldiers, among others. In conclusion, the rights of children today cannot be understood without taking into account the Geneva Declaration and the work of the organisations that helped children of Europe during the emergence of the First and Second World Wars.

## Bibliography

- Alted Vigil A., Nicolás Marín E., González Martell R., *Los niños de la guerra de España en la Unión Soviética : de la evacuación al retorno (1937–1999)*, Madrid 1999.
- Alted Vigil A., González Martell R., Millán Trujillo M. J., *El exilio de los niños*, Madrid 2003.
- Antecedentes, Actas y Trabajos del Cuarto Congreso Panamericano del Niño, celebrado en Santiago de Chile en el Palacio del Congreso Nacional, los días 12 a 19 de octubre de 1924*, Santiago de Chile: Imprenta Cervantes 1925, 5 vols.
- Arrien G., *La Generación del exilio : génesis de las Escuelas Vascas y las Colonias Escolares (1932–1940)*, Bilbao 1983.

<sup>55</sup> T. Zahra, *The Lost Children*.



- Arrien G., *Niños vascos evacuados a Gran Bretaña, 1937-1940*, Bilbao, Asociación de Niños Evacuados el 37, 1991.
- Baughan E., *Every Citizen of Empire Implored to Save the Children. Empire, Internationalism and the Save the Children Fund in Inter-war Britain*, "Historical Research" 2013, Vol. 86, No. 231.
- Bell A., *Only for Three Months: The Basque Children in Exile*, Norwich 1996.
- Bennett A., *The Geneva Convention: The Hidden Origins of the Red Cross*, Gloucestershire 2005.
- Brown I., *4,000 Basque Child Refugees. Britain's Response to the Victims of the Spanish Civil War*, Durham 2018.
- Buchanan T., *Britain and the Spanish Civil War*, Cambridge 1997.
- Buxton D., Fuller, E., *The White Flame. The Story of the Save the Children Fund*, New York - London 1931.
- Carballés A., Jesús J., *El primer exilio de los vascos, 1936-1939*, "Historia Contemporánea" 2007, 35.
- Cloud Y., *The basque children in England. An account of their life at North Stoneham Camp*, London 1937.
- Cortés Braña M. L., *Ayuda humanitaria a los niños europeos víctimas de la Primera y Segunda Guerra Mundial*, Barcelona 2015.
- Chauvière M., Lenoël P., Pierre É. (dir.), *Protéger l'enfant : raison juridique et pratiques socio-judiciaires, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Rennes 1996.
- Droux J., *L'internationalisation de la protection de l'enfance: acteurs, concurrences et projets transnationaux (1900-1925)*, "Critique Internationale" 2011, 52.
- Dupont-Bouchat M.-S., *Le mouvement international en faveur de la protection de l'enfance (1880-1914)*, "Revue d'histoire de l'enfance irrégulière" 2003, 5.
- Dupont-Bouchat M.-S., Pierre É. (ed.), *Enfance et justice au XIX<sup>e</sup> siècle : essais d'histoire comparée de la protection de l'enfance (1820-1914)*, France, Belgique, Pays-Bas, Canada, Paris 2001.
- Dwork D., *Children with a Star: Jewish Youth in Nazi Europe*, New Haven and London 1991.
- Dwork D., *War Is Good for Babies & Other Young Children: A History of the Infant and Child Welfare Movement in England. 1898-1918*, London and New York 1987.
- Freud A., Burlingham D., *War and Children*, New York 1943.
- Fuller E., *The Right of the Child. A Chapter in Social History*, London 1951.
- Fyrth J., *The signal that was Spain. The Aid to Spain movement in Britain, 1936-1939*, 1986.
- J. G. L., *Tribute to the Memory of Eglantyne Jebb*, "International Review of the Red Cross" 1976, 188.
- Kerber-Ganse W., *Die Menschenrechte des Kindes. Die UN-Kinderrechtskonvention und die Pädagogik von Janusz Korczak. Versuch einer Perspektivenverschränkung*, Opladen 2009.
- Legarreta D., *The Guernica Generation : Basque Refugee Children of the Spanish Civil War*, Reno 1984.



- Lewin A. (ed.), *Janusz Korczak, Bibliografía 1896–1942*, Heinsberg 1985.
- Macardle D., *Children of Europe: A Study of the Children of Liberated Countries; Their Wartime Experiences, Their Reactions, and Their Needs, with a Note on Germany*, London 1949.
- Manning L., *A Life for Education*, London 1970.
- Marks J., *The Hidden Children: The Secret Survivors of the Holocaust*, New York 1993.
- Marshall D., *The Construction of Children as an Object of International Relations: The Declaration of Children's Rights and the Child Welfare Committee of League of Nations, 1900–1924*, "The International Journal of Children's Rights" 1999, 7.
- Marshall D., *Dimensions transnationales et locales de l'histoire des droits de l'enfant. La Société des Nations et les cultures politiques canadiennes*, "Genèses", 71 (2008).
- Marshall D., *International Child Saving* [in:] Fass P. (ed.), *The Routledge History of Childhood in the Western World*, London: Routledge 2015.
- Marshall D., *The Rise of Coordinated Action for Children in War and Peace. Experts at the League of Nations, 1924–1945* [in:] Rodogno D., Struck B., Vogel J. (eds.), *Shaping the Transnational Sphere. Experts, Networks and Issues from the 1840s to the 1930s*, New York: Berghahn 2015.
- Martín Casasa J., Carvajal Urquijo P., *El exilio español (1936–1978)*, Barcelona 2006.
- Morier A., *La Déclaration des Droits de l'Enfant*, "Revue Internationale de la Croix-Rouge" 1963, Vol. 55, No. 533.
- Mulley C., *The Woman Who Saved the Children: A Biography of Eglantyne Jebb, Founder of Save the Children*, Oxford 2009.
- Nash G. H., *The Life of Herbert Hoover*, New York 1983, 3 vols.
- Nicholas L. H., *Cruel World: The Children of Europe in the Nazi Web*, New York and Toronto 2006.
- Pons Prades E., *Los Niños republicanos en la guerra de España*, Barcelona 2005.
- Premier Congrès international de la protection de l'enfance, Bruxelles, 1913*, Bruxelles 1913.
- Revest M., *La protection de l'enfance devant la Société des Nations*, Paris 1936.
- Roberts S., *Exhibiting children at risk: child art, international exhibitions and Save the Children Fund in Vienna, 1919-1923*, "Paedagogica Historica" 2009, 45.
- Rooke P., Schnell R. L., *Uncramping Child Life : International Children's Organizations, 1914–1939*, [in:] *International Health Organizations and Movements*, ed. P. Weindling, Cambridge 1995.
- Sabín-Fernández S., *The Basque refugee children of the Spanish Civil War in the UK: memory and memorialisation*, Southampton 2010.
- Sabín-Fernández S., *The 'Niños vascos'. Memory and memorialisation of the Basque refugee children of the Spanish Civil War in the UK*, Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco 2011.
- Slim H. (ed.), *Children and Childhood in Emergency Policy and Practice. 1919–1994. Monograph Review: Disasters: The Journal of Disaster Studies and Management*, Vol. 18, No. 3, Oxford and Cambridge 1993.

- Sosnowski K., *The Tragedy of Children under the Nazi Rule*, Poznan 1962.
- Stornig K., *Between Christian Solidarity and Human Solidarity: Humanity and the Mobilisation of Aid for Distant Children in Catholic Europe in the Long 19th Century*, [in:] *Humanity – A History of European Concepts in Practice*, ed. F. Klose, M. Thulin, Göttingen 2016.
- Strong-Boag V., *Liberal Hearts and Coronets: The Lives and Times of Ishbel Marjoribanks Gordon and John Campbell Gordon, the Aberdeens*, Toronto 2015.
- Veerman P. E., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Nijhoff 1992.
- Wilson F., *Eglantyne Jebb, Rebel Daughter of a Country House*, London 1967.
- Zahra T., *The Lost Children: Reconstructing Europe's Families after World War II*, Cambridge, MA and London 2011.

## SUMMARY

### **The birth of children's rights between the First and Second World Wars: The historical events leading up to the Convention**

At the beginning of the twentieth century, the industrialised countries had no guidelines for protecting children. From the time of its creation, the League of Nations has been interested in improving the situation of children and expanding their rights. To accomplish just that, the Child Welfare Committee was created in 1919. The creation of said Committee was the first action taken by the international community in a matter that was not to be left to the sole discretion of the states. That same year, the Englishwoman Eglantyne Jebb and her sister Dorothy founded Save the Children, which evolved very quickly and, in 1920, gave way to the establishment of the International Save the Children Union, headquartered in Geneva. In 1924, the League of Nations approved the Geneva Declaration of the Rights of the Child, drafted by Eglantyne Jebb herself. The first big challenge that said legal doctrine and the partnership in favour of children's rights came up against was the Spanish Civil War. The first great movement of refugee children featured the children of the Basque Country, who were welcomed in Great Britain. Let us take a look at this case as an example of the practical side of the first legal doctrine on children's rights.

On 21st May 1937, 3,861 Basque children arrived at the Port of Southampton in the south of the United Kingdom, accompanied by 95 female teachers, 120 auxiliaries and 15 priests. It was the largest intake of refugees in British history and the only comprising almost entirely children. All that the children had with them were two changes of clothes and a card with their personal details. They arrived on a ship that had set sail from the Basque Country two days before, when this region loyal to the Republican government was attacked by General Franco's troops. Just a few weeks prior, the emblematic city of Guernica had been devastated in an aerial attack by Germany's Condor Legion. The bombing caused international outrage and was the

reason why the British government allowed refugee Basque children into the country – largely as a result of pressure from the Basque Children’s Committee (presided over by the Duchess of Atholl) which, together with the Basque government, coordinated the voyage. They left their home country as wartime evacuees, only to become refugees in the UK. For four months they lived in a camp in Eastleigh in the south of England, supported by donations in large part from left-leaning British organisations. The children were later sent to homes and colonies throughout the UK. Though there were generally referred to *as* Basque children, not all were Basque. Some had fled to the area as a result of the war. A considerable number of these children stayed in Britain permanently.

**Mariola Magda Szewczak-Daniel**

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie  
e-mail: mariola.szewczak@poczta.umcs.lublin.pl

ORCID: 0000-0001-6245-2211

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.07

## **Opieka komunalna nad dziećmi w działalności międzywojennego Zarządu Miasta Lublina**

### **ABSTRAKT**

Troska wobec najmłodszych zajmowała szczególne miejsce w systemie opieki społecznej odradzającego się Państwa Polskiego, zarówno ze względów humanitarnych, jak i politycznych, ponieważ dzieci stanowiły grupę obywateli, na której najmocniej odcisnęło się piętno I wojny światowej. Na podstawie ustawy z dnia 16 sierpnia 1923 r. o opiece społecznej obowiązek sprawowania, jak również finansowania, opieki społecznej w pierwszej kolejności przypadł jednostkom samorządu terytorialnego, zaś wśród nich w największym stopniu gminom. Celem niniejszego artykułu jest ukazanie działalności Wydziału Opieki Społecznej Zarządu miasta Lublina w zakresie organizacji opieki nad dziećmi, które w myśl obowiązującego ustawodawstwa były uprawnione do uzyskania pomocy ze strony gminy. Dla osiągnięcia tego celu w artykule zostało ukazane przede wszystkim funkcjonowanie lubelskich zakładów opiekuńczo-wychowawczych, niosących pomoc najmłodszym. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostają natomiast kwestie dotyczące opieki społecznej nad osobami dorosłymi i chorymi. Drugim zasadniczym celem jest przedstawienie stanu prawnego obowiązującego na ziemiach polskich w okresie dwudziestolecia międzywojennego w zakresie rozwoju ustawodawstwa dotyczącego opieki społecznej, w tym opieki nad dziećmi. Dla osiągnięcia przedstawionych celów posłużono się przede wszystkim metodą historyczno-prawną, polegającą na badaniu i krytycznej ocenie źródeł archiwalnych oraz zjawisk prawnych. Szerokie zastosowanie znalazła również metoda statystyczna, wykorzystana do przedstawienia danych liczbowych, obrazujących stan opieki społecznej nad dziećmi, zorganizowanej przez Wydział Opieki Społecznej Zarządu Miasta Lublina. Bazę materiałową opracowania stanowiła literatura przedmiotu, taktująca

o organizacji opieki społecznej w II Rzeczypospolitej, źródła archiwalne oraz źródła drukowane. Szczególne znaczenie odegrały źródła archiwalne, zdeponowane w Archiwum Państwowym w Lublinie, tj. seria nr 7 – Akta miasta Lublina 1918–1939. Do jednostek najbardziej wykorzystanych należą akta Wydziału Opieki Społecznej Zarządu Miasta Lublina dotyczące organizacji miejskich zakładów opiekuńczo-wychowawczych, wiadomości statystycznych i sprawozdań ogólnych z działalności Wydziału Opieki Społecznej oraz sprawozdań z opieki zamkniętej, półotwartej, otwartej oraz innych czynności. Szerokie zastosowanie znalazły również sprawozdania z działalności opiekuńczej Wydziału Opieki Społecznej, zamieszczone w Dzienniku Zarządu Miasta Lublina, będącego oficjalnym publikatorem samorządowego organu wykonawczego.

## ABSTRACT

### **Municipal Childcare in the Activities of the Interwar Lublin City Board**

The concern for the youngest was given a special prominence in the social care system of the resurgent Polish State, both for humanitarian and political reasons. Pursuant to the Act of August 16, 1923 on social care, the obligation to provide and to finance social care was born by local governments units and among them by the communes. The aim of this article is to present the activity of the Department of Social Care of the Lublin City Board in the field of organizing care for children who, in accordance with the applicable legislation, were entitled to benefit from the commune assistance. To achieve this goal, the article primarily presents the functioning of Lublin care and educational institutions which provided help to the youngest. However, issues related to social care for adults and the sick remain outside the scope of this study. Another vital aim is to present the legal situation prevailing in Poland in the interwar period in the field of the development of legislation on social care, including childcare. To achieve the above presented goals, the author used mostly historical-legal method which consists in the examination and critical evaluation of the archival sources and legal phenomena. The statistical method was also broadly applied to present the numerical data illustrating the condition of social childcare organized by the Social Care Department of the Lublin City Board. The material base of this study was not only the literature on the subject, treating on the organization of the social care in the Second Polish Republic, but also archival and printed sources deposited in the National Archives in Lublin, i.e., series No. 7 – The Files of the Lublin City in the years 1918-1939. Mostly used were files of the Department of Social Care of Lublin City Board concerning the organization of the local care and educational institutions, statistic data and general reports on the activity of the Department of Social Care and reports on closed care, semi-open care, open care and other activities. Also, the reports concerning the care activity of the Department of Social Care, publicized in the Journal of the Lublin City Board [Dziennik Zarządu miasta Lublina] which was the official local government publisher of the executive body.

**Słowa kluczowe:** zakład opiekuńczy, zarząd miasta, Wydział Opieki Społecznej, dzieci

**Key words:** social care, health care center, City Board, Social Care Department, children

## Wprowadzenie

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie zagadnień związanych z działalnością międzywojennego Zarządu Miasta Lublina w dziedzinie opieki nad dziećmi na tle rozwijającego się ustawodawstwa poświęconego systemowi opieki społecznej w okresie II Rzeczypospolitej. W artykule zostało ukazane przede wszystkim funkcjonowanie lubelskich zakładów opiekuńczo-wychowawczych, niosących pomoc najmłodszym. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostają natomiast kwestie dotyczące opieki społecznej nad osobami dorosłymi i chorymi.

Troska wobec najmłodszych zajmowała szczególne miejsce w systemie opieki społecznej odradzającego się państwa polskiego. Była ona bowiem podyktowana nie tylko, co oczywiste, względami humanitarnymi, ale również politycznymi. Dzieci stanowiły grupę obywateli, na której najmocniej odcisnęło się piętno I wojny światowej. Sieroty zupełne i półsieroty stanowiły aż 15% wszystkich małoletnich. Pierwszy powszechny spis ludności, przeprowadzony w 1921 r., wskazywał, że w Polsce było ponad 1,5 mln sierot, z czego 112 tys. to sieroty zupełne<sup>1</sup>.

Z drugiej strony władze państwowe dostrzegały, że sprawa wychowania dzieci powinna stanowić jedno z najważniejszych zadań ówczesnego demokratycznego państwa. Zdawano sobie sprawę, że powojenne zubożenie społeczeństwa, a co za tym idzie zanik moralności, wydatnie przyczyniał się do wzrostu przestępczości wśród nieletnich. W celu przeciwdziałania tym wielce negatywnym zjawiskom społecznym, na barkach odradzającego się samorządu spoczął obowiązek stworzenia warunków dla normalnego wychowania i rozwoju dzieci pozbawionych należytej opieki<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M. Brenk, K. Chaczko, R. Pląsek, *Organizacja pomocy społecznej w Polsce 1918–2018*, Warszawa 2018, s. 44; Główny Urząd Statystyczny, *Pierwszy powszechny spis Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 września 1921 r.*, Warszawa 1927, s. 66.

<sup>2</sup> [Autor nieustalony], *Po reorganizacji Wydziału Opieki Społecznej*, „Ziemia Lubelska” 1929, nr 250, s. 2.

## Ustawodawstwo opiekuńcze w II Rzeczypospolitej

Na ziemiach polskich po odzyskaniu niepodległości panowały różne systemy prawne odziedziczone po zaborcach<sup>3</sup>. Odmienny stan prawny obowiązywał także w dziedzinie opieki społecznej. Najbardziej rozwinięte ustawodawstwo w tym zakresie istniało w dawnym zaborze pruskim, które jak się później okazało, posłużyło jako wzorzec w trakcie konstruowania niektórych polskich przepisów o opiece społecznej<sup>4</sup>. Na terenie byłego zaboru austriackiego nie istniał jednolity system polityki społecznej. Poszczególne kraje koronne miały w tym zakresie daleko idącą swobodę, wyrażającą się w prawie wydawania zarządzeń, umożliwiających gminom realizację ciężącego na nich obowiązku zaopatrzenia ubogich. Podkreślić należy, że miasta galicyjskie, poza nielicznymi wyjątkami, przepisów takich na ogół nie wydawały<sup>5</sup>. Sytuacja ustawodawstwa opiekuńczego najgorzej przedstawiała się na ziemiach byłego zaboru rosyjskiego. W praktyce nie istniały tam żadne instytucje państwowe zabezpieczające potrzeby socjalne ludności, a instytucje dobroczynne o charakterze społecznym były pozbawione pomocy ze strony władz rosyjskich oraz poddawane nadmiernej kontroli<sup>6</sup>.

Podwaliny pod rozwój prawodawstwa dotyczącego opieki społecznej w okresie II Rzeczypospolitej położyły regulacje Konstytucji marcowej. Artykuł 103 ustawy zasadniczej zapewniał dzieciom pozostającym bez należytej opieki rodzicielskiej oraz zaniedbanym pod względem wychowawczym prawo do opieki i pomocy ze strony Państwa w zakresie określonym ustawą<sup>7</sup>. Podobnie art. 102 w sposób nieco pośredni wskazywał na obowiązek Państwa w zakresie opieki nad swymi obywatelami, wskazując, że: „Państwo ma obowiązek udostępniania także opieki moralnej i pociechy religijnej obywatelom, którymi się bezpośrednio opiekuje w zakładach publicznych, jak: zakłady wychowawcze, koszary, szpitale, więzienia, przytułki”<sup>8</sup>.

Jednakże dopiero ustawa o opiece społecznej z dnia 16 sierpnia 1923 r. przyniosła znaczącą zmianę w organizacji opieki społecznej, w tym przede wszystkim opieki nad dzieckiem<sup>9</sup>. Regulacja ta, formalnie obowiązująca przez 67 lat

<sup>3</sup> A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Kraków 2001, s. 291; *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, red. F. Ryszka, cz. II, Warszawa 1968, s. 260–261.

<sup>4</sup> J. Starczewski, *Ustawodawstwo o Opiece Społecznej w Polsce*, „Opiekun Społeczny” 1937, nr 4, s. 1–2.

<sup>5</sup> A. Jachowicz, *Funkcjonowanie pomocy społecznej. Wybrane problemy*, Dąbrowa Górnicza 2011, s. 23.

<sup>6</sup> M. Brenk, K. Chaczko, R. Płasek, *Organizacja pomocy społecznej...*, s. 18.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. R.P. nr 44, poz. 267), [dalej: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 r.]; J. Starczewski, op. cit., s. 3.

<sup>8</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 r., art. 102.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 16 sierpnia 1923 r. o opiece społecznej (Dz.U. 1923 nr 92, poz. 726), [dalej: ustawa o opiece społecznej z 1923 r.].



zorganizowała zinstytucjonalizowany system opieki społecznej w II Rzeczypospolitej<sup>10</sup>. Trzeba podkreślić, że ustawa o opiece społecznej nie obowiązywała na terenie całego kraju, ponieważ jej przepisy nie odnosiły się do województw: śląskiego, pomorskiego oraz poznańskiego<sup>11</sup>.

System opieki społecznej miał w zamierzeniu uzupełniać system ubezpieczeń społecznych, stąd jego beneficjentami były osoby, które w chwili prac nad ustawą o opiece społecznej nie podlegały ubezpieczeniom tj. dzieci, matki z dziećmi, bezrobotni, inwalidzi, czy też osoby starsze<sup>12</sup>. Szczegółowy zakres podmiotowy systemu opieki społecznej został określony przez art. 2 ustawy o opiece społecznej z 1923 r., który stanowił, że obejmowała ona przede wszystkim: „a) opiekę nad niemowlętami, dziećmi i młodzieżą, zwłaszcza nad sierotami i półsierotami, dziećmi zaniedbanymi, opuszczonymi, przestępnymi oraz zagrożonymi przez wpływy złego otoczenia; b) ochronę macierzyństwa; c) opiekę nad starcami, inwalidami, kalekami, nieuleczalnie chorymi, upośledzonymi umysłowo i w ogóle niezdolnymi do pracy; d) opiekę nad bezdomnymi ofiarami wojny i szczególnie ciężko poszkodowanymi; e) opiekę nad więźniami po odbyciu kary; f) walkę z żebractwem, włóczęgostwem, alkoholizmem i nierządem; g) pomoc instytucjom opiekuńczym prywatnym i współdziałanie z nimi”. Z tak przedstawionego katalogu daje się wywieść, że zadanie opieki nad dzieckiem było obowiązkiem niejako priorytetowym, mającym zostać zrealizowanym z wyprzedzeniem przed pozostałymi zadaniami polityki społecznej.

Ustawa o opiece społecznej z 1923 r. stanowiła dokument ramowy, wyznaczający główne zasady systemu opieki społecznej w II Rzeczypospolitej, wśród których znalazła się przede wszystkim zasada niesienia pomocy wszystkim potrzebującym, wyrażona w art. 1. Zgodnie z tym przepisem, definiującym zresztą

<sup>10</sup> Przepisy ustawy o opiece społecznej były rozbudowane m. in. treścią następujących aktów prawnych: Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 czerwca 1924 r. – w sprawie wykonywania opieki społecznej nad obywatelami polskimi, którzy w żadnej gminie Rzeczypospolitej Polskiej nie mają prawa do opieki trwałej, oraz ponoszenia wynikających stąd kosztów. (Dz.U. 1924 nr 56, poz. 576); Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej i Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 30 lipca 1924 r. – w sprawie stowarzyszeń o celach opieki społecznej (Dz.U. 1924 nr 70, poz. 682); Ustawa z dnia 18 lutego 1925 r. – o Radzie Opieki Społecznej (Dz.U. 1925 nr 26, poz. 171); Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 kwietnia 1927 r. – o nadzorze i kontroli działalności opiekuńczych (Dz.U. 1927 nr 40, poz. 354); Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 10 października 1927 r. o kwalifikacjach kierowników zakładów opiekuńczych (Dz.U. 1927 nr 100, poz. 866); Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 12 października 1927 r. – o regulaminach zakładów opiekuńczych (Dz.U. 1927 nr 100, poz. 867); Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiekunach społecznych i komisjach opieki społecznej (Dz.U. 1928 nr 29, poz. 267).

<sup>11</sup> M. Brenk, K. Chaczko, R. Pląsek, *Opieka społeczna w II Rzeczypospolitej-wprowadzenie do tekstów źródłowych*, „Praca Socjalna” 2019, nr 4 (34), s. 10; D. Zalewski, *Opieka i pomoc społeczna. Dynamika instytucji*, Warszawa 2005, s. 98.

<sup>12</sup> P. Grata, *Polityka społeczna Drugiej Rzeczypospolitej. Uwarunkowania – instytucje – działania*, Rzeszów 2013, s. 218.

cele opieki społecznej, opieką społeczną było: „zaspokajanie ze środków publicznych niezbędnych potrzeb życiowych tych osób, które trwale lub chwilowo własnymi środkami materialnymi lub własną pracą uczynić tego nie mogły, jak również zapobieganie wytwarzaniu się stanu, powyżej określonego”<sup>14</sup>. Przepis ten podkreślał przede wszystkim państwowy charakter systemu, stanowiąc, że potrzeby miały być zaspokajane ze środków publicznych, przez co otrzymał bezprecedensowe brzmienie jako rdzeń budowanego powszechnego systemu polityki społecznej<sup>13</sup>.

Drugą z podstawowych zasad, wyrażoną w art. 4 ustawy, było powierzenie obowiązku sprawowania, jak również finansowania, opieki społecznej w pierwszej kolejności jednostkom samorządu terytorialnego, zaś wśród nich w największym stopniu gminom<sup>14</sup>. Szczegółowy podział obowiązków opiekuńczych gmin, powiatów, województw i Państwa określał art. 5 ustawy o opiece społecznej<sup>15</sup>. Zgodnie z treścią tego przepisu (pkt c) miasta wydzielone z powiatu, a taki status wówczas posiadało miasto Lublin, sprawowały opiekę zakładową i pozazakładową. Warto więc w tym miejscu wyjaśnić na czym polegały owe systemy.

Opieka otwarta polegała na niesieniu pomocy w formie świadczeń materialnych, bez zmiany środowiska, w którym uprawniony przebywał. Była to ze swej istoty opieka nieobejmująca wszystkich potrzeb uprawnionego, czyli niepełna. Zadanie opieki otwartej polegało na uzupełnianiu braków życiowych dla zabezpieczenia minimum najpotrzebniejszych potrzeb. Opieka zamknięta, zwana zakładową, polegała na przeniesieniu potrzebującego opieki do nowych warunków, przystosowanych do jego potrzeb, odsuwając go tym samym od dotychczasowego środowiska, w którym funkcjonował. W praktyce oznaczało to umieszczenie osoby potrzebującej w zakładzie zamkniętym. Kategorię pośrednią między przedstawionymi powyżej typami stanowiła opieka półotwarta, do której zaliczało się czasowe przeniesienie osoby uprawnionej w inne warunki np. dla poratowania zdrowia (kolonie, półkolonie), dla uzupełnienia brakującej opieki domowej (żłobki dzienne dla dzieci matek pracujących)<sup>16</sup>.

Katalog świadczeń służących zaspokajaniu niezbędnych potrzeb życiowych, został wymieniony w art. 3 ustawy o opiece społecznej<sup>17</sup>. Przedstawione tam środki można zakwalifikować do czterech podstawowych grup: a) środki

<sup>13</sup> M. Brenk, K. Chaczko, R. Płasek, *Organizacja pomocy społecznej...*, s. 18.

<sup>14</sup> Artykuł 4 ustawy o opiece społecznej z 1923 r.; M. Brenk, *Minęło 90 lat od uchwalenia Ustawy o opiece społecznej w Polsce*, „Praca Socjalna 2014, nr 1, s.119.

<sup>15</sup> J. C. Babicki, *Formy Opieki Społecznej*, „Opiekun Społeczny” 1937, nr 6, s. 2-3.

<sup>16</sup> M. Bornstein-Lychowska, *Polityka społeczna państwa polskiego 1918–1935*, Warszawa 1935, s. 292-293.

<sup>17</sup> N. Stolińska-Pobralska, *Kształtowanie się podstaw polskiego prawa opiekuńczego w okresie II Rzeczypospolitej*, [w:] *Z teorii i doświadczeń pedagogicznych*, red. T. Jałmużna, „Łódzkie Studia Pedagogiczne” nr 1, s. 104.

służące do zaspokojenia potrzeb biologicznych, b) działalność wychowawcza dzieci i młodzieży, c) działalność związana z funkcjonowaniem na rynku pracy, d) zorganizowanie pogrzebu<sup>18</sup>. W literaturze przedmiotu poświęconej rozwojowi pomocy społecznej, w tym wyraźnym wyartykułowaniu środków mających zaspokoić niezbędne potrzeby życiowe dopatrywano się początku nowego spojrzenia na problematykę socjalną i co za tym idzie, początku późniejszych praw socjalnych jako praw przysługujących każdemu obywatelowi, spełniającemu określone warunki<sup>19</sup>.

### **Organizacja opieki nad dziećmi przez Zarząd m. Lublina w świetle obowiązującego ustawodawstwa o opiece społecznej w latach 1918–1939**

Po odzyskaniu niepodległości zadania samorządowe w dziedzinie opieki nad dziećmi z ramienia samorządowego organu wykonawczo-zarządzającego sprawował magistracki Wydział Opieki Społecznej funkcjonujący od 1917 r. Przejął on tym samym właściwe agendy od Komitetu Obywatelskiego, który powstał w czasie I wojny światowej, stawiając za cel nadrzędny swojej działalności pomoc ludności dotkniętej klęską wojny<sup>20</sup>. Strukturę organizacyjną Wydziału Opieki Społecznej Zarządu Miasta Lublina w okresie międzywojennym regulowały statuty organizacyjne z 1920 i 1933 r.<sup>21</sup> Według Statutu organizacyjnego Magistratu Miasta Lublina z 1920 r., poza Sekretariatem, realizującym zadania kancelaryjne, Wydział Opieki Społecznej składał się z trzech referatów, tj. Referatu Społeczno-Wychowawczego, Referatu Administracyjno-Gospodarczego oraz Referatu Rachuby. To na Referacie Społeczno-Wychowawczym spoczywały przede wszystkim zadania związane ze sprawowaniem opieki nad ochronami, żłobkami i innymi zakładami Wydziału<sup>22</sup>. Referat Administracyjno-Gospodarczy odpowiadał za zakupy i sprowadzanie towarów. Dodatkowo, sprawował kontrolę gospodarczą oraz przygotowywał jadłospisy i sprawozdania z działalności Wydziału. Podlegały mu kuchnie (uczniowska, żydowska, dla inteligencji, ludowa), stacje odżywcze, gospody robotnicze, przytułek św. Ducha oraz schronisko dla reemigrantów. Ostatnia jednostka Wydziału, tj. Referat Rachuby

<sup>18</sup> A. Bołdyrew, J. Sosnowska, *Troska o dziecko i jego potrzeby w działaniach Wydziału Opieki Społecznej Zarządu miasta Łodzi*, „Kultura i Wychowanie” 2014, nr 8, s. 23-25.

<sup>19</sup> M. Brenk, K. Chaczko, R. Płasek, *Organizacja pomocy społecznej...*, s. 23.

<sup>20</sup> M. Korzeniowski, *Lubelski Miejski Komitet Obywatelski 1914–1915*, „Rocznik Lubelski” 1989–1990, t. 31-32, s. 162-174.

<sup>21</sup> Statut organizacyjny Magistratu m. Lublina z 25 czerwca 1920 r., Archiwum Państwowe w Lublinie [dalej: APL], Akta miasta Lublina 1918–1939 [dalej: AmL 1918–1939], sygn. 397, k. 97-114 [dalej: Statut organizacyjny Magistratu m. Lublina z 25 czerwca 1920 r.]; Statut organizacyjny Zarządu Miejskiego m. Lublina z 27 listopada 1933 r., APL, AmL 1918–1939, sygn. 398, k. 70-117 [dalej: Statut organizacyjny Zarządu Miejskiego m. Lublina z 27 listopada 1933 r.].

<sup>22</sup> Statut organizacyjny Magistratu m. Lublina z 25 czerwca 1920 r., k.110-113.

prowadził księgi buchalteryjne według budżetu, sprawdzał wszelkie rachunki, w tym także sporządzał bilanse i preliminarze budżetowe<sup>23</sup>. Szefem Wydziału od 9 kwietnia 1922 r. do 1 grudnia 1927 r. był Saturnin Osiński<sup>24</sup>. Następnie funkcję Naczelnika Wydziału sprawowali kolejno: Tadeusz Kadura, Stanisław Skowroński oraz Stanisław Gołygowski<sup>25</sup>.

Na podstawie zarządzenia wewnętrznego zastępcy kierownika zarządu miejskiego z dnia 16 sierpnia 1933 r., dokonano połączenia Wydziału Zdrowia Publicznego z Wydziałem Opieki Społecznej. Nowo powstały Wydział Spraw Społecznych obejmował zakresem działania sprawy: opieki społecznej, kosztów leczenia ubogiej ludności, dozoru sanitarnego, pomocy lekarskiej dla pracowników miejskich, higieny społecznej i szkolnej, zwalczania chorób zakaźnych, zakładów opieki społecznej i zdrowia publicznego, dozoru sanitarno-weterynaryjnego oraz zwalczania chorób zwierzęcych i roślinnych. Do czasu wydania nowego statutu stanowisk służbowych i statutu organizacyjnego w strukturze organizacyjnej Wydziału Spraw Społecznych wyodrębniono cztery referaty, tj.: Opieki Społecznej, Kosztów Leczenia, Funduszu Bezrobocia oraz Rachunkowy, Odział Zdrowia oraz Dozór Sanitarno-Weterynaryjny. W Wydziale Spraw Społecznych utworzono 32 posady urzędnicze. Poza personelem kancelaryjnym, zatrudniano lekarzy, lekarzy dzielnicowych, dentystów, higienistki oraz inspektorów weterynaryjnych. Kierownictwo Wydziału objął Stanisław Gołygowski, dotychczasowy Naczelnik Wydziału Opieki Społecznej. Funkcję Naczelnego Lekarza sprawował natomiast dr Marcin Garbaczewski – dotychczas zajmujący etat Naczelnika Wydziału Zdrowia<sup>26</sup>. Na mocy zarządzenia wewnętrznego Wiceprezydenta m. Lublina Bolesława Liszkowskiego z dnia 30 marca 1935 r., nowym Naczelnikiem Wydziału został Antoni Dudziński<sup>27</sup>.

Po wejściu w życie Statutu organizacyjnego z 1933 r., zasadniczo niewiele zmieniło się w strukturze wewnętrznej Wydziału Spraw Społecznych. Pierwszą zmianą było utworzenie nowej jednostki, tj. Referatu Rachunkowego, zajmującego się sprawami rachunkowości oraz wpłat i wypłat świadczeń opieki społecznej. Druga zmiana dotyczyła zastąpienia Dozoru Sanitarno-Weterynaryjnego nowo utworzonym Referatem Weterynaryjnym, który sprawował nadzór nad zwierzętami oraz kontrolował obrót mięsem i jego przetworami, a więc w całości przejął zadania swojego poprzednika<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Ibidem, k. 111-113.

<sup>24</sup> J. Marczuk, *Osiński Saturnin (1879–1947)*, [w:] *Słownik biograficzny miasta Lublina*, red. P. Jusiak, M. Sioma, J. Ternes, t. 4, Lublin 2014, s. 182-184.

<sup>25</sup> Zarządzenie Prezydenta m. Lublina Antoniego Pączka z 10 stycznia 1928 r., *Dziennik Zarządu m. Lublina* nr 11 z 17 marca 1928 r., s. 369.

<sup>26</sup> Zarządzenie wewnętrzne Zastępcy Kierownika Zarządu miejskiego m. Lublina z 16 sierpnia 1933 r., *Dziennik Zarządu m. Lublina* nr 7 z 31 października 1933 r., s. 1162-1163.

<sup>27</sup> Zarządzenie nr 31 Wiceprezydenta m. Lublina Bolesława Liszkowskiego z dnia 30 marca 1935 r., APL, AML 1918-1939, sygn. 441, brak numeracji kart [dalej: b.n.k].

<sup>28</sup> Statut organizacyjny Zarządu Miejskiego m. Lublina z 27 listopada 1933 r., k. 75-76.

W pierwszych latach po odzyskaniu niepodległości, w ramach działalności opiekuńczo-wychowawczej nad małoletnimi, Wydział Opieki Społecznej prowadził sześć ochron przychodnich, w których przebywające tam dzieci, pochodzące z najbiedniejszych rodzin, otrzymywały opiekę wychowawczą do godziny trzeciej po południu oraz dwa, a czasem trzy posiłki. Tylko w ciągu 1919 r. w prowadzonych przez Wydział Opieki Społecznej ochronach wydano 133 706 zup, 82 582 śniadań oraz 5 450 podwieczorków i kolacji. Pozostała działalność opiekuńcza i społeczna Wydziału polegała na prowadzeniu kuchni miejskich: ludowej, uczniowskiej i żydowskiej oraz pomocy bezrobotnym, rezerwistkom, reemigrantom oraz udzielaniu doraźnych zapomóg i opłacaniu kosztów leczenia ubogiej ludności<sup>29</sup>.

Po wejściu w życie ustawy o opiece społecznej działalność społeczno-opiekuńcza prowadzona przez Wydział Opieki Społecznej została w znacznym stopniu rozbudowana i podzielona na trzy główne działy: opieki zamkniętej, półotwartej i otwartej. W ramach opieki zamkniętej nad dziećmi Zarząd miasta prowadził następujące zakłady: a) Zakład wychowawczy niemowląt z ogniskiem dla matek „Żłobek Miejski”, b) Zakład wychowawczy dla sierot w wieku przedszkolnym im. S. Jachowicza, c) Zakład wychowawczy dla dzieci w wieku szkolnym „Osada Dziecięca”. Dodatkowo w ramach opieki zamkniętej, Wydział Opieki Społecznej współdziałał i niósł pomoc społecznym i prywatnym instytucjom wychowawczym<sup>30</sup>.

Warto przyjrzeć się bliżej zakładom funkcjonującym w ramach systemu opieki zamkniętej, które realizowały zadania wychowawcze względem dzieci, a jednocześnie znajdowały się pod zarządem magistrackiego Wydziału Opieki Społecznej. Pierwszy z nich, „Żłobek dla niemowląt z ogniskiem dla matek”, był zakładem opiekuńczym dla niemowląt i bezdomnych matek, utworzonym w celu zapobiegania podrzucaniu niemowląt i obniżaniu związanej z tym ich śmiertelności<sup>31</sup>. Do żłobka przyjmowane były: a) przesyłane przez władze policyjne dzieci podrzucone, do czasu znalezienia matki, b) niemowlęta pozbawione opieki naturalnej (sieroty zupełne), c) niemowlęta tych ubogich matek, które z powodu złego stanu zdrowia nie mogły karmić własną piersią ani wychowywać niemowlęcia. W tych przypadkach wymagane było przedstawienie zaświadczenia lekarza miejskiego oraz bezwarunkowe stwierdzenie stanu ubóstwa<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Działalność Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina od 1 stycznia 1919 r. do 31 grudnia 1921 r., Dziennik Zarządu m. Lublina nr 11 z 25 marca 1922 r., s. 3-5.

<sup>30</sup> Wykaz miejskich instytucji społecznych m. Lublina, APL, AmL 1918-1939, sygn. 2086, k. 30.

<sup>31</sup> Tymczasowy Regulamin Wewnętrzny Miejskiego Zakładu Opiekuńczo-Wychowawczego „Żłobek dla niemowląt z ogniskiem dla matek”, APL, AmL 1918-1939, sygn. 2086, k.9.

<sup>32</sup> Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924, Dziennik Zarządu m. Lublina nr 3 z 20 lutego 1926 r., s. 20.

Do „Ogniska dla matek”, funkcjonującego przy żłobku, były przyjmowane matki wraz z niemowlętami, które po opuszczeniu szpitalnego oddziału położniczego nie miały zapewnionych środków materialnych dla zagwarantowania należytej opieki nad dzieckiem. Utworzenie przyzakładowego „Ogniska dla matek” dało możliwość karmienia niemowląt piersią matki i dokarmiania przebywających w „Żłobku” dzieci porzuconych. Koncepcja połączenia „Żłobka” z „Ogniskiem dla matek” miała na celu obniżenie do minimum bardzo wysokiego wskaźnika śmiertelności niemowląt z jednoczesnym podniesieniem ich zdrowotności. Zakład mógł zapewnić opiekę łącznie 25 niemowlętom i 10 matkom, zaś dzienny koszt utrzymania niemowlęcia w zakładzie wynosił 1 zł i 34 gr. W praktyce przyjmowano znacznie więcej potrzebujących dzieci i kobiet. W 1924 r. do zakładu przyjęto aż 56 niemowląt i 34 matki<sup>33</sup>. Liczba przebywających w zakładzie niemowląt w kolejnych latach stale wzrastała. Według danych zaczerpniętych ze Sprawozdania z działalności Wydziału Opieki Społecznej w 1925 r. w zakładzie przebywało 78 niemowląt i 34 matki, zaś w roku kolejnym – 108 niemowląt i 31 matek. Zwiększenie się liczby niemowląt było spowodowane zwiększeniem liczby dzieci porzucanych<sup>34</sup>.

Pomimo podejmowanych przez Wydział Opieki Społecznej starań, wskaźnik śmiertelności przebywających w „Żłobku” niemowląt utrzymywał się na dość wysokim poziomie. W 1924 r. zmarło 23 niemowląt, w 1925 r. – 22 niemowląt, w 1926 r. – 48 niemowląt<sup>35</sup>. Wysoka śmiertelność noworodków była wynikiem bardzo złych warunków, w których samotne matki, będące najczęściej służącymi, spędzały ostatnie miesiące ciąży<sup>36</sup>. Zarząd Miasta Lublina zdawał sobie sprawę, że aby obniżyć śmiertelność niemowląt należało roztoczyć opiekę lekarską nad matką jeszcze przed okresem porodu w postaci zorganizowania chociażby stacji opieki nad kobietą ciężarną<sup>37</sup>. Niestety, aż do wybuchu II wojny światowej magistrackiemu Wydziałowi Opieki Społecznej nie udało się zorganizować zakładu spełniającego te funkcje. Niemniej jednak wspierał on kobiety ciężarne przez wydawanie zapomóg pieniężnych oraz racji żywnościowych.

Drugim zakładem wychowawczo-opiekuńczym funkcjonującym w systemie zamkniętym był „Zakład wychowawczy dla sierot w wieku przedszkolnym” im. S. Jachowicza. Należał on do zakładów przechodnich pomiędzy „Żłobkiem”

33 Ibidem, s. 20-21.

34 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej za rok 1926, Dziennik Zarządu m. Lublina nr 3 z 28 stycznia 1928 r., s. 311.

35 Ibidem, s. 310-311.

36 Niemowlęta, które trafiały do „Żłobka” bardzo często rodziły się z niedowagą, wadami wrodzonymi (ok. 25%), jak również cierpiały na poważne infekcje (zapalenie oskrzeli, grypa); Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924, s. 20-21.

37 B. Gubrynowiczowa, *Pomoc kobiecie ciężarnej*, „Opiekun Społeczny” 1938, nr 6, s. 25.



a ośrodkiem dla dzieci w wieku szkolnym. Przyjmowano do niego dzieci od 2 (zaś od 1926 r. – od 3 ) do 7 roku życia, przede wszystkim sieroty<sup>38</sup>. Jego zadania polegały na racjonalnym wychowaniu fizycznym i moralnym oraz wszechstronnym przygotowaniu do przyszłej nauki w szkole. W celu ich realizacji w zakładzie utworzono przedszkole, którego kierunek działalności był skoordynowany z pracą i ogólnym charakterem zakładu. System prowadzonego przedszkola był oparty na przepisach obowiązujących wszystkie przedszkola miejskie, uwzględniał jednak szeroko wewnętrzne życie zakładu i uzupełniał pracę wychowawczą<sup>39</sup>.

Kierownictwo nad zakładem z ramienia magistrackiego Wydziału Opieki Społecznej sprawowała kierowniczką przy pomocy trzech wychowawczyń. Zakład ten, podobnie jak i „Żłobek”, znajdował się pod opieką lekarza miejskiego. Zaplanowano go na 45 dzieci. W 1924 r. przyjęto 27 dzieci, przy czym 19 wypisano, zaś dwoje zmarło<sup>40</sup>. W kolejnym roku 34 przyjęto, 31 wypisano, zaś sześcioro zmarło. Ogółem w zakładzie przebywało w tym roku 86 dzieci, zaś w 1926 r. – 77 dzieci<sup>41</sup>. Przeciętny dzienny koszt utrzymania wychowanka w zakładzie w 1924 r. wynosił 0,72 zł, a w 1926 r. 1 zł i 13 gr<sup>42</sup>.

Trzecim zakładem opiekuńczo-wychowawczym dla dzieci o charakterze zamkniętym w międzywojennym Lublinie była „Osada Dziecięca”, koedukacyjna, dla sierot i półsierot w wieku szkolnym, od 7 do 16 roku życia, uczęszczających do szkół powszechnych i zawodowych. Jej zadaniem było racjonalne wychowanie fizyczne i moralne młodzieży oraz przygotowanie jej do samodzielnego życia w społeczeństwie<sup>43</sup>.

Przebywające w tym zakładzie dzieci w wieku szkolnym były przeważnie sierotami albo dziećmi ubogich mieszkańców miasta i gmin wiejskich. Kierowniczką przy pomocy trzech wychowawczyń sprawowała opiekę nad młodzieżą. Większa część wychowanków uczęszczała do szkół powszechnych, a zdolniejsza młodzież do szkół średnich i zawodowych. Przy zakładzie istniała szkoła powszechna w zakresie 2 klas dla najmłodszych wychowanków i wychowanic<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924, s. 20.

<sup>39</sup> Regulamin wewnętrzny Miejskiego Zakładu Wychowawczego im. Stanisława Jachowicza, APL, AmL 1918–1939, sygn. 2086, k. 28.

<sup>40</sup> Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924, s. 20.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 20; Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej za rok 1926, s. 311; Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej za rok 1925, Dziennik Zarządu m. Lublina nr 13 z 17 lipca 1926 r., s. 101.

<sup>42</sup> Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924, s. 20.

<sup>43</sup> Tymczasowy Regulamin wewnętrzny Zakładu Wychowawczego „Osada Dziecięca”, APL, AmL 1918–1939, sygn. 2086, k. 22.

<sup>44</sup> Ibidem, s. 22-23



Zakład ten, jak i poprzednie, był ośrodkiem typu koedukacyjnego, mogącym pomieścić 115 dzieci. Stan na dzień 1 stycznia 1925 r. wynosił 119 dzieci, przy czym koszt utrzymania wychowanka wynosił 0,85 zł. Z ogólnej liczby 119 wychowanków – 95 uczęszczało do szkół powszechnych, 6 – do średnich zakładów naukowych, 4 – do seminarium nauczycielskiego, 7 – pracowało w zakładzie szewskim i krawieckim, a 7 przebywało w szpitalu<sup>45</sup>. Według stanu na 1 stycznia 1926 r. w zakładzie przebywało 135 wychowanków, a przeciętny koszt utrzymania wzrósł do 1 zł 15 gr. Wychowankowie zakładu w przeważającej większości uczyli się dobrze, natomiast wypadki pozostawiania na drugi rok w tej samej klasie zdarzały się bardzo rzadko<sup>46</sup>. Poniżej przedstawiono porządek dzienny w zakładzie opiekuńczo-wychowawczym „Osada Dziecięca”:

- 1) 6.00 – budzenie dzieci ze snu – wstawanie
- 2) 6.00 – 6.50 – mycie – ubieranie- modlitwa
- 3) 6.50 – 7.30 – śniadanie
- 4) 7.30 – wymarsz do szkół
- 5) 7.30 – 8.00 – sprzątanie sal zakładowych przez służbę
- 6) 14.00 – powrót dzieci ze szkoły
- 7) 14.00 - 15.00 – obiad
- 8) 15.00 – 18.00 – przygotowanie lekcji pod opieką i przy pomocy wychowawczyń
- 9) 18.00 - 18.30 – odpoczynek
- 10) 18.30 – 19.00 – kolacja
- 11) 19.00 – 20.30 – gry, śpiewy, zabawy, ewentualnie pogadanki
- 12) 20.30 – ogólna modlitwa i układanie do snu<sup>47</sup>.

Istotna zmiana w działalności zamkniętych zakładów opiekuńczo-wychowawczych nastąpiła w 1929 r. Z powodu braku lokali w mieście 1 września Zakład im. S. Jachowicza oraz „Osadę Dziecięcą” zlikwidowano i przeniesiono do wsi Turkowice w powiecie hrubieszowskim<sup>48</sup>.

Opieka półotwarta nad dziećmi sprawowana przez Zarząd polegała przede wszystkim na prowadzeniu ochron przychodnich dla dzieci w wieku przedszkolnym oraz „Żłobka Dziennego”. Wydział Opieki Społecznej utrzymywał 6 ochron miejskich w różnych punktach miasta. Cieszyły się one bardzo dużą popularnością, zwłaszcza wśród ludności uboższej. Opiekę nad dziećmi w każdej z nich sprawowały wykwalifikowane wychowawczynie pod kierunkiem instruktorki. Przy każdej ochronie funkcjonowało koło rodziców, które współdziałało z kierowniczką w sprawach wspomagania dzieci niezamożnych.

45 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej za rok 1925..., s. 102.

46 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej za rok 1926..., s. 312.

47 Porządek dnia w Zakładzie „Osada Dziecięca”, APL, AmL 1918–1939, sygn. 2086, k. 23.

48 [Autor nieustalony], *Po reorganizacji Wydziału Opieki Społecznej*, s. 2.

Według danych liczbowych na 1 stycznia 1925 r. w ochronach przebywało 295 dzieci, przy czym koszt utrzymania jednego wynosił 0,46 zł<sup>49</sup>. Warto odnotować, że na terenie ochron wskaźnik zachorowań przebywających tam dzieci był znacznie wyższy niż w zakładach zamkniętych. Wynikało to z faktu, że ochrony będąc zakładem przychodnim, nie były w stanie zorganizować całkowitej opieki nad podopiecznymi, przeważnie z robotniczych rodzin, żyjących w skrajnie złych warunkach higieniczno-lekarskich<sup>50</sup>.

Dodatkowo, w ramach opieki półotwartej, sprawowanej nad dziećmi w Lublinie, funkcjonował „Żłobek Dzienny”, mieszczący się przy ul. Królewskiej 5, który powstał w połowie 1922 r.<sup>51</sup> Przyjmowano do niego dzieci obojga płci, różnych wyznań. Działalność opiekuńczo-wychowawcza polegała na sprawowaniu opieki nad niemowlętami w czasie, w którym matka udawała się do pracy zarobkowej. Mógł pomieścić ok. 25 dzieci. Działalność tego zakładu przetrwała aż do wybuchu II wojny światowej<sup>52</sup>.

Ostatnią grupą zadań, realizowanych przez magistrat w ramach opieki półotwartej było organizowanie kolonii letnich dla dzieci w wieku przedszkolnym oraz współdziałanie i pomoc instytucjom zarządzającym kolonie i półkolonie dla dzieci w wieku szkolnym<sup>53</sup>.

Dział opieki otwartej Wydziału Opieki Społecznej realizował opiekę nad matką i niemowlęciem oraz opiekę nad dziećmi i młodzieżą. W ramach opieki nad matką i niemowlęciem Zarząd udzielał w okresie popołogowym zapomóg w naturze i pieniężnych. Świadczeniem dla matek oraz niemowląt była pomoc lekarska połączona z bezpośrednim wydawaniem lekarstw<sup>54</sup>. Opieka otwarta nad dziećmi i młodzieżą polegała natomiast na wydawaniu posiłków dla dzieci ubogich rodziców oraz współdziałaniu z Radą Szkolną w akcji dożywiania dzieci uczęszczających do szkół powszechnych, średnich i zawodowych<sup>55</sup>.

Warto podkreślić, że ustawa o opiece społecznej z 1923 r. nałożyła na samorządy obowiązek przyjęcia odpowiedzialności za sprawowanie opieki społecznej nie tylko w zakresie utrzymywanych przez Zarząd zakładów, lecz również w obrębie wszystkich istniejących placówek opiekuńczych w mieście<sup>56</sup>.

49 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej za rok 1925..., s. 102-103.

50 Nierzadko wraz ze swoimi rodzicami zamieszkiwały w suterynach, były źle odżywiane, a co za tym idzie bardziej podatne na wszelkiego rodzaju zachorowania. W 1925 r. na niemalże 300 przebywających w ochronach dzieci około 100 z nich zachorowało; Ibidem, s.103.

51 Sprawozdanie zakładu otwartego opiekuńczego dla dzieci i młodzieży pod nazwą „Żłobek Dzienny” za okres od 1 kwietnia 1933 r. do 31 marca 1934 r., APL, AmL 1918-1939, sygn. 2105, b.n.k.

52 Ibidem.

53 Wykaz miejskich instytucji społecznych m. Lublina, APL, AmL 1918-1939, sygn. 2086, k. 30.

54 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924, cz. II, Dziennik Zarządu m. Lublina nr 4 z 6 marca 1926 r., k. 30-31.

55 Ibidem, s. 31.

56 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1926, Dziennik Zarządu m. Lublina nr 1 z 14 stycznia 1928 r., k. 300.

Artykuł 7 ustawy o opiece społecznej przewidywał przejście całokształtu czynności opiekuńczych przez samorządy na podstawie umów zawieranych z poszczególnymi instytucjami opiekuńczo-wychowawczymi. Tym samym, magistracki Wydział Opieki Społecznej sporządzał budżety dla wszystkich prywatnych zakładów działających w mieście, zaś powstałe deficyty zobowiązywał się pokrywać z budżetów miejskich<sup>57</sup>. W ten sposób Magistrat dawał gwarancję rozwoju tych zakładów, zyskując tym samym prawo kontroli i nadzoru nad sprawami opieki nad dziećmi na terenie całego miasta. Tym samym pod wpływem Magistratu znalazły się m.in. następujące zakłady opiekuńczo-wychowawcze: Zakład wychowawczy „Sala Sierot” Lubelskiego Towarzystwa Dobroczynności, Zakład wychowawczy „Dom Zarobkowy”, Dom Misyjny na Wiktorynie, Zakład „Kropla mleka” oraz zakłady zamiejscowe w Krępcu oraz Jabłecznej<sup>58</sup>. Trzeba zaznaczyć, że subwencje dla tych instytucji były udzielane na podstawie opinii Wydziału Opieki Społecznej o wartości i znaczeniu działalności poszczególnych zakładów na polu opieki społecznej<sup>59</sup>.

Analiza sprawozdań poszczególnych zakładów zamkniętych oraz otwartych z lat 1929–1939 wskazuje, że liczba dzieci korzystających z opieki zakładowej utrzymywała się mniej więcej na stałym poziomie. Z opieki w zakładach zamkniętych w analizowanym okresie korzystało średnio 400 dzieci rocznie, natomiast z opieki realizowanej w systemie otwartym średnio 500 dzieci rocznie. Radykalne zmniejszenie liczby dzieci korzystających z opieki półotwartej (w 1929 r. – 462, w następnych latach – średnio 45 dzieci) po 1929 r. było natomiast spowodowane przejściem przedszkoli pod zarząd Wydziału Oświaty i Kultury<sup>60</sup>.

Według danych statystycznych w miesiącu czerwcu 1939 r. w zakładach wychowawczych zamkniętych, znajdujących się pod zarządem magistrackiego Wydziału Opieki Społecznej, przebywało 338 dzieci<sup>61</sup>. W ramach opieki

57 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924 cz. II..., k. 30.

58 „Sala sierot” był zamkniętym zakładem opiekuńczo-wychowawczy dla dziewczynek w wieku szkolnym, będącymi sierotami, „Dom zarobkowy” przeznaczony został dla chłopców w wieku szkolnym, będących sierotami, działalność „Domu Misyjnego” na Wiktorynie polegała na prowadzeniu zakładu zamkniętego dla moralnie upadłych dziewcząt, zaś zakład „Kropla mleka” udzielał matkom porad leczniczych i pomocy w dożywianiu niemowląt; Wykaz miejskich instytucji społecznych m. Lublina, APL, AmL 1918–1939, sygn.2086, k. 30.

59 Sprawozdanie z działalności Wydziału Opieki Społecznej Magistratu m. Lublina za rok 1924 cz. II..., k. 30.

60 Sprawozdanie z działalności Wydziału Spraw Społecznych Zarządu Miejskiego w Lublinie za okres od 1 stycznia 1929 r. do 1 grudnia 1934 r., APL, AmL 1918–1939, sygn. 2105, b.n.k; Sprawozdanie miesięczne z działalności zakładów półotwartych ma miesiąc styczeń 1937, APL, AmL 1918–1939, sygn. 2108, b.n.k; Sprawozdanie z działalności referatu opieki zamkniętej, APL, AmL 1918–1939, sygn. 2108, b.n.k.

61 Sprawozdanie miesięczne referatu opieki zamkniętej za miesiąc czerwiec 1939, APL, AmL 1918–1939, sygn. 2110, k.15.

półotwartej funkcjonował nadal „Żłobek Dzienny, pod którego opieką znajdowało się łącznie 42 dzieci<sup>62</sup>.

## Podsumowanie

Próba poddania ocenie działalność Zarządu miasta Lublina w zakresie zorganizowania opieki społecznej dla dzieci wymaga nieco szerszego spojrzenia na ten problem, przede wszystkim przez pryzmat dostrzeżenia trudności, jakie napotkała praktyka opieki społecznej w II Rzeczypospolitej. Czynnikiem utrudniającym działanie instytucji opiekuńczo-wychowawczych była przede wszystkim niewydolność organizacyjna instytucji opieki społecznej, wynikająca z unormowań prawnych oraz niedofinansowanie samorządów. Cały ciężar finansowania działań opiekuńczych został przerzucony na związki komunalne. W konsekwencji gminy, oceniając swoje możliwości budżetowe, same decydowały o zakresie działań podejmowanych w ramach organizacji opieki społecznej. Prowadziło to do dysproporcji w wielkości nakładów na opiekę społeczną między miastem a wsią i uchylanie się gmin wiejskich od zaspokajania potrzeb swoich obywateli. W świetle postanowień ustawy o opiece społecznej każdy obywatel Rzeczypospolitej miał prawo do opieki ze strony gminy, w której przebywał. Oznaczało to, że były one zobowiązane do udzielenia opieki społecznej każdemu kto znalazł się na jej terenie i nie był w stanie zaspokoić swych niezbędnych potrzeb<sup>63</sup>.

Z podobnym problemem w prowadzonej działalności opiekuńczej borykał się również Zarząd Miasta Lublina, który będąc zobowiązany na podstawie art. 5 pkt. c ustawy o opiece społecznej z 1923 r. do sprawozdania opieki zakładowej na terenie całego województwa lubelskiego napotykał brak należytego zrozumienia spraw opieki ze strony gmin wiejskich, a nawet niektórych miast i sejmików powiatowych. Doświadczenie pokazało, że mniejsze związki samorządowe nie doceniały ważności zadań opieki społecznej i uchylały się tym samym od obowiązków nałożonych ustawowo. W myśl art. 5 ustawy o opiece społecznej z 1923 r. gminy miejskie i wiejskie były zobowiązane do zwrotu kosztów utrzymania swoich obywateli w zakładach innych związków komunalnych. W rezultacie niewykonania przez nie tego obowiązku, prawie cały ciężar opieki na terenie województwa lubelskiego spadł na Lublin, obciążając tym samym budżet miejski wydatkami, które powinny być ponoszone przez gminy, do tych wydatków zobowiązane. Brak należytego współdziałania gmin wiejskich na polu opieki społecznej, polegający na nieregulowaniu bieżących

<sup>62</sup> Sprawozdanie miesięczne z działalności zakładów półotwartych w miesiącu czerwcu 1939 r., APL, AmL 1918–1939, sygn. 2110, k.4.

<sup>63</sup> M. Brenk, K. Chaczko, R. Płasek, *Opieka społeczna w II Rzeczypospolitej – wprowadzenie*, s. 16-17.

i zaległych należności, przy jednoczesnym zwiększeniu potrzeb ubogiej ludności stwarzały niezwykle trudne warunki dla działalności opiekuńczej miasta<sup>64</sup>.

Biorąc pod uwagę ogrom zadań nie sposób przecenić działalności Wydziału Opieki Społecznej. Świadczy o tym niemalejąca, aż do wybuchu II wojny światowej, liczba dzieci korzystających z opieki zakładowej, pozazakładowej i półotwartej, jak również liczba istniejących zakładów oferujących opiekę najmłodszym. Nie sposób też nie docenić starań magistrackiego Wydziału Opieki Społecznej, zmierzających do polepszania warunków bytowych swoich podopiecznych, przez chociażby umieszczanie ich w podmiejskich ośrodkach, w celu podniesienia standardów lokalowych.

## Bibliografia

### Akty prawne

- Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej i Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 30 lipca 1924 r. w sprawie stowarzyszeń o celach opieki społecznej (Dz.U. 1924 nr 70, poz. 682).
- Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 10 października 1927 r. o kwalifikacjach kierowników zakładów opiekuńczych (Dz.U. 1927, nr 100, poz. 866).
- Rozporządzenie Ministra Pracy i Opieki Społecznej z dnia 12 października 1927 r. o regulaminach zakładów opiekuńczych (Dz.U. 1927 nr 100, poz. 867).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 29 czerwca 1924 r. w sprawie wykonywania opieki społecznej nad obywatelami polskimi, którzy w żadnej gminie Rzeczypospolitej Polskiej nie mają prawa do opieki trwałej, oraz ponoszenia wynikających stąd kosztów (Dz.U. 1924 nr 56, poz. 576).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 kwietnia 1927 r. o nadzorze i kontroli działalności opiekuńczych (Dz.U. 1927, nr 40, poz. 354).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiekunach społecznych i komisjach opieki społecznej (Dz.U. 1928 nr 29, poz. 267).
- Ustawa z dnia 16 sierpnia 1923 r. o opiece społecznej (Dz.U. 1923 nr 92, poz. 726).
- Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. R. P. nr 44, poz. 267).
- Ustawa z dnia 18 lutego 1925 r. o Radzie Opieki Społecznej (Dz.U. 1925, nr 26, poz. 171).

<sup>64</sup> J. Marczyk, *Rada Miejska i Magistrat Lublina 1918–1939*, Lublin 1984, s. 214–215; M. Denys, *Lublin między wojnami. Opowieść o życiu miasta 1918–1939*, Łódź 2010, s. 72–73.

### Źródła archiwalne

Archiwum Państwowe w Lublinie, Akta m. Lublina 1918-1939, sygn. 397, 398, 441, 2086, 2105, 2108, 2110.

### Źródła drukowane i prasa

„Ziemia Lubelska” 1929, nr 250;

Dziennik Zarządu m. Lublina: z 1922 r. nr 11; z 1926 r. nr 3, 4; z 1928 r. nr 1, 3, 11; 1933 nr 7.

### Literatura

Babicki J. C., *Formy Opieki Społecznej*, „Opiekun Społeczny” 1937, nr 6, s. 2-5.

Bołdyrew A., Sosnowska J., *Troska o dziecko i jego potrzeby w działaniach Wydziału Opieki Społecznej Zarządu miasta Łodzi*, „Kultura i Wychowanie” 2014, nr 8, s. 21-34.

Bornstein-Lychowska M., *Polityka społeczna państwa Polskiego 1918–1935*, Warszawa 1935.

Brenk M., *Minęło 90 lat od uchwalenia Ustawy o opiece społecznej w Polsce*, „Praca Socjalna” 2014, nr 1, s. 113-123.

Brenk M., Chaczko K., Płasek R., *Opieka społeczna w II Rzeczypospolitej-wprowadzenie do tekstów źródłowych*, „Praca Socjalna” 2019, nr 4 (34).

Brenk M., Chaczko K., Płasek R., *Organizacja pomocy społecznej w Polsce 1918–2018*, Warszawa 2018.

Denys M., *Lublin między wojnami. Opowieść o życiu miasta 1918–1939*, Łódź 2010.

Główny Urząd Statystyczny, *Pierwszy powszechny spis Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 września 1921 r.*, Warszawa 1927.

Grata P., *Polityka społeczna Drugiej Rzeczypospolitej. Uwarunkowania–instytucje–działania*, Rzeszów 2013.

Gubrynowiczowa B., *Pomoc kobiecie ciężarnej*, „Opiekun Społeczny” 1938, nr 6.

*Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, red. F. Ryszka, cz. II, Warszawa 1968.

Jachowicz A., *Funkcjonowanie pomocy społecznej. Wybrane problemy*, Dąbrowa Górnicza 2011.

Korobowicz A., Witkowski W., *Historia ustroju i prawa polskiego (1772–1918)*, Kraków 2001.

Korzeniowski M., *Lubelski Miejski Komitet Obywatelski 1914–1915*, „Rocznik Lubelski” 1989–1990, t. 31-32.

Marczuk J., *Osiński Saturnin (1879–1947)*, [w:] *Słownik biograficzny miasta Lublina*, red. P. Jusiak, M. Sioma, J. Ternes, t. 4, Lublin 2014.

Marczuk J., *Rada Miejska i Magistrat Lublina 1918–1939*, Lublin 1984.

Stolińska-Pobralaska N., *Kształtowanie się podstaw polskiego prawa opiekuńczego w okresie II Rzeczypospolitej*, [w:] *Z teorii i doświadczeń pedagogicznych*, red. T. Jałmużna, „Łódzkie Studia Pedagogiczne” nr 1.



Starczewski J., *Ustawodawstwo o Opiece Społecznej w Polsce*, „Opiekun Społeczny” 1937, nr 4.

Zalewski D., *Opieka i pomoc społeczna. Dynamika instytucji*, Warszawa 2005.

## STRESZCZENIE

### Opieka komunalna nad dziećmi w działalności międzywojennego Zarządu Miasta Lublina

Na ziemiach polskich po odzyskaniu niepodległości panowały różne systemy prawne odziedziczone po zaborcach. Odmienny stan prawny obowiązywał także w dziedzinie opieki społecznej. Najbardziej rozwinięte ustawodawstwo w tym zakresie istniało w dawnym zaborze pruskim. Na terenie byłego zaboru austriackiego nie było jednolitego systemu polityki społecznej, a na terenie byłego zaboru rosyjskiego instytucja państwowej opieki społecznej praktycznie nie istniała. Pomimo, że postanowienia Konstytucji marcowej położyły podwaliny pod rozwój ustawodawstwa opiekuńczego, to dopiero wejście w życie ustawy z dnia 16 sierpnia 1923 r. o opiece społecznej przyniosło znaczącą zmianę w organizacji opieki społecznej, w tym przede wszystkim opieki nad dzieckiem. Regulacja ta, formalnie obowiązująca przez 67 lat zorganizowała zinstytucjonalizowany system opieki społecznej w II Rzeczypospolitej, który miał uzupełniać system ubezpieczeń społecznych, stąd jego beneficjentami były osoby, które w chwili prac nad ustawą o opiece społecznej nie podlegały ubezpieczeniom tj. dzieci, matki z dziećmi, bezrobotni, inwalidzi, czy też osoby starsze. Po wejściu w życie ustawy o opiece społecznej z 1923 r. działalność społeczno-opiekuńcza prowadzona przez Wydział Opieki Społecznej Zarządu Miasta Lublina została w znacznym stopniu rozbudowana i podzielona na trzy główne działy: opieki zamkniętej, półotwartej i otwartej. Opieka otwarta polegała na niesieniu pomocy w formie świadczeń materialnych, bez zmiany środowiska, w którym uprawniony przebywał. Była to ze swej istoty opieka nieobjmująca wszystkich potrzeb uprawnionego, czyli niepełna. Zadanie opieki otwartej polegało na uzupełnianiu braków życiowych dla zabezpieczenia minimum najpotrzebniejszych potrzeb. Opieka zamknięta, zwana zakładową, polegała na przeniesieniu potrzebującego opieki do nowych warunków, przystosowanych do jego potrzeb, odsuwając go tym samym od dotychczasowego środowiska, w którym funkcjonował. W praktyce oznaczało to umieszczenie osoby potrzebującej w zakładzie zamkniętym. Kategorie pośrednią między przedstawionymi powyżej typami stanowiła opieka półotwarta, do której zaliczało się czasowe przeniesienie osoby uprawnionej w inne warunki np. dla poratowania zdrowia (kolonie, półkolonie), dla uzupełnienia brakującej opieki domowej (żłobki dzienne dla dzieci matek pracujących). Z analizy przepisów ustawy o opiece społecznej z 1923 r. wywieść można, że działalność opiekuńcza samorządów w II Rzeczypospolitej musiała zmierzyć się z poważnymi trudnościami, spowo-



dowanymi wadliwością uwarunkowań prawnych oraz niedofinansowaniem związków komunalnych. Pomimo tej niewydolności organizacyjnej, oceniając działalność Zarządu Miasta Lublina na polu organizacji opieki społecznej nad małoletnimi w mieście, stwierdzić należy, że biorąc pod uwagę ogrom ciążących zadań nie sposób przecenić starań Wydziału Opieki Społecznej w tym zakresie. Świadczy o tym przede wszystkim niemalejąca, aż do wybuchu II wojny światowej, liczba dzieci korzystających z opieki zakładowej, pozazakładowej i półotwartej, jak również liczba istniejących zakładów oferujących opiekę najmłodszym.

## SUMMARY

### **Municipal Childcare in the Activities of the Interwar Lublin City Board**

After Poland regained independence, there were various legal systems inherited from the invaders. A different legal status was also in force in the field of social care. The most developed legislation regarding this field was in the former Prussian annexation. On the territory of the Austrian annexation, there was no unitary legal system of social politics, while in the former Russian annexation the institution of the state social care practically did not exist. Although, the regulations of the March Constitution laid the foundation for the development of the care legislation, it was the Act of August 16, 1923 on social care which brought about the change in the organization of the social care, especially the childcare. This regulation formally prevailed for 67 years and organized the institutionalized social care system in the Second Polish Republic. The social care system was intended to supplement the social security system. Therefore, its beneficiaries were the people which were not the subject to the insurance, i.e., children, single mothers, unemployed, invalids or the elderly people. After the entry into force of the Act of August 16, 1923 on social care, the social care activity of the Department of Social Care of the Lublin City Board was significantly expanded and divided into three main sections: closed care, semi-open care and open care. Open care related to the provision of the help through material benefits, without changing the environment in which the entitled person was staying. Due to its nature, it did not cover all the needs of the entitled person, in other words it was incomplete. The task of the open care was to supplement the vital shortages in order to meet the minimum needs. Closed care, known as facility care, consisted in transferring people in need to new conditions adapted to their needs and simultaneously moving them away from the current environment in which they were functioning. In practice, this meant placing a person in need in a closed institution. An intermediate category between the above-mentioned types was semi-open care. It included the temporary transfer of an entitled person to different conditions, e.g., to improve health (summer camps, play centers), to supplement the missing home care (day nurseries for children of working mothers). Analyzing the provisions of the Act on Social Care of 1923 one may draw a conclusion that the care activity of local governments in the Second Polish Republic had to face serious difficulties caused by faulty legal framework and

underfinancing of municipal unions. Despite this organizational inefficiency, when assessing the activity of the Lublin City Board in the field of organizing social care for the minors in the city, it should be stated that taking into consideration the immensity of the burdening tasks, it is impossible to overestimate the efforts of the Social Care Department regarding this matter. Above all, this is evidenced by the non-decreasing number of children benefiting from closed, semi-open and open care, as well as the number of existing institutions which offered care for the youngest, which did not decrease until the outbreak of the Second World War.

**Orsolya Szeibert**

Eötvös Loránd Tudományegyetem  
(Eötvös Loránd University; Budapest, Hungary)  
e-mail: szeibert@ajk.elte.hu

ORCID: 0000-0003-1989-0931

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.08

## **Convention on the Rights of the Child and some aspects of civil law and family law**

### **ABSTRACT**

The aim of this paper is to have a look at some institutions of civil law and family law in the light of the requirements of the Convention on the Rights of the Child, on the occasion of the 30<sup>th</sup> anniversary of this Convention. The child's incapacity or limited capacity to act, the child marriage and the child's right to be heard shall be envisaged from a legal historical perspective with a special regard to the age-limits and the modifications of these age-limits on the field of civil law and family law. The subject of the historical overview is the concerned regulations of Hungary, namely the changes in the Hungarian legal rules and the regulations of the effective Hungarian Civil Code which entered into force in 2014. The paper would like to provide a guide for a travel from the end of the nineteenth century to today's legal rules on the field of age-limits in connection with the above-mentioned institutions which designate the child's legal position concerning some children's rights. Some issues of the judiciary concerning the child's right to be heard in family law proceedings will be mentioned as well to highlight a problem of the everyday legal life. The final aim of this historical travel is to discover whether the discussed legal rules being in force today meet the requirements of the Convention on the Rights of the Child and to compare the legal attitude behind the effective legal rules and the attitude of the child-focused thinking, which shall be also analysed.

**Key words:** child's capacity to act, child marriage, child's right to be heard, age-limits, legal history of family law, Hungarian civil law and family law, requirements of Convention on the Rights of the Child

## Introduction<sup>1</sup>

The UN Convention on the Rights of the Child (CRC) adopted on the 20th of November 1989 has an extreme significance on the field of children's rights. The thirtieth anniversary of the CRC's adoption was celebrated in November 2019 in many countries as almost all countries joined this Convention. Although it is a huge success, that with the exception of one of them all states in the world are State Parties to the CRC such as the fact that the concept of children's rights, the international standards of children's rights and child protection have been discussed heavily since for some years there have been a lot of tasks to do.

The aim of this study is to have a look at how some main principles and points of the CRC and the child-focusing and child's rights-focusing approach are reflected in the civil law and especially in the Hungarian Civil Code. Firstly, I shall analyse the age and age-limit of being a child, secondly, the child's rights to be heard. Although I'm intended to demonstrate whether the analysed Hungarian rules of civil law and family law are in harmony with the CRC's requirements, it seems necessary to discover how these rules in the civil law and family law were regulated earlier, what kind of modifications happened during the decades and how the rules which are in force now have been shaping. This legal historical retrospection can contribute to the comparison of the legal attitude behind the effective legal rules and the attitude of the child-focused thinking.

The age-limit of being a child, the age-limit of having at least limited capacity to act and the age at which a person can marry shall be discussed with the aim to discover the main cornerstones of the history of the above-mentioned issues' regulations in the last seventy years. After determining whether the effective civil law rules meet the requirements of the CRC, the legal historical overview gives an opportunity to follow up whether the codification of these ages and age-limits is in any connection with the requirements of the child-focused standards and approach, or rather shows any reflection to those. What concerns the child's rights to be heard, besides the historical overview I give a short introduction into the discussions in the Hungarian judiciary concerning the child's right to be heard in family law proceedings. I should refer primarily in this context to the proceeding on the rendering of parental authority to the parents when parents do not live together.

---

<sup>1</sup> The study was written with the support of the Excellence Program of the Faculty of Law of ELTE, 2020.

## The requirements concerning the child' legal age, his or her capacity to act and child's marriage in the CRC

According to Article 1 of CRC “for the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.” The beginning and end of childhood is a complex issue, the age of 18 as the beginning of the legal age is a minimum rule according to the international covenant. This is a twofold problem as the person under the legal age has a need to be specially protected as a minor but on the other side while a child is protected, he or she may be deprived of some rights. Besides, considering different legal acts for different purposes, different minimum ages<sup>2</sup> should be important to take into consideration as a balance has to be made between the protection of the child and let his or her autonomy win. However, and it is a cornerstone of the CRC reflecting the child-focused approach that the CRC itself does not work with minimum ages or any ‘ages’ at all, except for the minimum requirement of the legal age at least as a main rule. As the Handbook for the CRC states the Convention does not require a specific age to be set in each case.<sup>3</sup> The child's evolving capacities should be taken into attention when the child's parents, guardians, other legal representatives or the competent authority or court has to make a decision concerning the child according to Art 5 CRC. As children differ from each other the use of minimum ages for different legal acts does not only obscure these variances among children but also mask the individual development of a child. The respect for evolving capacities in each case is advantageous for children.<sup>4</sup> The need of abandonment of rigid ages while a person is a minor is in inseparable connection with the principle of the child's best interests as it is also reflected in the approach that the rights in the CRC has to be taken into consideration with a holistic attitude.

Child marriage is a special legal act which should require a minimum age. It is a huge international problem affecting one of the most important legal institution of family law and just because of its significance in the persons' and the whole societies' life; marriage and the minimum age to marry is reflected in general international and European documents on human rights (among others Art 16 of the UN Convention on Human Rights of 1948 and furthermore UN Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages of 1962 have requisites concerning the marriable age). Child marriage is a complex problem generating several questions only

<sup>2</sup> R. Hodgkin, P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on The Rights of the Child*, Unicef, Genf 2007, p. 4.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 5.

in relation to the civil law aspects. Marriage affects someone's life, personal and property relations deeply and for long years in many cases. One of its typical legal consequence that the child acquires his or her legal age after having married and loses the protection which was provided during the childhood.<sup>5</sup>

### **The child's right to be heard according to the CRC**

According to Art 12, CRC States Parties have to "assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child", and the child has to be "provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child." This Article is very special as it defines one of the main and fundamental principles of CRC and has to be interpreted together with all other rights of children including the child's best interests. Art 12 does not tie this right to concrete ages or a minimum age as the right to participate cannot be conditional on artificial reasons such as exact age. General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration determines elements which have to be taken into account when assessing the child's best interests and one of these factors is the child's views. I refer to the statement of this general comment literally – 'any decision that does not take into account the child's views or does not give their views due weight according to their age and maturity, does not respect the possibility for the child or children to influence the determination of their best interests'.

The State Parties have a clear obligation as the child has to be provided with the opportunity to be heard. In civil and family law proceedings, the child does not have any obligation to articulate his or her opinion and views but the state, competent authorities and courts are obliged to give the chance. It goes without saying that the hearing of the child is subject to many requirements with the aim to maintain the best interests of the child. Among others the hearing should happen in a child-focused manner. However, the first step in the proceeding, namely to satisfy the obligation to provide the hearing seems to be a point which may be discussed because of the societal and legal disbeliefs and disadvantageous traditions.

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 8.

## Legal age and age-limits for children in the Hungarian civil and family law also in historical context

### Actual legal scene according to the Hungarian Civil Code

According to the Hungarian Civil Code, namely Act V of 2013, which entered into force on 15<sup>th</sup> of March 2014 (HCC)<sup>6</sup>, a minor is a person under the age of eighteen [Art 2:10(1)], so a person under 18 is a child. However, the second sentence of Art 2:10(1) states that upon conclusion of marriage, minors shall achieve majority. Marriage is the only legal fact which results in requiring majority earlier than at the age of 18. What concerns the child's capacity to act, minors under the age of fourteen shall have no capacity to act and minors shall have limited capacity to act if they have reached the age of fourteen and do not lack the capacity to act.<sup>7</sup> These rules mean that no child can have full capacity under the age of 18 as she or he has not any capacity to act at all or a limited capacity to act. The age of 14 is a strict line between children having no capacity or a limited capacity and has the consequence that a child under 14 cannot get either full or limited capacity to act. If a child is between the ages of 14 and 18, he or she has limited capacity to act as a main rule. However, sometimes he or she has no capacity to act at all. According to Art 2:9(1) which states that if someone completely lacks the ability required to take care of his own affairs when making these juridical acts, the juridical acts will be null and void. On the other side if the child enters into a marriage with prior permission of the public guardianship authority, he or she achieves majority. The public guardianship authority may grant permission for a minor over the age of sixteen if this minor has limited capacity.

The age limits for having capacity are regulated in the Second Book on Individual as Subject of Law of the HCC and the Fourth Book on Family Law also contains some age limits. There are some legal acts to which the reach of the age of 14 is required (e.g. when the court decides on the exercise of the parental authority, the consent of the child older than fourteen shall be required for any decision on parental custody and placement regarding him or her as a main rule)<sup>8</sup> or the limited capacity to act of the child (e.g. a minor having limited capacity to act may make his or her juridical acts regarding adoption in person, without the consent of their statutory representative).<sup>9</sup> In some cases, the age of 16 has a legal significance. If the child reaches the age of sixteen, he or she may upon the approval of the public guardianship authority, without the consent

<sup>6</sup> 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről. Act No V of 2013 on the Civil Code.

<sup>7</sup> Art 2:13 and Art 2:11 of HCC, respectively.

<sup>8</sup> Art 4:171(4) of HCC.

<sup>9</sup> Art 4:145(1) of HCC.



of his parents, leave the parent's place of domicile or the place of residence appointed by the parents if it is not contrary to his interests.<sup>10</sup> As a summary, it can be declared that beside the strict age limits of civil law (age of 18 as the age of reaching majority and full capacity and that of 14 as the age of acquiring of limited capacity as a main rule) the age of 16 also plays a remarkable role, mainly as the minimum age of entering into a valid marriage with the consent of the public guardianship authority.

### **Historical overview on the legal age in Hungary – from the age of 24 until the age of 18**

What concerns the age of 18 as the age-limit of majority, it was introduced into the Hungarian law in 1953 when the Law Decree No. 23. 1952<sup>11</sup> (Law Decree) entered into force. Earlier the Hungarian Guardianship Act, namely the Act No. XX 1877<sup>12</sup> distinguished between a minor and a person of full age.<sup>13</sup> As a main rule, a person could acquire his or her full age at the age of 24. Besides, the Hungarian Guardianship Act differentiated among several age-limits under the age of 24. A minor could acquire full age even under the age of 24. If the child reached the age of 18, she or he could be declared as of full age if the child had the ability and maturity required to take care of his own affairs. This declaration could be approved by the public guardianship authority upon the request and the closest relatives of the child and also the child was heard before the approval. The aim of the declaration as having full age was to remove the obstacles before the child's autonomous decisions if he was mature enough. A minor over the age of 20 could acquire full age if the father exercising paternal authority gave the child's assets to the child or gave his consent that the child should ground an independent household. The approval of the public guardianship authority was needed also in this case but if the requirements were fulfilled the approval had to be given.<sup>14</sup>

On the other side a person might remain as a minor after reaching the age of 24. The public guardianship authority could prolong his or her status as a minor if (e.g.) the child could not take care of himself or herself or his or her

<sup>10</sup> Art 4:152(4) of HCC.

<sup>11</sup> 1952. évi 23. törvényerejű rendelet a házasságról, a családról és a gyámságról szóló 1952. évi IV. törvény hatálybalépése és végrehajtása, valamint a személyi jog egyes kérdéseinek szabályozása tárgyában. The Law Decree No. 23. 1952 on the issues of the entering into force and enforcement of Act No. IV 1952 on marriage, the family and guardianship (Family Act) and the regulation of certain personal law. The Family Act and the Law Decree entered into force in 1953.

<sup>12</sup> 1877. évi XX. törvénycikk a gyámsági és gondnoksági ügyek rendezéséről. Act No. XX of 1877 on the issues of guardianship and curatorship.

<sup>13</sup> L. Sipőcz, *A gyámsági törvény (1877. évi XX. törvénycikk) magyarázattal. [The Guardianship Act (Act No. XX of 1877) with commentary]*, Budapest 1882, p. 10-11.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 20.

own affairs because of physical or mental disabilities. The court had competence for prolonging the status as a minor. Actually, a lot of procedural practical questions emerged in connection with the harmonization of the age above 24 and remaining a minor.<sup>15</sup>

What concerns women, or rather girls, if a girl was unmarried when she reached the age of 24, she acquired her full age. However, if she married under the age of 24, she acquired the full age when marrying. It had the consequence that she could marry from the age of 12 and she could acquire full age from the age of 12 on.

Important modifications happened in the Hungarian law after the end of the second World War even before 1953 when the age of 18 as the age of majority was introduced. In 1945 an order (Order of 1945)<sup>16</sup> modified the Hungarian Guardianship Act and brought down the age limit of 24 to 20. Although instead of the age of 24 the age of 20 became the end of being a minor, the rules of the Hungarian Guardianship Act upon which it was possible to acquire full age earlier or prolong being a minor, remained in force. Some years later, in 1953 the decree and the Hungarian Guardianship Act were overruled by the Law Decree. As it was mentioned earlier, the age-limit of being a minor was brought down further to the age of 18 in the Law Decree which eliminated the legal possibilities of acquiring the full age earlier or prolonging being a minor. In 1959 when the (earlier) Civil Code was codified (Act No. IV 1959 on the Hungarian Civil Code; Civil Code of 1959)<sup>17</sup>, the rules on the persons' capacity to act were built into the Civil Code of 1959 and the age-limit of 18 was maintained. However, the exception was also maintained, namely that if the minor entered into a valid marriage under the age of 18, he or she acquired the adulthood.

The lowering of the age-limit of minority was evaluated as an important step also in the context of population policy<sup>18</sup> and according to the testimony of the working material<sup>19</sup> of the Ministry of Justice in 1958. There existed an intention to take over the 'living solutions' on the field of the persons' capacity

<sup>15</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>16</sup> Az ideiglenes nemzeti kormány 1945. évi 10.470. M. E. számú rendelete egyes személyi és családi jogi rendelkezésekről. The Order of the Prime Minister of the National Provisional Government No. 10.470 of 1945 on some regulations of personal and family law.

<sup>17</sup> 1959. IV. törvény a Magyar Köztársaság Polgári Törvénykönyvéről. Act No IV of 1959 on the Civil Code of the Hungarian Republic (it entered into force in 1960).

<sup>18</sup> K Millényi, *Népességpolitikai jogszabályok 1945–1958*. [Legal rules on the field of population policy 1945–1958], "Demográfia [Demography] 1959, 2-3, p. 382.

<sup>19</sup> Igazságügyminisztérium Törvényelőkészítő Főosztály: Összefoglaló a Polgári Törvénykönyv tervezetéről (munkaanyag, 48 oldal, 1958. október-november). Előkészítő anyagok az 1959. évi Ptk.-hoz. [Ministry of Justice, Department for Codification, Summary on the draft of the Civil Code (working paper, pp 48, October-November 1958). Preparing materials for the Civil Code of 1959], [in:] Az Igazságügyminisztérium iratanyaga az 1959-es Polgári Törvénykönyv előkészítésével és hatályba lépésével kapcsolatban. [Documents of the Ministry of Justice in connection with the drafting and of the Civil Code of 1959 and its entry into force], Budapest, 2017, Vol. II, p. 781.

which meant the reservation of the age of 18. It is worth mentioning that this working material, which summarized the observations and comments arrived to the draft of the Civil Code, referred to the several proposals which unanimously promoted the necessity of raising the age-limit of being a minor from 18 to 20 with the justification that there were too many divorces among the spouses who married too young. These observations were however held as unacceptable because of the need of harmonizing the age-limit of exercising political rights and that of exercising rights in relation with family.<sup>20</sup>

### **Historical overview on the children's capacity to act in Hungary – from the age of 12 until the age of 14**

The Hungarian Guardianship Act did not contain unified rules on the children's capacity to act or rather persons who did not acquire their full age. This Act referred to other legal acts and to the fact that the legal acts containing rules on the minor's capacity to act remained in force if those were not contradictory to the Hungarian Guardianship Act. There were different effective legal rules on the field of civil law and family law regulating the minors' capacity to act in several different legal situations.<sup>21</sup> On the other hand, the Hungarian Marriage Act, namely the Act No. XXXI. 1894<sup>22</sup> defined who was a minor without a capacity to act and a minor with limited capacity to act when applying the Hungarian Marriage Act. Considering the age-limits persons under the age of 12 was deemed to having no capacity to act and a minor over 12 had, by age at least, limited capacity to act.

The Law Decree (1952) unified the age-limit on the field of civil law and family law which made a rather strict delineation between a minor without capacity to act and a minor who has limited capacity to act as a main rule. According to these rules, the child had no capacity to act until he or she reached the age of 12 and between the age of 12 and 18 the minor had limited capacity to act. In 1959 the regulation on persons was incorporated into the Civil Code of 1959 and essentially the rules of the Law Decree were overtaken. Actually, according to the testimony of the working materials of the codification process resulting in the Civil Code of 1959, although the raise of the age-limit of being a minor was at least slightly discussed, the age-limit of having limited capacity remained as being connected to the reach of a certain age.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Ibidem, p. 781.

<sup>21</sup> Art 7 of the Hungarian Guardianship Act. L. Sipőcz, op. cit., pp. 20-27.

<sup>22</sup> 1894. évi XXXI. törvénycikk a házassági jogról. Act No. XXXI of 1894 on the law of marriage.

<sup>23</sup> <http://ptkiratok.hu>, (30.07.2020).

The regulations of the Civil Code of 1959 were revised in a complex way in 1977<sup>24</sup>. The working and preparational materials of this codification process are preserved in the National Archives of Hungary and the publication of these archival sources gave an opportunity to follow on the codification even if the materials are sometimes missing pages or their locations are sporadic.<sup>25</sup> The working material contained a proposal to raise the age-limit of having limited capacity to act as a minor. It is interesting to have a look at the justifications of this proposal. The justification of the draft of the revising Act referred to the need of establishing the unification concerning the age-limit of a minor having limited capacity to act among the different branches of law. It was emphasized that the first stage of the compulsory (elementary) education lasts until the child reaches the age of 14 and the knowledge acquired in the elementary school can be generally accepted as the level of knowledge to guide and assess his or her own behaviour as the indispensable requirement of the capacity to act. The then effective rule of the Labour Act was also underlined as it made it possible to be employed from the age of 14 on and the age of 14 was needed to be a member in a cooperative and those have a common basis when defining the age of 14. Besides the fact that the socialist countries apply that age-limit, the justification mentioned that the age-limit of 14 fixed in the Civil Code has to be applied only for the circulation of property (obligations).<sup>26</sup> Another expert's comment remitted that the (then effective) Family Act (Act No. IV of 1952)<sup>27</sup> let a woman (I should say, girl) to marry from the age of 14 with the permission of the public guardianship authority.<sup>28</sup>

A conclusion can be drawn that the correction of the age-limit of having limited capacity to act was discussed but mostly was supported by several and partly diverse arguments.<sup>29</sup> Only one argument was brought forward for

<sup>24</sup> 1977. évi IV. törvény a Magyar Népköztársaság Polgári Törvénykönyvéről szóló 1959. évi IV. törvény módosításáról és egységes szövegéről [Act No IV of 1977 on the modification and unified text of Act No IV of 1959 on the Civil Code of the People's Republic of Hungary].

<sup>25</sup> P. Nagy, *A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény 1997-es felülvizsgálata a levéltéri források tükrében* [The revision of the Act No IV. 1959 on Civil Code in 1977 in the mirror of the archival sources], [in:] *Az Igazságügyi Minisztérium iratanyaga az 1959-es Polgári Törvénykönyv 1977. évi novellájának előkészítésével és hatálybaléptetésével kapcsolatban.* [The records of the Ministry of Justice in connection with the preparation and entering into force the revising Act of 1977 of the Act No. IV. 1959 on Civil Code], 2018, p. 9, <http://impp/mhk/hu>, (30.07.2020).

<sup>26</sup> A PTK módosításának előkészítése [The preparation of the modification of the Civil Code] 1977. (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0913\_d) pp. 273-274. <http://impp/mhk/hu>, (30.07.2020).

<sup>27</sup> 1952. évi IV. törvény a házasságról, a családról és a gyámságról [Act No. IV of 1952 on marriage, family and guardianship].

<sup>28</sup> Észrevételek, javaslatok [Comments, proposals] (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0918\_d), p. 369. <http://impp/mhk/hu>, (30.07.2020).

<sup>29</sup> Upon the analysis of the archival records Nagy remarked that lively social debate took place and the proposal was mainly upheld. P. Nagy, op. cit., p. 19. .

maintaining the age-limit of 12 as the presumption that a minor of 12 does not mature enough physically, mentally and morally is contrary to the rights provided for those minors in communities and their public activities.<sup>30</sup> While arguing for the raise of this age-limit, it was admitted that the age-limit of 12 is an 'age-old' Hungarian rule but it shouldn't be maintained only because of being traditional.<sup>31</sup>

### **Historical overview on the child marriage in Hungary – from the age of 12 until the age of 16/18**

The Hungarian Marriage Act distinguished between mature and immature persons and also between persons having or not having capacity to act. Besides, the Hungarian Guardianship Act contained regulation concerning the full age. Both the facts being mature and of full age had a significance as a precondition to marry. Not only a person of full age could marry but also a minor who was mature. A person was mature over 18 in case of a man and over 16 in case of a woman. If a minor over 16 or 18, respectively, wanted to enter into a marriage, the consent of the statutory representative was needed. If someone was incapacitated because of his or her age he or she could not marry. A minor under the age of 12 had no capacity to act when applying the Hungarian Marriage Act. If a woman (a girl) wished to enter into a marriage over the age of 12 but under the age of 16 the minister of justice could give dispensation and also the minister of justice could give it to a man (boy) who was to marry between the ages of 12 and 18. In 1945, the above-mentioned Order of 1945 did not only bring down the age limit of 24 to 20, but stated that both men and women acquire legal age with marriage and they remain of legal age even if the marriage terminates before reaching the legal age.

In 1953 the then new Family Act and the Law Decree entered into force at the same time. The Family Act regulated marriage, while the law Decree gave rules on personal rights. The Law Decree introduced the age of 18 as the full age and maintained 12 as the age-limit of having limited capacity to act. Besides, the Law Decree articulated in a provision that the minor who entered into a marriage acquired legal age before reaching the age of 18. The Family Act did not use the categories of matureness and immaturity anymore but made it possible that not only a person who reached the legal age but also a minor having

<sup>30</sup> Az 1977. évi IV. törvény hatálybalépése és végrehajtása [The entry into force of Act No IV of 1977 and its implementation] (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0925\_d) pp. 293-294. <http://impp/mhk/hu>, (30.07.2020).

<sup>31</sup> PTK vitaanyag [Discussion paper of the CC] 1975 (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0926\_d). <http://impp/mhk/hu> (30.07.2020). This had been already mentioned by Sipőcz who reminded that in the old Hungarian law minors over the age of 12 had significant capacity to act. L. Sipőcz, op. cit., p. 22.

limited capacity to act could marry. The minor who reached the age of 12 could marry with the permission of the public guardianship authority according to the Law Decree (it is worth mentioning that almost nobody married at the age 12-14 at that time<sup>32</sup>).

The year of 1953 meant a huge change in relation with a minor's marriage. As the first commentary to the then new Family Act summarized the new process and result<sup>33</sup>, the new regulation became much easier than that one being in force earlier by eliminating the category of matureness and lowering the limit of legal age. Furthermore, only the permission of the public guardianship authority was needed and neither a dispensation was needed to be asked for, nor the consent of the statutory representative. If the prior permission of the public guardianship authority was missing, it could be given additionally later. The simplification as an advantage was emphasized also years later<sup>34</sup> just as the principle that the minor can decide himself or herself whether to marry or not and no competence remained with the parents or guardian. According to the Law Decree, a marriage, even invalid, could result in acquiring the legal age. The Law Decree's provision concerning the age requirements and consequences of marriage were upheld in the Civil Code of 1959.

The Act No I. 1974, which revised the Family Act and meant its first comprehensive reform, lifted the age-limit for marriage but applied a difference upon the basis of sexes. According to the new rules, men could marry from the age of 18 and women from the age of 16. The age-limit of marriage with permission was two years lower for both, which meant that men could marry with permission from the age of 16, while women from 14. According to the justification of the revising Act, the raising of the marrying age was based upon the general experiences and the public guardianship authority permitted a minor to marry if he or she was mature enough and all circumstances were given that the marriage should function socially in a proper way. The public guardianship authority could permit marriage in exceptionally justified cases for a girl over 14 and a man over 16. Act No. IV. of 1986, the second comprehensive reform of the Family Act, unified the marriageable age and lifted it to 18 for both men and women. However, the possibility for a minor to marry with permission was also upheld if the minor was over the age of 16. The equality of rights of men and women just as the protection of youth and the requirement that a person should marry if he or she has acquired the legal age served as arguments for the raise of the age-limit of marriage to the age of 18.

<sup>32</sup> E. Weiss, *A házasság érvénytelensége [The invalidity of marriage]*, [in:] *A családjogi törvény magyarázata I. [Commentary to the Family Act vol I]*, ed. F. Petrik, Budapest 1988, p. 102.

<sup>33</sup> J. Bacsó, G. Rády, V. Szigligeti, *A családjogi törvény I. [The Family Act I.]*, Budapest 1955, p. 38.

<sup>34</sup> J. Bacsó, *A házasság érvénytelensége [The invalidity of marriage]*, [in:] *A családjogi törvény magyarázata [Commentary to the Family Act]*, eds J. Bacsó et al, Budapest 1971, p. 108.

## **Child's right to be heard in the Hungarian civil and family law in short historical context and according to the experiences**

### **The right of the minor having limited or no capacity to act to be heard**

The Second Book of the HCC which regulates the personal rights of natural persons provides new rules concerning the importance of the autonomy of the minor both when he or she has limited capacity to act or no such capacity. It depends on the reach of the age of 14 as a main rule. Earlier, in the Civil Code of 1959 there was no referral included in the legal norms to the autonomy and participation of the minor. The HCC in Art 2:14(3) determines that when making juridical acts that affect the minor himself or his property (the minor cannot do it himself or herself), statutory representatives shall take the views of the minor having no capacity to act but of sound mind into account in accordance with the age and maturity of the minor.<sup>35</sup> This requirement lies a burden on the parents and guardians as the child who does not reach the age of 14 has to be heard.

If the child has limited capacity to act, statutory representatives may themselves make juridical acts on behalf of minors having limited capacity to act,<sup>36</sup> and the HCC in Art 2:12(4) obliges the statutory representatives (parents or guardians) that when making juridical acts that affect the minor himself or herself or his/her property, to take the views of the minor having limited capacity to act into account. The HCC does not literally articulate that the minor between the ages of 14 and 18 should be heard but the hearing is an immanent requirement in Art 2:12(4).

### **The child's right to be heard according to the family law rules**

Hungary joined the CRC in 1991 and the then effective Family Act was modified in 1995 and 1997 to meet the (main) requirements of the CRC. In the course of the recodification of the HCC it was emphasized that the CRC's requirements on child's rights have to be built not only into the Second Book but also into the specific regulations of family law. The recodification process began in 1998 and in 2001, when the first concept of the Family Law Book was drafted, the importance of the CRC as a benchmark among the international treaties was underlined. The concept referred to the fact that the Family Act had been modified in the nineties and essentially conforms to the standards of the CRC, however, it proposed that some principles of the CRC should have been

<sup>35</sup> Juridical acts of a minor having no capacity to act shall be null and void and his or her statutory representative shall act on his behalf with a tiny exception [Art 2:14(1)-(2) of HCC].

<sup>36</sup> Except where the law requires minors having limited capacity to act to make statements on their own or in the case of statements concerning the income earned from working by the minor having limited capacity to act [Art 2:12(4) of HCC].



incorporated into the Family Law Book as principles of family law.<sup>37</sup> The concept referred as an example to the requirement that the child has a right to grow up in his or her family as far as possible, but it was open whether such principles should have been incorporated as a principle of family law or rather a legal rule in relation with a special institution of family law. Just the child's right to be heard was planned to be built into the rules on parental authority.<sup>38</sup>

Although the child's right to be heard according to Art 12 CRC constitutes a pillar of the Convention, it is not a principle in the Fourth Book of HCC but a requirement in the frames of the rules on the rights and obligations of parents under the aegis of parental authority. According to Art 4:148 HCC the child has to be involved in the parental decision-making as 'the parents are obliged to inform the child of any decisions affecting him and they shall ensure that their child who is of sound mind may express his views before the decisions are taken, and in the cases specified by an Act decide jointly with his parents. The parents shall take the child's views into account with appropriate weight, according to his age and maturity'. We have only sporadic experiences whether parents let their child exercise this right.

### **The need of the child's consent in proceedings concerning the child's family status and adoption**

Two legal institutions are to be listed in connection which the child's role being very active already in the legislation of the Family Act, namely in 1952. These are the child's family status and primarily the settling of paternal status concerning the child and adoption.

Already the original text of the Family Act in 1952 contained a rule considering the system of paternal presumptions upon which the paternal status can be based that not only the consent of the mother and that of the statutory representative of the minor but also the consent of child being older than sixteen years is required for the declaration of paternity to be of full effect.<sup>39</sup> Similarly, the child had the right to request the establishment of paternity by the court.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> E. Weiss, *A készülő Polgári Törvénykönyv családjogi könyvének a Kodifikációs Szerkesztőbizottság által elfogadott koncepciója* [The Concept of the Family Law Book of the Civil Code in progress adopted by the Drafting Committee], "Polgári Jogi Kodifikáció [Civil Law Codification]" 2001, 4-5, p. 21-22. See also in: O. Szeibert (ed), *Weiss Emília családjogi és öröklési jogi kodifikációs tanulmányai* [Studies of Emília Weiss on family law and succession law], Budapest 2017, p. 156-157.

<sup>38</sup> E. Weiss, *Néhány gondolat a családjog kodifikációjához a készülő Polgári Törvénykönyvben* [Some thoughts on the codification of family law in the Civil Code in progress], [in:] *Eörsi Gyula emlékkönyv* [Memory book for Gyula Eörsi], eds T. Sárközy, L. Vékás, Budapest 2002, p. 249. See also in: O. Szeibert (ed), *Weiss Emília családjogi...*, p. 113.

<sup>39</sup> Art 37(4) of Family Act.

<sup>40</sup> Art 38(4) of Family Act. Similarly, if the mother's identity could not be established, the child might apply for the court to declare that the person indicated by the child is the child's mother [Art 40(1) of Family Act].

The child's advantaged role was not the result of a child-focused attitude coming from the recognition of child's rights. The Hungarian law concerned the judicial proceeding on the establishment of parentage as the child's claim<sup>41</sup> having public interest.<sup>42</sup> The age-limit of 16 years was brought down to 14 years in 1995 when the Family Act was modified<sup>43</sup> according to the requirements of the CRC. However, the justification of this modifying act did not explain the exact motivation of bringing down the age-limit. In the course of the recodification of HCC it was declared that no need emerged to change conceptionally the child's role in connection with judicial proceeding on the establishment of parentage.<sup>44</sup> As a consequence, the Family Law Book of HCC reserved that the minor over 14 plays a role in relation to the establishment of parentage. According to Art 4:101(5) the consent of the child over fourteen shall be required for the declaration of paternity to be of full effect.

The first text of the Family Act in 1952 required the concordant application of the affected partners, namely that of the adoptive parents and the child for the adoption which had to be authorized by the public guardianship authority.<sup>45</sup> It was also stated that legal statements regarding adoption had to be made in person, however, a child could not make a legal statement validly on his own. On behalf of a minor having no capacity to act, his or her statutory representative could make a legal statement, while on behalf of a child having limited capacity to act the consent of the statutory representative was needed to a valid legal statement.<sup>46</sup> (In 1952 the age-limit of a child having no capacity to act was 12 years.) This legal rule was changed in 1995 in harmony with the modification of the child's role in case of the establishment of parentage. It resulted in a solution according to which a child having limited capacity to act might make his or her legal statement in person, without the consent of the statutory representative. In the course of the recodification of HCC this rule was planned to be maintained. According to Art 4:145 (3) a child over 14 has to make the legal statement in person without the consent of the statutory representative and the child under 14, on behalf of whom the statutory representative makes the legal statement, who is of sound mind has to be heard by the public guardianship authority.

<sup>41</sup> O. Csiky, *A gyermek családi jogállása [The family status of the child]*, Budapest 1973, p. 324.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>43</sup> 1995. évi XXXI. törvény a házasságról, a családról és a gyámságról szóló 1952. évi IV. törvény módosításáról [Act No. XXXI of 1995 on the modification of the Act No. IV 1952 on marriage, the family and guardianship].

<sup>44</sup> O. Szeibert, *A Családjogi Könyv rendelkezéseinek formálódása a Polgári Törvénykönyv kodifikációja folyamán [The shaping of the regulations of the Family Law Book in the course of the codification of the Civil Code]*, [in:] *Fejezetek a Polgári Törvénykönyv keletkezéstörténetéből [Chapters from the history of codification of the Civil Code]*, ed. L. Vékás, Budapest 2018, p. 158.; E. Weiss, *A készülő Polgári Törvénykönyv...*, p. 35. See also in: O. Szeibert (ed), *Weiss Emilia családjogi...*, p. 186.

<sup>45</sup> Art 48(1) of Family Act.

<sup>46</sup> Art 59 of Family Act.

### **The child's right to be heard in case of rendering the exercise of parental authority**

Besides, the child's right of participation is articulated in the HCC for the case when the court has to decide on the exercise of parental authority. That is not a newly incorporated rule as it was contained already in the Family Act. However, the interpretation of this rule and the reflections on that are worth being presented as this is one of the most discussed issues in the judicial process on parental authority in case of divorce. According to Art 4:171(4), which defines the action for settling the exercise of parental authority the court shall hear during the procedure both parents, except for irremovable obstacles and also the child shall be heard in justified cases or if requested so by the child, either directly or with involving an expert. For a child older than 14, the consent of the child shall be required for any decision on parental authority unless the child's choice endangers his development.

As it can be seen the child's right to be heard is not defined at all but the child over 14 has to be heard and besides, his or her consent is needed for the decision on parental authority as a main rule. This requirement became part of the Hungarian family law in 1995 when the Family Act was modified according to the requirements of the CRC. Until that time Art 74 of Family Act stated that in procedures on parental authority the minor has to be heard if it is necessary. In 1995 a rule, actually like the effective one, was incorporated into the Family Act. According to the justification of the modifying Act, the new text of Art 74 aimed at that the child should be heard over 14 and his or her consent should be needed as well. However, the then new legal text and its justification did not fit to the proper interpretation of Art 12 CRC even if the justification clearly refers to this Article of CRC. The justification tried to 'protect' the child and stated that it was the responsibility of the persons and courts dealing with the child to adjudge whether the hearing of child is possible or not as a hearing could mean a 'disproportionate neural burden' on the affected child. So, the then new legal rule did not articulate the child's right to be heard but only took a step towards it.

Although this new Art 74 did not determine an age over which the child should have been heard by all means but on the other side, the modification made it as a main rule that the consent of the child being over 14 is needed for the judgment deciding on parental authority. The justification emphasized that a child over 14 'has usually a definite opinion on with which parent he or she would like to live further on with'. This rule was not in harmony with the CRC's requirements as the child has only a right to be heard but it cannot be an obligation for him or her.

The Family Law Book of HCC maintained this rule almost absolutely. The difference is that the earlier rule in Art 74 of Family Act included a sentence that the court could get information on the child's opinion on settling of parental authority also by the parents' pronouncement. This meant that in case of divorce

upon the parents' mutual consent when they had to agree on all accessory issues including the agreement on the exercise of parental authority there was no need to hear the child over 14 but the court could orientate itself by the parents' agreement. As the 4:171(4) of HCC does not include this sentence the question emerged very soon during the judicial process on settling the parental authority whether the child over 14 has to be heard by all means or the courts can follow the judicial practice without the definite legal authorization that the court can get information about the child's viewpoint through the parents.

As far as it can be experienced the courts are divided and follow very divergent paths.<sup>47</sup> Some courts are on the opinion that without an authorisation the court has to hear the child, while other courts are convinced that the hearing is superfluous and it is better for the child if he or she is not heard at all if the parents reached a consensus. We can find intermediary solutions as well, as some courts make the parents declared whether they asked the child about his or her opinion on the exercise of parental authority. Although the parents are obliged to involve their child into the decision-making at home, if they are asked whether they discussed it with the child the judges can see the parents' surprised faces.

## Conclusion

The child has to be protected as a child until at least the age of 18 (as a main rule) and his or her legal capacity to act seems to be dependent upon the legal acts, the circumstances and the child's development and evolving capacities as only the adjudgment of a concrete legal situation concerning a unique child can result in balancing the child's best interests. The child's voice plays a crucial role in these legal situations. The question is whether the legal rules on the child's capacity to act, the age-limits under 18 and the rules on the child's hearing are compatible with the requirements of the CRC.

The development of civil law proceeds on its own way and the same is true for family law whether family law is part of civil law or not. (In the socialist era family law was considered as a branch of law separated from classic civil law as civil law was held to regulate primarily property relations, while family law principally human relations. This concept had clear legal consequences also in the Family Act.) The HCC has its own perception about the human being as a legal entity in the frames of civil law. Already at the beginning of the codification of the HCC it was determined that the human being as a legal entity in the Civil

---

<sup>47</sup> The president of the Hungarian Curia (former Hungarian Supreme Court) established a board, namely the Counselling Board of the new HCC for the interpretation of the HCC in 2014. Also the Counselling Board could discuss the issue of hearing of the child. <https://kuria-birosag.hu/hu/ptk> (30.07.2020).

Code is an autonomous person patterned after the self-conscious, rational, risk-taking citizen acting responsibly and deliberately in the everyday life.<sup>48</sup> Also, from the decisions of the Hungarian Constitutional Court in the nineties the conclusion could be drawn that the then new perception about the human being in private law is a self-conscious, autonomous person who is able to manage his transactions as an adult and brave in risk-taking.<sup>49</sup> All human beings have legal capacity<sup>50</sup> and although it can be seen that a self-conscious person is in the focal point of the HCC, the protection of the weaker party in the private law is discussed in the last fifty years<sup>51</sup> as well. What concerns the capacity to act, this has an absolute value<sup>52</sup> and affects a whole legal system<sup>53</sup>. Although I'm concerned about the fact that not all human beings entering into transactions under the aegis of civil law is self-conscious, it is obvious from the viewpoint of the civil law that all actors of the transactions of assets and property relations have to know who has capacity or limited capacity to act and who has no capacity at all. The real implementation of the children's rights would require a not so rigid approach but it would be contrary to the regulating logic of the civil law.

The historical overview lets us conclude that one of the main legal institutions of family law (and civil law) is marriage with close connection with the fact who is allowed to enter into a valid marriage. Marriage is about property relations in the context of civil law and I recall the fact that the age-limit of having legal age is very closely connected to marriage. For many years when the marriageable age was discussed again and again not the child was protected from marriage coercing serious legal consequences on the child but rather the marriage as an institution was protected. Today a child can enter into marriage over 16 with the permission of the guardianship authority but it is questionable whether it serves the interests of the child at all. Although the modification of the Family Act in 1995 aimed at implementing the CRC the traditions of civil law were very massive and those are massive today as well.

<sup>48</sup> L. Vékás, *A Kodifikációs Főbizottság 2000. június 1-jei határozatai [Decisions of the Committee on Private Law on the 1st of June, 2000]*, "Polgári Jogi Kodifikáció [Civil Law Codification]" June 2000, p. 3.

<sup>49</sup> T. Lábady, *Alkotmányjogi hatások a készülõ Ptk. szabályaira [Effects of constitutional law on the regulations of the Civil Code in progress]*, "Polgári Jogi Kodifikáció [Civil Law Codification]" June 2000, p. 15. See for this issue: B. Landi, *Emberkép, magatartásmérték, felelõsség [Perception of human being, measure of behaviour, responsibility]*, "Iustum, Aequum, Salutare" 2016, 1, p. 15, 49-63.

<sup>50</sup> Art 2:1 of HCC.

<sup>51</sup> L. Vékás, *Parerga. Dolgozatok az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez [Studies on the draft of the Civil Code]*, Budapest 2008, p. 16.

<sup>52</sup> Z. Csehi, *Chapter 5 Persons*, [in:] *Introduction to Hungarian Law. Second Edition*, ed. A. Harmathy, 2019, p. 93.

<sup>53</sup> A. Kőrös, "Jót s jól!" - helyes célok, alkalmatlan megoldások a cselekvõképesség tervezett szabályozásában [Proper aims and improper solutions in the planned regulation of capacity to act], "Magyar Jog [Hungarian Law]" 2009, 2, p. 104.

While the legal age, the age-limit of capacity to act and the marriageable age seem to be connected to traditions and traditional institutions of civil and family law, which are preserved, the protection of the child's interests misses the traditional approach in the sense of the CRC. I remind that whilst the child is not an object in the proceedings considering the adoption and parental presumption, it was a civil law tradition having been preserved. Moreover, if there is any tradition concerning the behaviour towards the child, it is a protective one but without taking into attention the child's voice. The hearing of the child is a very general issue, obliging not only and firstly the courts and other actors of the jurisdiction but the society and parents, guardians.

The child has a right to access information (Art 17), a right to freedom of expression (Art 13) and a right to express his or her views freely in all matters affecting the child (Art 12) and all persons and authorities are obliged to implement these rights. Actually, all legal acts should take into attention the importance of these rights and develop proceedings in the course of which the requirements of CRC on hearing of the child are met. What concerns the traditions, it is a typical attitude from the actors of jurisdiction that the child's right to be heard should be connected to a specified age. However, it is not fully compatible with the CRC. Besides, it seems to be a huge problem how the proper age or age-limit of the child to be heard could be determined. As it could be seen the determination of the legal age, the marriageable age and the age-limit for having capacity to act did not base upon psychological or any other scientific studies but the legislator followed a path both hundred years ago, in the middle of the 20<sup>th</sup> century and recently. Therefore, these ages and age-limits are not only unfit for taking into attention the child's unique evolving capacities but seem to be somehow arbitrary.

## Bibliography

- A PTK módosításának előkészítése [The preparation of the modification of the Civil Code]*, 1977 (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0913\_d) pp. 273-274. <http://impp/mhk/hu>.
- Az 1977. évi IV. törvény hatálybalépése és végrehajtása [The entry into force of Act No IV of 1977 and its implementation]* (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0925\_d) pp. 293-294. <http://impp/mhk/hu>.
- Bacsó J., *A házasság érvénytelensége [The invalidity of marriage]*, [in:] *A családjogi törvény magyarázata [Commentary to the Family Act]*, eds J. Bacsó et al, Budapest 1971.
- Bacsó J., Rády G., Szigligeti V., *A családjogi törvény I. [The Family Act I.]*, Budapest 1955.



- Csehi Z., *Chapter 5 Persons*, [in:] *Introduction to Hungarian Law. Second Edition*, ed. A. Harmathy, 2019.
- Csiky O., *A gyermek családi jogállása [The family status of the child]*, Budapest 1973.
- Decisions of the Counselling Board of the new HCC for the interpretation of the HCC*, <https://kuria-birosag.hu/hu/ptk>
- Észrevételek, javaslatok [Comments, proposals]* (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0918\_d), <http://impp/mhk/hu>
- Hodgkin R., Newell, P., *Implementation Handbook for the Convention on The Rights of the Child*, Unicef, Genf 2007.
- Igazságügyminisztérium Törvényelőkészítő Főosztály: *Összefoglaló a Polgári Törvénykönyv tervezetéről (munkaanyag, 48 oldal, 1958. október-november). Előkészítő anyagok az 1959. évi Ptk.-hoz. [Ministry of Justice, Department for Codification, Summary on the draft of the Civil Code (working paper, pp 48, October-November 1958). Preparing materials for the Civil Code of 1959]*, [in:] *Az Igazságügyminisztérium iratanyaga az 1959-es Polgári Törvénykönyv előkészítésével és hatályba léptetésével kapcsolatban. [Documents of the Ministry of Justice in connection with the drafting and of the Civil Code of 1959 and its entry into force]*, Budapest 2017, vol II.
- Kőrös A., *“Jót s jól!” – helyes célok, alkalmatlan megoldások a cselekvőképesség tervezett szabályozásában [Proper aims and improper solutions in the planned regulation of capacity to act]*, “Magyar Jog [Hungarian Law]” 2009, no 2.
- Lábady T., *Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira [Effects of constitutional law on the regulations of the Civil Code in progress]*, “Polgári Jogi Kodifikáció [Civil Law Codification]” June 2000.
- Landi B., *Emberkép, magatartásmérték, felelősség [Perception of human being, measure of behaviour, responsibility]*, “Iustum, Aequum, Salutare” 2016, no 1.
- Millényi K., *Népesedéspolitikai jogszabályok 1945–1958. [Legal rules on the field of population policy 1945–1958]*, “Demográfia [Demography]” 1959, no 2-3.
- Nagy P., *A Polgári Törvénykönyvről szóló 1959. évi IV. törvény 1997-es felülvizsgálata a levéltéri források tükrében [The revision of the Act No IV. 1959 on Civil Code in 1977 in the mirror of the archival sources.]*, [in:] *Az Igazságügyi Minisztérium iratanyaga az 1959-es Polgári Törvénykönyv 1977. évi novellájának előkészítésével és hatálybaléptetésével kapcsolatban. [The records of the Ministry of Justice in connection with the preparation and entering into force the revising Act of 1977 of the Act No. IV. 1959 on Civil Code]*, 2018.
- PTK vitaanyag [Discussion paper of the CC]*, 1975 (HU\_MNL\_OL\_XIX\_E\_1\_c\_0926\_d), <http://impp/mhk/hu>
- Sipőcz L., *A gyámsági törvény (1877. évi XX. törvénycikk) magyarázattal. [The Guardianship Act (Act No. XX of 1877) with commentary]*, Budapest 1882.
- Szeibert O., *A Családjogi Könyv rendelkezéseinek formálódása a Polgári Törvénykönyv kodifikációja folyamán [The shaping of the regulations of the Family Law Book in the course of the codification of the Civil Code]*, [in:] *Fejezetek a Polgári Törvénykönyv keletkezéstörténetéből [Chapters from the history of codification of the Civil Code]*, ed. L. Vékás, Budapest 2018.



- Vékás L., *A Kodifikációs Főbizottság 2000. június 1-jei határozatai [Decisions of the Committee on Private Law on the 1st of June, 2000]*, “Polgári Jogi Kodifikáció [Civil Law Codification]” June 2000.
- Vékás L., *Parerga. Dolgozatok az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez [Studies on the draft of the Civil Code]*, Budapest 2008.
- Weiss E., *A házasság érvénytelensége [The invalidity of marriage]*, [in:] *A családjogi törvény magyarázata I. [Commentary to the Family Act vol I]*, ed. F. Petrik, Budapest 1988.
- Weiss E., *A készülő Polgári Törvénykönyv családjogi könyvének a Kodifikációs Szerkesztőbizottság által elfogadott koncepciója [The Concept of the Family Law Book of the Civil Code in progress adopted by the Drafting Committee]*, “Polgári Jogi Kodifikáció [Civil Law Codification]” 2001, no 4-5.
- Weiss E., *Néhány gondolat a családjog kodifikációjához a készülő Polgári Törvénykönyvben [Some thoughts on the codification of family law in the Civil Code in progress]*, [in:] *Eörsi Gyula emlékkönyv [Memory book for Gyula Eörsi]*, eds T. Sárközy, L. Vékás, Budapest 2002.

## SUMMARY

### Convention on the Rights of the Child and some aspects of civil law and family law

One of the cornerstones of CRC is its holistic attitude, which includes the mentality that each child’s evolving capacities are to be taken into attention when adjudging a concrete situation from the viewpoint of the child’s rights, i.e., the child’s limited capacity to act instead of age-limits. This is in relation with the fact that autonomy has to be provided to the child, while also the aim of protection has to be implemented. A highly discussed issue is the child’s right to be heard, although the State Parties to CRC have an unambiguous obligation to provide this right to each child who can form his or her own views, which ability is not merely dependent upon age. The Hungarian Civil Code, which is the main legal source of Hungarian civil law and family law connects the child’s incapacity and limited capacity to act to age-limits in its Second Book on Individual as Subject of Law through having established a clear regime containing irrebuttable presumptions concerning these age-limits. The Fourth Book on Family Law also functions with the help of age-limits regarding certain actions concerning family law institutions. The minimum age of having limited capacity to act is the age of fourteen and this age plays the most significant role in family law issues, as well. The historical overview on the children’s capacity to act and child marriage went back until the first Hungarian Acts on Guardianship and Marriage, respectively, and dealt with the legal modifications of the twentieth century with special regard to the reasons of the changes of children’s age-limits. A deep insight based upon the codification documents from 1959, 1977 and 1999–2013 is provided to discover the motivations of the main modifications in the analysed issues. This

overview let me conclude that the civil law regulation has been based on traditions of civil law and especially national civil law and rather the institutions determined the ages and age-limits concerning children than the results of the psychological development of a child and the mentality in harmony with child-focused standards. The child's right to be heard has a shorter legal history, although the CRC after having been ratified in Hungary in 1991 influenced the shaping of some rules of the Hungarian Family Act being in force until 2014. Although during the codification of the Hungarian Civil Code and its Books affecting directly children, the Second and Fourth Book the requirements of the CRC were deliberately taken into account, the traditions determined the analysed rules in an overwhelming way. As an example, the child's role is active concerning the settling his or her family status and adoption, but this has been a traditional role and not the result of the child-focused attitude. A mentionable discussion has emerged nowadays from the rule of the Hungarian Civil Code on rendering the exercise of parental authority and its possible judicial interpretations. This debate shows that while some regulations intend to implement the requirements of the child-friendly justice, the judiciary cannot find enough clues how to implement it in the practice. The analysed ages and age-limits being used traditionally in connection with some civil law and family law institutions assist the judiciary, but are unfit for taking into attention the evolving capacities of each child whose autonomy and articulation of his or her own voice should be provided while the child has to be protected.



**Patrycja Błasiak-Czerniakowska**

Uniwersytet Jagielloński  
e-mail: p.j.blasiak.czerniakowska@gmail.com

ORCID: 0000-0001-5351-2788

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.09

## **Wolność religijna dziecka a władza rodzicielska**

### **ABSTRAKT**

Celem niniejszego artykułu jest analiza zagwarantowanego przez Konwencję o Prawach Dziecka prawa dziecka do swobody myśli, sumienia i wyznania, przedstawiona na tle przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących władzy rodzicielskiej. Temat ten w Polsce jest niejednoznaczny. Polska ratyfikowała Konwencję o Prawach Dziecka wraz z zastrzeżeniami oraz deklaracjami. Deklaracje dotyczyły m.in. właśnie przepisów dotyczących wolności religijnej dzieci. Zgodnie ze stanowiskiem Polski wykonywanie tych praw „dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną”. Do dziś w tej kwestii istnieje pewien rozdźwięk pomiędzy prawem krajowym a przepisami Konwencji. Polski ustawodawca kładzie nacisk na prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami, a przepisy Konwencji na pierwszym miejscu stawiają autonomię dziecka. Dodatkowym problemem w przedmiotowej materii jest brak szczegółowych przepisów krajowych, które gwarantowałyby dziecku wolność religijną, a także zapewniały możliwość ich egzekucji w praktyce. Ustawodawca nie zawarł też żadnych praktycznych wskazówek, w jaki sposób wolność religijna dziecka miałaby być wykonywana oraz jak określić moment, w którym dziecko będzie na tyle dojrzałe, aby z tych gwarancji skorzystać. Podstawową metodą badawczą zastosowaną była analiza aktów prawnych. Wykorzystano również monografie i prace zbiorowe poświęcone prawu rodzinnemu i komentarze do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Ze względu na specyfikę tematu w Polsce brakuje orzecznictwa sądów powszechnych na ten temat.

## ABSTRACT

### Child's religious freedom and parental authority

The purpose of this article is to analyze the child's right to freedom of thought, conscience and religion guaranteed by the Convention on the Rights of the Child, in the background of the parental authority. This topic in Poland is ambiguous. Poland has ratified the Convention on the Rights of the Child with reservations and declarations. The declarations concerned on the rules on children's religious freedom. According to Poland, the exercise of these rights „is performed with respect for parental authority, in accordance with Polish customs and traditions, concerning the place of the child within and outside the family”. Moreover, there is a certain gap between Polish Family Law and the provisions of the Convention. The Polish legislator places emphasis on the right of parents to raise children in accordance with their own beliefs, while the provisions of the Convention prioritize the child's autonomy. An additional problem in this matter is also the lack of detailed national regulations that would guarantee religious freedom for children, and also ensure the possibility of exercising these rights in practice. The legislator did not include any practical guidelines on how the child's religious freedom should be exercised and how to determine the moment when the child will be mature enough to take advantage of these guarantees. The basic research method that I used was the analysis of legal acts. I also relied on monographs and collective works devoted to family law. Due to the specific nature of the subject, Poland lacks case law of common courts on this subject.

**Słowa kluczowe:** prawa dziecka, wolność religijna, władza rodzicielska, swoboda myśli, prawa podstawowe

**Key words:** children's rights, religious freedom, parental authority, freedom of thought, fundamental rights

### Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest analiza prawa dziecka do swobody myśli, sumienia i wyznania gwarantowanego przez Konwencję o Prawach Dziecka przedstawiona na tle praw rodzicielskich, określanych przez ustawę z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy<sup>1</sup> (dalej: k.r.o.).

Zdaniem Krzysztofa Warchałowskiego, polskiego księdza katolickiego, prawnika i kanonisty „wolność sumienia i wyznania jest jednym z podstawowych dóbr prawnych, a jego praktyczna realizacja stanowi poważny miernik

<sup>1</sup> (Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59).

stopnia demokratyzacji życia społecznego<sup>2</sup>. Konwencja o Prawach Dziecka jest jednym z nielicznych dokumentów prawa międzynarodowego deklarującym wolność religijną dziecka, jako samodzielnego podmiotu, jednak nawet ten dokument w art. 14 ust. 2 wolność religijną powiązuje z władzą rodzicielską, przez nawiązanie do praw i obowiązków rodziców i opiekunów prawnych odnośnie do ukierunkowania dziecka w korzystaniu z tego prawa w sposób zgodny z rozwijającymi się zdolnościami dziecka.

W Polsce swoboda religijna dziecka na tle praw rodzicielskich jest tematem niejednoznacznym, ponieważ Polska ratyfikowała Konwencję o Prawach Dziecka wraz z zastrzeżeniami oraz deklaracjami. Owe deklaracje dotyczyły właśnie wykonywania przez dziecko praw określonych Konwencji, w szczególności art. 12 do 16, czyli dotyczących swobody kształtowania poglądów, swobody wypowiedzi, myśli, sumienia, wyznania prawa do pokojowych zgromadzeń oraz do prywatności. Zgodnie ze stanowiskiem Polski wykonywanie tych praw „dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną<sup>3</sup>”.

## Swoboda myśli, sumienia i wyznania

Wolność sumienia i wyznania, nazywana także „wolnością sumienia i religii<sup>4</sup>” jest jednym z podstawowych praw człowieka, gwarantowanym przez wiele aktów prawa międzynarodowego, a także konstytucji krajowych, w tym Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej.

Przyjmuje się, iż wolność wyznania składa się z trzech innych elementów: wolności myśli, wolności sumienia oraz wolności wyznania<sup>5</sup>. Dla przykładu, w myśl Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności elementy te powinny być traktowane oddzielnie i niezależnie. Wolność myśli ma znaczenie intelektualne, wolność sumienia ma wymiar etyczny, zaś wolność wyznania odnosi się do religii<sup>6</sup>.

Wolność myśli można zdefiniować jako możliwość posiadania i kształtowania opinii i poglądów we wszelkich możliwych kwestiach i o wszelkiej możliwej

<sup>2</sup> K. Warchałowski, *Prawnokarna ochrona wolności religijnej w Polsce w latach 1932–1997*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2002, t. 4, s. 58.

<sup>3</sup> <https://www.gov.pl/web/rodzina/wykonywanie-konwencji-o-prawach-dziecka-przez-polske>, (30.07.2020).

<sup>4</sup> Szerzej na temat zróżnicowania terminologicznego np. J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, *Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Lublin–Polonia” 2012, t. 19, 1 SECTIO K. W niniejszym tekście terminy te będą stosowane zamiennie.

<sup>5</sup> K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 77.

<sup>6</sup> J. Sobczak, M. Gołda-Sobczak, op. cit., s. 31.

treści. Co istotne, to właśnie wolność myśli warunkuje istnienie pozostałych wolności<sup>7</sup>.

W polskiej doktrynie przyjmuje się, że wolność sumienia należy odróżnić od wolności wyznania.

Michał Pietrzak rozumie wolność sumienia jako możliwość posiadania swobody decyzyjnej w zakresie wyboru, kształtowania, a także zmiany poglądów oraz przekonań w zakresie religii. Wolność wyznania polega natomiast na uprawieniu jednostki do „uzewnętrzniania i manifestowania swoich poglądów i przekonań w sprawach religijnych indywidualnie i zbiorowo, prywatnie i publicznie”<sup>8</sup>.

Z kolei Aneta M. Abramowicz zwraca uwagę na wymiar wewnętrzny i zewnętrzny przedstawianej wolności. Rozumiana wewnętrznie dotyczy immanentnej sfery przekonań każdej osoby oraz jej osobistych wyobrażeń dotyczących zasad życia<sup>9</sup>. Oznacza to także „wolność posiadania swobodnie wybranego światopoglądu religijnego, wolność zmiany wyznawanej religii oraz prawo do nie wyznawania żadnej religii”<sup>10</sup>. W wymiarze zewnętrznym wolność religijna dotyczy manifestowania przekonań i religii na zewnątrz np. przez „uprawianie kultu religijnego, nauczanie zasad wyznawanej religii, praktykowanie oraz czynności rytualne”, czyli manifestowanie przekonań i religii na zewnątrz<sup>11</sup>.

Henryk Misztal, wskazuje trzy znaczenia wolności religijnej. Znaczenie fizyczne oznaczające wolność działania lub zaniechania określonej czynności. Znaczenie moralne wskazujące na wolność czynienia dobra lub zła moralnego. Znaczenie prawne wolności religijnej dotyczy wolności przewidzianej przez normy prawne<sup>12</sup>.

Wolność sumienia i wyznania należy przy tym interpretować *sensu largo* tj. jako prawo do manifestowania nie tylko poglądów religijnych, ale także poglądów ateistycznych oraz areligijnych. Stanowisko takie znajduje poparcie zarówno w orzecznictwie sądów krajowych oraz trybunałów międzynarodowych, jak i w doktrynie<sup>13</sup>.

## Władza rodzicielska

Zakres i zasady wykonywania władzy rodzicielskiej określa dyspozycja art. 95 k.r.o. który w § 1 stanowi, iż władza rodzicielska obejmuje w szczególno-

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2010, s. 21-22.

<sup>9</sup> A. M. Abramowicz, *Przedmiotowy zakres wolności religijnej*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2007, t. 10, s. 325-342.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 325.

<sup>11</sup> Ibidem, str. 331.

<sup>12</sup> H. Misztal, *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2000 s. 206.

<sup>13</sup> M. Pietrzak, op. cit., s. 22.



ści obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw. Natomiast zgodnie z § 2. dziecko pozostające pod władzą rodzicielską winno rodzicom posłuszeństwo, a w sprawach, w których może samodzielnie podejmować decyzje i składać oświadczenia woli, powinno wysłuchać opinii i zaleceń rodziców formułowanych dla jego dobra. Z kolei według § 3. władza rodzicielska powinna być wykonywana tak, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny. § 4. wskazuje zaś, że rodzice przed powzięciem decyzji w ważniejszych sprawach dotyczących osoby lub majątku dziecka powinni je wysłuchać, jeżeli rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala, oraz uwzględnić w miarę możliwości jego rozsądne życzenia.

Nadto, zgodnie z dyspozycją art. 96 § 1 k.r.o. rodzice wychowują dziecko pozostające pod ich władzą rodzicielską i kierują nim. Obowiązani są troszczyć się o jego fizyczny i duchowy rozwój i przygotować je należycie do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień. Owe działania nazywane są pieczą nad dzieckiem.

Brzmienie powyższych przepisów doprowadziło do wykształcenia się w doktrynie poglądu, iż na treść władzy rodzicielskiej składają się następujące elementy: a) piecza nad osobą dziecka, b) zarząd jego majątkiem, c) reprezentowanie dziecka<sup>14</sup>.

Należy przy tym pamiętać, że granice pomiędzy elementami władzy rodzicielskiej nie są ostre i zdarza się, iż wzajemnie na siebie nachodzą. W szczególności dotyczy czynności z zakresu reprezentacji dziecka, które mogą być jednocześnie aktami zarządu jego majątkiem bądź aktami z zakresu pieczy nad jego osobą<sup>15</sup>.

Przez pieczę nad osobą dziecka można rozumieć wszelkie obowiązki oraz uprawnienia rodziców. Pod tym pojęciem mieści się obowiązek rodziców do zapewnienia stałej troski, dbania o rozwój fizyczny i duchowy dziecka, zapewnienia bezpieczeństwa. Celem sprawowania pieczy rodzicielskiej jest przygotowanie dziecka do życia, przez zapewnienie mu harmonijnego rozwoju i dbanie o rozwój zarówno duchowy, jak i fizyczny. Lektura przepisów Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego nasuwa wniosek, iż piecza nad osobą dziecka obejmuje cztery elementy: a) wychowanie dziecka, b) kierowanie dzieckiem, c) zapewnienie dziecku odpowiednich warunków bytowych, d) troskę o zdrowie i bezpieczeństwo dziecka<sup>16</sup>.

Wykonywanie tak rozumianej pieczy przysługuje, co do zasady, wyłącznie rodzicom. Nikt poza nimi nie może ingerować w wychowanie dziecka.

<sup>14</sup> *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki Warszawa 2005, dostęp Lex.

<sup>15</sup> J. Ignatowicz, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątkowski, t. 1, Wrocław 1985, s. 805.

<sup>16</sup> A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011, s. 193.

Oznacza to, że wyłącznie rodzice decydują, w jaki sposób wychować dziecko i to oni decydują o wszelkich kwestiach wychowawczych, włączając w to wybór religii. Artykuł 96 k.r.o. posługuje się terminem „rodzice wychowują dziecko”, co oznacza iż oboje z rodziców mają równe prawa oraz uprawnienia do wychowywania dziecka<sup>17</sup>.

Kolejnym elementem pieczy jest kierowanie dzieckiem. Jest to element zarazem władczy i kontrolny. Przez kierowanie dzieckiem należy rozumieć możliwość oczekiwania posłuszeństwa od dziecka, a także kontrolowanie jego działań oraz sprawdzanie ich. Rodzice mogą zatem sprawdzać, jak sobie radzi dziecko, czy wypełnia swoje obowiązki, a także czy nie narusza narzuconych przez rodzica zasad. W tym zakresie rodzice mogą stosować wobec dziecka kary i nagrody, jednak z poszanowaniem przepisów krajowych, zatem bez stosowania kar cielesnych<sup>18</sup>. Jako kierowanie dzieckiem można rozumieć także jego zaznajomienie z wybraną przez rodzica religią i nakazanie jej praktykowania zgodnie z wyborem rodzica.

Przez zapewnienie dziecku odpowiednich warunków bytowych należy rozumieć zapewnienie przez rodziców jego utrzymania i wychowania. To na rodzicach ciąży obowiązek zapewnienia dziecku odpowiednich warunków zamieszkania, wyżywienia, ubrania, zapewnienia wszelkich pomocy szkolnych oraz opieki lekarskiej. Poziom warunków bytowych dziecka zależy od sytuacji ekonomicznej rodziców. Co istotne, ten element pieczy nie powinien być utożsamiany z obowiązkiem alimentacyjnym<sup>19</sup>.

Obowiązkiem rodziców jest troska o zdrowie i bezpieczeństwo dziecka, co oznacza, iż powinni oni je chronić przed wszelkimi zagrożeniami, od strony zarówno fizycznej jak i psychicznej. Powinno być ono wychowywane w zdrowych warunkach, a w razie potrzeby mieć zapewnioną odpowiednią opiekę lekarską. Rodzice winni zapewnić dziecku poczucie bezpieczeństwa i sprawić, aby zawsze miało w nich oparcie, a także chronić je przed zranieniem, przemocą i niebezpieczeństwami niezależnymi do człowieka<sup>20</sup>.

Przyjmuje się, iż jednym z elementów pieczy nad osobą dziecka jest jego miejsce zamieszkania. Zgodnie z dyspozycją art. 26 § 1 k.c. „miejszem zamieszkania dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską jest miejsce zamieszkania rodziców albo tego z rodziców, któremu wyłącznie przysługuje władza rodzicielska lub któremu zostało powierzone wykonywanie władzy rodzicielskiej”. Z kolei, zgodnie z art. 26 § 2 k.c. :„jeżeli władza rodzicielska przysługuje na równi obojgu rodzicom mającym osobne miejsce zamieszkania, miejsce zamiesz-

<sup>17</sup> M. Żołno, *Władza rodzicielska w prawie polskim*, „Studia Elckie” 2018, nr 2, s. 236.

<sup>18</sup> A. Zieliński, op. cit., s. 194.

<sup>19</sup> J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 284-285.

<sup>20</sup> Ibidem.

kania dziecka jest u tego z rodziców, u którego dziecko stale przebywa. Jeżeli dziecko nie przebywa stale u żadnego z rodziców, jego miejsce zamieszkania określa sąd opiekuńczy”.

Miejsce zamieszkania dziecka nie jest tożsame z miejscem jego pobytu, o którym decydują rodzice. W szczególności jest to dom rodzinny, jednak mogą oni zdecydować, że w okresie przejściowym np. na czas wakacji lub nawet dłuższy, miejscem pobytu dziecka będzie np. mieszkanie dziadków. Podejmując taką decyzję należy jednak kierować się przede wszystkim, dobrem dziecka<sup>21</sup>.

Zakres pieczy nad osobą dziecka zawiera także jego obowiązek posłuszeństwa względem rodziców. Należy jednak pamiętać, iż narzucone przez rodziców zasady muszą być zgodne z zasadami godności dziecka i nie powinny powodować szkód<sup>22</sup>. Oznacza to jednak, że dziecko, przynajmniej teoretycznie, powinno być posłuszne względem kwestii religijnych.

Kolejne elementy władzy rodzicielskiej tj. zarząd nad jego majątkiem oraz reprezentowanie go nie wydają się kwestiami istotnymi w związku z przedmiotem niniejszego artykułu, zostaną więc przedstawione skrótowo.

Reprezentacja oznacza, iż każde z rodziców może samodzielnie występować w imieniu dziecka przed wszelkimi organami oraz instytucjami państwowymi, społecznymi z wyjątkiem dokonywania czynności prawnych pomiędzy: dziećmi pozostającymi pod władzą rodzicielską oraz dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem (chyba, że chodzi o bezpłatne przysporzenie na rzecz dziecka lub o środki utrzymania i wychowania należne dziecku)<sup>23</sup>. W tych wyjątkowych przypadkach ustanawiany jest dla dziecka kurator procesowy.

Przez zarząd majątkiem dziecka należy rozumieć prowadzenie bieżących spraw związanych ze zwykłym korzystaniem z przedmiotów wchodzących w skład majątku dziecka (tzw. czynności zwykłego zarządu) oraz dokonywanie innych czynności, które powodują trwałą zmianę w majątku dziecka. Te drugie czynności, nazywane czynnościami przekraczającymi zwykły zarząd, mogą być dokonywane wyłącznie za zgodą sądu rodzinnego. Co ważne, dziecko samodzielnie może dysponować swoim majątkiem w zakresie zarobków dziecka, przedmiotów majątkowych oddanych mu do swobodnego użytku, a także w zakresie przedmiotów majątkowych uzyskanych przez dziecko w drodze darowizny lub w testamencie (o ile darczyńca lub testator wyłączył zarząd rodziców)<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 189-190.

<sup>23</sup> K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2020, dostęp LEX.

<sup>24</sup> Ibidem.

## Wolność religijna dziecka i jej ochrona

Z lektury przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego czy Konwencji o Prawach Dziecka nie wynika jednak ani jakie metody wychowawcze mają zastosować rodzice, ani w jaki sposób kierować np. procesem kształtowania światopoglądu dziecka. Decyzję pozostawiono rodzicom. Powinno się to jednak odbywać zgodnie z ich własnymi przekonaniem oraz z poszanowaniem praw dziecka. Szczegółowe uregulowanie tych kwestii jest praktycznie niewykonalne. Nadto, egzekwowanie tych przepisów byłoby problematyczne<sup>25</sup>.

Rodzice mają dużą autonomię w kwestii kształtowania światopoglądu i religii dziecka. Prawo wyznacza jednak pewne wytyczne określające ramy postępowania. Należą do nich: postępowanie zgodnie z dobrem dziecka, prymat interesów dziecka nad interesami rodziców, uwzględnianie stopnia oraz dojrzałości dziecka oraz działanie zgodnie z interesem społecznym<sup>26</sup>.

Konwencja o Prawach Dziecka na pierwszy plan wysuwa właśnie pojęcie „dobra dziecka”. Nie zostało ono jednak zdefiniowane w żadnym akcie prawnym. Termin „dobro dziecka” stanowi klauzulę generalną, odsyła do wartości precyzowanych w systemie panującej doktryny moralnej<sup>27</sup>. Należy zwrócić także uwagę na okoliczność, iż środowisko kulturowe oraz wartości uznawane w danym środowisku będą miały wpływ na sposób rozumienia „dobra dziecka”. Postępowanie względem dziecka powinno uwzględniać miejsce, w jakim ono wychowuje się, a także zwyczaje przyjęte w jego kulturze<sup>87</sup>.

Zasada dobra dziecka odgrywa kluczową rolę w stosunkach pomiędzy rodzicami a dziećmi. Tylko indywidualna ocena każdej sytuacji pozwoli na zaspokojenie potrzeb dziecka i stworzenie najlepszych warunków jego rozwoju. Na uwagę zasługuje fakt, iż w przypadku jakichkolwiek rozbieżności czy konfliktów pomiędzy rodzicami a dziećmi, winny być one rozstrzygane na korzyść dziecka. Zgodnie z założeniami Konwencji, prawa i obowiązki rodziców należy szanować przy zachowaniu priorytetu interesów dziecka<sup>29</sup>. W Polsce ze względu na uwarunkowania kulturowe przekonania dotyczące np. kwestii, że „dzieci i ryby głosu nie mają” zdarza się, że w kwestiach religijnych priorytetowe znaczenie ma decyzja rodziców.

Właściwe wykonywanie władzy rodzicielskiej wymaga, aby rodzice uwzględniali rosnącą autonomię dziecka. Ustawodawcy nie zakreśliłi jednak

<sup>25</sup> M. Dyrdół, *Relacje rodzice – dziecko i ich prawne konteksty*, „Wychowanie w Rodzinie” 2014, t. 10, nr 2, s. 290.

<sup>26</sup> Ibidem, s. 291.

<sup>27</sup> Z. Radwański, *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, [w:] *Studia cywilistyczne*, t. 31, Warszawa – Kraków 1981, s. 6.

<sup>28</sup> M. Dyrdół, op. cit., s. 291.

<sup>29</sup> Ibidem.

konkretnej cezury czasowej, od kiedy dziecko może samodzielnie decydować o kluczowych dla niego kwestiach. Zdaniem ustawodawcy, każdy człowiek rozwija się we własnym tempie, ma też różne doświadczenia w korzystaniu z poszczególnych swobód. To rodzice najlepiej będą zatem potrafili ocenić dojrzałość poglądów dziecka i dokonywanych przez nie decyzji<sup>30</sup>.

W ramach wykonywania władzy rodzicielskiej rodzice powinni także działać zgodnie z interesem społecznym. Można założyć, że rodzice postępując zgodnie z dobrem dziecka, traktując jego potrzeby priorytetowo przyczyniają się do jego rozwoju i przygotowują do wartościowego życia w przyszłości. W ten sposób realizują wspomniany interes społeczny<sup>31</sup>. Warto przy tym nadmienić, iż nie jest to stanowisko stosunkowo nowatorskie. Zbigniew Radwański już w latach 80. XX w. zauważył, że stopniowe wciąganie coraz to starszych dzieci w proces współdecydowania o nich samych przyczynia się do realizacji modelu twórczego i samodzielnego członka społeczeństwa<sup>32</sup>.

Niemniej jednak brak wskazania konkretnego przedziału wiekowego, w jakim dziecko może decydować o kwestii religii może stanowić pole do nadużyć<sup>33</sup>. Problematyczny jest także fakt, że w polskim prawie, co do zasady, nie istnieją żadne uregulowania, które chroniłoby dziecko w zakresie jego swobody myśli i wyznania. Wręcz przeciwnie, ustawodawca wskazuje głównie na prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem religijnymi czy światopoglądem<sup>34</sup>.

Zupełnie inaczej jest zaś w innych kwestiach związanych z rozwojem dziecka. Trzynastolatek ma ograniczoną zdolność do czynności prawnych, może zawierać umowy należące do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego. Piętnastolatek (a w określonych przypadkach także młodsza osoba) może zarabiać pieniądze (a później samodzielnie dysponować swoimi zarobkami), zyskuje swobodę seksualną, a także w określonych przez ustawę przypadkach może być ukarany za swój przestępczy czyn jak osoba dorosła<sup>35</sup>.

Tymczasem do 18. roku życia dziecka to rodzic decyduje o tym czy dziecko będzie uczęszczało na lekcje religii, czy też nie. Co więcej, w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego<sup>36</sup> wskazano, że Kościół ma prawo do nauczania religii i wychowywania religijnego dzieci i młodzieży, a odbywa się to zgodnie z wyborem dokonany przez opiekunów

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Z. Radwański, op. cit., s. 19.

<sup>33</sup> I. Lach, *Dziecko jako podmiot wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2016, s. 34-35.

<sup>34</sup> J. Zaporowska, J. Mazurkiewicz, *Sumienie pod zarządkiem*, „Rzeczpospolita” 1995, nr 65, s. 15.

<sup>35</sup> J. Mazurkiewicz, *Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016, str. 36-37.

<sup>36</sup> (Dz.U. 2013, poz. 1169 z późn. zm.).

prawnych/rodziców. Prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami religijnymi uznaje również prawo oświatowe<sup>37</sup>.

Ciekawa przy tym jest okoliczność, że analogicznych przepisów – uzależniających religijne wychowanie dzieci i młodzieży od wyboru dokonanego przez rodziców lub prawnych opiekunów nie ma w np. ustawie z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego<sup>38</sup>, w ustawie z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>39</sup> czy w ustawie z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko Reformowanego w Rzeczypospolitej Polskiej<sup>40</sup>. Co prawda, w odniesieniu do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego zamieszczono przypis, stanowiący, iż osoby niepełnoletnie mogą korzystać ze zwolnień od nauki w święta prawosławne tylko na wniosek swych rodziców lub opiekunów prawnych (art. 14 ust. 3).

Jeśli chodzi o kwestię religijną, na gruncie prawa polskiego brakuje regulacji, które gwarantowałyby wolność wyznania dziecka. Jest to zarazem pewna niekonsekwencja w przypadku polskiego ustawodawcy, który przyznaje od dziecku od trzynastego roku życia ograniczoną zdolność do czynności prawnych (art. 15 k.c.), nie odnosząc się w żaden sposób do kwestii podstawowego prawa dziecka, jakim jest wolność myśli sumienia i wyznania<sup>41</sup>.

Problem ten został zauważony już w 1995 r. przez Terenowy Komitet Ochrony Praw Dziecka. Zdaniem jego członków, prawo rodziców do wychowywania dziecka w zgodzie z własnymi przekonaniami i wierzeniami nie powinno naruszać prawa dziecka do podmiotowego prawa dziecka do swobody w zakresie myśli, sumienia, wyznania oraz religii<sup>42</sup>.

Mimo braku wskazania konkretów, kodeks rodzinny i opiekuńczy dostarcza ogólnych wskazówek dotyczących pogodzenia wolności religijnej dziecka z władzą rodzicielską. Zgodnie z dyspozycją art. 95 § 2 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>43</sup> dziecko, które może samodzielnie podejmować decyzje w pewnych sprawach, mimo swojej dojrzałości powinno wysłuchać opinii i zaleceń rodziców formułowanych dla jego dobra. Dzięki temu instytucja władzy rodzicielskiej może stać się względem dziecka racjonalnym partnerstwem<sup>44</sup>.

Ponadto zgodnie z treścią art. 95 § 4 rodzice zobowiązani są do uwzględnienia woli dziecka przy wykonywaniu swoich uprawnień rodzicielskich. Ozna-

37 K. Perdek, *Swoboda sumienia dziecka*, [w:] *Dobro pojemne jak krzywda. Prawna ochrona dziecka. Deklaracje a rzeczywistość*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2017, s. 220.

38 (Dz.U. 1991 nr 66, poz. 287 z późn. zm.).

39 (Dz.U. 1994 nr 73, poz. 323 z późn. zm.).

40 (Dz.U. 1994 nr 73, poz. 324 z późn. zm.).

41 K. Perdek, op. cit.

42 J. Mazurkiewicz, op. cit., s. 38.

43 Dz.U.

44 T. Sokołowski, *Komentarz do art. 95*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 571.



cza to, że rodzice co zobowiązani do wysłuchania dziecka przed podjęciem istotnych decyzji, w każdym przypadku, o ile rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości dziecka na to pozwala. Co więcej, rodzice powinni także, w miarę możliwości, uwzględniać rozsądne życzenia dziecka. Artykuł 87 k.r.o. stanowi uzupełnienie tego współdziałania rodziców i dziecka, poprzez zagwarantowanie dziecku poszanowanie jego godności i praw. Osobiste relacje dzieci i rodziców powinny być zatem oparte na wzajemnym szacunku<sup>45</sup>.

Warto jeszcze dodać, że ochrona wolności religijnej dziecka może przebiegać także na gruncie prawa cywilnego, w związku z ochroną dóbr osobistych. Problematyka ochrony dóbr osobistych łączy się z problematyką praw podmiotowych w tym sposób, że – zgodnie z przeważającymi poglądami doktryny – konstrukcja praw podmiotowych zapewnia najskuteczniejszą ochronę dóbr osobistych<sup>46</sup>. Prawa podmiotowe osobiste należą do praw podmiotowych bezwzględnych, co oznacza że są skuteczne *erga omnes* (tak więc także w stosunkach pomiędzy rodzicami a dziećmi) i chronione na mocy art. 23 i 24 kodeksu cywilnego<sup>47</sup>. Podmiotowe prawo dziecka do wolności sumienia i wyznania rozumiane jest jako przyznana mu przez normę prawną (jako podmiotowi stosunku prawnego) „sfera prawnej możliwości postępowania”, zgodnie z treścią prawa, który określa norma przyznającą prawo<sup>48</sup>.

## Zakończenie

Wolność religijna jest jednym z podstawowych praw każdego człowieka, w tym także dziecka. Gwarantowana jest przez wiele przepisów prawa międzynarodowego i krajowego. Zdawać by się mogło, iż przepisy prawa w takich kwestiach, jak religia czy światopogląd powinny być uchwalane wyłącznie w celu zagwarantowania ich przestrzegania. Jednak w Polsce, w przypadku wolności religijnej osób najmłodszych są one ograniczane regulacjami dotyczącymi władzy rodzicielskiej i prawa do wychowywania dziecka w zgodzie z własnymi przekonaniem, także religijnymi i światopoglądem.

Zestawiając ze sobą przepisy Konwencji o Prawach Dziecka oraz Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, prymat należy przyznać tekstowi Konwencji. Rodzice mają oczywiście prawo do przekazania dziecku informacji na temat własnych wierzeń i przekonań światopoglądowych. Jednak obowiązkiem rodziców jest wychowanie wolnych ludzi, którzy swoje prawa do wolności sumienia i wyznania w pełni realizują.

<sup>45</sup> I. Lach, op. cit., s. 45.

<sup>46</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 169.

<sup>47</sup> Ibidem, s. 170.

<sup>48</sup> S. Grzybowski, *Prawo cywilne, zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 97.



Warto przy tym dodać, że na gruncie polskim prawa związane z wolnością religijną dziecka i ich kolizją z władzą rodzicielską są tematem czysto teoretycznym. Linia orzecznicza na ten temat nie została jeszcze jednolicie ugruntowana, ponieważ sprawy takie nieczęsto trafiają na salę rozpraw.

## Bibliografia

### Akty prawne

- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 1964 nr 9, poz. 59 z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego (Dz.U. 1989 nr 29, poz. 154 z późn. zm.)
- Ustawa z 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego (Dz.U. 1991 nr 66, poz. 287 z późn. zm.)
- Ustawa z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1994 nr 73, poz. 323 z późn. zm.)
- Ustawa z 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko Reformowanego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1994 nr 73, poz. 324 z późn. zm.)
- Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 20 listopada 1989 (Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526)

### Literatura

- Abramowicz A. M., *Przedmiotowy zakres wolności religijnej*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2007, t. 10.
- Dyrdół M., *Relacje rodzice – dziecko i ich prawne konteksty*, „Wychowanie w Rodzinie” 2014, t. 10, nr 2.
- Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2020
- Grzybowski S., *Prawo cywilne, zarys części ogólnej*, Warszawa 1974.
- Ignatowicz J., [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątkowski, t. 1, Wrocław 1985.
- Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2005.
- Lach I., *Dziecko jako podmiot wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2016.
- Mazurkiewicz J., *Zanim pomysły nasze szczerą wraz z nami. Wrocławskie projekty ochrony prawnej dzieci i kobiet*, Wrocław 2016.
- Misztal H., *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2000.
- Perdek K., *Swoboda sumienia dziecka*, [w:] *Dobro pojemne jak krzywdą. Prawna ochrona dziecka. Deklaracje a rzeczywistość*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2017.
- Pietrzak M., *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2010.

- Radwański Z., *Pojecie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym* [w:] *Studia cywilistyczne*, t. 31, Warszawa – Kraków 1981.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011.
- Sobczak J., Gołda-Sobczak M., *Wolność sumienia i wyznania jako prawo człowieka*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Lublin–Polonia*” 2012, t. 19, 1 SECTIO K.
- Sokołowski T., *Komentarz do art. 95 [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011.
- Warchałowski K., *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004.
- Warchałowski K., *Prawnokarna ochrona wolności religijnej w Polsce w latach 1932–1997*, „*Studia z Prawa Wyznaniowego* 2002, t. 4.
- Zaporowska J., Mazurkiewicz J., *Sumienie pod zarządem*, „*Rzeczpospolita*” 1995, nr 65.
- Zieliński A., *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011.
- Żołno M., *Władza rodzicielska w prawie polskim*, „*Studia Elckie*” 2018, nr 2.

### Strony internetowe

<https://www.gov.pl/web/rodzina/wykonywanie-konwencji-o-prawach-dziecka-przez-polske>, (30.07.2020).

## STRESZCZENIE

### Wolność religijna dziecka a władza rodzicielska

Celem niniejszego artykułu jest analiza prawa dziecka do swobody myśli, sumienia i wyznania gwarantowanego przez Konwencję o Prawach Dziecka przedstawiona na tle praw rodzicielskich. Konwencja o Prawach Dziecka jest jednym z nielicznych aktów prawnych, które wprost gwarantują wolność sumienia dziecka, jednak ściśle powiązują ją z prawem i obowiązkiem rodziców (lub opiekunów prawnych) do ukierunkowania dziecka. Przyjmuje się, iż wolność wyznania składa się z trzech innych elementów: wolności myśli, wolności sumienia oraz wolności wyznania. Na treść władzy rodzicielskiej składają się następujące elementy: piecza nad osobą dziecka, zarząd jego majątkiem, reprezentowanie dziecka. Piecza nad osobą dziecka obejmuje cztery elementy: wychowanie dziecka, kierowanie dzieckiem, zapewnienie dziecku odpowiednich warunków bytowych, troskę o zdrowie i bezpieczeństwo dziecka. Ani przepisy krajowe, ani przepisy Konwencji nie wskazują ani jakie metody wychowawcze mają zastosować rodzice, ani w jaki sposób kierować np. procesem kształtowania światopoglądu dziecka. Decyzję ta została pozostawiona dla rodziców. Powinno się to jednak odbywać zgodnie z własnymi przekonaniem rodziców oraz z poszanowaniem praw dziecka. Szczegółowe uregulowanie tych kwestii jest praktycznie niewykonalne, a ich egzekwowanie wręcz niemożliwe.

Z tego względu w Polsce, z praktycznego punktu widzenia, brakuje przepisów wprost gwarantujących wolność religijną dziecka. Dodatkowo, nie wskazano od jakiego konkretnie wieku dziecko może samodzielnie decydować o swoim światopoglądzie. W Polsce przedmiotowa problematyka ogranicza się niemal wyłącznie do rozważań teoretycznych, ponieważ sprawy takie rzadko kończą się w sądzie. Mimo wszystko, analiza przepisów nasuwa konkluzję, iż w przypadku zaistnienia pomiędzy rodzicami a dziećmi konfliktu dotyczącego wolności religijnej dziecka, wybór powinien należeć do dziecka. Rodzice mają oczywiście prawo do przekazania dziecku informacji na temat własnych wierzeń i przekonań światopoglądowych. Ich podstawowym obowiązkiem jest bowiem wychowanie wolnych ludzi, którzy swoje prawa do wolności sumienia i wyznania w pełni realizują.

## SUMMARY

### **Child's religious freedom and parental authority**

The purpose of this article is to analyze the right of a child to freedom of thought, conscience and religion guaranteed by the Convention on the Rights of the Child in relation to parental rights. The Convention on the Rights of the Child is one of the few documents which guarantee the child's freedom of conscience, but it is connected with the right and duty of the parents (or legal guardians) to guide the child. It is assumed that freedom of religion consists of three other elements: freedom of thought, freedom of conscience, and freedom of religion. The elements of parental authority: custody of the child, his property, and representing the child. By child custody it is understood: bringing up a child, managing a child, ensuring appropriate living conditions for a child, caring for the child's health and safety. National regulations don't explain how to shape the child's worldview. This is left to the parents. It should be done in accordance with the parents' own beliefs and with the faults of the child's rights. Detailed regulation of the issue is impossible, and even impossible to enforce. For this reason, in Poland, from a practical point of view, there are no regulations which directly concerns a child's religious freedom. In addition, it is hard to estimate when the child can independently decide about his worldview. In Poland, the subject matter is almost theoretical, this kind of case rarely ends in court. The analysis brings to the conclusion that in the case of the conflict between children and parents on religious issues, the priority should be given to the child. Parents, of course, have the right to talk to their child about beliefs and religions but the basic duty of parents is to educate and to teach how to fully exercise their religious rights.

**Anastasija Jumakova**

Latvijas Universitāte  
(University of Latvia, Latvia)  
e-mail: anastasija.jumakova@gmail.com

ORCID: 0000-0003-4683-5188

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.10

## **Content of the child's right to identity within the scope of the Convention on the rights of the child and the Latvian national framework**

### **ABSTRACT**

One can note that the issue of children rights has always been topical and while there is still plenty of complex topics to be studied, the author yet invites to return to the basics of the child's rights, and in particularly, to the need to protect the child's identity as a legal value. The purpose of the article, therefore, is to clarify the meaning of the child's right to identity enshrined in the international, and in particularly, the 1989 Convention on the Rights of the Child, and according Latvian legislation. With the assistance of a descriptive method in conjunction with a historical method the article marks the historical events of the last quarter of the 20<sup>th</sup> century leading to formation and contemporary understanding of the right to identity. Historical remarks are followed with a smooth transition into the analysis of the international and Latvian legal framework. The used sources among others include a number of international, European and Latvian legal acts, as well as accessible interpretative manuals, monographs, comments, transcripts and other sources for a better understanding of the contents of the legislation. The named analysis has been performed with the use of legal comparative, systemic and analytical research methods.

**Key words:** children rights, right to identity, right to preserve identity, right to name, right to private life, right to know origin, right to individuality

## Introduction

Nowadays understanding of what it means to be aware of your “I” or “you” is described as flexible and fragile. Lack of self-feeling can lead to some limitation of legal capacity. Therefore, the question of the nature and meaning of a person has been proposed and analyzed in several sciences and in different ages in the past. To some extent, human rights also regulate certain aspects related to a person’s expressions, including the personal identity<sup>1</sup>.

The child himself creates and transforms his or her own identity, independently choosing between different visions and values while it is likely to crystallize in the years of maturity. A child’s self-identity is a product of one’s own experience, not adult assumptions about a child’s experiences, desires, and feelings. The child understands what he is, only in the context of family and society throughout his life. Along with care and meeting basic needs, the child also needs a family and social environment that he perceives as his own and helps him to understand his essence and thus makes life meaningful. Ideally, this environment is made up of the family of origin and the community – an environment in which the child naturally creates important links to him, as well as his identity, which evolves over time<sup>2</sup>.

However, external processes independent of the child can not only endanger the existence and harmonious development of his original or true identity, but also irreversibly distort it. The child’s identity can be influenced by an infinite number of situations – artificial conception (all cases when children were taken as a result of surrogacy, or by using donor eggs or sperm), being left in a baby box, if the child is born to a woman from a man other than her husband, if the woman is raising a child alone, if the child legally moves from one country to another with only one parent or if the transfer of the child to another country is unlawful, for example in the case of kidnapping or trafficking, if the child is involved in military conflicts, and if the child is transferred to a relative living abroad, or is removed from the care of parents – emigrants who are in the country only for the profit etc. Namely, the list of such threats is rather long, and it is not exhaustive and can be supplemented with a variety of situations.

---

<sup>1</sup> J. Marshall, *Personal freedom throughout Human Rights Law: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human rights*. *International Studies in Human Rights*, 2009, p. 1.

<sup>2</sup> Y. Ronen, *Redefining the Child’s Right to Identity*, “*International Journal of Law and the Family*” 2004, Vol. 18, p. 150-151, 154.

Yet one thing remains clear, a legal protection shall therefore be developed to protect the child's identity.

### Insight into historical development

The historical development of the concept of the "right to identity" as a legal value can only be analyzed since the twentieth century, as the concept itself is a product of modern times. This is due to the fact that the rapid development of a person's right to identity depends to a large extent on the legal recognition and consolidation of this right in law. Therefore, for a full understanding of the concept, it must be seen in the context of modern times history, successively moving into the evaluation of modern legal framework.

Moreover, the development of the right to identity can be viewed in connection with two aspects – the right to preserve his or her identity and the opportunity to ascertain his or her true identity. Here, the researchers cite different circumstances as a point of reference. On the one hand, this problem began to be addressed as early as the 1950s and 1960s. In addition, psychologists were the first to talk about it, finding severe psychological distress of adopted persons. The emotions and processes experienced by adopted persons were therefore defined as genealogical bewilderment<sup>3</sup>.

The child's right to know his or her origin can also be discussed in the context of the scientific revolution of the 1980s in connection with DNA analysis for paternity, which led to a significant increase of paternity court proceedings in western courts, leading to a necessity to review the international and national paternity legal acts<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> The term „genealogical bewilderment“ refers to identity problems that are usually experienced by adopted or out-of-family care children, as well as children who have been artificially conceived (for example, as a result of surrogacy or the use of donor sperm). The term was first used by psychiatrist E. Wellisch in a letter to “Mental Health” magazine with the following text: “Knowledge of and definite relationship to his genealogy is (...) necessary for a child to build up his complete body image and world picture. It is an inalienable and entitled right of every person. There is an urge, a call, in everybody to follow and fulfill the tradition of his family, race, nation, and the religious community into which he was born. The loss of this tradition is a deprivation which may result in the stunting of emotional development”. The term itself was introduced by H. J. Sants, a colleague of E. Wellisch, in 1964, describing the condition of children, who have very little or no information about their real parents, as disturbing. H. J. Sants claimed that genealogical bewilderment causes significant stress to adopted children – stress that is not experienced by children raised by their real parents. E. Wellisch, *Children Without Genealogy – A Problem of Adoption*, “Mental Health” 1952, Vol. 13, p. 41-42; H. J. Sants, *Genealogical Bewilderment in Children with Substitute Parents*, “British Journal of Medical Psychology” 1964, Vol. 37, p. 133-141.

<sup>4</sup> R. J. Blauwhoff, *Foundational facts, relative truths: A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Antwerp 2009, p. 110-111.

On the other hand, in the legal context, this problem can be addressed with the drafting of the 1959 United Nations (hereinafter – the UN) General Assembly Declaration on the Rights of the Child (hereinafter – the Declaration on the Rights of the Child), which provided for the child’s right to a name and registration after birth<sup>5</sup>. The importance of these rights was reiterated in the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights<sup>6</sup> (hereinafter – the International Covenant on Civil and Political Rights) and in the 1989 UN General Assembly Convention on the Rights of the Child of the (hereinafter – 1989 Convention on the Rights of the Child).

While drafting the Declaration of the Rights of the Child, the Belgian representatives unsuccessfully proposed the child’s right to a “reasonable” name, which would be in line with the practice in several countries where the child’s name should be chosen only from a list of permitted words. However, this suggestion was rejected. Moreover, although the wording of the international and national legislation allegedly refers to the rights of the child, those rights in fact are enjoyed by the child’s parents, given the child’s obvious incapacity. It follows, however, that although this is the child’s right to a name, the child does not have the right to choose his or her own name<sup>7</sup>.

Both the International Covenant on Civil and Political Rights and the 1989 Convention on the Rights of the Child stipulate that a child must be registered immediately after birth. In both international instruments, the right to a name and registration are deliberately combined in one sentence, as registration is considered to be one of the most effective methods of ensuring the identity of the child<sup>8</sup>. States have an obligation to register a child immediately after birth in order to avoid the violence that took place during the Argentine junta regime in the 1970s and 1980s when children were forcibly deprived of their biological mothers after birth and placed for adoptions as orphans<sup>9</sup>. The Human Rights Committee has found that it is the registration of children that helps to prevent all forms of abduction and trafficking<sup>10</sup>. This is particularly important in the event of a mass exodus of refugees and emigrants, as children can easily

---

5 The third principle: „The child shall be entitled from his birth to a name and a nationality”. Declaration of the Rights of the Child: [http://www.un.org/cyb\\_erschoolbus/humanrights/resources/child.asp](http://www.un.org/cyb_erschoolbus/humanrights/resources/child.asp), (25.07.2020).

6 The Article 24: “Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name”. International Covenant on Civil and Political Rights: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, (25.07.2020).

7 G. van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, 1998, p. 117.

8 Ibidem, p. 118.

9 *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*, United Nations Children’s Fund 2007, p. 123.

10 Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>, (25.07.2020).



disappear into chaos and panic. In addition, child registration has other useful functions in ensuring the protection of children's rights. The relevant register contains information on the child's birth data, which is of particular importance, for example, in regulating the child's involvement in work, etc. Thus, the forced registration of children also has an indirect benefit, as the state obtains information on the number of children and their age, which is especially important when developing the state socio-economic policy in relation to children<sup>11</sup>. It should be noted that the right to immediate registration is crucial, namely, it allows the child to become a full right holder, thus also serving as a precondition for receiving state support, including ascertaining its origin<sup>12</sup>.

The right of the child to preserve his or her identity was first enshrined in the Convention, based on a proposal from the Argentine delegate and justified by the need to ensure timely state intervention in the event of a violation of the child's right to preserve his or her identity<sup>13</sup>. Argentina's newly elected government wanted to prevent a recurrence of the so-called Beagle conflict in Argentina<sup>14</sup>, which led to the disappearance of between 150 and 170 children from 1975 to 1983. Some children disappeared with their parents, but many were killed and buried in a common grave. Also, 131 children born in closed camps and military hospitals were forcibly deprived of biological mothers. Subsequent evidence showed that most infants were illegally transferred to childless military or police couples raising them as their own. Only 49 children were found and six more were killed (five were killed by troops and one was neglected in hospital)<sup>15</sup>.

Argentina therefore wanted that a mechanism is developed through an international framework to prevent such child abduction and to oblige Member States to provide support and protection in restoring the child's identity as soon as possible<sup>16</sup>. Consequently, the 1989 Convention on the Rights of the Child was the most appropriate platform for establishing those rights of the child. However, although the importance of the problem of missing children was generally acknowledged, many Member States did not consider it necessary to develop a separate framework for the preservation of the child's identity. Other Member States expressed concerns about the possible impact of this right on

<sup>11</sup> G. van Bueren, op. cit., p. 118.

<sup>12</sup> S. Besson, *Enforcing the Child's Right to Know her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, "International Journal of Law, Policy and the Family" (hereinafter - IJoLPatF) 2007, No. 21, pp. 141.

<sup>13</sup> *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*, United Nations Children's Fund 2007, p. 123.

<sup>14</sup> History of Argentina: [https://en.wikipedia.org/wiki/History\\_of\\_Argentina](https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Argentina), (25.07.2020).

<sup>15</sup> G. van Bueren, op. cit., p. 119.

<sup>16</sup> J. S. Cerda, *The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights*, "Human Rights Quarterly" 1990, Vol. 12, pp. 115.

cases of artificial childbearing<sup>17</sup>. However, given the seriousness and importance of the problem, the Argentine representatives rejected all objections through compassionate diplomacy methods. Nevertheless, problems with determining the precise content of the right to preserve identity explain the relatively weak obligation of Member States to ensure children's right to identity<sup>18</sup>.

Wherewith in general it can be noted that the history of the child's right to preserve his or her identity, enshrined in the 1989 Convention on the Rights of the Child, suggests that its original purpose was to ensure the protection of refugee children and children involved in military conflicts. Therefore, the following analysis of the legal framework should clarify how the child's right to identity is assessed from nowadays perspective.

To conclude historical remarks concerning the development of the right to identity, it can be also noted that in the legal context, the fact that in the same year when the Convention on the Rights of the Child was adopted (1989), in Europe, and in particular in Germany, the Constitutional Court first ruled on the child's right to know his or her origin on the basis of the German Basic Law.

### **Child's right to identity within the scope of the international regulation**

The right to identity is precisely mentioned in the following international instruments: Article 8 of the 1989 Convention on the Rights of the Child and Articles 9, 16 and 30 of the 1993 Convention on Intercountry Adoption.

However, before analyzing the relevant legal framework, it should be noted that the term "identity of a person" can be found in a number of international legal acts; however, it has a different meaning, mostly referring only to the identification of a person, namely, identity documents. A further analysis of the concept will show that aspects such as a person's name are undeniably included in the concept of a person's identity, but the person's right to identity within the meaning of this article is explicitly mentioned only in the already mentioned legal framework for the protection of children's rights, European asylum and migration legislation (for example, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted<sup>19</sup>) and the

<sup>17</sup> K. O'Donovan, "Real" mothers for Abandoned Children, "Law and Society Review" 2002, Vol. 36, No. 2, pp. 352.

<sup>18</sup> G. van Bueren, *op. cit.*, p. 119.

<sup>19</sup> For instance, see Article 10 of the Directive. Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted. OJ L 304, 30.9.2004, p. 12-23.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine<sup>20</sup>.

Interestingly, that the European Convention on the Adoption of Children of 24 April 1967<sup>21</sup>, which by its very nature, like the 1993 Convention on Intercountry Adoption, should presumably protect the child's right to identity, does not address this issue by emphasizing only the protection of adoptive children against the child's biological parents. As stated in the interpretative report of the European Convention on the Adoption of Children, the relevant articles of this Convention (e.g., Article 20<sup>22</sup>) aim is to avoid difficulties that may arise if biological parents became aware of the identity of the adopter<sup>23</sup>.

Analyzing the 1989 Convention on the Rights of the Child, it should first be noted that the Convention provides a compendium of the rights of the child and has put an end to long-standing efforts to achieve formal international recognition of children's human rights. By its very nature, the Convention is a unique instrument that offers children a wide range of civil, political, economic, cultural and social protection, including humanitarian rights and the right to identity<sup>24</sup>.

The 1989 Convention on the Rights of the Child is considered to provide for a new human right, in particular the right to know the identity of one's birth, but the wording of the Convention gives an ambiguous impression of the nature and scope of this right<sup>25</sup>. Articles 7 and 8<sup>26</sup> of the 1989 Convention on the Rights

<sup>20</sup> The Article 1: „Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine”. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98>, (26.07.2020).

<sup>21</sup> Eiropas Konvencija par bērnu adopciju. Starptautisks līgums : Latvijas Vēstnesis, 2000. gada 30. marts, Nr. 115/116 (2026/2027).

<sup>22</sup> European Convention on the Adoption of Children (Revised): <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084823>, (26.07.2020).

<sup>23</sup> *Explanatory Report on European Convention on the Adoption of Children*, Treaty Office of Council of Europe: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/058.htm>, (26.07.2020).

<sup>24</sup> C. P. Cohen, *Introductory Note to the United Nations Conventions on the Rights of the Child*, “International Legal Materials” 1989, Vol. 28, pp. 1448, 1451.

<sup>25</sup> N. Heimerle, *International Law and Identity Rights for Adopted Children*, “Adoption Quarterly” 2003, Vol. 7 (2), p. 89.

<sup>26</sup> The Article 7: 1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents, 2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless. The Article 8: 1. States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference. 2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity. Convention on the Rights of the Child: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (25.07.2020).

of the Child specifically address the right to identity. This convention is the first human rights framework that provides for the right to identity not only for adults but also for children<sup>27</sup>.

Particular attention should be drawn to the words “as far as possible” used in the first paragraph of Article 7 of the 1989 Convention on the Rights of the Child. Namely, many lawyers ignore this precondition and thus interpret the said article as a completely justified right to know their parents<sup>28</sup>. However, it should not be forgotten that while drafting this convention, the words “as far as possible” were offered as a compromise between those countries that guarantee children with the absolute right to know their biological parents and those that allow so-called secret adoption. Moreover, in the context of “in accordance with their national law” mentioned in the second paragraph of Article 7, this precondition indicates that it does not establish an absolute right to receive identifying information<sup>29</sup>.

It is also believed that Article 7 creates a new right – the right to know and be in the care of one’s parents. In addition, this right must be considered in a broad sense, with the word “parents” meaning not only social or legal parents but also biological or genetic parents<sup>30</sup>. Interestingly that some legal scholars are of the opinion that the word “know” covers not only the receipt of information about one’s parents, but also the right to get to know one’s parents and keep in touch with them<sup>31</sup>.

With regard to Article 8 of the 1989 Convention on the Rights of the Child, it should be noted that the wording “(...) *identity, including nationality, name and family relations* (...)” indicates that aspects such as “nationality”, “name” and “family relations” are included in the concept of “identity”, but they are not exhaustive, the content of identity is much broader<sup>32</sup>. In general, it seems that identity is an open concept. For example, the aspects listed in the following articles are also considered as elements of the child’s identity, *inter alia*, Article 2 of the 1989 Convention on the Rights of the Child (*non-discrimination*), Article 16 (*protection against arbitrary interference with privacy, family life*), Article 20 (*obligation to respect child’s ethnic, religious, cultural and linguistic background*), Article 29 (*development of the child’s personality, talents and mental and physical*

<sup>27</sup> S. Besson, *op. cit.*, p. 143.

<sup>28</sup> J. Marshall, *Concealed Births, Adoption and Human Rights: Being Wary of Seeking to Open Windows into People’s Soul*, “Cambridge Law Journal” 2012, Vol. 71 (2), p. 345.

<sup>29</sup> D. M. B. Blair, *The Impact of Family Paradigms, Domestic Constitutions, and International Conventions on Disclosure of an Adopted Person’s Identities and Heritage: A Comparative Examination*, “Michigan Journal of International Law” 2001, Vol. 22, p. 646-647.

<sup>30</sup> S. Besson, *op. cit.*, p. 143.

<sup>31</sup> K. O’Donovan, *op. cit.*, p. 355.

<sup>32</sup> D. Hodgson, *The International Legal Protection of the Child’s Right to a Legal Identity and the Problems of Statelessness*, “International Journal of Law, Policy and the Family” 1993, Vol. 7 (2), p. 255, 265.

abilities to their fullest potential) and Article 30 (right to culture, religion and language)<sup>33</sup>.

It follows that the 1989 Convention on the Rights of the Child does not provide a comprehensive explanation of the concept of identity. Nevertheless, the experts who had proposed Article 8 of the 1989 Convention on the Rights of the Child consider that this article recognizes a new human right to know one's birth identity<sup>34</sup> and that the article was specifically designed to address atypical situations such as biological parents of children against adopters and other similar situations<sup>35</sup>. However, the fact that the States Parties to the Convention provide different (narrower or broader) interpretations of those rights in accordance with national law<sup>36</sup> indicates that there is no uniform and general understanding of those rights.

Although there are differing understandings of the content of the child's right to identity, a systematic analysis of Article 7 of the 1989 Convention on the Rights of the Child in the context of Article 8 shows that the first already protects the child's right to a name, thus Article 8 of the 1989 Convention on the Rights of the Child protects independent rights<sup>37</sup>, namely the child's right to identity as such.

As regards to the child's right to preserve his identity, it should be noted that the wording of the first paragraph of that article "*States Parties undertake to respect (...)*" indicates a relatively flexible and weak obligation on the part of Member States. By contrast, the second paragraph of that article requires Member States to "*provide the appropriate assistance and protection*" so that children, who have been "*illegally deprived*" of their identity, have it "*re-established speedily*", wherewith, the international obligation imposes an obligation on Member States to protect the child's right to identity<sup>38</sup>.

Although the 1989 Convention on the Rights of the Child recognizes the child's right to identity, Geraldine Van Bueren, a professor of international human rights law, who specializes in children's rights and has contributed to the 1989 Convention on the Rights of the Child, points out that Article 8 is particularly important to ensure the protection of refugee children and children involved in military conflicts, i.e., children whose identities have been unlawfully taken

33 *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*, United Nations Children's Fund 2007, p. 123.

34 J. S. Cerda, op. cit., p. 115.

35 G. A. Stewart, *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, "Family Law Quarterly" 1992-1993, Vol.26, p. 221.

36 K. O'Donovan, op. cit., p. 353.

37 C.P. Cohen, *Elasticity of Obligation and the Drafting of the Convention on the Rights of the Child*, "Connecticut Journal of International Law" 1987, No. 71, p. 78-80.

38 T. McCombs, J. S. Gonzalez, *Right to Identity*, International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley School of Law 2007: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/CP19277.PDF>, (26.07.2020).

away. Another question that is also relevant is, for example, whether the child's right to identity extends to adopted children, namely, whether the interpretation of a child's right to identity includes the right of adopted children to know their biological parents<sup>39</sup>.

An analysis of the relevant international framework in the context of the 1989 Convention on the Rights of the Child leads to the general conclusion that the child's right to identity also applies to adopted children. This follows from a systematic analysis of Article 8 of the 1989 Convention on the Rights of the Child in conjunction with the second paragraph of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (*right to seek and receive information*<sup>40</sup>) and equivalent provisions in the 1989 Convention on the Rights of the Child which are incorporated in the first paragraph of Article 13<sup>41</sup>. Consequently, the child has the right to seek and receive information about his or her identity, including his or her personal history since birth.

Article 8 of the 1989 Convention on the Rights of the Child states that one of the basic elements of identity is the "*family relationship*", so that genetic and biological identity as such cannot be excluded<sup>42</sup>. Moreover, it is to be noted that the original version of Article 8 of that convention provided for "*the inalienable right [of the child] to preserve his or her true and genuine personal, legal and family identity*"<sup>43</sup>. Thus, the term "family identity" was originally intended to be used. However, due to protests from some countries that the term would not have a meaning in the legislation, it was replaced by the term "family relations". It should be noted that the authors of the 1989 Convention on the Rights of the Child intended to include a decisive aspect, namely that the notion of "identity of the child" means more than just the right to know who his or her parents are. It was recognized that siblings, grandparents and other relatives may be equally important in identifying a child's identity than his or her parents<sup>44</sup>.

Although it does not contain a specific reference to identity issues, Article 5<sup>45</sup> of the 1989 Convention on the Rights of the Child, is also important as it

<sup>39</sup> G. van Bueren, op. cit., p. 120.

<sup>40</sup> The second paragraph of the Article 19: „Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice". International Covenant on Civil and Political Rights: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, (25.07.2020).

<sup>41</sup> The first paragraph of the Article 13: „The child shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of the child's choice". Convention on the Rights of the Child: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (25.07.2020).

<sup>42</sup> G. van Bueren, op. cit., p. 123.

<sup>43</sup> *Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*, United Nations Children's Fund 2007, p. 125.

<sup>44</sup> *Ibidem*.



notes main aspects of the interpretation of the Convention, including the notion of identity of the child. The mentioned article constitutes a broad general condition, namely a new rationale for the relationship between the child, the family and the state, which supports the child's right to identity, that is, the primary duty of the state towards the child is to respect the role of the nuclear and extended families, as well as the society, in the life of the child, and not to interfere in order to ensure the protection of the child from them<sup>46</sup>.

As earlier having already been mentioned, the notion of the child's right to identity is also to be viewed in the context of Articles 9, 16 and 30<sup>47</sup> of the 1993 Convention on Intercountry Adoption, which shall be analyzed in conjunction. These articles regulate two basic issues, firstly, the possibility to obtain and exchange information on the planned adoption project, and secondly, the possibility to access this information after the adoption of the child has already taken place. With regard to the first issue, it should be noted that information on the adoption project should be as detailed as possible, wherewith while drafting of this convention, many aspects that are necessary to ensure a life in the best interests of the child, were taken into consideration.

As to the second issue, the interpretative report of that convention states that the child's right to be informed of his or her origin is not negotiable, since that right is already recognized in Article 7 of the 1989 Convention on the Rights of the Child. However, unlike that article of the Convention, the question of limited access to this information arises because, on the one hand, it may contain sensitive data about persons who do not want their identities revealed, such as the child's biological parents, etc., on the other hand, the information can also

---

<sup>45</sup> The Article 5: „States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention”. Convention on the Rights of the Child: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (25.07.2020).

<sup>46</sup> Y. Ronen, op cit., pp. 161.

<sup>47</sup> The Article 9: „Central Authorities shall take, directly or through public authorities or other bodies duly accredited in their State, all appropriate measures, in particular, [inter alia], to collect, preserve and exchange information about the situation of the child and the prospective adoptive parents, so far as is necessary to complete the adoption (...)”. The Article 16: If the Central Authority of the State of origin is satisfied that the child is adoptable, it shall, [inter alia], prepare a report including information about his or her identity, adoptability, background, social environment, family history, medical history including that of the child's family, and any special needs of the child (...). The Article 30: „The competent authorities of a Contracting State shall ensure that information held by them concerning the child's origin, in particular information concerning the identity of his or her parents, as well as the medical history, is preserved. They shall ensure that the child or his or her representative has access to such information, under appropriate guidance, in so far as is permitted by the law of that State”. Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>, (25.07.2020).



have a significant impact on the child's own psychological well-being. Thus, in order to avoid situations that could harm the child emotionally or otherwise, Article 30 of the 1993 Convention on Intercountry Adoption provides that access to such information is subject to "appropriate supervision"<sup>48</sup>.

This leads to the conclusion that, although the 1993 Convention on Intercountry Adoption refers to the child's right to know his or her origin, this right is not absolute and could be restricted in some cases. This Convention to some extent also recognizes the objectives of the 1989 Convention on the Rights of the Child, which relates to the child's right to identity. In addition, the rights of the child set out in the 1993 Convention on Intercountry Adoption are based on the principles of the 1989 Convention on the Rights of the Child.

All things considered, it can be concluded that the international human rights regulation recognizes the child's right to preserve his or her identity, but the question of who and how determines the structure of this identity remains open<sup>49</sup>.

To analyze legal norms that foresee indirect person's right to identity, it is necessary to focus on those legal norms that relate to a person's right to privacy. It should therefore be mentioned about Article 12 of the UN Universal Declaration of Human Rights<sup>50</sup> (*no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy (...)*), Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>51</sup> (*everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his communications*), Article 8 of the above-mentioned European Convention on Human Rights, as well as Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights (Every child must be registered and given a name immediately after birth).

Admittedly, the right to privacy is a general concept and has not yet been fully defined in case law<sup>52</sup>, but since 1989 the ECHR has derived the right to know his or her origin from the Article 8 of the European Convention on Human Rights, recognizing it as an essential element of privacy. However, the ECHR has not clarified the content of this right, stating only that it includes the right to know the identity of one's parents, as well as the circumstances of birth<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> G. Parra-Aranguren, *Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2279>, (25.07.2020).

<sup>49</sup> A. Scolnicov, *The Child's Right to Religious Freedom and Formation of Identity*, "International Journal of Children's Rights" 2007, Vol. 15, p. 266.

<sup>50</sup> The Universal Declaration of Human Rights: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/D ocuments/UDHR\\_Translations/eng.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/D ocuments/UDHR_Translations/eng.pdf), (25.07.2020).

<sup>51</sup> The Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Union*, C 83/289, 30.3.2010, p. 5.

<sup>52</sup> *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak and others, Antwerpen 2006, p. 664.

<sup>53</sup> S. Besson, *op. cit.*, p. 142.

However, as the case-law has developed, the ECHR in *Pretty v. The United Kingdom* has summarized and stated that: “As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (...). It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity (...). Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 (...). Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (...). Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees<sup>54</sup>”.

In addition, it is noted that the right to privacy in the narrower sense also includes such aspects as personal identity, which refers to the choice of name, choice of dress style and hairstyle, choice of sexual identity, as well as the image of the person, etc<sup>55</sup>. Consequently, in order to clarify the content of the right to identity and its constituent elements, it is necessary to analyze the relevant case-law on the individual’s right to privacy.

### **Analysis of the Latvian legal framework**

The term “identity” can be found in a number of Latvian legal acts, but within the meaning of the article, the one should speak about the Law on the Protection of the Rights of the Child, the Civil Law of the Republic of Latvia (hereinafter – the Civil Law), Biometric Data Processing System Law and at some point, the introduction to the Constitution of the Republic of Latvia (*Satversme*). In this way, it should also be emphasized that the analysis of national legal norms should be performed also because Latvia is a party to the 1989 Convention on the Rights of the Child, therefore, in order to assess the problematic of the child’s right to identity, it is necessary to assess whether and how the principles of protection of the rights of the child are enshrined and have been incorporated into Latvian legislation.

In the author’s opinion, the Latvian legislator has deliberately used the term “right to the individuality” in the official translation of the 1989 Convention on the Rights of the Child, thus expressing the national attitude and assessment of the mentioned rights. Such a conclusion can be reached by analyzing the

<sup>54</sup> Judgement of ECHR of 29 April 2002 (Application No. 2346/02) in the case of *Pretty v. United Kingdom*, para. 61.

<sup>55</sup> A. Kovaļevska, *Personas tiesības uz savu attēlu*, Valsts Cilvēktiesību birojs, 2005: [http://providus.lv/article\\_files/1583/original/attel\\_tiesib.pdf?1332251075](http://providus.lv/article_files/1583/original/attel_tiesib.pdf?1332251075), (25.07.2020).

national legislation related to the 1989 Convention on the Rights of the Child, namely, the Law on the Protection of the Rights of the Child<sup>56</sup>. The title of Article 8 of the said law is “Child’s Right to Individuality” and in the context with the first part, which provides for the child’s right to name, surname, citizenship and registration, as well as the second part, which determines the child’s right to preserve his or her identity, indicates that the Latvian legislator understands that the child’s right to identity is as part of the child’s right to individuality. Namely, the concept of “right to individuality” is broader concept than “right to identity”.

Furthermore, the second part of Section 24 of the Law on the Protection of the Rights of the Child provides for the obligation of parents to prepare a child for independent life, respecting his or her individuality<sup>57</sup>. Whereas, the second, third and fourth parts of Section 177 of the Civil Law determine the rights and obligations of parents, including the provision of care for a child, taking into account, as far as possible, his or her individuality, abilities and interests<sup>58</sup>. Thus, examining the title of Section 8 of the Law on the Protection of the Rights of the Child systematically with the second part of Section 24 of the Law on the Protection of the Rights of the Child and the second, third and fourth paragraphs of Article 177 of the Civil Law, first of all it can be again concluded that the concept of “right to individuality” is a broader concept than “right to identity”. In the legislation which regulates the rights of the child, the Latvian legislator in fact uses the term “individuality of the child” as a determining factor in promoting the development of the child. Secondly, although the child’s right to individuality is a fundamental right of the child, the execution of that right to some extent depends and is connected to the rights and responsibilities of the child’s parents.

Having grammatically analysed Article 8 of the Law on the Protection of the Rights of the Child, it can be established that the first part of it separately determines the child’s right to name, surname, citizenship and registration

<sup>56</sup> Bērnu tiesību aizsardzības likums: LR likums. Latvijas Vēstnesis, 1998. 19. jūlijs, Nr.199/200. English translation: Law on the Protection of the Children’s Rights: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/49096-law-on-the-protection-of-the-childrens-rights>, (26.07.2020).

<sup>57</sup> The second paragraph of the Article 24: “*It is the duty of the parents of a child to prepare him or her for an independent life in society, as far as possible respecting the individuality of the child and observing the abilities and wishes of the child*”.

<sup>58</sup> The second, third and fourth paragraph of the Article 177: “Custody is the rights and duties of parents to care for the child and his or her property and to represent the child in his or her personal and property relations. Care for a child means his or her care, supervision and the right to determine his or her place of residence. Care of the child shall mean his or her maintenance, i.e., ensuring food, clothes, dwelling and health care, tending of the child and his or her education and rearing (ensuring mental and physical development, as far as possible taking into account his or her individuality, abilities and interests and preparing the child for socially useful work)”. English translation: The Civil law of the Republic of Latvia: <https://likumi.lv/ta/id/90223-civillikums-pirma-dala-gimenes-tiesibas>, (26.07.2020).

from the moment of birth. By contrast, the second paragraph of that article provides that the child has the right to preserve his or her identity. Such wording shows, firstly, that the concept of "child's identity" is broader than his name, nationality or registration. Whereas the child's identity is only a part of the child's individuality. It can also be concluded that the child's right to individuality, as well as the child's right to identity, are separate, i.e., autonomous, rights.

Continuing the discussion on the author's thesis that the Latvian legislator deliberately used the term "right to individuality" in the official translation of the 1989 Convention on the Rights of the Child, thus expressing its national attitude, it should be noted that the Latvian legislator has not only blindly rewritten the child's right to identity from the 1989 Convention on the Rights of the Child, but has assessed them in accordance with the situation in Latvia. Such a conclusion can be reached by looking at the current wording of Section 8 of the Law on the Protection of the Rights of the Child in conjunction with the amendments to the said Section, which has been made only once so far – in 2000<sup>59</sup>.

Namely, the second part of the mentioned law originally provided for the child's right to preserve the national identity. Maybe, being aware that such wording had been narrowing the concept enshrined in the 1989 Convention on the Rights of the Child, relevant amendments have been made accordingly, further protecting not only the child's right to preserve his or her national identity, but also to preserve his or her identity as such. In the author's opinion, the mentioned can be related to the fact that the drafting of the Law on the Protection of the Rights of the Child was started relatively quickly after the restoration of the independence of the Republic of Latvia, when national values were of special importance in politically deciding on further legislation.

The Law on the Protection of the Rights of the Child entered into force on 22 July 1998, and it can be said that the first and substantial amendments were made quite quickly - less than two years later, i.e., on 11 April 2000. Analyzing the documents of elaboration of the mentioned amendments, it can be stated that the proposal to amend the second part of Section 8 of the Law on the Protection of the Rights of the Child was submitted and supported already in the first reading<sup>60</sup>. In addition, it can be concluded from the transcripts of the Latvian Parliament (*Saeima*) sittings of the Republic of Latvia that the mentioned

<sup>59</sup> Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 2000. 28. marts, Nr. 11/112. English translation: Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights.

<sup>60</sup> Saeimas Cilvēktiesību un sabiedrisko lietu komisijas 1999.gada 30. novembra projekts 2. lasījumam "Priekšlikumi likumprojektam "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā": [http://helios-web.saeima.lv/bin/lasa?LP0381\\_2](http://helios-web.saeima.lv/bin/lasa?LP0381_2), (26.07.2020). English translation: Draft of the Human Rights and Public Affairs Commission of the Parliament of November 30, 1999 for the Second Review «Proposals for the draft law „Amendments to the Law on the Protection of the Rights of the Child”».

amendments were only the initial stage for arranging legal acts in the field of protection of children's rights, and they cover more than a hundred proposals submitted by public organizations, ministries, local governments and many other institutions. The proposals were carefully evaluated and their purpose was to specify the general norms of the said law and to regulate the cooperation of specialists involved in the protection of children's rights, as well as to provide for the liability of the relevant institutions for non-fulfillment of their duties<sup>61</sup>.

Thus, in general, it follows from the content of these amendments that since 2000 the legislator has clarified its position regarding the individuality of the child, emphasizing that it covers not only the national identity of the child, but the identity of the child as a whole, i.e., the identity of the child, while the child's individuality is a broader concept than the child's identity. In the author's opinion, such a reassessment of the right to child's identity or individuality confirms the Latvian legislator's understanding of the importance of these rights.

In the following, special attention should be paid to the definition of identity given in point 3 of Article 1 of the Biometric Data Processing System Act, namely, within the meaning of that Act, that the identity is a set of personal data, physical characteristics and characteristics persons<sup>62</sup>. Taking into account the above, as well as the findings of anthropologists on the identity of a person, it can be concluded that the legislator accepts the relevant anthropological findings.

Referring to the legal norms, which mention a person's right to identity at the national level indirectly, Article 96 of the Constitution of the Republic of Latvia must be noted (*everyone has the right to inviolability of his or her private life*)<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Likuma "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā" 1. lasījums. Latvijas Republikas 7. Saeimas rudens sesijas vienpadsmitā sēde. Saeimas arhīvs: <http://www.saeima.lv/steno/1999/st2810.html> (26.07.2020); Likuma "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā" 2. lasījums. Latvijas Republikas 7. Saeimas rudens sesijas deviņpadsmitā sēde. Saeimas arhīvs: <http://www.saeima.lv/steno/1999/st1612.html>, (26.07.2020); Likuma "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā" 3. lasījums. Latvijas Republikas 7. Saeimas ziemas sesijas vienpadsmitā sēde. Saeimas arhīvs: <http://www.saeima.lv/steno/2000/st0903.html>, (26.07.2020). English translation: The first of review of the law „Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights”. Eleventh sitting of the autumn session of the 7th Parliament of the Republic of Latvia; the second of review of the law „Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights”. Nineteenth sitting of the autumn session of the 7th Saeima of the Republic of Latvia; the third of review of the law „Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights”. Eleventh Session of the 7th Saeima of the Republic of Latvia.

<sup>62</sup> Biometrijas datu apstrādes sistēmas likums : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 2009. 10. jūnijs, Nr. 90/4076. English translation: Biometric Data Processing System Law: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/193111-biometric-data-processing-system-law>, (26.07.2020).

<sup>63</sup> Latvijas Republikas Satversme : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 1993. 1.jūlijs, Nr. 43. English translation: The Constitution of the Republic of Latvia: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/57980-the-constitution-of-the-republic-of-latvia>, (26.07.2020).

According to the unprecedented study of constitutional law in the history of Latvian legal sciences, namely, in the commentaries of the Constitution of the Republic of Latvia on fundamental human rights, the construction of Article 96 of the Constitution of the Republic of Latvia indicates the private life as one of the protected aspects of personal life, i.e., which is the central concept of that article and which includes other aspects and elements of privacy<sup>64</sup>. The authors of commentaries point out that aspects of privacy are better understood when they are typified and considered separately. Therefore, aspects such as the image of a person and information about a person in the media, a person's name, sexual behaviour, as well as other aspects of private autonomy are noted as elements of private life<sup>65</sup>.

In the author's opinion, the most important conclusion of the commentaries is that the scope of Article 96 of the Constitution of the Republic of Latvia includes a person's independence and autonomy, as well as the fact that although the analysis of private life traditionally covers the content of more well-known elements, it must also be borne in mind that privacy can be shaped by aspects that have not yet been identified<sup>66</sup>.

In summarizing the above, it is considered that the commentaries correctly formulate the elements of private life. However, there is a lack of link between these examples and private life. A person's name, image, gender are only a part of a person's identity, at some point only its smallest part. Whereas person's identity as such is considered to be an element of private life. Thus, in the author's opinion, if the publication of a revised edition of the mentioned study (commentaries) is considered, it is necessary to clarify the concept of "private life", mentioning personal identity among its constituent elements and only then referring to personal identity (currently, private life) components.

## Conclusions

1. A person's identity in law is a process that transfers a person from a biological creature into a social being and a subject of law.

2. The international human rights regulation recognizes the right of the child to the preservation of identity, but the question remains open; what is the structure of the identity. This in turn leads to the conclusion that, although the rights of the child to identity, enshrined in a number of conventions, are truly autonomous and independent, this right is not absolute, as international

<sup>64</sup> E. Danovskis, M. Ruķers, I. Libiņa-Egner, 96. *Ikvienam ir tiesības uz privātās dzīves, mājokļa un korespondences neaizskaramību*, [in:]: *Latvijas Republikas Satversmes komentāri: VIII nodaļa Cilvēka pamattiesības*, ed. R. Balodis, A. Endziņš, T. Jundzis, and others, Rīga Latvijas Vēstnesis 2011, pp. 237-238.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 248, 259, 255 and 262.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 245.

legal instruments have been developed to respect the differences in national regulation of member states.

3. A person's right to identity is linked to the right to private life, that is, the person's right to identity constitutes the content of the right to private life; it can exist independently and may at the same time derive from the individual's right to private life. Thus, in order to ascertain the content of the right to identity and the constituent elements of it, the relevant case-law on the individual's right to private life shall be analyzed.

4. From the analysis of Latvia's legal framework, it can be concluded that Latvia would be ranked among the highest places among European countries in the issue of children's rights to identity. This follows from the fact that the child's right to identity is clearly defined both in the national regulation and in the international regulation binding on Latvia. However, opinion on general legal situation can be generated only when the analysis is completed on evaluation of the legal acts in conjunction with the relevant case-law.

## Bibliography

### Publications

- Besson S., *Enforcing the Child's Right to Know her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 2007, No. 21.
- Blair D. M. B., *The Impact of Family Paradigms, Domestic Constitutions, and International Conventions on Disclosure of an Adopted Person's Identities and Heritage: A Comparative Examination*, "Michigan Journal of International Law" 2001, Vol. 22.
- Blauwhoff R.J., *Foundational facts, relative truths: A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Antwerp 2009.
- Cerda J.S., *The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights*, "Human Rights Quarterly" 1990, Vol. 12.
- Cohen C.P., *Elasticity of Obligation and the Drafting of the Convention on the Rights of the Child*, "Connecticut Journal of International Law" 1987, No. 71.
- Cohen C. P., *Introductory Note to the United Nations Conventions on the Rights of the Child*. "International Legal Materials" 1989.
- Danovskis E., Ruķers M., Libiņa-Egner I., 96. *Ikvienam ir tiesības uz privātās dzīves, mājokļa un korespondences neaizskaramību*, [in:]: *Latvijas Republikas Satversmes komentāri: VIII nodaļa Cilvēka pamattiesības*, ed. R. Balodis, A. Endziņš, T. Jundzis et al, Rīga Latvijas Vēstnesis 2011.



- Heimerle N., *International Law and Identity Rights for Adopted Children*, "Adoption Quarterly" 2003, Vol. 7 (2).
- Hodgson D., *The International Legal Protection of the Child's Right to a Legal Identity and the Problems of Statelessness*, "International Journal of Law, Policy and the Family" 1993, Vol. 7 (2).
- Kovaļevska A., *Personas tiesības uz savu attēlu*, Valsts Cilvēktiesību birojs, 2005: [http://providus.lv/article\\_files/1583/original/attel\\_tiesib.pdf?1332251075](http://providus.lv/article_files/1583/original/attel_tiesib.pdf?1332251075), (25.07.2020).
- Marshall J., *Concealed Births, Adoption and Human Rights: Being Wary of Seeking to Open Windows into People's Soul*, "Cambridge Law Journal" 2012, Vol. 71 (2).
- Marshall J., *Personal freedom throughout Human Rights Law: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human rights. International Studies in Human Rights*, 2009.
- McCombs T., Gonzalez J. S., *Right to Identity*, International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley School of Law 2007: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/CP19277.PDF> (26.07.2020).
- O'Donovan K., "Real" mothers for Abandoned Children, "Law and Society Review" 2002, Vol. 36, No. 2.
- Parra-Aranguren G., *Explanatory Report on the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention*: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2279>, (25.07.2020).
- Ronen Y., *Redefining the Child's Right to Identity*, "International Journal of Law and the Family" 2004, Vol. 18.
- Sants H.J., *Genealogical Bewilderment in Children with Substitute Parents*, "British Journal of Medical Psychology" 1964, Vol. 37.
- Scolnicov A., *The Child's Right to Religious Freedom and Formation of Identity*, "International Journal of Children's Rights" 2007, Vol. 15.
- Stewart G.A., *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, "Family Law Quarterly" 1992–1993, Vol. 26.
- van Bueren G., *The International Law on the Rights of the Child*, 1998.
- Wellisch E., *Children Without Genealogy – A Problem of Adoption*, "Mental Health" 1952, Vol. 13.

### Original sources

- Implementation Handbook For The Convention On The Rights Of The Child*, United Nations Children's Fund 2007.
- Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, edited by P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak and others, Antwerpen – Oxford Intersentia 2006.

**Case law**

Judgement of ECHR of 29 April 2002 (Application No. 2346/02) in the case of *Pretty v. United Kingdom*.

**International legislation**

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98>, (26.07.2020).

Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>, (25.07.2020).

Convention on the Rights of the Child: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (25.07.2020).

International Covenant on Civil and Political Rights: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, (25.07.2020).

Declaration of the Rights of the Child: <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>, (25.07.2020).

Universal Declaration of Human Rights: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/eng.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf), (25.07.2020).

**European legislation**

The Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Union*, C 83/289, 30.3.2010.

European Convention on the Adoption of Children (Revised): <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084823>, (26.07.2020).

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted. *OJ L 304*, 30.9.2004.

**Latvian legislation**

Latvijas Republikas Satversme : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 1993. 1.jūlijs, Nr. 43.

English translation: The Constitution of the Republic of Latvia: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/57980-the-constitution-of-the-republic-of-latvia>, (26.07.2020).

Bērnu tiesību aizsardzības likums : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 1998. 19. jūlijs, Nr.199/200.

English translation: Law on the Protection of the Children's Rights: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/49096-law-on-the-protection-of-the-childrens-rights>, (26.07.2020).

- Biometrijas datu apstrādes sistēmas likums : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 2009. 10. jūnijs, Nr. 90/4076.  
English translation: Biometric Data Processing System Law: <https://likumi.lv/ta/en/en/id/193111-biometric-data-processing-system-law>, (26.07.2020).
- Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā : LR likums. Latvijas Vēstnesis, 2000. 28. marts, Nr.11/112.  
English translation: Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights.
- Latvijas Republikas Civillikums : LR likums. Valdības Vēstnesis, 1937. gada 20. februāris, Nr. 41; Ziņotājs, 1993. 10. jūnijs, Nr. 22.  
English translation: The Civil law of the Republic of Latvia: <https://likumi.lv/ta/id/90223-civillikums-pirma-dala-gimenes-tiesibas>, (26.07.2020).
- Likuma "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā" 1. lasījums. Latvijas Republikas 7. Saeimas rudens sesijas vienpadsmitā sēde. Saeimas arhīvs: <http://www.saeima.lv/steno/1999/st2810.html>, (26.07.2020).  
English translation: The first of review of the law „Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights”. Eleventh sitting of the autumn session of the 7th Parliament of the Republic of Latvia;
- Likuma "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā" 2. lasījums. Latvijas Republikas 7. Saeimas rudens sesijas deviņpadsmitā sēde. Saeimas arhīvs: <http://www.saeima.lv/steno/1999/st1612.html>, (26.07.2020).  
English translation: The second of review of the law „Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights”. Nineteenth sitting of the autumn session of the 7th Saeima of the Republic of Latvia.
- Likuma "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā" 3. lasījums. Latvijas Republikas 7. Saeimas ziemas sesijas vienpadsmitā sēde. Saeimas arhīvs: <http://www.saeima.lv/steno/2000/st0903.html>, (26.07.2020).  
English translation: The third of review of the law „Amendments to the Law on the Protection of the Children's Rights”. Eleventh Session of the 7th Saeima of the Republic of Latvia.
- Saeimas Cilvēktiesību un sabiedrisko lietu komisijas 1999.gada 30. novembra projekts 2. lasījumam "Priekšlikumi likumprojektam "Grozījumi Bērnu tiesību aizsardzības likumā"": [http://helios-web.saeima.lv/bin/lasa?LP0381\\_2](http://helios-web.saeima.lv/bin/lasa?LP0381_2), (12.06.2019).  
English translation: Draft of the Human Rights and Public Affairs Commission of the Parliament of November 30, 1999 for the Second Review "Proposals for the draft law «Amendments to the Law on the Protection of the Rights of the Child»".

### Internet cites

- Explanatory Report on European Convention on the Adoption of Children*, Treaty Office of Council of Europe: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/058.htm>, (26.07.2020).

History of Argentina: [https://en.wikipedia.org/wiki/History\\_of\\_Argentina](https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_Argentina) (25.07.2020).

Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>, (25.07.2020).

## SUMMARY

### **Content of the child's right to identity within the scope of the international and the Latvian national framework**

Identity or sense of belonging provides a person with the sense of stability and hence the opportunity to develop and improve. However, it must not be forgotten that the development of one's identity begins to form in childhood. It is only starting with the second half of 20<sup>th</sup> century the one can note that the findings of psychologists, as well as particular judicial historical preconditions have promoted the development of the child's right to identity as such and that is yet to be filled with content. Being aware that originally this right was developed to protect the identity of the refugee children and children involved in military conflict, the article analyzes whether and how the right to identity can be interpreted to meet nowadays needs to protect the child's identity. In general, it can be concluded that the international regulation acknowledges the right to identity and its applicability to other children protection issues. Moreover, on specific occasions the right to identity can be regarded as an autonomous right, yet the problem is that not always it can be applied as an absolute right. The analysis of the relevant international legislation is followed with the analysis of the Latvian legal framework and in that sense can be regarded as an example of national legislation that protects the child's right to identity. In fact, in the Latvian situation it can be noted that the right to identity enshrined in the 1989 Convention on the Rights of the Child has been reassessed providing rather for the right to individuality. This on the other hand, shows how the general right to identity can be reshaped to meet the national legislative needs. All things considered it is now clear that the right of the child to preserve his or her identity is recognized by the international human rights, yet the issue on the structure of the identity remains open as the Member States of the 1989 Convention on the Rights of the Child may affect the national content and meaning of the right through the national legal acts.

**Monika Wilanowska**

Uniwersytet Łódzki  
e-mail: wilanowskamonika@wp.pl

ORCID: 0000-0001-6220-6598

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.11

## **Zadania realizowane przez administrację publiczną w zakresie ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie a standardy wynikające z Konwencji o Prawach Dziecka**

### **ABSTRAKT**

Prawo dziecka do ochrony przed przemocą w rodzinie można wyinterpretować z wielu międzynarodowych aktów prawnych takich jak Deklaracja Genewska uchwalona w 1924 r. przez Ligę Narodów czy Deklaracja Praw Dziecka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w 1959 r. Najszerzej odnosi się do niego jednak przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w 1989 r. Konwencja o Prawach Dziecka. Zawarto w niej wiele zasad wskazujących na konieczność zabezpieczenia przez państwo praw dziecka do ochrony przed krzywdzeniem ze strony członków rodziny. Dotyczą one praw dzieci do: życia, pozostawania pod opieką rodziców, ustanowienia dla niego pieczy zastępczej, wolności od ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego, a także stricte ochrony przed przemocą w rodzinie. Obowiązkiem Rzeczypospolitej Polskiej jako strony Konwencji o Prawach Dziecka jest przestrzeganie wskazanych w niej postanowień. Celem niniejszego artykułu jest analiza przepisów Konwencji o Prawach Dziecka dotyczących prawa dziecka do wolności od przemocy w rodzinie, a także analiza i ocena obowiązujących w Polsce regulacji prawnych związanych z wykonywaniem przez administrację publiczną zadań w zakresie ochrony dziecka przed przemocą w rodzinie dokonana pod kątem ich zgodności ze standardami wynikającymi z Konwencji o Prawach Dziecka. Badania przeprowadzono opierając się na metodzie formalno-dogmatycznej, metodzie krytycznej analizy literatury oraz metodzie historycznej.

## ABSTRACT

### Tasks carried out by public administration in the field of protection of children from domestic violence in the context of compliance with the standards arising from the Convention on the Rights of the Child

A child's right to protection from domestic violence can be interpreted from a number of international legal instruments such as the Geneva Declaration adopted in 1924 by the League of Nations or the Declaration on the Rights of the Child adopted by the United Nations General Assembly in 1959. The Convention on the Rights of the Child, adopted by the General Assembly of the United Nations in 1989, refers most widely to it. It contains a number of principles indicating the need for the State to safeguard the rights of the child to protection from harm by family members. They relate to the rights of children to: live, be in the care of their parents, establish foster care for them, be free from interference in their private, family or domestic life and strictly protect them from domestic violence. The Republic of Poland, as a party to the Convention on the Rights of the Child, is obliged to observe the provisions indicated therein. The aim of this article is to analyze the provisions of the Convention on the Rights of the Child concerning the right of the child to be free from domestic violence, as well as to analyze and evaluate the legal regulations in force in Poland related to the performance of public administration's tasks in the field of protection of the child from domestic violence, in terms of their compliance with the standards resulting from the Convention on the Rights of the Child. The research was conducted on the basis of the formal and dogmatic method, the method of critical analysis of literature and the historical method.

**Słowa kluczowe:** Konwencja o Prawach Dziecka, prawa dziecka, przeciwdziałanie przemocy w rodzinie

**Key words:** Convention on the Rights of the Child, rights of the child, combating domestic violence

## Wprowadzenie

Prawa dziecka jako istoty niesamodzielnej powinny być chronione w sposób szczególny. Społeczność międzynarodowa wielokrotnie zwracała uwagę na potrzebę zagwarantowania ich przestrzegania przez państwa. Pierwszym dokumentem międzynarodowym, który odnosił się do ochrony praw dziecka była uchwalona przez Ligę Narodów w 1924 r. Deklaracja Genewska<sup>1</sup>. W jej

<sup>1</sup> Deklaracja Genewska uchwalona w 1924 r. przez Ligę Narodów, [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QQVwpEZ5Gg8J:https://www.unicef.pl/content/download/11454/94626/file/Microsoft\\_Word\\_Deklaracja\\_Genewska.pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=opera,\(01.06.2020\).](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QQVwpEZ5Gg8J:https://www.unicef.pl/content/download/11454/94626/file/Microsoft_Word_Deklaracja_Genewska.pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=opera,(01.06.2020).)

preambule podkreślono, iż dziecko powinno otrzymać od ludzkości wszystko, co posiada ona najlepszego. Zwrócono również uwagę, że bez względu na rasę, narodowość i wyznanie dziecka, na państwie ciąży obowiązek w zakresie zapewnienia jego prawidłowego rozwoju i ochrony przed zaniedbaniami. Szerzej do praw dziecka odnosiła się uchwalona w 1959 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych Deklaracja Praw Dziecka<sup>2</sup>. W preambule tego dokumentu podkreślono konieczność wspierania dziecka z powodu jego niedojrzałości fizycznej i umysłowej, a także zapewniania mu opieki prawnej przed i po urodzeniu. Ponadto, zasada 9 wskazana w tej Deklaracji odnosi się do obowiązku zapewnienia dziecku ochrony przed wszelkiego rodzaju zaniedbaniami, okrucieństwem i wyzyskiem. Można ją zatem odnieść także do przypadków przemocy w rodzinie.

Największe znaczenie w kontekście wyznaczenia standardów ochrony praw dziecka miało jednak przyjęcie przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w 1989 r. Konwencji o Prawach Dziecka<sup>3</sup>. Składa się ona z 54 artykułów, które w sposób kompleksowy odnoszą się do praw dziecka i zabezpieczenia przez państwo ich przestrzegania. Katalog wskazanych w niej zasad obejmuje m.in prawa dziecka do: życia, pozostawania pod opieką rodziców, ustanowienia dla niego pieczy zastępczej, wolności od ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego, a także, co istotne w kontekście niniejszej pracy, ochrony przed przemocą w rodzinie.

Standardy określone w Konwencji powinny być przestrzegane przez państwa, które przystąpiły do jej postanowień.

Celem niniejszych badań jest analiza przepisów Konwencji o Prawach Dziecka, a także analiza i ocena wybranych regulacji prawnych dotyczących zadań realizowanych przez administrację publiczną w zakresie ochrony dziecka przed przemocą w rodzinie dokonana pod kątem ich zgodności ze standardami wskazanymi w Konwencji. Badania przeprowadzono wykorzystując metodę formalno-dogmatyczną, a także w węższym zakresie o metodę krytycznej analizy literatury oraz metodę historyczną.

## **Prawo dziecka do życia bez przemocy w postanowieniach Konwencji o Prawach Dziecka**

Dziecko mimo swojej niesamodzielności jest podmiotem praw i wolności przysługujących każdej istocie ludzkiej. Jak trafnie zauważa M. Andrzejewski<sup>4</sup>, prawa człowieka przysługują każdemu niezależnie od postanowień władzy

<sup>2</sup> Deklaracja Praw Dziecka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1959 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1959.html>, (01.06.2020).

<sup>3</sup> Konwencja o Prawach Dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., (Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526), ratyfikowana przez Polskę 7 czerwca 1991 r. (dalej: Konwencja).

<sup>4</sup> M. Andrzejewski, *Prawna ochrona rodziny*, Warszawa 1999, s. 167-168.



państwowej. Nie są one przez nią nadawane. Źródłem tych praw i wolności nie są zatem żadne regulacje prawne, a przyrodzona godność człowieka<sup>5</sup>. Posiada je zatem każda jednostka ludzka bez względu na rasę, płeć, wiek czy status majątkowy. Doktryna praw człowieka uznaje je za naturalne, powszechne, przyrodzone, nienaruszalne i niepodzielne<sup>6</sup>. Obowiązkiem państwa jest natomiast zapewnienie możliwości korzystania z tych praw i wolności, a także zagwarantowanie ich ochrony.

Konwencja o Prawach Dziecka została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r. Państwo polskie ratyfikowało ją jednak później, a mianowicie 7 czerwca 1991 r. Należy przy tym zaznaczyć, iż zgodnie z art. 87 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>7</sup>, ratyfikowane umowy międzynarodowe należą w Polsce do źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Jak wskazuje S. Różycka – Jaroś, są one źródłami o wysokiej randze ze względu na ich pierwszeństwo w sytuacji kolizji z regulacjami krajowymi oraz możliwość stosowania ich postanowień w sposób bezpośredni<sup>8</sup>.

W preambule Konwencji przywołano wskazane w innych międzynarodowych konwencjach i deklaracjach zasady dotyczące praw człowieka oraz stricte dziecka<sup>9</sup>. Stwierdzono w niej również, iż rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna zostać otoczona ochroną i wsparciem po to, aby mogła wypełniać w pełnym zakresie swoje obowiązki w społeczeństwie. Dodano także, iż dziecko powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym w celu osiągnięcia pełnego rozwoju. Preambuła ta akcentuje zatem potrzebę wspierania rodziny jako miejsca wychowywania dziecka, niezbędnego dla jego prawidłowego i harmonijnego rozwijania się<sup>10</sup>.

5 Szerzej o godności w kontekście praw człowieka: D. Bieńkowska, *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jako inspiracja dla współczesnych reżimów praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania. W 70. rocznicę ogłoszenia powszechnej deklaracji praw człowieka*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019, s. 19-22.

6 Zob. E. Rojowska, *Wpływ II wojny światowej na rozwój praw człowieka*, [w:] *ibidem*, s. 1.

7 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

8 Zob. Sylwia Różycka-Jaroś, *Karcenie dzieci – czyn zabroniony czy okoliczność uchylająca bezprawność?* Warszawa 2012, s. 94-95.

9 Przywołano w niej zasady określone w: Deklaracji Genewskiej przyjętej przez Ligę Narodów w 1924 r.; Karcie Narodów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 1945 r. (Dz.U. 1947 nr 23 poz. 90); Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1948 r.; Deklaracji Praw Dziecka z dnia 20 listopada 1959 r.; Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167); Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38, poz. 169).

10 M. Wilanowska, *Ewolucja postrzegania zjawiska karcenia dzieci i ich bezpieczeństwa w rodzinie w ustawodawstwie polskim na tle standardów międzynarodowych*, [w:] *Prawa człowieka...*, s. 177.

Konwencja jest uważana za podstawowe źródło standardów dotyczących ochrony przed różnymi formami krzywdzenia dzieci<sup>11</sup>. Analiza wskazanych w niej zasad pozwala zauważyć, iż odnosi się ona wielokrotnie do ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie i obowiązku zagwarantowania jej przez państwo. Rozważania na temat zasad zawartych w tej Konwencji rozpocząć należy od przywołania treści art. 2 ust. 1. Zgodnie z nią, strony Konwencji zostały zobowiązane do respektowania i gwarantowania praw w niej zawartych wobec każdego dziecka, niezależnie od jego rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, statusu majątkowego czy też określonych niepełnosprawności.

Obowiązkiem państw jest jednocześnie dbanie o dobro dzieci i jak najlepsze zabezpieczenie ich interesów. Jak wynika z art. 3 ust. 1 Konwencji, na tych zasadach mają być oparte wszystkie działania podejmowane wobec dzieci przez publiczne bądź prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze. Ponadto jak wskazano w art. 3 ust. 2 w związku z art. 4 Konwencji, dla realizacji praw uznanych w Konwencji, państwa mają podejmować wszelkie działania ustawodawcze i administracyjne. Interpretacja tych zasad wskazuje na to, iż tego typu rozwiązania powinny być wdrażane w celu zapewnienia właściwej ochrony dziecka, przy uwzględnieniu praw i obowiązków rodziców, opiekunów prawnych bądź innych osób, które z mocy określonych przepisów prawa są za dziecko odpowiedzialne. Można je zatem odnieść również do konieczności podejmowania przez państwo wszelkich środków niezbędnych do ochrony dzieci przed przemocą stosowaną w obrębie rodziny. W przypadku zaistnienia takiego problemu, państwa powinny wdrażać odpowiednie rozwiązania prawne, kierując się przede wszystkim dobrem dziecka. Może to wiązać się z ograniczeniem praw rodzicielskich osób za dziecko odpowiedzialnych.

Jest to zbieżne z zasadą wskazaną w art. 9 ust. 1, która stanowi o obowiązku państwa do nieoddzielania dziecka od rodziców wbrew jego woli. Należy jednak podkreślić, iż zasada ta zostaje wyłączona w przypadku, gdy władze podlegające nadzorowi sądowemu zadecydują o tym, iż takie oddzielenie jest niezbędne w celu ochrony najlepiej pojętych interesów dziecka. Jest to zatem działanie szczególnie uzasadnione w przypadku zaistnienia w rodzinie problemu przemocy. Dziecko może bowiem często nie posiadać świadomości, iż jest krzywdzone przez jedno lub oboje rodziców. W takiej sytuacji zadaniem państwa jest ochrona jego dobra i odizolowanie go od sprawcy bądź sprawców przemocy w rodzinie. W tym kontekście warto również zwrócić uwagę na art. 20 Konwencji. Wskazano w nim, iż dziecko posiada prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa w przypadku, gdy zostało czasowo bądź stale pozbawione

<sup>11</sup> E. Jarosz, A. Nowak, *Dzieci Ofiary Przemocy w Rodzinie. Raport Rzecznika Praw Dziecka*, Warszawa 2012, s. 33.

swojego środowiska rodzinnego bądź ze względu na własne dobro nie może w takim środowisku pozostać. Obowiązkiem państwa jest wówczas zapewnić nie takiemu dziecku opieki zastępczej.

Uszczegółowienie wskazanych już zasad w odniesieniu do przemocy w rodzinie zawarto w art. 19 ust. 1. Zawiera on nakaz podejmowania przez państwo wszelkich niezbędnych kroków dla ochrony dziecka przed przemocą fizyczną, psychiczną, krzywdą, zaniedbaniem, złym traktowaniem oraz wyzyskiem, w tym również w celach seksualnych. Nakaz ten określa zatem zagwarantowanie dzieciom ochrony przed niewłaściwym traktowaniem ze strony opiekunów sprawujących nad nimi opiekę, niezależnie od tego czy są oni rodzicami biologicznymi dziecka czy też osobami niespokrewnionymi, które zajmują się nim na podstawie przepisów prawa bądź sprawują nad nim opiekę faktyczną<sup>12</sup>. Obowiązkiem państw jest wdrażanie właściwych rozwiązań w dziedzinie ustawodawczej, administracyjnej oraz społecznej. Jak określono w art. 19 ust. 2, powinny one obejmować przedsięwzięcia ukierunkowane na tworzenie programów socjalnych mających na celu wsparcie dziecka oraz osób sprawujących nad nim opiekę, a także inne działania prewencyjne niezbędne dla ustalenia, informowania, wszczynania i prowadzenia śledztwa, postępowania, monitorowania przypadków niewłaściwego traktowania dzieci, a tam gdzie to konieczne – ingerencji sądu.

Co istotne, Polska złożyła dwa zastrzeżenia i dwie deklaracje, przystępując do Konwencji. Pierwsza deklaracja dotyczy kwestii władzy rodzicielskiej i wychowywania dzieci zgodnie z obowiązującymi w Polsce przekonaniami. Wskazuje ona, iż „Rzeczpospolita Polska uważa, że wykonania przez dziecko jego praw określonych w konwencji, w szczególności praw określonych w artykułach od 12 do 16, dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną”. Sformułowanie to mogło mieć na celu uchronienie naszego kraju przed skutkami rozbieżności między stanem prawnym i praktyką, m.in. właśnie w kwestii karcenia fizycznego dzieci a przepisami Konwencji<sup>13</sup>.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż złożenie takiej deklaracji nie umożliwiło Polsce częściowego nieprzestrzegania praw dzieci określonych w Konwencji. Karcenie fizyczne dzieci jest formą stosowania wobec nich przemocy<sup>14</sup>. Jak już wskazano, na mocy art. 19 ust. 1 państwa zostały zobowiązane do ochrony dzieci przed przemocą stosowaną przez osoby za nie odpowiedzialne, a więc

<sup>12</sup> B. Stańdo-Kawecka, *Przemoc wobec dzieci a prawo karne*, „Bioetyczne Zeszyty Pediatryi” 2006, nr 3, s. 41-52.

<sup>13</sup> S. Różycka-Jaroś, op. cit., s. 96.

<sup>14</sup> Zob. E. Jarosz, A. Nowak, op. cit., s. 22; A. Dudziak, B. Boniek, *Karcenie cielesne dzieci w kontekście wychowawczym i prawnym dawniej i dziś*, [w:] *Zagrożenia bezpieczeństwa społecznego. Wybrane problemy*, red. B. Boniek, A. Dudziak, Bydgoszcz 2015, s. 10-15; M. Arczewska, *Dobro dziecka jako przedmiot troski społecznej*, Kraków 2017, s. 86-98.

tego typu zachowania nie mogą być usprawiedliwiane zwyczajami czy też tradycjami. Aktualnie uznaje się, iż przemoc w rodzinie stanowi naruszenie praw do życia, zdrowia czy nietykalności cielesnej, a nader wszystko godności ludzkiej<sup>15</sup>. Strony Konwencji mają zatem obowiązek ich ochrony i zagwarantowania ich nienaruszalności. Druga deklaracja stanowi, iż Rzeczpospolita Polska uważa, że wychowanie w zakresie planowania rodziny oraz poradnictwo dla rodziców winno pozostawać w zgodzie z zasadami moralności. Zastrzeżenia wycofano w 2013 r.<sup>16</sup>

Warto zauważyć, że Komitet Praw Dziecka, a więc organ odpowiadający za nadzorowanie przestrzegania Konwencji wielokrotnie zwracał Polsce uwagę, iż nie wywiązuje się z jej postanowień<sup>17</sup>. Sugestie Komitetu dotyczyły przede wszystkim braku implikowania do polskiego systemu prawnego regulacji zakazujących wprost karcenia dzieci. Komitet w 2006 r. wydał uwagę ogólną nr 8 – Prawo dziecka do ochrony przed karami cielesnymi i innymi okrutnymi i poniżającymi formami karania<sup>18</sup>. Organ ten zaznaczył, iż Konwencja zakazuje stosowania jakichkolwiek form przemocy wobec dziecka, a fizyczne karcenie dzieci i inne formy ich okrutnego bądź poniżającego karania uznać należy za przemoc. Komitet wskazał, iż państwo ma obowiązek podejmowania wszelkich środków ustawodawczych, administracyjnych, społecznych i edukacyjnych w celu eliminowania takich zachowań.

Biorąc pod uwagę to stanowisko, nie można zgodzić się z poglądem wyrażonym przez L. Kociuckiego. Stwierdził on, że art. 19 Konwencji nie wyklucza interpretacji, w myśl której karcenie dziecka w ograniczonym zakresie, nie powodujące zagrożenia dla jego zdrowia czy godności, nie stanowi przemocy w rozumieniu Konwencji<sup>19</sup>. Komitet podkreślił, iż prawidłowe jej przestrzeganie wymaga likwidacji obowiązujących w państwie regulacji prawnych i zwyczajów, które umożliwiają karcenie dzieci w celach wychowawczych w rodzinie bądź innym środowisku. Rekomendował on jednocześnie implikowanie do systemów prawnych stron Konwencji wyraźnego zakazu cielesnego karcenia dzieci i stosowania wobec nich innych okrutnych i poniżających form karania. W Polsce zakaz taki wprowadzony został w 2010 r. Ustawa o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych ustaw<sup>20</sup> implikowała

<sup>15</sup> Zob. S. Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 31.

<sup>16</sup> <https://www.gov.pl/web/rodzina/wykonywanie-konwencji-o-prawach-dziecka-przez-polske>, (01.06.2020).

<sup>17</sup> Szerzej: S. Różycka-Jaroś, op. cit., s. 96-97; S. Spurek, op. cit., s. 40-41.

<sup>18</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment* (Arts. 19; 28, Para. 2; and 37, inter alia), 2 March 2007, CRC/C/GC/8, <https://www.refworld.org/docid/460bc7772.html>, (01.06.2020).

<sup>19</sup> L. Kociucki, *Ochrona dziecka przed złym traktowaniem*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999, s. 380.

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 125, poz. 842), (dalej: u.z.p.p.r.).

wówczas do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego<sup>21</sup> przepis art. 96<sup>1</sup>, który stanowi iż: „Osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim zakazuje się stosowania kar cielesnych”.

## **Działania realizowane przed administrację publiczną w zakresie ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie**

W Polsce najważniejszym aktem prawnym w kontekście ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie pozostaje uchwalona w 2005 r. ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie<sup>22</sup>. W uzasadnieniu rządowego projektu u.p.p.r.<sup>23</sup> wskazano, iż przemoc w rodzinie jest jedną z najcięższych form naruszania praw człowieka. Podkreślono w nim również, iż jest ona każdorazowo naruszeniem godności stanowiącej istotę wszelkich praw jednostki. Ponadto przemoc stanowi pogwałcenie praw do – zdrowia, wolnego wykonywania zawodu, ochrony przed pracą przymusową oraz swobodnego decydowania o miejscu pobytu. Projektodawcy u.p.p.r. wskazali jednocześnie, iż naczelnym elementem godności ludzkiej jest prawo do bezpieczeństwa i nie poddawania się przemocy, co sprawia iż ochrona ofiar przemocy powinna stanowić priorytet polityki państwa polskiego w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie. W uzasadnieniu u.p.p.r. nawiązano również do Konwencji o Prawach Dziecka uściślając, iż przewiduje ona ochronę dzieci przed przemocą.

Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie w pierwotnym brzmieniu<sup>24</sup> nie implikowała do polskiego systemu prawnego żadnych nowych zadań dla organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego. Zostały one jednakże na mocy art. 6 ust. 1 u.p.p.r. zobowiązane do realizowania zadań z zakresu przeciwdziałania przemocy w rodzinie na zasadach określonych w przepisach ustawy o pomocy społecznej<sup>25</sup> lub ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi<sup>26</sup>, z wyjątkiem sytuacji gdy przepisy u.p.p.r. stanowią inaczej. Pierwotna wersja u.p.p.r. nie zawierała również wystarczających instrumentów prawnych w zakresie ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie i niektórych innych

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, (t.j. Dz.U. 2019 poz. 2086 z późn. zm.).

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, (t.j. Dz.U. 2020 r., poz. 218), (dalej: u.p.p.r.).

<sup>23</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, druk sejmowy nr 3639, [http://orka.sejm.gov.pl/Druk14ka.nsf/wgdruk/3639/\\$file/3639.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druk14ka.nsf/wgdruk/3639/$file/3639.pdf), (01.06.2020).

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Tekst pierwotny – (Dz.U. nr 180, poz. 1493).

<sup>25</sup> Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1507 z późn. zm.), (dalej: u.p.s.).

<sup>26</sup> Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, (t.j. Dz.U. 2019 poz. 2277).

ustaw z 2010 r.<sup>27</sup>, w celu prowadzenia przez państwo skutecznej walki ze zjawiskiem przemocy w rodzinie, po 5 latach funkcjonowania u.p.p.r. wymagała znacznego rozbudowania. Projektodawcy nowelizacji u.p.p.r. z 10 czerwca 2010 r. wskazali, że przeprowadzone w niej zmiany również były ukierunkowane na efektywniejszą ochronę ofiar przemocy w rodzinie, a w szczególności dzieci.

Nowelizacja u.p.p.r. z 10 czerwca 2010 r. znacznie poszerzyła katalog zadań wykonywanych przez organy administracji rządowej i jednostki samorządu terytorialnego. Implikowała również do u.p.p.r. przepisy dotyczące tworzenia przez gminę zespołów interdyscyplinarnych, procedury „Niebieskie Karty”, uprawnienia pracownika socjalnego do odebrania dziecka z rodziny i umieszczenia go u innej niezamieszkującej wspólnie osoby najbliższej, w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej, czy też instytucji nakazu opuszczenia lokalu przez sprawcę przemocy w rodzinie. Ponadto, w sposób znaczący zmieniła zasady funkcjonowania Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie, a także poszerzyła katalog form wsparcia dla osób dotkniętych przemocą. Zmiany te należy zatem uznać za istotne również w kontekście wzmocnienia ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie.

Zespoły interdyscyplinarne i grupy robocze to struktury składające się z przedstawicieli wielu instytucji wykonujących zadania w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Takie ich ukształtowanie jest korzystne w kontekście ochrony dzieci przed przemocą. Jak bowiem podkreśla E. Jarosz, zjawisko krzywdzenia dzieci jest tak złożone i wielowymiarowe, iż jego ograniczanie wymaga zaangażowania wielu dyscyplin i różnych profesjonalistów<sup>28</sup>.

Zgodnie z art. 6 ust. 2 pkt 4 u.p.p.r. tworzenie zespołów interdyscyplinarnych jest zadaniem własnym gminy. Ich skład osobowy i zasady funkcjonowania ustawodawca określił w art. 9a-9c u.p.p.r. Jak wynika z art. 9a u.p.p.r. zespół interdyscyplinarny powoływany jest przez wójta, burmistrza bądź prezydenta miasta. W jego skład wchodzi przedstawiciele: jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, Policji, oświaty, ochrony zdrowia oraz organizacji pozarządowych, a także kuratorzy sądowi. Fakultatywnie mogą zaś do niego należeć również prokuratorzy oraz przedstawiciele innych podmiotów działających na rzecz przeciwdziałania przemocy w rodzinie.

Z punktu widzenia ochrony praw dziecka szczególnie istotna jest obecność w składzie zespołu interdyscyplinarnego przedstawiciela oświaty. Należy zgodzić się z A.M. Michałowską, która podkreśla, iż w przypadku dzieci to właśnie nauczyciel czy pedagog są w stanie dostrzec niepokojące zmiany w zachowaniu

<sup>27</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy 1698, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/WWW-wszystkie/1698?OpenDocument>, (01.06.2020).

<sup>28</sup> Szerzej: E. Jarosz, *Ochrona dzieci przed krzywdzeniem. Perspektywa globalna i lokalna*, Katowice 2009, s. 361-400.



dziecka, które mogą świadczyć o stosowaniu wobec niego przemocy<sup>29</sup>. Trzeba jednak zaznaczyć, iż u.p.p.r. powinna bardziej szczegółowo wskazywać katalog podmiotów, które wchodzi w skład tej struktury. Stwierdzenia „przedstawiciel oświaty” „przedstawiciel ochrony zdrowia” czy też „przedstawiciel policji” to pojęcia niedookreślone. Ustawodawca wyznacza tym samym gminom nader rozległą dowolność w zakresie konstruowania składu wskazanej struktury.

Zespół interdyscyplinarny na mocy art. 9a ust. 10 u.p.p.r. został wyposażony w uprawnienie do tworzenia grup roboczych, które są odpowiedzialne za rozwiązywanie problemów związanych z wystąpieniem przemocy w rodzinie w indywidualnych przypadkach. W ich skład wchodzi przedstawiciele: jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, policji, oświaty oraz ochrony zdrowia. Ponadto w pracach grupy mogą wziąć udział również kuratorzy sądowi, a także przedstawiciele innych podmiotów, specjalizujący się w dziedzinie przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Należy zatem zauważyć, iż skład grup roboczych również został przez ustawodawcę ukształtowany w sposób ogólny. Podobnie jak w przypadku zespołów interdyscyplinarnych należałoby postulować wskazanie przez ustawodawcę konkretnych podmiotów wchodzących w skład tej struktury. Z pewnością przyczyniłoby się to do ujednoczenia składu zespołów interdyscyplinarnych i grup roboczych na terenie kraju, a tym samym form działania wobec osób będących ofiarami przemocy.

Wskazany w art. 9b ust. 2 u.p.p.r. katalog zadań wykonywanych przez zespół interdyscyplinarny nie ma charakteru *numerus clausus*. Jak zaznaczył ustawodawca, obowiązkiem zespołu interdyscyplinarnego jest integrowanie i koordynowanie podmiotów wchodzących w jego skład oraz specjalistów w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie, w szczególności poprzez m.in. diagnozowanie problemu przemocy w rodzinie, podejmowanie działań w środowisku zagrożonym przemocą, inicjowanie interwencji w środowisku dotkniętym przemocą czy też inicjowanie działań w stosunku do osób stosujących przemoc. Jak słusznie wskazuje Adam Dudziak, jego celem jest zatem działalność profilaktyczna i udzielanie rodzinom pomocy w celu pokonywania trudnych sytuacji życiowych<sup>30</sup>.

Zadania grupy roboczej zostały natomiast ulokowane w art. 9b ust. 3 u.p.p.r. Wskazany tam katalog działań tych struktur również ma charakter otwarty. Grupy robocze odpowiadają zatem m.in. za opracowanie i realizację planu pomocy w indywidualnych przypadkach wystąpienia przemocy w rodzinie,

<sup>29</sup> Zob. A. M. Michałowska, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie w świetle ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie i przepisów Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku*, [w:] *Problematyka przemocy w rodzinie. Podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, E. Kowalewska-Borys, Warszawa 2012, s. 127.

<sup>30</sup> A. Dudziak, *Zespoły interdyscyplinarne. Budowanie koalicji na rzecz przeciwdziałania przemocy domowej*, [w:] *Zagrożenia bezpieczeństwa...*, s. 20.



monitorowanie sytuacji rodzin dotkniętych oraz zagrożonych przemocą w rodzinie, a także dokumentowanie podejmowanych działań i ich efektów. Jak trafnie zauważa S. Spurek<sup>31</sup>, zadania przyznane do realizacji zespołom interdyscyplinarnym i grupom roboczym nie zostały rozdzielone w sposób wyraźny. Działania grupy roboczej koncentrują się na pomocy konkretnej rodzinie i indywidualnym przypadku, lecz zadania wykonywane przez zespół interdyscyplinarny również dotyczą pomocy konkretnym rodzinom.

Jak już wspomniano, nowelizacją z 10 czerwca 2010 r. implikowano do u.p.p.r. przepisy dotyczące procedury „Niebieskie Karty”<sup>32</sup>. Zgodnie z art. 9d u.p.p.r. na jej podstawie odbywa się podejmowanie interwencji w środowisku wobec rodziny dotkniętej przemocą. Procedura ta obejmuje ogół czynności podejmowanych i realizowanych przez przedstawicieli jednostek organizacyjnych pomocy społecznej, gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, policji, oświaty i ochrony zdrowia. Może ona zostać zainicjowana przez wymienione podmioty w toku wykonywania czynności służbowych bądź zawodowych, a także w wyniku bezpośredniego zgłoszenia członka rodziny lub osoby będącej świadkiem przemocy w rodzinie. Procedura ta została szerzej uregulowana w rozporządzeniu wydanym przez Radę Ministrów w 2011 r.<sup>33</sup>

Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia NK, wszczęcie procedury „Niebieskie Karty” następuje po wypełnieniu formularza „Niebieska Karta A”<sup>34</sup> przez przedstawiciela jednego z podmiotów wskazanych w art. 9d ust. 2 u.p.p.r. Co istotne, odbywa się to co do zasady w obecności osoby, do której istnieje podejrzenie, że jest dotknięta przemocą w rodzinie. Równoległe ze wszczęciem tej procedury podejmowane są również działania mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa osobom dotkniętym przemocą w rodzinie, co wynika z § 3 tego rozporządzenia. Procedura ta jest zatem istotnym rozwiązaniem prawnym w kontekście zapewniania dzieciom ochrony przed sprawcą przemocy w rodzinie.

W tej kwestii szczególne znaczenie mają przepisy wskazane w § 5, § 6 ust. 3, § 11 pkt 2 i 4, § 15 pkt 2 rozporządzenia NK. Jak określono w § 5 tego aktu, w przypadku podejrzenia, iż ofiarą przemocy w rodzinie jest dziecko, czynności podejmowane w trakcie procedury przeprowadza się w obecności rodzica,

<sup>31</sup> S. Spurek, op. cit., s. 179-180.

<sup>32</sup> Szerzej o procedurze Niebieskie Karty: E. Kruk, *Przemoc w rodzinie a ofiara i zabezpieczenie jej praw w świetle procedury „Niebieskiej Karty” i cywilnego „nakazu opuszczenia lokalu” ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G, Ius” 2016, t. 60, z. 1, s. 88-91.

<sup>33</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta” (Dz.U. nr 209 poz. 1245), (dalej: rozporządzenie NK).

<sup>34</sup> Wzory wszystkich formularzy wykorzystywanych w przebiegu procedury „Niebieskie Karty” stanowią załączniki do wskazanego rozporządzenia Rady Ministrów.

opiekuna prawnego bądź faktycznego. Działania z udziałem takiego dziecka powinny być prowadzone w miarę możliwości przy obecności psychologa. W sytuacji, gdy o stosowanie przemocy w rodzinie podejrzewany jest rodzic bądź opiekun (prawny lub faktyczny), działania wobec dziecka podejmuje się w obecności osoby najbliższej w rozumieniu art. 115 § 11 Kodeksu karnego<sup>35</sup>. W przypadku, gdy takiej osoby nie ma, należy powiadomić sąd rodzinny<sup>36</sup>.

Po wypełnieniu formularza „Niebieska Karta A”, osobie dotkniętej przemocą przekazuje się formularz „Niebieska Karta B”. Należy jednak podkreślić, iż wówczas, gdy ofiarą przemocy jest dziecko, formularz ten przekazuje się rodzicowi, opiekunowi albo osobie zgłaszającej podejrzenie zaistnienia w rodzinie przemocy, co wynika z § 6 ust. 3 rozporządzenia NK. Jak zauważa E. Kruk<sup>37</sup>, formularz „Niebieska Karta B” stanowi istotny dowód w perspektywie podjęcia przez rodzica bądź opiekuna dziecka dalszych procedur prawnych. Zawiera on wszakże relację z przebiegu zdarzenia, która może być później wykorzystywana w procesie karnym bądź cywilnym.

Zgodnie z § 11 rozporządzenia NK, pracownik socjalny jednostki organizacyjnej pomocy społecznej ma obowiązek poinformować osobę dotkniętą przemocą w rodzinie o formach pomocy dzieciom doznającym przemocy, a także zapewnić takiej osobie, w zależności od potrzeb, miejsca w całodobowej placówce świadczącej pomoc. Zadaniem przedstawiciela oświaty natomiast jest diagnozowanie potrzeb osób dotkniętych przemocą w rodzinie, w tym w szczególności dzieci, co wynika z § 15 pkt 2 rozporządzenia NK. Zaznaczyć trzeba, iż wskazane rozporządzenie posługuje się ogólnym terminem „przedstawiciel oświaty”. Adam Dudziak uważa<sup>38</sup>, iż pojęcie to powinno być interpretowane zgodnie z zasadą dobra dziecka. Jego zdaniem to na psychologu, pedagogu szkolnym oraz wychowawcy ciąży obowiązek wypełnienia formularza rozporządzającego procedurę.

Zaznaczyć trzeba, iż jak wynika ze sprawozdania z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie za 2018 r.<sup>39</sup>, przedstawiciele Policji i jednostek pomocy społecznej wciąż znacząco dominują w statystyce dotyczącej sporządzonych formularzy „Niebieska Karta A”, inicjujących procedurę „Niebieskie Karty”. Zapoczątkowali oni odpowiednio 73 153 i 11 177

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1950 z późn. zm.).

<sup>36</sup> E. Bazyluk, M. Kulka., *Rozporządzenie w sprawie procedury „Niebieskie Karty” – komentarz*, <http://www.niebieska.info/index.php/zadania-sluzb/59-rozporzadzenie-w-sprawie-procedury-niebieskie-karty-komentarz>, (01.06.2020).

<sup>37</sup> E. Kruk, op. cit., s. 90.

<sup>38</sup> A. Dudziak, op. cit., s. 22.

<sup>39</sup> Sprawozdanie z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie za 2018 r., <https://www.gov.pl/web/rodzina/sprawozdania-z-realizacji-krajowego-programu-przeciwdzialania-przemocy-w-rodzinie>, s. 173, (01.06.2020).

postępowań w ramach wskazanej procedury. Znacznie mniejsza aktywność w tym zakresie cechuje przedstawicieli oświaty – 4413 sporządzonych formularzy, a także przedstawicieli ochrony zdrowia i gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, którzy łącznie zainicjowali 4550 interwencji. Należy zatem wysnuć wniosek, iż przedstawiciele ochrony zdrowia oraz oświaty w dalszym ciągu w niewielkim stopniu uczestniczą w przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. W kontekście ochrony dziecka przed przemocą szczególnie niepokojąca jest liczba interwencji zainicjowanych przez przedstawicieli oświaty. Pedagog szkolny oraz wychowawca jako osoby przebywające najbliżej dziecka powinni zauważać symptomy doświadczania przez niego przemocy i odpowiadać za większą liczbę wszczynanych w ramach wskazanej procedury postępowań.

W kontekście zadań realizowanych przez administrację publiczną w zakresie ochrony dzieci dotkniętych przemocą w rodzinie należy również zwrócić uwagę na zadania gminy i powiatu dotyczące zapewniania ofiarom przemocy miejsc w ośrodkach wsparcia. Wynikają one z art. 6 ust. 2 pkt 3 u.p.p.r. oraz art. 6 ust. 3 pkt 3 u.p.p.r. Zadaniem własnym powiatu jest również zapewnianie osobom dotkniętym przemocą miejsc w ośrodkach interwencji kryzysowej, co wynika z art. 6 ust. 3 pkt 4 u.p.p.r. Ponadto, powiat na mocy art. 6 ust. 4 pkt 1 u.p.p.r. został zobowiązany do tworzenia i prowadzenia specjalistycznych ośrodków wsparcia dla ofiar przemocy w rodzinie. Działanie to zostało ukształtowane przez ustawodawcę jako zadanie zlecone z zakresu administracji rządowej.

Ośrodki wsparcia zostały implikowane do polskiego systemu prawnego na podstawie ustawy z dnia 14 czerwca 1996 r. o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu<sup>40</sup>. W art. 1 tej ustawy wskazano, iż są to środowiskowe formy pomocy półstacjonarnej, służące utrzymaniu osoby w jej naturalnym środowisku i przeciwdziałaniu instytucjonalizacji. Ośrodek wsparcia został ukształtowany jednostką pomocy społecznej dziennego pobytu, ale zgodnie z art. 51 ust. 3 u.p.s., mogą być w nim prowadzone miejsca całonocnego pobytu.

Jak wynika z art. 51 ust. 4 u.p.s., ośrodkiem wsparcia może być dom dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży. Tego typu placówki funkcjonują na podstawie u.p.s. oraz rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z dnia 8 marca 2005 r.<sup>41</sup> Zgodnie z przepisem § 2 tego rozporządzenia, takie ośrodki zapewniają pobyt matkom z małoletnimi dziećmi i kobietom w ciąży, a także

<sup>40</sup> Ustawa z dnia 14 czerwca 1996 r. o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (Dz.U. 1996 nr 100, poz. 459).

<sup>41</sup> Rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z dnia 8 marca 2005 r. w sprawie domów dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży (Dz.U. 2005 nr 43, poz. 418).

ojcom z małoletnimi dziećmi i innym osobom sprawującym opiekę nad dzieckiem. Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 18 stycznia 2011 r.<sup>42</sup> stwierdził, iż „rola takiej placówki sprowadza się do całodobowego, okresowego zaspokajania potrzeb bytowych i świadczenia usług wspomagająco-opiekuńczych. Jednocześnie, ten typ ośrodków zajmuje się udzielaniem pomocy o charakterze interwencyjnym, tzn. zapewnieniem schronienia i wsparcia podczas sytuacji kryzysowej, w celu jej przezwyciężenia”. Warto zauważyć, iż w przepisie § 3 ust. 1 wskazanego rozporządzenia wyraźnie określono, iż ośrodek taki świadczy usługi w zakresie izolowania ofiar przemocy w rodzinie od sprawców.

Ośrodek interwencji kryzysowej jest jednostką udzielającą pomocy społecznej oraz wsparcia osobom, które znalazły się w trudnej sytuacji życiowej bądź rodzinnej<sup>43</sup>. Prowadzenie tego typu placówek należy do zadań własnych powiatu, co wynika z art. 19 pkt 12 u.p.s. Ośrodki interwencji kryzysowej są odpowiedzialne za reagowanie w sytuacjach kryzysowych, a, jak trafnie zauważył P. Kobes<sup>44</sup>, za taką sytuację można uznać przemoc w rodzinie. Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.p.s., interwencja kryzysowa stanowi zespół interdyscyplinarnych działań podejmowanych na rzecz osób i rodzin będących w stanie kryzysu. Jej celem jest przywrócenie równowagi psychicznej i umiejętności samodzielnego radzenia sobie, co ma prowadzić do zapobiegania przejściu reakcji kryzysowej w stan chronicznej niewydolności psychospołecznej.

Specjalistyczne ośrodki wsparcia dla ofiar przemocy w rodzinie funkcjonują na podstawie u.p.p.r.<sup>45</sup>. Jak wskazano w przepisie § 1 ust. 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 22 lutego 2011 r.<sup>46</sup>, obejmują usługi o charakterze interwencyjnym, terapeutyczno-wspomagającym i bytowym. Ośrodki te zapewniają zatem m.in. schronienie ofiarom przemocy w rodzinie i ich dzieciom, ochronę ofiar przemocy w rodzinie przed sprawcą, udzielanie wsparcia psychologicznego, prawnego oraz dostępu do opieki medycznej czy też diagnozowanie problemu przemocy i opracowywanie indywidualnego planu pomocy.

Analiza przepisów dotyczących funkcjonowania wskazanych rodzajów placówek pozwala zauważyć, iż w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa związanego z przebywaniem w jednym miejscu zamieszkania ze sprawcą, ofiary przemocy w rodzinie mogą znaleźć schronienie w ośrodkach prowadzonych przez gminy

<sup>42</sup> Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 18 stycznia 2011 r., II SA/Ol 1049/10, Lex nr 753947.

<sup>43</sup> I. Sierpowska, *Prawo pomocy społecznej*, Warszawa 2007, s. 99.

<sup>44</sup> P. Kobes, *Prawnokarne i administracyjnoprawne aspekty przemocy w rodzinie*, Bielsko-Biała 2011, s. 92.

<sup>45</sup> Zob. S. Spurek, op. cit., s. 131.

<sup>46</sup> Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 lutego 2011 r. w sprawie standardu podstawowych usług świadczonych przez specjalistyczne ośrodki wsparcia dla ofiar przemocy w rodzinie, kwalifikacji osób zatrudnionych w tych ośrodkach, szczegółowych kierunków prowadzenia oddziaływań korekcyjno-edukacyjnych wobec osób stosujących przemoc w rodzinie oraz kwalifikacji osób prowadzących oddziaływanie korekcyjno-edukacyjne (Dz.U. 2011 nr 50, poz. 259).

i powiaty. Placówki te oferują przede wszystkim doraźną, okresową pomoc, która koncentruje się na diagnozie sytuacji ofiar przemocy w rodzinie i wspieraniu ich w przełamywaniu trudności życiowych. Jak wynika z danych statystycznych wskazanych w przywołanym sprawozdaniu z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w rodzinie za 2018 r.<sup>47</sup>, w tym okresie 260 osób skorzystało z miejsc oferowanych przez gminne ośrodki wsparcia (w tym 52 dzieci), 994 osób skorzystało z miejsc udostępnionych przez powiatowe ośrodki wsparcia (w tym 218 dzieci), a 498 osób przebywało w domach dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży (w tym 281 dzieci). Ponadto 19 132 osób skorzystało z miejsc oferowanych przez ośrodki interwencji kryzysowej, z czego aż 3866 z nich stanowiły dzieci. Należy zatem stwierdzić, iż placówki te pełnią doniosłą rolę w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie, a państwo powinno dążyć do permanentnej rozbudowy ich sieci na terenie kraju.

Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie przyznaje również pracownikowi socjalnemu kompetencję do odebrania dziecka z rodziny w przypadku bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie. Szczegółowy tryb przeprowadzania tej procedury oraz sposób dokumentowania czynności określa rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 31 marca 2011 r.<sup>48</sup>. Na mocy art. 12a ust. 1 u.p.p.r., pracownik socjalny wykonujący obowiązki służbowe, ma prawo odebrać dziecko z rodziny i umieścić je u innej niezamieszkującej wspólnie osoby najbliższej w rozumieniu art. 115 § 11 Kodeksu karnego, w rodzinie zastępczej bądź w placówce opiekuńczo-wychowawczej. Jak podkreśla M. Zając, przepis ten ma zastosowanie w sytuacjach, gdy pracownik socjalny w toku wykonywania czynności jest świadkiem sytuacji zagrażającej życiu bądź zdrowiu dziecka, która zmusza go do natychmiastowego działania<sup>49</sup>. Jego analiza prowadzi do wniosku, iż nadrzędnym celem ustawodawcy było zapewnienie bezpieczeństwa dziecka poprzez umieszczenie go u innego członka rodziny. Takie rozwiązanie należy uznać za prawidłowe i najbardziej korzystne dla zdrowia psychicznego dziecka.

Co istotne, pracownik socjalny nie posiada kompetencji do podejmowania tej decyzji w sposób autonomiczny. Jak wynika z art. 12a ust. 3 u.p.p.r., rozpoczęcie takiej procedury następuje po wspólnym porozumieniu pracownika socjalnego, funkcjonariusza policji oraz przedstawiciela służby zdrowia (lekarza, ratownika medycznego lub pielęgniarki). Zgodnie z art. 12a ust. 4 u.p.p.r., to na

47 Sprawozdanie z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie..., s. 163-165.

48 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 marca 2011 r. w sprawie procedury postępowania przy wykonywaniu czynności odebrania dziecka z rodziny w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie (Dz.U. 2011 nr 81, poz. 448).

49 M. Zając, *Procedura „Niebieskie Karty”. Realizacja zadań w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, Wrocław 2012, s. 101.

pracownika socjalnym ciąży prawny obowiązek niezwłocznego powiadomienia sądu opiekuńczego, nie później niż w ciągu 24 godzin, o odebraniu dziecka z rodziny. Podkreślić przy tym należy, iż tryb umieszczania dzieci w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczo-wychowawczej regulują przepisy ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (art. 12a ust. 5 u.p.p.r.)<sup>50</sup>. Stosuje się je odpowiednio w przypadku umieszczenia dziecka u osoby najbliższej niezamieszkującej wspólnie (art. 12a ust. 5 u.p.p.r.). W art. 12b u.p.p.r. przewidziano jednocześnie możliwość złożenia przez rodziców, opiekunów prawnych lub faktycznych zażalenia do sądu opiekuńczego na odebranie dziecka. Zostało ono uregulowane w u.p.p.r. w celu ochrony interesów dziecka, ale również rodziców i opiekunów<sup>51</sup>.

Jak wynika z danych wskazanych w sprawozdaniu z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie za 2018 r.<sup>52</sup>, w tym okresie 1130 dzieci odebrano z rodziny z powodu bezpośredniego zagrożenia dla ich życia lub zdrowia w związku z przemocą w rodzinie. W tej grupie znalazło się 564 chłopców i 566 dziewczynek. Co istotne, pomimo intencji ustawodawcy do umieszczania tych dzieci w pierwszej kolejności u członków rodziny, wskazane dane jednoznacznie ukazują, iż dominuje tryb umieszczania ich w rodzinach zastępczych (563 dzieci) oraz placówkach opiekuńczo-wychowawczych (459 dzieci). U osób najbliższych wspólnie niezamieszkujących umieszczono natomiast jedynie 353 dzieci.

## Podsumowanie

Konwencja o Prawach Dziecka to międzynarodowy akt prawny, który najbardziej kompleksowo odnosi się do praw dzieci, w tym również ich prawa do ochrony przed przemocą w rodzinie. Wynika z niej jednoznacznie, że państwo powinno gwarantować dzieciom zabezpieczenie przed wszelkimi przejawami przemocy, krzywdzenia czy traktowania w poniżający sposób. Konwencja wyraźnie akcentuje, iż w przypadku, gdy zachowanie rodziców, opiekunów prawnych bądź faktycznych stanowi zagrożenie dla życia bądź zdrowia dziecka, państwo powinno zapewnić mu bezpieczeństwo, w szczególności przez zagwarantowanie opieki zastępczej. Zaznaczono w niej również konieczność opracowywania programów socjalnych dla realizacji pomocy dziecku.

Analiza zadań wykonywanych przez administrację publiczną w zakresie ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie skłania do wniosku, iż cele i sposoby

<sup>50</sup> Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (t.j. Dz.U. 2020 poz. 821).

<sup>51</sup> Szerzej: M. Zając, op. cit., s. 106-108.

<sup>52</sup> Sprawozdanie z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie..., s. 169-170.



ich realizowania są zgodne ze standardami wynikającymi z postanowień Konwencji. Szczególnie znaczenie w zakresie dostosowywania krajowych regulacji do zobowiązań Polski jako strony tego międzynarodowego aktu, miało uchwalenie w 2005 r. ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie i jej nowelizacji z 10 czerwca 2010 r. W polskim systemie prawnym pojawił się wówczas nie tylko przepis zakazujący wprost karcenia dzieci, ale również wiele administracyjnoprawnych rozwiązań, które mają istotne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia dziecku bezpieczeństwa w rodzinie dotkniętej przemocą. Tworzenie zespołów interdyscyplinarnych i grup roboczych, podejmowanie procedury „Niebieskie Karty”, a także rozbudowa sieci ośrodków wsparcia i ośrodków interwencji kryzysowej niewątpliwie przyczynia się do poprawy sytuacji dziecka jako ofiary przemocy. Niezwykle ważną instytucją jest również odebranie dziecka z rodziny, które w sposób natychmiastowy likwiduje zagrożenie dla zdrowia i życia dziecka i prowadzi do umieszczenia go u innego członka rodziny, w odpowiedniej placówce bądź rodzinie zastępczej.

Trzeba jednak podkreślić konieczność ciągłego dążenia do poprawy efektywności regulacji prawnych dotyczących przeciwdziałania przemocy w rodzinie i ich skuteczniejszego wdrażania w praktyce. W kontekście niniejszych badań szczególnie niepokojąca jest niewielka aktywność przedstawicieli oświaty w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie. Środowisko szkolne jako obok rodzinnego najbliższe dziecku powinno w większym stopniu monitorować zachowania i sytuację w rodzinie dzieci, a także natychmiastowo reagować na podejrzenie, iż mogą one być ofiarą przemocy. Prawidłowe zdiagnozowanie dziecka dotkniętego przemocą w rodzinie wymaga jednak wiedzy na temat jego możliwego zachowania i cech charakteru. Należałoby zatem postulować konieczność prowadzenia obowiązkowych szkoleń dla wychowawców realizowanych przez gminę w zakresie zadań własnych dotyczących przeciwdziałania przemocy w rodzinie.

## Bibliografia

### Źródła

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Karta Narodów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 1945 r. (Dz.U. 1947 nr 23, poz. 90).
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167).
- Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977 nr 38, poz. 169).



- Konwencja o Prawach Dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., (Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526).
- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, (t.j. Dz.U. 2019 poz. 2277).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1996 r. o zmianie ustawy o pomocy społecznej oraz ustawy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (Dz.U. 1996 nr 100, poz. 459).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1950 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, (t.j. Dz.U. 2019, poz. 1507 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Tekst pierwotny – (Dz.U. nr 180, poz. 1493).
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, (t.j. Dz.U. 2020, poz. 218).
- Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 125, poz. 842).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (t.j. Dz.U. 2020 poz. 821).
- Rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z dnia 8 marca 2005 r. w sprawie domów dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży (Dz.U. 2005 nr 43, poz. 418).
- Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 lutego 2011 r. w sprawie standardu podstawowych usług świadczonych przez specjalistyczne ośrodki wsparcia dla ofiar przemocy w rodzinie, kwalifikacji osób zatrudnionych w tych ośrodkach, szczegółowych kierunków prowadzenia oddziaływań korekcyjno-edukacyjnych wobec osób stosujących przemoc w rodzinie oraz kwalifikacji osób prowadzących oddziaływanie korekcyjno-edukacyjne (Dz.U. 2011 nr 50, poz. 259).
- Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 31 marca 2011 r. w sprawie procedury postępowania przy wykonywaniu czynności odebrania dziecka z rodziny w razie bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie (Dz.U. 2011 nr 81, poz. 448).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta” (Dz.U. nr 209, poz. 1245).
- Deklaracja Genevska uchwalona w 1924 r. przez Ligę Narodów, [https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QQVw pEZ5Gg8J:https://www.unicef.pl/content/download/11454/94626/file/Microsoft\\_Word\\_Deklaracja\\_Genevska.pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=opera](https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:QQVw pEZ5Gg8J:https://www.unicef.pl/content/download/11454/94626/file/Microsoft_Word_Deklaracja_Genevska.pdf+&cd=1&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=opera), (1.06.2020).
- Deklaracja Praw Dziecka uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1959 r., <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1959.html>, (1.06.2020).

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1948 r., [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:\\_YuZgD3RIEJ:libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/on-z/1948.html+&cd=5&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=opera](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_YuZgD3RIEJ:libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/on-z/1948.html+&cd=5&hl=pl&ct=clnk&gl=pl&client=opera), (1.06.2020).

### **Orzecznictwo**

Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 18 stycznia 2011 r., II SA/Ol 1049/10, Lex nr 753947.

### **Opracowania**

Andrzejewski M., *Prawna ochrona rodziny*, Warszawa 1999.

Arczewska M., *Dobro dziecka jako przedmiot troski społecznej*, Kraków 2017.

Bieńkowska D., *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jako inspiracja dla współczesnych reżimów praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania. W 70. rocznicę ogłoszenia powszechnej deklaracji praw człowieka*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019.

Boniek B., Dudziak A., *Karcenie cielesne dzieci w kontekście wychowawczym i prawnym dawniej i dziś*, [w:] *Zagrożenia bezpieczeństwa społecznego. Wybrane problemy*, red. B. Boniek, A. Dudziak, Bydgoszcz 2015.

Dudziak A., *Zespoły interdyscyplinarne. Budowanie koalicji na rzecz przeciwdziałania przemocy domowej*, [w:] *Zagrożenia bezpieczeństwa społecznego. Wybrane problemy*, red. B. Boniek, A. Dudziak, Bydgoszcz 2015.

Jarosz E., Nowak A., *Dzieci ofiary przemocy w rodzinie. Raport Rzecznika Praw Dziecka*, Warszawa 2012.

Jarosz E., *Ochrona dzieci przed krzywdzeniem. Perspektywa globalna i lokalna*, Katowice 2009.

Kobes P., *Prawnokarne i administracyjnoprawne aspekty przemocy w rodzinie*, Bielsko-Biała 2011.

Kociucki L., *Ochrona dziecka przed złym traktowaniem*, [w:] *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, red. T. Smyczyński, Poznań 1999.

Kruk E., *Przemoc w rodzinie a ofiara i zabezpieczenie jej praw w świetle procedury „Niebieskiej Karty” i cywilnego „nakazu opuszczenia lokalu” ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G, Ius” 2016, t. 60, z. 1.

Michałowska A.M., *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie w świetle ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie i przepisów Kodeksu postępowania karnego z 1997 roku*, [w:] *Problematyka przemocy w rodzinie. Podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, E. Kowalewska-Borys, Warszawa 2012.

Rojowska E., *Wpływ II wojny światowej na rozwój praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania. W 70. rocznicę ogłoszenia powszechnej deklaracji praw człowieka*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019.

- Różycka-Jarosz S., *Karcenie dzieci – czyn zabroniony czy okoliczność uchylająca bezprawność?*, Warszawa 2012.
- Sierpowska I., *Prawo pomocy społecznej*, Warszawa 2007.
- Spurek S., *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Stańdo-Kawecka B., *Przemoc wobec dzieci a prawo karne*, „Bioetyczne Zeszyty Ppeditrii” 2006, nr 3.
- Wilanowska M., *Ewolucja postrzegania zjawiska karcenia dzieci i ich bezpieczeństwa w rodzinie w ustawodawstwie polskim na tle standardów międzynarodowych*, [w:] *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania. W 70. rocznicę ogłoszenia powszechnej deklaracji praw człowieka*, red. D. Bieńkowska, R. Kozłowski, Warszawa 2019.
- Zajac M., *Procedura „Niebieskie Karty”. Realizacja zadań w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, Wrocław 2012.

### **Strony internetowe**

- Bazyłuk E., Kulka M., Rozporządzenie w sprawie procedury „Niebieskie Karty” - komentarz, <http://www.niebieskalinia.info/index.php/zadania-sluzb/59-rozporzadzenie-w-sprawie-procedury-niebieskie-karty-komentarz>
- <https://www.gov.pl/web/rodzina/wykonywanie-konwencji-o-prawach-dziecka-przez-polske>
- Sprawozdanie z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie za 2018 r., <https://www.gov.pl/web/rodzina/sprawozdania-z-realizacji-krajowego-programu-przeciwdzialania-przemocy-w-rodzinie>
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment (Arts. 19; 28, Para. 2; and 37, inter alia), 2 March 2007, CRC/C/GC/8, <https://www.refworld.org/docid/460bc7772.html>
- Uzasadnienie projektu ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, druk sejmowy nr 3639, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3639/\\$file/3639.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3639/$file/3639.pdf),
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy 1698, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/WWW-wszystkie/1698?OpenDocument>

## STRESZCZENIE

### **Zadania realizowane przez administrację publiczną w zakresie ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie a standardy wynikające z Konwencji o Prawach Dziecka**

Konwencja o prawach dziecka to najważniejszy międzynarodowy akt prawny w zakresie ochrony praw i wolności dzieci. W publikacji skoncentrowano się na analizie wskazanych w niej zasad dotyczących zabezpieczenia przez państwa praw dziecka do wolności przed przemocą stosowaną przez członków rodziny. Zasady te wskazują na to, iż państwa powinny podejmować wszelkie możliwe środki ustawodawcze, administracyjne i społeczne w celu ochrony dzieci przed przemocą fizyczną, psychiczną, krzywdą, zaniedbaniem, złym traktowaniem oraz wyzyskiem, w tym również w celach seksualnych. Druga część niniejszego artykułu dotyczy analizy wybranych regulacji prawnych dotyczących wykonywania przez administrację publiczną zadań związanych z ochroną dzieci przed przemocą w rodzinie dokonanej pod kątem ich zgodności ze standardami wynikającymi z Konwencji o Prawach Dziecka. Analizie i ocenie poddano regulacje dotyczące tworzenia zespołów interdyscyplinarnych i grup roboczych, procedury „Niebieskie Karty”, funkcjonowania ośrodków wsparcia tworzonych przez gminy i powiaty oraz wyposażenia pracownika socjalnego w uprawnienie do odebrania dziecka z rodziny w przypadku bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia dziecka w związku z przemocą w rodzinie. Analiza wskazanych regulacji prawnych pozwala stwierdzić, że cele i sposoby realizowania przez administrację publiczną zadań z zakresu ochrony dzieci przed przemocą w rodzinie są zgodne ze standardami wynikającymi z postanowień Konwencji o Prawach Dziecka. Należy jednak podkreślić konieczność permanentnego dążenia do poprawy efektywności obowiązujących w Polsce regulacji prawnych dotyczących przeciwdziałania przemocy w rodzinie, a przede wszystkim ich skuteczniejszego wdrażania w praktyce.

## SUMMARY

### **Tasks carried out by public administration in the field of protection of children from domestic violence in the context of compliance with the standards arising from the Convention on the Rights of the Child**

The Convention on the Rights of the Child is the most important international instrument in the protection of children's rights and freedoms. The publication focuses on the analysis of the principles indicated in it concerning the protection of the rights of the child to freedom from violence by family members. These principles indicate that States should take all possible legislative, administrative and social measures to protect children from physical and mental violence, harm,

neglect, mistreatment and exploitation, including for sexual purposes. The second part of this article concerns the analysis of selected legal regulations concerning the performance of tasks related to the protection of children from domestic violence by public administration in terms of their compliance with the standards resulting from the Convention on the Rights of the Child. The analysis and evaluation included regulations concerning the creation of interdisciplinary teams and working groups, the „Blue Cards” procedure, the functioning of support centers created by municipalities and counties and equipping a social worker with the right to take a child away from the family in the event of a direct threat to a child’s life or health due to domestic violence. The analysis of the indicated legal regulations allows to state that the objectives and ways in which the public administration carries out its tasks in the field of protection of children from domestic violence are consistent with the standards resulting from the provisions of the Convention on the Rights of the Child. However, it should be emphasized that it is necessary to constantly strive to improve the effectiveness of legal regulations in force in Poland concerning counteracting violence in the family, and above all their more effective implementation in practice.

**Giorgio Pighi**

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia  
(The University of Modena and Reggio Emilia, Italy)  
e-mail: giorgio.pighi@unimore.it

ORCID: 0000-0002-1872-749X  
DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.12

## **La tutela penale del minore migrante in Italia**

### **ABSTRACT**

#### **The criminal protection of the migrant minor in Italy**

Providing specific criminal protection for migrant minors requires the balance of two legal aspects related to the specific weaknesses of the children; on the one hand, the condition of the minor is characterized by the inadequate experience and specific risks of victimization; on the other hand, the migrant status is related to the lack of social and family references, economic need and diversity of culture. The protection the two mentioned legal aspects requires the enforcement of both different rules to be combined; the application of existing regulations, with the evaluation of the crime's circumstances, as well as the definition of new criminal figures, who identify some peculiar forms of possible aggression or endangerment, are both useful solutions for the very problematic balance of the two goods. In order to provide effective protection for migrant minors, it is essential to fully implement the principle of "last resort". Criminal protection, in fact, should only intervene in support and completion of priority preventive administrative safeguards; the administrative protection has to intervene before the commission of serious crimes, which risk compromising, even irremediably, the personality of the vulnerable minor. Otherwise, the administrative action would provide only indirect protection, with no effects on weak persons; an efficient intervention aims to preserve the fragility of the migrant child taking into account the objective risks, often very serious, due to the simultaneous of the two conditions (minor age and migration status). Criminal protection alone would not

prevent the maturing of trauma, harassment, exploitation, material and educational deprivation. The law of 7 April 2017, n. 47 «Provisions regarding the protection measures for unaccompanied foreign minors» is significant in this regard.

**Key words:** children, migrant, criminal law, last resort, legal protection, unaccompanied children

## 1. Tutela penale, bene giuridico, migranti

La tutela penale del minore migrante è un'articolazione del più ampio bene giuridico "tutela del minore" e porta a rendere tipiche modalità lesive o di messa in pericolo, riguardanti situazioni o condizioni specificamente nocive per la persona e per la vita sociale, ai danni di questa particolare tipologia di soggetto passivo del reato. Una fattispecie «dedicata», in questi casi, si rende necessaria quando quelle più generali, pur affiancate dagli altri strumenti di tutela, compresi quelli extrapenali, non riescano a raggiungere adeguatamente lo scopo. La tutela delle articolazioni dei beni giuridici, ancorché prossime ai diritti fondamentali della persona umana, al pari di ogni altra tutela, deve rispettare il limite dell'ultima ratio, evitando che la norma penale ecceda la sua funzione e intervenga strumentalmente come «cifra» di invadenti esigenze politiche, più che per l'effettivo bisogno della prevenzione generale propria del reato. Quando la tutela penale seleziona segmenti del bene giuridico di grande impatto, ovvero legati a diritti fondamentali o a situazioni di primaria importanza, oppure quando persegue disvalori particolarmente odiosi, è fondamentale la capacità del legislatore di fornire tutela con esclusivo riguardo al carattere appropriato degli strumenti, non all'impatto sul consenso, che guarda ai contenuti simbolici delle fattispecie.

Un particolare profilo di tutela dei minori migranti<sup>1</sup>, quello rivolto ai minori stranieri non accompagnati<sup>2</sup>, è stato banco di prova molto impegnativo

<sup>1</sup> Il d. lgs 18 agosto 2015, n. 142, "Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale", all'art. 18 «Disposizioni sui minori», individua compiutamente i nodi problematici della tutela del minore migrante, disponendo che «Nell'applicazione delle misure di accoglienza ... assume carattere di priorità il superiore interesse del minore in modo da assicurare condizioni di vita adeguate alla minore età, con riguardo alla protezione, al benessere ed allo sviluppo anche sociale del minore, conformemente a quanto previsto dall'articolo 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla legge 27 maggio 1991, n. 176». La norma, in attuazione dell'art. 31 co. 2 Cost individua conseguentemente gli strumenti, affermando che «per la valutazione dell'interesse superiore del minore occorre procedere all'ascolto del minore, tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale, anche al fine di conoscere le



e affrontato in maniera proficua, nel quale il legislatore si è mostrato attento a non lasciarsi lusingare dalle sirene di questa particolare insidia. Mi riferisco, in particolare, alla l. n. 47/2017<sup>3</sup> che appresta un sistema preventivo articolato, puntuale e appropriato, costruito esclusivamente con norme extrapenali.

La tutela penale dei minori e quella particolare dei minori migranti sono il frutto d'importanti impegni internazionali assunti dall'Italia sottoscrivendo trattati che fronteggiano il tragico dato d'esperienza del gran numero di situazioni in cui strumenti extrapenali non trovano spazio perché di fatto inesistenti, neppure configurabili ovvero perché concretamente non realizzati. Là dove questi strumenti sono efficacemente attuabili, le norme penali rappresentano invece l'argine imprescindibile per consentire agli interventi proattivi di protezione di produrre i loro effetti positivi.

In alcune situazioni la tutela penale è indispensabile, perché unico rimedio disponibile per contrastare aggressioni intollerabili a chi, assommando le due condizioni, di minore e di migrante, sia doppiamente debole e quindi talmente vulnerabile da rendere inadeguate le due tutele generali – come minore e come migrante – se siano le sole a fronteggiare il gravissimo problema, senza coniarle fra loro nella tutela complessiva del minore migrante.

La tutela penale dei minori migranti, possiamo dire, è assieme «duplice» e «rafforzata» in quanto raggiunge l'effetto olistico della maggiore efficacia della somma delle due tutele singole, nel perseguire la lesione o la messa in pericolo di una serie di beni giuridici primari (vita, incolumità personale, libertà, autodeterminazione, diritto all'educazione e alla protezione, ecc.) che, ai danni di questi destinatari, assumono spesso connotazioni estreme e odiose o determinano pregiudizi irreversibili nella crescita e nella vita futura.

---

esperienze pregresse e valutare il rischio che il minore sia vittima di tratta di esseri umani, nonché a verificare la possibilità di ricongiungimento familiare ... purché corrisponda all'interesse superiore del minore». La norma prevede inoltre che i figli minori dei richiedenti e i richiedenti minori siano alloggiati rispettando i vincoli parentali, che siano assicurati i servizi destinati alle esigenze della minore età, comprese quelle ricreative e che gli operatori abbiano qualifiche e formazione adeguate e siano tenuti alla riservatezza.

<sup>2</sup> Il d. lgs n. 142/2015, citato alla nota precedente, detta all'art. 19 particolari disposizioni per i minori stranieri non accompagnati, precisando che questi ultimi «sono accolti in strutture governative di prima accoglienza, istituite con decreto del Ministro dell'interno, sentita la Conferenza unificata..., per il tempo strettamente necessario, comunque non superiore a sessanta giorni, alla identificazione e all'eventuale accertamento dell'età, nonché a ricevere, con modalità adeguate alla loro età, ogni informazione sui diritti riconosciuti al minore e sulle modalità di esercizio di tali diritti, compreso quello di chiedere la protezione internazionale». La norma, dopo avere disciplinato le caratteristiche dell'accoglienza e la particolare attenzione da prestare all'assistenza psicologica, precisa che si applicano a questi minori le medesime condizioni previste per i richiedenti asilo dal servizio Sprar.

<sup>3</sup> Si veda: B. Triestina, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017*, n. 47, Piacenza 2017; J. Marzetti, *Tutori volontari per minori stranieri non accompagnati*, Rimini 2019.

La tecnica legislativa utilizzata consiste nell'apprestare tutela penale ai minori migranti specializzando o aggravando altre fattispecie, integrando i medesimi reati che tutelano i beni giuridici, della cui offesa il migrante può restare vittima in ogni fase della vita ma che, quando non abbia raggiunto la maggiore età, assumono particolare gravità in ogni caso, ovvero quando la stessa età minore configuri particolari profili di rischio e di disvalore. Quando, invece, la particolare valenza lesiva del fatto, quando commesso nei confronti del minore, non comporti la necessità di rimodellare il fatto tipico, assumerà rilievo nella quantificazione della pena, in termini di gravità del reato, ai sensi dell'art. 133 c.p.

In ogni caso, per dare effettività alla maggiore tutela, va messa in evidenza la particolare cura che il sistema deve avere per presidiare la sicurezza pubblica, attraverso il contrasto efficace del numero oscuro e dell'impunità e rafforzando la capacità di disinnescare le insidie e le situazioni critiche ai danni dei minori migranti, mettendo in campo una forte azione internazionale, per non porre a carico delle politiche sociali e di polizia dei singoli Stati l'intero peso della prevenzione che, così frammentata, non riesce ad avere presa ed incidere sulle caratteristiche criminali dell'intero fenomeno. Le leggi nazionali, soprattutto nelle emergenze e in presenza di opinioni pubbliche impaurite dai luoghi comuni securitari, sfuggono, spesso per mero opportunismo, alla dimensione transnazionale dei problemi, per non farsi carico della quota-parte del problema, come dimostrano platealmente le difficoltà insorte per accogliere proporzionalmente i profughi e per contrapporsi globalmente alla criminalità transnazionale, al cui interno maturano le situazioni più lesive e più impunte della nostra articolazione del bene giuridico.

## 2. La tutela penale del minore

Per realizzare la tutela penale del minore intervengono fattispecie che specializzano la prevenzione generale della lesione di beni giuridici fondamentali, come la vita, l'integrità fisica, la dignità, la libertà, in attuazione del precetto costituzionale dell'art. 31 co. 2 che impone di articolare la doverosa protezione dei giovani «favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

La Carta fondamentale, per scongiurare che il principio viva nell'ordinamento come semplice esortazione programmatica, dalle ricadute non verificabili, coniuga l'obiettivo con l'obbligo della legge di farsi strumento per realizzarlo con istituti specifici, chiamati a fronteggiare i rischi ai quali le persone giovani e l'infanzia sono esposte in maniera particolare, nelle diverse situazioni di volta in volta disciplinate. La Corte Costituzionale non esita a dichiarare illegittime numerose norme di legge che contraddicono la doverosa tutela differenziata dei minorenni, ravvisando irragionevole ogni trattamento non differenziato delle situazioni, ben diverse, dei minori e degli adulti. Fondamentale fu, come è noto,

la decisione sull'attenuante della minore età (art. 98 co. 2 c.p.) che deve inderogabilmente produrre effetti concreti sulla pena per qualsiasi condanna, e mai può soccombere a fronte di aggravanti, impedendo, fra l'altro, l'applicazione ai minorenni della pena dell'ergastolo<sup>4</sup>.

La tutela della gioventù e dell'infanzia, sempre doverosa in ogni situazione disciplinata dal diritto, deve essere attuata anche quando carenze, limiti e ritardi complessivi del sistema non le diano concreta attuazione e conseguentemente l'obbligo costituzionale di favorire gli istituti necessari a tale scopo, rafforzato dalla regola internazionalistica del superiore interesse del minore, vive oramai nell'ordinamento come criterio ermeneutico e norma di diretta applicazione.

Rilevante, a questo proposito, è il divario del nostro diritto penale per i minori di sviluppare insufficientemente la loro tutela penale come potenziali vittime, a fronte di una ben più incisiva determinazione per la loro condizione di rei<sup>5</sup>, pur fondamentale per specializzare, nei loro confronti, le garanzie e il rilievo imprescindibile che deve essere dato all'ancor incompleta esperienza che spesso intreccia il ruolo di reo e di vittima, e all'esigenza di non fare gravare sulla futura vita adulta le conseguenze di tale fragilità.

Anche la tutela penale dei minori vittime di reati deve raggiungere altrettanta adeguatezza di risposte, comparabili con quelle che sono assicurate, grazie anche ai numerosi interventi della Corte Costituzionale, nel trattamento penale differenziato, che consentono di affrontare le peculiarità della delinquenza giovanile senza limitarsi agli accertamenti sulla capacità d'intendere e di volere come presupposto della responsabilità colpevole, per spiegare protezione in funzione del recupero sociale e della prevenzione, rivolti all'intera platea giovanile, con trattamenti puntuali per le diverse tipologie comportamentali.

La legislazione sovranazionale e nazionale, da almeno un trentennio, tende a colmare questo ritardo, rimarcando che la tutela penale dei minori deve apprestare protezione coniugando tale salvaguardia col sistema punitivo differenziato nei confronti del minore che agisce criminosamente, per realizzare un sistema complessivo coerente di protezione quando la condizione giovanile è esposta al rischio di subire lesione o messa in pericolo di beni giuridici significativi<sup>6</sup>.

In alcuni casi il minorenne è soggetto passivo esclusivo di reati che perseguono comportamenti a suo danno che, altrimenti, sarebbero privi di rilievo penale, come nel caso di chi fruisca della prostituzione minorile. In altri casi il reato subito dal minorenne viene punito più severamente, attraverso la specializzazione delle fattispecie o il suo aggravamento. Pensiamo ai fenomeni allarmanti

<sup>4</sup> Corte Cost. 28 aprile 1994, n. 168.

<sup>5</sup> Si veda: L. Picotti, *La tutela penale del minore vittima di reato: profili sistematici e spunti critici*, 2018, <http://www.aiafrivista.it>.

<sup>6</sup> F. Nicodemi, *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale: quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?* "Diritto, immigrazione e Cittadinanza" 2017, no 1, 30 ss.

dei bambini abusati, maltrattati e violati che prevedono sanzioni più severe, limitazioni alle misure alternative, forme particolari di tutela giudiziaria della dignità, libertà e vulnerabilità delle giovani vittime, assieme alla modulazione delle attività processuali nei confronti di chi compie simili abusi, tese ad assicurare, con particolari norme, l'assunzione della prova e la sua genuinità senza ricadute negative sulle giovani vittime<sup>7</sup>.

La tutela penale dei minori che specializza le differenti offese ai loro danni, incalzata, come detto, dalla normativa sovranazionale, ha portato a nuove incriminazioni o ad articolazioni di quelle generali, per meglio assicurare la tutela della piena dignità umana al giovane, per definizione particolarmente vulnerabile per ragioni legate alla crescita, all'evoluzione e alla maturazione, e quando non sia ancora in grado di difendere autonomamente i propri diritti e, anche per questo, sia maggiormente esposto ad attività criminose, ad aggressioni individuali, a vedere forzato il consenso e l'autodeterminazione<sup>8</sup>.

Alcune fattispecie o disposizioni particolari del nostro codice sono risalenti, mentre altre sono state modellate negli ultimi decenni. Fra le prime rilevano: l'abbandono di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.), l'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), l'irrilevanza del consenso prestato dal minore degli anni diciotto alla quale consegue la responsabilità per omicidio e non per l'ipotesi più lieve nell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), l'applicazione delle pene per l'omicidio in caso di istigazione o aiuto al suicidio nei confronti di persona minore degli anni quattordici e una specifica ipotesi aggravata se quest'ultima condotta criminosa sia rivolta a chi abbia meno di diciotto anni (art. 580, co. 2 c.p.).

Quanto alle norme di più recente introduzione, vanno evidenziati l'aggravante speciale dell'omicidio doloso, che comporta la pena dell'ergastolo quando il fatto sia commesso (art. 575 co. 1 n. 5) in occasione del delitto di atti sessuali con minorenne<sup>9</sup>, e le aggressioni alla libertà di movimento, all'autodeterminazione, alla dignità personale, che si concretizzano in modalità di sfruttamento che integrano i delitti di prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.), pornografia minorile (artt. 600-ter, 600-quater e 600-quater.1 c.p.), e che perseguono il turismo teso a fruire della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.), al fine di combattere lo sfruttamento dei minori a scopo sessuale anche oltre i limiti della territorialità.

<sup>7</sup> E. Antonini, *La tutela penale dei minori nel Testo Unico sull'immigrazione*, [in:] *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, ed. R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorno, A. Viviani, Napoli 2010.

<sup>8</sup> Si veda, in particolare: D. Melossi, M. Giovannetti, *I nuovi sciuscià: minori stranieri in Italia*, Roma 2002.

<sup>9</sup> La modifica è stata inserita dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38.

Assume importanza significativa, per tutti i reati che vedono il minore rivestire il ruolo di persona offesa dal reato, la disposizione dell'art. 602-quater c.p.<sup>10</sup> in forza della quale «quando i delitti previsti dalla presente sezione sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile». La portata dell'inevitabilità dell'errore sul fatto prevista da questa fattispecie, legata alla lettura data che la Corte Costituzionale ha fatto propria sull'error iuris con la sent. n. 364/1988, è stata puntualizzata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>11</sup>, secondo la quale «il fatto tipico scusante previsto dall'art. 602-quater cod. pen. in relazione all'ignoranza inevitabile circa l'età della persona offesa, è configurabile solo se emerge che nessun rimprovero, neppure di semplice leggerezza, possa essere rivolto all'agente, per avere egli fatto tutto il possibile al fine di uniformarsi ai suoi doveri di attenzione, di conoscenza, di informazione e di controllo, attenendosi a uno standard di diligenza direttamente proporzionale alla rilevanza dell'interesse per il libero sviluppo psicofisico dei minori».

La giurisprudenza non si limita a sottolineare che deve sussistere un grado di colpevolezza che renda l'errore rimproverabile, che potrà essere escluso «solo se l'agente, pur avendo diligentemente proceduto ai dovuti accertamenti, sia stato indotto a ritenere, sulla base di elementi univoci, che il minore fosse maggiorenne». La prima conseguenza che la giurisprudenza trae è che «non sono sufficienti, al fine di ritenere fondata la causa di non punibilità, elementi quali la presenza nel soggetto di tratti fisici di sviluppo tipici di maggiorenni o rassicurazioni verbali circa l'età, provenienti dal minore o da terzi, nemmeno se contemporaneamente sussistenti». La seconda conseguenza è che il reo «ha l'onere di provare non solo la non conoscenza dell'età della persona offesa, ma anche di aver fatto tutto il possibile al fine di uniformarsi ai suoi doveri di attenzione».

### 3. La tutela penale del migrante

Anche la tutela penale del migrante si sviluppa ordinariamente attraverso una pluralità di reati strumentali rispetto alla lesione di altri beni giuridici, in particolare di quelli che possono più facilmente restare offesi nella particolare condizione di debolezza sociale.

Un primo gruppo di fattispecie rimodella e arricchisce di contenuto taluni reati del codice penale, per adeguarne la struttura alle caratteristiche attuali del fenomeno migratorio, che vede un gran numero di migranti esposti in maniera

<sup>10</sup> Introdotta dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172.

<sup>11</sup> Corte di Cassazione, 24 luglio 2017, n. 36606.

preoccupante a rischi, un tempo sconosciuti, di violazione dei diritti fondamentali della persona umana e di nuove forme di schiavitù, spesso con modalità subdole e insidiose<sup>12</sup>.

Questa scelta ha portato a riformare profondamente i delitti contro la libertà individuale, previsti dal capo terzo dei delitti contro la persona, per adeguarli alla virulenza, al carattere subdolo e alle odiose peculiarità dei nuovi fenomeni. I delitti contro la personalità individuale della sezione prima (art. 600 e ss. c.p.) sono stati riformulati e arricchiti di fattispecie nuove<sup>13</sup>, con l'aggiunta della sezione I.bis che persegue la propaganda e l'istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa (art. 604-bis e ter), riconducendo a sistema alcuni reati, fino ad allora contenuti nella legislazione speciale.

Un secondo gruppo di fattispecie, disciplinato dall'art. 12 d. lgs 25 luglio 1998, n. 286, il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, detta disposizioni contro le immigrazioni clandestine attraverso norme incentrate sulla tutela dei confini nazionali, che articolano il bene giuridico mettendo in valore anche le differenti condizioni di fragilità dello straniero che viene fatto entrare illegalmente in Italia.

La fattispecie base del co. 1 punisce con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona chiunque compie una serie di attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato «in violazione delle disposizioni del presente testo unico». La disposizione articola la tutela del bene comminando pene più elevate (reclusione da cinque a quindici anni e multa di euro 15.000 per ogni persona) in relazione al numero dei concorrenti nel reato, all'esposizione a pericolo per la vita, alla sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, al numero delle persone fatte entrare illegalmente, all'utilizzo di mezzi di trasporto internazionali, al ricorso a documenti contraffatti, alla disponibilità di armi ed esplosivi.

Il co. 3-ter aggrava da un terzo alla metà la pena della reclusione e porta la multa a euro 25.000 per ogni persona, qualora ricorrano alcune condizioni sog-

<sup>12</sup> E. Antonini, op cit.

<sup>13</sup> L'attuale disciplina è frutto di una lenta e tormentata evoluzione. La l. 3 agosto 1998, n. 269 introdusse i reati di prostituzione minorile (art. 600-bis c.p.), pornografia minorile (art. 600-ter c.p.), detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto (art. 600-quater c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies). La l. 1 ottobre 2012, n. 172 ha modificato i richiamati artt. 600-bis e 600-ter. La l. 11 agosto 2003, n. 228 ha riformulato le fattispecie dei delitti di schiavitù, servitù e tratta ( artt. 600, 601 e 602 c.p.) che sono state modificate dal d. lgs 4 marzo 2014, n. 24. La l. 15 luglio 2009, n. 94 ha introdotto il nuovo delitto di «impiego di minori nell'accattonaggio» all'art. 600-octies c.p., successivamente modificato. Il reato di pornografia virtuale (art. 600-quater.1) è stato introdotto dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38. Le circostanze aggravanti per i reati di cui agli artt. 600, 601 co. 1 e 2 e 602 previsti dall'art. 602-ter sono stati inseriti dalla l. 2 luglio 2010, n. 108.

gettive degli stranieri fatti entrare illegalmente, che danno vita al dolo specifico rappresentato dal fine di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione e rendono tipica la particolare condizione futura dei soggetti passivi quando si tratti di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento. Va rilevato che la norma dispone che queste circostanze aggravanti non possano soccombere o essere ritenute equivalenti – e quindi perdere la traduzione del disvalore che esprimono – in presenza di attenuanti (commi 3-quater e 3-quinquies).

L'espressione «da impiegare», pur non particolarmente precisa, non consiste in un dolo specifico che rende tipico l'agire finalistico del soggetto attivo del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ma nel movente della migrazione che portò il minore, o altri per lui, tra i quali può rientrare lo stesso favoreggiatore, a perseguire l'ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del t.u., in vista dell'impiego illecito indicato. Trattandosi di circostanza aggravante, il reo ne risponderà se ne era a conoscenza o se tale movente era conoscibile, ma fu ignorato per colpa o ritenuto inesistente per errore determinato da colpa (art. 59 co. 2 c.p.).

La condanna per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, nell'ipotesi semplice e in quelle aggravate, fra le quali rientra quella dei soggetti passivi minorenni da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento, comporta il regime carcerario dei reati di maggiore gravità e preclude, con la sola eccezione di chi collabora con la giustizia, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, e le misure alternative alla detenzione, in conseguenza di specifica norma contenuta nell'art. 12 co. 3-sexies del t.u. sull'immigrazione, che modifica l'art. 4-bis dell'Ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975).

#### 4. La tutela penale del minore migrante

Anche i nuovi delitti previsti nel codice penale, profondamente rimaneggiati sotto la spinta della trasformazione fenomenologica dei crimini legati ai fenomeni migratori<sup>14</sup>, al pari di quanto si è verificato per la richiamata figura del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, contengono norme poste a tutela penale del minore migrante. Due dei delitti in questione, in particolare, sono costruiti sulla condizione di fragilità alla quale deve conseguire l'assommarsi delle due tutele<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Si veda: K. Summerer, *I delitti di schiavitù e tratta delle persone*, [in:] *Trattato di diritto penale*, Vol. VIII, ed. A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2010, pp. 213 ss.

<sup>15</sup> M. Gambini, *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, "Costituzionalismo.it" 2014.



Il delitto di tratta di persone, previsto dall'art. 601 c.p.<sup>16</sup> punisce alcune condotte tipiche (reclutare, introdurre nel territorio dello Stato, ecc.) che integrano condizioni lesive di soggezione continuativa, individuate nella sostanziale schiavitù descritta dall'art. 600 c.p.<sup>17</sup>, o nel trovarsi prigionieri di tale soggezione perché rimasti vittime di inganno, violenza, minaccia e di altre modalità di prevaricazione specificamente indicate. Va sottolineato che le pronunce giurisprudenziali hanno rilevato situazioni, nello svolgersi dei processi, che fanno emergere un quadro di immensa gravità<sup>18</sup>.

Il secondo comma dell'art. 601 c.p. dispone che «alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età». Il fatto tipico differenzia, ampliandola, la tutela penale del minore e prevede che integri reato la semplice esistenza della soggezione continuativa ai sensi dell'art. 600 c.p. o la mera realizzazione delle condotte tipiche (reclutare, introdurre nel territorio dello Stato, ecc.) ai danni di un minore, anche senza inganno, violenza, ecc.<sup>19</sup>, senza che debbano ricorrere gli altri elementi descritti nella condotta tipica.

L'art. 602-ter articola disvalori particolari in alcune circostanze aggravanti speciali per i reati di cui agli artt. 600, 601 co. 1 e 2, e 602 c.p. che comportano aumento della pena da un terzo alla metà, assoggettandole, anche in questo caso, alla particolare disciplina che le esclude dal giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.) in termini di equivalenza o soccombenza rispetto ad attenuanti che, conseguentemente, opereranno una più contenuta diminuzione, intervenendo sulla pena già aumentata in modo consistente per effetto delle aggravanti<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Si veda: A. G. Cannavale, C. Lazzari, *Tratta di persone (voce)*, [in:] *Dig. Disc. Pen. terzo aggiornamento*, Torino 2005, p. 1721 ss.

<sup>17</sup> Secondo la giurisprudenza, «la condizione di integrale asservimento, necessaria per l'integrazione del delitto di riduzione in schiavitù, non è incompatibile con una certa libertà di movimento, che potrebbe, anzi, essere funzionale alla sua realizzazione – come nel caso in esame quanto all'attività di accattonaggio – ed è concetto diverso dalla totale privazione della libertà personale, che, invece, ad esso non risulta essenziale, essendo elemento tipico del delitto di sequestro di persona di cui all'articolo 605». La Corte, al riguardo, afferma la «non decisività, ai fini dell'integrazione del delitto, di una completa privazione della libertà personale, al ricorrere di specifiche condotte violente da parte dell'imputato, alla continuativa pratica di accattonaggio cui era costretta la persona offesa, alla evidente condizione di inferiorità fisica e psichica, essendo la stessa all'epoca dei fatti tredicenne e per di più incinta». Così: Cassazione, 7 giugno 2016 n. 23590.

<sup>18</sup> C. Bianchelli, *Il (dis)crimine della tratta. Un'indagine etnografica dei processi penali per riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani*, "Problemi del socialismo" 2016, LV, p. 77 ss.

<sup>19</sup> La portata della norma, precisata in giurisprudenza, comporta che «la nuova formulazione dell'articolo 601 c.p., la cui ratio risiede nell'aggravamento del regime relativo alla tratta dei minori, non abbia provocato alcun assorbimento dell'aggravante di cui all'articolo 602 ter c.p. nella fattispecie semplice ma abbia soltanto chiarito la condotta di cui al primo comma, allorquando oggetto della tratta siano soggetti minori, nel senso che la condotta della tratta è configurabile anche in assenza delle modalità esplicitate nel primo comma nell'ipotesi di minori quali soggetti passivi del contestato delitto». Così: Cassazione, 1 ottobre 2015, n.39797.

<sup>20</sup> La Corte di Cassazione, con la sentenza citata alla nota precedente, afferma che «il delitto in questione si ravvisa anche se una persona libera sia condotta con inganno in Italia, al fine di porla nel

L'art. 602-ter co. 1 c.p., aggravante speciale ad effetto speciale, aumenta la pena da un terzo alla metà «se la persona offesa è minore degli anni diciotto», per i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), di tratta di persone (art. 601 c.p.) e di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.). Il co. 4 prevede eguale aumento di pena per i reati di induzione, favoreggiamento, sfruttamento della prostituzione minorile e assimilati (art. 600-bis co. 1 e 2 c.p.), pornografia minorile (art. 600-ter co 1 c.p.) e iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.), «se il fatto è commesso approfittando della situazione di necessità del minore». Il co. 5 prevede che, negli stessi casi indicati dai co. 1 e 4 e in alcune altre ipotesi, la pena sia aumentata dalla metà ai due terzi «se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni sedici». Il co. 6 indica i casi in cui la pena è aggravata – e quindi nel caso di minorenni sarà ulteriormente aggravata – quando il fatto è commesso ai danni di persona legata da vincoli familiari o di convivenza.

La disciplina complessiva della tutela penale del minore è sorretta da speciali norme processuali funzionali alla sua effettiva realizzazione. Mi riferisco, in particolare, alla partecipazione del minore al procedimento penale prevista nella Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989, con particolare riguardo al diritto del minore di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria, ribadito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, allegata al Trattato di Lisbona entrato in vigore l'1 dicembre 2009, nella quale si afferma che «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente»<sup>21</sup>.

Il Consiglio dell'Unione europea con una decisione quadro che rimarca con puntualità la tutela della vittima nel procedimento penale<sup>22</sup> prima, durante e dopo il procedimento penale, mette in luce profili che, pur dettati in via generale per tutte le tipologie di vittime, determinano ricadute molto forti sulla tutela penale dei minori migranti, in quanto vittime particolarmente vulnerabili, che devono beneficiare di trattamenti specifici, che rispondano in modo ottimale

---

nostro territorio in condizione analoga alla schiavitù; il reato di tratta può essere, infatti, commesso anche con induzione mediante inganno in alternativa alla costrizione con violenza o minaccia. A tal proposito la novella di cui al d. lgs 4 marzo 2014, n. 24 lungi dal modificare sostanzialmente la disciplina della fattispecie delittuosa di cui all'articolo 601 c.p., ha semplicemente precisato in dettaglio le modalità attraverso le quali si realizza la tratta di esseri umani. Inoltre, ai fini della consumazione del reato di tratta di persone, con riguardo alla seconda delle ipotesi previste dall'art. 601, co. primo c. p., non è neppure necessario che venga consumato anche il reato di riduzione in schiavitù, quale previsto dalla richiamata norma, atteso che con tale richiamo si è inteso soltanto, da parte del legislatore, stabilire la necessità del dolo specifico da cui la condotta dell'agente dev'essere accompagnata, nulla rilevando, quindi, che la finalità da lui perseguita non si realizzi, ovvero si realizzi ad opera di soggetto diverso, non necessariamente concorrente con il primo».

<sup>21</sup> Si veda: *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali 2014, <https://fra.europa.eu>.

<sup>22</sup> Trattasi della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, n. 2001/220/GAI, <https://eur-lex.europa.eu>.

alle esigenze legate alla loro situazione. La decisione, infatti, afferma che «ciascuno Stato membro assicura che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione». L'Unione europea, in generale, identifica come vittima la «persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro» e ne fa quindi questione di tutela effettiva, non di mera presenza nell'ordinamento di norme necessariamente specifiche sulle diverse situazioni.

### **5. I minori stranieri non accompagnati: una condizione che esige speciale tutela**

Nel quadro della tutela penale dei minori, l'articolazione rappresentata dai minori migranti ha assunto un ruolo di primo piano in conseguenza della profonda trasformazione dei fenomeni migratori e del moltiplicarsi di forme un tempo sconosciute di sfruttamento e di lesione dei diritti fondamentali e della dignità umana, allarmanti per gravità e intensità e neppure pensabili in società che hanno debellato, da secoli, le forme più bestiali di soggiogamento.

Il nodo della mancata protezione dei minori migranti, ai quali la legge ha cercato di porre argine, consiste nell'individuare, innanzitutto, adeguate misure proattive per contrastare ben definiti rischi ai quali essi sono esposti fronteggiando molteplici criticità col dovuto rigore, superando le situazioni di debolezza del sistema nel farsene carico e persino comportamenti conniventi da parte degli adulti che dovrebbero accudirli.

Emergono contorni di fenomeni nuovi, legati in maniera particolare ai flussi irregolari dei migranti, tra i quali spicca, per importanza, quello dei minori stranieri non accompagnati, categoria definita normativamente di destinatari della protezione, che delinea una situazione aperta a molteplici rischi, rispetto ai quali il legislatore si è interrogato per individuare le risposte più efficaci, non accontentandosi di dare visibilità ai nodi problematici attraverso l'ennesimo ritocco delle fattispecie penali, spesso autoassolutorio rispetto a ritardi e carenze imperdonabili.

Appare condivisibile, per alcune evidenti ragioni, la scelta di considerare sufficienti e adeguate le fattispecie penali già esistenti, peraltro rimodellate di recente, per concentrarsi, invece, su innovazioni di carattere organizzativo e sociale, per realizzare una effettiva protezione scandita puntualmente da procedimenti verificabili.

Per prevenire gravi fatti criminosi ai danni dei minori stranieri non accompagnati, accanto alla conoscenza approfondita delle drammatiche peculiarità dei fenomeni, va affrontato e risolto il delicato problema di una particolare condi-

zione giuridica, che i legislatori hanno teso a definire, in rapporto a un fenomeno in precedenza sconosciuto, affrontando significative difficoltà. Basti pensare che il nostro ordinamento prendeva in considerazione la sola mancanza delle figure dei genitori e di chi potesse esercitare il ruolo parentale al loro venir meno, problema ben diverso, al quale, secondo una consolidata tradizione giuridica, si dà risposta con la responsabilizzazione della collettività e in particolare del Comune di residenza<sup>23</sup>.

La disciplina richiamata affronta un problema irrimediabilmente altro rispetto alla condizione dei minori stranieri non accompagnati, persino sotto il fondamentale profilo di quale autorità debba occuparsene.

Oggi, finalmente, i destinatari della protezione, secondo la definizione che ne dà la l. n. 47/2017 (c.d. “Legge Zampa”), sono le persone non ancora diciottenni, prive di cittadinanza italiana o dell’Ue, che si trovano nel territorio nazionale prive di assistenza e di rappresentanza dei genitori o di altri adulti legalmente responsabili.

Ovviamente la competenza comunale, espressione del territorio in cui il problema va gestito ha caratteristiche completamente diverse, trattandosi di bambini e ragazzi senza alcun legame preesistente, il cui numero e le cui condizioni individuali non sono né programmabili né prevedibili, che coinvolge ragazzi e bambini spesso reduci da esperienze subite, anche tragiche, che testimoniano un bagaglio di vita pesante alle spalle, nel quale ricorrono violenze, torture, schiavitù, privazioni. Queste situazioni traumatiche si assommano ad esperienze di viaggi durati mesi se non anni, senza adulti di riferimento, per raggiungere un futuro possibile in Europa.

Anche sul piano fenomenologico le caratteristiche di questa tipologia di minori sono peculiari<sup>24</sup>. Grande rilievo hanno, infatti, gli ostacoli all’integrazione

<sup>23</sup> Il già citato d. lgs 18 agosto 2015, n. 142, “Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”, (c.d. decreto accoglienza), dettò le prime disposizioni specifiche in tema di accoglienza dei minori non accompagnati, per superare l’incongrua applicazione delle norme per i minori in stato di abbandono, operando la distinzione tra prima accoglienza (per le esigenze di soccorso e di protezione immediata, in accordo col Comune nel cui territorio è situata la struttura, e gestite dal Ministero dell’interno anche in convenzione con i comuni) e di seconda accoglienza all’interno del sistema Sprar, con divieto di inserimento in Centri di permanenza per i rimpatri e in altri centri di prima accoglienza. Significativa, al riguardo, l’individuazione dei soggetti vulnerabili (art. 17): «Le misure di accoglienza previste dal presente decreto tengono conto della specifica situazione delle persone vulnerabili, quali i minori, i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta di esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all’orientamento sessuale o all’identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali».

<sup>24</sup> V. Cianciolo, *La tutela del minore straniero non accompagnato*, Maggioli 2019.

trattandosi di irregolari (*sans papier*) e, nello stesso tempo, non accompagnati e quindi soli, che diventeranno adulti in un Paese che non conoscono, chiamati ad affrontare le difficoltà di integrazione, che incideranno sul loro futuro, prime fra tutte il doveroso apprendimento della lingua e l'inserimento scolastico e lavorativo<sup>25</sup>, in un quadro di opportunità d'integrazione difficili da ottimizzare, poiché gli affidi familiari, certamente lo strumento più idoneo, riescono solo in parte a farsi carico di loro<sup>26</sup>.

Il problema è reso ancora più grave dal numero esorbitante di fughe di questi minori dai luoghi di accoglienza, derivanti dai singoli obiettivi di vita futura, rispetto ai quali il «passaggio» in Italia mira a sfuggire al «controproducente», per così dire, luogo di prima identificazione, disciplinato dagli accordi internazionali, rispetto al più agevole raggiungimento della «meta» che culminerà, passando da soli i confini, nel ricongiungimento con familiari o amici, che comporta la mancanza, per periodi anche lunghi, di alloggio, protezione e assistenza, a fronte di pesanti rischi di isolamento, abusi e lesione dei diritti fondamentali.

Un quadro umano e sociale così problematico ha portato il legislatore a tutelare questi minorenni, assecondando le particolari esigenze di salvaguardia, senza ricorrere agli specifici meccanismi generalpreventivi del sistema penale, ritenendo adeguati quelli già previsti per assolvere al compito di contrastare chi favorisce tanta disumanità. Ha pertanto valorizzato gli strumenti proattivi, articolandoli secondo una pluralità di azioni atte a soddisfare l'esigenza di tenerli lontani dal complesso di situazioni che determinano elevata esposizione a fattori criminogeni e significativa vittimizzazione<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> A. Di Nuzzo, *Minori migranti. Nuove identità transculturali*, Carocci 2020.

<sup>26</sup> A. Anzaldi e T. Guarnier (ed.), *Viaggio nel mondo degli stranieri non accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, Vol. II, In bilico fra il diritto al lavoro e lo sfruttamento, <http://www.fondazionebasso.it>.

<sup>27</sup> I programmi di protezione dei minori stranieri non accompagnati furono avviati con la sperimentazione di un sistema in rete, finanziando i comuni per la presa in carico, giungendo a risultati rilevanti nello standard di accoglienza e nell'utilizzo efficiente delle risorse pubbliche. Va ricordato che la materia dell'immigrazione è di competenza statale nel quadro del coordinamento con le Regioni (art. 117 e 118 co. 3 Cost.); in altre parole, la Costituzione prevede una riserva di legge statale nel coordinamento tra lo Stato e le Regioni. In materia trova applicazione il TUEL n. 267/2000 che prevede, qualora il Comune assolva compiti nazionali, l'obbligo dello Stato di assicurare la copertura con adeguati trasferimenti. Il Fondo nazionale per i minori stranieri non accompagnati fu istituito per superare la forte disomogeneità di interventi che erano attuati nei diversi Comuni e Regioni a favore di questa particolare categoria di migranti. Già l'art. 37-bis della l. 184/1983 aveva affermato la competenza statale, stabilendo che «al minore straniero che si trova nello Stato in situazione di abbandono si applica la legge italiana in materia di adozione, di affidamento e di provvedimenti necessari in caso di urgenza», e le disposizioni furono rafforzate dalla Convenzione ONU del 1991 sui diritti dell'infanzia, che fu ratificata con l. 27 maggio 1991 n. 176, nella quale si afferma la specificità della condizione minorile e viene proclamato il principio che l'interesse superiore del minore va considerato preminente per ogni atto che lo concerne. Il divieto di espulsione del minore previsto dall'art. 19 del Tu n. 286/98 sull'immigrazione rappresenta una modalità di attuazione molto avanzata di questo principio, rispetto al quadro internazionale. Il richiamato coordinamento fra Stato ed Enti locali comporta la creazione di un sistema nazionale, frutto dell'intesa fra tutti gli attori

Il perseguimento reattivo dei reati ai danni dei minori stranieri non accompagnati è soddisfatto delle nuove fattispecie incriminatrici a tutela dei minori migranti, che appaiono spesso particolarmente calzanti. Non vi è necessità di modulare in modo specifico la vittimizzazione dei minori stranieri non accompagnati, quando siano accertati i delitti, approfonditi nel terzo paragrafo, di riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, tratta di persone fattispecie che già apprestano tutela ai minori, con differenti modalità. Se la condizione di non accompagnati, fra l'altro, dovesse incidere sul disvalore del fatto, il giudice ne terrà conto nella quantificazione della pena.

La tutela rafforzata del minore migrante che considera come ultima ratio la risorsa penale, con scelta ragionevole, è stata ritenuta sufficiente per soddisfare la situazione particolare, le cui peculiarità richiedono soprattutto interventi extrapenalistici per far fronte ad un fenomeno che si sviluppa in numerose direzioni, le cui criticità, impongono agli stati di liberarsi da una situazione di costante emergenza<sup>28</sup>, e che possono essere così riassunte:

- dare effettiva applicazione al divieto assoluto di respingimento del minore non accompagnato alla frontiera e alla possibilità di disporre l'espulsione dello stesso solo a condizione, comunque, che il provvedimento non comporti rischi di danni gravi per il destinatario;
- realizzare strutture di prima accoglienza esclusivamente per tali minori, prevedendo un periodo molto breve di permanenza, al quale segue una collocazione più stabile e duratura;
- ricostruire, nel pieno riconoscimento del diritto all'identità, la storia personale e familiare, evidenziando gli elementi utili a predisporre la soluzione di lungo periodo, più rispondente al superiore interesse del minore<sup>29</sup>;
- tutelare l'unità familiare attraverso indagini svolte nell'esclusivo interesse del minore<sup>30</sup>, ad esito delle quali l'affidamento potrà avvenire esclusivamente se saranno individuati familiari idonei a prendersene cura,

---

istituzionali coinvolti, non solo per garantire interventi uniformi e di qualità su tutto il territorio nazionale, ma anche per favorire, grazie alla collaborazione con le Regioni, una più equa ripartizione dei destinatari. Il sistema, infatti, deve rispondere a un disegno omogeneo che coinvolga le politiche scolastiche, di formazione, lavorative, abitative e disostegno sociale, capace di valorizzare le esperienze e le competenze già acquisite nei territori, per dare ad esse continuità, favorendo azioni sinergiche tra tutte le istituzioni coinvolte.

<sup>28</sup> Si veda: *Piccoli schiavi invisibili 2019. Rapporto sui minori vittime di tratta e grave sfruttamento*, IX edizione, Save the Children, <https://s3.savethechildren.it>; e, quanto all'incidenza dell'epidemia da Covid-19 sulla tratta dei minori, cfr.: Idem, *Piccoli schiavi invisibili 2020. L'impatto del COVID-19 sulla tratta e lo sfruttamento: dalle strade all'online*, ivi.

<sup>29</sup> E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016.

<sup>30</sup> R. Borello, *Il diritto all'unità familiare nel diritto dell'immigrazione: riflessioni generali di diritto costituzionale interno e comparato*, [in:] *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, (ed.) R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorno, A. Viviani, Napoli 2010.

disponendo eccezionalmente, o in assenza di affidatari disponibili, il collocamento in comunità e garantendo il rimpatrio assistito e volontario<sup>31</sup>;

- dare piena attuazione al diritto a salute, istruzione e apprendistato, col rilascio di titoli conclusivi degli studi intrapresi anche se sia sopraggiunta la maggiore età (32).

## 6. La legge 7 aprile 2017, n. 47 «Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati»

La legge n. 47/2017 ha seguito la strada di rafforzare la tutela dei diritti dei minori stranieri non accompagnati uniformandosi ai suddetti obiettivi, da tempo indicati dagli organismi di protezione nazionale e internazionale<sup>33</sup>, rafforzata nell'efficacia generalpreventiva delle norme penali già esistenti, senza ricorrere a specifica disciplina penalistica, ritenuta superflua in forza del già intervenuto aggiornamento delle fattispecie incriminatrici<sup>34</sup>.

In un quadro di tutela penale opportunamente ridisegnato in funzione dei gravi rischi ai quali i fenomeni migratori espongono i minori, va apprezzata la cura dimostrata nella scansione degli strumenti di prevenzione generale proattiva, tesi a realizzare un sistema protettivo non emergenziale – in vero molto ambizioso – che parte dall'affermazione di principio (art. 1) secondo la quale «i minori stranieri non accompagnati sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea».

Il Parlamento ha approvato la legge in esame a seguito di indagine conoscitiva che ha coinvolto organizzazioni, istituzioni e qualificati esperti del settore, sancendo importanti principi, quali il divieto assoluto di respingimento alla frontiera dei minori stranieri non accompagnati e ha modificato la disciplina del divieto di espulsione aggiungendo all'unica ipotesi in cui è consentita (motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato), la condizione che non ricorra rischio di danni gravi per il minore.

La procedura d'identificazione, rispetto alla quale appaiono elevati i rischi di invasività lesiva della dignità personale, deve ora svolgersi con unica moda-

<sup>31</sup> L. Miazzi, *Il rimpatrio assistito del minore straniero: ancora un caso di diritto speciale?*, "Diritto Immigrazione e Cittadinanza" 2000, no 2.

<sup>32</sup> R. Bertozzi, *Le politiche sociali per i minori stranieri non accompagnati*, Milano 2005.

<sup>33</sup> R. Bichi (ed.), *Separated children. I minori stranieri non accompagnati*, Milano 2008; G. Tarzia, *Il minore straniero non accompagnato: quale tutela nel sistema legislativo italiano?*, "Minori Giustizia" 2008, no 3.

<sup>34</sup> Si vedano: *La tutela dei minori stranieri non accompagnati. Manuale operativo*, Ministero dell'Interno – Anci, [www.siproimi.it](http://www.siproimi.it); *Il sistema normativo a tutela dei minori stranieri non accompagnati*, Unhcr, Unicef e altri, in [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it); *La tutela dei minori stranieri non accompagnati. Manuale giuridico per l'operatore*, Asgi, [www.asgi.it](http://www.asgi.it).



lità, accertando l'effettiva minore età in modo attento a salvaguardare i diritti fondamentali<sup>35</sup>. Molto incisiva è la disciplina dell'accoglienza, che rafforza con modalità appropriate, il ruolo dei Comuni in funzione delle già rimarcate esigenze, riconoscendo ai minori la fruizione dei servizi territoriali e disponendo che, al compimento della maggiore età, i richiedenti asilo rimangano nei centri di seconda accoglienza (Sprar) fino alla definizione della domanda di protezione internazionale.

Viene resa più celere l'indagine familiare dando preferenza, per legge, agli affidamenti familiari rispetto al collocamento in comunità, attraverso disposizioni specifiche<sup>36</sup>. La legge prevede inoltre la possibilità di rilasciare, due differenti titoli di legittimazione a rimanere nello Stato: il permesso di soggiorno per minore età ovvero quello per motivi familiari, disponendo che quest'ultimo sia ottenibile quando ricorra la presenza della tutela legale in capo a un cittadino italiano ovvero a un cittadino straniero regolarmente soggiornante e convivente con il tutore, ovvero quando il minore sia a lui affidato, oppure sia affidato di fatto a parente entro il quarto grado. L'originaria collocazione nel sistema Sprar (servizio protezione richiedenti asilo e rifugiati, smantellato dal D.l. n. 113/2018 e sul quale il legislatore pare orientato a tornare sui propri passi), ha assunto la nuova denominazione Siproimi (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori non accompagnati).

Viene inoltre prevista l'istituzione del Sistema informativo nazionale dei minori stranieri non accompagnati, presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nel quale confluiscono le singole cartelle sociali, compilate nella fase di prima accoglienza. Dai dati raccolti da tale sistema risulta che, nel 2019, sono stati censiti 6.054 minori stranieri non accompagnati, dei quali 5.737 maschi e 317 femmine<sup>37</sup>.

Viene estesa l'assistenza sanitaria con l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale, prima prevista solamente in presenza di permesso di soggiorno già rilasciato. Tale assistenza è comunque garantita sin dal momento del rintraccio sul territorio nazionale e sono incentivate misure delle istituzioni scolastiche e formative tese a garantire l'assolvimento dell'obbligo scolastico e formativo. Sul piano dei diritti personali, vengono rafforzate le garanzie sul piano della tutela della persona e della tutela legale, assicurando, nei diversi procedimenti, assistenza affettiva e psicologica, i diritti di: essere informato, nominare un legale

<sup>35</sup> Si veda: *Norme sull'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, ASGI, (23.01.2017), [https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/minori\\_accertamento\\_eta\\_regolamento](https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/minori_accertamento_eta_regolamento)

<sup>36</sup> Si veda la scheda illustrativa e riepilogativa: *Minori stranieri non accompagnati*, Camera dei deputati, XVIII legislatura, [https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18\\_minori\\_stranieri\\_non\\_accompagnati.html](https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_minori_stranieri_non_accompagnati.html)

<sup>37</sup> Si veda: *Report mensile minori stranieri non accompagnati (msna) in Italia*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, Dati al 31 dicembre 2019, in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

di fiducia e fruire di gratuito patrocinio a spese dello Stato, con tutele rafforzate per le vittime di tratta (art. 17)<sup>38</sup>.

In attuazione delle disposizioni della legge n. 47/2017 il Governo ha trasmesso alle Camere, per il prescritto parere, uno schema di regolamento che modifica quello attuativo del t.u. sull'immigrazione in vigore<sup>39</sup>.

Per il raggiungimento delle finalità di prevenzione generale dei reati ai danni dei minori stranieri non accompagnati, realizzata attraverso modalità significative di inserimento protetto nella società, le misure delle quali si propone l'introduzione nel regolamento sull'immigrazione, hanno portata decisiva. Incidono infatti sul rilascio dei permessi di soggiorno e sulla loro conversione in ordinario permesso di soggiorno al raggiungimento della maggiore età. A questo proposito il regolamento sull'immigrazione, quindi, recepirà la semplificazione delle tipologie di permesso di soggiorno per i minori stranieri non accompagnati, disciplinando il permesso per minore età o per motivi familiari dei quali si è detto, regolando in termini attuativi la possibilità di svolgere attività lavorativa e formativa finalizzata all'accesso al lavoro, nel rispetto delle norme sul lavoro minorile, prevedendo in maniera specifica la conversione del titolo in vero e proprio permesso di soggiorno al compimento della maggiore età, anche nel caso di diniego della protezione internazionale.

## Bibliography

- Antonini E., *La tutela penale dei minori nel Testo Unico sull'immigrazione*, [in:] *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, ed. R. Pisillo Mazze-schi, P. Pustorno, A. Viviani, Napoli 2010.
- Anzaldi A., Guarnier T. (ed.), *Viaggio nel mondo degli stranieri non accompagnati: un'analisi giuridico-fattuale*, Vol. II, *In bilico fra il diritto al lavoro e lo sfruttamento*, <http://www.fondazionebasso.it>.
- Bertozzi R., *Le politiche sociali per i minori stranieri non accompagnati*, Milano 2005.
- Bianchelli C., *Il (dis)crimine della tratta. Un'indagine etnografica dei processi penali per riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani*, "Problemi del socialismo" 2016, LV.

<sup>38</sup> Va rilevato che l'art. 16 della l. n. 17 luglio 2020, n. 77 che converte il Dl 19 maggio 2020, n. 34, il c.d. «Decreto rilancio» in materia di Covid-19, dispone che i posti disponibili nelle strutture del Sistema di protezione, per un termine non superiore ai sei mesi successivi alla cessazione dello stato di emergenza, possano essere utilizzati per l'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale. Questo comporta la possibilità, secondo la prima e controversa interpretazione, che tutti i minori stranieri non accompagnati possano accedere anche ai servizi dei quali godono i titolari di protezione internazionale.

<sup>39</sup> Trattasi della proposta di Regolamento recante modifiche al D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, in attuazione dell'articolo 22 della legge 7 aprile 2017, n. 47, recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati. Si veda: *Atti del governo sottoposti a parere*, n. 181, [www.camera.it](http://www.camera.it).

- Bichi R. (ed.), *Separated children. I minori stranieri non accompagnati*, Milano 2008.
- Borello R., *Il diritto all'unità familiare nel diritto dell'immigrazione: riflessioni generali di diritto costituzionale interno e comparato*, [in:] *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, ed. R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorno, A. Viviani, Napoli 2010.
- Cannavale A. G., Lazzari C., *Tratta di persone (voce)*, [in:] *Dig. Disc. Pen. terzo aggiornamento*, Torino 2005.
- Cianciolo V., *La tutela del minore straniero non accompagnato*, Maggioli 2019.
- Di Nuzzo A., *Minori migranti. Nuove identità transculturali*, Carocci 2020.
- Gambini M., *I diritti del minore vittima di tratta e gli strumenti di tutela della persona*, "Costituzionalismo.it" 2014.
- Il sistema normativo a tutela dei minori stranieri non accompagnati*, Unhcr, Unicef e altri, [www.unhcr.it](http://www.unhcr.it);
- La tutela dei minori stranieri non accompagnati. Manuale giuridico per l'operatore*, Asgi, [www.asgi.it](http://www.asgi.it)
- La tutela dei minori stranieri non accompagnati. Manuale operativo*, Ministero dell'Interno - Anci, [www.siproimi.it](http://www.siproimi.it)
- Lamarque E., *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016.
- Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali 2014, <https://fra.europa.eu>
- Marzetti J., *Tutori volontari per minori stranieri non accompagnati*, Rimini 2019.
- Melossi D., Giovannetti M., *I nuovi sciuscià: minori stranieri in Italia*, Roma 2002.
- Miazzi L., *Il rimpatrio assistito del minore straniero: ancora un caso di diritto speciale?*, "Diritto Immigrazione e Cittadinanza" 2000, no 2.
- Minori stranieri non accompagnati*, Camera dei deputati, XVIII legislatura, [https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18\\_minori\\_stranieri\\_non\\_accompagnati.html](https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_minori_stranieri_non_accompagnati.html)
- Nicodemi F., *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale: quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?* "Diritto, immigrazione e cittadinanza" 2017, no 1.
- Norme sull'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati*, ASGI (23.01.2017), [www.asgi.it](http://www.asgi.it)
- Piccoli schiavi invisibili 2019. Rapporto sui minori vittime di tratta e grave sfruttamento*, Save the Children, IX edizione, <https://s3.savethechildren.it>
- Piccoli schiavi invisibili 2020. L'impatto del COVID-19 sulla tratta e lo sfruttamento: dalle strade all'online*, Save the Children, <https://s3.savethechildren.it>
- Picotti L., *La tutela penale del minore vittima di reato: profili sistematici e spunti critici*, 2018, <http://www.aiafrivista.it>
- Proposta di Regolamento recante modifiche al Dpr 31 agosto 1999, n. 394, in attuazione dell'articolo 22 della legge 7 aprile 2017, n. 47, recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, [in:] *Atti del governo sottoposti a parere*, Camera dei deputati, [www.camera.it](http://www.camera.it)

- Report mensile minori stranieri non accompagnati (msna) in Italia, Dati al 31 dicembre 2019*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione, [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it)
- Summerer K., *I delitti di schiavitù e tratta delle persone*, [in:] *Trattato di diritto penale*, Vol. VIII, ed. A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, , Torino 2010.
- Tarzia G., *Il minore straniero non accompagnato: quale tutela nel sistema legislativo italiano?*, "Minori Giustizia" 2008, no 3.
- Triestina B., *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza 2017.

## SUMMARY

### The criminal protection of the migrant minor in Italy

Within the framework of the broader legal aim of the criminal safeguard of the minor, the protection addressed to him/her as a migrant is a specification that standardizes injurious modalities, of damage or endangerment, which mature in specifically harmful situations or conditions. In this regard, "dedicated" rules are necessary when the general ones, albeit accompanied by other forms of criminal and extra-criminal protection, cannot adequately achieve the purpose, as urged by important international commitments undertaken by Italy, aimed at facing the tragic data experience of the large number of situations in which no form of direct protection is feasible. In these cases, it is necessary through criminal laws, to build adequate shields to intervene with forms of protection that break the ties between minors and the criminal organizations to which the trafficking of human beings is linked. In some cases, criminal protection is the only remedy to safeguard those who, combining the conditions of a minor and a migrant, are doubly weak and therefore so vulnerable as to make the two general protections – as a minor and as a migrant – inadequate if they are called, alone, to face this extremely serious problem, without combining them with each other in the overall protection of migrant minors. The protection thus becomes "double" and "strengthened" and reaches, in a holistic way, a greater effectiveness than the sum of the two single manifestations, in pursuing the injury or endangerment of a series of primary legal assets (life, personal safety, freedom, self-determination, right to education and protection, etc.) which, to the detriment of these recipients, often take on extreme and hateful connotations or determine irreversible prejudices in growth and future life.

The criminal law in these cases specializes or aggravates some crimes of which the migrant can become a victim at every stage of life but which, when a minor, are in any case particularly serious or which, when the victim is a minor, configure more relevant risk profiles and of negative value. In cases where, on the other hand, the particular detrimental value of the fact committed against the minor does not involve the need to remodel the typical crime, it will take on importance in quantifying the

sentence, because the crime will be more severe pursuant to art. 133 c.p. as for of the mode of action. To make greater protection effective, the system must safeguard it; first of all, in terms of public safety, through the effective contrast of the dark number and impunity, strengthening the ability to eliminate pitfalls and critical situations to the detriment of migrant minors, first of all those concerning unaccompanied foreign minors, which a recent law specifically deals with, implementing a strong international action. In fact, it is necessary that the social and police policies of the individual states should not bear the full weight of prevention which, however, when fragmented, cannot affect the specific criminal aspects of the entire phenomenon. National laws, especially in emergencies and in the presence of public opinion frightened by security clichés, often escape the transnational dimension of the problems out of mere opportunism, in order not to take charge of them in part-share. This is clearly demonstrated by the difficulties that have arisen to accommodate proportionately refugees and to globally oppose transnational crime, within which the most detrimental and most unpunished situations ripen to the damage of our specific legal interest in this field.



**Cinzia Valente**

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia  
(University of Modena and Reggio Emilia, Italy)  
e-mail: cinzia.valente@unimore.it

ORCID: 0000-0002-8964-9150

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.13

## **Minori stranieri non accompagnati: ordinamenti a confronto<sup>1</sup>**

### **ABSTRACT**

#### **Unaccompanied Children: comparing European legal systems**

The contribution aims to illustrate the evolution of national and European legislation on the subject of the protection of unaccompanied minors; the effectiveness of the Italian discipline and the French one in a comparative perspective as well as the European strategy are the core of the analysis. The adoption of the Italian Law 7 Aprile 2017 n. 47, so called Zampa Law, represents an important step towards the recognition of a complete protection of migrant child in the national background; the study on the enforcement of the reform will allow the evaluation of the Italian legal system's efficiency. On the other hand, I will analyze the remedies offered by the French system; in this context the regulation concerning children in civil code gets along with different legal sources. Particular attention will be paid to the state of art in the European context looking for common rules or guidelines. The analysis of national and European results will be the objective of some conclusive remarks.

**Key words:** child, migration, law, Europe, critical points

---

<sup>1</sup> Il presente contributo è elaborato nell'ambito della ricerca finanziata – project granted by European Commission, Grant decision n. 2017-1903/001-001 – relativa al progetto Jean Monnet dal titolo “Unaccompanied children: national and European protection”, cod. 587039-EPP-1-2017-1-IT-EPP-JMO-MODULE, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, responsabile scientifico prof.ssa Maria Donata Panforti. In particolare, si tratta di un compendio della relazione svolta al convegno 8 novembre 2018 e di quella svolta al convegno 10 maggio 2019.



## Minori migranti

Il presente contributo ha lo scopo di illustrare l'evoluzione della legislazione italiana sul tema della tutela dei minori stranieri non accompagnati, al fine di verificare l'efficacia di tale disciplina nel contesto europeo attraverso una analisi comparativa con il sistema francese nonché con le esigenze di tutela promosse dalle politiche comunitarie.

La promulgazione della Legge 7 aprile 2017 n. 47, c.d. Legge Zampa<sup>2</sup>, consente di inserire l'ordinamento italiano nell'elenco dei sistemi giuridici che nel panorama europeo si è dotato di una disciplina *ad hoc* per la protezione dei minori migranti che giungono in un paese straniero senza una figura adulta di riferimento.

Il dibattito che ha guidato l'*iter* di approvazione della legge è stato articolato e spinto dalla urgente necessità di intervenire in tale area per essere il sistema italiano approdo di importanti flussi migratori che inevitabilmente coinvolgono anche i minori<sup>3</sup>.

La condizione giuridica del minorenne straniero precedente l'adozione della Legge Zampa era caratterizzata dalla sovrapposizione di disposizioni di diversa origine e natura<sup>4</sup> e si presentava inorganica nel suo complesso<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> “Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale (G.U. Serie Generale n.93 del 21-04-2017) e reperibile al seguente indirizzo: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/04/21/17G00062/sg>.

<sup>3</sup> Gli ultimi dati rilevati dal Governo, a seguito del censimento reso possibile proprio grazie alla entrata in vigore della riforma, nell'agosto 2020 rivelano la presenza di 5.540 minori sul territorio italiaNo. È rilevante la circostanza che la maggior parte dei minori ha una età compresa tra i 16 ed i 17 anni tali da rappresentare circa l'80% degli ingressi. Si vedano i dati <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-agosto-2020.pdf>

<sup>4</sup> Ricordiamo a titolo di esempio: l. 4 maggio 1983 n. 184; l. 28 febbraio 1990 n. 39; l. 6 marzo 1998 n. 40; d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (c.d. Testo Unico Immigrazione), DPCM 9 dicembre 1999 n. 535; D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394; l. 30 luglio 2002 n. 1489; d. lgs. 19 novembre 2007 n. 251; d. lgs. 25 gennaio 2008 n. 25; l. 15 luglio 2009 n. 94; d. lgs. 4 marzo 2014 n. 24; DPCM 10 novembre 2016 n. 234; d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142. Sul tema si veda: M. Giovannetti, *l'accoglienza incompiuta. Le politiche dei comuni italiani verso un sistema di protezione nazionale per i minori stranieri non accompagnati*, Bologna, 2008; C. De Robbio, *Stranieri e diritto: immigrazione, diritti umani e misure di prevenzione; soggiorno e permanenza nello Stato; lavoro, famiglia e tutela dei minori; reati e trattamento processuale; procedure di espulsione*, Pisa, 2018; L. Barone, *L'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati: tra norma giuridica e agire sociale*, Key Editore 2016.

<sup>5</sup> A. Cordiano, *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, [in:] C. Fratea, I. Quaranti, *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli, 2015, 67; A. Polli, *I minori stranieri non accompagnati in Italia. Protezione, accoglienza, integrazione: la dimensione quantitativa del fenomeno*, [in:] *I minori stranieri in Italia*, R. Cadin, L. Manca, V. R. Pellegrini, Roma 2014, 127 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, [in:] *Tutela civile del minore e diritto sociale*

La stessa definizione di minore straniero non accompagnato<sup>6</sup> era “adattata” alle specifiche esigenze settoriali, quando si disciplinavano ambiti ristretti (si pensi alla tutela umanitaria, al procedimento di accertamento dell’età, al permesso di soggiorno, ecc.); la protezione garantita al minore richiedente asilo spesso correva parallela a quella del migrante pivo di una figura adulta di riferimento.

I riferimenti normativi, *ante* riforma, erano quelli dell’area del diritto dell’immigrazione che, nel sistema italiano, ha sempre rappresentato un settore dominato dal compromesso tra esigenze di regolamentazione dei flussi migratori e tutela effettiva dei migranti, con alternanza di “politiche”, più o meno severe, nei confronti dello straniero, in ragione delle mutevoli esigenze di garanzia, anche, della sicurezza nazionale.

Tali norme non sono a lungo riuscite ad assicurare il livello di protezione di cui necessita il minore quando alla vulnerabilità, propria dello *status*, si associano ulteriori elementi di fragilità quali la condizione di straniero (con quanto consegue anche solo semplicemente ai problemi linguistici, culturali, di integrazione, di accesso ai servizi sanitari, scolastici, servizi di assistenza, ecc.) e l’assenza di un adulto di riferimento che possa assumerne la responsabilità anche di cura ed educazione.

Tale circostanza ha imposto, a lungo, di integrare tali disposizioni con quelle proprie del diritto dei minori cercando un coordinamento, non sempre riuscito, e che ha lasciato ampi margini di discrezionalità oltre che lacune difficili da colmare con gli strumenti a disposizione; nonostante i principi sanciti dalla normativa internazionale ed europea a tutela dei diritti fondamentali<sup>7</sup> dei fanciulli, il rischio della sovrapposizione delle fonti normative e di “anomalie” interpretative è stato consistente.

---

della famiglia, L. Lenti, Milano 2012, 470 ss.; O. Lupo, *Disposizioni a favore dei minori*, [in:] *Codice degli stranieri commentato. Testo unico dell’immigrazione spiegato articolo per articolo e annotato con la giurisprudenza*, U. Terraciano, O. Lupo, Santarcangelo di Romagna 2011, 750-784; J. Moyersoen, G. Tarzia, *L’evoluzione della normativa sui minori stranieri non accompagnati*, “Cittadini in Crescita” 2002, 3-4, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.minoriefamiglia.it/download/moyersoen-tarzia.pdf>

<sup>6</sup> Si precisa che sebbene nei testi normativi si utilizzi la nozione di minore straniero non accompagnato non è inusuale l’utilizzo di altre definizioni quali “*children on the move*” o “*separated children*”; la prima nozione è utilizzata più genericamente per il minore migrante accompagnato mentre la seconda indica il minore migrante separato da entrambi i genitori o dal legale rappresentante essendo tuttavia possibile individuare un adulto appartenente alla famiglia (generalmente un parente). Nel presente contributo ci si riferirà al minore migrante che attraversa i confini nazionali in cerca di protezione o di migliori opportunità di vita senza un adulto di riferimento per lui legalmente responsabile.

<sup>7</sup> Cfr. R. Pisillo Mazzeschi, P. Pustorino, A. Viviani, *Diritti umani degli immigrati tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010; R. Bertozzi, *Le politiche sociali per i minori stranieri non accompagnati: pratiche e modelli locali in Italia*, Milano 2005.

Il difetto di una disciplina specifica e organica ha creato problemi quando, con l'intento di colmare la lacuna normativa, si è dovuto ricorrere, per la tutela dei minori, all'applicazione estensiva o analogica di norme dettate per altre finalità che non sempre ha generato a soluzioni idonee. Da un lato, l'impiego di disposizioni relative ai minorenni non era in grado di tenere in debita considerazione l'aspetto "internazionale" tipico di tali situazioni e, dall'altro, l'utilizzo delle regole inerenti il diritto dei migranti non sempre era capace di privilegiare il benessere del minore, principio cardine della tutela minorile. L'adeguamento del sistema normativo interno agli *standard* europei e sovranazionali e alla tutela del minore derivante dall'adesione del sistema italiano alle convenzioni internazionali, tra le quali la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo 1989, è apparso, prima della nuova normativa, un traguardo, talvolta, di difficile realizzazione.

La riforma introdotta con la legge Zampa è stata, da molti, considerata la soluzione alle incertezze, alle difficoltà e ai dubbi normativi precedentemente sollevati.

Ci si propone di verificare, nei paragrafi che seguono, l'efficacia di tale disciplina attraverso l'analisi delle sue concrete applicazioni a livello interno e l'idoneità ad essere modello di riferimento anche in ambito sovranazionale.

### **La tutela del minore straniero non accompagnato in Italia: punti di forza e criticità**

La legge Zampa<sup>8</sup> fornisce una definizione completa ed esaustiva di minore straniero non accompagnato (art. 2)<sup>9</sup> che elimina qualsiasi distinzione riferibile alla presentazione o meno di domanda di protezione internazionale e si propone di introdurre una disciplina organica per la loro tutela che ha il merito, immediatamente riconosciuto dalla comunità scientifica, di avere ratificato il principio, tanto importante quanto indiscusso, della parità di diritti tra minori

<sup>8</sup> Sul tema la bibliografia è ampia a titolo di esempio: T. Bruno, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza 2017; C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/2017 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017, 2, p. 1 ss.; T. Guarnier, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, [in:] *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, M. C. De Cicco, A. Latino, Napoli 2016, p. 267 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Sant'Arcangelo di Romagna 2018.

<sup>9</sup> Ai fini di cui alla presente legge, per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minorenne non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano.

stranieri e minori italiani (art. 1) espressamente sancendo, in un testo normativo, il carattere di vulnerabilità del minore.

Postulato immanente nel nostro ordinamento per discendere da principi sovranazionali (art. 2, 3 Convenzione ONU<sup>10</sup>, art. 24 Carta Nizza, solo per citare le “carte fondamentali” a tutela dei minori più importanti) la cui consacrazione nella riforma elimina qualsiasi possibilità di equivoco e rappresenta il principio guida che, associato alla tutela “prioritaria” del benessere del minore, dovrebbe impedire qualsiasi manipolazione della normativa in oggetto.

E in effetti *prima facie* la regolamentazione appare incentrata – se trascuriamo la tecnica del rinvio per alcune disposizioni che vanno a modificare o implementare altri atti normativi – sulla risoluzione dei problemi emersi con la precedente legislazione e sulla copertura normativa del fenomeno ad ampio raggio.

Una più attenta analisi e la messa in opera di tale legge, a distanza di alcuni anni dalla sua promulgazione, rende, tuttavia, manifesto qualche limite che, ad ogni modo, non inficia la validità dei principi fondamentali posti alla base della riforma.

Dopo la definizione e la proclamazione del principio di pari trattamento la legge prosegue sancendo il divieto di respingimento (art. 3), identificando le misure di accoglienza (art.4), prevedendo procedimenti di identificazione del minore (art. 5), istituendo la figura del tutore volontario (art. 11) e riconoscendo altri diritti essenziali del minore (accesso alle strutture sanitarie, all’istruzione, diritto di ascolto e di difesa, artt. 14-16); si chiude con norme specifiche per il minore vittima di tratta o richiedente protezione internazionale (artt. 17-18).

La tutela del benessere del minore è affermata con forza e trova conferma anche nella necessità di provvedere ad un immediato scambio di informazioni e documentazione con il paese di origine del minore (art. 6), salvo il caso in cui vi sia richiesta di protezione internazionale; tanto risulta utile sia per l’identificazione del minore che per valutare la necessità di un eventuale rimpatrio assistito laddove sia la scelta migliore per la sua salute psico-fisica.

Contrariamente a quanto accadeva nella vigenza della precedente regolamentazione<sup>11</sup>, una visione puerocentrica permea l’intera disciplina e, rispetto al precedente sistema normativo, alcune aree di intervento hanno fatto registrare significativi miglioramenti.

<sup>10</sup> Tanto era stato oggetto di specifica menzione anche Committee on the Rights of the Child (Thirty-ninth session 17 May – 3 June 2005) in occasione del GENERAL COMMENT NO. 6 (2005) Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin.

<sup>11</sup> L. Miazzi, G. Perin, *Legge 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri in Diritto*, “Immigrazione e cittadinanza” 2009, 4, p. 127; L. Miazzi, *Minori non accompagnati nella legge 189/2002: un passo avanti e mezzo indietro sulla strada dell’integrazione*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza” 2002, 3, p. 68 ss.

Si pensi al sistema di accoglienza che, prima, interamente gestito dagli Enti locali faceva fatica a sopportare i costi del mantenimento dei minori agevolando soluzioni che portavano spesso al respingimento degli sbarchi; il nuovo sistema di accoglienza invece si caratterizza per essere regolato su scala nazionale in centri dedicati esclusivamente ai minori con personale dedicato a quelle specifiche esigenze<sup>12</sup>.

Sebbene i problemi non siano completamente risolti e l'ausilio dei centri locali rimane un elemento presente per fare fronte alle numerose richieste, neanche agevolate da una equa distribuzione dei minori che rimangono concentrati nelle regioni del sud Italia, il nuovo sistema appare astrattamente idoneo a soddisfare nell'immediatezza le prime necessità di "ricovero" del minore.

Rispetto al passato<sup>13</sup> sono aumentate le competenze del personale nei centri di accoglienza che vedono il minore affiancato dal mediatore culturale e da eventuali specialisti (sebbene non sia sviluppato ancora un sistema di accoglienza specifico per minori fragili).

Una semplificazione importante è senza dubbio quella che ha sostituito il regime delle precedenti plurime tipologie di permessi di soggiorno con soltanto due modelli: quello per minore età (di fatto utilizzato nella maggior parte dei casi) e quello per motivi familiari (legato al possibile affidamento familiare del minore).

La criticità che si lega a simile aspetto è il raggiungimento della maggiore età e la mancata previsione di norme di "collegamento" al fine di consentire o quanto meno agevolare l'automatica permanenza nel territorio. Accade, dunque, che il compimento degli anni diciotto e il venire meno del *favor minoris* possa impedire la concessione del permesso di soggiorno se non vi siano diverse ragioni.

Anche il tema dell'accertamento della identità e della età dello straniero rintracciato sul territorio ha subito importanti modifiche. Se precedentemente alla riforma l'accertamento era svolto in maniera discontinua sul territorio e con procedure locali differenti, la Legge Zampa ha scandito anche temporalmente la necessità di identificare il minore ed appurare la sua età biologica soprattutto al fine di verificare l'applicabilità o meno della riforma<sup>14</sup>.

Si è sancito il principio della minore invasività delle misure da utilizzare per l'accertamento sempre accompagnate dall'informativa allo stesso e dall'acqui-

<sup>12</sup> La riforma prevede che una volta rintracciato il minore nel territorio italiano questo sia collocato in un centro di prima assistenza dove coadiuvato dal mediatore culturale e dal tutore se già nominato – diversamente il responsabile del centro ne farà le veci – nel termine di 10 dovrà essere identificato. Decorso il termine di 30 giorni il minore dovrà essere collocato in un centro di seconda accoglienza – SIPROIMI – o presso una famiglia affidataria.

<sup>13</sup> G. Candia, F. Carchedi, F. Giannotta, G. Tarzia, *Minori erranti. L'accoglienza ed i percorsi di protezione*, Roma, 2009; M. Giovannetti, *Percorsi di accoglienza e di esclusione dei minori non accompagnati*, "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza" 2008, 2.

<sup>14</sup> In caso di dubbio si applica il principio più favorevole al minore così che si presume la minore età; in tal senso anche Consiglio di Stato, 29 dicembre 2017 n. 6191.

sizione del suo consenso; in questa fase il minore dovrebbe essere sempre coadiuvato dal tutore e dal mediatore. Psicologi e specialisti, inoltre, lo affiancano nel delicato compito di costruzione della identità con lo scopo di comprendere le motivazioni che hanno spinto il minore ad affrontare il viaggio, quella esperienza e le aspettative per il futuro.

In questo delicato procedimento la collaborazione del tutore con le istituzioni (Prefetture, forze di polizia, istituzioni straniere, consolato, ecc.) svolge un ruolo fondamentale; competenze linguistiche e sociali sono essenziali per il conseguimento di buoni risultati e la gestione di eventuali conflitti.

Le procedure di accertamento sono state uniformate<sup>15</sup> solo a distanza di anni dalla promulgazione della legge ed erano fino ad oggi affidate alle prassi locali così che si registravano rilevanti differenze nei diversi servizi di accoglienza dove spesso si rischiava di rallentare le operazioni di controllo.

In data 9 luglio 2020 è stato approvato il Protocollo multidisciplinare<sup>16</sup> che grazie all'intervento di diversi professionisti (l'assistente sociale, lo psicologo dell'età evolutiva, sempre alla presenza del mediatore culturale, fino al pediatra) fornisce un'assistenza complessiva al minore.

Una conquista fondamentale è stata l'introduzione della figura del tutore volontario.

Si tratta di colui che assume l'onere di rappresentare il minore in ambito sostanziale e giudiziale ma soprattutto di recepire tutte le esigenze dello stesso e di tradurle in atti giuridicamente rilevanti mediante la presentazione di istanze, domande, ecc. e dunque curare, ad esempio, la presentazione della richiesta di protezione internazionale, permesso di soggiorno, iscrizione al servizio sanitario, iscrizione scolastica.

Il ruolo di interprete delle esigenze del minore avvicina molto la figura del tutore a quella genitoriale tanto da considerarlo una sorta di "genitore sociale" la cui nomina deve rispondere a carattere di tempestività (per assicurare una

<sup>15</sup> Sulla situazione *ante riforma* si segnala G. Savio, *I metodi di accertamento dell'età cronologica dei sedicenti minori stranieri tra giurisprudenza e prassi applicative*, in *Questione Giustizia on line*, 5 marzo 2015. Un modello di riferimento era il Protocollo per l'identificazione e per l'accertamento olistico multidisciplinare dell'età dei minori non accompagnati della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 3 marzo 2016.

<sup>16</sup> Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati reperibile in [www.minori.gov.it](http://www.minori.gov.it). Tale atto prevede una serie di fasi: colloquio sociale (condotto dall'assistente sociale con l'ausilio del mediatore e volto ad acquisire notizie sulla storia e biografia personale); valutazione psicologica (condotta dallo psicologo o dal neuropsichiatra infantile con l'ausilio del mediatore e finalizzato a valutare il grado di maturazione psicologica del minore); visita pediatrica auxologica (per le misurazioni antropometriche, maturazione corporea e sviluppo puberale); il tutto utilizzando modalità non invasive. Un momento importante è quello della comunicazione al minore di tutte le informazioni inerenti la fase di accertamento dell'età in una lingua per lui comprensibile così come sarà allo stesso resa nota la relazione multidisciplinare redatta ad esito degli accertamenti.

tutela immediata ed effettiva), imparzialità (dovendo rispondere solo delle esigenze del minore), qualità (nel senso di competenze in ambito di promozione dell'interesse del minore), responsabilità (dovendo rispondere del suo operato), partecipazione (nel senso di predisposizione ad ascoltare e rispettare le necessità del minore e tradurle in atti concreti indirizzati al suo benessere); il tutto nel rispetto del principio di non discriminazione.

L'accertamento dei requisiti utili alla nomina avviene a seguito di procedura ad evidenza pubblica (bando regionale) per l'inserimento presso il Tribunale per i minorenni.

Tra i spesso requisiti compaiono (oltre alla cittadinanza italiana, la "ineccepibile condotta" sotto il profilo morale e l'assenza di provvedimenti di decadenza/limitazione dalla responsabilità genitoriale) il possesso di specifico titolo di studio (almeno diploma di scuola secondaria), qualità professionali e personali utili allo svolgimento dell'incarico conseguite attraverso formazioni specifiche, conoscenza delle lingue straniere, esperienze di assistenza o educative.

A seguito di preselezione il candidato viene ammesso alla formazione specifica, all'esito della quale viene iscritto nell'elenco per la nomina; sono previsti ulteriori momenti formativi.

La criticità in questo contesto è ancora una volta riconducibile alla carenza dei protocolli attuativi anche in ordine alla nomina e ai requisiti dei tutori. A correttivo di tale situazione con la modifica apportata nel dicembre 2017, il riconosciuto ruolo dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza<sup>17</sup> ha consentito allo stesso di elaborare in questo ambito Linee Guida<sup>18</sup> per la selezione, formazione e iscrizione negli elenchi dei tutori volontari.

Manca ancora la disciplina di alcuni aspetti di particolare importanza quali l'istituzione della copertura assicurativa per la responsabilità civile dei tutori, permessi lavoro per l'espletamento dell'incarico e il rimborso delle spese (essendo l'incarico completamente gratuito). Così come rimane incertezza sui criteri di stima relativi al numero dei tutori necessari a fare fronte alle esigenze dei minori presenti nel territorio; accade che il numero più nutrito di "abilitati" (Emilia Romagna) non risieda nella zona che registra il maggior numero di minori (Sicilia).

È evidente che lo svolgimento di tale incarico non può essere condotto a distanza in quanto è necessaria vicinanza morale ma anche fisica. Solo il contatto quotidiano potrà garantire l'instaurarsi di un rapporto efficace. Accade così che laddove il numero dei tutori è ridotto rispetto alle necessità reali, si richieda la disponibilità dello stesso tutore a coadiuvare più minori, con il rischio di livellare verso il basso l'efficienza del servizio.

<sup>17</sup> F. Albano, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, "Minorigiustizia" 2017, 3, p. 57.

<sup>18</sup> <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/Linee%20guida%20tutori%20volontari.pdf>



Sebbene la disciplina introdotta con la legge Zampa abbia raggiunto buoni risultati, avendo fatto chiarezza, su alcuni principi generali, rimangono degli aspetti critici<sup>19</sup>, quali quelli relativi alle limitazioni introdotte con il c.d. decreto sicurezza<sup>20</sup> che rischiano di vanificare l'opera di integrazione sociale dei minori al raggiungimento della maggiore età; anche il problema legato alla disponibilità delle risorse economiche rappresenta un elemento in grado di minare l'efficacia della riforma.

Una disomogenea applicazione della riforma, dovuta alla parziale mancanza dei protocolli attuativi, rischierebbe di vanificare gli sforzi tesi a garantire un trattamento uniforme creando divari che potrebbero compromettere l'efficacia della riforma.

Si pensi ad esempio che l'accesso al servizio sanitario (per rendere effettivo il diritto alla salute), se da un lato è finalmente slegato dal permesso di soggiorno, dall'altro richiede per la "registrazione" nel sistema sanitario il rilascio del codice fiscale e la residenza; talvolta i ritardi nell'espletamento di simili attività propedeutiche (soprattutto quando non è ancora nominato il tutore) rischiano di lasciare inattuata la tutela apprestata dalla legge. Diverse sono le prassi registrate nelle varie Regioni per accelerare la soluzione di tale problema così che

<sup>19</sup> Il tema della tutela processuale che inizialmente era stato oggetto di discussione per avere lasciato inalterato il sistema binario, tra Giudice Tutelare e Tribunale per i minorenni (sul punto si veda C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, op. cit., p. 11), è stato risolto con la modifica apportata dal d. lgs. 22 dicembre 2017 n. 217 n. 220 che affida al secondo la competenza "esclusiva". In questa stessa direzione si era espressa anche prima del "correttivo" la giurisprudenza di legittimità: Cass. 7 dicembre 2017 n. 29514 contra Cass. 26 aprile 2017 n. 10212. Sugli aspetti critici si veda E. Cukani, *Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati*, "Consulta on line" 2019, 2, p. 256 ss.

<sup>20</sup> D. L. 4 ottobre 2018 n. 113; si veda anche Circolare Ministero dell'Interno, 27 dicembre 2018. Si tratta dello stesso atto legislativo che, tra l'altro, ha abrogato il permesso di soggiorno per protezione umanitaria introducendo invece quello per protezione speciale; tale modifica ha creato una serie di difficoltà nel coordinamento di tale normativa con quella sui minori stranieri non accompagnati nel passaggio che segna il raggiungimento della maggiore età ai fini del mantenimento delle misure di accoglienza. Occorrerà valutare i singoli casi ed operare le dovute distinzioni rispetto alla eventuale disposizione di proseguo amministrativo (disposto dal Tribunale per i Minorenni per autorizzare un prolungamento al fine di favorire la conclusione del processo di inserimento sociale finalizzato alla autonomia) che generalmente consente la permanenza in strutture SIPROIMI; in mancanza occorrerà valutare lo status e verificare se il soggetto fosse o meno già inserito in SIPROIMI. Per semplificare si può dire che il richiedente asilo potrà rimanere fino alla definizione del procedimento di accertamento dello stato di rifugiato, i titolari di status di rifugiato potranno rimanere nella struttura SIPROIMI per un periodo di 6 mesi, quelli con permesso per cure mediche o casi speciali saranno accolti nel SIPROIMI per adulti, gli ex minori stranieri non accompagnati che hanno richiesto la conversione del permesso di soggiorno non avranno garantita alcuna accoglienza. Si veda sul punto la Scheda per tutori e operatori elaborata da ASGI <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/07/Scheda-accoglienza-MSNA-dopo-i-18-anni.pdf>. una critica al decreto sicurezza: L. F. Peris Cancio, *Peggio se vulnerabili: gli effetti del decreto sicurezza sui minori non accompagnati*, "Minorigiustizia" 2019, 1, 75 ss.

anche nella fase applicativa la legge stessa potrebbe creare disparità di trattamento legate alla diversa collocazione geografica del minore.

Efficacia già messa a rischio dalla difficoltà nella gestione di numeri importanti che spesso impediscono il rispetto dei 30 giorni previsti dalla legge per il trasferimento del minore dal centro di prima accoglienza a quello di seconda accoglienza o alla famiglia affidataria; circostanza pure aggravata dalla disomogenea distribuzione dei minori sul territorio che vedono alcune regioni gravate in misura maggiore rispetto ad altre che avrebbero a disposizione un più alto numero di tutori disponibili.

Un ulteriore elemento che merita di essere segnalato riguarda il ricorso all'affidamento che è rimasto un rimedio quasi completamente inattuato (in parte anche per la mancata efficace politica di divulgazione e formazione delle famiglie affidatarie) con grave danno non solo al minore, che rimane sprovvisto di una famiglia "sostitutiva", con quanto consegue in ordine a migliori possibilità di cura ed educazione, ma anche a detrimento degli obiettivi di integrazione ed inclusione. Tale ultimo programma spesso rimane inoperante anche in ragione del breve periodo disponibile: la gran parte dei minori registrati è già diciassettenne e destinata ad "uscire" dalla protezione offerta dalla legge Zampa quasi immediatamente, se non vi sia, come spesso accade, un "proseguo amministrativo".

Si sarebbe forse potuta ipotizzare una soluzione "intermedia" tra la seconda accoglienza e l'affidamento familiare, capace di offrire ai minori "grandicelli" soluzioni più adatte alla loro raggiunta autonomia ma capaci di aiutarli nel processo di inserimento sociale; sono molti i programmi piloti avviati dalle Regioni e/o da enti locali o associazioni<sup>21</sup> ma anche in questo caso manca coordinamento e uniformità.

In estrema sintesi si può sostenere che la riforma abbia portato l'ordinamento italiano su un livello di protezione dei minori stranieri non accompagnati adeguato sotto il profilo astratto, ma che necessita ancora di un perfetto adeguamento sotto il profilo pratico anche alla luce delle problematiche emerse in sede di prime applicazioni.

---

<sup>21</sup> Si veda ad esempio la soluzione offerta da Fondazione Casa della Carità, che mette a disposizione appartamenti per ospitare i minori dai 16 ai 18 anni seguiti da operatori (<http://www.casadellacarita.org/minori-non-accompagnati.html>); Famiglia Santa Gemma è una comunità che accoglie minore dai 3 ai 17 anni (<https://www.famigliasantagemma.it/accolgenza-per-minori-stranieri-non-accompagnati>); il Consorzio cooperative sociali di Salerno che raccoglie varie comunità che offrono accoglienza ai minori ([www.consorziorada.it](http://www.consorziorada.it)) o ancora il servizio predisposto dal Comune di Reggio Emilia mediante un modello organizzativo che coinvolge le comunità educative residenziali.

## Il minore non accompagnato nel sistema francese: una disciplina in costruzione

La condizione del minore straniero non accompagnato nel sistema francese risente, come in quello italiano, delle politiche sociali e nazionali in tema di immigrazione<sup>22</sup>.

Non vi è un unico testo normativo di riferimento, ma occorre coordinare disposizioni di diversa natura<sup>23</sup> come gli articoli del codice civile in tema di minori, leggi di dettaglio circolari ed atti “amministrativi”. Un aggiornamento della disciplina esistente è stato effettuato nel 2016, in occasione della riforma sulla protezione dei minori, in generale, che ha poi portato all’adozione di circolari e decisioni ministeriali anche in tema di minori stranieri<sup>24</sup>.

Non esiste, dunque, una definizione unica di questo fenomeno che viene generalmente ricavata dal combinato disposto della nozione di minore (contenuta nel codice civile, art. 388) e quella di isolamento<sup>25</sup> (art. 1, arret 17 novembre 2016).

L’attenzione dedicata al fenomeno migratorio minorile ha sollevato, anche in questo ordinamento, il problema della doppia vulnerabilità derivante dalla

<sup>22</sup> B. Masson, *Mineurs isolés étrangers: le sens d’une appellation*, “Migrations Société” 2010, 22, p. 115 ss.; G. Perin, *Il trattamento giuridico dei minori stranieri non accompagnati al compimento della maggiore età: uno sguardo comparato all’esperienza francese*, in “MinoriGiustizia” 2008, 3; F. Julien-Laferrière, *Droit des étrangers*, Paris 2000.

<sup>23</sup> Il sistema francese distingue la posizione del minore richiedente protezione internazionale da quella del minore non richiedente; nella prima ipotesi vi sono norme più specifiche. Si veda: B. Lavaud Legendre, A. Tallon, *Mineurs et traite des etres humains en France. De l’identification a la prise en charge. Quelles pratiques? Quelles protections?*, “Chronique Sociale” 2016, p. 252.

<sup>24</sup> Si può fare riferimento a: LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 *relative à la protection de l’enfant*; décret 2016-840 du 24 juin 2016; Circulaire du 31 mai 2013 *relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l’abri, d’évaluation et d’orientation*; Arrêté du 28 juin 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 *relatif aux modalités de calcul de la clé de répartition des orientations des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille*; Arrêté du 23 septembre 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 *relatif à la composition et aux règles de fonctionnement du comité de suivi du dispositif national de mise à l’abri, d’évaluation et d’orientation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille*; Arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 *relatif aux modalités de l’évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille*; Circulaire interministerielle du 25 janvier 2016 *relative à la mobilisation des services de l’État auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels*; Circulaire du ministère de la Justice du 1er novembre 2016 *relative à la mise en oeuvre exceptionnelle d’un dispositif national d’orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais*; Décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 *relatif aux modalités d’évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d’un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes*

<sup>25</sup> “La personne est considérée comme isolé lorsqu’aucune personne majeure n’en est responsable légalement sur le territoire national ou ne le prend effectivement en charge et ne montre sa volonté se de voir durablement confier l’enfant, notemment es saisant le juge competent”.

minore età (nonché dal sesso, dalla situazione economica, dalla sistemazione, ecc.) e dall'essere un minore "solo". L'aspetto della "solitudine" (più che l'assenza di persone legalmente responsabili) è stato a lungo caratteristica dominante in tale sistema che li definiva "*mineur isolé étranger*"<sup>26</sup>. Solo con la riforma del 2016 tale definizione è stata sostituita da quella di "*mineur non accompagné*", volendo in tal modo focalizzare l'attenzione sulla condizione di fanciullo o adolescente piuttosto che sulla nazionalità.

In ogni caso, ci si riferisce a soggetti di età inferiore a 18 anni che non hanno la nazionalità francese e che si trovano sul territorio senza rappresentanti legali.

Lo *status* di minore conferisce il riconoscimento dei diritti tipici del fanciullo (in particolare quello del minore in pericolo<sup>27</sup>) e, *in primis*, il divieto di discriminazione e la tutela del suo benessere.

Il minore straniero beneficia di garanzie sostanziali (condizioni materiali e morali adeguate, diritto all'istruzione<sup>28</sup>, alla salute<sup>29</sup>, alla tutela da maltrattamenti, diritto ad esprimere la propria opinione ed essere ascoltato, ecc.) come di quelle procedurali.

Nonostante la disorganicità delle fonti, si delinea con chiarezza la necessità di garantire al minore giuste condizioni in rapporto alla sua età<sup>30</sup>.

L'accertamento della minore età diviene, anche in questo sistema, il presupposto per l'accesso alla tutela "rafforzata".

<sup>26</sup> H. Fulchiron, P. Malaurie, *Droit de la famille*, 7 ed., Paris 2020; H. Fulchiron, *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, 2019; L. Ait Ahmed, E. Gallant, H. Meur, *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ? Actes du colloque du 21 juin 2018*, 2019; D. Senovilla Hernandez, *Analyse d'une catégorie juridique recente: le mineur étranger non accompagné, séparé ou isolé*, "Revue Européenne des Migrations Internationales" 2014, 30, 1, p. 17 ss.

<sup>27</sup> Art. 375 code civile e l. 221-1 Code de l'Action Sociale et des Familles (CAFS): "*La santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises*".

<sup>28</sup> L'obbligo scolastico è fissato ai 16 anni e l'accesso alla istruzione non può essere condizionato dalla nazionalità o dalla lingua; si veda *Circulaire n. REDE1236612C du 2 Octobre 2012 relative à l'organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés*.

<sup>29</sup> Al suo arrivo il minore può beneficiare dell'assistenza medica dello stato senza soddisfare alcuna condizione di anzianità sul territorio francese; se è collocato presso un terzo può beneficiare dell'assicurazione per malattie del terzo o la Protezione universale per le malattie (PUMA); quando è affidato ai servizi sociali beneficia gratuitamente delle cure mediche e della protezione malattie.

<sup>30</sup> In tal senso si è espressa Commission National Consultative des droits de l'homme, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2003 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (disposition nationale de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation)* in *Commission National Consultative des droits de l'homme, Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2003 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (disposition nationale de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation)* in <https://www.cncdh.fr>.

La prima criticità è emersa proprio in relazione alle procedure di determinazione dell'età che, in ragione della circolare 31 maggio 2013 (sulle modalità di presa in carico dei minori stranieri<sup>31</sup> e del protocollo tra Stato e Dipartimenti<sup>32</sup>) ammette indagini mediche ed in particolare ossee; al di là, della inattendibilità di simili risultanze<sup>33</sup>, per limiti scientifici dell'esame radiografico sollevata da diverse parti, il Comitato Nazionale Etico si era già espresso sulla sua inutilizzabilità, in linea con il Comitato dei Diritti del Fanciullo<sup>34</sup> del 2009.

Si è rivelato come i test ossei si accompagnano spesso, per il completamento dell'indagine diagnostica, ad altri esami fisici che includono lo sviluppo puberale, senza tuttavia fornire certezze sull'esito; il comitato aveva dunque *“recommande en consequence qu'il soit mis fin a tout examen phisique pour conclure a la minorité ou a la majorite d'un jeune isole etranger”*.

Presa di posizione alquanto severa se si pensa che la direttiva 2013/32/UE lasciava espressamente spazio alla legislazione nazionale in ordine agli accertamenti medici.

La questione è stata caratterizzata da un clima di sospetto introdotto dal testo delle leggi di riferimento e dalla loro interpretazione<sup>35</sup> che delinea un quadro nel quale la minore età deve essere dedotta sia dal colloquio con il minore sia dagli eventuali documenti, di cui occorre verificare l'autenticità e, solo in via residuale, in caso di dubbio persistente, attraverso indagini mediche.

Il rischio dell'eventuale falsità dei documenti, prodotti dal minore o acquisiti dal paese di origine, porterebbe a valorizzare gli approfondimenti degli esami medici, ma a detrimento del benessere del minore.

La circolare interministeriale del 25 gennaio 2016 ha affrontato tale problematica con indicazioni di dettaglio nella scelta dei parametri di riferimento, individuando gli strumenti disponibili per l'accertamento dell'età; il colloquio<sup>36</sup> con il minore è il primo *step* da affrontare in quanto diretto a verificare la provenienza ed acquisire dati relativi alla famiglia (composizione, età e luogo di abitazione), accertare le competenze linguistiche, il grado di scolarizzazione, comprendere i dettagli del viaggio e i progetti futuri come le aspettative del minore; tutti elementi utili, insieme alla valutazione generale delle sembianze fisiche, a fornire una idea sull'età.

<sup>31</sup> Circulaire JUSF1314192C du 31 mai 2013 *relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers: dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation*.

<sup>32</sup> *Protocole du 31 mai 2013, Dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étrangers* sottoscritto dal Ministro degli interni, Ministro degli Affari Sociali e Salute e Ministro della Giustizia con il presidente de l'ADF.

<sup>33</sup> *Judge des Tutelles de Limonges*, 3 octobre 2003, n. 2003/121.

<sup>34</sup> Comitato dei diritti del fanciullo 22 giugno 2009 – osservazioni finali: France, CRC/C/FRA/CO/4 § 87.

<sup>35</sup> M. Blondel, *Le mineur isolé étranger demandeur d'asile en France: entre nécessité de protection et résistance sécuritaire*, in *La revue des Droits de l'Homme*, 2018, 13.

<sup>36</sup> Secondo i parametri indicate nell'arret 17 novembre 2016 pris en application du decret n. 2016-840 du 24 juin 2016.

Tale fase è contestuale a quella della verifica dei documenti presentati dal minore<sup>37</sup> o all'acquisizione di quelli necessari per l'identificazione dello stesso<sup>38</sup>.

Solo a seguito dell'analisi di simili dati si potrà immaginare, persistendo il dubbio, di accedere ad accertamenti clinici sempre attuabili solo a seguito di consenso del minore (che includono dati clinici, riscontri sull'apparato dentale e quello osseo, ecc.) ed in presenza di equipe medico-legale, con la precisazione che detti esami devono essere disposti dall'autorità giudiziaria.

In altre parole, si deve procedere dapprima alla valutazione "sociale" del minore in base alle sue dichiarazioni e poi alla procedura di verifica documentale (servizi di polizia, frontiere e prefetture); solo in caso di dubbio si attiva la fase degli accertamenti medici<sup>39</sup> che includono, ad oggi, anche le indagini radiologiche<sup>40</sup> (ma non più quelli di valutazione della maturazione sessuale).

Rimane tuttavia una disomogeneità nella applicazione di simile procedura a livello locale<sup>41</sup>.

È fermo, comunque, il principio in base al quale in caso di dubbio, la minore età si presume<sup>42</sup>.

Quanto all'accoglienza<sup>43</sup>, è necessario che il minore sia collocato immediatamente in un luogo di ricezione provvisorio<sup>44</sup> (e d'urgenza) in gestione ai Servizi Dipartimentali per l'aiuto sociale ai minori ed entro 5 giorni si proceda alla sua successiva sistemazione<sup>45</sup> (questo è il lasso di tempo in cui dovrebbe svolgersi l'accertamento dell'identità e dell'età del minore).

<sup>37</sup> Conseil D'Etat, 13 dicembre 2002, n. 232013 che dichiara come l'insieme di indizi corroborati dalle circostanze renderebbero inutili anche le indagini documentali.

<sup>38</sup> Art. 47 code civil.

<sup>39</sup> Si precisa che, con riferimento agli accertamenti medici, è stata posta l'attenzione sulla necessità di acquisire il consenso informato del minore in osservanza delle norme vigenti in materia (artt. 1111-4 e 1111-2 del codice della salute pubblica). A. Gelblat, R. Medard Inghilterra, *L'interet supérieur de l'enfant: radiographie d'une exigence constitutionnelle*, in *La Reveu des droit de l'homme*, 2019, 19.

<sup>40</sup> Loi n. 2016-297 du 14 mars 2016, art. 43.

<sup>41</sup> Si segnala in proposito il progetto pilota per l'uniformazione della procedura di accertamento dell'età e di accoglienza promosso da CNAPE, Rapport. Accompagner & accueillir les mineurs non accompagnés. Au regard de leur besoins, 2018 in [https://www.infomie.net/I MG/pdf/1\\_cnape\\_rapport\\_accompagnement\\_accueil\\_mna\\_2018.pdf](https://www.infomie.net/I MG/pdf/1_cnape_rapport_accompagnement_accueil_mna_2018.pdf)

<sup>42</sup> Questo è il contenuto della circolare 25 gennaio 2016 che si pone in linea con il Comitato dei Diritti del Fanciullo 2016 (Comitato dei diritti del fanciullo 23 febbraio 2016 – osservazioni finali: France, CRC/C/FRA/CO/5).

<sup>43</sup> D. Attias, L. Khaiat, *Les enfants non accompagnés. L'Etat du droit et des bonnes pratiques en France*, "Société de législation comparée" 2017, 11, p. 236.

<sup>44</sup> Decret n. 2016-840 di 26 juin 2016 e art. L. 221-2-2 CAFS

<sup>45</sup> È bene sottolineare che al momento in cui il minore viene ricevuto alla frontiera può essere oggetto di un provvedimento di allontanamento e rinvio al paese di origine. Nelle more di tale decisione il minore viene trattenuto presso una zona di attesa nella quale il minore potrà comunque svolgere una domanda di asilo. Si noti che la c.d. zona di attesa è sottoposta a disciplina speciale che si sottrae

Il Consiglio Dipartimentale provvederà poi alla segnalazione al Procuratore della Repubblica per ottenere il relativo provvedimento di sistemazione (e prima di riconoscimento di minore età). Seguono l'adozione della misura di assistenza educativa e la collocazione del minore sotto la protezione legale del Servizio Sociale di assistenza (ASE<sup>46</sup>) presso un Dipartimento locale.

Il minore potrà essere collocato in diverse strutture (dedicate ai minori stranieri o miste, talvolta in appartamenti o camere d'albergo, soprattutto nella sistemazione provvisoria) o più raramente presso una famiglia.

È questa un'altra delle criticità del sistema francese che registra differenze nell'accoglienza dei minori e rischia talvolta di apparire inappropriato ai bisogni dei bambini.

Manca, inoltre, nel sistema in oggetto una organica previsione che, a tutela dei minori, preveda l'inserimento di personale specializzato e qualificato nei servizi per la gestione del minore; il riferimento è al mediatore culturale, agli educatori, ecc.

Né vi è una compiuta regolamentazione del problema della rappresentanza del minore.

Se l'istituto della tutela<sup>47</sup> (come disciplinata dal codice civile artt. 373 e 390 *code civil*) trova applicazione nei casi di incapacità e assenza dei genitori, le tempistiche necessarie ad avviare e concludere tale procedimento non sono confacenti alle esigenze di celerità che caratterizzano la nomina di un responsabile del minore.

Questo è anche il motivo per il quale nell'ipotesi, invece, "più grave" in cui il minore abbia svolto domanda di asilo, trova applicazione l'istituto dell'amministratore *ad hoc*<sup>48</sup>, se tradizionalmente viene nominato quando sorge un conflitto di interessi tra minore e legale rappresentante, è oggi impiegato per svolgere un ruolo di rappresentanza ed assistenza immediata, previa formazione, nel caso specifico del minore straniero<sup>49</sup>.

In conclusione, rimane anche nell'ordinamento francese la consapevolezza che occorre continuamente adattare la legislazione all'evoluzione sociale, continuando a realizzare quanto possibile per garantire il benessere del minore<sup>50</sup>, tendendo all'armonizzazione delle prassi sul territorio, tramite una gestione che

---

al divieto di respingimento ed è anche particolarmente criticata per la limitazione di libertà cui sottopone il soggetto che viene "ospitato".

<sup>46</sup> Art. L. 112-3 CAFS.

<sup>47</sup> Le funzioni sono quelle "tipiche" ossia la rappresentanza giudiziale, la gestione ed amministrazione dei beni e la cura del minore e la rappresentanza di diritto sostanziale.

<sup>48</sup> Loi n. 2002- 305 du 4 mars 2002 relative a l'autorité parentale.

<sup>49</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 février 2001, 98-21.598.

<sup>50</sup> Ministère de la Justice, *Rapport annuel d'activité 2019, Mission mineurs non accompagnés*, mai 2020 in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr); D. Bonnet, D. Delanoe, D. Senovilla, A. Vuattoux, L. Carayon, J. Mattiussi, S. Przibyl, F. Zuccow [www.justice.gouv.fni](http://www.justice.gouv.fni), *Jeunes en migration, entre defiance et protection*, 17 mars 2020.



deve coinvolgere lo Stato ed il Consiglio Dipartimentale a livello centrale, favorire la riduzione delle differenze tra Dipartimenti anche sotto il profilo della distribuzione del numero dei migranti e della riduzione dei tempi di accertamento dell'età e di accoglienza è un altro obiettivo da raggiungere.

Le esigenze sono quelle di una riflessione nazionale<sup>51</sup> per un approccio organico al fenomeno<sup>52</sup> (che non trascuri anche il problema della disponibilità delle risorse economiche) e tenga conto della necessità di predisporre di un programma individualizzato per ciascun minore con l'aiuto di un tavolo di discussione con competenze tecniche specifiche.

## Le politiche europee

Nel contesto sovranazionale sono state molte le azioni promosse per la tutela dei minori anche stranieri non accompagnati.

Non si può trascurare di dire, tuttavia, che è assente, a livello europeo, una disciplina organica e completa.

Se certamente devono trovare applicazione i principi "generali" contenuti nella Carta Europea dei Diritti Fondamentali a tutela dei minori, e prima ancora il Trattato dell'Unione Europea che espressamente promuove la protezione dei minori, queste regole non sono sufficienti a garantire una tutela effettiva che tenga conto delle particolari condizioni del minore migrante.

Alcune altre fonti secondarie sono intervenute solo su specifiche questioni.

Ricordiamo le direttive 2013/32/EU e la 2013/33/EU rispettivamente sul riconoscimento e revoca dello status di rifugiato e sulle relative misure di accoglienza; anche l'adozione del Regolamento Europeo 604/2013 che svolge un ruolo fondamentale con riferimento ai richiedenti protezione internazionale<sup>53</sup> non affronta il tema dei minori stranieri non accompagnati in tutte le sue sfumature.

In ogni caso, tali strumenti ribadiscono principi essenziali tra i quali il benessere del minore quale criterio guida nelle scelte che lo coinvolgono.

Ma le specifiche esigenze di tutela legate alla particolare vulnerabilità dello stesso sono molteplici e vanno dalla necessità di preservarlo da violenze, abusi,

<sup>51</sup> Quanto alle problematiche finanziarie si veda la proposta di legge *Proposition de loi n° 1716 relative à l'accueil et à la prise en charge des mineurs étrangers isolés* in [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1716\\_proposition-loi#tocUniqueId0](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1716_proposition-loi#tocUniqueId0).

<sup>52</sup> È questo uno degli obiettivi del *Rapport d'information* al senato il 28 giugno 2017 n. 598 dalla Commissione degli Affari Sociali. Medesime preoccupazioni vengono espresse nelle *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, L'accompagnement des mineurs non accompagnés dits "mineurs isolés étrangers"* elaborate da Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et medico-sociaux.

<sup>53</sup> Ed ancora si ricordano le direttive 27 gennaio 2003 (2003/9/EC), 29 aprile 2004 (2004/83/EC) e 1 dicembre 2005 (2005/85/CE).

e quella di garantire il diritto alla famiglia (e dunque ad essere riunito a quella di origine), a quella di chiedere asilo, quello di essere ascoltato, prima ancora di essere informato, di essere accolto in luoghi consoni alle sue esigenze, di avere un legale rappresentante, se sprovvisto.

Occorre, dunque, tornare indietro nel tempo alla risoluzione europea<sup>54</sup> del 1997 per rintracciare un più specifico riferimento ai minori stranieri non accompagnati e leggere che “*obiettivo della presente risoluzione è stabilire orientamenti per il trattamento di tali minori non accompagnati riguardo a questioni quali le condizioni di accoglienza, soggiorno e rimpatrio e, per i richiedenti asilo, al disbrigo delle procedure applicabili*”.

Sebbene non abbia valore vincolante e non contenga una disciplina direttamente applicabile, questo atto fissa alcune tutele minime che hanno trovato larga applicazione nei vari ordinamenti quali l’accesso alle cure mediche, l’assistenza legale, la rappresentanza, l’accesso all’istruzione.

Il limite intrinseco di tale strumento è la mancanza di concrete indicazioni per dare attuazione a simili principi; la natura dell’atto, da una parte, e le limitate “competenze” della Unione Europea sul tema dell’immigrazione, dall’altra, non possono lasciare spazio ad una disciplina di dettaglio, senza scavalcare l’autonomia dei singoli stati, ai quali rimane infatti la facoltà di impedire l’accesso e la permanenza illegale sul territorio anche con riferimento al minore.

È quest’ultimo forse il precetto che, a seguito dei mutamenti sociali e dell’evoluzione del concetto di benessere del minore e del principio di solidarietà che permea ormai ogni settore del diritto, parrebbe risultare anacronistico<sup>55</sup>.

Non sono mancate ulteriori iniziative volte a proseguire una strategia per sviluppare una politica comune europea a protezione dei diritti dei minori, che trova un concreto messaggio nella comunicazione del Consiglio e del Parlamento Europeo del 2006<sup>56</sup>.

Più di recente ancora l’Action Plan (2010-2014) sui minori non accompagnati mette a fuoco le varie aree di intervento (prevenzione della tratta, garanzie sull’accoglienza, *standard* di protezione, strumenti per favorire l’unità familiare, misure di eventuale rimpatrio).

<sup>54</sup> Risoluzione del Consiglio, 26 giugno 1997, sui minori non accompagnati che hanno nazionalità in un paese terzo (97/C 221/03).

<sup>55</sup> Per una critica si veda: R. Farrugia, K. Touzenis, *The international protection of unaccompanied and separated migrant and asylum seeking children in Europe*, [in:] *Migrations alone. Unaccompanied and separated children’s migration to Europe*, J. Kanics, D. Senovilla Hernández and K. Touzenis, UNESCO 2010, p. 37 ss.

<sup>56</sup> Communication from the European Commission, COM(2006) 367 final, *Towards an EU Strategy on the Rights of the Child*, Brussels 4 July 2006.

Anche la Commissione Europea<sup>57</sup> ha sottolineato l'importanza dell'adeguata accoglienza del minore<sup>58</sup> e del ricongiungimento familiare<sup>59</sup>, oltre alla necessità di instaurare una serie di garanzie procedurali (accertamento dell'età, tutela, domanda di asilo, ecc.).

Peraltro, le misure di protezione del minore non possono trascurare l'aspetto della integrazione sociale che contribuisce a garantire uno sviluppo fisico e mentale adeguato.

Nonostante le "indicazioni" che in diversi contesti vengono offerte a livello europeo, sul fenomeno migratorio minorile, si registrano considerevoli differenze tra i diversi ordinamenti accomunati spesso dalla mancanza di atti legislativi organici per i minori stranieri non accompagnati.

Solo pochi sistemi, tra i quali l'Italia, hanno elaborato leggi dedicate mentre gli altri adattano le norme dettate per i migranti in generale (che spesso tendono alla tutela dei confini nazionali) in combinato disposto con quelle relative all'area minorile, mutuando le norme a tutela dell'abbandono, dello stato di necessità o del pericolo, come nel sistema francese.

Nei casi in cui si registri la presenza di leggi "speciali" queste attengono più che altro alla disciplina dei minori richiedenti asilo (ancora la Francia) o solo addirittura specifici aspetti di tale più ristretta area<sup>60</sup>.

I temi cruciali sui quali una certa uniformità andrebbe ricercata sono quelli dell'accoglienza, delle procedure di identificazione del minore, della nomina di un "rappresentante" dello stesso<sup>61</sup> e del trattamento successivo al raggiungimento della maggiore età.

<sup>57</sup> European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *The protection of children in migration*, COM(2017) 211 final, Brussels, 12 April 2017.

<sup>58</sup> Si veda il report della European Union Agency for Fundamental Rights, *Reconciling unaccompanied children: applying good practices to future schemes*, Publications Office of the European Union, 2020. Ha ad oggetto specifico la questione della ricollocazione dei minori e dunque le procedure messe in atto per il trasferimento con quanto consegue in termini di coordinamento tra i Paesi (di provenienza e di destinazione), identificazione del minore, nomina del tutore, procedura di accertamento dell'età. A questo ultimo proposito si richiamano le Linee Guida della European Asylum Support Office 2018 (reperibili in [www.easo.europa.eu](http://www.easo.europa.eu)) che ribadiscono il principio di minore invasività delle misure di accertamento, della necessità di acquisire un consenso informato dal minore e del principio *in dubio pro minore*.

<sup>59</sup> Si veda Council of Europe, *Family reunification for refugee and migrant children. Standards and promising practices*, 2020.

<sup>60</sup> Si veda sul punto J. Kanics, D. Senovilla Hernández, *Protected or merely tolerated? Models of reception and regularization of unaccompanied and separated children in Europe*, [in:] *Migration alone. Unaccompanied and separated children's migration to Europe*, J. Kanics, D. Senovilla Hernández and K. Touzenis, UNESCO 2010, p. 3 ss. Un aspetto che viene sottolineato è anche quello relativo alla raccolta dei dati che assume rilevanza non solo a fini statistici, ma anche per i risvolti sulla organizzazione dei servizi; particolarmente utili potrebbero essere i dati sulla "scomparsa" dei minori presi in carico magari all'approssimarsi della maggiore età.

<sup>61</sup> F. Morgano, *Unaccompanied minors (UAMS) in the European Union*, "Osservatorio Nazionale sui minori stranieri non accompagnati" 2020, 4, p.1 e ss.; S. Sulima, *Children on the move in Europe*,

Non si trascura ovviamente il riconoscimento, essenziale, dei diritti fondamentali quali ad esempio la salute, l'istruzione, le relazioni familiari, ma tali principi discendono dall'adesione dei paesi europei alla Convenzione ONU 1989 oltre che dalla Carta Europea dei diritti fondamentali e dovrebbero pertanto essere già assicurati in ciascun ordinamento, (condizioni presenti sia nel sistema italiano che in quello francese).

Si tratta al più di rendere effettivi diritti già "acquisiti" e predisporre gli strumenti per la loro attuazione concreta.

Il tema dell'accoglienza si è sviluppato, nel corso degli ultimi anni, in tutti i paesi interessati, come prima destinazione o come ricollocazione, da consistenti flussi migratori.

Si adottano sostanzialmente due modelli: quello che prevede centri specializzati (come l'Italia) e quello che inserisce i minori stranieri in strutture miste con minori locali (Francia).

Se il primo ha l'indubbio vantaggio di offrire un servizio più "tecnico" con personale specializzato, il secondo favorisce una migliore integrazione tra pari.

Non mancano peraltro sistemi in cui all'accoglienza in centri "generali" si associa quella in centri specializzati solo per i minori richiedenti protezione internazionale.

In ogni caso, qualunque sia il modello di accoglienza, in tutti gli ordinamenti, si è dovuto affrontare il tema dell'identificazione del minore in quanto le procedure dell'accertamento dell'età, come dell'identità, sono proiezioni dei diritti fondamentali che ne costituiscono la base; elementi significativi anche a livello europeo per l'attenzione che negli ultimi anni hanno ricevuto.

In questo ambito si registrano le prassi più varie<sup>62</sup>: dalla mancanza di qualsiasi proceduralizzazione del fenomeno, alla creazione di linee guida o protocolli (sia in Italia che in Francia), all'adozione di veri e propri atti aventi efficacia normativa.

Variano le modalità di acquisizione delle informazioni sul minore, la valutazione dei documenti in possesso del minore o il loro reperimento presso gli enti stranieri, la tipologia di accertamenti sanitari, ammissibili per l'individuazione dell'età, le garanzie riconosciute in queste procedure al fanciullo, la valenza del suo consenso.

*between biopolitics ad human rights protection*, [in:] B. Scutaru, S. Paoli, *Child migration and biopolitics: old and new experiences in Europe*, 2020.

<sup>62</sup> EMN (European Migration Network), *Policies, Practices and Data on Unaccompanied Minors in the EU Member States and Norway*, Synthesis Report, 2015. [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/policies-practices-and-data-unaccompanied-minors-eu-member-states-and-norway\\_en](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/policies-practices-and-data-unaccompanied-minors-eu-member-states-and-norway_en); House of Lords, European Union Committee, *Children in Crisis: Unaccompanied Migrant Children in the EU*, 2016, in <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/lddeucom/34/34.pdf>; C. Menjivar, *Undocumented and unaccompanied: children of migration in the European Union and the United States*, "Journal of Ethnic and Migration Studies" 2019, 45, p. 197 ss.

Negli ordinamenti analizzati il tema della protezione dei migranti è anche legato a quello della ricerca di una soluzione durevole nel tempo; i minori stranieri sono spesso vicini alla maggiore età così che la tutela loro riservata è destinata ad avere un termine molto breve. Il programma di inserimento sociale non può essere efficace se è destinato a concludersi nell'arco di pochi mesi; la pianificazione dovrebbe assicurare, anche al raggiungimento della maggiore età, soluzioni sostenibili e svincolate dalla necessità di procurarsi un permesso di soggiorno (*residence permit*) che non sempre è previsto nei diversi ordinamenti.

Occorre creare un progetto di lunga durata che possa anche implicare la valutazione della ricollocazione del minore nel paese in cui si trovano altri parenti o in un paese terzo o, l'avviamento di procedure che consentano la permanenza al raggiungimento della maggiore età<sup>63</sup>.

La pianificazione rappresenta un altro modo per garantire il benessere del minore, assicurandogli un progetto di vita.

In tutte queste fasi la presenza di un tutore è imprescindibile; non solo per la gestione degli aspetti patrimoniali, che in questi casi è assolutamente secondaria, ma per la cura del minore nella sua evoluzione psico-fisica.

È questo un altro dei limiti di una carente legislazione uniforme<sup>64</sup>; non solo si riscontrano differenze terminologiche nell'individuazione del soggetto deputato alla presa in carico del minore e difformità sostanziali<sup>65</sup>.

Taluni ordinamenti prediligono la nomina di amministratori *ad hoc* il cui compito è limitato a specifici ambiti (ad esempio la presentazione della domanda di asilo, come in Francia), in altri casi, più frequenti, si provvede alla nomina di un "tutore" ossia un legale rappresentante "generale" del minore<sup>66</sup> e in altri

<sup>63</sup> La Corte di giustizia Europea (12 aprile 2018 n. 550 – causa C – 550/16) ha chiarito come il minore straniero non accompagnato che ha presentato domanda di protezione internazionale può chiedere il ricongiungimento familiare anche in caso di raggiungimento della maggiore età se il procedimento si è avviato prima. Il caso riguardava l'ipotesi di un minore non accompagnato che presentata domanda di asilo e in attesa dell'esito della stessa aveva raggiunto la maggiore età così che la richiesta di ricongiungimento familiare risultava stata presentata dopo il compimento dei 18 anni. La Corte ha specificato che esigenze di pari trattamento impongono di tenere conto ai fini della tutela assicurata al minore di considerare il momento della presentazione della domanda di protezione internazionale al fine di evitare che le lungaggini delle procedure nazionali possano vanificare la protezione riconosciuta dalle direttive comunitarie (in particolare della direttiva 2003/86 CE).

<sup>64</sup> C. Farrow, *A review of European research findings on children in migration*, [in:] S. Swärd, L. Bruun, *Conference Report: Focus on Children in Migration – From a European Research and Method Perspective*, Warsaw 2007, p. 6 ss.

<sup>65</sup> Si veda European Union Agency for Fundamental Rights, *Guardianship system for children deprived of parental care in the European Union. With a particular focus on the role in responding to child trafficking*, Publications Office of the European Union, 2015.

<sup>66</sup> S. Alikhan, M. Floor, *Guardianship Provision Systems for Unaccompanied and Separated Children Seeking Asylum in Europe: Initial Mapping*, Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, Bureau for Europe, 2007 in <http://www.unhcr.org/ua/img/uploads/docs/Guardianship%20>

ancora si è prevista una figura più specifica quale il tutore volontario<sup>67</sup> (come in Italia).

Le soluzioni adottate dagli ordinamenti nazionali sono ancora divergenti in un settore nel quale l'obiettivo da tutelare è il benessere del minore e che rischia di essere messo in discussione, soprattutto, nelle ipotesi in cui, a seguito di ricollocazione, il minore passi da un regime più favorevole ad uno meno.

La creazione di *standard* uniformi è il presupposto per proteggere la vulnerabilità dei minori migranti.

## Conclusioni

Le questioni giuridiche e sociologiche legate alla gestione dei minori stranieri non accompagnati sono ancora attuali ed estremamente urgenti<sup>68</sup>.

Sebbene la normativa italiana registri ancora alcune inefficienze, lo sforzo di organizzare la materia è apprezzabile; si pensi che gli *standard* prospettati a livello europeo<sup>69</sup> in tema di procedure per l'accertamento dell'età sono quasi completamente raggiunti, si è raggiunta una certa organicità nella disciplina, ci si è allineati alla posizione degli altri paesi quanto al riconoscimento formale dei diritti, si è istituita una figura apposita per la rappresentanza e protezione del minore.

Il sistema francese, pure, ha operato nella direzione della salvaguardia dei diritti dei minori, adattando rimedi di diritto comune ed introducendo, al tempo stesso, specifiche disposizioni; sebbene la disciplina risulti più disorganica (ed in ambiti ristretti lacunosa) i principi fondamentali risultano rispettati.

Comune ad entrambe le esperienze è la incompletezza degli strumenti operativi.

Se come spesso accade la regolamentazione astratta non trova un esatto riscontro nella applicazione pratica delle disposizioni, nella materia dei minori stranieri non accompagnati questo *gap* rischia di rendere, più che in ogni altra area del diritto, inefficiente il sistema, mettendo a repentaglio valori fondamentali del fanciullo garantiti a livello costituzionale e sovranazionale.

---

Procedures%20Europe\_ 2007\_ENG.doc; si veda anche B. Van Keirsbilck, *Working Paper on the Implementation of Guardianship Systems in 12 European Countries*, Brussels, Defence for Children International – Belgium, 2005.

<sup>67</sup> Si tratta del caso italiano che ha introdotto tale nuova figura con la legge Zampa, come più sopra illustrato. Sullo stato della tutela prima della riforma si veda *National Report. Italy*. Aprile 2016 in [http://www.defenceforchildren.it/files/RAPPORTO\\_NAZIONALE\\_SG.pdf](http://www.defenceforchildren.it/files/RAPPORTO_NAZIONALE_SG.pdf); C. Drigo, La tutela legale: l'esperienza dell'Ufficio del Pubblico Tutore del Veneto, in *Peace Human Rights*, 2, 2009, in: [http://unipd-centrodirittumani.it/it/pubblica\\_zioni/La-tutela-legale-lesperienzedellUfficio-del-Pubblico-Tutore-del-Veneto/925](http://unipd-centrodirittumani.it/it/pubblica_zioni/La-tutela-legale-lesperienzedellUfficio-del-Pubblico-Tutore-del-Veneto/925).

<sup>68</sup> S. Valletta, *Profili costituzionali per la tutela dei minori stranieri*, 2016.

<sup>69</sup> Conseil de l'Europe, *Determination de l'age: politiques, procedures et pratiques des tats membres du Conseil de l'Europe respectueues des droit de l'enfant dans le contexte de la migration*, 2017, in <https://rm.coe.int/determination-de-l-age-politiques-procedures-et-pratiques-des-etats-me/168074b724>.

Il successo della legislazione in tale settore dipende dal continuo monitoraggio delle condizioni sociali al fine di valutare la loro efficacia e, in mancanza, attuare correttivi.

Gli strumenti elaborati dalla legislazione nazionale come quella eventualmente sovranazionale, necessitano della cooperazione di plurime figure professionali, delle istituzioni come della collaborazione del minore.

È importante che il soggetto tragga vantaggio dalle previste modalità di educazione scolastica e formazione attuate a livello nazionale; si richiede, in altre parole, un coinvolgimento attivo del soggetto interessato al fine di rendere efficienti gli strumenti di integrazione.

Tale cooperazione, ovviamente, deve essere ispirata dal comune intendimento della ricerca del miglior modo di assicurare il benessere del minore<sup>70</sup>.

In questo contesto, i rimedi utili al raggiungimento di tali obiettivi appaiono il rafforzamento della figura del tutore come persona in grado, da un lato, di tradurre le esigenze del minore in atti giuridicamente rilevanti e, dall'altro, di sostituire la figura genitoriale sia sotto il profilo della cura materiale che morale; la creazione di un legame di fiducia che pone il tutore nelle condizioni di "leggere" i bisogni del minore.

Indispensabile dovrebbe essere anche la promozione dell'affidamento familiare che, sostituendo l'accoglienza in struttura, faciliterebbe la creazione di rapporti reali e vincoli affettivi necessari allo sviluppo armonioso della persona. Soluzione che peraltro consentirebbe il mantenimento della relazione con la famiglia d'origine, quando possibile.

Tali traguardi andrebbero raggiunti in modo uniforme, quanto meno a livello europeo, attraverso la cooperazione di stati, istituzioni e organizzazioni internazionali<sup>71</sup>.

Le differenze che si registrano negli ordinamenti favoriscono, infatti, un movimento migratorio disomogeneo<sup>72</sup> laddove spinge i minori a scegliere luoghi di destinazione con legislazione più favorevole, aggravando le risorse umane ed economiche di taluni stati che hanno adottato una politica solidaristica più efficiente, mentre, al tempo stesso, incoraggia l'immigrazione irregolare in paesi che mantengono regole più rigide<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Si veda il contributo di R. Rordorf, *Flussi migratori e globalizzazione*, in *Minorigiustizia*, 2019, 1, p. 93.

<sup>71</sup> E. Papoutsis, *The Protection of Unaccompanied Migrant Minors Under International Human Rights Law: Revisiting Old Concepts and Confronting New Challenges in Modern Migrant Flows*, "American University International Law Review" 2020, 35, 2.

<sup>72</sup> B. Parusel, *Unaccompanied minors in the European Union – definitions, trends and policy overview*, "Social works and society international on line journal" 2017, 15, 1, p. 1.

<sup>73</sup> N. Eba Nguema, *La protection des mineurs migrants non accompagnés en Europe*, "La Revue des Droits de l'Homme" 2015, 7, p. 1 ss.



## Bibliography

- Aït Ahmed L., Gallant E., Meur H., *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ? Actes du colloque du 21 juin 2018*, 2019.
- Albano F., *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, "Minorigiustizia" 2017, 3.
- Alikhan S., Floor M., *Guardianship Provision Systems for Unaccompanied and Separated Children Seeking Asylum in Europe: Initial Mapping*, Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, Bureau for Europe, 2007 in [http://www.unhcr.org/ua/img/uploads/docs/Guardianship%20Procedures%20Europe\\_2007\\_ENG.doc](http://www.unhcr.org/ua/img/uploads/docs/Guardianship%20Procedures%20Europe_2007_ENG.doc)
- Attias D., Khaiat L., *Les enfants non accompagnés. L'Etat du droit et des bonnes pratiques en France*, "Société de législation comparée" 2017, 11.
- Barone L., *L'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati: tra norma giuridica e agire sociale*, 2016.
- Bertozzi R., *Le politiche sociali per i minori stranieri non accompagnati: pratiche e modelli locali in Italia*, Milano 2005.
- Blondel M., *Le mineur isolé étranger demandeur d'asile en France: entre nécessité de protection et résistance sécuritaire*, „La Revue des Droits de l'Homme" 2018, 13.
- Bruno T., *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza 2017.
- Candia G., Carchedi F., Giannotta F., Tarzia G., *Minori erranti. L'accoglienza ed i percorsi di protezione*, Roma 2009.
- Cascone C., *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/2017 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza" 2017, 2, p. 1.
- Cittadini in crescita, 3-4/, 2002, disponibile al seguente indirizzo: <http://www.minoriefamiglia.it/download/moyersoent-tarzia.pdf>.
- CNAPE, *Rapport. Accompagner & accueillir les mineurs non accompagnés. Au regard de leur besoins*, 2018, [https://www.infomie.net/IMG/pdf/1\\_cnape\\_rapport\\_accouplement\\_accueil\\_mna\\_2018.pdf](https://www.infomie.net/IMG/pdf/1_cnape_rapport_accouplement_accueil_mna_2018.pdf).
- Communication from the European Commission, COM(2006) 367 final, *Towards an EU Strategy on the Rights of the Child*, Brussels 4 July 2006.
- Conseil de l'Europe, *Determination de l'age: politiques, procédures et pratiques des Etats membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration*, 2017, <https://rm.coe.int/determination-de-l-age-politiques-procedures-et-pratiques-des-etats-me/168074b724>
- Cordiano A., *Diritti sociali e diritto privato: il caso dei minori stranieri non accompagnati fra rete di protezione e complessi intrecci istituzionali*, [in:] *Minori e immigrazione: quali diritti?*, C. Fratea, I. Quaranti, Napoli 2015.
- Council of Europe, *Family reunification for refugee and migrant children. Standards and promising practices*, 2020.

- Cukani E., *Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati*, “Consulta on line” 2019, 2.
- Bonnet D., Delanoe D., Senovilla D., Vuattoux A., Carayon L., Mattiussi J., Przibyl S., Zucconi F., *Jeunes en migration, entre defiance et protection*, 17 mars 2020.
- De Robbio C., *Stranieri e diritto: immigrazione, diritti umani e misure di prevenzione; soggiorno e permanenza nello Stato; lavoro, famiglia e tutela dei minori; reati e trattamento processuale; procedure di espulsione*, Pisa 2018.
- Drigo C., *La tutela legale: l’esperienza dell’Ufficio del Pubblico Tutore del Veneto*, “Peace Human Rights” 2009, 2.
- Eba Nguema N., *La protection des mineurs migrants non accompagnés en Europe*, “La Revue des droits de l’Homme” 2015, 7.
- EMN (European Migration Network), *Policies, Practices and Data on Unaccompanied Minors in the EU Member States and Norway*, Synthesis Report, 2015 in [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/policies-practices-and-data-unaccompanied-minors-eu-member-states-and-norway\\_en](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/policies-practices-and-data-unaccompanied-minors-eu-member-states-and-norway_en)
- European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, The protection of children in migration*, COM(2017) 211 final, Brussels, 12 April 2017.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Guardianship system for children deprived of parental care in the European Union. With a particular focus on the role in responding to child trafficking*, Publications Office of the European Union, 2015.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Revolting unaccompanied children: applying good practices to future schemes*, Publications Office of the European Union, 2020.
- Farrow C., *A review of European research findings on children in migration*, [in:] *Conference Report: Focus on Children in Migration – From a European Research and Method Perspective*, S. Swärd, L. Bruun, Warsaw 2007.
- Farrugia R., Touzenis K., *The international protection of unaccompanied and separated migrant and asylum seeking children in Europe*, [in:] *Migrations alone. Unaccompanied and separated. Children’s migration to Europe*, J. Kanics, D. Senovilla Hernández, K. Touzenis, UNESCO 2010.
- Fulchiron H., *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, 2019.
- Fulchiron H., Malaurie P., *Droit de la famille*, 7 ed., Paris 2020.
- Gelblat A., Medard Inghilterra R., *L’interet superieur de l’enfant: radiographie d’une exigence constitutionnelle*, “La Revue des Droit de l’Homme” 2019, 19.
- Giovannetti M., *l’accoglienza incompiuta. Le politiche dei comuni italiani verso un sistema di protezione nazionale per i minori stranieri non accompagnati*, Bologna 2008.
- Giovannetti M., *Percorsi di accoglienza e di esclusione dei minori non accompagnati*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza” 2008, 2.

- Guarnier T., *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, [in:] *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, M. C. De Cicco, A. Latino, Napoli 2016.
- House of Lords, European Union Committee, *Children in Crisis: Unaccompanied Migrant Children in the EU*, 2016, in <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/34/34.pdf>.
- Julien- Laferriere F., *Droit des etrangers*, Paris 2000.
- Kanics J., Senovilla Hernández D., *Protected or merely tolerated? Models of reception and regularization of unaccompanied and separated children in Europe*, [in:] *Migrations alone. Unaccompanied and separated children's migration to Europe*, J. Kanics, D. Senovilla Hernández, K. Touzenis, UNESCO 2010.
- Lavaud Legendre B., Tallon A., *Mineurs et traite des etres humains en France. De l'identification a la prise en charge. Quelles pratiques? Quelles protetiones?*, *Chronique sociale* 2016.
- Lupo O., *Disposizioni a favore dei minori*, [in:] *Codice degli stranieri commentato. Testo unico dell'immigrazione spiegato articolo per articolo e annotato con la giurisprudenza*, U. Terraciano, O. Lupo, Santarcangelo di Romagna 2011.
- Masson B., *Mineurs isoles etrangers: le sens d'une appellation*, "Migrations Societè" 2010, 22,.
- Menjivar C., *Undocumented and unaccompanied: children of migration in the European Union and the United States*, "Journal of Ethnic and Migration Studies" 2019, 45.
- Miazzi L., Perin G., *Legge 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri in Diritto*, "Immigrazione e Cittadinanza" 2009, 4.
- Miazzi L., *Minori non accompagnati nelle legge 189/2002: un passo avanti e mezzo indietro sulla strada dell'integrazione*, "Diritto, Immigrazione e Cittadinanza" 2002, 3.
- Ministere de la Justice, *Rapport annuel d'activitè 2019, Mission mineurs non accompagnes*, mai 2020 in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).
- Morgano F., *Unaccompnied minors (UAMS) in the European Union*, "Osservatorio Nazionale sui Minori Stranieri non Accompagnati" 2020, 4.
- Morozzo Della Rocca P., *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, [in:] *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, L. Lenti, Milano 2012.
- Morozzo Della Rocca P., *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Sant' Arcangelo di Romagna 2018.
- Moyerso J., Tarzia G., *L'evoluzione della normativa sui minori stranieri non accompagnati*, "Cittadini in Crescita" 2002, 4.
- Papoutsis E., *The Protection of Unaccompanied Migrant Minors Under International Human Rights Law: Revisiting Old Concepts and Confronting New Challenges in Modern Migrant Flows*, "American University International Law Review" 2020, 35, 2.

- Parusel B., *Unaccompanied minors in the European Union – definitions, trends and policy overview*, “Social Works and Society International on line Journal” 2017, 15, 1.
- Perin G., *Il trattamento giuridico dei minori stranieri non accompagnati al compimento della maggiore età: uno sguardo comparato all’esperienza francese*, “Minorigiustizia” 2008, 3.
- Peris Cancio L. F., *Peggio se vulnerabili: gli effetti del decreto sicurezza sui minori non accompagnati*, “Minorigiustizia” 2019, 1.
- Pisillo Mazzeschi R., Pustorino P., Viviani A., *Diritti umani degli immigrati tutela della famiglia e dei minori*, Napoli 2010.
- Polli A., *I minori stranieri non accompagnati in Italia. Protezione, accoglienza, integrazione: la dimensione quantitativa del fenomeno*, [in:] *I minori stranieri in Italia*, R. Cadin, L. Manca, V. R. Pellegrini, Roma 2014.
- Rordorf R., *Flussi migratori e globalizzazione*, “Minorigiustizia” 2019, 1.
- Savio G., *I metodi di accertamento dell’età cronologica dei sedicenti minori stranieri tra giurisprudenza e prassi applicative*, “Questione Giustizia on line” 2015, 5 marzo.
- Senovilla Hernandez D., *Analyse d’une categorie juridique recente: le mineur etranger non accompagnè, separè ou isolè*, “Revue Europeenne des Migrations Internationales” 2014, 30, 1.
- Sulima S., *Children on the move in Europe, between biopolitics ad human rights protection*, [in:] *Child migration and biopolitics: old and new experiences in Europe*, B. Scutaru, S. Paoli, 2020.
- Valletta S., *Profili costituzionali per la tutela dei minori stranieri*, 2016.
- Van Keirsbilck B., *Working Paper on the Implementation of Guardianship Systems in 12 European Countries*, Brussels 2005.

## SUMMARY

### Unaccompanied Children: comparing European legal systems

The Italian legal system has adopted the so called Zampa law, an organic regulation expressly dedicated to unaccompanied minors, which has substituted the previous legislation; the latter included rules of family law concerning minors, immigration law and specific rules, as well as international protection without a universally recognized definition of migrant minors. Zampa law recognizes the fundamental rights of the child both at substantive and procedural level (i.e., the right to equal treatment, the right to health, education, identity, to be informed, to express one's opinion, etc.). The dedicated shelter system and the appointment of a voluntary guardian provide additional guarantees. The French system has kept the previous legislation unaltered, updating it; it applies general rules provided for minors together with those contained in “special” laws. The lack of uniform law at European level has

imposed numerous interventions in order to stimulate diverse legal systems to draw up rules taking into account the vulnerability of migrant children. The developed principles have sometimes been introduced through specific acts limited to detailed topics; on other occasions, they have been fixed through soft law instruments. The crucial issues remain those of immigration policies, procedures for identifying the child and the appointment of a guardian; on these topics important divergences enroll even between the Italian and French systems. The Italian legislation still shows some inefficiencies but many of the European standards (especially in terms of age assessment procedures) are almost completely achieved; a certain organicity in the discipline has been reached; there has been formal recognition of rights, including the appointment of a legal representative (*tutore volontario*) of the minor. The French system has also operated for the protection of the minors' rights, but the discipline is incoherent (lacking in limited areas). In any case, a common element is the incompleteness of the operational tools. In conclusion, the cooperation of states, institutions and international organizations is needed to ensure the well-being of the migrant child. The different national regulations favor an unequal migratory movement and push minors to choose places of destination with more favorable legislation; this aggravates the human and economic resources of the systems that have adopted a more efficient solidarity policy while at the same time encourages irregular immigration in countries with stringent rules.



**Laura Cerrocchi**

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia  
(University of Modena and Reggio Emilia, Italy)  
e-mail: [laura.cerrocchi@unimore.it](mailto:laura.cerrocchi@unimore.it)

ORCID: 0000-0001-7224-3587

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.14

## **I minori stranieri: tra famiglia e scuola in prospettiva pedagogica**

### **ABSTRACT**

#### **Foreign minors: between family and school in a pedagogical perspective**

The present paper focuses on *foreign minors: between family and school in a pedagogical perspective*. Themes and problems are presented in four main areas: the *foundational framework* of interculture in a pedagogical perspective; the *family* as the main observatory and migration project, characterized by development and education tasks involving all its members, with particular attention to their roles and functions, and the *role of family and parenting support services*; the processes of *education / literacy* and *socialization / education* as practices that affect the *school curriculum* (in its different orders and degrees), addressing also the issues of language and work as the main means of cultural and social integration and inclusion; the *professional figures* (in initial training and in-service), with specific reference to the educational care provided by teachers, socio-pedagogical professional educators and pedagogists. The paper adopts the perspective of *general and social pedagogy*, considering also *intercultural* factors and *Adult Education*. Moreover, it incorporates the contributions of *educational sciences*. In terms of sources, it is based on the studies, research and projects in the field, while, at a methodological level, it stems from an investigative approach centered on the *dialogue between theory and praxis*. Its aim is to offer *possible lines of evolution and unchartered bases for educational planning*.

**Key words:** minors, migrations, family, school, pedagogy



## Premessa

Il contributo ripercorre i principali nuclei affrontati dall'autrice nel Congresso "Minori cross border: regole e tutele per un nuovo diritto di famiglia", tenutosi l'8 novembre 2018, presso l'Accademia nazionale di scienze, lettere e arti moderne di Modena, e successivo all'attivazione dell'insegnamento "Diritto dell'Integrazione culturale" (Unimore) e della ricerca finanziata dalla Comunità Europea nell'ambito dei progetti "Jean Monnet 2017", aventi come oggetto il tema dei minori non accompagnati. In quella sede, chi scrive, era stata invitata – nell'ambito della *Pedagogia generale e sociale*, anche nella sua declinazione *interculturale* e di *Educazione degli Adulti* – a portare un contributo su due nuclei tematici e sui rispettivi contesti di intervento: *La famiglia: tra compiti di sviluppo ed educazione e L'integrazione scolastica dei minori stranieri; di questi e della loro forte interrelazione cercheremo di dare conto* nel presente articolo, anche in rapporto a *possibili linee di evoluzione e terreni di progettualità educativa*.

*Ci muoveremo attraverso quattro passaggi con riguardo ai (così detti) minori stranieri (espressione che saremo a considerare comunque insufficiente): il quadro fondativo dell'intercultura in prospettiva pedagogica; la famiglia come principale osservatorio e progetto della migrazione, segnata da compiti di sviluppo e di educazione che (si badi bene) riguardano (non solo i minori ma) tutti i membri nei loro ruoli e nelle rispettive funzioni, e il ruolo dei servizi di sostegno alla famiglia e alla genitorialità; l'istruzione/l'alfabetizzazione e la socializzazione/l'educazione come processi e pratiche che interessano il curricolo scolastico (nei suoi differenti ordini e gradi), dunque la lingua e il lavoro come principali mezzi di integrazione e inclusione culturale e sociale; le figure professionali (in formazione iniziale e in servizio), con particolare riferimento alla cura educativa corrisposta da insegnanti, educatori professionali socio-pedagogici e pedagogisti.*

## 1. Il quadro fondativo: dalla multiculturalità, all'intercultura, alla transcultura

Seppur con ondate ondovaghe e diversificate, la migrazione ha costituito una costante della filogenesi e dell'ontogenesi sia a fronte di bisogni (prevalentemente) primari o secondari, sia come atto politico ed esistenziale<sup>1</sup>, di persone e gruppi. In particolare, la migrazione contemporanea merita uno sguardo e una

<sup>1</sup> Siamo qui a considerare la condizione di "esistenze in fuga" non solo in termini di precarietà. Infatti, include persone e/o gruppi che – in un modo o nell'altro, senza che questo sia evidenza di una loro integrità fisica e psichica (anche a fronte di traumi vissuti prima o durante il percorso migratorio) – hanno saputo resistere in condizioni di emergenza, valutando bisogni e situazioni e, seppur a fronte di un eventuale sostegno del contesto, possono essersi rivelate capaci di decidere e agire.

prospettiva complessi e consapevoli delle *reciproche implicazioni internazionali, nazionali e locali*, come fenomeno di *emigrazione-immigrazione* nemmeno separabile dalla emigrazione (nel nostro caso) italiana verso l'estero, dal Sud al Nord Italia<sup>2</sup> e dalle zone rurali alla città; mentre richiede una progettualità razionale e flessibile che non trascuri il rapporto tra migrazione (anche come migrazione indotta, forzata e/o selezionata: con cui si dirige e amministra la gestione del corpo, della psiche in senso cognitivo e affettivo, delle classi sociali e dei gruppi etnici-linguistici-religiosi) e colonialismo materiale e simbolico<sup>3</sup>.

Sul piano conoscitivo e progettuale, muoveremo secondo una *prospettiva pedagogico-interculturale*<sup>4</sup> che tiene conto dei fattori sociali (di sistema macro, meso e micro), *culturali* (di mito e rito) e *psicologici* (di tipo cognitivo e affettivo) che segnano la migrazione, *della/e famiglia/e come osservatorio e progetto della migrazione* (e più complessivamente di trasformazioni sociali e culturali)<sup>5</sup>, *della lingua e del lavoro, della rete di servizi, agenzie e attori del territorio che forniscono (e/o potrebbero/dovrebbero fornire) strumenti conoscitivi e attivano (e/o potrebbero/dovrebbero attivare) strategie di intervento in funzione dell'integrazione e dell'inclusione culturale e sociale*<sup>6</sup>.

Con Pinto Minerva<sup>7</sup>, saremo a considerare che – in questa prospettiva – si tratta di promuovere il passaggio dalla *multicultura* (quale dato di fatto che fotografa la coesistenza di più culture nello stesso spazio fisico), all'*intercultura* (che richiede lo scambio e la reciprocità tra le culture) e alla *transcultura* (come ideale regolativo riferibile alla consapevolezza di appartenere tutti a una comune Madre Terra, che riunisce le differenti forme di vita vegetale, animale e umana, quest'ultima nelle sue differenti culture, oltre che società): secondo un'educazione ecologicamente segnata ed eticamente prospettata, tenuto conto dell'inseparabilità tra la sopraffazione dell'ambiente naturale e le forme – materiali e simboliche, vecchie e nuove – di colonizzazione dei popoli.

<sup>2</sup> L. Cerrocchi, V. Ruscica, *La migrazione interna dal Sud al Nord Italia. Per un'analisi pedagogica di sistema in funzione dello sviluppo sostenibile*, [in:] *Per un'ecologia di comunità. Processi e pratiche educative di sviluppo sostenibile*, ed. A. D'Antone, Bergamo 2017a, pp. 53-65. L. Cerrocchi, V. Ruscica V, *Vivere la migrazione: dal Sud al Nord Italia. Tra analisi di sistema e delle storie delle studentesse del DESU Unimore: prospettive pedagogiche di sviluppo sostenibile*, [in:] *Per un'ecologia di comunità. Processi e pratiche educative di sviluppo sostenibile*, ed. A. D'Antone, Bergamo 2017b, pp. 67-84.

<sup>3</sup> L. Cerrocchi, ed., *Narrare la migrazione come esperienza formativa. Strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, Milano 2019a.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> L. Cerrocchi, *La famiglia come osservatorio e progetto migratorio in prospettiva pedagogica*, [in:] *Sguardi simmetrici. Ragazzi che vengono da lontano nelle scuole dell'Emilia-Romagna*, I Quaderni dell'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia-Romagna 2018a, pp. 157-178.

<sup>6</sup> M. Fiorucci, *La mediazione culturale: strategie per l'incontro*, Roma 2018; M. Catarci, *Integrazione. Una nozione multidimensionale e interazionista*, [in:] *Le parole-chiave della Pedagogia Interculturale. Temi e problemi nella società multiculturale*, eds. M. Catarci, E. Macinai, Pisa 2015, pp. 31-48.

<sup>7</sup> F. Pinto Minerva, *Contributo per una fondazione scientifica dell'educazione per tutta la vita*, "Pedagogia oggi. Mensile della Società Italiana di Pedagogia" 2002, 5-6, pp. 11-13.

### 1.1. I fattori sociali, culturali e psicologici che segnano la migrazione: conoscere per progettare in prospettiva pedagogica e didattica

Gli interventi corrisposti di fronte all'irruzione di una società multiculturale (nella pluralità, nell'interdipendenza e nella dinamicità delle sue caratteristiche) sono stati, per un verso, filantropici poi prevalentemente assistenzialistici e, per altro verso, estemporanei, frammentari se non in reciproca contraddizione; soprattutto, sono risultati estranei a un osservatorio e a una conoscenza necessari per corrispondere a istanze progettuali, dunque razionali e flessibili.

Al contrario, occorre corrispondere (ricorsivamente) a una *conoscenza* e a una *progettazione pedagogica* (con riguardo alla dimensione etico-valoriale) e *didattica* (con riguardo alla dimensione simbolico-culturale) capace di tener conto dei fattori che segnano la migrazione e della loro forte reciprocità; in particolare, quelli di tipo sociale, culturale e psicologico<sup>8</sup>.

I fattori di tipo *sociale* interrogano e impegnano:

- a) su politiche e rispettivi disposizioni/interventi legislativi e programmatici (di tipo sanitario, assistenziale, abitativo, lavorativo ed educativo etc.), da analizzare e riformulare poiché caratterizzano e segnano diversi aspetti materiali, culturali e umani della vita (*macrosistema*)<sup>9</sup>;
- b) sulla continuità sinergica e strategica ma anche sul riconoscimento dello specifico di differenti agenzie e attori che concorrono alla formazione, da analizzare e riformulare nell'ottica del sistema formativo integrato e del lavoro di rete dei servizi (*mesosistema*)<sup>10</sup>, rendendo per altro necessario chiarire responsabilmente quanto – essendo di valore e qualità – deve essere irrinunciabilmente pubblico, senza sottovalutare l'impossibilità della fruizione a fronte di fattori economici, logistici e culturali, e ciò che, eventualmente, può essere privato per favorire integrazione e inclusione, ovvero smarcando *separatismo/ghettizzazione* e *assimilazionismo/omologazione* (in genere dovuti, per motivi affini e/o opposti, a spinte sia dei migranti che degli autoctoni): dunque tenendo conto dei processi e delle prassi di *socializzazione primaria* (a legami in parità e disparità di potere) nel rendere possibile la *socializzazione secondaria* (di tipo *verticale* e *orizzontale*);
- c) sull'analisi e sulla messa a punto di *setting*<sup>11</sup> a valenza pedagogica e/o didattica<sup>12</sup> (caratterizzati – entro una revisione costante – da specifici-

<sup>8</sup> L. Cerrocchi, *La migrazione come esperienza formativa: tra processi e pratiche*, [in:] op. cit., ed. L. Cerrocchi, 2019c, pp. 52-53.

<sup>9</sup> F. Balsamo, *Famiglie di migranti. Trasformazioni dei ruoli e mediazione culturale*, Roma 2003.

<sup>10</sup> F. Frabboni, L. Guerra (eds.), *La città educativa: verso un sistema formativo integrato*, Bologna 1991.

<sup>11</sup> L. Dozza, *Setting e dinamiche anti-gruppo nei gruppi di formazione*, [in:] *Il gruppo educativo. Luogo di scontri e di apprendimenti*, ed. M. Contini, Roma 2000, pp. 47-90; L. Dozza, *Professioni educative*

ci sistemi d'ipotesi e cornici organizzative degli interventi, che segnano l'interazione con gli oggetti della cultura/dell'educazione e soggetti educativi e in educazione: tempi e spazi, regole e relazioni) per rispondere ai bisogni individuali e di comunità, espressi e da attribuire (perché i soggetti possono non essere consapevoli o non avere i mezzi per esprimere e soddisfare i propri bisogni), dunque a rispettivi processi e pratiche di alfabetizzazione/istruzione e di socializzazione/educazione che dovrebbero essere professionalmente competenti e coscienti<sup>13</sup> (*microsistema*).

per il sociale: progettualità e setting educativo, [in:] *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, Milano 2018, pp. 26-48.

- <sup>12</sup> Il rimando ai fattori sociali, culturali e psicologici che segnano la migrazione presente in questo paragrafo riprende e/o rielabora quanto già argomentato dall'autrice in L. Cerrocchi, op. cit., 2019, pp. 90-94: «Ci riferiamo a *setting* contrassegnati dalla qualità dei fattori che caratterizzano e che potrebbero e dovrebbero meglio caratterizzare le fasi del progetto individuale e di comunità [Cerrocchi, Dozza, 2018], ipotizzandone l'utilità per ri-orientare l'intervento educativo e i relativi a fattori di [Dozza, 2000, 2019; Cerrocchi, eds., 2019]: a) occupazione, ossia: scopo e/o finalità e/o attività conoscitive e progettuali che pongono al centro la persona; b) organizzazione, dunque: ampiezza e composizione del *target* (di cui andrebbero rilevati e interpretati i bisogni – espressi e/o da attribuire – relativamente ai fattori di genere, generazione, *deficit* o integrità del profilo psicofisico, classe sociale, gruppo etnico-linguistico-religioso per fornire un intervento autorevole teso non a specializzare ma a restituire la “normalità” del vivere); fasi di inserimento/accoglienza, permanenza (dunque progetto di comunità e individuale e rispettive attività) e congedo (che, come sappiamo, in prospettiva pedagogica dovrebbe essere pensato dal primo giorno in funzione del benessere individuale e di comunità, secondo una co-responsabilità educativa: eventualmente inclusivo di continuità e mantenimento a distanza dei rapporti) e/o tempi (di durata e frequenza delle attività quotidiane e complessive); spazi interni ed esterni (in questo secondo caso, privilegiando la collocazione nel contesto urbano e ponendosi in continuità con servizi/agenzie/attori familiari, culturali, lavorativi, sportivi, aggregativi, professionali, diffusi etc. per (ri)creare legami e alleanze, nonché fra terzo settore e università sul piano della ricerca; regole di funzionamento (tali da rompere le dinamiche tipiche di precedenti esperienze eventualmente anche di istituzionalizzazione); strumenti di osservazione e monitoraggio (dei soggetti, della comunità, dell'*équipe*), di verifica e valutazione (dei casi e della qualità del sistema) e strategie (di coordinamento e progettazione, conduzione e intervento, lavoro di *équipe* e supervisione: con funzioni conoscitive e revisionali, di formazione continua e supporto al mantenimento del giusto distanziamento emotivo-affettivo – senza cadere in invischamenti e triangolazioni –, di qualità/pregnanza del ruolo e/o di asimmetria e di prevenzione del *burnout*, di contenimento e supporto alla gestione degli insuccessi e all'eventuale uscita dal servizio); c) dinamica, dunque: ruolo della figura educativa, attivazione, comunicazione, socializzazione, meccanismi e contenuti, relazione duale e di gruppo, rapporti con le agenzie e gli attori esterni (parentali, professionali e volontari)» (cfr. L. Cerrocchi, op. cit., 2019, pp. 90-94).

- <sup>13</sup> «Una significativa messa a punto del *setting* educativo [Dozza, 2000; Dozza, Cerrocchi, 2018] richiede definizione e condivisione di un patto-contratto educativo (che deve essere chiaro e consaputo, prevedibile e reciprocamente atteso); coerenza e congruenza tra occupazione, organizzazione e dinamica che devono inerire al progetto educativo individuale e di comunità; emancipazione dallo spontaneismo e impostazione secondo un metodo di lavoro per rendere – per quanto possibile – ciascuno e tutti attivi e consapevoli attraverso la cura del contesto (altrimenti verrebbero a cronicizzarsi e/o esasperarsi condizioni di criticità a fronte dello svantaggio dovuto a eventuali variabili assegnate) e l'attivazione del soggetto (altrimenti verrebbero a cronicizzarsi e/o esasperarsi condizioni di assistenzialismo e rispettiva dipendenza), ossia perseguendo disciplina (cognitiva e sociale) cosciente» (L. Cerrocchi, op. cit., 2019a, p. 18).

I fattori di tipo *culturale* interrogano e impegnano con riferimento:

sia alla crisi della presenza che può emergere – nelle fasi di inserimento, permanenza, congedo dai contesti – per la messa in discussione dei *riti* collettivi costruiti entro i *miti* della cultura di appartenenza da cui ci si allontana<sup>14</sup> – nonché ai risvolti sul piano delle *routine individuali*<sup>15</sup> –, sia alla possibilità di *ristrutturazione e riorganizzazione dei modelli e degli schemi di riferimento* (di simboli e di significati, di valori e di appartenenze) che consentiranno di pensare e sentire, parlare e agire nella realtà come identità plurime costruite entro multi-appartenenze; questo richiede nel contesto educativo, per quanto possibile, di conoscere e tener coerentemente conto di processi e pratiche di *inculturazione* (ossia di trasferimento del patrimonio culturale internamente al gruppo etnico di origine ma anche come esito di decisioni storicamente stratificate, processo attivo di generazione e di continuità dialettica nella rielaborazione e nel rinnovamento) nel procedere all'*acculturazione* (che può muovere da un minimo scambio a una massima ibridazione con una serie di articolazioni intermedie) e tanto da sventare *deculturazione*.

I fattori di tipo *psicologico* interrogano e impegnano con riferimento:

- a) al *profilo cognitivo*: non estraneo alle opportunità e agli stimoli culturali ma anche all'interferenza delle rappresentazioni sociali, in particolare di stereotipi e pregiudizi<sup>16</sup>, che possono segnare i pari e le figure educative con ricadute disfunzionali sul sistema di auto-percezione, sul senso di autoefficacia e sull'agentività<sup>17</sup> incidendo, di riflesso, sulle condizioni reali dei soggetti. In questo caso, si tratta di rischi da cui ci si può emancipare attraverso una progettazione che muova da una corretta conoscenza e tale da ritenere l'altro non solo come ferita narcisistica e/o rischio di perdita di pensiero ed emozione (se non sentimento), parola o azione, ma come risorsa, perché può contribuire ad arricchire pensiero ed emozione (se non sentimento), parola e azione propri;
- b) alle *dinamiche degli affetti*: con la crescita e la costante trasformazione dell'uomo e della donna, il luogo di partenza e quello di approdo possono risultare, contemporaneamente, necessari e insufficienti<sup>18</sup>, mentre

<sup>14</sup> E. De Martino, *Sud e magia*. Milano 1959; A. M. Di Nola, *Gli aspetti magico religiosi di una cultura subalterna*. Torino 1976; R. Grinberg, L. Grinberg, *Psicoanalisi della migrazione e dell'esilio*, Milano 1990; P. Coppo, *Tra psiche e cultura. Elementi di etnopsichiatria*, Torino 2003.

<sup>15</sup> D. Winnicott, *Gioco e realtà*, Roma 1971.

<sup>16</sup> S. Moscovici, *Le rappresentazioni sociali*, Bologna 2005.

<sup>17</sup> A. Bandura, *Autoefficacia: teoria e applicazioni*, Trento.

<sup>18</sup> A. Sayad, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano 2002.

possono sopraggiungere fratture/lacerazioni da tempi e spazi, regole e relazioni interiorizzati nell'appartenenza culturale e nella provenienza sociale, aprendo al rischio di un conflitto – insieme biologico, psicologico, socio-economico ed etnico-antropologico – che potrebbe sfociare in nevrosi e depressioni (e che chiederebbe, invece, di considerare la psicologia dell'esilio e della migrazione<sup>19</sup>, la psichiatria transculturale e l'etnopsichiatria<sup>20</sup>) ma che, allo stesso tempo, attraverso un buon supporto educativo, potrebbe diventare opportunità di crescita e di emancipazione obbligando e/o prospettando suture e/o nuovi o più funzionali tempi e spazi, regole e relazioni.

Ciò peraltro rimanda a interventi segnati dalla consapevolezza che la vita affettiva inneschi percorsi dell'intelligenza (favorendola o inibendola) ma anche che la vita cognitiva inneschi i percorsi dell'affettività (dunque, quando è inibita e/o bloccata, l'affettività può tornare a essere intelligente, decisionale e operativa, con il sostegno della propria e dell'altrui intelligenza oltre che affettività<sup>21</sup>)”.

### ***1.1.1. Tra messa a punto degli strumenti e revisione delle strategie: sventare appiattimenti sociologici, etnico-antropologici e psicologici***

Come costante filogenetica e ontogenetica, seppur ondivaga e diversificata, la migrazione obbliga, da un lato, a ritenere le *culture migranti* e, dall'altro, a prospettare *tempi e spazi – fisici e mentali – di incontro*<sup>22</sup>: le “culture” sono intese anche come culture di genere, di generazione, di profilo psico-fisico, di classe sociale e di gruppo etnico-linguistico-religioso che si costruiscono e si modificano nel contesto delle interazioni sociali e dei rapporti politici, nella “reciprocità” fra processi e pratiche di socializzazione primaria e secondaria (di tipo asimmetrico e simmetrico), di inculturazione (interna al gruppo di appartenenza) e acculturazione (effimera, articolata o ibridante), tanto da dar luogo a multiappartenenze e pluridentità (insistendo sull'articolazione e sulla dinamicità del profilo psico-fisico).

Sul piano pedagogico e didattico, conoscitivo e progettuale, nella messa a punto degli strumenti e per la revisione delle strategie, risulta fondamentale *sventare qualsiasi rischio di appiattimento sociologico, etnico-antropologico-linguistico-religioso e psicologico del termine* (e del concetto di) *straniero*.

<sup>19</sup> R. Grinberg, L. Grinberg, op. cit., 1990.

<sup>20</sup> P. Coppo, op. cit., 2003.

<sup>21</sup> F. Montuschi, *Vita affettiva e percorsi dell'intelligenza*, Brescia 1983.

<sup>22</sup> L. Cerrocchi, A. Contini, ed., *Culture migranti. Luoghi fisici e mentali d'incontro*, Trento 2011.

Infatti, come concetto/termine/appellativo (di uso corrente e indiscriminato) quello di “straniero” si dimostra un appiattimento, arbitrario e insufficiente, per esprimere e assumere la pluralità, la sintesi e la dinamicità che segnano il profilo sociale, culturale e psicologico di gruppi e persone, ossia rispetto<sup>23</sup> allo specifico:

- *sociologico* della varietà di caratteristiche e di condizioni (peraltro non estranee alle contraddizioni relative alla mancata attribuzione della cittadinanza) che segnano – anche sul piano familiare e della stessa famiglia – i non autoctoni: dobbiamo distinguere tra prime, seconde e terze generazioni, figli di migranti oppure di coppie meticce – cioè con genitori di diversa cultura –, migranti generici o rifugiati politici, profughi o apolidi, minori stranieri non accompagnati, orfani bianchi, minori presunti, etc.;
- *etnico-antropologico-linguistico-religioso* di cui risultano portatori stranieri di differenti culture: e non solo in senso autenticamente etnico-antropologico-linguistico-religioso, ma anche di cultura/culture di genere/i, generazionale/i, di profilo psicofisico, di classe sociale, etc., proprio perché le culture generano cultura e specifiche culture al loro interno;
- *psicologico* poiché esistono differenti profili di migranti: ognuno migra a suo modo e in rapporto alla rete di sostegno e di cura, costruendo e ri-costruendo identità al plurale nella molteplicità delle appartenenze.

Per questi motivi, riteniamo che sia auspicabile ricorrere all’espressione *minori di origine non italiana* piuttosto che stranieri.

La pedagogia e la didattica sono tenute a coltivare – anche e proprio nella formazione iniziale e in servizio delle professioni educative – un sapere, un saper fare, un saper stare con gli altri e un saper essere che muovano dalla conoscenza di società di provenienza (ossia delle regole che stanno alla base dei rapporti con figure di riferimento e tra pari nella socializzazione primaria), di culture di appartenenza (ossia dei valori e dei significati che segnano processi e pratiche di inculturazione) e di profilo psicologico – cognitivo e affettivo – oltre che fisico delle persone (ossia delle esperienze psico-fisiche da cui muovono i singoli), per procedere con coerenza all’acculturazione, alla socializzazione secondaria (entro i rapporti con figure di riferimento e tra pari), al sostegno e alla cura psicofisica. Di riflesso, potranno e dovranno segnare – entro la consapevolezza delle professioni educative – la messa a punto e l’uso complesso, integrato e dinamico,

<sup>23</sup> L. Cerrocchi, *L’intercultura in prospettiva pedagogica. Tra processi e pratiche*, Bari 2013; L. Cerrocchi, op. cit., 2019a.



di strumenti d'indagine per revisionare strategie di intervento come compito di comunità e corresponsabilità educativa e tanto da sventare deculturazione.

Si tratta – più ampiamente – anche della possibilità di *acquisire fini e metodi significativi da altre società, culture e persone, emancipando* – soggetti singoli e collettivi – *dalle condizioni di oppressione, subalternità e alienazione, evitando specialismi e sviluppando le potenzialità e risorse di ciascuno/a, senza preclusioni di genere, profilo psico-fisico, classe sociale, gruppo etnico-antropologico-linguistico-religioso.*

## 2. La famiglia: osservatorio e progetto della migrazione

La famiglia contemporanea è segnata da una transizione storico-culturale che la converte da un prevalente modello nucleare-coniugale a *molteplici modelli di "famiglie"* (per fattori di genere, generazione, di profilo psico-fisico, economici e sociali, etnico-antropologici-linguistico-religiosi), caratterizzate da maggiori complessità e variabilità negli equilibri interni e nei rapporti con la società<sup>24</sup>.

La migrazione contemporanea si manifesta come un *fenomeno familiare* che in questi ultimi anni – sebbene non in maniera assoluta (non mancano ondate di ritorni nei luoghi di origine o di transito verso altri Paesi) – *tende alla stabilizzazione*, coinvolgendo la famiglia alla *partenza*, all'*arrivo* e nell'*eventuale ritorno* entro *differenti forme di strutturazione del nucleo*: più in generale, potremmo affermare che la famiglia si rivela come il principale *osservatorio e progetto della migrazione*.

### 2.1. La famiglia in differenti contributi teorici e di metodo

Sono molteplici i contributi sulla famiglia maturati in saperi disciplinari e ambiti professionali, se non in ambiti interdisciplinari ed équipe multiprofessionali – mai estranei alla storicità delle coordinate politico-economiche e socio-culturali.

*Differenti contributi teorici e di metodo nell'ambito delle scienze dell'educazione* lasciano considerare che la famiglia mostra e rende possibile<sup>25</sup>:

“*l'adattamento biologico all'ambiente* (in presenza ma anche in assenza di legami di sangue: si pensi alle famiglie omogenitoriali o ricomposte, agli affidi

<sup>24</sup> L. Cerrocchi, *La famiglia come ambiente e/o sistema educativo*, [in:], op. cit., eds. L. Cerrocchi, L. Dozza 2018b, pp. 97-110; L. Cerrocchi, op. cit. 2019; L. Cerrocchi, A. D'Antone, *Le punizioni corporali: tra disfunzionalità della famiglia e servizi educativi a sostegno della famiglia e della genitorialità*, “Rivista Italiana di Educazione Familiare” 2020 (1), pp. 113-135.

<sup>25</sup> Il rimando ai differenti contributi teorici e di metodo presente in questo paragrafo riprende e/o rielabora quanto già argomentato dall'autrice in L. Cerrocchi, op. cit., 2018b, pp. 97-110.

e alle adozioni); la *crescita psicologica in senso cognitivo e affettivo* (manifestando e realizzando esperienze di contatto con oggetti e concetti del mondo reale e di vissuti emotivi e rapporti affettivi entro una qualità dell'ambiente materiale e un'ecologia dell'ambiente umano che possono essere più o meno significative e sane); la *socializzazione primaria nelle trame di rapporti sociali in disparità e in parità di potere* (con figure adulte e pari), fornendo un primo alfabeto per la socializzazione secondaria, tipica della scuola o di altre agenzie educative extrascolastiche come della socialità informale e diffusa; la *costruzione dell'identità individuale attraverso la/le specifica/che appartenenza/e etnico-antropologico-linguistico-religiosa/e* che contrassegna/no il gruppo familiare (in questo senso, non possiamo trascurare che le famiglie realizzano processi e pratiche sia di inculturazione, come trasferimento e generazione di cultura internamente al gruppo di origine, che di acculturazione, tale da limitarsi a un contatto effimero o corrispondere a una vera e propria ibridazione, come quella tipica delle famiglie miste, nonché a una serie di articolazioni intermedie)".

## 2.2. La famiglia: tra compiti di sviluppo e di educazione e ruolo dei servizi di sostegno alla famiglia e alla genitorialità

La famiglia esprime una *natura plurale e dinamica, culturale e storica*, di cui possiamo e dobbiamo sostenere la *funzione trasformativa* (nella ricostruzione delle esperienze di vita) in *ottica pedagogica, monitorandone e comprendendone le caratteristiche e la complessità per meglio prospettarne la progettualità educativa* (e, di riflesso, la progettualità esistenziale dei membri)<sup>26</sup>; questo aspetto diventa preminente nelle migrazioni (scegliendo di rimarcare l'accezione plurale del fenomeno migratorio), incluse quelle in cui la famiglia si trova a essere dilatatamente distribuita a livello territoriale: in tal senso, possiamo/dobbiamo considerare la migrazione come un evento non normativo da fronteggiare e da elaborare nei cicli/nel corso di vita della famiglia e dei suoi membri.

Il tema che ci apprestiamo ad approfondire e il modo in cui lo tratteremo in questo paragrafo sarà trasversale e non direttamente riferibile a minori (per così dire) stranieri: di conseguenza, lo restituirò in linea generale sottintendendo l'impatto sui minori (sempre per così dire) stranieri, senza mancare tuttavia di fare specifiche considerazioni laddove necessario per meglio riflettere circa particolari e possibili ricadute sul target. Soprattutto, prima di addentrarci su questo aspetto, sembra necessario esplicitare direttamente una questione di base che, probabilmente, ne inerisce tutte le articolazioni: il problema dell'integrazione e dell'inclusione dei gruppi e delle persone, inclusi i minori interessati dai percorsi di migrazione, non è legato meramente alla *differenza etnico-antropologica-*

<sup>26</sup> L. Cerrocchi, op. cit., 2018b.

<sup>27</sup> L. Cerrocchi, op. cit., 2019a.

-linguistica-religiosa (come divergenza di valori e significati, facendosi nel nostro caso questione di pedagogia interculturale) ma anche alle condizioni di prevalente sperequazione socio-economica (come povertà socio-economica, facendosi nel nostro caso questione di pedagogia sociale che, di riflesso, genera povertà culturale, psicologica e fisica): nell'insieme, ci impegna anche e proprio nel lavoro sulla povertà educativa intesa nelle sue molteplici accezioni e caratterizzazioni, pertanto come fattore che può segnare in diverso modo differenti agenzie e attori coinvolti nella formazione umana (inclusa quella delle professioni di settore)<sup>27</sup>.

Da un lato, la famiglia (come gruppo esterno ma anche "interno") esprime e assolve funzioni biologiche, psicologiche, sociali e culturali, senza per questo garantirsi come assoluto pedagogico, perché può essere irrimediabilmente segnata da (e/o può incorporare) cifre di disfunzionalità (nel delinearsi – a livello materiale e simbolico – come propulsore, agente di controllo anche a distanza, assenza, risorsa in presenza, costo da risarcire per i membri, in modo non estraneo a ricadute sull'identità e sui legami di genere e generazionali), producendo limiti e possibilità di una formazione multidimensionale e/o integrale (da conseguire attraverso la coltivazione della sfera fisica, cognitiva, affettiva, etica ed estetica)<sup>28</sup>, dunque di benessere psico-fisico e socio-culturale, per i singoli e per il gruppo.

Come cellula sociale, la famiglia costituisce un sistema complesso, interessato da una genitorialità sempre più in evoluzione – non estranea al periodo di vita in cui sopraggiungono le nascite dei figli (veri e propri eventi rivoluzionari) e ai vissuti d'infanzia che queste rimettono in circolo. Si tratta di un sistema con specifici *compiti di sviluppo e di educazione* (tali da permettere di raggiungere la gratificazione e il successo nei compiti successivi), *per ciascuno e tutti i membri* (non solo i minori) *nei rispettivi ruoli e funzioni*. In prospettiva pedagogica, possiamo e dobbiamo sostenere la funzione trasformativa della famiglia anche e proprio trasformando, in primis, il/i conflitto/i (che può/possono segnare la vita dei membri e della famiglia) da elemento/i distruttivo/i (a propria volta, rivolto/i all'esterno o all'interno, in senso attivo o depressivo)<sup>29</sup> a occasione/i di crescita e cambiamento (ovvero di emancipazione dalle condizioni – che la segnano o vi si annidano – di oppressione, subalternità e alienazione: di genere, di generazione, di profilo psicofisico, di classe sociale e di gruppo etnico-linguistico-religioso)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> F. Frabboni, F. Pinto Minerva, *Manuale di pedagogia generale*, Roma-Bari 1994.

<sup>29</sup> Senza trascurare *l'impatto del conflitto sociale* sulla famiglia – in termini di scarsa alfabetizzazione e disoccupazione ma anche e proprio di povertà educativa –, con i suoi effetti di marginalità ed esclusione, subordinazione e omologazione, solitudine e anomia esistenziale; un fattore che, peraltro, chiede di (ri-)definire responsabilmente quanto deve essere pubblico e ciò che può essere privato, tenuto conto dell'impossibilità della fruizione a fronte di fattori economici, logistici e culturali – L. Cerrocchi, op. cit., 2018b.

<sup>30</sup> F. Frabboni, F. Pinto Minerva, op. cit., 1994.

Attraverso una significativa cura educativa e, meglio, (secondo una cultura) pedagogica, un membro e/o una famiglia che vivono la crisi – a fronte delle esperienze normative e non normative (tra queste collochiamo le migrazioni scelte o forzate) che si possono incontrare nei cicli/nel corso di vita della famiglia e nelle fasi che li/lo compongono<sup>31</sup> – possono ricorrere a risorse di adattamento attivo e organizzato, ossia tornare e/o diventare più forti, rinnovando e/o sviluppando energie costruttive e creative<sup>32</sup>. Certamente, non manca la cifra di sostegno e sfida della famiglia come organismo sociale e dei suoi componenti, gli uni e gli altri reciprocamente incisivi per la crescita individuale e complessiva, anche e proprio traendo linfa da quelle esperienze esterne che singoli e gruppo possono portare e riportare nell'universo e nel lessico familiare<sup>33</sup>, tanto da consentire di muovere dalla costanza al cambiamento<sup>34</sup>.

Dall'altro lato, nel caso in cui la famiglia si segni di una forte disfunzionalità come ambiente-sistema educativo, sul piano della (cor-)responsabilità educativa si rende necessario il ricorso al contributo di *servizi* (prassi e investimento sociali) *preposti al sostegno educativo alla famiglia e alla genitorialità*<sup>35</sup>, caratterizzati da *setting* con specifici contenuti, strumenti e strategie e non estranei alla formazione in servizio delle figure professionali a valenza pedagogica. Sappiamo che la generatività corrisponde a una mera questione biologica insufficiente per garantire una sana genitorialità, mentre una sana genitorialità può prescindere dalla generatività, richiedendo – oltre a equilibrio psicologico e integrità etica –, più segnatamente e profondamente, competenze educative che vanno costruite e coltivate<sup>36</sup>. Sappiamo, peraltro, che i servizi presentano una distribuzione disomogenea per quantità e caratterizzazione, rendendo fondamentale sia corrisponderne a mappature (meglio se maturate sulla base di approfondimenti dell'apparato bibliografico e di rassegne delle ricerche e dei progetti di settore

<sup>31</sup> In questo senso, i rischi della coazione a ripetere e della stagnazione (J. Lacan, *I complessi familiari nella formazione dell'individuo*, Roma 2005) possono incidere e devono essere trattati a *livello di personalità e comportamentale, ma anche intergenerazionale e genealogico* (A.A. Schützenberger, *La sindrome degli antenati*, Roma 2004), *sistemico* (M. Malagoli Togliatti, A. Lubrano Lavadera, *Dinamiche relazionali e ciclo di vita della famiglia*, Bologna 2002) e *istituzionale*. Allo stesso tempo, *gli eventi e/o i tempi storici di specifiche culture hanno una profonda incidenza sui rispettivi gruppi sociali e generazionali* e l'età può anche essere intesa come appartenenza a un gruppo di persone per nascita e/o per inserimento in una stessa fase storica: singoli e gruppi (genitori, figli e altri ruoli parentali) corrispondono anche ad *attuali e futuri emigrati dal tempo e dai tempi, immigrati nel tempo e nei tempi*.

<sup>32</sup> M. Nitsun, *The anti-group: destructive forces in the group and their creative potential*, London 1996; L. Dozza, op. cit., 2000.

<sup>33</sup> N. Ginzburg, *Lessico familiare*, Torino 1963.

<sup>34</sup> U. Bronfenbrenner, *Ecologia dello sviluppo umano*, Bologna 1986.

<sup>35</sup> E. Catarsi, *Pedagogia della famiglia*, Roma 2008; A. D'Antone, *Il sostegno educativo alla famiglia e alla genitorialità. Contenuti, strumenti e strategie per la formazione delle figure professionali a valenza pedagogica*, Milano 2020.

<sup>36</sup> L. Cerrocchi, op. cit., 2018b.

in ambito internazionale, nazionale e locale), sia implementarne la messa in rete e la messa in comune delle pratiche (che, al contrario, risultano prevalentemente frammentarie) per ridurne l'isolamento culturale e professionale (spesso legato anche alla reticenza nel condividere materiali, strumenti e strategie) e fattore, anch'esso, di *povertà educativa*.

I servizi sono (ugualmente interni alle coordinate storico-culturali e) segnati da costanti problematicità evolutive, dunque nemmeno questi corrispondono a un assoluto pedagogico: piuttosto *necessitano di una cura sia nella messa a punto del setting* (includendo il monitoraggio e la revisione, il ricorso all'*équipe* e alla supervisione che ne devono supportare la qualità), *sia nella formazione iniziale e in servizio delle figure professionali*, intesa come fattore culturale-professionale-esistenziale, secondo una prospettiva e una professionalità tipicamente pedagogiche e di *Educazione degli Adulti*.

Potremmo anche considerare che la qualità dei servizi di sostegno alla famiglia e alla genitorialità coincide con un obiettivo da perseguire costantemente, ricorrendo alla costruzione e alla revisione di strumenti di conoscenza e di strategie di intervento<sup>37</sup> e coltivando (parallelamente) – nell'analisi e messa a punto del *set-setting* educativo sul piano dell'occupazione, organizzazione e dinamica: entro la coerenza e la congruenza tra sistema d'ipotesi e cornici organizzative degli interventi (in questo secondo caso, con riferimento a tempi e spazi, regole e relazioni)<sup>38</sup> – il progetto individuale e il progetto di comunità, nelle fasi di inserimento/ancoraggio, permanenza/in *progress* e congedo/chiusura: all'interno ma anche all'esterno, con un sostanziale investimento sul ruolo d'integrazione e d'inclusione culturale e sociale svolto, in *primis*, dalla scuola e dal lavoro, come dalle realtà sportive e sanitarie, abitative e culturali, aggregative, valoriali e artistiche dei territori.

Dunque, quando la famiglia dimostra particolari criticità e/o disfunzionalità (se non una pedagogia nera)<sup>39</sup>, caratteristiche e progettualità (anche e proprio esistenziali) potranno essere ricostruite e riqualificate (in scopi e attività, tempi e spazi, regole, ruoli e relazioni) – nella prossimità del lavoro educativo – dalle *professioni a valenza pedagogica* impegnate (anche in ottica di *recupero* e *prevenzione*) nella *cura educativa* (pur in altri contesti dell'educazione come la scuola e/o le altre agenzie del sistema formativo non formale) e in funzione dell'*attivazione* individuale e collettiva (dei membri e della famiglia); ovvero, per *individuare e sostenerne* “*i compiti di sviluppo*” (che interessano tutti i membri: consapevoli che il modo in cui tali compiti verranno risolti è fortemente correlato alle *traiettorie personali della formazione*) e di *educazione nella ricerca di un nuovo equilibrio*

37 L. Cerrocchi, L. Dozza (eds.), op. cit., 2018.

38 L. Dozza, op. cit., 2000.

39 K. Rutschky, *Pedagogia nera. Fonti storiche dell'educazione civile*, Milano – Udine 2018.

*attraverso la ricostruzione delle esperienze.* A questo livello, si tratta anche di riconoscere e lavorare sulla ricorsività tra vita affettiva e percorsi dell'intelligenza<sup>40</sup>, a livello individuale e sociale, nella comunicazione e/o nella pratica intersoggettiva del linguaggio (dunque, lingue e linguaggi)<sup>41</sup>, che permette di condividere e co-costruire pensieri, emozioni – se non sentimenti – e azioni<sup>42</sup>.

Allo stesso tempo, non possiamo *trascurare il supporto alla crescita culturale e alla sussidiarietà economico-lavorativa della famiglia*: infatti la povertà culturale e socio-economica, oltre alla mancata integrità psicologica ed etica, possono tradursi in modo importante in povertà educativa, mentre l'alfabetizzazione e il lavoro, come anticipato, restano mezzi fondamentali di integrazione e inclusione, rispettivamente, culturale e sociale.

Prima di concludere questo paragrafo, riteniamo fondamentale spingerci ad argomentare anche in termini di *famiglie affidatarie e/o adottive*, di *case-famiglia e/o di comunità per minori* (peraltro con una distribuzione altamente disomogenea e/o a macchie di leopardo per specificità politico-economiche e socio-culturali dei territori) e, di riflesso, sia della rispettiva presenza di minori di origine non italiana, sia del rapporto di tali realtà di settore con le scuole e i contesti educativi extrascolastici di cui questi minori usufruiscono (come da alcuni rilanci che faremo di seguito), senza trascurare l'introduzione della figura di *tutore volontario* (che trascorre del tempo con i minori stranieri non accompagnati in affidamento familiare o a comunità)<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> F. Montuschi, op. cit., 1983.

<sup>41</sup> Sono molteplici le barriere organizzative, culturali e d'autorità che condizionano pensieri e emozioni, parole e comportamenti dei migranti; mentre le differenti modalità comunicative riflettono la storia, la traiettoria formativa e/o il percorso esistenziale dell'individuo e, in generale, i repertori linguistici forniscono le connotazioni degli atteggiamenti bio-psicologici e socioculturali, ma anche (e non solo) delle gerarchie di pensiero e dei modelli che incidono significativamente sugli stili di vita (cfr. L. Cerrocchi, op. cit., 2019, p. 111). La comunicazione risente sia del profilo bio-psicologico e socio-culturale, sia della natura e delle variabili di contesto in cui si spendono progetti e relazioni, includendo le possibili rappresentazioni difettive dell'altro che possono segnare anche lo stile comunicativo della figura educativa e dei pari, con ricadute sulle immagini ideali e reali dei minori di origine non italiana. La comunicazione, soprattutto nel caso di chi direttamente o indirettamente ha un portato migratorio, spesso riferisce la memoria autobiografica informando dell'(e) identità e dell'(e) appartenenza(e). A livello esperto, dovrebbe favorire la gestione di una relazione collaborativa supportata dall'ascolto e dall'analisi, come mezzi e pratiche per raccogliere informazioni e verificare la comprensione, per rilevare problemi ma anche potenzialità dei soggetti, singoli e collettivi, per individualizzare strategie e valorizzare conoscenze, abilità e competenze (L. Cerrocchi, op. cit., 2013; L. Cerrocchi, op. cit., 2019a).

<sup>42</sup> L. Cerrocchi (2018c), *La relazione educativa: variabili esterne e interne*, [in:] op. cit., eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, 2018c, pp. 49-76.

<sup>43</sup> "Il 7 aprile 2017 è stata approvata la legge quadro sull'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati (la n. 47/2017) che introduce l'elenco dei tutori volontari per questi minori soli sul nostro territorio. I tutori volontari sono privati cittadini disponibili a esercitare la rappresentanza legale di un minorenne straniero arrivato in Italia senza adulti di riferimento. Si applicano le norme della legge 7 aprile 2017, n. 47 "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati" e successive integrazioni e modifiche. L'incarico di promuovere e facilitare la nomina di tutori volontari per le persone di minore età, nonché di selezionare e formare i privati

### 2.2.1. Le differenti forme di strutturazione del nucleo familiare nella migrazione contemporanea

Sebbene facciamo riferimento a morfologie articolate e fluide, soggette alla dinamica storico-politica e socio-culturale - internazionale, nazionale e locale -, possiamo distinguere alcune principali forme di strutturazione del nucleo familiare che interessano la migrazione contemporanea<sup>44</sup>: tradizionale al maschile, ricongiungimento al femminile, neocostitutivo, simultaneo, monoparentale, biculturale, diasporico, di minori non accompagnati, di orfani bianchi, di minori presunti. Ci sembra importante fare un rapido affondo su ciascuna, anche per evitare di cadere nell'inganno che siano soltanto quelle che appellano direttamente i minori (per intenderci quelle che nell'elenco appena riportato compaiono come le ultime tre) a poter essere esclusivamente riferibili ai minori di origine non italiana.

In particolare<sup>45</sup>:

- *“tradizionale al maschile”*: è il capofamiglia (o il primogenito maschio come nel caso dei Richiedenti Protezione Internazionale) a partire alla ricerca del lavoro e (in genere poi) dell'abitazione; (se padre) eventualmente accompagnato da un figlio maschio e più adulto, comunque integro e autonomo dalle cure materne, dunque direttamente impiegabile nel lavoro. Si tratta della forma più antica e/o classica, prevalentemente proveniente dal continente africano;
- *ricongiungimento al femminile*: con la partenza della donna implicata nelle mansioni di cura sul territorio, che dispone con dedizione l'eventuale arrivo e inserimento dei familiari, soprattutto dei figli. Si tratta della forma che ha segnato, in Italia, la migrazione femminile degli anni '80, con le donne filippine impegnate come colf presso famiglie borghesi di grandi città, e dagli anni 2000, con le donne dell'Est Europa impegnate come badanti;
- *neocostitutivo*: con la creazione di un nucleo familiare nel Paese di emigrazione oppure, dopo un breve rientro in patria, sposando un/a connazionale eventualmente scelto/a proposto/a dalla famiglia;
- *simultaneo*: più raro, anche per i differenti gradi di autonomia dei membri, comunque caratterizzato per l'arrivo in contemporanea dell'intero nucleo familiare, solitamente perché costretto a fuggire da guerre, persecuzioni politiche o carestie;

---

cittadini disposti ad assumersi questo compito, è affidato dall' art. 11 della legge ai Garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza e a quelli delle province autonome di Trento e Bolzano”. Le Regioni sottoscrivendo un protocollo – anch'esso previsto dalla legge 47/2017 – con il Tribunale per i minorenni di riferimento possono impegnarsi a garantire l'aggiornamento continuo di tali figure e a creare „spazi” a cui possano fare riferimento per ricevere supporto nell'esercizio della loro funzione: <https://www.assemblea.emr.it/garante-minori/tutori>.

44 F. Balsamo, op. cit., 2003; L. Cerrocchi, op. cit., 2013, 2018a, 2018b, 2019a.

45 Ibidem.



- *monoparentale*: con la creazione per via materna o paterna di un nucleo familiare monogenitoriale;
- *biculturale*: con la creazione di famiglie miste, tramite unioni di membri di differente nazionalità, quindi, in genere, di differente cultura (inclusa la religione). In questa forma, come in altre ma potenzialmente più di altre, non mancano unioni come mezzo di sfruttamento e/o strumentali a integrazioni socio-economiche, nonché significativi tassi di criticità legati alle relazioni inter-generazione e alla educazione dei figli;
- *diasporico*: con la creazione di reti transnazionali;
- di *minori non accompagnati*: soprattutto preadolescenti e adolescenti, fuggiti per motivi di tipo politico, economico, sociale (come guerre o carestie che possono averli resi orfani) e di dinamiche familiari (per esempio riferibili a famiglie che recriminano in modo minaccioso il tradimento della tradizione o del codice familiare). Sono migrati con o senza un progetto migratorio, accolti o meno da parenti, muniti o meno di un permesso di soggiorno e/o un tessuto familiare di partenza o di approdo (in questo secondo caso coincidono con la prevalenza dei minori affidati a strutture socio-educative di tipo residenziale). Per tali minori si rende necessaria l'attivazione del servizio sociale internazionale e provvedimenti legislativi che si confrontano (anche e non solo) con una scelta di invisibilità da parte del minore e/o della famiglia, in buona parte determinata dalla paura del rimpatrio coatto; al contrario la scelta di una possibile visibilità coincide con un fattore per lo più respinto dalla società di approdo entro un conflitto politico ed economico, sociale e culturale;
- di *orfani bianchi* (minori *left-behind*): ossia minori i cui genitori sono in vita ma sono migrati in altri paesi, in molti casi affidandoli a parenti – e generando, si pensi, per esempio, ai casi africano e rumeno, rispettivamente, i fenomeni delle nonne-mamme o dei padri-mamme e di fratelli/(soprattutto)sorelle over 14-genitori –, a vicini di casa e/o estranei, pagati per il loro mantenimento e la loro cura, in altri casi lasciati a vivere soli con il sussidio delle rimesse. Lettere verso le campagne e telefonate in città non possono compensare una cura psicofisica e socioculturale in presenza; in tali casi, generalmente, quanto più i genitori tendono a controllare dall'esterno le prestazioni scolastiche tanto più risulta alto il rendimento scolastico dei figli. Il caso degli orfani bianchi mostra una povertà materiale e umana dei minori impossibile da stabilire con esattezza in assenza di tutela legale e amministrativa. Si traduce in una condizione che – tendenzialmente – genera carenze alimentari e di igiene personale e degli ambienti, contraddizioni e trascuratezza nei legami socio-affettivi e culturali, producendo, non raramente, patologie e abbandono scolastico (anche per l'eventuale scarso o inadeguato

supporto da parte degli adulti con cui il minore rimane) e/o il rischio di abusi fisici, sessuali, psicologici, sociali e lavorativi. Il disagio dei minori si manifesta anche attraverso patologie fisiche e psichiche, dipendenze e devianza, depressione e suicidio. La lontananza può acuire i problemi psicologici, oltre che fisici, anche dei genitori, producendo sentimenti ambivalenti da entrambe le parti e potenziali ricadute sul piano di rientro del genitore in famiglia. Nonostante molti di questi minori potranno avvantaggiarsi del guadagno economico dei propri genitori e di una particolare opportunità di autonomia, che spesso incide anche sul ribaltamento dei ruoli genitore-figlio e/o rompe le rispettive asimmetrie, emerge un forte rischio di spaccatura della famiglia, di riduzione delle nascite e di cambiamento del progetto migratorio (ossia i genitori non rimpatrieranno più), nonché di ricadute negative sul benessere complessivo soprattutto dei minori. Non senza contraddizioni educative, le rimesse possono diventare funzionali a veicolare valori, significati e affetti utili anche a mitigare l'assenza dei genitori. In generale la condizione dei minori si caratterizza per criticità a breve, medio e lungo termine, tanto nei paesi di origine che in quelli di migrazione dei genitori, nei quali, peraltro, in futuro potrebbero tendere a emigrare;

- di *minori presunti*, ossia di soggetti dei quali non conosciamo la reale età anagrafica, sia perché provenienti da luoghi di grande precarietà in cui non esiste registrazione alla nascita, sia perché la loro età può essere – deliberatamente e/o forzatamente – nascosta per le contraddizioni di cui si caratterizza il fenomeno migratorio. Tuttavia, non possiamo dimenticare che l'età anagrafica non esprime (perché non vi coincide necessariamente) una specifica maturità psichica (cognitiva, affettiva, etica; di produzione materiale e simbolica, dunque anche linguistica), né un assoluto antropologico. Sappiamo che l'infanzia e l'adolescenza corrispondono a costruzioni socialmente e culturalmente connotate, mentre lo sviluppo individuale non può che essere pensato e trattato entro le società e le culture che lo hanno reso possibile<sup>46</sup> rimandando a differenti immagini sociali e, di riflesso, ideali e reali delle età della vita.

In generale, possiamo rilevare che la dimensione e la morfologia familiare – nel percorso migratorio – risultano particolarmente segnate dalla pluralità delle formule e forme del nucleo; dal fenomeno collaterale dei ricongiungimenti; dall'ottenimento della residenza e della cittadinanza; dall'incidenza avuta dal numero crescente di donne protagoniste degli esodi; dalla presenza di minori.

<sup>46</sup> L. S. Vygotskij, *Immaginazione e creatività nell'età infantile*, Roma 1990.

**2.2.2. La migrazione come catena familiare: le funzioni - materiali e simboliche – di propulsore, agente di controllo, assenza, risorsa in presenza, costo**

I legami (di riflesso le relazioni) più elementari (di coppia, genitore-figlio, tra fratelli, nonni-nipoti etc.) o più complessi della famiglia (dovuti alle coordinate storico-culturali e alle variabili di genere, generazionali, di classe sociale, etnico-antropologiche-linguistico-religiose che segnano i membri) e la composizione di reti sociali promuovono (entro la *spanna* e il *rapporto tra normatività e sostegno*, nell'equilibrio *tra regole e libertà*) *trasmissione* ma anche *contaminazione, sintesi e ristrutturazione delle tradizioni e dei valori sociali e culturali, al cui interno si collocano sviluppo ed educazione delle nuove generazioni.*

La *famiglia – a livello materiale e umano, economico e simbolico*, si pone in *diverse fasi della vita* (anche nella migrazione) e in *differenti modalità* – quale<sup>47</sup>:

- *propulsore*, promuovendo, contenendo, supportando e restituendo ai membri la propria singolarità alla partenza<sup>48</sup> (un ruolo che nel caso di alcuni minori, per ragioni economiche, viene svolto da associazioni e dalla famiglia limitatamente a livello simbolico, ossia incoraggiando una partenza “in solitaria” nella prospettiva di un futuro migliore). Al contrario, come rilevato anche da un'indagine sul campo che ho avuto modo di coordinare sul target di Richiedenti Protezione Internazionale<sup>49</sup>, in diversi casi le famiglie non auspicano la partenza del figlio, in generale o a fronte della giovane età: non suggeriscono, non chiedono e non lasciano partire volentieri i figli; l'argomento tende a restare un fantasma latente, eventualmente mai pensato in precedenza nemmeno dal migrante. Non possiamo dimenticare che la migrazione costituisce una frattura/lacerazione (non necessariamente preventivata) sia per coloro che restano che per coloro che partono, soprattutto (ma non solo) genitori e figli. Come non risulta facile lasciar partire, non risulta facile (materialmente e psicologicamente) sia restare nel luogo di origine che partire: mentre è manifesta la rassegnazione nei confronti di una migrazione indotta da fattori di forte criticità. La funzione di propulsione accorda libertà di libero movimento per sperimentarsi, senza trascurare che questo ruolo possa venire meno o essere agito in modo ambivalente<sup>50</sup>;

<sup>47</sup> F. Balsamo, op. cit., 2003; L. Cerrocchi, op. cit., 2013, 2018a, 2018b, 2019a.

<sup>48</sup> D. Winnicott, op. cit., 1971.

<sup>49</sup> L. Cerrocchi et al., *Narrare la migrazione come esperienza formativa: compiti, strumenti e strategie nel Progetto con i Richiedenti Protezione Internazionale della Cooperativa Sociale e di Solidarietà L'Ovile di Reggio Emilia*, [in:] op. cit., ed. L. Cerrocchi, 2019b, pp. 137-240.

<sup>50</sup> Il ruolo di propulsore ma anche quelli di controllo e risorsa possono essere *accompagnati da* (i livelli di) *una comunicazione fondata su (paradossali) ambiguità* (G. Bateson, *Verso un'ecologia della mente*, Milano 1977), *al di fuori di qualsiasi ecologia della mente*, che tendenzialmente ricorre a *ingiunzioni*

- *agente di controllo*, ricorrendo ad artefatti (internet, cellulare, etc.) o soggetti (conterranei o familiari presenti nello stesso luogo di approdo o di transito) per controllare e/o tutelare anche a distanza i membri in un altro paese (la famiglia si informa per sapere se il migrante riesce a mangiare, ha un posto in cui dormire, frequenta la scuola, ha modo di lavorare, è vittima di episodi di razzismo mentre suggerisce comportamenti di pace), senza trascurare il rischio di un controllo autoritario e coatto, oppressivo e repressivo (agito con il *sorvegliare e punire*)<sup>51</sup>. Dall'esperienza sul campo<sup>52</sup>, i giovani migranti fanno prevalente riferimento alla figura materna: un aspetto che chiede di non trascurare la giovane età dei ragazzi e le rispettive implicazioni sul piano della cura educativa pure a fronte di processi precoci di adultizzazione (in genere tipici di gruppi in condizioni di svantaggio e/o povertà);
- *assenza e/o famiglia mancante*<sup>53</sup>, amplificando i rischi di morbilità e mortalità per i membri in condizioni di fragilità psico-fisica, socio-economica e culturale e, di riflesso, compromettendo le possibilità di integrazione e inclusione (con particolare ma non esclusivo e scontato riferimento alle donne e ai minori non accompagnati); senza trascurare le cifre lassiste e abbandoniche dell'assenza, che in quanto tali risultano prive di contenimento e accompagnamento, estranee all'incontro fisico e mentale. In alcuni casi l'assenza (anche della Terra) è intesa come interruzione dei rapporti per ragioni politiche o di violenza nel nucleo; infatti la rottura dei legami con la famiglia di origine può

---

(i "non") e *sentimenti-ricatto* (i "sii assolutamente così") (E. Berne, *Intuizione e stati dell'io*, Roma 1992; F. Montuschi, op. cit., 1983). Come negli assiomi della Scuola di Palo Alto (P. Watzlawick, J.H. Beavin, D.D. Jackson, *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma 1971), la comunicazione umana può essere numerica e analogica, ossia, rispettivamente, denotativa ma anche connotativa; in questa seconda accezione può comunicare, contemporaneamente, conferma e disconferma, come distorsione e trappola, paradosso e ambivalenza, tanto da includere il rischio di minare l'integrità non solo della comunicazione, ma – soprattutto nel tempo – la salute del ricevente cui viene sottratta quella condizione fondamentale e imprescindibile della relazione educativa di dover essere (non confusa ma) prevedibile e reciprocamente attesa.

<sup>51</sup> M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976. L'eccedenza del controllo può essere fortemente dovuta alle aspettative entro cui i genitori (o comunque gli adulti della famiglia) «sono stati educati e in funzione dei bisogni di mantenere la struttura familiare (di procreazione) come è di fronte alla minaccia presentata dal componente malato che vorrebbe osare di manifestarsi autonomamente» (D. Cooper, *Psichiatria e antipsichiatria*, Roma 1972); allo stesso tempo, può procedere *battezzando un componente malato (così incolpato e, di riflesso, incalzato) da disintegrare per sentirsi integri* e il cui malessere, invece, potrebbe e dovrebbe essere meglio inteso come *sintomo di un cattivo funzionamento del sistema*.

<sup>52</sup> L. Cerrocchi, op. cit., 2019a.

<sup>53</sup> La famiglia è assente e/o mancante sicuramente nei casi di minori stranieri non accompagnati (dunque in affidamento a famiglie e/o a comunità educative) o di orfani bianchi (i cui genitori sono in vita ma mancano delle cure in presenza nei confronti dei figli perché, ad esempio, sono emigrati in altri paesi per motivi di lavoro), con tutti i significati e le ricadute potenziali.

dipendere da conflitti che esplodono come rivendicazioni di tradimenti verso i miti e – di riflesso – i riti del gruppo di origine<sup>54</sup>. Tuttavia, non possiamo trascurare che, da un lato, l'assenza della famiglia, in casi di grave disfunzionalità, al contrario, possa garantire una migliore tutela fisica e psichica; dall'altro, che genitori e figli (più ampiamente differenti generazioni) coincidono con persone e gruppi *emigrati da e migrati in* differenti forme del tempo (infatti, l'età può anche essere intesa come appartenenza a un gruppo di persone per nascita o per inserimento in una stessa fase storica). Inoltre, i legami familiari ritornano in più generazioni, secondo una sorta di sindrome degli antenati<sup>55</sup>, generando effetti di complessa reciprocità, e possono attutire ma anche amplificare le crisi di transizione dei legami intergenerazionali<sup>56</sup> scendendo, tendenzialmente, in coazioni a ripetere, a livello di personalità e comportamentale, genealogico e intergenerazionale. Per questo motivo, tali crisi richiederebbero di essere interpretate e assunte proprio in accezione storica e istituzionale, genealogica e sistemica. E, come considerato, appare indispensabile distinguere la *generatività* (come potenziale biologico) dalla *genitorialità* (che può essere più o meno ben assoluta indipendentemente dal fatto che i genitori siano naturali e non naturali), condizionata, quest'ultima, da *benessere psicologico, integrità etica e qualità educativa*. Da un lato, tali fattori non risultano estranei al peso del conflitto sociale e culturale sulla famiglia rendendo, peraltro, necessari interventi anche nei termini della psichiatria transculturale, dell'etnopsichiatria e della psicologia dell'esilio e della migrazione, capaci di contenere, manipolare e restituire il soggetto alla sua decisionalità e autonomia<sup>57</sup>; dall'altro, non può essere trascurata una *Pedagogia della famiglia* che si disponga in forme di sostegno alla famiglia e alla genitorialità *nelle più complessive trame dell'Educazione degli Adulti* e in cui diventa fondamentale *riconoscere l'incidenza della vita affettiva su quella cognitiva ed educare l'emozione in modo che torni a essere intelligentemente operativa attraverso il sostegno fornito dalle proprie e altrui affettività e intelligenza*<sup>58</sup>;

54 Per Cooper (op. cit., 1972, p. 67): «La verità della faccenda è che coloro che agiscono secondo la nozione del doppio-legame, sono, in effetti, coloro che sono stretti nel doppio-legame dalla convergenza esercitata su di loro da forze sociali contraddittorie: primo, i bisogni condizionati dal campo sociale generale delle aspettative in cui essi sono stati educati e, secondo, i bisogni di mantenere la struttura famigliare (di procreazione) come è di fronte alla minaccia presentata dal componente malato che vorrebbe osare di manifestarsi autonomamente».

55 A.A. Schutzenberger, op. cit., 2004.

56 F. Vanni F, *Modelli di gruppo e ricerca psicologica*, [in:] *La gestione delle dinamiche di gruppo e i gruppi psicoterapeutici*, ed. G. Trentini, Milano 1987.

57 D. Winnicott, op. cit., 1971.

58 F. Montuschi, op. cit., 1983.

- *risorsa*, facendosi in presenza – pur con differenze quantitative e qualitative – rete di assistenza materiale, prima officina cognitiva e contenitore affettivo, con riferimento ai membri della stessa famiglia o del medesimo lignaggio nel luogo di approdo o di transito che accolgono e/o supportano il migrante dall'arrivo: nel caso di molti minori, che hanno raggiunto l'Italia senza essere stati preceduti o accompagnati da familiari, l'accoglienza viene, eventualmente, risolta dai servizi e/o dalle realtà di settore, anche rispetto all'abitazione e alla scolarizzazione (senza trascurare la solidarietà degli autoctoni e l'opera dei volontari che, insieme ad altri connazionali presenti da tempo in Italia, forniscono consigli, ad esempio, sui comportamenti da adottare);
- *costo*, da un lato, implicando un debito da risarcire per il supporto economico e/o materiale e psicologico e, dall'altro, condizionando, peraltro, la vita presente e futura dei membri con aspettative di reciprocità e indifferibilità dell'aiuto alle generazioni anziane o agli altri familiari, soprattutto se in situazioni di precarietà. Sebbene il costo non sia vissuto in maniera unanime: può essere richiesto e agito con ambivalenza – producendo dinamiche distorte e meccanismi distruttivi: anche con il ricorso alla paura – che paralizza – e al senso di colpa (inerito da ricatti affettivi) – che produce falsa morale<sup>59</sup> – sino al caso della delineazione di un Falso Sé pur di sentirsi accettati<sup>60</sup>. Sembra, inoltre, importante sottolineare come – da indagini sul campo<sup>61</sup> – l'esperienza personale della migrazione possa sia esasperare le condizioni di cattività per le rimesse da garantire, sia lasciare una visione ampia di sostegno a favore di chiunque si incontri e risulti bisognoso di aiuto.

La migrazione incide in modo potenzialmente profondo *sull'identità di genere e generazionale e sui rapporti e legami intergenere e intergenerazionali* – senza mancare del rischio dell'insorgere di conflitti come della possibilità di trasformazione di conflitti intergenere e intergenerazionali – anche con riferimento ai processi e alle pratiche di alfabetizzazione/istruzione e di educazione/socializzazione (con le figure educative e tra pari) che interessano i minori. Se la famiglia, in alcuni casi, può reagire inasprendo l'aderenza alle pratiche di inculturazione (per il timore che i figli e le figlie, per assimilazionismo, omologazione e deculturazione, perdano valori e significati della cultura di riferimento), in altri casi, può agire aperture che svincolano la famiglia stessa dalla solitudine; spesso sono proprio i figli e le figlie – per i rispettivi rapporti con la scuola e le altre agenzie educative extra-scolastiche del territorio, il gruppo dei pari e i media (*mass e personal*) – a fungere da mediatori con la cultura di approdo e a riportare in

<sup>59</sup> A. S. Neill, *I ragazzi felici di Summerhill*, Milano 2012.

<sup>60</sup> A. Miller, *Il dramma del bambino dotato e la ricerca del vero sé*, Torino 2008.

<sup>61</sup> L. Cerrocchi et al., op. cit., 2019b, pp. 137-240.

famiglia le evenienze dei processi e delle pratiche di acculturazione (oltre che di socializzazione secondaria).

### 3. La lingua e il lavoro come principali mezzi di integrazione e inclusione culturale e sociale

Se la(e) famiglia(e) – nella sua/loro caratterizzazione complessa e plurale, interconnessa e in evoluzione – coincide (coincidono) con il principale osservatorio e progetto della migrazione e delle più ampie trasformazioni sociali e culturali, i principali mezzi di *integrazione e inclusione, rispettivamente culturale e sociale, restano la lingua* (che consente l'accesso ai differenti campi del sapere: dunque anche le lingue veicolari, di approdo e di transito, oltre la lingua di origine e i dialetti, e la molteplicità di linguaggi) *e il lavoro* (come attività tipicamente umana che può coinvolgere e accrescere globalmente e/o l'insieme delle facoltà che consentono di espletarlo: fisiche, cognitive, affettive, etiche ed estetiche). Sappiamo che gli stessi rischi di devianza e criminalità che possono interessare anche i minori – siano essi autoctoni che di origine non italiana – sono fortemente correlati – come espressione del conflitto culturale e sociale – alla privazione degli strumenti di integrazione e inclusione.

Questo aspetto rimanda, dunque, all'importanza *dei processi e delle pratiche di alfabetizzazione/istruzione e di socializzazione/educazione* (con ricadute anche sulla qualità della cura fisica e psichica, in senso cognitivo e affettivo), da corrispondere attraverso un corretto grado di sostegno e sfida, sul piano *della cura del contesto e dell'attivazione del soggetto*, entrambi indispensabili per dar luogo a una condizione autenticamente educativa. Potremmo anche affermare – con riguardo al *trinomio educazione-istruzione-formazione*<sup>62</sup> – che questo aspetto insiste: tanto sul *piano pedagogico*, della *formazione come transazione tra soggetto bio-psicologico (in senso cognitivo e affettivo), società e cultura e/o del formare* per (mettere persone e gruppi nella condizione di) imparare a *formarsi* (autonomamente) e *trasformarsi* (a fronte dei cambiamenti imposti o, meglio, scelti nella vita); quanto sul *piano didattico*, dell'*insegnamento-apprendimento e/o della trasmissione* (insegnamento) e della *generazione* (apprendimento), inter-generazionale e intra-generazionale, del sistema simbolico culturale e/o di segni e di significati.

La lingua e il lavoro permettono di *entrare in contatto con* e di *co-costruire pensieri ed emozioni (se non sentimenti), artefatti e azioni*, tramite una coordinazione tra differenti punti di vista resa possibile da attività di *mediazione* (per conto di un terzo neutrale) o di *negoziiazione* (tra pari).

<sup>62</sup> F. Frabboni, F. Pinto Minerva, op. cit., 1994.



Prima di addentrarci nelle conseguenti riflessioni, sembrano indispensabili almeno due considerazioni:

- quando discutiamo di minori di origine non italiana (espressione che preferiamo a minori stranieri), non possiamo trascurare – come abbiamo spiegato nel paragrafo 1.1.1 – che ci riferiamo a minori che presentano una forte eterogeneità dovuta alla sintesi della loro condizione sociale, etnico-antropologica-linguistico-religiosa e psicologica: ciò si traduce in differenti variabili assegnate ma anche potenzialità nel percorso scolastico e ci impedisce di appiattirne la lettura e la propensione soltanto su alcuni temi e problemi, motivo per cui – nel paragrafo a seguire – ne tratteremo diversi aspetti ma ricordando la molteplicità e la specificità delle implicazioni a fronte di diverse situazioni che caratterizzano differenti minori;
- la scuola (di differente ordine e grado) traduce la propria intenzionalità formativa (funzione pedagogica) attraverso la propria predisposizione curricolare (funzione didattica): ne consegue che i processi e le pratiche dell'istruzione (alfabetizzazione) e dell'educazione (socializzazione con le figure educative e i pari: quindi, nella sua forma più matura, il lavoro) debbano essere letti e trattati nella loro inestricabilità, dall'accesso al successo formativo, senza trascurare il rischio di un ricorso a un uso selettivo (piuttosto che formativo) e punitivo e/o antipedagogico della verifica e della valutazione producendo ricadute sui destini culturali, professionali ed esistenziali<sup>63</sup>.

### 3.1. La lingua: l'alfabetizzazione/l'istruzione

Nel fare riferimento alla *lingua* non possiamo trascurare sia che l'assenza dell'alfabetizzazione linguistica tradisca di fatto la possibilità di quell'accesso trasversale ai saperi che è proprio la lingua a rendere possibile (dunque di integrazione e inclusione culturale) e, di riflesso, di scelta della professione (dunque di integrazione e inclusione sociale e/o socio-economica), sia che è la padronanza della lingua scritta a costituire il fattore di discriminazione nella comprensione e nella partecipazione al progresso individuale e sociale, da parte di ciascuno e tutti.

Da un lato, questo aspetto tende a essere di ridotta interferenza nel caso di minori di origine non italiana pre-scolarizzati (presumibilmente di generazione migratoria successiva alla prima), che hanno frequentato l'asilo nido e/o la

<sup>63</sup> I minori sottratti a una cultura teorica e/o che appartengono a gruppi atavicamente estraniati da tale cultura rischiano, di riflesso, di rimanere passivi a quel lavoro intellettuale padroneggiato dai gruppi maggioritari che se ne avvalgono per dominare la realtà; a ciò si aggiunge il rischio – dietro l'autonomia didattica – di un uso (pur involontariamente) strumentale della bocciatura con cui si finisce, per i singoli e i gruppi, a quei lavori e – più complessivamente – a quelle condizioni umili tipiche e croniche nei propri gruppi d'appartenenza.

scuola d'infanzia<sup>64</sup> – un fattore che, come sappiamo, dobbiamo curare nelle politiche di settore per le importanti ricadute sul successo scolastico<sup>65</sup> –; figli di coppie miste; o, comunque, figli di famiglie che dispongono di migliori mezzi culturali e socio-economici.

Dall'altro, il medesimo aspetto, per quelle migrazioni con caratteri di povertà culturale e indigenza socio-economica (che sappiamo essere prevalenti), pone il tema-problema del codice ristretto<sup>66</sup> prima ancora che specifico, come di differenti lingue (relative a molteplici appartenenze, alle lingue coloniali<sup>67</sup>, alla lingua veicolare o di transizione fra Paesi) e di differenti linguaggi, soprattutto in rapporto alla mancata scolarizzazione o alla dispersione scolastica (come peraltro testimoniato nell'esperienza dei Centri Permanenti di Istruzione degli

<sup>64</sup> I minori di origine non italiana nati in Italia o precocemente arrivati, tendenzialmente, non mostrano significativi problemi di apprendimento e di relazione con i coetanei e le figure adulte (se non legati a specifici profili psicofisici o a vissuti familiari e/o personali irrisolti in termini di appartenenza e identità).

<sup>65</sup> I minori di origine non italiana senza pre-scolarizzazione e/o con scolarizzazione tardiva nella scuola della cultura di approdo risultano più in difficoltà, se non in ritardo, sia nell'apprendimento della lingua, con risvolti nell'accesso ai campi d'esperienza e/o ai saperi curricolari, che nelle relazioni con pari e adulti (fattori che, in Italia, hanno prodotto il trascorso dibattito sul tetto massimo di alunni migranti per classe e sulle classi ponte). Nei gradi scolastici ulteriori questo aspetto e, più complessivamente, il pauperismo sociale e culturale delle famiglie, cui possono aggiungersi frequenza della scuola a singhiozzo o frammentazioni dovute ad andate e ritorni da scuole di diversi Paesi, si traducono in dispersione scolastica (che, come per gli autoctoni, si intensifica prevalentemente nel biennio delle scuole secondarie di secondo grado rendendo necessario anche ripensare il modo corretto di prospettare l'orientamento scolastico e professionale).

<sup>66</sup> "L'eventuale analfabetismo della famiglia (con particolare riferimento ai genitori) sia nella lingua di origine che in quella di approdo rende difficile fornire un necessario supporto allo studio per i/le figli/e (considerando anche l'eventuale impossibilità di ricorrere a recuperi a pagamento o la scarsa cura di questo aspetto per mancata consapevolezza dell'importanza dello studio nella vita) con rischiose ricadute sull'isolamento cognitivo e sociale, sull'apprendimento e sull'inserimento dei figli nella realtà sociale. Allo stesso tempo, la lingua può essere riconosciuta dalla famiglia (e/o dalla comunità di origine) per il suo valore strumentale e/o "di transizione" temporanea fra un modello sociale ritenuto familiare e uno prevalentemente vissuto come estraneo e problematico (il minore viene alfabetizzato a una lingua diversa, per giunta scritta, ed eventualmente non padroneggiata dalla famiglia), che ingloba il pericolo di allontanamento e che può favorire un atteggiamento di problematica integrazione configurando alcune popolazioni come «popolo-resistenza» (H. Asséo, *Pour une histoire des peuples-résistance*, [in:] ed. P. Williams, *Tsiganes. Identité, évolution. Actes du Colloque pour le trentième anniversaire des Études tsiganes*, Parigi 1989, pp. 124). Peraltro, non raramente, le politiche che insistono sugli estremi della ghettizzazione/separatismo o dell'assimilazionismo/omologazione possono produrre e/o amplificare la diffidenza delle famiglie di origine non italiana sia verso il coinvolgimento dei/delle figli/e nella ricerca di settore, sia nelle strategie messe in campo tanto da percepire la scuola non come un luogo potenzialmente positivo in funzione dell'integrazione e dell'inclusione bensì potenzialmente negativo in ragione di rischi di deculturazione e conformazione (amplificando forme di controllo di genere e generazionali e conflitti fra generi e generazioni)" (L. Cerrocchi, *Famiglia e Scuola in contesti multiculturali. Tra conoscenza e progettazione pedagogica e didattica*, "Pedagogia Interculturale" 2019d (1).

<sup>67</sup> Negli ambienti dell'antagonismo politico e/o artistico, saremo a raccogliere la necessità (per noi pedagogica) di interrompere il velo di vergogna verso la propria storia e la propria lingua: fattore intriso del forte peso di vissuti atavici nel caso di popoli soggetti a (vecchi e nuovi) colonialismi.

Adulti – CPIA –, con riguardo anche agli adolescenti di origine non italiana e ai minori stranieri non accompagnati) pur con ricadute in termini di *status* professionale e, di riflesso, socio-economico.

Peraltro, la distribuzione a polvere e ghettizzata delle minoranze e/o l'uso (spesso) congregativo della lingua di origine può intensificare una condizione di stranierizzazione per specifici gruppi sia fuori che dentro la scuola (ad esempio, i minori di origine non italiana come i minori stranieri non accompagnati che frequentano i CPIA lamentano che nei corsi di alfabetizzazione non sarebbero presenti italiani con cui parlare in italiano), mentre l'eventuale appartenenza a comunità della non scrittura (oltre a tradursi in una difficoltà cognitiva nell'apprendere a scrivere e a farlo in una lingua diversa dalla propria con immaginabili ricadute in termini di dispersione) impone ad alcuni di incontrare per la prima volta la scrittura e in un codice affettivo e cognitivo diverso da quello del gruppo di appartenenza<sup>68</sup>. In altri casi, l'insegnamento della lingua si confronta con l'appartenenza a specifici gruppi etnico-linguistico-religiosi alfabetizzati alla lingua di origine al fine di mantenere il canone culturale e/o religioso (può essere il caso, ad esempio, degli studenti che provengono dalle scuole coraniche), rendendo necessario lavorare sull'alfabetizzazione in senso non solo cognitivo (ovvero rendendo coscienti del rapporto tra lingua ed emancipazione culturale e sociale) ma anche educativo, ossia di dialogo interetnico. Non possiamo nemmeno trascurare che alcuni minori sono in grado di ricorrere a lingue diverse (sebbene con un'eventuale difformità qualitativa tra scritto e parlato), quella (o quelle) della famiglia e quella della cultura di approdo o delle culture di transizione (infatti molti minori sono di passaggio, in previsione, se non di rientro nel Paese di origine, di successive migrazioni in altri Paesi, ulteriore fattore che può interferire sul piano della scolarizzazione e deve essere trattato a livello didattico). L'uso di più lingue e di linguaggi plurimi (particolarmente valorizzabili tramite pratiche laboratoriali dedicate ai linguaggi estetici come, ad esempio, ai *silent book*) può ammortizzare – almeno in fase iniziale – incompetenze nella lingua orale e scritta consentendo di comunicare. Non di scarsa importanza, la lingua è anche quella dei media (prevalentemente televisione, ma anche radio e stampa, sempre più *social e personal media*), che possono essere fruiti nella lingua di origine oppure in quelle veicolari, di transito o di approdo, con un impatto informale sull'apprendimento della nuova lingua (in certi casi coadiuvato anche dai rapporti con la scuola) o sul mantenimento o meno di continuità con il Paese di provenienza, senza mancare di produrre modelli e, di riflesso, di condizionare stili di vita.

<sup>68</sup> Se è vero che un soggetto "orale" (e non "alfabetico") non è assolutamente destinato a non apprendere altre lingue, è altrettanto vero che la difficoltà dell'apprendimento della lingua risulta essere un aspetto di particolare criticità ulteriormente appesantito dall'assenza, in alcuni casi già nella lingua di origine, di una produzione scritta e cruciale per le sue ricadute sul complessivo successo scolastico e formativo.

Sotto questo punto di vista, non possiamo trascurare alcune questioni: il peso della scrittura nella costruzione interna ed esterna delle topiche riferibili a spazio-tempo-relazioni della vita umana (per essere più chiari, possiamo provare a pensare come sarebbe differente il nostro modo di intendere e di agire nel tempo, nello spazio e nelle relazioni se nella nostra vita fosse stata assente la scrittura); il rapporto in cui l'apprendimento della lingua (e di riflesso dei saperi del curricolo) e delle regole alla base della socializzazione (sia con le figure educative che con i pari) si pone con i contesti formali ma anche con quelli non formali e informali di educazione e di vita (negli ultimi casi per immersione e, non possiamo tralasciare, per condizionamento)<sup>69</sup>; la contraddittoria tendenza a ricorrere a certificazioni di eventuali patologie (identificando una differenza di ordine culturale con una condizione di deficit di apprendimento) che non manca nemmeno del rischio di tradursi in una programmazione diversificata e/o semplificata, caratterizzata dalla definizione di obiettivi minimi, e che colpisce molti minori di origine non italiana, ricorrendo di conseguenza a una valutazione in base agli obiettivi identificati nel progetto individuale e prevalentemente di socializzazione (cioè non tanto di alfabetizzazione); il ricorso (sebbene non intenzionale) a un uso selettivo (in uscita) piuttosto che, correttamente, formativo (in ingresso e in *progress*) della verifica e della valutazione, al fine del consolidamento e del recupero degli apprendimenti attraverso strategie individualizzate e personalizzate, anche entro attività di cooperazione.

Sommiamo una ulteriore questione: espressione della povertà sociale e culturale di molti minori di origine non italiana (perché delle loro famiglie) come variabile assegnata è la canalizzazione (non solo precoce laddove avevano potuto studiare) ma obbligata del percorso di studi verso una formazione professionale o scorciatoie (rivestite da un certo tipo di esternalizzazioni del curricolo scolastico se non da precarie certificazioni delle competenze) che si traducono deterministicamente nei destini occupazionali e personali, quale riproduzione della frattura tra teoria e prassi come culture che esprimono la sperequazione fra classi sociali e fra gruppi etnici. Una sperequazione – quella fra teoria e prassi – che nelle trame delle classi sociali e dei gruppi etnici si riproduce internamente anche a livello di genere, con un segno a sfavore per quello femminile (di cui la

<sup>69</sup> Sul piano della socializzazione, molti minori di origine non italiana non praticano attività pomeridiane con i coetanei al di fuori della scuola se non quelle a fruizione gratuita e prossime ai luoghi di vita; un fattore dovuto a questioni di sistema – sui cui è fondamentale riflettere e intervenire –: problemi economici (ossia eventuali condizioni di indigenza familiare che non permettono di usufruire di servizi a pagamento diversamente fruibili dai coetanei), mancanza di tempo da parte dei genitori (ossia, sempre per motivi economici, padre e/o madre sono impegnati in lavori pesanti e a tempo pieno e non possono accompagnare i/le figli/e) e questioni culturali (ossia diffidenza nei confronti delle proposte culturali, sportive e soprattutto di natura religiosa, provenienti dal Paese d'immigrazione, nonché, particolarmente in alcune culture, madri impegnate nella cura dei/delle figli/e alle quali non viene consentito di uscire da casa oppure ragazze alle quali non è consentito di svolgere attività sportive o di altro valore formativo).

scolarizzazione non sempre è incentivata in termini di frequenza scolastica e sollecitazione agli studi da parte della famiglia: per esempio, si rivelano frequenze a singhiozzo come fermo casalingo delle bambine/ragazze per la cura della casa e/o di fratelli/sorelle a seguito delle partenze delle madri).

Al contrario, si tratta di questioni che meritano di essere trattate con competenza e coscienza pedagogica e didattica, rimandando alla necessità per le figure professionali di smarcarsi da letture e interventi caratterizzati da stereotipi e pregiudizi culturali e privilegiando risposte capaci di assumere in modo competente e profondo le differenze, attraverso un ripensamento del curriculum in prospettiva interculturale<sup>70</sup>.

All'interno di una riflessione intorno a quel contributo fondamentale che la scuola potrebbe e dovrebbe corrispondere, si rendono necessarie sia una *revisione dei programmi d'insegnamento* sia *l'adozione di una prospettiva curricolare che sappia valorizzare gli effetti formativi delle singole discipline, ma anche del valore che assumono nella loro globalità* (ciascuna disciplina è necessaria ma se presa da sola insufficiente)<sup>71</sup>: il curriculum<sup>72</sup> dovrebbe riuscire a connettere l'intero sistema di saperi, interno ed esterno alla scuola, supportato dalla definizione dei traguardi che si propone e dall'organizzazione degli specifici saperi che prevede, per dare integrità e unità all'esperienza formativa, ossia concorrendo a formare *formae mentis*<sup>73</sup> capaci di *pensiero logico-paradigmatico*, tipico delle scienze esatte, e di *pensiero narrativo*<sup>74</sup>, tipico delle scienze umane, in funzione di una conoscenza e di una coscienza che ineriscano ecologicamente ed eticamente il progresso scientifico e sociale.

Questa prospettiva: include la visione di un curriculum teso a corrispondere a conoscenze, abilità e competenze di base (fondamentali e irrinunciabili), stabili (che permangano nella memoria), sistematiche (non frammentarie ma progressive), reticolari (capaci di creare connessioni tra saperi), capitalizzabili (che possono fornire la base o l'anello per un sapere più ampio) e decontestualizzabili (che possono essere utilizzate in tempi e spazi, attività e relazioni diverse da quelle in cui sono state acquisite e funzionali a promuovere auto-apprendimento e auto-orientamento)<sup>75</sup>; richiede un coinvolgimento e una partecipazione da parte degli studenti, delle famiglie e dei gruppi di riferimento meglio funzionale a favorire la conoscenza di valori e significati delle culture di origine e a creare raccordo tra processi e pratiche di inculturazione e acculturazione, socializzazione primaria e socializzazione secondaria, tanto da sventare rischi di deculturazione.

<sup>70</sup> M. Baldacci, *Ripensare il curriculum. Principi educativi e strategie didattiche*, Roma 2006.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Il curriculum si distingue in esplicito e implicito: entrambi questi livelli logici concorrono a perseguire e conseguire una forma d'intuizione trans-contestuale (ibidem).

<sup>73</sup> H. Gardner, *Formae mentis*, Milano 1987.

<sup>74</sup> J. S. Bruner, *La fabbrica delle storie*, Roma – Bari 2002.

<sup>75</sup> G. Domenici, *L'orientamento diacronico-formativo*, Roma 1995.

Come anticipato, purtroppo, tutti i minori (e non solo) di origine non italiana vengono inglobati nella macro-categoria “stranieri” senza riconoscere il loro specifico sociale e culturale e, nel caso degli alunni di alcune culture o comunità collocate per rappresentazione sociale nella scala più bassa di allusi organigrammi sociali e culturali, ciò è aggravato da una loro rappresentazione di «diversi tra diversi», posti al livello più basso di quella scala. Aspetti che, ad esempio, rilanciano anche la necessità di mettere a punto protocolli di lavoro e buone pratiche a livello centrale e/o locale per documentare la storia e il percorso di studenti di cui si rischia di perdere le tracce ai fini della continuità fra ordini e gradi scolastici – senza escludere casi di ulteriore migrazione in altre città o nazioni – come fra diverse agenzie e di riflesso – ma non solo – tra insegnanti ed educatori, che tendono a lavorare su binari paralleli senza necessariamente incontrarsi a livello culturale e operativo (un aspetto molto critico nel caso di minori di origine non italiana con famiglie particolarmente problematiche e fragili o affidati a comunità educative).

### **3.2. Il lavoro: la socializzazione/l'educazione**

Nel fare riferimento al *lavoro* come a un'attività vitale, tipicamente umana e co-evolutiva, non possiamo trascurare, anche per molti minori di origine non italiana, i rischi di un lavoro subalterno e altamente alienante, tra la crisi (intesa anche e proprio come espressione di istanze sociali capitaliste e coloniali: si pensi alle forti contraddizioni del caporalato e dello sfruttamento autoctono e straniero concentrato nelle Baraccopoli e nei Ghetti) e la necessità educativa dell'attivazione di risorse e strategie che rimanda a una visione ampia e storico-culturale della dimensione informale dell'apprendimento e del lavoro come mezzo di sostentamento, coordinamento di strumenti cognitivi e progettuali e possibilità di partecipazione sociale attiva. Questo pone il problema di sostenere sia i minori di origine non italiana (a partire dalla coltivazione della qualità del curriculum scolastico ed eventualmente nella formazione professionale) nell'accesso e nella presenza, nell'aggiornamento e nella riconversione, nel ri-orientamento, nell'auto-orientamento e nel reinserimento al lavoro; sia le pratiche di cura intrinseche al bilancio personalizzato e guidato di competenze, per identificare potenzialità personali e professionali, suscettibili di essere investite nella ri-elaborazione e nella realizzazione di un progetto di inserimento sociale e professionale, e di ri-progettazione della struttura della vita<sup>76</sup>.

Sotto questo punto di vista, sembra irrinunciabile rimarcare almeno due questioni. Da un lato, che l'assenza/la privazione del lavoro coincide con un

<sup>76</sup> M. Ladogana, I. Loiodice, *Il Bilancio di competenze. Un'azione educativa di natura sociale*, [in:] op. cit., eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, 2018, pp. 270-284; M. Ladogana, *Dal racconto al progetto di vita e di lavoro. Le potenzialità del Bilancio di competenze*, [in:] op. cit., ed. L. Cerrocchi, 2019, pp. 288-304.

tempo vuoto e abbandonico, depressivo e di amplificazione del disagio, tale da rischiare di tradursi in criminalità. Si tratta di un tema molto complesso: possiamo immaginare cosa significhi essere nel pieno di un'età di vigore fisico e cognitivo utile a lavorare ma dover restare in condizione di vuoto culturale e sociale, di inattività, di disuso delle abilità e riduzione della socialità complessa tipica dei contesti lavorativi. Sono molti i migranti, anche minori, che esprimono criticità legate al lavoro e alla necessità di guadagnare per risparmiare denaro oltre che competenze per la progettualità futura; non possiamo nemmeno trascurare i riscontri negli studi di settore sul rapporto fra migrazione e ricorso a e/o dipendenza da sostanze per coprire il vissuto depressivo. Dall'altro, in molti minori di origine non italiana non manca né la consapevolezza di quanto sia importante studiare per inserirsi nel contesto lavorativo (tanto da impegnarsi, a seconda delle loro condizioni di presenza o di ingresso scolastico, nel conseguimento del diploma di scuola media inferiore o superiore, in corsi di formazione professionale e, in futuro, in corsi di laurea etc.), né il rispettivo impegno anche affrontando le difficoltà logistiche (diversi sono i minori di origine non italiana che vivono in luoghi periferici o, comunque, lontani dai luoghi di istruzione e di formazione professionale): nel caso in cui le famiglie siano presenti, questo fattore non è estraneo alle aspettative delle famiglie stesse in termini di emancipazione individuale e collettiva (e tali da essere più o meno strumentali o di lungo corso)<sup>77</sup>.

#### 4. Le professioni educative: la formazione iniziale e in servizio

Il potenziale (dei ruoli e delle funzioni) delle *professioni educative* muove da differenti questioni. Tra queste:

- una visione sociale del pedagogico – diversa da quella privata e privatistica della famiglia – che si concentra su compiti, strumenti e strategie secondo un principio di comunità e corresponsabilità educativa (perseguita, allo stesso tempo, dalla cura del contesto e dell'attivazione del soggetto, attivando processi e pratiche di coscientizzazione e di autode-terminazione di persone e gruppi)<sup>78</sup>;

<sup>77</sup> Il modo in cui la nascita dei/lle figli/e e/o il loro arrivo viene trattato e vissuto da parte dei genitori (come dal resto della famiglia) può segnare il tentativo e l'impegno di non rimanere invisibili e ai margini della società, spingendo gli adulti ad assumere ruoli sociali nuovi oltre a quello di lavoratore, avviando o ampliando intrecci e interazioni stabili con altri luoghi e figure educative (ad esempio, la scuola e gli insegnanti), tanto da permettere ai figlie e alle figlie di godere di migliori condizioni di vita.

<sup>78</sup> In particolare, ci riferiamo a una progettazione (partecipata e che muova da una significativa conoscenza) a favore di minori di origine non italiana da sostenere in percorsi di alfabetizzazione e lavoro, di fruizione dei servizi sanitari e sociali, delle agenzie sportive, culturali, aggregative, valoriali e artistiche del territorio e dei territori, senza trascurare la prospettiva del ritorno come di una neo-progettualità formativa, di lavoro e di vita. Ci pare importante segnalare anche l'opportunità



- la prospettiva dell'educazione per tutta la vita (tutte le età della vita sono intese come età dell'educazione, tra continuità e specificità formativa) attraverso l'idea regolativa del sistema formativo integrato e/o del lavoro di rete (entro la continuità sinergica e strategica ma anche il riconoscimento dello specifico formativo di agenzie e attori) per corrispondere a una formazione integrale/multidimensionale del soggetto-persona (concorsa dalla coltivazione dell'autonomia fisica, cognitiva, affettiva, etica ed estetica) (Frabboni, Pinto Minerva, 1994).

Da un lato, emerge, preminente, il potenziale di figure e/o ruoli parentali interni (dunque non solo genitoriali) (testimoni soccorrevoli per la Miller)<sup>79</sup> e professionali esterni (testimoni consapevoli per la Miller)<sup>80</sup> che (si rivelano e rivelano versioni alternative del fare e del sentire, del pensare, del dire e dell'essere mentre) lavorano nella/per/con la/le famiglia/e, particolarmente l'educatore professionale socio-pedagogico (come figura ponte all'interno di servizi/agenzie/realità di settore e con l'esterno tra scuola, famiglia, comunità di affido educativo e altre agenzie educative extrascolastiche) ma anche il pedagogista (come figura di coordinamento, ricerca e supervisione)<sup>81</sup>, senza trascurare ulteriori professionalità che attraversano la pluralità e la dinamicità dei *contesti*

---

di mettere a punto strumenti e strategie pedagogicamente connotati, a livello conoscitivo ma anche formativo-revisionale (dunque, di ri-significazione), sia per i soggetti in educazione che per le figure professionali: secondo un *setting* educativo che, da un lato, assume il viaggio di formazione e, dall'altro, tratta la narrazione di gruppo dell'esperienza migratoria (direttamente vissuta o indirettamente assorbita dalla famiglia) come un processo e una prassi di condivisione e, soprattutto, di ricostruzione profonda dell'esperienza e, più ampiamente, come esperienza formativa funzionale all'integrazione e all'inclusione culturale e sociale (L. Cerrocchi, op. cit., 2019a).

<sup>79</sup> A. Miller, op. cit., 2008.

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Siamo a insistere sull'essere e fare l'educatore professionale socio-pedagogico e il pedagogista. Sotto questo punto di vista, il lavoro della comunità pedagogica italiana è stato recepito (sebbene con alcuni adattamenti) ai sensi della Legge 27 Dicembre 2017, n. 205, commi 594-601, promulgata dalla Gazzetta Ufficiale n. 302 del 29.12.2017 ed entrata in vigore in data 1.1.2018, e nel Decreto Legislativo 65 del 13 Aprile 2017. Nel primo testo, in particolare, all'interno dell'Emendamento alla Legge di Bilancio "Disciplina delle professioni di educatore professionale socio-pedagogico, educatore professionale socio-sanitario e pedagogista" (la cosiddetta "Legge Iori"), si ottengono importanti risvolti culturali e professionali, assumendo il distinguo tra educatore professionale socio-pedagogico (formato nei CdS di area pedagogica) ed educatore professionale socio-sanitario (formato nei CdS di area sanitaria); stabilendo l'obbligo dello specifico titolo secondo una rispettiva collocazione del curriculum formativo; e, nel caso dei curricula di nostro interesse, riconoscendo i contesti di professionalità sia per l'educatore di formazione pedagogica che per il pedagogista (quest'ultima, figura mai ufficialmente prevista e/o regolamentata se non in recenti e dispari regolamentazioni locali). Allo stesso tempo e sempre ai sensi della Legge 205/2017, con specifico riferimento al comma 597, è stato previsto un Corso intensivo di formazione da 60 CFU per la Qualifica di Educatore Socio-Pedagogico, al fine di corrispondere una formazione almeno di base e di sanare la posizione di coloro che hanno esercitato la professione senza un titolo di studio coerente e venendo inquadri (non contraddittoriamente anche a livello economico) nel ruolo di operatore.

*educativi per il sociale e l'interculturale*<sup>82</sup>. Dall'altro, assumiamo l'Educazione degli Adulti (con riferimento a figure parentali e professionali) come stato e condizione dell'esistenza considerata centrale nei cicli biologici e nel corso umano della vita e della processualità educativa, come prospettiva a carattere meta (nel caso delle professioni educative, per la *formazione iniziale e in servizio* di adulti che, a propria volta, concorreranno – tramite processi e pratiche di educazione e istruzione – alla altrui formazione) e, dunque, come *fattore culturale-professionale-esistenziale*. In termini di *Educazione degli Adulti*, siamo interrogati e investiti – tra accademia e terzo settore – nel privilegiare curricula formativi e percorsi professionali (tanto per i pedagogisti in accademia che per le professioni educative, di differente e pari ruolo e funzione) coerenti nei fini e nei metodi, inclusivi della supervisione scientifica e della valutazione formativa in équipe, caratterizzati da un fecondo rapporto tra ricerca-azione-formazione<sup>83</sup> e, dunque, tra ricerca-didattica-terza missione: ovvero, secondo un progetto scientifico (pensare) interessato a risolvere una tensione sociale (fare) e nel tentativo di svincolarsi da quello stesso conflitto sociale che esaspera le criticità dei soggetti in educazione mentre (non diversamente) ricade a livello economico e di progettualità di vita sulle professioni educative<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Una nota non secondaria merita la presenza di volontari, soprattutto nei contesti extrascolastici: può trattarsi di persone con altro profilo culturale e/o professionale oppure che muovono dalla stessa professione rispetto alla quale svolgono attività di volontariato (in molti casi da cui sono andati in pensione). La delicatezza delle storie e dei contesti di presenza dei minori di origine non italiana richiama l'importanza di una attenta scelta dei volontari e, sebbene non come richiesta esperta, di una rispettiva formazione di base. Sotto questo punto di vista, sottolineiamo l'importanza di una buona preparazione e un buon supporto dei volontari stessi, anche per l'impatto psicologico, tanto da non esasperare le criticità dell'utenza come quelle stesse criticità che possono essere – non linearmente – alla base della scelta del soggetto di intraprendere esperienze di volontariato; non possiamo nemmeno trascurare il rischio, ovvero la contraddizione, di un ricorso ai volontari per sanare l'assenza di personale da parte delle realtà di settore con un'amplificazione del conflitto sociale.

<sup>83</sup> Cfr. G. Asquini (ed.), *La ricerca-formazione. Temi, esperienze e prospettive*, Milano 2018. In questo senso, consideriamo l'importanza di percorsi di ricerca-azione-formazione inclusivi: dell'acquisizione di un buon quadro teorico; del corrispondere a rassegne internazionali, nazionali e locali delle ricerche e dei progetti di settore; della mappatura delle realtà e/o delle esperienze di settore; della formazione iniziale e in servizio delle figure educative implicate nella ricerca-azione; dell'analisi delle fonti e dei documenti, della messa a punto di strumenti conoscitivi per la revisione delle strategie di intervento; della presentazione dei risultati (a vantaggio del mondo scientifico, della società e del territorio) attraverso seminari e convegni in università e la pubblicazione dei risultati in forma di volume, saggi e articoli, a favore del target, delle realtà e delle professioni di settore, così come della più estesa società.

<sup>84</sup> L. Cerrocchi, op. cit., 2019a.

## Bibliography

- Agamben G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995.
- Annacontini G., Rodriguez J. L. (eds.), *La mossa del gambero. Teorie, metodi e contesti di pratica narrativa*, Milano 2019.
- Asquini G. (ed.), *La ricerca-formazione. Temi, esperienze e prospettive*, Milano 2018.
- Asséo H., *Pour une histoire des peuples-résistance*, [in:] *Tsiganes. Identité, évolution. Actes du Colloque pour le trentième anniversaire des Études tsiganes*, ed. P. Williams, Parigi 1989.
- Baldacci M., Frabboni F., *Manuale di metodologia della ricerca educativa*, Novara 2013.
- Baldacci M., *Ripensare il curriculum. Principi educativi e strategie didattiche*, Roma 2006.
- Balsamo F., *Famiglie di migranti. Trasformazioni dei ruoli e mediazione culturale*, Roma 2003.
- Bandura A., *Autoefficacia: teoria e applicazioni*, Trento 2000.
- Bateson G., *Verso un'ecologia della mente*, Milano 1977.
- Berne E., *Intuizione e stati dell'io*, Roma 1992.
- Bertolini C., *La narrazione in ambiente digitale: implicazioni e prospettive didattiche di una strategia*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Bronfenbrenner U., *Ecologia dello sviluppo umano*, Bologna 1986.
- Bruner J. S., *La fabbrica delle storie*, Roma-Bari 2002.
- Catanzaro R., Colombo A., *Badanti & Co. Il lavoro domestico straniero in Italia*, Bologna 2009.
- Catarci M., *Integrazione. Una nozione multidimensionale e interazionista*, [in:] *Le parole-chiave della Pedagogia Interculturale. Temi e problemi nella società multiculturale*, eds. M. Catarci, E. Macinai, Pisa 2015.
- Catarsi E., *Pedagogia della famiglia*, Roma 2008.
- Ceravolo F.A., Molina S., *Dieci anni di seconde generazioni in Italia*, "Quaderni di Sociologia" 2013, 63.
- Cerrocchi L., D'Antone A., *Le punizioni corporali: tra disfunzionalità della famiglia e servizi educativi a sostegno della famiglia e della genitorialità*, "Rivista Italiana di Educazione Familiare" 2020 (1).
- Cerrocchi L., Zannoni F., *La mediazione culturale e il volontariato*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Cerrocchi L., Dozza L. (eds.), *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, Milano 2018.
- Cerrocchi L., Contini A. (eds.), *Culture migranti. Luoghi fisici e mentali d'incontro*, Trento 2011.
- Cerrocchi L. (ed.), *Narrare la migrazione come esperienza formativa. Strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*. Milano 2019a.

- Cerrocchi L. et al., *Narrare la migrazione come esperienza formativa: compiti, strumenti e strategie nel Progetto con i Richiedenti Protezione Internazionale della Cooperativa Sociale e di Solidarietà L'Ovile di Reggio Emilia*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi L., Milano 2019b.
- Cerrocchi L., *La migrazione come esperienza formativa: tra processi e pratiche*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019c.
- Cerrocchi L., *Famiglia e Scuola in contesti multiculturali. Tra conoscenza e progettazione pedagogica e didattica*, "Pedagogia Interculturale" 2019d (1).
- Cerrocchi L., *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, [in:] *Comunità e corresponsabilità educativa. Soggetti, compiti e strategie*, eds. M. Amadini, S. Ferrari, S. Polenghi, Lecce 2019e.
- Cerrocchi L., *La famiglia come osservatorio e progetto migratorio in prospettiva pedagogica*, [in:] *Sguardi simmetrici. Ragazzi che vengono da lontano nelle scuole dell'Emilia-Romagna*, ed. C. Brescianini, I Quaderni dell'Ufficio Scolastico Regionale per l'Emilia-Romagna 2018a.
- Cerrocchi L., *La famiglia come ambiente e/o sistema educativo*, [in:] *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, Milano 2018b.
- Cerrocchi L., *La relazione educativa: variabili esterne e interne*, [in:] *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, Milano 2018c.
- Cerrocchi L., Ruscica V., *La migrazione interna dal Sud al Nord Italia. Per un'analisi pedagogica di sistema in funzione dello sviluppo sostenibile*, [in:] *Per un'ecologia di comunità. Processi e pratiche educative di sviluppo sostenibile*, ed. A. D'Antone, Bergamo 2017a.
- Cerrocchi L., Ruscica V., *Vivere la migrazione: dal Sud al Nord Italia. Tra analisi di sistema e delle storie delle studentesse del DESU Unimore: prospettive pedagogiche di sviluppo sostenibile*, [in:] *Per un'ecologia di comunità. Processi e pratiche educative di sviluppo sostenibile*, ed. A. D'Antone, Bergamo 2017b.
- Cerrocchi L., *L'intercultura in prospettiva pedagogica. Tra processi e pratiche*, Bari 2013.
- Chitussi B., *Nuda vita e funzione biografica. Per una filosofia della migrazione*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Cooper D., *Psichiatria e antipsichiatria*, Roma 1972.
- Coppo P., *Tra psiche e cultura. Elementi di etnopsichiatria*, Torino 2003.
- D'Antone A., *Il sostegno educativo alla famiglia e alla genitorialità. Contenuti, strumenti e strategie per la formazione delle figure professionali a valenza pedagogica*, FrancoAngeli, Milano 2020.
- D'Antone A., *I legami familiari: criticità e fattori di sviluppo e di educazione*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi L., Milano 2019.

- De Martino E., *Sud e magia*. Milano 1959.
- Demetrio D., *Educare è narrare. Le teorie, le pratiche, la cura*, Milano-Udine 2012.
- Di Cesare D., *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino 2017.
- Di Nola A.M., *Gli aspetti magico religiosi di una cultura subalterna*, Torino 1976.
- Domenici G., *L'orientamento diacronico-formativo*, Roma 1995.
- Dozza L., *Professioni educative per il sociale: progettualità e setting educativo*, [in:] *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, Milano 2018.
- Dozza L., *Setting e dinamiche anti-gruppo nei gruppi di formazione*, [in:] *Il gruppo educativo. Luogo di scontri e di apprendimenti*, ed. M. Contini, Roma 2000.
- Dozza L., *Apprendere per tutta la vita, nei differenti contesti della vita, in modo profondo*, "Pedagogia più didattica" 2009 (1).
- Fiorucci M., *La mediazione culturale: strategie per l'incontro*, Roma 2018.
- Foucault M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976.
- Frabboni F., Guerra L. (eds.), *La città educativa: verso un sistema formativo integrato*, Bologna 1991.
- Frabboni F., Pinto Minerva F., *Manuale di pedagogia generale*, Roma-Bari 1994.
- Gardner H., *Formae mentis*, Milano 1987.
- Ginzburg N., *Lessico familiare*, Torino 1963.
- Grinberg R., Grinberg L., *Psicoanalisi della migrazione e dell'esilio*, Milano 1990.
- Lacan J., *I complessi familiari nella formazione dell'individuo*, Roma 2005.
- Ladogana M., *Dal racconto al progetto di vita e di lavoro. Le potenzialità del Bilancio di competenze*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Ladogana M., Loiodice I., *Il Bilancio di competenze. Un'azione educativa di natura sociale*, [in:] *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, Milano 2018.
- Lewin K., *Teoria e sperimentazione in psicologia sociale*, Bologna 1972.
- Malagoli Togliatti M., Lubrano Lavadera A., *Dinamiche relazionali e ciclo di vita della famiglia*, Bologna 2002.
- Manzini R., *I gruppi di auto/mutuo aiuto* [in:] *Contesti educativi per il sociale. Progettualità, professioni e setting per il benessere individuale e di comunità*, eds. L. Cerrocchi, L. Dozza, Milano 2018.
- Miller A., *Il dramma del bambino dotato e la ricerca del vero sé*, Torino 2008.
- Montuschi F., *Vita affettiva e percorsi dell'intelligenza*, Brescia 1983.
- Moscato M.T., *Il viaggio come metafora pedagogica. Introduzione alla pedagogia interculturale*, Brescia 1994.
- Moscovici S., *Le rappresentazioni sociali*, Bologna 2005.
- Neill A.S., *I ragazzi felici di Summerhill*, Milano 2012.

- Nitsun M., *The anti-group: destructive forces in the group and their creative potential*, London 1996.
- Panforti M.D., *Cross-Border Proceedings in Family Matters before National Courts and the CJEU – Italy* [in:] *Enhancing the Efficiency of the Brussels IIbis Regulation*, 2018.
- Pinto Minerva F., *Narrare l'errare per ibridarsi con le alterità*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Pinto Minerva F., *Contributo per una fondazione scientifica dell'educazione per tutta la vita*, "Pedagogia oggi. Mensile della Società Italiana di Pedagogia" 2002, 5-6.
- Pintus A., *Nascere e crescere stranieri in Italia*, "ERE", 2010.
- Porcaro E., *L'alfabetizzazione: formazione scolastica e CPIA*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano.
- Pourtois J.P., *La ricerca-azione in pedagogia*, [in:] *Manuale Critico della Sperimentazione e della Ricerca Educativa*, eds. E. Becchi, B. Vertecchi B., Milano 1990.
- Rutschky K., *Pedagogia nera. Fonti storiche dell'educazione civile*, Milano-Udine 2018.
- Sayad A., *La doppia assenza. Dalle illusioni dell'emigrato alle sofferenze dell'immigrato*, Milano 2002.
- Schützenberger A.A., *La sindrome degli antenati*, Roma 2004.
- Traverso A., *Infanzie movimentate. Ricerca pedagogica e progettazione nei contesti di emergenza per minori stranieri non accompagnati*, Milano 2018.
- Vaccarelli A., *Esistenze in fuga. Narrazioni, resilienza, cura educativa*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Vanni F., *Modelli di gruppo e ricerca psicologica*, [in:] *La gestione delle dinamiche di gruppo e i gruppi psicoterapeutici*, ed. G. Trentini G., Milano 1987.
- Vygotskij L.S., *Immaginazione e creatività nell'età infantile*, Roma 1990.
- Watzlawick P., Beavin J.H., Jackson D.D., *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma 1971.
- Wild P.F., *L'audizione del richiedente protezione internazionale e il ruolo della memoria di accompagnamento*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.
- Winnicott D., *Gioco e realtà*, Roma 1971.
- Zannoni F., *Intercultural Mediation Addressed to Refugees and Asylum Seekers in Italy*, "Žurnal Sibirskogo Federal'nogo Universiteta. Serija Gumanitarnye Nauki" 2020, 13.
- Zizioli E., Franchi G., *Ri-dare voce senza parole. I racconti di sole immagini come dispositivo autobiografico per la costruzione di nuovi immaginari*, [in:] *Narrare la migrazione come esperienza formativa: strumenti e strategie di comunità e corresponsabilità educativa*, ed. L. Cerrocchi, Milano 2019.



## SUMMARY

### Foreign minors: between family and school in a pedagogical perspective

The present paper focuses on foreign minors: between family and school in a pedagogical perspective (within the framework of general and social pedagogy, including, in particular, intercultural pedagogy and Adult Education). Themes and problems are presented in four main areas – concerning the so-called foreign minors (an expression considered as inadequate) – of which we briefly report some results that emerged from our study and field work:

- the *foundational framework* of interculture in a pedagogical perspective. Pedagogical and didactic knowledge and planning take into account the social, cultural and psychological factors that characterize migrations, in order to develop tools of analysis and strategies of intervention related to the processes and practices of education;
- *the family* as the main migration observatory and project. At a cognitive and planning level, it is essential to take into account the different structures of the family nucleus (male traditional, female reuniting, neo-constitutive, simultaneous, monocultural, biparental and diasporic families, unaccompanied minors, white orphans, presumed minors), as well as of the family material and symbolic functions of propulsion, of agent of control, its absence, or its role as a resource in presence, and the cost covered by the family in the migratory chain and of the respective repercussions on the identity of gender and between genders, of generation and between generations;
- *the role of family and parenting support services*. The family presents developmental and educational tasks for all its members with their different roles and functions; in particular, generativity does not coincide with parenting, which, on the other hand, requires – in addition to psychological balance and ethical integrity – educational skills that must be built and cultivated;
- *education / literacy and socialization / education* as processes and practices that affect the *school curriculum* (in its different orders and degrees); therefore, *language* and *work* are the main means of cultural and social integration and inclusion. On the one hand, a revision of teaching programs and a rethinking process of the curriculum in a multicultural perspective appears to be necessary; on the other hand, it is mandatory not to neglect the importance of literacy in relation to language (and languages) and, consequently, to knowledge, also from an employment perspective;
- *the professional figures* (in initial training and in service), with particular reference to the educational care provided by teachers, socio-pedagogical professional educators, and pedagogists. On the one hand, the potential of external professional figures and roles emerges, making them *conscious*



*witnesses* who reveal, while working with families, both themselves and alternative ways of DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.01ng, of feeling, of thinking, of saying, and of being. On the other hand, we consider *Adult Education* (with reference to parental and professional figures) as a *cultural-professional-existential factor*, in order to free ourselves from the social conflict that exacerbates the subjects' critical issues in their education, with repercussions on the economic and life planning levels of the educational professions.

The paper intends to show *possible lines of evolution and unchartered bases for educational planning* addressed to minors of non-Italian origin, as a form of community task and educational co-responsibility.



**Dario Vinci**

Ufficio Tutela Metropolitanamente presso il Comune di Bologna  
(Metropolitan Protection Office in the Municipality of Bologna, Italy)  
e-mail: dario.vinci@comune.bologna.it

ORCID: 0000-0002-0082-1111

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.15

## **Il MSNA, tra diritti consolidati e nascenti esigenze di tutela. Il punto di vista di un Ufficio Tutela Metropolitanamente**

### **ABSTRACT**

**Unaccompanied Foreign Minor, between consolidated rights and emerging protection needs. The point of view of an Italian Metropolitan Protection Office**

The Italian Juvenile Law guarantees protection to unaccompanied foreign minors, which is a child coming from non-EU countries without parents. This phenomenon, in recent years, concerns the migratory flows of refugees, who arrive from Turkey or Libya to the coasts of Italy; the journey is often dramatic and sometimes it requires to pass through other European countries. The EU Regulation – Dublin III, which entered into force on 1 January 2014, points at the competence of the EU State in which the minors arrived at first; further transfers, except the need to be reunited with family members in other EU States, are not significant for the European law. The current system of granting refugee or other forms of international protection is based on this fundamental principle. The protection of unaccompanied foreign minors in Italy is achieved through a form of “multidisciplinary” support; the legal data is only one component. In addition, there are social and educational projects as well as protection for health; the need of an effective integration is perceived. Together with the social intervention, a legal public representative, the guardian, is appointed for unaccompanied minor. The competence belongs to the Municipality in which the minor is found or where, following a first reception, will be transferred on the basis of a regional territorial assignment, within the national system of Italian reception for refugee minors, called “SIPROIMI”. The legal guardian’s role is to

guarantee children's rights and an adequate assistance. It's a very thorny topic in the Metropolitan Area of Bologna, which has more than a million inhabitants; all the local offices created a "Public Metropolitan Protection Office" with the aims to manage these aspects. Promoting the function of these public offices confers the role of a "third party" in the protection of the children with the assistance of social and health services.

**Key words:** minor, refugee, guardian, Public Metropolitan Protection Office

## Introduzione<sup>1</sup>

Ai sensi dell'art. 343 c.1 c.c. "se entrambi i genitori sono morti o per altre cause non possono esercitare la responsabilità genitoriale, si apre la tutela".

Ai sensi poi dell'art. 354 c.c. "La tutela dei minori, che non hanno nel luogo del loro domicilio parenti conosciuti o capaci di esercitare l'ufficio di tutore, può essere deferita dal giudice tutelare a un ente di assistenza nel comune dove ha domicilio il minore o all'ospizio in cui questi è ricoverato. L'amministrazione dell'ente o dell'ospizio delega uno dei propri membri a esercitare le funzioni di tutela".

Tra le diverse cause per cui l'Autorità Giudiziaria è tenuta a nominare un Tutore abbiamo quella del minorenni straniero non accompagnato presente sul territorio ItaliaNo. La peculiarità dei destinatari di questa forma di tutela comporta che il Giudice Tutelare (in questo caso il Tribunale per i Minorenni, ai sensi del D.lgs 220/17) non possa nominare quasi mai familiari del minorenni quali figure tutelari, dovendo invece nominare un Ente Pubblico oppure, come solo di recente previsto, un Tutore privato volontario.

Quando la Tutela è deferita ad un Ente Pubblico, di solito il Comune presso cui il minorenni è preso in carico e spesso insiste anche il luogo (es. Comunità o famiglia affidataria) che lo accoglie, la Tutela si dice Pubblica.

Al Tutore competono attività di promozione e garanzia dei diritti del soggetto tutelato, quindi non soltanto di tipo conservativo (preservare diritti già

<sup>1</sup> L'Ufficio Tutela Metropolitana è presente presso il Comune di Bologna (Area Welfare e Promozione del Benessere della Comunità), che attivato in via sperimentale nel 2017 a Bologna, quale esempio tra i pochi in Italia, cura per l'intera Area della Città Metropolitana gli aspetti giuridici in materia di Pubbliche Tutele, tra cui quelle aperte a favore dei minorenni stranieri non accompagnati, promuovendo in raccordo con l'Azienda comunale cittadina (ASP Città di Bologna) che ha in carico sociale i MSNA, l'Ufficio del Garante Regionale per l'Infanzia e l'Adolescenza ed il Tribunale per i Minorenni anche il recente Istituto della Tutela Volontaria. Copre l'ambito territoriale dei Servizi Sociali afferenti i Distretti AUSL di Bologna città, San Lazzaro, Casalecchio Lavino e Valsamoggia, Appennino, Pianura Est, Pianura Ovest, Imola.

acquisiti) ma anche di stimolo ed impulso perché il tutelato (nel linguaggio civilistico classico lo chiameremmo “pupillo”) riceva diritti prima non goduti, avendone però titolarità (es. assegni sociali, residenza, iscrizione al servizio sanitario nazionale, ecc).

Vi sono poi i Garanti per l’Infanzia e l’Adolescenza, che a livello nazionale e regionale promuovono i diritti minorili a livello più politico, sollecitando ad esempio tutele giuridiche non ancora vigenti, ma ritenute utili da riconoscere ai minorenni.

Al contempo, l’Ente Pubblico, per altre fonti normative tra cui la Legge quadro sull’assistenza sociale (n. 328/00), è anche titolare degli interventi sociali a favore di questi soggetti bisognosi non solo di una tutela giuridica ma anche sociale (oltrechè sanitaria, educativa, ecc.).

In proposito ai sensi dell’art.315 bis cc: Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

Mentre per l’art. 30 Cost. c. 2 “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”.

Di qui la necessità che il minorenne straniero non accompagnato debba essere assistito, con una competenza mista Stato (Ministero degli Interni) /Regioni ed Enti Locali attraverso le forme tipiche del diritto minorile, in primis la Legge 184/83 in materia di affidamento familiare, per cui ex art. 2 “Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell’art. 1, è affidato ad una famiglia... ove non sia possibile è consentito l’inserimento del minore in una comunità di tipo familiare...”.

Un sistema di accoglienza a competenza sociale in materia di immigrazione affidata allo Stato, e gestita o direttamente dal Ministero dell’Interno a mezzo di una “Struttura di Missione” con raccordi con i singoli Enti locali e le strutture di accoglienza dislocate sul territorio aderenti alla rete ex Sprar (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati), ora chiamata SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati), o direttamente dai Comuni che aderiscono a progetti Europei FAMI (“Fondo asilo migrazione e integrazione 2014-2020 Fami”), ovvero uno strumento finanziario istituito con Regolamento UE n. 516/2014 con l’obiettivo di promuovere una gestione integrata dei flussi migratori sostenendo tutti gli aspetti del fenomeno: asilo, integrazione e rimpatrio.

Quindi il ruolo del Tutore, in particolare quando Pubblico, è in stretto raccordo con chi governa gli interventi a sostegno del minore, tra cui la sua accoglienza. Il che non può però portare ad una sovrapposizione tra ruoli ontologicamente distinti, ed anzi retti non solo da collaborazioni ma anche da dinamiche di garanzia e di controllo reciproci.

Tale assetto funzionale, nella dicotomia tutela giuridica/tutela sociale, nel tempo si è reso ancora più complesso perché in tema di presa in carico sociale il Legislatore ha introdotto gli Istituti dell'affidamento familiare e dell'adozione (l. 184/83), oltreché una nuova concezione di Welfare (L. 328/00) e di un rafforzamento dell'Autorità Giudiziaria minorile, con sempre maggiori poteri riconosciuti in materia di protezione dell'infanzia (dalla riforma della L.151/75 a quelle ex L.219/12 e D.lgs 154/13); tutte novità che hanno contaminato qualitativamente e quantitativamente gli interventi tutelari conseguenti (si pensi alle tutele aperte a favore di minorenni interessati da procedure volte ad adottarli, oppure a seguito di provvedimenti ablativi delle responsabilità genitoriali o ancora ai fenomeni migratori recenti che introducono la tutela non solo quale conseguenza di nuovi fenomeni geopolitici ma anche per una nuova cultura del diritto minorile).

Le recenti modifiche normative in materia di filiazione (l. 219/12, D.lgs 154/13) e l'utilizzo sempre più diffuso dei moderni modelli a protezione giuridica delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, quale i minorenni, tra cui quelli stranieri non accompagnati, in ambito tutelare o gli anziani in materia di Amministrazione di Sostegno (l. 06/04), introducono inoltre da un lato nuovi diritti in materia di minori, famiglia e tutela dei soggetti deboli, anche maggiorenni, e dall'altro nuove complessità giuridiche per gli Enti Locali che direttamente o a mezzo di deleghe all'AUSL, Unioni di Comuni ovvero ASP risultino titolari di tali prese in carico, da cui discendono doveri di legge e conseguenti responsabilità, tanto dell'Amministrazione quanto dei singoli professionisti coinvolti.

Lo stesso Legislatore, presta infatti sempre più attenzione ai temi della responsabilità civile derivante dalla custodia di minori e adulti incapaci (artt. 2043, 2047 e 2048 cc), degli obblighi di riservatezza e del corretto trattamento dei dati personali, sensibili, sanitari e giudiziari ma anche degli obblighi connessi in capo agli operatori socio-sanitari tra cui quelli in ambito civile e penale.

Anche a livello processuale, si assiste a nuove geografie giudiziarie, che interessano tanto il Giudice Tutelare, che il Tribunale Ordinario in sede collegiale o anche monocratica quanto il Tribunale per i Minorenni. Ciò sia in materia di minorenni già presenti in Italia che a quelli giunti dall'estero, in particolari da spazi extra Ue, i cd Minori Stranieri non Accompagnati; questi ultimi spesso titolari anche di protezioni internazionali e quindi bisognosi di tutele giuridiche specifiche.

Chiudono lo scenario, le nascenti ed anzi ormai consolidate figure di Garanzia, a livello nazionale e territoriale, tra cui il Difensore civico, comunale o regionale ed il Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, nazionale o regionale, che impongono nuovi modelli di raccordo.

Sullo sfondo, le riforme dettate in materia di processo civile telematico e di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, che richiedono processi condivisi a livello metropolitano, poiché afferenti alle stesse Autorità Giudiziarie e ai medesimi Organi di garanzia.

La necessità degli Enti titolari delle funzioni socio-sanitarie di raccordarsi il più possibilmente a livello unitario, ad esempio a livello di Città Metropolitana, nel creare nuove prassi amministrative e procedurali e di raccordo con le AAGG competenti e gli organi di Garanzia, è pertanto attuale. In particolare nel caso in cui gli utenti in carico siano interessati anche da una Pubblica Tutela o Curatela o comunque si trovino in situazioni di particolare disagio per cui potrebbero risultare futuri beneficiari, siano essi minori adulti o anziani, di quelle che vengono chiamate dal Legislatore “forme di protezione giuridica” e quindi, tutela, curatela o amministrazione di sostegno.

In questo caso, alle necessità sopra evidenziate, si aggiunge l'utilità per gli Enti titolari di Tutela, Curatela o dei doveri in tema di Amministrazione di Sostegno, di avere un modello organizzativo che preveda un adeguato supporto giuridico all'Ufficio del Pubblico Tutore e agli operatori sociali coinvolti, atteso che tali nomine sono spesso indice di particolare complessità (procedimento di adottabilità, reati con vittime minorenni, conflitti o fragilità familiari importanti con conseguente complessità sociale e giuridica).

Ciò tanto con riguardo ai minorenni, cui è demandata una tutela in capo all'Ente sociale di residenza o domicilio, in forza di provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale ovvero nell'assenza o impedimento dei soggetti che in via ordinaria sarebbero titolari della stessa (es i minori stranieri non accompagnati) quanto per soggetti maggiorenni, poiché limitati giudizialmente delle loro capacità di agire o ancora nei casi di interdizione legale per una condanna penale.

Attenzione andrà poi rivolta ai recenti modelli sperimentali volti a trasformare, in alcuni ambiti, le Pubbliche Tutele in Tutele Volontarie (l. 47/17 in materia di minori stranieri non accompagnati), nonché alle forme di volontariato a sviluppo dell'Istituto dell'Amministrazione di Sostegno anche per i casi ad oggi demandati in via residuale alle Pubbliche Amministrazioni.

Con ciò, l'attività dei Servizi Pubblici dovrà offrire risposte ma da una prospettiva diversa, all'interno del concetto di Welfare di Comunità, garantendo una stretta integrazione tra servizi sociali, gestori del servizio e volontari.

Per il D.lgs. 220/2017 la competenza a nominare un Tutore ai MSNA e a gestirne tutte le attività tutelari, tra cui l'accertamento dell'età, i provvedimenti relativi all'eventuale rimpatrio o coesione familiare in Paesi terzi, la rettifica delle generalità, il prosieguo amministrativo, ecc. spetta non più al Giudice Tutelare presso il Tribunale Ordinario, bensì al Tribunale per i Minorenni.



Nel frattempo la Corte di Cassazione, con ordinanza 5 marzo-3 aprile 2019 n. 9199 ha avuto modo di chiarire che per MSNA devono intendersi anche i minorenni che hanno parenti in Italia diversi dai genitori o del tutore (i soli quindi che potrebbero esercitare poteri di rappresentanza legale).

Il tema della tutela dei MSNA è affiancato dal nascente interesse per la figura dei cd Tutori volontari (disciplinati dalla citata L. 47/17 e già introdotti in via sperimentale anche negli anni precedenti, es Emilia Romagna con le esperienze “pilota” di Bologna, Ferrara e Reggio Emilia).

## **2. L'esigenza di terzietà del (Pubblico) Tutore**

Il modello della Tutela Pubblica è entrato in crisi nel momento in cui questa (ed anche la Curatela), per le modifiche del sistema di Welfare intercorse dal codice civile del 1942 ad oggi, è stata estesa a situazioni nuove (es. ai minorenni stranieri non accompagnati o i cui genitori ricevono provvedimenti limitativi, sospensivi o ablativi della responsabilità genitoriale; o ancora a moderne forme di sostegno ai disabili, pazienti psichiatrici ed anziani) i cui titolari sono al contempo divenuti anche destinatari di precisi interventi sociali e sanitari.

Nel momento in cui lo stesso Ente funge tanto da Tutore che da erogatore di quei servizi alla persona al proprio tutelato, si è pertanto fatta strada la necessità di separare tali ruoli.

Nonostante infatti sia lo stesso codice civile all'art. 354 (approvato nel 1942 ed in verità di cui il primo codice qui interessato venne votato nel 1938), a prevedere espressamente la possibilità di nominare ad un soggetto bisognoso di protezione giuridica un tutore pubblico, va considerato che quando venne immaginata quella possibilità il diritto all'assistenza sociale mancava di normative importanti, quali il D.P.R. 617/77 (sul trasferimento delle competenze sociali ai Comuni), la L. 833/78 (sul SSN e con la possibilità di delegare alle ASL le competenze sociali); ma anche la l. 184/83 sull'affidamento familiare e le adozioni), la l. 328/00 (riforma dei servizi sociali), la l. 6/04 (sull'Amministrazione di sostegno) ed ovviamente la Costituzione nel 1948 (poi riformata nel 2001 al titolo V parte II).

Attraverso l'articolato normativo sopra richiamato, possiamo pertanto affermare che per quanto oggi sia rimasta la possibilità che un Ente titolare della competenza socio-sanitaria venga nominato Tutore, nella pratica ciò rileva un rischio di incompatibilità o quantomeno di inopportunità, per il conflitto di interessi, astratto o concreto, a tale esercizio sotteso, arrivando a volte a fare coesistere sullo stesso soggetto Pubblico (e persino sul medesimo funzionario/dirigente incaricato) posizioni distinte e non sempre tra di loro compatibili o conciliabili, perchè allo stesso tempo di “controllato” e “controllore”, ovvero di “fruitore” ed “erogatore” della prestazione socio-sanitaria.

Sia per gli utenti minorenni che maggiorenni, tra cui disabili e anziani, sono infatti diverse le occasioni nelle quali il Tutore pubblico rischia di assumere decisioni in conflitto di interessi, tanto su questioni civili (es. partecipazione a processo per accertamento di abbandono del minore, dove i servizi sociali e sanitari rivestono invece una distinta e diversa funzione processuale) quanto su tematiche sociali e patrimoniali (immaginiamo la neutralità di un tutore, nel caso di un intervento che comporti un collocamento in struttura, dove sarà tenuto a perseguire due diverse esigenze, non sempre tra loro conciliabili, quali il benessere del tutelato ma anche il contemperamento della spesa pubblica). Proprio la recente normativa sull'amministrazione di sostegno ha posto, quale principio generale (all'art. 408 c.c.), l'incompatibilità tra l'amministratore di sostegno nominato (forma di protezione giuridica al pari della tutela e della curatela) e gli Enti che ne curano la presa in carico sociale e sanitaria.

Di recente la Dottrina ha avuto modo di chiarire tale questione. Per Gioncada<sup>2</sup> "in virtù del combinato disposto, la tutela può essere affidata formalmente ad Enti Pubblici nella persona del loro legale rappresentante salva l'incompatibilità concernente gli operatori che hanno direttamente in carico il disabile".

Sul punto Lavedini<sup>3</sup> rileva che per quanto riguarda gli operatori (dipendenti dell'ente locale o di altri enti istituzionalmente competenti all'assistenza) direttamente coinvolti nell'assistenza del soggetto interessato, la norma appare alquanto chiara ed univoca nel senso della loro incompatibilità ad assumere la funzione di Amministratore di sostegno a favore dello stesso soggetto. Nel caso di soggetti beneficiari non direttamente assistiti dall'operatore, ma comunque posti alle cure o a carico dell'ente, l'incompatibilità si fonda sulla potenziale conflittualità degli interessi coinvolti, come sarà meglio chiarito nel prosieguo di questa trattazione.

Con riferimento ai dirigenti degli enti impegnati nell'assistenza, si può ritenere che la loro incompatibilità tragga una prima origine proprio dal divieto posto in capo agli operatori. Gli operatori dipendono direttamente dai loro dirigenti e ne eseguono le determinazioni. Ne deriva che se il Legislatore ha vietato la funzione di Amministratore di sostegno in capo agli operatori, non si può pensare che non sussista analoga incompatibilità in capo ai dirigenti i quali sono gli unici soggetti dell'ente ad avere un potere gestionale autonomo ed il potere di porre in essere atti di rilevanza esterna vincolanti per l'Ente".

Quanto introdotto dall'art. 424 c. 3 c.c., elevandolo a principio generale in materia di disabili, dovrà necessariamente riguardare anche l'ambito minorile,

<sup>2</sup> M. Gioncada, *Diritto dei servizi sociali. Per assistenti sociali, psicologi, educatori, avvocati*, Maggioli 2012, p. 368.

<sup>3</sup> G. Lavedini, *Prime brevi considerazioni sul ruolo dell'Ente Locale nell'Amministrazione di Sostegno*, "Il Diritto della Regione" 2005, n. 1-2.

dove tale distinzione dei ruoli tra tutore e servizio sociale è chiaro a partire dalla legge 184/83 (modificata dalla L. 149/01) in materia di affidamento e adozione, dove sono appunto distinte le funzioni di queste due figure (art. 4, 12 e 15), non potendole sovrapporre, in particolare allorquando il Tutore diviene figura di garanzia e pertanto anche di controllo rispetto all'operato degli stessi servizi sociali, stante una autonoma legittimità processuale oltrechè di rappresentanza legale del minore tutelato.

Lo stesso articolo 354 c.c. per Pazè deve essere interpretato in tal modo poichè “questa forma di tutela, deferita ad un ente è ancora in vita, ovviamente con adattamenti, nel senso che vengono nominati alla tutela il Comune o la USL nel cui territorio vivono il minore o l'incapace, rispettivamente nella persona del sindaco o del presidente, con possibilità di delega” ed ancora “ gli enti locali e i servizi che da essi dipendono, sono tenuti ad esercitare una funzione di controllo politico e gestione dell'assistenza, incompatibile con il fatto di essere essi stessi tutori”<sup>4</sup>.

Nel solco di tale ragionamento, Strumendo, peraltro nell'ambito di una pubblicazione del difensore civico regionale ER del 2011, “per quanto riguarda la possibile incompatibilità o difficoltà nel rapporto fra le competenze, le funzioni e le responsabilità degli operatori professionali dei servizi e l'attività di affidamento o tutela, ritiene che il potenziale pericolo in effetti esista, ma al tempo stesso debba essere assolutamente vietato”<sup>5</sup>.

Si è pertanto diffusa in questi anni, sia in ambito sociale che sanitario, l'esigenza di una terzietà della funzione del Tutore rispetto al servizio sociale o socio sanitario, che hanno la presa in carico del soggetto, minore o interdetto, giudiziale o legale, privilegiando elementi di garanzia della funzione tutoria (e curatoria).

Come detto, laddove il Tutore (o anche Curatore) Pubblico risulti coincidente con chi ha la responsabilità della erogazione dei servizi sociali a favore dei minori, disabili, pazienti psichiatrici, anziani e carcerati si pone un possibile conflitto di interesse, quantomeno in astratto, o comunque una difficile e potenzialmente ambigua gestione dei due ruoli insieme. Ciò in particolare se in capo alla stessa figura apicale o comunque allo stesso Settore o Dipartimento.

Alcuni esempi:

In ambito minorile:

conflitto di interessi potenziale tra la rappresentanza legale nell'ambito di un processo civile in tema di responsabilità genitoriale, come anche nella gestione della progettualità sociale.

<sup>4</sup> P. Pazè, *Tutela e Curatela dei minori*, in *Trattato di Diritto di Famiglia*, dir. P. Zatti, Milano 2002.

<sup>5</sup> L. Strumendo, *Intervento in materia tutelare*, “Pubblicazione Difensore Civico Emilia Romagna Quaderno” 2011, N. 2/ 2011.

Il tutore, in quanto legale rappresentante deve garantire che nel procedimento giudiziale prevalga l'interesse del minore, assumendo pertanto una posizione fisiologicamente distinta da quella dei servizi sociali, coi quali potrebbe essere persino in disaccordo, ma soprattutto di censura verso le condotte tenute dai genitori dello stesso minorenne.

Diverso è invece il ruolo dei servizi sociali e sanitari, che occupandosi della presa in carico debbono invece poter stabilire una diversa dialettica con i genitori medesimi, conquistandone possibilmente la fiducia, nonostante l'eventuale inadeguatezza, per promuovere miglioramenti;

tanto che la l. 184/83 distingue, in materia di accertamento dello stato di abbandono, anche a livello processuale il ruolo dei servizi socio-sanitari e del Tutore. Solo a quest'ultimo compete di nominare un avvocato al minorenne, nonché di presenziare obbligatoriamente in udienza. Non avendo all'opposto i Servizi il ruolo di parte processuale.

In materia di disabili adulti:

- anche nella materia degli adulti, nelle procedure interdittive e di nomina di Amministratore di Sostegno, valgono i distinguo processuali già introdotti per i minorenni, tra competenze dei Servizi alla persona e ruolo di legale rappresentante (o Ente promotore una ADS), e quindi con posizioni non necessariamente coincidenti con i primi, da parte del Tutore (o dell'Ente promotore dell'ADS).

Lo stesso dicasi in merito alla cura e al patrimonio dell'interdetto, le funzioni sono diverse. La promozione della prima e la gestione della seconda sono di competenza propria del Tutore, o dell'Amministratore di Sostegno, di cui l'Ente Pubblico rimane pur sempre promotore e quindi con una posizione di garanzia.

Funzione che andrebbe separata dunque dall'Ente titolare dell'erogazione dei Servizi socio-sanitari e della relativa riscossione di rette, per tutte le tipologie di interdetti, giudiziali e legali (disabili, pazienti psichiatrici, anziani, ma anche carcerati).

Tanto che la normativa in materia di Amministrazione di Sostegno indica espressamente, all'art. 408 c.c. che "non possono ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario".

### **3. Le Tutele dei MSNA**

Come detto, tra i casi recenti che richiedono la nomina di un Tutore troviamo i minorenni stranieri non accompagnati. Questi vengono dapprima indicati con tale terminologia ad opera del cd decreto Martelli (n. 416/89 poi convertito con legge n. 39/90) e dei successivi atti normativi ex artt. 32 e 33 del T.U. Imm

(D.Lgs. n. 286/1998) e Reg. Att. (D.P.R. n. 394/1999). E' però nel D.P.C.M. n. 535 del 1999 che all'art. 1, co. 2, ne viene data la prima definizione "Per „minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato“, di seguito denominato „minore presente non accompagnato“, s'intende il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano".

Questa formulazione viene poi sostituita solo nel 2017, con l'entrata in vigore della Legge 47 che all'art. 2 recita "per minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato si intende il minore non avente cittadinanza italiana o dell'Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che e' altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano".

Ai sensi di legge (D.P.R. 616/77, art. 320/00, D.lgs 112/98; art. 117 e 118 Cost.) la presa in carico sociale e' di competenza dei Comuni, attraverso le forme organizzative individuate (gestione diretta, delega all'AUSL, Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona (cd. ASP), Consorzi, Unioni di Comuni, ecc.).

La Materia dell'Immigrazione però e' di competenza statale ai sensi dei richiamati articoli della Costituzione.

La scelta se del fenomeno dei minorenni stranieri non accompagnati dovesse prevalere la loro condizione di minore non da tutelare (solo sul territorio italiano) ovvero di soggetto straniero (irregolarmente presente) e' stata pacificamente risolta nel primo senso, anche alla luce della Convenzione dei Diritti del Fanciullo, sottoscritta dall'Italia a New York il 20 novembre nel 1989 e ratificata con L. 176/91. Ciò e' chiaro in particolare all'art. 19 del TU Immigrazione (D.lgs 286/98) per cui i minorenni stranieri non accompagnati non possono essere rimpatriati o comunque respinti, salvo casi eccezionali. Ed anche nel caso in cui fosse necessario (per ragioni di pubblica sicurezza o perché il minore e' scappato da casa e vuole farvi rientro) e' sempre essenziale un provvedimento autorizzatorio di un Giudice, ora il Tribunale per i Minorenni su impulso della locale Procura Minorile.

Questa natura ibrida dello straniero irregolare ma minore non accompagnato ha però subito nel corso del tempo degli altalenanti approcci politici in materia di definizione dei progetti destinati a tali soggetti. In proposito, valorizzare o meno i progetti di accoglienza a questi ragazzi e ragazze dedicati, come anche la possibilità più o meno agevole e strutturata di permettere loro una conversione del permesso di soggiorno alla maggiore età come l'accesso ai Servizi Pubblici, tra cui sanità, istruzione, formazione professionale, corsi di alfabetizzazione, partecipazione a gruppi socio-educativi, allo sport, ecc. diveniva

cartina di tornasole tra due modelli opposti: un'accoglienza adempimentale/situazionale ed una effettiva/sistemica, propria del paradigma integrativo, inteso peraltro anche quale nuova forma di prevenzione in materia di sicurezza.

Solo un sistema di Welfare e di accoglienza che fa promuovere la permanenza del neo-maggiorenne all'interno della nazione che lo ha accolto da minorene, può beneficiare dei frutti sociali di tale accoglienza, trasformando la spesa in investimento. Ciò anche in termini di sicurezza sociale e prevenzione.

#### 4. Il Tutore volontario

Ai sensi dell'art. 11 L. 47/17 "presso ogni tribunale per i minorenni e' istituito un elenco dei tutori volontari, a cui possono essere iscritti privati cittadini, selezionati e adeguatamente formati, da parte dei garanti regionali per l'infanzia e l'adolescenza, disponibili ad assumere la tutela di un minore straniero non accompagnato (fino ad un massimo di tre tutele ex D.lgs 220/17)".

Il Tutore Volontario, previsto dalla citata legge Zampa, è un cittadino che decide di fare da rappresentante legale del MSNA e di indirizzarlo nel percorso di crescita, educazione e integrazione.

Ai tutori volontari viene richiesto anche di stabilire un rapporto emotivo con i minori – che rimangono nelle strutture di accoglienza –, di ascolto, di aiuto nelle scelte, tale da restare vivo anche dopo il raggiungimento dei 18 anni.

Il tutore diventa in questo modo un punto di riferimento, un "genitore sociale", un portavoce per questi ragazzi.

Per le Linee guida del Garante Nazionale per l'Infanzia e l'Adolescenza, i requisiti per poter diventare tutori sono:

- Cittadinanza Italiana o di altro paese dell'Unione Europea, oppure di paese esterno all'Unione Europea purché si sia in possesso di permesso di soggiorno e si abbia conoscenza della lingua e cultura italiana, che verrà verificata in sede di selezione.
- Residenza in Italia.
- Età non inferiore ai 25 anni.
- Godimento dei diritti civili e politici.
- Assenza di condanne penali, di procedimenti penali o di procedimenti per l'applicazione di misure di sicurezza o prevenzione.
- Assenza delle condizioni di "incapacità all'ufficio tutelare" previste dalla legge (art. 350 Cod. Civ.).
- Ineccepibile condotta.
- Disponibilità di tempo ed energie per esercitare la funzione.

Il tutore viene nominato dal Tribunale per i Minorenni (mod. D.lgs 220/17) ed esercita, a titolo volontario e gratuito, la responsabilità genitoriale (disciplinata dal codice civile).

Ha quindi la responsabilità di curare gli interessi e di perseguire il benessere del minore, che rappresenta negli atti e nei procedimenti con valore legale.

Il tutore volontario non convive con il minore né è tenuto al suo mantenimento, il suo ruolo peraltro benchè discenda dal diritto ha reale senso nella misura in cui si declina sul terreno sociale e di relazione con il tutelato. Ma non quale figura surrogatoria delle figure genitoriali che spesso esistono ma sono soltanto lontane dai figli ma quale “mentore”, figura di riferimento e di supporto.

Le stesse esperienze dei Tutori volontari sono spesso frutto del lavoro congiunto tra Garanti Regioni, Servizi Sociali locali ed Uffici del Pubblico Tutore al fine di integrare la rete del Welfare territoriale con una nuova figura, assai peculiare perché esterna ai soggetti pubblici, una sorta di “microgarante”.

Guardando all’ambito nazionale infatti vi sono alcune aree geografiche dove il Tutore volontario va a riempire un vuoto, una sofferenza dei Servizi Pubblici a garantire i ruoli tutelare e di presa in carico sociale; altre aree in cui invece il Sistema è strutturato, e capace di gestire in autonomia (differenziandole) le funzioni tutelari e sociali da riuscire a formare annualmente nuovi gruppi di tutori volontari.

Questi vengono seguiti per tutto il corso del ciclo formativo, incontrati singolarmente dal Servizio Sociale al punto di potere proporre (come nel caso dell’Emilia Romagna), un abbinamento specifico al Tribunale per i Minorenni e successivamente alla nomina incontrati periodicamente in gruppi di sostegno e confronto costante per rafforzarne le competenze e, se possibile, anche le motivazioni. In una logica di “manutenzione” delle relazioni sociali simile a quella dell’affidamento familiare.

Ciò comporta inoltre che chi è Tutore di un minore straniero non accompagnato a volte può chiedere di accogliere il “pupillo” alla maggiore età, all’interno di progettualità recenti, tra cui il progetto VESTA o anche semplicemente di forme di volontariato, tra cui la cd. “vicinanza solidale”.

In questo Sistema, nel cui contesto i Servizi Sociali operano al fianco del Tutore volontario (così come avrebbero fatto con il Pubblico Tutore) le attività più complesse (regolarizzazione, iter del riconoscimento della protezione internazionale, incombenze burocratiche) possono essere delegate dal Tutore privato, in parte o in toto, all’Ufficio pubblico preposto. Non è escluso che lo stesso Ufficio comunale del Pubblico Tutore possa avere un ruolo di facilitatore in questo percorso, ad esempio partecipando a momenti di formazione giuridica.



## 5. L' Istituto della Tutela

L' Istituto classico della TUTELA è stato adattato, anche a mezzo della riforma del 2017, al moderno fenomeno dei minorenni stranieri non accompagnati.

Dovremo però ripercorrere i principi codicistici per delineare i doveri principali in capo al Tutore.

Ai sensi dell'art. 357 c.c. "Il tutore ha la cura della persona del minore lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni".

Ciò comporta una tripartizione: cura del minore rappresentanza negli atti civili, amministrazione dei beni.

1) Tra gli atti di cura troviamo le questioni di cd. "rilevanza interna della tutela, quindi convalidare il luogo di cura e di vita del minorenne (es. Comunità a famiglia affidataria), il mantenimento (di cui è però materialmente onerato il Servizio Sociale; si chiarisce anche che gli ordinari con scuola, sanità ed altre istituzioni sono di competenza del Servizio affidatario ai sensi dell'art. 5 della l.184/83).

Possiamo pertanto dire che nel contesto di cura e vigilanza il Tutore, Pubblico o Privato esercita poteri di controllo piuttosto che di gestione diretta.

2) Tra gli atti di rappresentanza in tutti gli stati civili troviamo le questioni di cd "rilevanza esterna", ovvero che comportano una relazione del Tutore con soggetti terzi, nell'esercizio della rappresentanza legale sul minorenne. Tra cui i rapporti straordinari di cui sopra (es. consenso informato di tipo sanitario, tra cui i vaccini facoltativi e interruzione volontaria di gravidanza, TSO; iscrizione scolastica ad nuovo ciclo di studi; scelte religiose, interventi necessari del tutore in materia di matrimonio, affidamento familiare, accertamento stato di abbandono, adozione). Ed ancora, passaporto, carta identità, ISEE, privacy, istanza rifugio, residenza, sanità, percorsi formativi, godimenti dei diritti sociali di cui risulta titolare o possibile beneficiario.

In questa sfera di competenze abbiamo anche le rappresentanze processuali in sede penale, sia quando il minorenne è parte offesa (potendosi costituire in giudizio e persino quale parte civile, a mezzo di un legale nominato dal medesimo Tutore ex artt. 78 e 99 cpp ) che quando questi si trovi a dovere subire un processo penale a mezzo delle regole del processo penale minorile, ex PROCESO PENALE MINORILE D.P.R. 448/88 e D.LGS 272/89.

3) Tra gli atti di Amministrazione dei beni troviamo: gestione del patrimonio esistente, attività per ricevere entrate future, tra cui la richiesta degli assegni sociali (es indennità di frequenza, di accompagnamento, altri bonus sociali, borse di studio, ecc.). Alcune operazioni contabili (incasso o spese potrebbero essere soggette ad autorizzazione del Tribunale, quale Giudice Tutelare, ex artt. 372, 374 e 375 c.c.).

\* \* \*

Le forme di Responsabilità giuridiche.

Le attività sopra richiamate sono doverose perché ne discendono responsabilità, di varia natura giuridica e correlate conseguenze normative.

– Responsabilità Civile: è una specifica responsabilità civile, prevista all'art. 2048 cc: "Il padre e la madre, o il tutore sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto".

Una responsabilità in cui l'onere della prova ricade sul Tutore ma che viene stemperata, nei fatti, dalla circostanza fisiologica che quasi mai il Tutore, pubblico o privato, ha in custodia il minorenne né partecipa al suo percorso educativo; motivo per cui queste figure tendono a beneficiare sistematicamente della scriminante dell'ultimo comma.

Tale principio vale anche in materia di sanzioni amministrative (tra cui le violazioni elevate dalla Polizia Locale o dalla Polizia per violazioni del codice della strada), come riporta l'art. 2 della L 689/81 "Non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato".

Fuori dei casi previsti dall'ultima parte del precedente comma, della violazione risponde chi era tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto".

Si chiarisce che la responsabilità del Tutore per fatti illeciti commessi dal minorenne va distinta da quella ricondotta al medesimo tutore, in sede civile o penale, per condotte a danno del minorenne (di particolare rilievo quando riguardano un illecito penale, come di seguito).

– Responsabilità amministrativa: ai sensi dell'art. 382 c.c. "Il tutore deve amministrare il patrimonio del minore con la diligenza del buon padre di famiglia. Egli risponde verso il minore di ogni danno a lui cagionato violando i propri doveri".

– Responsabilità penali: riguarda i reati commissivi ed omissivi (propri ed impropri) commessi dal Tutore a danno del minorenne tutelato.

In particolare nei reati commissivi, la qualifica di Tutore comporta la commissione di reati specifici, es. ex art. 609 quater c.p. la configurabilità del reato di atti sessuali con minorenne, altrimenti escluso dopo i 14 anni, nel più ampio limite dei 16 anni.

Con riferimento ai reati omissivi: applicazione dell'art. 40 cp u.c. "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo" e l'art. 361 in materia di denuncia di reati perseguibili d'ufficio tra cui quello di cui può essere vittima o autore il minore, perché il tutore, sia quando pubblico che quando privato, secondo un orientamento estensivo della Corte di Cassazione Penale sent. 27570 del 12 luglio 2007, come in raccordo con la misurata dell'Amministrazione di Sostegno Cass. Penale Sez. VI 12 novembre 2014 n. 50754 sarebbe soggetto obbligato in quanto incaricato di pubblico servizio.

Ed ancora tutti i reati in materia di rivelazione di segreto ed in materia di privacy, nonché la mancata esecuzione dolosa dell'ordine del giudice (art. 388 c.p.).

Si ricorda infine che il ruolo di tutore comporta l'applicazione ex art. 61 c.p. di un'aggravante generica, mentre ai sensi dell'art 609 ter (abuso sessuale su minore) un'aggravante specifica.

## **6. I Diritti esigibili dal Minore Straniero non Accompagnato**

### **a) Il Diritto al regolare soggiorno in Italia**

Tra i diritti a cui il minore straniero non accompagnato ha primaria necessità di accesso, oltre a quelli di natura sanitaria (per cui il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 12 gennaio 2017 recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'art. 1, comma 7, del Decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502" che sancisce l'obbligo di iscrizione al SSN dei minori stranieri non accompagnati in condizioni di parità con i cittadini italiani) vi è quello in questione, che ricomprende le seguenti modalità per permanere regolarmente sul territorio italiano e pertanto nel Sistema di accoglienza e protezione collegato:

- 1) a seguito di richiesta di diritto a protezione internazionale (rifugio o protezione sussidiaria)

Procedura ed esito:

- a) riconosce lo status di rifugiato (permesso di soggiorno di 5 anni rinnovabile) o la protezione sussidiaria (permesso di soggiorno di 5 anni rinnovabile)
- b) rigetta la domanda qualora non sussistano i presupposti – viene ridimensionata la possibilità di rilascio di pds per motivi umanitari (a seguito della l. 132/2018-conversione decreto sicurezza) o comunque si riceve un permesso per minore età.
- 2) fuori da una formale richiesta di asilo:
  - a) permesso per minore età o per tutela o affidamento

In entrambi i casi il permesso potrà essere rinnovato alla maggiore età (previa sussistenza dei requisiti). In questo senso il decreto cd Salvini (n. 113/18) ha abrogato il permesso per motivi umanitari ed introdotto il cd. permesso di soggiorno per motivi speciali.

Dal combinato disposto delle norme in materia di protezioni internazionali (rifugio o protezione sussidiaria) (D.lgs 140/2005 , D.lgs 251/07, D.lgs 25/08 (mod. D.lgs 159/08), L. 47/17 (cd Legge Zampa), Decreto Minniti (l. 46/17 mod. D.lgs 142/2015), il minorenni straniero non accompagnato è comunque inserito nel percorso di accoglienza dei minorenni richiedenti asilo, anche se non dovesse formalizzare tale domanda .

Tale sistema è retto da progetti Ministeriali (struttura di missione) e Comunali (ex SPRAR- ora SIPROIMI) riservato solo ai minorenni.

### **b) Altri Diritti consolidati ai MSNA**

Oltre ai diritti di permanenza di accesso alle cure sopra citati, esistono anche altri diritti di cui il minorenni straniero non accompagnato è titolare, alcuni dei quali sono anche “diritti chiave”, perché consentono l’accesso, altrimenti impossibile o più complesso, ad altri diritti; ad esempio il diritto alla residenza, ad un’accoglienza a cui si collega un progetto formativo e/o scolastico, un’adeguata alfabetizzazione, ecc.

Tra questi diritti troviamo pertanto: inespellibilità, collocamento in luogo sicuro del minore, assistenza socio psicologica, sanitaria e orientamento legale, supporto di mediatori linguistico culturali, verifica della presenza di parenti, connazionali o persone disponibili ad una eventuale presa in carico del minore, apertura della tutela pubblica (Ente sociale del comune di accoglienza) presso il Giudice Tutelare in tempi certi, regolarizzazione dello status giuridico e della presenza sul territorio (anagrafe sanitaria, cittadina, residenza, ISEE, ecc.), iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale, insegnamento di base della lingua italiana, inserimento scolastico e professionale e attivazione di servizi a sostegno dell’integrazione socio lavorativa del minore, definizione di un progetto socioeducativo individualizzato.

Altri diritti sono stati poi introdotti dalla L. 47/2017 e dal D.lgs. 220/17:

– La tutela privata/volontaria (con trasferimento competenze al TM e il nuovo ruolo dell’Autorità Garante per l’Infanzia e l’Adolescenza); l’equiparazione trattamentale tra MSNA che presentano o meno l’istanza di protezione internazionale; procedura giudiziale definita per l’accertamento dell’età e rimpatrio assistito, misure di accoglienza diverse dalla comunità (es affidamento familiare), una maggiore attenzione al racconto migratorio e al progetto educativo rispetto alla provenienza, la quasi totalità dei richiedenti protezione internazionali MSNA.

## 7. I dati

Analizzando una serie storica recente (2016–2020), costruita sui dati del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali<sup>6</sup>, e con un successivo focus sulla Regione Emilia Romagna, i minorenni presenti e censiti nella nostra regione sono passati da 1.081 del dicembre 2016 a 792 del 31 dicembre 2018 e, in termini percentuali, l'Emilia-Romagna rappresentava la quarta regione per accoglienza con quasi il 7,0% rispetto al dato nazionale (10.787 al 31 dicembre 2018).

Al 29/2/2020 (medesima fonte), i MSNA presenti in Regione sono passati a 568 (un sostanziale dimezzamento in soli 3 anni), confermando l'Emilia Romagna ancora quale quarta regione per accoglienza (dopo Sicilia, Lombardia e Friuli Venezia Giulia), con il 10,6% rispetto al dato nazionale (5.368).

– Parte di chi arriva si rende subito irreperibile e diventa oggetto di sfruttamento (maschile e femminile)

– Le forme di accoglienza comunitaria in qualche caso si trasformano anche in affidamento familiare

In Emilia Romagna, al 29/2/2020, provengono nel 30% dei casi dall'Albania, nel 10% dall'Egitto, nel 9,3% dal Bangladesh, nel 7,5% dal Pakistan. Nell'88% dei casi hanno almeno 16 anni.

Sono invece diminuiti drasticamente negli ultimi anni gli arrivi di cittadini dall'Africa sub-sahariana, tra cui Nigeria (per il ruolo strategico della Libia) e quelli che usavano la tratta balcanica (per il ruolo della Turchia, che accoglie ad oggi circa 4 milioni di rifugiati, di cui la gran parte dalla Siria).

Il dato della nostra Regione è ancora più significativo se consideriamo la sola accoglienza femminile, dove è seconda (con il 14,6%) dopo la Sicilia (con il 23,8%).

Le nazionalità sono principalmente Nigeria (21,2%), Albania (18,1%) e Costa d'Avorio (11,9%), per un dato nazionale di 260 presenze. Anche in questo caso, più del 66% ha almeno 16 anni.

## Conclusioni

La creazione di un Ufficio Tutela Metropolitanato ha consentito di convogliare le istanze giuridiche dei Servizi Sociali dell'Area bolognese (c.ca 1 milione di abitanti) presso un unico "Ufficio comune".

Ciò ha peraltro consentito di unificare non solo la redazione delle consulenze legali ma anche dell'intero piano formativo rivolto agli operatori socio-sanitari, con particolare riguardo alla materia minorile.

<sup>6</sup> Fonte: <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-febbraio-2020.pdf>

Da ultimo ha reso più agevole i rapporti con le Autorità Giudiziarie competenti (Tribunale per i Minorenni, Giudice Tutelare, Tribunale Ordinario in sede collegiale).

La materia dei minori stranieri non accompagnati, che già aveva visto nel passato recente un modello metropolitano nell'erogazione delle prestazioni sociali, è stato anch'esso interessato da questo progetto giuridico in un'attività volta a bilanciare le azioni dovute ex lege con azioni volte a promuovere sempre più compiutamente i diritti esigibili. Di qui il ruolo sopra descritto del Tutore, pubblico o privato, e del suo stretto raccordo tanto con i Servizi Pubblici quanto con la società civile, le Autorità Giudiziarie e lo stesso beneficiario della forma di protezione giuridica.

La logica tutelare che indirizza questi sforzi, volendola vedere anche dal punto di vista contabile, parametro di cui deve comunque tenere conto una Pubblica Amministrazione, è quella di trasformare azioni che all'apparenza sembrerebbero voci di spesa/costi (in termini di risorse, di personale, organizzative, progettuali) in investimenti. Azioni che rafforzano il senso di sicurezza diffusa quali nuove forme di prevenzione, di coesione sociale, di partecipazione pubblica, del rafforzamento del tessuto connettivo cittadino e metropolitano attraverso un'integrazione partecipata. Un Welfare di comunità<sup>7</sup> che sempre più può definirsi partecipativo<sup>8</sup> e più recentemente inteso all'interno del paradigma generativo<sup>9</sup>.

Letture queste che dovranno orientare il lettore per meglio comprendere le azioni e le attività rivolte a sostenere, proteggere e tutelare gli infanti e gli adolescenti in difficoltà, tra cui i minorenni stranieri non accompagnati, fuori dai clichè ormai anacronistici dell'assistenzialismo, ritenendoli invece quali interventi (più o meno strutturati ed organici) rivolti a creare coesione sociale e a rigenerare le risorse già disponibili, sostenendo i soggetti più esposti a precarietà assistenziali e a situazioni di pregiudizio.

## Bibliography

- Ciceri G., Cau M., Maino G., *Welfare dei servizi e welfare di comunità*, Maggioli 2019.  
 Gioncada M., *Diritto dei servizi sociali. Per assistenti sociali, psicologi, educatori, avvocati*, Maggioli 2012.  
 Lavedini G., *Prime brevi considerazioni sul ruolo dell'Ente Locale nell'Amministrazione di Sostegno*, "Il Diritto della Regione" 2005, No. 1-2.

<sup>7</sup> G. Ciceri, M. Cau, G. Maino (a cura di), *Welfare dei servizi e welfare di comunità*, Maggioli 2019.

<sup>8</sup> V. Pellegrino, *Nuovi Spazi Istituenti. Il welfare partecipato come "bene comune"*, [in:] *Animazione Sociale*, Gruppo Abele 2014.

<sup>9</sup> T. Vecchiato, *Il Welfare generativo una sfida politica e sociale*, "Studi Zancan" 2013, No. 2. p. 40, 2013.

- Pazè P., *La Tutela e Curatela dei minori*, [in:] *Trattato di Diritto di Famiglia*, ed. P. Zatti, Milano 2002.
- Pellegrino V., *Nuovi Spazi Istituenti. Il welfare partecipato come "bene comune"*, [in:] *Animazione Sociale*, Gruppo Abele 2014.
- Report mensile minori stranieri non accompagnati (MSNA) in Italia. Dati al 29 febbraio 2020, Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione Divisione II, <https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/immigrazione/focus-on/minori-stranieri/Documents/Report-MSNA-mese-febbraio-2020.pdf>
- Strumendo L., *Intervento in materia tutelare*, "Pubblicazione Difensore Civico Emilia Romagna Quaderno" 2011, No. 2.
- Vecchiato T., *Il Welfare generativo una sfida politica e sociale*, "Studi Zancan" 2013, No. 2.

## SUMMARY

### **Unaccompanied Foreign Minor, between consolidated rights and emerging protection needs. The point of view of an Italian Metropolitan Protection Office**

In the introduction, the legal system concerning reception and protection of unaccompanied foreign minors is analysed, especially, the Public Guardian. It is responsible for promoting and guaranteeing the rights of the protected child, not only of a conservative nature (preserving rights already acquired) but stimulating the protected (in classical civil language we would call it "pupil"). In the second paragraph, I analysed the importance of the public guardian as an entity separated from the person directly providing care and social assistance, in order to promote not only support but also a role of guarantee. Then the protection of unaccompanied foreign minors is the focus of my analysis. In particular, the Voluntary Guardian which represents a private mentor of an unaccompanied foreign minor. This figure takes care not only of the legal aspects but especially those aimed at the integration of the child in Italian society. In the 5th paragraph a legal examination on the institute of the protection is made with reference to the role of the guardian and the legal responsibilities. In addition to formal forms of protection, there are some levels of substantive legal protection that impose "challenges" for the local authority and also for the Guardian. These are therefore the "key" rights, because they allow access to other rights. They are fundamental "social" rights. Some public data on the flows of the last years are analysed with the aim to make conclusive remarks about the advantages deriving from the creation of the Metropolitan Public Protection Office of Bologna.





**Sebastian Czechowicz**

Uniwersytet Łódzki  
e-mail: sebastianczechowicz.official@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1770-1941

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.16

## **Ocena krajowych gwarancji prawa do zdrowia dziecka po 30 latach obowiązywania Konwencji o Prawach Dziecka**

### **ABSTRAKT**

Prawo do zdrowia jest immanentnym prawem każdego człowieka. Zaliczane jest do praw podstawowych. Trudno w dzisiejszych czasach wyobrazić sobie życie i funkcjonowanie w społeczeństwie bez wysokiego poziomu zdrowia. To zaś zawdzięczać można ewolucji prawodawstwa międzynarodowego i krajowego w zakresie zdrowia oraz przyjętej polityki zdrowia publicznego – różnych w konkretnych krajach. Niewątpliwie w prawie coraz więcej miejsca poświęca się dzieciom i ich prawom. W tym także nurcie powstało wiele aktów prawnych rangi międzynarodowej, wprowadzanych do porządków krajowych. Wśród nich jest postulat prawa do zdrowia dziecka, ale prawa istotnego, ze względu na szczególną pozycję dziecka w prawie. Niniejszy artykuł został poświęcony problematyce prawa do zdrowia. W centrum rozważań postawiono dziecko, jako podmiot prawa szczególnie otoczony opieką ze strony prawodawcy. Na kanwie niniejszego opracowania dokonano analizy aktów prawnych dotyczących prawa dziecka do zdrowia. W szczególności uwagę poświęcono Konwencji o Prawach Dziecka ze względu na przypadającą 30. rocznicę jej wejścia w życie. Przeprowadzona analiza krajowego prawodawstwa w zakresie przejawów myśli prawnej w zakresie szczególnego prawa do zdrowia dziecka dała asumpt to oceny poziomu ochrony tego prawa w Polsce w świetle standardów międzynarodowych. W toku analizy prawodawstwa krajowego zwrócono uwagę na wybrane regulacje szczególne odnoszące się do prawa dziecka do zdrowia. Przepisy normatywne zbadano także pod kątem ich precyzyjności i kontynuowania idei ciągłego podnoszenia standardów ochrony prawa do zdrowia dziecka, wynikającej z Konwencji o Prawach Dziecka.

**ABSTRACT****Assessment national guarantees the child's right to health after 30 years of the Convention on the rights of the child**

The right to health is an intrinsic right of every person. It is counted among the fundamental rights. Nowadays, it is difficult to imagine living and functioning in society without a high level of health. This is due to the evolution of international and national health legislation and public health policies - different in each country. Undoubtedly, children and their rights are being given more and more attention in law. In this current, too, many legal acts of international importance have emerged, implemented into the national order. Among them is the postulate of the right to the health of the child, but an important right, due to the special position of the child in law. This article is devoted to the right to health. It focuses on the child as a subject of the law, who is particularly cared for by the legislator. On the basis of the present study, an analysis of legal acts concerning the right to health of a child was made. Particular attention was paid to the Convention on the Rights of the Child in view of the 30th anniversary of its entry into force. The analysis of the national legislation on the expressions of legal thought on the specific right to the health of the child gave an assessment of the level of protection of this right in Poland in the light of international standards. In the course of the analysis of national legislation, attention was drawn to selected specific regulations relating to the right to health of the child. Normative regulations were also examined in terms of their precision and continuation of the idea of continuous improvement of standards of protection of the right to child's health resulting from the Convention on the Rights of the Child.

**Słowa kluczowe:** prawo do zdrowia, prawo dziecka, zdrowie, dobro prawne

**Key words:** the right to health, child's rights, health, the legal good

**Wprowadzenie**

Prawo do zdrowia - obok prawa do życia – stanowi najważniejsze podstawowe prawo człowieka. Nie sposób w dzisiejszych czasach wyobrazić sobie niemożności korzystania z opieki zdrowotnej i prawnej ochrony zarówno życia, jak i zdrowia. W literaturze prawo do zdrowia poruszane jest stosunkowo rzadko, dając prymat prawu do życia<sup>1</sup>. Rzecz jasna, jest ono najważniejszym prawem przysługującym człowiekowi. Nie można jednak tracić z pola widzenia dobra

<sup>1</sup> Wiele uwagi słusznie poświęca się prawu do życia szczególnie w kontekście omawiania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka; por. np.: M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 153 i nast.; T. Jurczyk, *Prawa jednostki w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 78 i nast.

prawnego jakim jest zdrowie. Należy zgodzić się z A. Rabięgą, że uznanie zdrowia za dobro o szczególnym znaczeniu ma swoje źródło w uznaniu życia ludzkiego za wartość nadrzędną<sup>2</sup>. Przyjmuje się, że prawo do zdrowia jest prawem osobistym i ma swoje źródła w systemie uniwersalnych praw człowieka z faktu poszanowania przyrodzonej i powszechnej godności osoby ludzkiej<sup>3</sup>.

Prawo do zdrowia jest immanentnym składnikiem jestestwa każdej osoby ludzkiej. Tym bardziej, jeśli mowa jest o zdrowiu dziecka. Dziecko słusznie stanowi najbardziej uprzywilejowany podmiot prawa. Jest bowiem jednostką, której należy się szczególna uwaga i troska ze strony prawodawcy. Warto przypomnieć i aprobować stanowisko wyrażone już w Deklaracji Praw Dziecka z 1924 r., której pierwszą zasadą było wskazanie, że „dziecku powinno się dać możliwość normalnego rozwoju fizycznego i duchowego”<sup>4</sup>. Tym samym trafnie interpretowano, że dziecko wymaga szczególnej opieki (w tym opieki prawnej) i troski ze względu na swoją niedojrzałość fizyczną i umysłową<sup>5</sup>. Trafnie także wskazano, że „dzieci są podmiotami praw, a nie tylko przedmiotem ochrony. Są beneficjentami wszystkich praw człowieka / praw podstawowych i podmiotami, które ze względu na swoje cechy szczególne podlegają przepisom szczególnym”<sup>6</sup>. W realiach niniejszego opracowania w centrum uwagi postawiono dziecko, jako szczególny podmiot prawa publicznego.

Należy usystematyzować, że pojęcie „dziecka” rozpatrywane jest różnorako. W aktach prawa międzynarodowego podano ogólne wskazanie, że dzieckiem jest osoba ludzka, która nie ukończyła 18 roku życia<sup>7</sup>. Zgodnie z Konwencją o Prawach Dziecka<sup>8</sup>, ratyfikowaną przez Polskę w 1991 r., dzieckiem jest każda istota ludzka w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba, że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność. W aktach prawa krajowego są podobne definicje dziecka. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka<sup>9</sup>, dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia

<sup>2</sup> Zob. A. Rabięga, *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w działaniach podmiotów administrujących w sferze opieki zdrowotnej*, Warszawa 2009, s. 11.

<sup>3</sup> B. Sygit, D. Wąsik, *Prawo ochrony zdrowia*, Warszawa 2016, s. 13-14.

<sup>4</sup> Deklaracja Praw Dziecka przyjęta przez zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów w 1924 r. (zwana Deklaracją Genewską) [tekst dostępny na stronie internetowej: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/on-z/1959.html>, (20.06.2020)].

<sup>5</sup> Szerzej: A. Łopatka, *Dziecko i jego prawa człowieka*, Warszawa 2000, s. 10-11.

<sup>6</sup> Podręcznik prawa europejskiego dotyczącego praw dziecka przygotowany wspólnie przez Europejską Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) i Radę Europy wraz z sekretariatem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, s. 18, [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_POL.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_POL.PDF), (20.06.2020).

<sup>7</sup> Por. art. 1 ust. 1 Europejskiej Konwencji o wykonywaniu praw dzieci (Dz.U. 2000 nr 107, poz. 1128).

<sup>8</sup> Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526).

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. 2020, poz. 141).

pełnoletności. Na potrzeby podjętych rozważań przyjęta zostanie definicja, że dzieckiem jest osoba ludzka do osiągnięcia pełnoletności, czyli 18 roku życia.

Rozpatrując prawo do zdrowia należy wskazać, czym jest zdrowie. Wskazać należy na samym początku, iż jest to dobro chronione prawem. Jak słusznie wskazuje A. Wołoszyn-Cichočka, pojęcie zdrowia trudno zdefiniować. Trafnie wskazuje także, że trudności interpretacyjne mają swoje podstawy w wielości dyscyplin zajmujących się prezentowaną problematyką<sup>10</sup>. Prezentując definicje zdrowia M. Sygit przywołuje tę stworzoną w I wieku n.e. przez Galtona, który zdrowiem nazywał stan idealnej harmonii i równowagi organizmu. Jednocześnie wskazywał, że wszystko, co odbiega od tego stanu jest chorobą<sup>11</sup>. Przytoczona definicja Galtona stanowiła „zaczątek” myśli na temat zdefiniowania zdrowia. W podobnym duchu rozumie się zdrowie w dzisiejszych czasach. Nie sposób nie zgodzić się także z A. Frączkiewicz-Wronką wskazującą na wielowymiarowość terminu „zdrowie”, które w swoim instrumentarium zawiera wzajemnie zależne od siebie aspekty fizyczne, psychologiczne i społeczne<sup>12</sup>. Aktualną definicję pojęcia „zdrowie” zapisano w Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), w której uznano, że zdrowiem jest stan zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby czy ułomności<sup>13</sup>. Wszystkie przytoczone definicje kształtują pojęcie zdrowia w formie ogólnej idei, myśli, postulatu. Zasadne jest wskazanie prawodawcy, że będzie podejmował działania legislacyjne, by zapewnić jak najwyższy poziom zdrowia społeczeństwa (zdrowia publicznego), ale także w stosunku do jednostek.

Niewątpliwie mówiąc o zdrowiu łączy się go ze stylem życia<sup>14</sup>, a więc także warunkami środowiskowymi, w których żyje człowiek. Świadczy to o wspomnianej wieloaspektowości rozważanego terminu. W przytoczonym kontekście szeroko zakrawa o zdrowie publiczne<sup>15</sup>, odnoszące się do ogółu społeczeństwa. Polityka państwa w tym zakresie kształtowana jest przez regulacje prawne,

<sup>10</sup> A. Wołoszyn-Cichočka, *Ochrona praw pacjenta. Studium publicznoprawne*, Lublin 2017, s. 20-21.

<sup>11</sup> M. Sygit, *Zdrowie publiczne*, Warszawa 2017, s. 23.

<sup>12</sup> A. Frączkiewicz-Wronka, *Perspektywa terytorialna w kształtowaniu i realizacji celów publicznych w obszarze ochrony zdrowia*, [w:] *Ochrona zdrowia w regionie. Aspekty organizacyjne i prawne*, red. A. Frączkiewicz-Wronka, Katowice 2005, s. 16.

<sup>13</sup> Zob. Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia. Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz.U. 1948 nr 61, poz. 477).

<sup>14</sup> Zob. J. Michalak, *Zdrowie publiczne oparte na dowodach*, [w:] *Zagrożenia zdrowia publicznego. Zdrowie człowieka a środowisko*, red. A. Denys, cz. 2, Warszawa 2015, s. 110.

<sup>15</sup> W polskiej przestrzeni prawnej od 2015 r. funkcjonuje ustawa o zdrowiu publicznym (Dz.U. 2019, poz. 2365 z późn. zm.). Jednakże w doktrynie nie została ona dobrze przyjęta. Wykazywano jej liczne błędy i nieścisłości (por. M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, red. M. Dercz, Warszawa 2016).

przede wszystkim unormowania konstytucyjne, ale także ratyfikowane akty prawa międzynarodowego implementowane do porządku krajowego.

Prawo do zdrowia rozważać można wielorako. Przede wszystkim w kontekście utrzymania poziomu zdrowia. Ponadto rozważać można prawo do ochrony dobra prawnego, jakim jest zdrowie. Zatem jest to konglomerat działań służących zarówno utrzymaniu poziomu zdrowia, jak i nakierowanych na jego poprawę przy zaistnieniu różnych sytuacji (np. choroba, wypadek, przestępstwo). Prawo do zdrowia rozpatrywać można wreszcie w ramach różnych gałęzi prawa, międzynarodowego i konstytucyjnego, ale także karnego, administracyjnego i cywilnego<sup>16</sup>. Wreszcie prawo do zdrowia dziecka rozpatrywać można jako prawo dziecka-pacjenta do zdrowia<sup>17</sup>.

W realiach niniejszego opracowania skoncentrowano się na próbie oceny krajowych gwarancji ochrony prawa do zdrowia dziecka, implementowanych z aktów prawa międzynarodowego. W związku z przypadającą trzydziestą rocznicą przyjęcia Konwencji o Prawach Dziecka ten akt prawny będzie w centrum zainteresowania autora.

## **Prawo do zdrowia w Konwencji o Prawach Dziecka**

Konwencja o prawach dziecka została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 20 listopada 1989 r. W swej treści zawierała przepisy kształtujące ideę myśli o prawach dziecka. Strona Polska wniosowała w ONZ o rozpoczęcie prac nad jej projektem. W centrum zainteresowania zostało postawione dziecko i jego prawa w szerokim tego słowa znaczeniu. Aktualnie sygnatariuszami Konwencji są niemal wszystkie państwa globu.

Bardzo istotną jest kontynuacja idei praw dziecka, która została wyrażona wprost w omawianym akcie prawnym. Przyjęcie Konwencji o Prawach Dziecka stanowiło także wyraz pewnej kontynuacji myśli o prawach dzieci na świecie, wyrażonej już w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Dowodem na to jest odniesienie się wprost do tego aktu w Preambule Konwencji o prawach dziecka. Przypominano w niej proklamowanie w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka prawa dzieci do szczególnej troski i pomocy. Co ważne, wskazano także na Deklarację Genewską z 1924 r., a także na Deklarację Praw Dziecka ZO z 20 listopada 1959 r. To niezwykle ważne, gdy brać pod uwagę pewien ciąg prawodawstwa w zakresie uregulowania praw dziecka i zaznaczenia, jak istotne one są.

<sup>16</sup> Podobnie wskazuje A. Rabięga: „Zobowiązania pozytywne państwa w sferze ochrony życia i zdrowia ludzkiego – rozumiane w kategoriach działania – obejmują zatem różnorodne formy aktywności (...) Dotyczy to ustawodawstw różnych dziedzin prawa, np.: ustawodawstwa karnego (...), cywilnego. A. Rabięga, op. cit., s. 39.

<sup>17</sup> Szerzej na temat praw dziecka-pacjenta w odniesieniu do krajowych regulacji prawnych: B. Kmiecik, *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016).

Konwencja o Prawach Dziecka skupia więc wiele aktywności prawotwórczych, co świadczy o jej wadze i wielkim znaczeniu dla dorobku myśli prawnej o prawach dzieci.

Co istotne, wskazuje się w literaturze na specjalny charakter standardów w zakresie ochrony praw dzieci. Uznano pełną podmiotowość dziecka. Wyrażono także konieczność ochrony wszystkich praw podstawowych, przysługujących młodemu człowiekowi z racji przyrodzonej godności osoby ludzkiej. Jak słusznie wskazują A. Rodkiewicz-Ryżek i J. J. Błęszyński, postawiono przed państwami obowiązek „dania dziecku wszystkiego, co posiadają najlepsze”<sup>18</sup>. To niezwykle istotne stwierdzenie będzie miało znaczenie przy analizie art. 24 Konwencji o Prawach Dziecka.

Jak wskazano, prawo do zdrowia poruszane jest zwykle przy okazji rozważań na temat prawa do życia. Rozważania na temat prawa do zdrowia pojawiają się stosunkowo rzadko, tym bardziej, jeśli chodzi o dzieci. Jak słusznie wskazał już w samym tytule swojego opracowania J. Szymborski zdrowie dzieci – tak fizyczne, jak i psychiczne – jest zapomnianym priorytetem<sup>19</sup>.

W art. 24 Konwencji o Prawach Dziecka uznano prawo dziecka do jak najwyższego poziomu zdrowia i udogodnień w zakresie leczenia chorób oraz rehabilitacji zdrowotnej. Uznanie tego prawa jest niezwykle istotne i wskazuje na szczególną pozycję dziecka. Użycie słów „jak najwyższego poziomu zdrowia” oraz „udogodnień w zakresie leczenia” świadczy o dostrzeżeniu potrzeby podkreślenia statusu prawnego dzieci, ich praw w zakresie podstawowych przymiotów wynikających z godności osoby ludzkiej<sup>20</sup>. Podkreślić należy przy tym, że jest to kolejny przejaw ciągłości myśli na temat praw dzieci, w szczególności praw podstawowych.

Użyte w przepisie art. 24 Konwencji o Prawach Dziecka sformułowania wydają się mieć charakter idei, swoistego przesłania do ustawodawców Państw-Sygnatariuszy, którzy powinni podjąć stosowane kroki celem implementacji tych reguł do porządków krajowych. W odniesieniu do prawa do zdrowia dzieci winno się przedsięwziąć kroki szczególne, by dążyć do jak najwyższego poziomu zdrowia. „Jak najwyższego” zatem możliwego do osiągnięcia przy stosowaniu najnowszej wiedzy medycznej i – rzecz jasna – w ramach posiadanego budżetu konkretnego kraju i prowadzonej polityki w zakresie zdrowia. Rozróżnić należy przy tym ochronę zdrowia od działań w zakresie opieki zdrowotnej. Przez ochronę zdrowia rozumie się działania na rzecz zdrowia, które realizowane są przez kompetentne organy państwa i odpowiedzialne stwarzanie warunków zdrowot-

<sup>18</sup> J.J. Błęszyński, A. Rodkiewicz-Ryżek, *Ochrona praw dziecka w świetle standardów polskich i międzynarodowych*, „Paedagogia Christiana” 2012, nr 2 (30), s. 100.

<sup>19</sup> J. Szymborski, *Zdrowie dzieci - zapomniany priorytet*, „Polityka Społeczna” 2009, nr 9, s. 46-51.

<sup>20</sup> Pod. M. Piechota, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia jako prawo socjalne i prawo podstawowe*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, nr 12, s. 94.



nych. Natomiast opieka zdrowotna to inaczej medycyna lecznicza (prewencja, leczenie, rehabilitacja)<sup>21</sup>. Warto zaznaczyć, że ochrona zdrowia ludzkiego stanowi fundament i wyznacznik realizowania przez państwo obowiązku zorganizowania systemu opieki zdrowotnej<sup>22</sup>.

Należy wskazać na wartości ideowe płynące z art. 24 Konwencji o prawach dziecka. Są nimi: 1) obiektywnie weryfikowalne gwarancje prawne zapewnienia możliwie najwyższego poziomu zdrowia, 2) szczególna pozycja dziecka w systemie prawnej ochrony zdrowia, 3) konieczność zagwarantowania specjalnych gwarancji prawnych w zakresie prawa do zdrowia.

Postulaty zawarte w art. 24 Konwencji o Prawach Dziecka są jednak trudno weryfikowalne. Ciężko o jednolite kryteria oceny podjętych działań przez konkretne państwa w zakresie prawnych gwarancji prawa do zdrowia dziecka i wprowadzeniu w tym celu specjalnych uregulowań prawnych. Ocenny charakter przytoczonych zwrotów znacznie komplikuje próbę zobiektywizowania oceny w odniesieniu do wszystkich państwa i wyprowadzenia jednolitych wniosków.

## Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej i zawarte w niej szczególne uwarunkowania ochrony zdrowia dziecka

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej<sup>23</sup> w art. 68 ust. 1 statuuje prawo każdego obywatela do ochrony zdrowia. Jak wskazuje się w piśmiennictwie jest ono zaliczane do praw socjalnych<sup>24</sup>. Jest to jednak stanowisko sporne, gdyż w doktrynie prowadzona jest dyskusja o jego zaszeregowanie do kategorii praw osobistych<sup>25</sup>. Ciekawy pogląd prezentuje M. Piechota, który zalicza prawo do ochrony zdrowia jednocześnie do prawa o charakterze socjalnym i do prawa podstawowego, przypisując mu cechę „dwoistej natury”<sup>26</sup>. Niewątpliwie zauważyć trzeba, że prawo do ochrony zdrowia stanowi pewną ideę skierowaną do organów państwa, wokół której kreowane będą akty prawne rangi ustawowej realizujące to zadanie. Wydaje się jednak zasadnym uznać, że w świetle licznych aktów prawa międzynarodowego sprzęgających prawo do zdrowia z prawem do

<sup>21</sup> Szerzej: M. Dercz, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle przepisów Konstytucji RP*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, red. M. Dercz, Warszawa 2013, s. 33-34.

<sup>22</sup> A. Rabeiga, *Ochrona życia i zdrowia...*, s. 41.

<sup>23</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483).

<sup>24</sup> Zob. np.: K. Ryś, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia i prawo do szczególnej opieki zdrowotnej*, „Zeszyty Naukowe Prawa Konstytucyjnego” 2017, nr 10, s. 115; M. Dercz, *Konstytucyjne prawo dziecka do szczególnej opieki zdrowotnej*, Warszawa 2016, s. 110; A. Surówka, *Miejsce konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia w systemie praw i wolności człowieka i obywatela*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3, s. 94.

<sup>25</sup> A. Wołoszyn-Cichočka, *Konstytucyjny obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku przez władze publiczne*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2017, t. LXIV (1), s. 226.

życia i kształtującym przez to jego wagę, prawo do ochrony zdrowia będzie nosiło cechy prawa przynależnego jednostkom<sup>27</sup>, jednakże w kontekście art. 68 ust. 1 Konstytucji bliżej mu do prawa o charakterze socjalnym. Mimo to, wskazać trzeba, że prawo do ochrony zdrowia jest wieloaspektowe, przez co jego charakter wydaje się być rozmyty. Bezpośrednie wiązanie prawa do zdrowia z prawem do życia daje podstawy do twierdzenia, że przynależy się mu przymiot osobistego prawa człowieka<sup>28</sup>. Działania w tym zakresie przede wszystkim obejmują zarówno zadania z zakresu zdrowia publicznego, jak i ukształtowanie systemu opieki zdrowotnej<sup>29</sup>. Warto nadmienić, że omawiany przepis składa się z 5 podległych jednostek redakcyjnych, które należy traktować uzupełniająco w stosunku do art. 68 ust. 1.

Podkreślenia wymaga wspomniane już sprzężenie prawa do zdrowia z prawem do życia oraz z godnością osoby ludzkiej. W polskiej rzeczywistości prawnej w tym duchu wypowiedział się niejednokrotnie Trybunał Konstytucyjny. Za przykład powołać można orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., który stwierdził, że „ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone”<sup>30</sup>.

Na wstępie analizy tytułowego zagadnienia należy dokonać prawidłowego rozczytania normy prawnej kształtującej się z lektury przepisu art. 68 ust. 1 Konstytucji RP. Jak wskazuje A. Wołoszyn-Cichočka, przepisy art. 68 ust. 2-5 Konstytucji RP zawierają normy programowe, a nie publiczne prawa podmiotowe. Istotą tych norm jest wskazanie pożądaných celów bez określenia konkretnych kroków do ich realizacji<sup>31</sup>. Podobnie wskazuje B. Banaszak, który podnosi, że z art. 68 ust. 3-5 nie można wyprowadzić żadnych praw podmiotowych<sup>32</sup>. Podzielić należy jednak pogląd, że skoro zdrowie jest wartością nadrzędną, to

<sup>26</sup> Zob. M. Piechota, op. cit., s. 96.

<sup>27</sup> W judykaturze można odnaleźć przykłady orzeczeń statuujących prawo do ochrony zdrowia jako prawo podmiotowe. Za przykład powołać można Wyrok NSA z dnia 18 lutego 2015 r, w którym stwierdzono, że za uzasadnione uznać należy twierdzenie, że z ust. 1 art. 68 Konstytucji RP wywieść należy podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia, którego treścią jest możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności (zob. np.: Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 lutego 2015 r., syg. II GSK 2331/13, LEX nr 165772).

<sup>28</sup> Pod.: A. Surówka, op. cit., s. 101.

<sup>29</sup> Por. np.: M. Gawrońska, *Prawo do ochrony zdrowia na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 2, s. 8 i nast.; B. Sygit, D. Wąsik, op. cit. s. 17-18.

<sup>30</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., syg. K 14-03, LEX nr 82910.

<sup>31</sup> A. Wołoszyn-Cichočka, *Konstytucyjny obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej...*, s. 227-228.

<sup>32</sup> Szerzej: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 412 i nast.

prawo do jego ochrony winno być traktowane jako prawo podstawowe przynajmniej w jakimś zakresie<sup>33</sup>. Znamienne jest także zwrot „każdy”. Oznacza on, że prawo do ochrony zdrowia przysługiwać będzie każdemu człowiekowi, bez względu na jego pochodzenie, płeć, czy status społeczny<sup>34</sup>. Piotr Brzeziński wskazuje, że przepis art. 68 ust. 1 Konstytucji RP posiada pewne wady. Otóż, zasadnie stwierdza, że lektura samego przepisu pozwala wyprowadzić jedynie ogólną normę, że prawo do zdrowia przysługuje wszystkim<sup>35</sup>. Prawo do zdrowia we wspomnianym już znaczeniu ciągłego działania do osiągnięcia jego jak najwyższego poziomu.

Z punktu widzenia tytułowych rozważań najwięcej uwagi poświęcić trzeba art. 68 ust. 3 Konstytucji RP. Zawarto w nim bowiem szczególne prawo do ochrony zdrowia przewidziane między innymi dla dzieci. Jak już stwierdzono, norma płynąca z tego przepisu nie stanowi prawa podmiotowego. Jednakże władze publiczne – zgodnie z wolą ustrojodawcy – zostały zobowiązane do zapewnienia szczególnego prawa dzieciom do ochrony ich zdrowia. Wynika to także z realizacji zasady sprawiedliwości społecznej przez troskę państwa o grupy społeczne wymagające szczególnej uwagi<sup>36</sup>. Do takiej grupy zaliczyć trzeba niewątpliwie dzieci, które ze względu na swój wiek i przede wszystkim niedojrzałość fizyczną wymagają najwyższego standardu gwarancji prawa do zdrowia i jego ochrony.

Aprobować należy stanowisko A. Wołoszyn-Cichockiej w zakresie stwierdzenia, że „zapewnienie szczególnej opieki zdrowotnej nie może ograniczać się do dopuszczenia do systemu ochrony zdrowia na uprzywilejowanych zasadach, lecz powinno polegać na zapewnieniu świadczeń opieki zdrowotnej dostosowanych do potrzeb konkretnej grupy osób, a także na zagwarantowaniu praw szczególnie dla nich istotnych”<sup>37</sup>. Istotnych w zakresie ich sytuacji życiowej, potrzeb tej grupy społecznej. Zatem zrozumienie ustawodawcy dla sytuacji dzieci powinno odzwierciedlać uchwalana ustawodawstwo dotyczące ochrony zdrowia najmłodszych. Implikuje to zasadne twierdzenie, że z art. 68 ust. 3 Konstytucji RP wyprowadzić można normę programową, która stanie się „przyczynkiem” do dalszej działalności ustawodawcy, lecz także zobowiązaniem ciążącym na władzy publicznej, do ciągłego i efektywnego działania na rzecz podnoszenia jakości ochrony tego prawa zgodnie z aktualną wiedzą medyczną.

W odniesieniu do dziecka, jako podmiotu prawa, który jest znacznie uprzywilejowany warto przemyśleć, czy prawo do ochrony jego zdrowia – wynikające

33 M. Piechota, op. cit., s. 94.

34 Pod. np.: M. Gawrońska, op. cit., s.8-9; A. Wołoszyn-Cichocka, *Konstytucyjny obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej...*, s. 226-227.

35 P. Brzeziński, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia w świetle derywacyjnej koncepcji wykładni*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 1, s. 42-43.

36 Pod. A. Surówka, op. cit., s.95.

37 Ibidem, s. 233.

z art. 68 ust. 3 Konstytucji RP – nie należy odczytywać także jako prawa podmiotowego przynależnego dziecku. Z perspektywy zasady słuszności i sprawiedliwości społecznej wypada twierdzić, że tak. Pomimo zawarcia normy programowej, skierowanej do organów państwa, widoczne są wpływy międzynarodowych aktów prawnych dotyczących praw dziecka.

Zgodzić należy się z interpretacją M. Dercza, który analizując przepis art. 68 ust. 3 Konstytucji RP, stwierdził, że ustrojodawca celowo w taki sposób zredagował ten przepis. Jego zdaniem podyktowane jest to wskazaniem dla władz państwowych konieczności szczególnego zadbania o interesy w zakresie ochrony zdrowia dla tych grup społecznych (dzieci, kobiet w ciąży, osób starszych). Podnosi on konieczność odczytania tego przepisu jako zobowiązanie dla państwa do wsparcia instytucjonalnego, aby dać możliwość tym grupom społecznym dostępu do opieki zdrowotnej<sup>38</sup>. Maciej Dercz zauważa także, że ustawodawca dotychczas nie zrealizował postulatu szczególnej ochrony prawa do zdrowia dziecka, także w zakresie specjalnego finansowania opieki zdrowotnej dostosowanej do potrzeb tej grupy społecznej<sup>39</sup>. Podobne stanowisko wyraża E. Respond, która trafnie zauważa, że „stan zdrowotny dzieci w Polsce jest wysoce niezadowolający”. Zgodzić należy się ze stwierdzeniem, że za wyzwanie szczególne uznać należy zapewnienie odpowiedniej opieki zdrowotnej dzieciom przewlekle chorym i niepełnosprawnym<sup>40</sup>. Wydaje się, że problem ten jest nadal aktualny i w dalszym ciągu nie podjęto efektywnych kroków do jego wyeliminowania.

Przyznać należy, że taka konstrukcja przepisu art. 68 ust. 3 Konstytucji RP pozwala na wiele interpretacji, lecz przedstawione powyżej stanowiska doktryny oraz przykłady orzeczeń kreślą interpretację tego przepisu w sposób stosunkowo podobny. Stwierdzić trzeba, że prawo do zdrowia i jego ochrony przysługujące dzieciom jest wartością szczególnie usytuowaną w przepisach Konstytucji RP i wskazuje na konieczność ciągłej dbałości o jak najwyższe jego standardy. Nie powinno to uchodzić z pola widzenia ustawodawcy. Ta szczególna grupa społeczna powinna mieć zagwarantowane szczególne podejście do ich sytuacji, które należy kreować w sposób jednolity, mając na uwadze cel nadrzędny, jakim jest zdrowie małych dzieci.

<sup>38</sup> Por. M. Dercz, *Konstytucyjne prawo dziecka...*, s. 136.

<sup>39</sup> Zob. Idem, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle...*, s. 44.

<sup>40</sup> E. Respond, *Prawne aspekty ochrony zdrowia dzieci w Polsce*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2014, nr 3, s. 54.

## Wybrane krajowe regulacje prawne wyrażające prawo do zdrowia dziecka

Przedstawiając tytułowe zagadnienie nie sposób pominąć pewnych przykładów krajowego ustawodawstwa w zakresie ochrony prawa do zdrowia dziecka. Oceniając realizację standardów prawnej ochrony prawa dziecka do zdrowia należy dokonać analizy nie tylko Konstytucji RP, lecz także ustaw odnoszących się pośrednio lub bezpośrednio do art. 68 ust. 3 Konstytucji RP.

Omawiając prawo do zdrowia dziecka - tym bardziej ze względu na aktualną sytuację epidemiczną - wypada wskazać na regulacje ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi<sup>41</sup>. Należy dostrzec w przepisach tej ustawy unormowania kształtujące obowiązkowe szczepienia ochronne. Wynikają one z art. 68 ust. 4 Konstytucji RP stanowiącego o obowiązku państwa do ciągłej walki i zapobieganiu rozprzestrzenianiu się chorób zakaźnych. Dzieci jako podmioty szczególnie otoczone opieką ze strony państwa zagwarantowane mają bezpłatne obowiązkowe szczepienia ochronne. W tym kontekście zauważyć należy ważne orzeczenie WSA w Warszawie, w którym stwierdzono, że „zgodnie z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia, a władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom (art. 68 ust. 3 Konstytucji RP). Nie wymaga pogłębionych wyjaśnień, że obowiązek poddania dziecka szczepieniom ochronnym realizuje wskazywane wyżej powinności państwa względem jednostki oraz ogółu społeczeństwa”<sup>42</sup>. Zdecydowanie aprobować należy niewątpliwie słuszną implikację sądu wskazującą, że poprzez system obowiązkowych szczepień ochronnych realizowany jest obowiązek państwa wynikający z art. 68 ust. 3 Konstytucji RP.

Kolejnym przykładem ustawodawstwa, w którym odnaleźć można realizowanie obowiązku wynikającego z art. 68 ust. 3 Konstytucji jest ustawa o Rzeczniku Praw Dziecka. W art. 3 wskazano na zasadnicze cele działalności rzecznika. Wskazano, że działa on na rzecz ochrony praw dziecka, w szczególności prawa do życia i ochrony zdrowia. Jednoznacznie zatem ustanowiono instytucję Rzecznika Praw Dziecka, by m.in. monitorował standardy ochrony prawa do zdrowia dzieci. Tu przykładowo można powołać ustawę o działalności leczniczej<sup>43</sup>, która zapewnia wykonywanie zabiegów medycznych w celu ochrony życia i zdrowia ludzkiego wedle aktualnej wiedzy medycznej i przyjętych wysokich standardów jakości świadczenia usług medycznych.

41 Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. 2019, poz. 1239 z późn. zm.).

42 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2019 r., syg. VII SA/Wa 1382/18, LEX nr 2643590.

43 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jednolity: Dz.U. 2020, poz. 295 z późn. zm.).

Relację do art. 68 Konstytucji RP słusznie dostrzega A. Pyrżyńska, która stwierdza, że wspomniany przepis Konstytucji RP gwarantuje prawo do zdrowia jednocześnie zawierając nakaz respektowania określonego poziomu jakości świadczeń medycznych. Podkreśla także, że zejście poniżej pewnych standardów byłoby dostrzegalnym naruszeniem tej gwarancji konstytucyjnej<sup>44</sup>. Jest to istotne, ponieważ chodzi o prawo dziecka do zdrowia. Szczególne usytuowanie dziecka i jego potrzeb względem tego prawa pozwala sądzić, że świadczenia zdrowotne przewidziane dla dzieci powinny być wykonywane tym bardziej na jak najwyższym poziomie, a dostęp do nich powinien być nieskrępowany.

Warto wreszcie za przykład ustawodawstwa powołać ustawę o ochronie zdrowia psychicznego<sup>45</sup>. W art. 4 ustawy dostrzec można szczególne regulacje dotyczące ochrony prawa do zdrowia dziecka. W ust. 1 ustawy wskazuje się, że „działania zapobiegawcze w zakresie ochrony zdrowia psychicznego są podejmowane przede wszystkim wobec dzieci, młodzieży, osób starszych i wobec osób znajdujących się w sytuacjach stwarzających zagrożenie dla ich zdrowia psychicznego”. Wskazano na prewencyjną działalność, która powinna być podejmowana w szczególności wobec dzieci, na rzecz ochrony ich zdrowia psychicznego. Zdecydowanie odniesienie to wynika z realizacji art. 68 ust. 3 Konstytucji RP i jest jej jawnym przejawem.

Przykładów ustawodawstwa krajowego w zakresie ochrony prawa do zdrowia dziecka jest zdecydowanie więcej. Traktują one w sposób pośredni lub bezpośredni omawiany przepis art. 68 ust. 3 Konstytucji RP. Zaznaczyć jednak trzeba, że idea prawa do zdrowia dziecka zawarta w Konwencji o Prawach Dziecka, a następnie uwydatniona w Konstytucji RP jest aktualnie w fazie ciągłego kreowania. Istnieją aspekty pomijane lub niewystarczająco uregulowane przez polskiego ustawodawcę, jak np. ochrona dzieci z chorobami rzadkimi, efektywna realizacja szczepień ochronnych, czy otoczenie kompleksową opieką dzieci niepełnosprawnych fizycznie i intelektualnie. Są to obszary wymagające pilnych zmian i zwiększonego finansowania.

## Podsumowanie

Prawo do zdrowia jest jednym z najważniejszych praw przysługujących człowiekowi. W realiach prezentowanego opracowania skupiono się na prawie do zdrowia dziecka, które zostało podkreślone w wielu aktach prawnych rangi międzynarodowej. Z racji przypadającej 30 rocznicy Konwencji o Prawach Dziecka skupiono się przede wszystkim na art. 24 tej Konwencji. Pomimo trudności

<sup>44</sup> A. Pyrżyńska, *Dostęp pacjenta do świadczeń zdrowotnych (na tle ustawy o działalności leczniczej)*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 12, s. 16-17.

<sup>45</sup> Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 2020, poz. 685).



interpretacyjnych terminu „zdrowie” i jego złożoności dokonano analizy aktów prawa krajowego regulujących tytułowy problem.

Uznać należy, że ukształtowanie regulacji prawnych w zakresie standardów prawa do zdrowia dziecka w Polsce jest prawidłowe. Ustawodawca przedsięwziął stosowne kroki prawne celem urzeczywistnienia idei płynącej z Konwencji o Prawach Dziecka i Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie omawianego prawa. Trzeba przy tym wskazać, że postulat podnoszenia jakości wykonywania prawa do zdrowia dzieci, ich ochrony prawnej w tym zakresie oraz wprowadzania nowych możliwości korzystania z tego prawa zgodnie z aktualną wiedzą medyczną jest obowiązkiem o charakterze ciągłym i trwałym, który spoczywa na organach państwa.

Zaznaczyć wypada stosunkowo szerokie zainteresowanie polskiego prawodawcy problemem prawa do zdrowia dziecka na różnych płaszczyznach. Liczne akty prawne odnoszące się pośrednio lub bezpośrednio do prawa do zdrowia dzieci stanowią dość trwałe zbiór regulacji prawnych, możliwie przejrzyste. W kontekście niektórych aspektów realizowania prawa do zdrowia (np. w przypadku tzw. chorób rzadkich, opiece okołoporodowej, czy opiece paliatywnej) dostrzec można ciągłą ewolucję przepisów, lecz postępującą w sposób opóźniony.

Podsumowując kształt krajowych regulacji prawnych w zakresie prawa do zdrowia dziecka uznać należy, że działalność instytucji krajowych, których celem jest dbałość o poszanowanie praw dzieci przyczynia się do ciągłej ewolucji przepisów w tym zakresie. Wypada zaznaczyć, że tylko kompleksowe podejście do podnoszenia standardów realizacji prawa do zdrowia dziecka przyniesie zamierzony efekt. Należy wskazać, że liczne regulacje prawne odnoszące się do prawa do zdrowia dziecka (tak fizycznego, jak i psychicznego) powinny być w razie potrzeby nowelizowane razem, by uniknąć niejednorodności i tzw. podwójnych standardów. Zainteresowanie prawodawcy prawami dzieci – przede wszystkim tymi fundamentalnymi – powinno wykazywać ciągłość myślenia o podnoszeniu standardów w zakresie ich ochrony oraz realizacji. Nałożona na ustawodawcę powinność otoczenia szczególną opieką prawną dzieci nie może zejść z pola widzenia, tak w dzisiejszych czasach, jak i w przyszłości.

## **Bibliografia**

### **Akty prawne**

#### **Międzynarodowe**

Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci (Dz.U. 2000 nr 107, poz. 1128).

Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. 1991 nr 120, poz. 526).

Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia. Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący



Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz.U. 1948 nr 61, poz. 477).

Deklaracja Praw Dziecka przyjęta przez zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów w 1924 r.

### **Krajowe**

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483).

Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zdrowiu publicznym (Dz.U. 2019, poz. 2365 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. 2020, poz. 295 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (tekst jednolity: Dz.U. 2019, poz. 1239 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 stycznia 2000 r. o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. 2020, poz. 141).

Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 2020, poz. 685).

### **Orzecznictwo**

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 stycznia 2019 r., syg. VII SA/Wa 1382/18, LEX nr 2643590.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 lutego 2015 r., syg. II GSK 2331/13, LEX nr 165772.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., syg. K 14-03, LEX nr 82910.

### **Literatura**

Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

Bleszyński J. J., Rodkiewicz-Ryżek A., *Ochrona praw dziecka w świetle standardów polskich i międzynarodowych*, „Paedagogia Christiana” 2012, nr 2(30).

Brzeziński P., *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia w świetle derywacyjnej koncepcji wykładni*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 1.

Dercz M., *Konstytucyjne prawo dziecka do szczególnej opieki zdrowotnej*, Warszawa 2016.

Dercz M., *Prawo do ochrony zdrowia w świetle przepisów Konstytucji RP*, [w:] *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, red. M. Dercz, Warszawa 2013.

Dercz M., Izdebski H., Rek T., *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, red. M. Dercz, Warszawa 2016.

Dercz M., Izdebski H., Rek T., *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, red. M. Dercz, Warszawa 2013.

- Frączkiewicz-Wronka A., *Perspektywa terytorialna w kształtowaniu i realizacji celów publicznych w obszarze ochrony zdrowia*, [w:] *Ochrona zdrowia w regionie. Aspekty organizacyjne i prawne*, red. A. Frączkiewicz-Wronka, Katowice 2005.
- Gawrońska M., *Prawo do ochrony zdrowia na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2014, nr 2.
- Jurczyk T., *Prawa jednostki w orzecznictwie Europejskiego trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2009.
- Kmieciak B., *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016.
- Łopatka A., *Dziecko i jego prawa człowieka*, Warszawa 2000.
- Michalak J., *Zdrowie publiczne oparte na dowodach*, [w:] *Zagrożenia zdrowia publicznego. Zdrowie człowieka a środowisko*, red. A. Denys, cz. 2, Warszawa 2015.
- Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009.
- Piechota M., *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia jako prawo socjalne i prawo podstawowe*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2012, nr 12.
- Rabiega A., *Ochrona życia i zdrowia ludzkiego w działaniach podmiotów administrujących w sferze opieki zdrowotnej*, Warszawa 2009.
- Respond E., *Prawne aspekty ochrony zdrowia dzieci w Polsce*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2014, t. XXIV, nr 3.
- Ryś K., *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia i prawo do szczególnej opieki zdrowotnej*, „Zeszyty Naukowe Prawa Konstytucyjnego” 2017, nr 10.
- Stadniczeńko S. L., *Ochrona praw dziecka wynikająca z art. 19 Konwencji o prawach dziecka oraz art. 72 Konstytucji RP*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2017, nr 22(1).
- Surówka A., *Miejsce konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia w systemie praw i wolności człowieka i obywatela*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 3.
- Sygit B., Wąsik D., *Prawo ochrony zdrowia*, wyd. 1, Warszawa 2016.
- Sygit M., *Zdrowie publiczne*, Warszawa 2017.
- Szyborski J., *Zdrowie dzieci - zapomniany priorytet*, „Polityka Społeczna” 2009, nr 9.
- Wołoszyn-Cichocka A., *Ochrona praw pacjenta. Studium publicznoprawne*, Lublin 2017.
- Wołoszyn-Cichocka A., *Konstytucyjny obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku przez władze publiczne*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2017, t. LXIV(1).

### **Źródła cyfrowe**

[https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_POL.PD](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_POL.PD)

<http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1959.htm>

## STRESZCZENIE

### Ocena krajowych gwarancji prawa do zdrowia dziecka po 30 latach obowiązywania Konwencji o Prawach Dziecka

Prawo do zdrowia jest jednym z najważniejszych praw podstawowych człowieka. Stanowi nierozłączny składnik istnienia człowieka we współczesnym świecie. Wraz z prawem do życia tworzą nierozzerwalny korelat. Uznanie dla wagi tego prawa stanowi przyjęcie wielu aktów prawnych rangi międzynarodowej i ich implementacja do krajowych porządków prawnych. W szczególności prawo do zdrowia rozważać należy wobec podmiotów najbardziej uprzywilejowanych – dzieci. Dziecko jest bowiem jednostką społeczną, której prawodawca powinien poświęcić wiele uwagi. Niewątpliwie „zdrowie” jest pojęciem niejednoznacznym. Można mówić o poziomie zdrowia, jakości świadczeń zdrowotnych, czy standardach jego ochrony. Jednak „zdrowie” w kontekście prawa do zdrowia dziecka winno być traktowane przez pryzmat dobra prawnego, które przynależne jest dziecku. Pomimo trudności ze zdefiniowaniem tego terminu, z pomocą przedstawicieli doktryny, można wyinterpretować, że zdrowie to w ogólności stan pomyślności fizycznej i psychicznej. Wreszcie jest to brak chorób czy ułomności (fizycznych i psychicznych). Definiowanie zdrowia jest wyrażaniem swoistych postulatów, jakie to zdrowie powinno być i kiedy zasadne jest uznanie za „zdrowego”. Zdrowie łączone jest nie tylko z jednostką, ale także ze społeczeństwem. Prawo do zdrowia ma nie tylko dziecko, lecz grupa społeczna wiekowo wyodrębniona, którą uznaje się za dzieci. Prawo do zdrowia dziecka winno być traktowane również w kontekście poszczególnych jednostek. Konwencja o prawach dziecka w art. 24 ustanowiła konieczność dbałości o jak najwyższy poziom zdrowia dzieci. Wyznaczono zatem pewien standard nieustannego działania prawodawców Państw-Sygnatariuszy do polepszania sytuacji dzieci w zakresie realizowanego prawa do zdrowia. W polskiej rzeczywistości prawnej, obok Konstytucji RP, istnieje wiele aktów normatywnych regulujących kwestię prawa do zdrowia dziecka. Wymienić można ustawę o Rzeczniku Praw Dziecka, ustawę o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, czy ustawę o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Na kanwie niniejszego opracowania w centrum uwagi postawiono dziecko, jako szczególny podmiot prawa publicznego. Dokonano analizy międzynarodowych aktów prawnych XX w. oraz aktualnie obowiązujących krajowych regulacji prawnych odnoszących się do prawa do zdrowia dziecka. Analizę przeprowadzono przez zestawienie standardów z art. 24 Konwencji o prawach dziecka z polskim ustawodawstwem w zakresie omawianego Prawa Dziecka. Wraz z przeprowadzoną analizą dostępnej literatury przedmiotu dały obraz ważnego społecznie problemu prawa do zdrowia dziecka, a przede wszystkim ciągle aktualnego wyzwania stojącego przed polskim ustawodawcą. W realiach niniejszego opracowania skoncentrowano się na próbie dokonania oceny krajowych gwarancji prawnych ochrony prawa do zdrowia dziecka. W związku z przypadającą 30. rocznicą przyjęcia Konwencji o Prawach Dziecka ten akt prawny stanowi centrum osi niniejszego opracowania.

## SUMMARY

### **Assessment national guarantees the child's right to health after 30 years of the Convention on the rights of the child**

The right to health is one of the most important fundamental human rights. It is an inseparable component of human existence in the modern world. Together with the right to life it forms an inseparable correlate. Recognition of the importance of this right is the adoption of many legal acts of international importance and their broad implementation into national legal systems. In particular, the right to health should be considered in relation to the most privileged subjects – children. The child is a social unit, to which the legislator should devote much attention. Undoubtedly, “health” is an ambiguous concept. One can talk about the level of health, the quality of health services, or standards of its protection. However, “health” in the context of the right to a child's health should be treated through the prism of the legal good that belongs to the child. Despite difficulties in defining this term, with the help of doctrine representatives, it can be interpreted that health is in general a state of physical and mental well-being. Finally, it is the absence of diseases or handicaps (physical and mental). Defining health is an expression of specific demands what health should be and when it is reasonable to consider it “healthy”. Health is connected not only with the individual but also with society. When we talk about the right to a child's health, we do not think only of one child, but of a social group of age, which is considered to be children. The right to the health of the child should also be considered in the context of individual individuals. The Convention on the Rights of the Child in Article 24 established the need to take care of the highest possible level of child health. It therefore sets a standard of continuous action by the legislators of the Signatory States to improve the situation of children with regard to their right to health. In the Polish legal reality, apart from the Polish Constitution, there are a number of normative acts regulating the issue of the right to child health. These include the Act on the Ombudsman for Children, the Act on upbringing in Sobriety and Counteracting Alcoholism, and the Act on preventing and combating infections and infectious diseases in people. On the basis of this study, the focus of attention is on the child as a special subject of public law. The analysis of international legal acts of the twentieth century and current national legal regulations relating to the right to child health was made. The analysis was carried out by comparing the standards stemming from Article 24 of the Convention on the Rights of the Child with the Polish legislation on the discussed rights of the child. Together with the analysis of the available literature on the subject, they gave a picture of a socially important problem of the right to the health of the child, and above all, of the still current challenge facing the Polish legislator. In the reality of the present study, the focus was on an attempt to assess national legal guarantees for the protection of the right to child health. In connection with the thirtieth anniversary of the adoption of the Convention on the Rights of the Child, this legal act is the centrepiece of the axis of this study.



**II**

**VARIA**





**Oscar Hernández Santiago**

Universidad Nacional Autónoma de México  
(National Autonomous University of Mexico, Mexico)  
e-mail: oscarhdz\_13@yahoo.com.mx

ORCID: 0000-0002-6067-6243

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.17

## **Entre glosas y censuras. Recepción y circulación del *Corpus Iuris Civilis* en la Nueva España (siglos XVI y XVII)**

### **ABSTRACT**

**Between comments and censorship. The reception and circulation of the  
*Corpus Iuris Civilis* in the New Spain (XVI and XVII centuries)**

The purpose of this article is to show the reception and circulation of the *Corpus Iuris Civilis* in the New Spain (Mexico) during the XVI and XVII centuries. It analyzes the importance of the Roman law as a part of the phenomenon of legal reception in the Spanish America. It studies the readings, comments and censorship of the different editions of these books, which were introduced extensively since the first decades of the American conquest. In the recent years, the Latin American historiography has analyzed the reception of the *ius commune* in the Spanish colonies, but it appears to give more priority to other legal sources as laws and customs. As a result of this point of view, it has been forgotten the knowledge contained in the legal books. In this research, my main sources are the books preserved in the Mexican National Library. The choice of the materials is due to it preserves the prints of some of the major libraries during this period (university, seminars and religious colleges). In order to achieve this objective, I analyze my period according to the Robert Darnton's communication circuit. This methodological model focuses on the role of authors,

publishers, printers, distributors and readers in the process of production, distribution and consumption of the books.

**Key words:** Corpus Iuris Civilis, legal reception, Mexico, New Spain, Roman law

## Introducción<sup>1</sup>

Desde su “redescubrimiento” en el norte de Italia en el siglo XII, el derecho romano, representado en el *Corpus Iuris Civilis* (CIC) (conformado por el *Digesto*, *Instituciones*, *Código* y *Novelas*), comenzó un incesante período de difusión por toda la geografía europea<sup>2</sup> denominado por Paul Vinogradoff como la “segunda vida del derecho romano”<sup>3</sup>. El surgimiento casi simultáneo de las universidades contribuyó a su afianzamiento y, además, el naciente gremio de juristas encontró en este ordenamiento una homogeneidad cultural dentro de un universo caracterizado por la pluralidad<sup>4</sup>.

El derecho romano junto con el derecho canónico y el derecho feudal constituyeron durante estos siglos una tríada que de manera conjunta fue denominada *ius commune*, cuya fortaleza se hallaba en la tradición y en su sistematicidad. Tras el hallazgo de las Indias en 1492, iniciaría un viaje de dimensiones atlánticas hacia los nuevos dominios castellanos<sup>5</sup>, en donde sería parte esencial para la configuración del derecho indiano<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> El presente trabajo fue realizado gracias a la concesión de una beca posdoctoral de la Coordinación de Humanidades de la UNAM en el Instituto de Investigaciones Bibliográficas de la misma institución. Agradezco el asesoramiento y los valiosos comentarios de mi asesora la Dra. Marina Garone Gravier.

<sup>2</sup> C. M. Radding, A. Ciaralli, *The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages. Manuscripts and transmission from the sixth century to the juristic revival*, Leiden 2007, pp. 35-65; K. Pennington, *The ‘Big-Bang’: Roman Law in the Early Twelfth-Century*, “Rivista Internazionale di Diritto Comune” 2007, Vol. XVIII, pp. 43-70.

<sup>3</sup> P. Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe*, Londres 1907, p. 4; G. F. Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, México 1986, pp. 181-192.

<sup>4</sup> A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid 2002, pp. 96-105.

<sup>5</sup> A. Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milán 2004; F. Martínez Martínez, *Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos*, “Anuario Mexicano de Historia del Derecho” 2003, Vol. XV, pp. 447-523.

<sup>6</sup> C. Petit, *El caso del derecho indiano*, “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno” 1993, Vol. XXII, pp. 665-677; B. Bernal Gómez, *El derecho indiano, concepto, clasificación y características*, “Ciencia Jurídica” 2015, Vol. VII, pp. 183-193; C. Garriga, *De qué hablamos cuando hablamos de Derecho Indiano*, [in:] *Actas del XIX Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, ed. T. Duve, Vol. I, Madrid 2017, pp. 223-248.

Fue en este contexto en donde el derecho romano, como corteza del *ius commune*, fue adoptado en América mediante tres vías: oficial, práctica y científica<sup>7</sup>. La oficial se realizó por medio de la incorporación de todo el heterogéneo y disperso conjunto de cédulas, instrucciones y demás disposiciones que conformaban un sistema de leyes apenas en ciernes. Sin embargo, fueron las *Siete Partidas* las que constituirían el acceso más inmediato al derecho romano en Las Indias<sup>8</sup>.

La recepción práctica se generó por la reiteración continua de los diversos usos y prácticas forenses en los tribunales indianos. Fue esta praxis la que más rápidamente encontró acomodo entre los súbditos, debido a su propia naturaleza antiformalista que facilitaba su utilización aun por personas legas, debido a un arraigo social de las instituciones, el uso no técnico del lenguaje jurídico y un carácter omnicompreensivo del discurso jurídico<sup>9</sup>.

Por lo que respecta a la recepción científica, ésta giró en torno a los libros e impresos forenses, en los cuales estaba inscrita la muy variada doctrina sedimentada desde el siglo XII como una fuente más de ese ordenamiento. La *communis opinio doctorum*, como era conocida, basaba su legitimidad en la *auctoritas*, entendida como el saber socialmente reconocido de los juristas<sup>10</sup>. Por consiguiente, su fuerza derivaba de la labor interpretativa y creadora de los doctores sobre los textos del CIC, principalmente en los momentos en que la ley callaba o presentaba contradicciones. Dice al respecto Paolo Grossi: “el texto continúa siendo el fundamento formal del discurso en el plano de la validez pero está completamente vacío”<sup>11</sup>. Era precisamente en ese espacio de incertidumbres en donde la *auctoritas* de los juristas aumentaba para ordenar ese conjunto heterogéneo de piezas del rompecabezas jurídico<sup>12</sup>.

La circunstancia de que el virreinato novohispano aparentemente se encontrara en los márgenes de la Monarquía Católica, no implicaba que a través de su

<sup>7</sup> J. Barrientos Grandón, *La cultura jurídica en la Nueva España. (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México 1993, pp. 11-122.

<sup>8</sup> A. Pérez Martín, *Fuentes romanas en las Partidas*, “Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo” 1992, Vol. IV, pp. 215-246; E. Quintana Orive, *Acerca de la recepción del Derecho Romano en las Partidas de Alfonso X el Sabio en materia de responsabilidad de los oficiales públicos en la Baja Edad Media. Precedentes romanos del ‘juicio de residencia’*, “Revue Internationale de Droits de l’Antiquité” 2012, Vol. LIX, pp. 355-373.

<sup>9</sup> A. M. Hespanha, *Economía de la gracia*, Madrid 1993, pp. 24-26.

<sup>10</sup> La *auctoritas*, palabra de antiguo cuño, tenía como oposición a la *potestas* un poder socialmente reconocido. Sobre estos conceptos: R. Domingo, *El binomio auctoritas-potestas en el derecho romano y moderno*, “Persona y Derecho” 1997, Vol. XXXVII, pp. 183-195.

<sup>11</sup> P. Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid 1996, p. 178.

<sup>12</sup> La contradicción era parte esencial de este ordenamiento jurídico, pero era ella misma la que generaba las respuestas adecuadas a través de la tópica: G. F. Margadant, *Las contradicciones en el Corpus Iuris*, México 2007; M. Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, México 2013.

territorio dejaron de transitar los mismos libros forenses estudiados en Castilla u otras jurisdicciones del vasto imperio. Los estudios recientes han mostrado la circulación de libros entre Europa y América, tanto de manera legal como clandestina<sup>13</sup> y una buena cantidad de ellos eran obras jurídicas<sup>14</sup>, cuya importancia en Las Indias era toral, al proporcionar a autoridades y súbditos mecanismos de defensa y disciplinamiento.

Este flujo normativo entre los dos continentes ha pasado desapercibido, salvo raras excepciones, por una historiografía jurídica concentrada en el dominio de la ley y en la praxis judicial, sucesos de singular valía pero que relegan a un segundo plano la trascendencia de la doctrina y, en consecuencia, de los libros. En líneas generales, son pocos los trabajos que han analizado su circulación en la Nueva España, una situación que ha comenzado a cambiar<sup>15</sup>. Lo hasta aquí afirmado ha suscitado que seamos incapaces de entender a plenitud la cultura legal de ese momento, entendida ésta como un conjunto de elementos distintivos temporales que caracterizan un sistema jurídico<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> P. J. Rueda Ramírez, *La circulación de libros entre el viejo y el nuevo mundo en la Sevilla de finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII*, "Cuadernos de Historia Moderna" 1999, Vol. XXII, pp. 79-105; N. Maillard Álvarez, *Aproximación a la creación de las redes de distribución de libros en América a través de las fuentes españolas (segunda mitad del siglo XVI)*, "Anuario de Estudios Americanos" 2014, Vol. LXXI, pp. 479-503.

<sup>14</sup> S. Dauchy, *Ouverture: histoire des cultures juridiques. Circulations, conexions et espaces transnationaux du droit*, "Clio-Themis" 2009. Disponible en: <http://www.cliothemis.com/Cultures-juridiques-Ouverture-par-12-1-2019>.

<sup>15</sup> A. Mayagoitia Stone, *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana: la literatura circunstancial*, México 1992; J. Barrientos Grandón, *La cultura*, op. cit.; M. Luque Talaván, *Un universo de opiniones: la literatura jurídica indiana*, Madrid 2003; A. Vargas Valencia, *Las Instituciones de Justiniano en la Nueva España*, México 2001. El tema de las bibliotecas jurídicas novohispanas ha sido estudiado con más amplitud: J. Malagón Barceló, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México 1959; R. D. Fernández Sotelo, *Biblioteca del oidor de la Audiencia de la Nueva Galicia Joseph Manuel de la Garza Falcón (1763)*, "Anuario Mexicano de Historia del Derecho" 2000, Vols. XI-XII, pp. 91-160; C. Manrique Figueroa, *Bibliotecas de funcionarios reales novohispanos en la primera mitad del siglo XVII*, "Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas" 2014, Vol. XIX, pp. 57-93; I. García, *Libros de fiscal, libros de oidor: la biblioteca de Domingo de Arangoiti (siglo XVIII)*, "Investigación Bibliotecológica" 2012, Vol. LVII, pp. 13-76. En el ámbito latinoamericano véase: J. M. Castán Vázquez, *La difusión del derecho romano en Iberoamérica a través de los libros españoles*, "Anuario Jurídico" 1984, Vol. XI, pp. 325-339; A. Ávila Martel, *La impresión y circulación de libros en el Derecho Indiano*, "Revista Chilena de Historia del Derecho" 1985, Vol. XI, pp. 189-209; J. C. Prado Rodríguez, *Sobre la circulación de las primeras ediciones impresas del Digesto en el contexto histórico-jurídico de las Reales Audiencias de Santa Fe de Bogotá y de San Francisco de Quito (siglos XVI-XVIII)*, "Cuadernos de Historia del Derecho" 2011, Vol. XVIII, pp. 269-284; F. Betancourt Serna, *De nuevo sobre el manuscrito 274 BNC. La recepción del derecho romano en el Virreinato de Nueva Granada (siglos XVII-XVIII)*, "Persona y derecho" 2016, Vol. LXXIV, pp. 27-73. Especial relevancia tiene, aun sin abarcar el espacio americano: L. Beck Varela, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia 2003; E. Fiochi Malaspina, *L'eterno ritorno del Droit des gens di Emer de Vattel (secc. XVIII-XIX). L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale*, Fráncfort del Meno 2017.

<sup>16</sup> Tampoco se olvide que actualmente el derecho romano continúa siendo, aunque en menor medida, parte trascendental para el entendimiento de los derechos nacionales modernos: A. Guzmán Brito,

Por lo anterior, el propósito de este trabajo consiste en analizar la circulación de los libros de derecho romano, circunscritos siempre al CIC y a los tratadistas que lo abordaron en sus obras, para describir y entender la forma en que fue leído, glosado y censurado en la Nueva España. Las fuentes utilizadas en este trabajo corresponden a los materiales bibliográficos presentes en el Fondo Reservado de la Biblioteca Nacional de México (BNM).<sup>17</sup>

Esta investigación busca esclarecer un proceso que considera el origen, uso y función de esos libros en un sentido amplio, que parte de su autoría, pasa por las distintas etapas de su confección editorial hasta llegar a la lectura. Por ello, el trabajo se ha guiado por algunas herramientas y modelos de la historia del libro: el diseñado por Robert Darnton y al cual denominó “circuito de circulación”<sup>18</sup>. Los elementos propuestos por dicho autor pueden contribuir a visibilizar el hecho de que la historia jurídica, como muchas otras, no sólo se cimenta en ideas abstractas, sino que en un plano más práctico opera sobre textos compartidos por autores, impresores, censores y lectores, quienes desde su particular experiencia vital dotaron a cada idea de una especificidad acorde a la realidad en la que se inscribían.

## I. Los libros y sus propietarios

El principal vehículo de transmisión del derecho romano en la Edad Media fueron los manuscritos jurídicos. Estos tenían como base al *Codex Florentinus*, un antiguo texto redactado en el siglo VI que sirvió para desarrollar la *littera vulgata*, la cual fue rápidamente extendida por Europa. Durante estos años, las universidades tenían a profesores encargados del resguardo de las obras jurídicas, los *stationarii*, quienes las arrendaban a los estudiantes para que pudieran copiar los textos de forma manuscrita, de modo que al término de su formación pudieran llevar consigo el texto ya copiado del CIC hacia su nuevo destino<sup>19</sup>.

Las primeras ediciones impresas del CIC datan de 1476 en Perugia, momento en el que se generó una franca competencia entre los diversos tipógrafos que

*El Derecho romano como elemento de la cultura jurídica de nuestros días*, “Revista de Derecho Privado” 2012, Vol. XLVII, pp. 1-16; D. Mantovani, *El derecho romano después de Europa. La historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo*, “Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija” 2006, Vol. IX, pp. 353-386.

<sup>17</sup> El acervo de la BNM, del cual se ha extraído el material aquí analizado, se conformó en 1859 cuando las bibliotecas de diversas congregaciones religiosas pasaron a ser propiedad del estado mexicano. Sin embargo, décadas de robos, falta de catalogación y dispersión documental impiden conocer con exactitud el rumbo que tomaron algunas de las colecciones bibliográficas.

<sup>18</sup> R. Darnton, *What is the History of Books?*, “Daedalus” 1982, Vol. CXI-III, pp. 65-83.

<sup>19</sup> H. E. Troje, *Sobre la crítica y algunas ediciones de textos en la jurisprudencia humanística*, “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos” 2009, Vol. XXXI, pp. 259-275; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge 1999, pp. 52-54; A. Padoa-Schioppa, *A History of Law in Europe. From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge 2017, pp. 124-130; E. Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, Madrid 2016, pp. 69-82.

contendían por poseer la mejor edición. Durante este mismo período surgió el *mos gallicus* o humanismo jurídico, una nueva corriente que culpaba a sus predecesores del *mos italicus* de haber pervertido y corrompido el texto justinianeo<sup>20</sup>. Por ejemplo, François Hotman, en su reconocida obra *Antitriboniano*, hacía hincapié en que la labor de los juristas debía centrarse no sólo en el texto y en su glosa, sino en la incorporación de la filología y la historia para comprender el sentido primigenio de los textos<sup>21</sup>. De esta forma, con una mirada crítica sobre el texto, el humanismo coadyuvó a mejorar las sucesivas ediciones impresas.

Las ciudades europeas que destacaron como centros de manufactura de libros a gran escala fueron Lyon, Amberes, París y Venecia<sup>22</sup>, desde donde eran enviados posteriormente a Las Indias mediante un complejo proceso de distribución, en el que intervenían factores externos tanto humanos como naturales: desastres, tiempos de navegación, monopolios, reglamentaciones propias de cada señorío y medidas fiscales. No en vano Peter Burke ha manifestado: “what people knew was closely related to where they lived”<sup>23</sup>.

A principios del siglo XVI Lyon se constituyó en el principal centro editorial europeo y gran parte de sus materiales elaborados eran obras jurídicas, una aseveración de las cuales dan amplio testimonio las bibliotecas novohispanas. Las obras del CIC resguardadas en la BNM pertenecen, en su mayoría, a las imprentas lionesas de Claude Laundry, Pierre Laundry y Michel Chevalier. El prestigio de esta ciudad francesa no sólo se restringía a la materia jurídica, sino que abarcaba otras temáticas como la filosofía y la teología. Algunos cálculos han estimado en 15 mil sus libros producidos durante esta centuria<sup>24</sup>.

El trabajo de estos impresores debe ser reconocido, pues eran ellos quienes investigaban, daban orden al texto, negociaban su venta e incorporaban, en algunas ocasiones, nuevas notas o imágenes. Es decir, incidían de manera directa

<sup>20</sup> F. Carpintero, *Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo Racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, “Ius Commune” 1977, Vol. VI, pp. 108-171.

<sup>21</sup> G. Rossi, *Lecture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo. Da Valla a Poliziano*, [in:] *Interpretare il Digesto: storia e metodi*, eds. D. Mantovani, A. Padoa Schioppa, Pavia 2014, pp. 357-358; G. Rossi, *François Hotman vs Triboniano: una critica radicale al diritto romano nella Francia del XVI secolo*, “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno” 2015, Vol. XLIV, pp. 253-299.

<sup>22</sup> R. Savelli, *Giuristi francesi, biblioteche italiane. Prime note sul problema della circolazione della letteratura giuridica in età moderna*, [in:] *Manoscritti, editoria e biblioteche dal Medio Evo all'Età contemporanea*, Roma 2006, pp. 1239-1270; Y. B. Brissaud, *Pistes pour une histoire de l'édition juridique française sous l'Ancien Régime*, “Histoire et civilisation du livre: Revue internationale” 2005, Vol. I, pp. 85-187.

<sup>23</sup> P. Burke, *A social history of knowledge: from Gutenberg to Diderot*, Londres 2000, p. 55.

<sup>24</sup> L. Febvre y H. Martin, *La aparición del libro*, México 2004, p. 217. En la biblioteca de derecho de la Universidad de Chile, también eran frecuentes las ediciones lionesas, calculadas en un 25% para el ámbito jurídico, véase: J. Barrientos Grandón, *La biblioteca jurídica antigua de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos” 1991, Vol. XIV, p. 295.



en el proceso de autoría y de lectura de las obras<sup>25</sup>. Robert Darnton ha afirmado, siguiendo a Locke, que la Biblia tendría un significado diferente si en vez de capítulos y versículos el texto hubiera sido ordenado de forma continua<sup>26</sup>.

En 1553 había sido ya fundada en la Nueva España la Real y Pontificia Universidad de México, con las cátedras de Teología, Escritura Sagrada, Cánones, Artes, Retórica, Gramática y Leyes, las cuales seguían en esencia los estatutos de la universidad salmantina<sup>27</sup>. La enseñanza de su cátedra de Leyes se circunscribía al estudio del CIC, principalmente el *Código* y las *Instituciones*, cuyas distintas partes eran leídas durante los cinco años de estudio en las cátedras de Prima, Vísperas e Instituta, y en el siglo XVII fue agregada la de Digesto.<sup>28</sup> Las razones por las cuales esta última obra, siendo la más completa y sistematizada del derecho romano, no gozaba de gran estimación en la universidad novohispana siguen estando en la penumbra<sup>29</sup>, aun cuando en la enseñanza medieval fuera la más utilizada<sup>30</sup>.

Conocer con exactitud los libros leídos durante estos años en la universidad es casi imposible, debido a la ausencia de un catálogo o índice<sup>31</sup> y a la falta de una biblioteca, la cual sólo comenzaría a funcionar hasta 1778 luego de décadas de múltiples vicisitudes que habían impedido su apertura<sup>32</sup>. Este problema no era exclusivo de la universidad novohispana, en Lovaina, por ejemplo, no estaban dispuestos a crearla “because professors are walking libraries”<sup>33</sup>.

Al término de sus estudios, los estudiantes novohispanos precisaban de la defensa de una tesis, en la cual, de manera invariable, trataban temas del *Código*, *Instituciones* y, en menor medida, el *Digesto*. Estas tesis destacaban por su

<sup>25</sup> Roger Chartier ha indicado sobre este aspecto que “los textos son móviles e inestables. Sus variantes resultan de una pluralidad de decisiones o de errores distribuidos a todo lo largo de su publicación”. R. Chartier, *Materialidad del texto, textualidad del libro*, “Orbis Tertius” 2006, Vol. XII, pp. 11-12.

<sup>26</sup> R. Darnton, *El coloquio de los lectores. Ensayos sobre autores, manuscritos, editores y lectores*, México 2003, p. 159.

<sup>27</sup> A. Pavón Romero, C. I. Ramírez, *El catedrático novohispano: oficio y burocracia en el siglo XVI*, México 1993; M. P. Alonso Romero, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid 2012, pp. 191-208.

<sup>28</sup> *Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México*, México 1775, pp. 135-136.

<sup>29</sup> A. Vargas Valencia, *Las cátedras de la Facultad de Leyes en la Real y Pontificia Universidad de México*, [in] *La universidad novohispana. Voces y enseñanzas clásicas*, ed. M. P. Irigoyen Troconis, México 2003, pp. 61-73.

<sup>30</sup> H. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México 1996, p. 140.

<sup>31</sup> Sólo se cuenta con dos de ellos, resguardados en la BNM, que datan de principios del siglo XIX: *Ynventario de la Bibliotheca de la Nacional y Pontificia Universidad de Mejico, ó razón de los volúmenes contenidos en cada uno de sus estantes y cajones*. Clasificación: MS.6431; y *Catalogus auctorum et operum ad singulas scientias et disciplinas pertinentium, ex iis, quae in Mexicanae Academiae Bibliotheca continentur. Anno Domini MDCCCXXXIII*. Clasificación: MS.6453. [En lo sucesivo, cualquier referencia a la clasificación de los libros corresponde a la de la BNM].

<sup>32</sup> I. Osorio, *Historia de las bibliotecas novohispanas*, México 1986, pp. 209-243.

<sup>33</sup> P. Burke, *A social history*, op. cit., p. 56.



brevedad, una a dos páginas y en ellas se observa el dominio de la jurisprudencia romana por parte de los estudiantes, aunque se omiten las ediciones empleadas<sup>34</sup>.

Desde la Baja Edad Media, la universidad se había constituido en el principal centro de generación y difusión del conocimiento, pero éste no era su monopolio, la iglesia también había contribuido en esta labor. Ella había sido la primera estructura política en auxiliarse del derecho para la configuración de su propia estructura jerárquica y la creación de un proceso judicial<sup>35</sup>.

En América, la Iglesia se consolidó rápidamente desde fechas muy tempranas, sobre todo por sus labores de evangelización, por lo que de manera súbita desplegaría en el territorio conquistado sus estructuras administrativas y de justicia<sup>36</sup>. Aun con esta importancia de la Iglesia en las Indias, el estudio de sus bibliotecas institucionales ha sido opacado por el de las bibliotecas particulares que han merecido mayor atención por parte de los especialistas<sup>37</sup>. Sin embargo, una mirada a la colección de la BNM permite advertir, por medio de las marcas de propiedad, como marcas de fuego y *ex libris*<sup>38</sup>, entre cuáles instituciones circulaban las obras de derecho romano aquí estudiadas.

---

34 M. F. González Gallardo, *Las tesis de licenciados y doctores en leyes de la Real y Pontificia Universidad de México en el siglo XVII*, México 2017.

35 H. Berman, *La formación*, op. cit., pp. 96-99.

36 J. Traslosheros Hernández, *Historia judicial eclesiástica de la Nueva España*, México 2014, pp. 3-19.

37 I. García Aguilar, *Suma de bibliotecas novohispanas: hacia un estado de la cuestión*, [in:] *Leer en tiempos de la Colonia*, México 2010, p. 291.

38 Véase el excelente catálogo de marcas de fuego novohispanas que se encuentra en la red, el cual fue de gran valía para este trabajo: [www.marcasdefuego.buap.mx:8180/xmLibris/projects/firebrand](http://www.marcasdefuego.buap.mx:8180/xmLibris/projects/firebrand)

Obra	Marca de fuego y Ex libris <sup>39</sup>
Perez, Antonio, <i>Praelectiones in dodecim libros codicis Justiniani: quibus leges omnes et authenticae perpetua serie explicantur mores hodierni inseruntur et quid sit iuris antiqui novi et novissienodatur ac breviter exponitur</i> , Amstelodami, Apud Danielem Elsevirium, 1671.	Colegio de San Pedro y San Pablo
Favre, Antoine, <i>Coniecturarum iuris civilis libri viginti: in quibus difficiles plerique iuris iustiniani loci, novis cum emendationibus, tum interpretationibus explicantur</i> , & vera rectaque iuris principia stabiliuntur, Lygdvni, Sumpst. Phil. Borde, Lavr. Arnavd, Clavd. Rigavd, 1661.	Colegio Apostólico de San Fernando Catedral Metropolitana Ex Bibliotheca Turriana
<i>Codicis sacratissimi imperat. Iustiniani libri XII / Accvrsii commentarii: ac Conti, et Dionysii Gothofredi, atque aliorvm quorvmdam illustrium iurisconsultorum lucubrationibus illustrati</i> , Lygdvni, Sumpstibus Claudij Landry, 1643.	Colegio de San Pedro y San Pablo
<i>Institutionum libri IIII: Adnotationibus ac notis doctiss scriptorum illustrati et adancti</i> , Genevae: Sumpstibus Iacobi Crispini, 1637.	Convento de san Cosme
Pichardo y Vinuesa, Antonio, <i>Practicae institutiones, sive, Manuductiones iuris civilis romanorum, et regii hispani, ad praxim libro singulari, in quator distributue partes comprehesa: methodica tracione institutionem, processusque examen i n causis civilibus, ordinariis, executivis, criminalibus, et appellationum lacotinismo complectens</i> , Vallis-Oleti, Excudebat Ioannes a Lasso a Penas, Excudebat Ioannes a Lasso a Penas, 1630.	"Don Pedro Rodriguez Escalante"
Pichardo y Vinuesa, Antonio, <i>In quator institutionum imperatoris iustiniani libros commentaria</i> , Vallisoleti, Ex oficina Vda. Francisci Fernandez de Cordova, 2 vols., 1630.	Catedral Metropolitana Ex Bibliotheca Turriana
<i>Imp. Caes. Iustiniani Institutionvm libri IIII</i> , Coloniae Allobrocvm: Apud Philippum Albertum, 1627.	Convento de San Diego
<i>Iuris civilis rominitia et progressvs : ad leg. XII. tabularvm brevis commentatio</i> , Coloniae Allobrogum: Apud Philippum Albertum, 1627.	Convento de San Diego

39 Los ex libris han sido señalados con letras cursivas para diferenciarlos de las marcas de fuego.

Obra	Marca de fuego y Ex libris
<p><i>Codicis sacratissimi imperat. Iustiniani PP. Avgusti, Lib. XII / accvrasii commentariis : ac Contii, et Dionysii Gothofredi; his accessere, hac postrema editione, Iacobi Cviacii ; necnon Petri Brossaei, Avreliae: Sumptibus Theodori de Iuges, 1625.</i></p>	<p>Convento de San Joaquín de Tacuba</p>
<p><i>Corpus iuris civilis Iustiniani : cum commentariis accvrsii, scholiis Contii. et D. Gothofredi lvcvbrationibys ac accvrsivm: in quibus glossae obscuriores explicantur, similes &amp; contrariae afferuntur, vitiosae notantur, Aureliae: Ex Typographia Steph. Gamoneti, Sumptibus Theodori de Iuges, 1625.</i></p>	<p>Convento de San Joaquín de Tacuba "Dor. Miguel de Aldave"</p>
<p><i>Digestvm novvm, sev, Pandectarvm iuris civilis, ex pandectis Florentinis, in lucem emissis quo ad eius fieri potuit, praesentatus, Avreliae, Sumptibus Theodori de Iuges, 1625.</i></p>	<p>Convento de San Joaquín de Tacuba "Dor. Miguel de Aldaves"</p>
<p>Ragueau, Francois, <i>Commentarijs, ad constitviones et decisiones Iustiniani qvae XII. Libris codicis continentur</i>, Parisiis, Ex Typographia Petri Chevallerii, 1620.</p>	<p>Colegio San Ildefonso "Es dueño D. Peru Garcez del Colegio del Convento de Pablo de México"</p>
<p>Antonino, Mario, <i>Variae practicabilivm rerum resolutiones: in tres Libros digestae, Avgvstae Tavrinatorvm, Apud Ioan. Baptist. Bellagambam, 1619.</i></p>	<p>Convento de San Agustín Puebla Ilegible</p>
<p>Du Four de Saint-Jorry, Pierre, <i>Ad Tit. de diversis regulis Iuris antiqui, ex libro Pandectarum imperatoris Iustiniani quinquagesimo commentarijs, Coloniae Allobrogum, Apud Franciscum Fabrum et Samvelem Crispinum, 1618.</i></p>	<p>Colegio de San Pedro y San Pablo "del Collegio de Iacon- de Mex"</p>
<p><i>Digestum novvm, sev, Pandectarvm iuris civilis, ex Pandectis Florentinis, in lucem emissis, quo ad eius fieri potuit, repraesentatus, Lvgdvni, Sumptibus Claudij Landri, 1618.</i></p>	<p>"Bibliotheca" "ex Smo. D. Pe-de Por Ilo"</p>
	<p>Colegio de San Pedro y San Pablo</p>

<p><i>Volumen legum paruum, quod vocant: in quo haec insunt. tres posteriores libris codicis D. Iustiniani, authenticae, seu novellae constitutiones eiusdem principis, Lygdvni, Sumptibus Claudij Landri, 1618.</i></p>	<p>Colegio de San Pedro y San Pablo</p>
<p>Du Four de Saint-Jorry, Pierre, <i>Ad Tit. de diversis regulis Iuris antiqui, ex libro Pandectarum imperatoris Iustiniani quinquagesimo commentaris</i>, Coloniae Allobrogum, Apud Franciscum Fabrum et Samevem Crispinum, 1618.</p>	<p>Colegio de San Pedro y San Pablo  <i>“del Colegio de lacon-- de Mex.”</i>  <i>“ex Smo. D. Pe--de Por Ilo”</i>  <i>“Bibliotheca”</i></p>
<p>Gothofredi, Dionissi, <i>Codicis Iustiniani D.N. Sacratissimi Principis PP. AVG. Reperitae praelectionis Libri XII, s.l., s.e., 1615.</i></p>	<p><i>“Dono esta...a la Rey Pontificia Universidad para el General de...”</i></p>
<p>Rebuffi, Pierre, <i>In tit. dig[estorum] de verborum et rerum significatione commentaria amplissima</i>, Lygdvni, Apud Haeredes Gulielmi Rouillij, 1614.</p>	<p>Catedral Metropolitana  <i>Ex-Bibliotheca Turriana</i></p>
<p><i>Volumen legum paruum, quod vocant in quo haec insunt; tres posteriores libri Codicis D. Iustiniani, Lygdvni, Sumptibus Petri Landry, 1612.</i></p>	<p>Convento de Monte Carmelo</p>
<p><i>Institutionum sive primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quatuor, DN. Iustiniani, Lygdvni, Sumptibus Petri Landry, 1612.</i></p>	<p>Convento de Monte Carmelo</p>
<p>Cviacii, Iacobi, <i>Corpus iuris civilis Iustinianei: cum commentariis accvrsi, scholis Contii, et Dionysii Gothofredi, Lygdvni, Sumptibus Petri Landry, 1612.</i></p>	<p>Convento de Carmelitas del Desierto de los Leones  <i>“de este Santo Destierro del Monte Carmelo”</i></p>

Obra	Marca de fuego y Ex libris
Donelli, Hvgonis, <i>Commentariorvm ivris civilis libri viginti octo : in quibvs iuris civile vniuersvm singulari artificio atque doctrina explicatur</i> , Hanoviae, Typis Wechelians : apud haeredes Ioannis Aubri, 1612.	Catedral Metropolitana Real y Pontificia Universidad Oratorio de San Felipe Neri <i>Ex Bibliotheca Turriana</i>
<i>Infortiarvm, sev, Pandectarvm ivris civilis : ex pacdedctis Florentinis in lucem emissis, quo ad eius fieri potuit, repraesentatus / Commentariis accvrsii illvstratvs praeter scholia Contii, &amp; paratitla Cviacii: hinc accesserunt notae eiusdem, hactenus non editae, &amp; ad accvrsium Dionysii Gothofredi,</i> , Lygdvni: Sumptibus Petri Landry, 1612.	Convento de San Joaquin de Tacuba
Gregoire, Pierre, <i>Syntagma ivris vniuersi atque legvm pene omnivm gentivm et rervm pvblicarvm praecipvarvm: in tres partes digestvm</i> , Lygdvni, Svmpibus Ioannis Pillehotte, 1606.	Catedral Metropolitana "De D. ...Bernal"
Wesenbeck, Matthaueus, <i>In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii</i> , Basileae, Typis Conradi Waldkirch, 1606.	Real y Pontificia Universidad de México
<i>Codicis D. Iustiniani, facratissimi Principis ex repetita prelectione Librorum novem, cum suis glossematis Finis</i> , Venetiis: Apud Ivnetas, 1606.	"De la librería del colegio de la compañía de Jesús de México"
<i>Imp. Caes. Iustiniani institutionum libri IIII</i> , Lugduni: Apud haeredes Gulielmi Rouillii, 1606.	No identificada
Wesenbeck, Matthaueus, <i>In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii</i> , Lygdvni. Apvd Pavlvum Frelon, 1600.	Convento San Cosme
<i>Corpus iuris civilis Iustinianei</i> , Lygduni, Excudebat Ioannes Ausultus, 16-??	Convento de los Dieguinos de Tacubaya
Atre, Ioannis Crispini, <i>Libri qvatuor. Adnotationibus ac notis doctiss, scriptorium</i> , Venetiis: Apud Damianum Zennarium, 1588.	Oratorio de San Felipe Neri Colegio de San Pedro y San Pablo

<p>Gregoire, Pierre, <i>Syntagma iuris vniuersi, atque legum pene omnium genitum, et rerum pvblicarvm praecipvarvm : in tres partes digestvm</i>, Lygdvni, Apud Ioannem Pillehotte, 2 vols., 1587.</p>	<p>Colegio de San Pedro y San Pablo "Del Collegio de la Congr de... Mex... Ledesma"</p>
<p>Baldo degli Ubaldi, <i>Commentaria [in Corpus juris civilis] Summo studio &amp; labore collatis vetutissimis exemplaribus innumeris prope mendis purgata</i>, 10 vols., Lygdvni : Cvm privilegio regis, 1585.</p>	<p>Colegio de San Ildefonso</p>
<p>Rio, Martin Antoine del, <i>Repetitio [legis], transigere, C. de Transactionibus: accentunt summaria, numeri quaeestiones diversae</i>, Parisiis : Apud Michaellem Sonnivm, 1580.</p>	<p>Convento de Santo Domingo</p>
<p><i>Enchiridion titvlorum aliquot iuris. Videlicet, De verborum et rerum significatione, ex pandectis. De regulis iuris, tum ex pandectis, tum ex decr etalibus, et Sexto. De gradibus affinitatis, ex pandectis</i>, Lygdvni. Apud Gulielmum Rovillium, 1567.</p>	<p>Convento de Santo Domingo „De la liberia de San Diego de México”</p>
<p><i>Cornhuysius, Guilielmus, Digestorum, seu, Pandectarum ivris civilis, partitio et methodus</i>, Antuerpiae, Ex officina christophori Plantini, 1565.</p>	<p>Convento de Santo Domingo “Es de la liberia de San Diego Año 1636”</p>
<p><i>Infortiatvm, Pandectarum iuris civilis</i>, Lygdvni, Apud Hugonem a Porta, 1552.</p>	<p>“M. Antonio Munoz de ...”</p>
<p>Aytta, Wigle van, <i>Commentaria in decem titulos institutionum iuris civilis: quibus omnia pene testamentorum iura eleganter ac dilucide explicantur</i>, Lygdvni, Apvd Seb. Gryphivm, 1547.</p>	<p>Convento de San Diego “es de la liberia de san diego de México Año 1636”</p>
<p><i>Pandectarum seu Digesta iuris civilis Tomas pum, quod vulgo Digesta</i>, Parisiis, Apud Franciscum Regnault, 1539.</p>	<p>Convento de Santa Ana Coyoacán</p>
<p><i>Corpus iuris civilis et canonicis</i>, Parisiis, Ipenis vero Joannis Petit, 1528.</p>	<p>Convento de Santa Ana Coyoacán</p>
<p><i>Institutionvm s[el]y elementorvm D. Instintiani sacratissimi principis, S.L., S.N., 15??</i></p>	<p>Convento Grande de San Francisco</p>

Las marcas de propiedad expuestas en este cuadro permiten observar, con las limitaciones ya apuntadas, que las obras tuvieron una gran circulación entre las instituciones que conformaban el entramado educativo novohispa No. De entre todas ellas destaca el Colegio de San Pedro y San Pablo, con 8 volúmenes, un convento jesuita de la ciudad de México cuya biblioteca ha sido calculada en 13,320 obras en 19,705 volúmenes y que además fue “el mayor donador del acervo universitario novohispano”<sup>40</sup>. Sin embargo, debe precisarse que esta aseveración ha sido puesta en duda recientemente para debatir si esa marca de fuego perteneció al mencionado convento o a la Real y Pontificia Universidad de México, la cual aparece en el cuadro con sólo 2 volúmenes, un número muy bajo para su importancia académica<sup>41</sup>. Respecto a las demás marcas de propiedad le siguen en importancia la Catedral Metropolitana (5 volúmenes) y la Biblioteca Turriana (4 volúmenes). Finalmente, la mayoría de los colegios y conventos tienen presencia en el cuadro de manera uniforme.

También debe añadirse que la mayoría de estas instituciones pertenecían a la orden jesuita. El marcado interés de esta orden por la jurisprudencia tiene una explicación. Desde la Reforma, había devenido en la más beligerante de todas en combatir los dogmas luteranos. Contrario a los protestantes, quienes concluían que bastaba con el conocimiento y exégesis bíblicos para establecer un orden jurídico, los jesuitas creían firmemente en la existencia de otras fuentes del derecho y que éste debía ser estudiado por los teólogos, en la medida en que vinculaba a la conciencia para juzgar de mejor forma los variados casos del confesionario<sup>42</sup>.

Esta información permite afirmar que las instituciones religiosas participaban también en el resguardo del saber jurídico, pues constituían un importante dispositivo normativo de la Monarquía. Así, sus futuros clérigos coadyuvaban de forma directa (oficios públicos y docencia) e indirecta (sermones y evangelización) en la juridificación de las relaciones sociales, creando expectativas

<sup>40</sup> I. Osorio, Ignacio, *Historia*, op. cit. pp. 67-74; C. Manríque Figueroa, *La importancia de los países bajos en las bibliotecas novohispanas de la Compañía de Jesús*, “Progressus. Rivista di Storia Scrittura e Società” 2016, Vol. II, p. 36; y M. Suárez Rivera, *Origen y destino de tres bibliotecas jesuitas: Casa Profesa, Convento de Tepoztlán y Colegio Máximo de San Pedro y San Pablo*, “Progressus. Rivista di Storia Scrittura e Società” 2016, Vol. II, p. 8. Pedro José Rueda proporciona el ejemplo de la biblioteca del Colegio Máximo de los jesuitas de la ciudad de Quito que poseía 3,067 volúmenes, de los cuales un 45,4% eran obras jurídicas y patrísticas. P. J. Rueda Ramírez, *La circulación*, op. cit., p. 94.

<sup>41</sup> M. Suárez Rivera, *Disputa de fuego. La marca de propiedad de la Biblioteca de la Real Universidad de México*, “Estudios de Historia Novohispana” 2018, Vol. LIX, pp. 88-117.

<sup>42</sup> W. Decock, *Towards a Jesuit Science of Law*, [in:] *The Jesuits of the Low Countries: Identity and Impact (1540-1773). Proceedings of the International Congress at the Faculty of Theology and Religious Studies*, eds. R. Faesen, L. Kenis, Leuven 2012, pp. 17-42; Q. Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, Vol. II, México 1993, pp. 9-116.



de obediencia entre la feligresía y, por consiguiente, en el mantenimiento del orden<sup>43</sup>.

Por lo que respecta a las bibliotecas particulares, han sido estudiadas principalmente las de los funcionarios reales novohispanos. En ellas se encuentran casos como el del humanista Francisco Cervantes de Salazar, cuyo acervo de 500 volúmenes estaba compuesto en un 22% por libros jurídicos. Sorprende que no contara entre estas obras con el CIC, un detalle que se subsanaba con la presencia de autores tan insignes como Bártolo, Baldo de Ubaldi, Azo, Andrea Alciato y André Tiraqueau. Por su parte, la biblioteca de 700 volúmenes del criollo Hernando Ortiz de Hinojosa, doctor en leyes, se componía igualmente de un 24% de libros forenses con una notoria prevalencia de obras del *mos italicus* y de varios tratados prácticos<sup>44</sup>.

Hasta aquí han podido observarse las ciudades e impresores de los que procedían los libros resguardados en la BNM así como algunos de sus propietarios. Deseo hacer reparar al lector en un dato interesante: la ausencia de novohispanos. Esta situación debe ser contextualizada y entendida en un momento en que la sociedad novohispana iniciaba un proceso de consolidación de sus instituciones, por lo que era casi imposible competir con los grandes centros tipográficos europeos, los cuales poseían la infraestructura, los monopolios y la tradición académica para generar las obras jurídicas en grandes cantidades.

Si bien desde 1531 había sido establecida la primera imprenta del continente americano en este virreinato y desde 1555 se contaba con un gran número de libreros establecidos<sup>45</sup>. La finalidad de los impresores novohispanos, durante el primer siglo de dominación era diversa, pues la mayoría de sus libros procuraban aspectos devocionales y de catequesis tanto en castellano como en lenguas indígenas<sup>46</sup>.

## II. Las lecturas prohibidas

Regularmente, cuando se piensa en la censura de libros en la Monarquía Católica, la primera idea en venir a la mente es la de una literatura clandestina, en su mayor parte de autoría anónima, conformada por obras que atacaban

<sup>43</sup> A este fenómeno, en auge actualmente entre los historiadores del derecho, se le ha denominado “multinormatividad”, término que pretende explicar la convivencia de diversas formas jurídicas, no limitadas al estado, en un mismo espacio geográfico-temporal. T. Duve, *Was ist Multinormativität?*, “Legal History” 2017, Vol. XXV, pp. 88-101.

<sup>44</sup> E. González González, *Los catedráticos novohispanos y sus libros. Tres bibliotecas universitarias del siglo XVI*, [in:] *Dalla lectura all'e-learning*, ed. A. Romano, Bolonia 2015, pp. 93-96.

<sup>45</sup> I. García, *Atrás de la escena tipográfica: los impresores en la Nueva España*, “Investigación Bibliotecológica”, 2015, Vol. LXVI, pp. 105-137.

<sup>46</sup> N. Farris, *Tongues of Fire: Language and Evangelization in Colonial Mexico*, Oxford 2018.

desde la herejía a las dos grandes columnas del orden: el Rey y la Iglesia, una visión parcialmente cierta. En realidad, este fenómeno era mucho más complejo e incluía a una gran cantidad de libros, papeles y libelos de todas las temáticas, incluidos los jurídicos.

Los antecedentes de esta censura se ubican a finales del siglo XV respecto a libros que abordaban temas relativos a dogmas religiosos o que negaban la superioridad del poder temporal de la Iglesia. En España es posible rastrearlos incluso desde el siglo XIII, aunque no fue hasta el reinado de los Reyes Católicos cuando se afianzaron estas prohibiciones<sup>47</sup>. En la Nueva España, la censura libresca se inició desde fechas muy tempranas, habiéndole sido encomendada totalmente a la Inquisición hasta 1571<sup>48</sup>.

Desde la Reforma Protestante, gran parte de los libros jurídicos censurados provenían de sus autores, quienes habían ido conformando una escuela que negaba la existencia de un *ius divinum* y afirmaban la salvación del hombre sin la necesidad de cumplir alguna ley. Los juristas eran, bajo la mirada de Martín Lutero, una casta de la que se podía prescindir porque no eran buenos cristianos: “*Juristen, schlechte Christen*”<sup>49</sup>.

Debe acotarse que esta censura no debe ser percibida como un fenómeno exclusivo de la Monarquía Católica, pues en las regiones protestantes como Zurich y Estrasburgo estas mismas prácticas fueron realizadas para vigilar a sus propios seguidores radicales<sup>50</sup>. Más aún, la censura de libros es una actividad que puede ser hallada en diversas geografías y temporalidades sin importar el régimen político de la autoridad que lo impone<sup>51</sup>.

Así, eran varias las formas por las cuales era ejercido el mecanismo de la censura: “edictos especiales y la difusión de índices y catálogos; visitas a librerías y bibliotecas públicas y privadas; control en las fronteras, e inspecciones a los navíos que llegaban a los puertos; el otorgamiento de licencias para transportar libros y para leerlos, como otra fórmula de control; y, evidentemente, la responsabilidad de notificar la posesión ilegal de estas obras”<sup>52</sup>.

47 F. Reyes Gómez, *El libro en España y América. Legislación y censura*, Madrid 2000, pp. 78-105.

48 J. A. Ramos Soriano, *Los delincuentes de papel: inquisición y libros en la Nueva España (1571-1820)*, México 2011; P. M. Guibovich Pérez, *Censura, libros e inquisición en el Perú colonial, 1570-1754*, Sevilla 2003.

49 H. Berman, *Law and Revolution. The impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge 2003, pp. 31-99; A. Trerp, *Natural order and divine salvation: protestant conceptions in Early Modern Germany (1550-1750)* [in] *Natural Law and Law of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*, Cornwall 2008, pp. 123-142; M. J. Roca, *La influencia de la Reforma Protestante en el derecho*, “E-Legal History Review” 2012, Vol. XIV, pp. 1-35; y I. C. Maestro Cano, *La visión protestante del derecho*, “Revista Española de Derecho Constitucional” 2016, Vol. CVIII, pp. 157-179.

50 P. Burke, *A social*, op. cit., p. 142.

51 R. Darnton, *Censores trabajando. De cómo los estados dieron forma a la literatura*, México 2014.

52 M. Vas Mingo y M. Luque Talaván, *El comercio librario: mecanismos de distribución y control de la cultura escrita en Indias*, “Revista Complutense de Historia de América” 2006, Vol. XXXII, p. 132.

Incluso con esta aparente imagen de rigidez de la norma, fueron varias las obras que lograron escapar a este control. Regularmente se ha pretendido entender este hecho desde la lógica binaria de cumplimiento-incumplimiento de la normatividad; sin embargo, la mayor parte de estas investigaciones pasan por alto que este ordenamiento jurídico tenía como principales características su flexibilidad y casuismo<sup>53</sup>. Como bien afirma Laura Beck, en esa época no existía un concepto similar al “principio de legalidad” que exigiera a las autoridades y súbditos un cumplimiento irrestricto de la normatividad<sup>54</sup>, el cual estaba además condicionado por las distintas variables temporales y geográficas<sup>55</sup>, dificultades que en no pocas ocasiones fueron salvadas por el conocido aforismo medieval “se obedece pero no se cumple”<sup>56</sup>.

Por lo tanto, no se trataba, como se ha creído, de un acto de corrupción, de esquivar de la norma, o de simple arbitrariedad, sino que partía de la premisa de la ausencia de completitud en el sistema y, en consecuencia, éste se hallaba abierto a los nuevos y múltiples casos que le eran presentados para su resolución. De este modo, los aparentes momentos de tensión en la praxis forense eran conciliados por medio de la *disimulatio*, *aequitas* o conciliaciones. En síntesis, este ordenamiento permitía así que algunos libros de “contenido dudoso” pudieran ser leídos, bajo autorización, por clérigos y laicos, atendiendo siempre a ese carácter casuístico.

Un ejemplo de esta lógica normativa lo constituye la recepción en la Nueva España de la obra de Matthew Wesenbeck (1531–1586), un afamado jurista belga de la época, cuya obra debe enmarcarse, según Francisco Carpintero, como parte de una corriente ecléctica del *mos gallicus*, en la que se buscaba una labor sistematizadora de la jurisprudencia, pero al mismo tiempo se inclinaba por el simple estudio de las *Instituciones* como el medio más adecuado para su comprensión<sup>57</sup>.

Natural de Amberes, había estudiado en Bruselas, y desde muy joven ejerció el cargo de profesor de derecho civil en la Universidad de Wittenberg. Sin llegar

53 A. M. Hespanha, *Cultura jurídica*, op. cit., pp. 105-108; V. Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires 1992.

54 L. Beck Varela, *¿El censor ineficaz? Una lectura histórico-jurídica del índice de libros prohibidos*, “Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid” 2015, Vol. XXXI, pp. 71-89.

55 V. Mínguez, *Los reyes distantes: imágenes del poder en el México virreinal*, Castelló de la Plana 1995; y M. Gómez Gómez, *Escribir la norma: problemas de recepción, acatamiento y publicación de los documentos reales en las Indias durante el Antiguo Régimen*, “Les Cahiers de Framespa. Nouveaux champs de l’histoire sociale” 2019, Vol. XXX. Disponible en: <https://journals.openedition.org/framespa/5617>, (01.4.2019).

56 B. González Alonso, *La fórmula ‘obedézcase pero no se cumpla’ en el derecho castellano de la Baja Edad Media*, “Anuario de Historia del Derecho Español” 1980, Vol. L, pp. 469-487.

57 F. Carpintero, *Mos italicus*, op. cit., pp. 151-152; J. Barrientos Grandón, *Matthaeus Wesenbeck*, [in:] *Juristas universales*, ed. R. Domingo, Madrid 2004, pp. 246-248.

a ser un autor demasiado prolífico, sí publicó una colección de *Consilia y Paratitla*, en los que realizaba comentarios al CIC. A pesar de su filiación religiosa y política, su obra gozó de gran popularidad en tierras lusitanas e ibéricas, en donde era frecuente su presencia en las bibliotecas, lo cual tampoco fue una barrera para que la Inquisición procediera a su censura<sup>58</sup>.

Los ejemplares de Wesenbeck presentes en la BNM son dos y corresponden a sus *Paratitla*, los cuales contienen parágrafos expurgados por el Santo Oficio y que pertenecían a los títulos *De iure iurando*, *De ritu nuptiarum*, *De haereticis*, *De divortis et repudiis* y *De iustitia et iure*<sup>59</sup>. Las tachaduras con tinta negra impiden leer las aseveraciones del autor y al intentar verificarlas en una edición posterior se comprobó que esas partes habían sido ya anuladas del texto, pero la temática de los títulos suprimidos no deja lugar a interpretaciones<sup>60</sup>.

Pero Wesenbeck no era el único autor censurado, también lo fue el destacado francés Hugues Doneau (1527–1591), magnífico representante del humanismo jurídico. Desde joven, durante sus estudios en Toulouse con Jean Coras, había mostrado amplias capacidades como jurisconsulto, pero su pertenencia al calvinismo lo obligó a dejar Francia y continuar un largo recorrido académico por Heidelberg y Leiden, donde influiría en Hugo Grocio<sup>61</sup>.

Su obra ha sido destacada infinidad de veces por ser la primera en intentar ordenar al derecho privado en un sistema y para conseguirlo redactó en 1586 sus *Commentariourum Iuris Civilis*<sup>62</sup>, obra que encontramos censurada en algunas páginas. El contenido expurgado pertenece a los títulos *De iure divino*, *Manumissionum genera* y *Tum de patria potestate*. Aunque en estos casos la lectura de los párrafos suprimidos se torna imposible por las tachaduras de la censura, sí fue posible confrontar el texto expurgado con otra versión. Por ejemplo, en el título de *Manumissionum* indicaba “*Non est dissimulandum etsi maxime monachataus res fuisset accepta Deo, quod non ita est: constitutum tamen esse adversus*

<sup>58</sup> L. Beck Varela, *En el expurgatorio de España se determina lo que se debe tachar. Episodios portugueses de la censura de la literatura jurídica (siglos XVII y XVIII)*, “Revista de Historia del Derecho” 2018, Vol. LV, pp. 1-25.

<sup>59</sup> M. Wesenbeck, *In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii*, Basileae 1606. Clasificación: RFO 340.54 WES.p. 1606. *In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii*, Lygdvni 1600. Clasificación: RFO 340.54 WES.p.

<sup>60</sup> M. Wesenbeck, *In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii*, Coloniae Agrippina 1611.

<sup>61</sup> A. Mohino Manríque, *Donello Ugo (1527-1591)*, “Boletín de la Facultad de Derecho” 2002, Vol. XIX, pp. 401-407; J. M. Albuquerque, *Hugo Doneau*, [in:] *Juristas universales*, ed. R. Domingo, Madrid 2004, pp. 232-238; N. de Brujin, *Hugues Doneau’s Commentaries on Civil Law*, [in:] *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of the Printing*, ed. S. Dauchy, Suiza 2016, pp. 136-138.

<sup>62</sup> H. Donelli, *Commentariorum iuris civilis libri viginti octo: in quibus iuris civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur*, Hanoviae 1612. Clasificación: RFO 340.56 DON.c. 1612.

*manifestum verbum Dei (...)*”. Sin duda alguna, se trataba de una afirmación que debía ser censurada por contravenir el dogma católico<sup>63</sup>.

### III. Glosadores novohispanos

Finalmente, en el último punto del circuito de comunicación, con el que se han abordado los impresos legales, estaban los lectores. La lectura es un fenómeno concatenado intrínsecamente con el de la impresión y difusión del libro, de tal forma que es posible afirmar, la mayoría de las veces, que si hay libros entonces existen lectores.

La historia de la lectura comenzó desde hace varias décadas a abrirse paso entre los objetos de la nueva historia cultural, por lo que sus premisas teóricas no son nuevas, se encuentran consolidadas y con ánimos de autonomía, como lo demuestran los variados estudios de algunos autores ya citados aquí con anterioridad: Peter Burke, Roger Chartier y Robert Darnton<sup>64</sup>.

Sin embargo, este tema resulta muy controvertido, pues se ingresa a un mundo de introspección, cargado de subjetividades, en los que el lector debe descifrar un conjunto de signos y mensajes de los textos, un proceso en el que se vale de todo un bagaje cultural que condiciona su lectura. Así, cada lector termina por asignar a los libros, aun si se tratara de los mismos, un significado diferente. El constitucionalista alemán Rudolf Smend señalaba al respecto que cuando dos textos constitucionales establecen lo mismo, en realidad no dicen lo mismo. Con esta afirmación buscaba hacer notar que la lectura y el significado de un texto jurídico dependen de las coordenadas diacrónicas y sincrónicas en que se ubica el lector.

Sobre este tópico, que para Robert Darnton “permanece como una actividad misteriosa”<sup>65</sup>, señala Roger Chartier: “Reconstruir en sus dimensiones históricas ese proceso, exige, ante todo, tener en cuenta que sus respectivos significados dependen de las formas y las circunstancias a través de las cuales sus lectores (o sus oyentes) los reciben y se los apropian. Estos últimos no se enfrentan nunca a textos abstractos, ideales, desprovistos de toda materialidad: manejan objetos, escuchan palabras cuyas modalidades gobiernan la lectura (o la escuchan) y, al hacerlo, dan la clave de la posible comprensión del texto”<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> H. Donelli, *Opera omnia. Commentariorum de iure civil tomus primus*, Florentiae 1840, f. 270.

<sup>64</sup> R. Darnton, *Historia de la lectura*, [in:] *Formas de hacer historia*, ed. P. Burke, Madrid 1991, pp. 189-220.

<sup>65</sup> R. Darnton, *¿Qué es la historia del libro?*, “Prismas. Revista de Historia Intelectual” 2008, Vol. II, p. 151.

<sup>66</sup> R. Chartier, G. Cavallo, *Introducción*, [in:] *Historia de la lectura en el mundo occidental*, Madrid 2004, p. 16.

Los lectores del segmento del mundo jurídico aquí estudiado pertenecían, en teoría, a toda la variedad de operadores del ordenamiento jurídico indiano: religiosos y laicos. En múltiples ocasiones el lector novohispano no era pasivo, sino que entraba en un fértil diálogo con los autores de los libros<sup>67</sup>. Las diversas anotaciones, rayones, tachaduras o cualquier otro signo inequívoco en los libros permiten sostener esta afirmación, y dejan ver a los autores más citados en las glosas, en especial Luis de Molina (1535–1600), un jesuita cuyo *Iustitia et iure* recibió una amplia difusión entre teólogos y juristas<sup>68</sup>.

Otro autor bastante citado en las glosas era Antonio Gómez (1501–1572), un salmantino que destacó por sus comentarios a las leyes del reino de Castilla. Su obra *Ad Leges Tauri commentarium absolutissimum*, que recoge un conjunto de notas a las *Leyes de Toro* de 1505, también fue muy citada en los textos manejados para esta investigación<sup>69</sup>.

Sin embargo, las notas a estas obras no se limitaban a los autores jurídicos, sino que en innumerables ocasiones se recurría a autores de la tradición clásica. Así lo realizaba un lector anónimo, quien tras leer los comentarios del jurista francés Antoine Favre (1557–1624) al título sexto del *Código*, correspondiente a los armeros, remitía a la lectura del *De Clementia* de Séneca<sup>70</sup>.

Otros lectores enmendaban errores tipográficos, como sucedió en un texto del Digesto, en su título de *Ad legem Iuliam, de adulteris et stupro*, el cual contenía una errata: “et est enormius, et excellentius aliis criminibus: cum omne pactum est extra corpus (...)”. El glosador novohispano notó el yerro y se cuestionó si “pactum est hic peccatum?”<sup>71</sup>.

Había otros que se atrevían a incorporar pensamientos que quizás deseaban que fueran incluidos en el texto justinianeo. Por ejemplo, un lector de Antonio Pérez (1599-1649), al abordar la parte relativa al juramento de los testigos, agre-

<sup>67</sup> M. Suárez Rivera, *El templo letrado novohispano. Atisbos sobre las prácticas de lectura en la Real Universidad de México a través de su biblioteca*, [in:] *De eruditione americana. Prácticas de lectura y escritura en los ámbitos académicos novohispanos*, ed. M. Suárez Rivera, México 2019, pp. 107-126.

<sup>68</sup> D. Godefroy, *Volumen legum paruum, quod vocant in quo haec insunt : tres posteriores libri codicis D. Iustiniani sacratissimi principis, authenticae, sev novellae constitvtiones eiusdem principii*, Lvgdvni 1627, fs.18, 137, 201, 403. Clasificación: RFO 94-45547. *Digestum nouum, sev, Pandectarvm iuris civilis, ex Pandectis Florentinis, in lucem emissis, quo ad eius fieri potuit, repraesentatus*, Lvgdvni 1618, fs. 1710, 1714, 1721, 1734, 1743, 1948, 1971, 1858, 2012, 2023. Clasificación: RFO 94-44633. *Volumen legum paruum, quod vocant in quo haec insunt ; tres posteriores libri Codicis D. Iustiniani*, Lvgdvni 1612, f. 127. Clasificación: RFO 94-44365.

<sup>69</sup> D. Godefroy, *Volumen legum*, op. cit. fs. 135, 554, 566, 587, 638. Clasificación: RFO 94-45547; *Digestum nouum*, op. cit., 1618, fs 1872, 1974, 2015. Clasificación: RFO 94-44633.

<sup>70</sup> A. Favre, *Coniecturarvm iuris civilis libri viginti : in quibus difficiles plerique iuris iustinianei loci, nouis cum emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectaque iuris principia stabiliuntur*, Lvgdvni 1661, f. 805. Clasificación: RFO 349.2 FAV.c. 1661.

<sup>71</sup> S. Brant, *Titulorum omnium iuris tam civilis, quam canonici expositiones his accessit modus studendi in utroque iure*, Lvgdvni 1567, f. 194. Clasificación: RFO.262.9 BRA.t. 1560.

gaba una glosa muy llamativa: “*hinc aqud hispanos por vida del rey*”, es decir, señalaba la ausencia de la mención al rey hispano en los juramentos. La anotación no resulta marginal, pues muestra la importancia de la figura regia en esa cultura jurisdiccional<sup>72</sup>.

## Conclusiones

Dentro de la variada literatura legal del Antiguo Régimen, el derecho romano representó el culmen de la ciencia jurídica y fue el que se estudió con mayor fervor en las diversas instituciones educativas de la América hispana, de ahí la necesidad de analizar las diversas ediciones estudiadas en la Nueva España. Esta investigación permitió concluir que las obras de derecho romano circulaban con similar intensidad en la universidad y los colegios religiosos, jesuitas en su mayoría. Si bien esta afirmación debe matizarse, debido a la dispersión y desaparición de las fuentes, sí permite observar un flujo constante del material jurídico no sólo en la universidad sino también en la iglesia.

De igual forma, el análisis de estos textos dejó ver la flexibilidad de la censura novohispana, especialmente en el caso de algunos libros que provenían de tierras protestantes. Por lo que respecta a los lectores pudo comprobarse que no funcionaban de manera pasiva en la recepción del conocimiento, sino que en variadas ocasiones glosaban, confirmaban o disentían con las ideas que leían.

Sin embargo, en el siglo XVIII, con una Monarquía Católica cada vez más centralizada, la presencia de un derecho romano milenario dejó de ser decisivo y comenzó a ceder el paso a un ordenamiento nacional y legalista. En las universidades, las obras y cátedras romanistas perderían fuerza a finales de esta centuria.

En estos mismos años, el ilustrado hispano León de Arroyal indicaba en plena etapa reformista: “Yo comparo nuestra Monarquía al presente a una casa vieja, sostenida a fuerza de remiendos, que los mismos materiales con los que se pretende componer un lado, derriban el otro, y sólo se puede enmendar echándolos a tierra y reedificándolos de nuevo”<sup>73</sup>. Fue así como la “casa vieja” de la romanística fue derruida para ceder el paso a nuevos vientos que traían la semilla del cambio.

<sup>72</sup> A. Perez, *Praelectiones in dodecim libros codicis Justiniani imp : quibus leges omnes et authenticae perpetua serie explicantur mores hodierni inseruntur et quid sit iuris antiqui novi et novissienodatur ac breviter exponitur*, Amstelodami 1671, f. 215. Clasificación: RFO 93-22999.

<sup>73</sup> Citado por F. Fernández Segado, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz. El largo y dificultoso camino previo a su legalización*, Madrid 2014, p. 262.



## Bibliography

- Albuquerque J. M., *Hugo Doneau*, [in:] *Juristas universales*, ed. R. Domingo, Madrid 2004.
- Alonso Romero M. P., *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid 2012.
- Ávila Martel A., *La impresión y circulación de libros en el Derecho Indiano*, “Revista Chilena de Historia del Derecho” 1985, Vol. XI.
- Barrientos Grandón J., *La cultura jurídica en la Nueva España. (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México 1993.
- Barrientos Grandón J., *Matthaeus Wesenbeck* [in] *Juristas universales*, ed. R. Domingo, Madrid 2004.
- Beck Varela L., *¿El censor ineficaz? Una lectura histórico-jurídica del índice de libros prohibidos*, “Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid” 2015, Vol. XXXI.
- Beck Varela L., *En el expurgatorio de España se determina lo que se debe tachar. Episodios portugueses de la censura de la literatura jurídica (siglos XVII y XVIII)*, “Revista de Historia del Derecho” 2018, Vol. LV.
- Berman H., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México 1996.
- Berman H., *Law and Revolution. The impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge 2003.
- Brant S., *Titulorum omnium iuris tam civilis, quam canonici expositiones his accessit modus studendi in utroque iure*, Lvgdvni 1567.
- Brissaud Y. B., *Pistes pour une histoire de l'édition juridique française sous l'Ancien Régime*, “Histoire et civilisation du livre: Revue internationale” 2005, Vol. I.
- Brujin N., *Hugues Doneau's Commentaries on Civil Law*, [in:] *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of the Printing*, ed. S. Dauchy, Suiza 2016.
- Burke P., *A social history of knowledge: from Gutenberg to Diderot*, Londres 2000.
- Carpintero F., *Mos italicus, mos gallicus y el Humanismo Racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, “Ius Commune” 1977, Vol. VI.
- Cassi A., *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquistista (1492-1680)*, Milán 2004.
- Castán Vázquez J. M., *La difusión del derecho romano en Iberoamérica a través de los libros españoles*, “Anuario Jurídico” 1984, Vol. XI.
- Chartier R., *Materialidad del texto, textualidad del libro*, “Orbis Tertius” 2006, Vol. XII.
- Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de México*, México 1775.
- Conte E., *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, Madrid 2016.
- Darnton R., *What is the History of Books?*, “Daedalus” 1982, Vol. CXI-III, pp. 65-83.
- Darnton R., *Historia de la lectura*, [in:] *Formas de hacer historia*, ed. P. Burke, Madrid 1991.

- Darnton R., *El coloquio de los lectores. Ensayos sobre autores, manuscritos, editores y lectores*, México 2003.
- Darnton R., *Censores trabajando. De cómo los estados dieron forma a la literatura*, México 2014.
- Dauchy S., *Ouverture: histoire des cultures juridiques. Circulations, conexions et espaces transnationaux du droit*, “Clio-Themis” 2009, Vol. II, Disponible en: <http://www.cliothemis.com/Cultures-juridiques-Ouverture-par> (12.1.2019).
- Decock W., *Towards a Jesuit Science of Law*, [in:] *The Jesuits of the Low Countries: Identity and Impact (1540-1773). Proceedings of the International Congress at the Faculty of Theology and Religious Studies*, eds. R. Faesen, L. Kenis, Leuven 2012.
- Digestum nouum, seu, Pandectarvm iuris civilis, ex Pandectis Florentinis, in lucem emissis, quo ad eius fieri potuit, repraesentatus*, Lvgdvni 1618.
- Donelli H., *Commentariorvm iuris civilis libri vigintiocto: in quibvs iuris civile vniversvm singulari artificio atque doctrina explicatur*, Hanoviae 1612.
- Donelli H., *Opera omnia. Commentariorum de iure civil tomus primus*, Florentiae 1840.
- Duve T., *Was ist Multinormativität?*, “Legal History” 2017, Vol. XXV.
- Farris N., *Tongues of Fire: Language and Evangelization in Colonial Mexico*, Oxford 2018.
- Favre A., *Coniectvrvrvm iuris civilis libri viginti : in quibus difficiles pleriqve iuris iustinianei loci, nouis cum emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectaque iuris principia stabiliuntur*, Lvgdvni 1661.
- Febvre L. y Martin H., *La aparición del libro*, México 2004.
- Fernández Segado F., *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz. El largo y dificultoso camino previo a su legalización*, Madrid 2014.
- García Aguilar I., *Suma de bibliotecas novohispanas: hacia un estado de la cuestión*, [in:] *Leer en tiempos de la Colonia*, México 2010.
- García Aguilar I., *Atrás de la escena tipográfica: los impresores en la Nueva España*, “Investigación Bibliotecológica” 2015, Vol. LXVI.
- Godefroy D., *Volumen legum paruvm, quod vocant in quo haec insvnt : tres posteriores libri codicis D. Iustiniani sacratissimi principis, avthenticae, seu novellae constitutiones eiusdem principis*, Lvgdvni 1627.
- Gómez Gómez M., *Escribir la norma: problemas de recepción, acatamiento y publicación de los documentos reales en las Indias durante el Antiguo Régimen*, “Les Cahiers de Framespa. Nouveaux champs de l’histoire sociale” 2019, Vol. No. 30. Disponible en: <https://journals.openedition.org/framespa/5617> (access: 01.04.2019).
- González Alonso B., *La fórmula ‘obedézcase pero no se cumpla’ en el derecho castellano de la Baja Edad Media*, “Anuario de Historia del Derecho Español” 1980, Vol. L.
- González Gallardo M. F., *Las tesis de licenciados y doctores en leyes de la Real y Pontificia Universidad de México en el siglo XVII*, México 2017.
- González González E., *Los catedráticos novohispanos y sus libros. Tres bibliotecas universitarias del siglo XVI*, [in:] *Dalla lectura allè-learning*, ed. A. Romano, Bolonia 2015.

- Grossi P., *El orden jurídico medieval*, Madrid 1996.
- Guibovich Pérez P. M., *Censura, libros e inquisición en el Perú colonial, 1570-1754*, Sevilla 2003.
- Hespanha A. M., *Economía de la gracia*, Madrid 1993.
- Hespanha A. M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid 2002.
- Luque Talaván M., *Un universo de opiniones: la literatura jurídica indiana*, Madrid 2003.
- Maestro Cano I. C., *La visión protestante del derecho*, "Revista Española de Derecho Constitucional" 2016, Vol. CVIII.
- Maillard Álvarez N., *Aproximación a la creación de las redes de distribución de libros en América a través de las fuentes españolas (segunda mitad del siglo XVI)*, "Anuario de Estudios Americanos" 2014, Vol. LXXI.
- Malagón Barceló J., *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México 1959.
- Manrique Figueroa C., *Bibliotecas de funcionarios reales novohispanos en la primera mitad del siglo XVII*, "Boletín del Instituto de Investigaciones Bibliográficas" 2014, Vol. XIX.
- Margadant G. F., *La segunda vida del derecho romano*, México 1986.
- Martínez Martínez F., *Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de Indias. Notas sobre las opiniones de los juristas indianos*, "Anuario de Historia del Derecho Mexicano" 2003, Vol. XV.
- Mínguez V., *Los reyes distantes: imágenes del poder en el México virreinal*, Castelló de la Plana 1995.
- Mohino Manrique A., *Donello Ugo (1527-1591)*, "Boletín de la Facultad de Derecho" 2002, Vol. XIX.
- Osorio I., *Historia de las bibliotecas novohispanas*, México 1986.
- Padoa-Schioppa A., *A History of Law in Europe. From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge 2017.
- Perez A., *Praelectiones in dodecim libros codicis Justiniani imp : quibus leges omnes et authenticae perpetua serie explicantur mores hodierni inseruntur et quid sit iuris antiqui novi et novissienodatur ac breviter exponitur*, Amstelodami 1671.
- Pérez Martín F. A., *Fuentes romanas en las Partidas*, "Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo" 1992, Vol. IV.
- Petit C., *El caso del derecho indiano*, "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno" 1993, Vol. XXII.
- Pennington K., *The 'Big-Bang': Roman Law in the Early Twelfth-Century*, "Rivista Internazionale di Diritto Commune" 2007, Vol. XVIII.
- Prado Rodríguez J. C., *Sobre la circulación de las primeras ediciones impresas del Digesto en el contexto histórico-jurídico de las Reales Audiencias de Santa Fe de Bogotá y de San Francisco de Quito (siglos XVI-XVIII)*, "Cuadernos de Historia del Derecho" 2011, Vol. XVIII.
- Radding Ch., Ciaralli, A., *The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages. Manuscripts and transmission from the sixth century to the juristic revival*, Leiden 2007.

- Ramos Soriano J. A., *Los delincuentes de papel: inquisición y libros en la Nueva España (1571–1820)*, México 2011.
- Reyes Gómez F., *El libro en España y América. Legislación y censura*, Madrid 2000.
- Roca M. J., *La influencia de la Reforma Protestante en el derecho*, “E-Legal History Review” 2012, Vol. XIV.
- Rossi G., *Lecture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo. Da Valla a Poliziano*, [in:] *Interpretare il Digesto: storia e metodi*, eds. D. Mantovani, A. Padoa Schioppa, Pavia 2014.
- Rossi G., *François Hotman vs Triboniano: una critica radicale al diritto romano nella Francia del XVI secolo*, “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno” 2015, Vol. XLIV.
- Rueda Ramírez P. J., *La circulación de libros entre el viejo y el nuevo mundo en la Sevilla de finales del siglo XVI y comienzos del siglo XVII*, “Cuadernos de Historia Moderna” 1999, Vol. XXII.
- Savelli R., *Giuristi francesi, biblioteche italiane. Prime note sul problema della circolazione della letteratura giuridica in età moderna*, [in:] *Manoscritti, editoria e biblioteche dal Medio Evo all’Età contemporanea*, Roma 2006.
- Skinner Q., *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, México 1993.
- Stein P., *Roman Law in European History*, Cambridge 1999.
- Suárez Rivera M., *Origen y destino de tres bibliotecas jesuitas: Casa Profesa, Convento de Tepoztlán y Colegio Máximo de San Pedro y San Pablo*, “Progressus. Rivista di Storia Scrittura e Società” 2016, Vol. II.
- Suárez Rivera M., *Disputa de fuego. La marca de propiedad de la Biblioteca de la Real Universidad de México*, “Estudios de Historia Novohispana” 2018, Vol. LIX.
- Suárez Rivera M., *El templo letrado novohispano. Atisbos sobre las prácticas de lectura en la Real Universidad de México a través de su biblioteca*, [in:] *De eruditione americana. Prácticas de lectura y escritura en los ámbitos académicos novohispanos*, ed. M. Suárez Rivera, México 2019.
- Tau Anzoátegui V., *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires 1992.
- Traslosheros Hernández J., *Historia judicial eclesiástica de la Nueva España*, México 2014.
- Trepp A., *Natural order and divine salvation: protestant conceptions in Early Modern Germany (1550-1750)*, [in:] *Natural Law and Law of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy*, Cornwall 2008.
- Troje H. E., *Sobre la crítica y algunas ediciones de textos en la jurisprudencia humanística*, “Revista de Estudios Histórico-Jurídicos” 2009, Vol. XXXI.
- Vargas Valencia A., *Las Instituciones de Justiniano en la Nueva España*, México 2001.
- Vargas Valencia A., *Las cátedras de la Facultad de Leyes en la Real y Pontificia Universidad de México*, [in:] *La universidad novohispana. Voces y enseñanzas clásicas*, ed. M. P. Irigoyen Troconis, México 2003.
- Vinogradoff P., *Roman Law in Medieval Europe*, Londres 1907.

*Volumen legum paruum, quod vocant in quo haec insvnt ; tres posteriores libri Codicis D. Iustiniani*, Lvgdvni 1612.

Wesenbeck M., *In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii*, Lvgdvni 1600.

Wesenbeck M., *In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii*, Basiliae 1606.

Wesenbeck M., *In pandectas iuris civilis et codicis Iustiniani libros XII commentarii*, Coloniae Agrippina 1611.

## SUMMARY

### **Between comments and censorships. The reception and circulation of the *Corpus Iuris Civilis* in the New Spain (XVI and XVII centuries)**

The purpose of this article is to show the circulation of the *Corpus Iuris Civilis* and its commentators in the New Spain (Mexico) during the XVI and XVII centuries. It analyzes the readings, comments and censorships of the different editions. Since the first decades of the American conquest, Canon and Roman law books crossed the Atlantic Ocean in order to be studied and analyzed by the lawyers in the universities and tribunals of the American Spanish colonies, in a phenomenon named by the legal historians as “legal reception”. The massive consumption of European legal books in these institutions reveals an asymmetric dependence between the center (Europe) and the periphery (Mexico). However, in spite of this dependency, the Mexican lawyers and priest studied in universities and seminars the *Corpus Iuris Civilis*, because it was the basis of the legal system in America (*derecho indiano*), specially the French and Italian editions. In this process some Protestant authors, as Hugues Doneau and Matthew Wesenbeck, were censored in the catalogues of forbidden books. Nevertheless, these restrictions, the flexibility and casuistry of the legal system offered the possibility to study the forbidden readings. Finally, it analyses the practice of note-taking in the texts. The notes allow knowing the mention to another authors and titles of the *ius commune*. Therefore, these material traces give the possibility to understand the readings and the links between the legal culture in America and Europe.

**Leah Bornstein-Makovetsky**

Ariel University, Israel  
e-mail: leama@ariel.ac.il

ORCID: 0000-0002-6722-1401

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.18

## **Sentencing Jews to work on Ottoman Naval Ships and in Forced Labor at the Imperial Arsenal from the Early 16th Century to 1839**

### **ABSTRACT**

The purpose of the article is to discuss punishments of *kürek*, i.e., penal servitude on the galleys, and forced labor at the Imperial Arsenal (*Tersâne-i Amire*), imposed on Jewish men by *kadis* and Ottoman governors during the 16<sup>th</sup> – 19<sup>th</sup> centuries in the Ottoman Empire. The *kürek* (lit. “oar”) punishment was inflicted for serious crimes, e.g., adultery, heresy, prostitution, and coin-clipping, as well as other grave offenses for which the *Shari’ah/Kanon* prescribed the death penalty. At times it was also administered for lesser crimes. We learn that this punishment was administered particularly when the Ottoman navy needed more working hands, mainly after the Battle of Lepanto in October 1571 and during the campaign for the conquest of Crete in the 1660s. This punishment was meted out mainly to Jewish offenders from Istanbul and Izmir. The article discusses the execution of these punishments in light of many sources and draws conclusions in the light of extensive research literature. It devotes extensive discussion to the attitude of Jewish leaders, Jewish courts of law and individual Jews to these penalties both in theory and in practice.

**Key words:** Ottoman Empire, Jews, arsenal, forced labour, *kürek*, *Tersâne-i Amire*, the galleas, *Kapudan Paşa*, oarsmen, firman, Jewish leaders, Jewish court of law

## Introduction

The Responsa literature produced in the Ottoman Empire as well as other Jewish sources, along with Ottoman archival documents and others from the British Foreign Office archives and travelogues from the 16<sup>th</sup> – 19<sup>th</sup> centuries, discuss the penalties imposed on Jews in the Ottoman Empire by Muslim courts and Ottoman governors.<sup>1</sup> One of the punishments was the *kürek*, i.e., penal servitude on the galleys. The convicts were sent to work as rowers (*kürekçiye*) in the Ottoman naval galleys. This punishment is mainly found in Ottoman sources and was also mentioned in Jewish documents, who use the term “sending to the galleys” as well as the term “casting to the galleys”. Both *kadis* and Ottoman governors sentenced convicts to receive this punishment.<sup>2</sup> Notably, in Jewish sources the reference to punishing Muslims or Christians for serving on Ottoman naval ships is rare. We learn from one responsa that a Jewish resident of Lepanto, David Doigolo, was murdered in the vineyards outside the town in October 1610. The killer – a Greek boy – was not executed, but rather arrested by the *Sancakbegi* and sent to the galleys.<sup>3</sup> In addition, Suraiya Faroqhi learned from Ottoman documents from the years 1750–1849 that the supervisors exhorted bakers in Istanbul who produced poor standard bread. Offenders were threatened with one year of hard labor in the Naval Arsenal. Faroqhi notes that until 1750 Muslims accused of this offense were imprisoned in fortresses, while non-Muslims were sent to the galleys.<sup>4</sup> Care was to be taken that those sent to the galleys were not old men or invalids but strong and fit. Apparently, this punishment was administered particularly when the Ottoman navy needed more working hands, mainly after the Battle of Lepanto in October

<sup>1</sup> Uriel Heyd established his research about the *kürek* on official registers preserved in the Basbakanlik Arsivi at Istanbul. The three oldest registers are from the years 1559–1561; 1561–1566 and 1564–1567. The fourth register was compiled in 1707, and the fifth register records criminals sent to the galleys in the years 1719–1728. U. Heyd, *Studies in Old Criminal Law*, pp. 305–307. For example, on December 30, 1575, a firman was sent to Istanbul’s Kadi to order the slave traders guild’s members not to sell slaves to Jews and Christians. Any of them who pass the order will be sent to be an oarsman. A. Refik, *Onuncu asr-i hicride Istanbul hayati*, vol 1, p. 50.

<sup>2</sup> On the involvement of the *kadis* in criminal procedures during the 16th and 17<sup>th</sup> centuries, and the division of labor between the *kadi* and the other authorities, the *ehl-i-örf* (executive officials), in dealing with crime, see R. Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law*, pp. 75–84. On trial and sentencing see: *Ibidem*, pp. 84–92.

<sup>3</sup> M.R. Melamed, *Mishpat tzedek*, vol 2, No. 63.

<sup>4</sup> S. Faroqhi, *The Millers and Bakers of Istanbul*, pp. 179–180. There is a great deal of information about subjects of the empire, who were forcibly taken as rowers, as well as about the recruitment of slaves and captives for this position. In the 1660s over ninety percent of the Ottoman navy consisted of freemen. See M. Shefer Mossensohn, *Medical Treatment in the Ottoman Navy*, pp. 553–561.



1571 and during the campaign for the conquest of Crete in the 1660s. We will discuss below that this punishment was meted out mainly to Jewish offenders from Istanbul, but it is evident from several Jewish sources that in the 1660s Jews from Izmir were also sent to the galleys or threatened with this punishment.

Almost all discussion of this punishment in Jewish sources deals with the punishing of Jews. In other cases, the punishment was hard labor in the Imperial Arsenal (*Tersâne-i Amire*) in Istanbul, which was the main base and naval shipyard of the Ottoman Empire from the 16th century until the dissolution of the empire. During the late 17th century and in the 18th and 19th centuries it was located in the Galata quarter (later called Kasım Paşa), in the Golden Horn shipyard. The Imperial Arsenal was under the direct supervision of the *Kapudan Paşa*, who as chief admiral of the Ottoman navy had the authority to try criminal cases.<sup>5</sup> Slaves and convicts, as well as prisoners of war, worked in the shipyard.

This article deals with two topics:

- a. Recording information from the 16<sup>th</sup> – 19<sup>th</sup> centuries on punishing Jews using the *kürek* penalty and on punishing Jews with hard labor at the arsenal.
- b. Discussing the attitude of Jewish leaders to these penalties and whether community leaders or individual Jews delivered Jewish criminals or community members on whom they wished to take revenge for some reason to Muslim courts or to the governors, to receive the *kürek* penalty. The small number of sources within the Responsa literature on this type of punishment indicates that relatively few Jewish criminals were sent to row the galleys, while most were punished by lashes and imprisonment.

## **Sending Jews to the galleys of Rhodes and of other cities**

Rhodes was occupied by the Ottomans on December 25, 1522, and from then on it became an Ottoman naval base. We learn that ordinary defendants, including Jews, were sometimes sent to Rhodes to work as oarsmen in the navy. André Thevet, a geographer and author who visited the Levant in 1544–1549, notes the help of Rhodes Jews in ransoming their brethren who were captives on the galleys. They collected a special internal tax for this purpose.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> M. Shefer Mossensohn, “Medical Treatment in the Ottoman Navy”, pp. 553-554. See the information about this officer below in various sections of the article.

<sup>6</sup> P. Grunbaum, *Les Juifs d'Orient*, pp. 135. About the Jewish community in Rhodes during the 16<sup>th</sup> century see: I. Goldmann, *The Life and Times of Rabbi David ibn Abi Zimra*, pp. 170-182; M. Benayahu, *Igeret hasofer rabbi Abraham Hassan*, pp. 187-239; About the community throughout the Ottoman period see: A. Galanté, *Histoire des Juifs de Turquie*, pp. 163-203; B. Rivlin, “Rhodes”, pp. 392-399.

These were probably mainly Jewish prisoners sold into captivity and employed as oarsmen on ships belonging to European countries, particularly Venice. They may have occasionally also managed to free Ottoman Jews who served as oarsmen on ships belonging to the Ottoman fleet while these anchored in the Rhodes port. We have no information about this. Notably, Christian tourists and pilgrims who visited the Ottoman Empire in the 16<sup>th</sup>–18<sup>th</sup> centuries mentioned that Jews from different communities would redeem Jewish prisoners captured at sea or on land in times of war and peace. They also said that there are almost no Jews on Maltese galleys and Muslim ships.<sup>7</sup>

Heyd published a firman sent by Sultan Murad III on February 26, 1592 to Bursa's Paşa concerning a letter he received from Bursa regarding a local blood libel in which eight Jews were accused. They were caught and imprisoned by the Sultan's Çavuş guard that arrived at Rhodes. The Sultan ordered that the Jews be sent by ship to Rhodes along with the firman.<sup>8</sup>

Ottoman sources show that some offenders were also sent as oarsmen to Lepanto, Nauplio (Neapolis), Kavala, and other cities in Greece. Jewish sources have no similar evidence of Jews sent to serve in the naval galleys in these cities.<sup>9</sup>

## The Ottoman fleet in the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries

The 16<sup>th</sup> century was a period of intense struggle for naval supremacy in the Mediterranean Sea between the Ottoman, Habsburg, and Venetian fleets. Sixteenth century ships were oared vessels. They relied upon manpower for speed and had limited maneuverability. These narrow vessels had twenty-four to twenty-six banks of oars on either side, normally with three oarsmen to each bank. We learn that since the year 1500 and maybe even earlier, the Ottoman government regularly levied oarsmen from within the Empire, both Muslims and non-Muslims. Which provinces and how many households were required to send oarsmen for campaigns varied by period. After the Battle of Lepanto in October 1571, the Ottomans began to build larger ships, the *galleass*, in which 150-200 oarsmen propelled the galley in addition to a crew of 25-30 sailors. In 1660, the Ottomans had only 56 galleys available for service at sea. For several good reasons, the Ottomans preferred freemen to foreign slaves for propelling their galleys. Most of the oarsmen were Christian and Muslim volunteers who were recruited for service for a limited time and received a set salary; the rest were

<sup>7</sup> See: E. Bashan, *Sheviya u-pedut*, pp. 91-213; M. Rozen, *The Mediterranean in the Seventeenth Century*.

<sup>8</sup> U. Heyd, *Alilot dam beturkiya*, pp. 139.

<sup>9</sup> U. Heyd, *Studies*, pp. 306.

convicts and foreign slaves. A total of 12,391 oarsmen, or an average of 221 oarsmen per galley, were assembled for the 1660 naval campaign. Of these, only 835 (6.73%) were convicts, while 93.27% were freemen. Of all oarsmen utilized in 1660, 35.8% (441) were volunteers, mainly Greek Christians from the empire. Over the years both criminals and slaves were drafted for service in the galleys. In the province of Egypt, as well, a similar process of recruiting rowers for Ottoman galleys was employed. The Ottoman authorities recruited free Muslim men who came from all regions of Egypt and abroad, rather than slaves, employed them only for seasonal campaigns, and paid them a standard wage.<sup>10</sup>

### **Obliging Jews to provide oarsmen for the Ottoman fleet and requiring them to pay taxes to maintain the fleet**

In the late 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> centuries the Jews of Istanbul evidently also paid the Ottoman authorities the *mali-i kürekciye* tax to maintain the fleet.<sup>11</sup> We also learn that in the 17<sup>th</sup> century, when the time came for the Ottoman fleet to set sail from the port every year, the guild of porters (*Hamalan taifesi*), as well as the Jews, Greeks, and Armenians in Istanbul, were required to supply the fleet with a certain number of oarsmen, but in practice they paid a set ransom (*bedel*) for each oarsman. We learn that for the campaign of 1660, the Jews of Istanbul were charged a certain amount to support 150 oarsmen. The Greeks were assessed for 125 oarsmen, and the Armenians for 100 oarsmen; the guilds of Istanbul had to pay for the support of 869 oarsmen. Altogether, Istanbul supported 1,244 oarsmen, or 10% of the total number for this campaign. In the 1690s, the Jews of Istanbul were ordered to supply 150 oarsmen, the Armenian and the Greeks 100 each, and the guild of porters only 40. The *bedel* for each man was set at fifty good grush (*kuruş*).<sup>12</sup> We also learn from one responsa about a Jewish resident of Istanbul who was married with children who went to the city of Vidin with the army who went to fight against Austria. He became ill and died in Vidin in 1739.<sup>13</sup>

The tax intended for maintaining the Ottoman fleet, imposed on the Jews of Rhodes, was called the “capitalnik tax”, and in Izmir it was called “*istira*”. This was an annual tax collected by the Paşa in Rhodes and the Paşa in Izmir, intended as

<sup>10</sup> D. Crecelius, *Recruiting Egyptian Oarsmen for Ottoman Ships*, pp. 249-267; C. Imber, *The Navy of Suleyman the Magnificent*, pp. 221-282; Idem, *Studies in Ottoman History and Law*, pp. 85-102; Idem, *The Ottoman Empire, 1300-1650*, pp. 287-315; D. Panzac, *La Marine ottomane*; Idem, *The Manning of the Ottoman Navy in the Heyday of Sail (1660-1850)*; M. Shefer Mossensohn, *Medical Treatment in the Ottoman Navy*.

<sup>11</sup> R.S. De Medina, *Rashdam Responsa*, “Hoshen Mishpat”, No. 364. See also: B. Lewis, *The Privilege Granted by Mehmed II to His Physician*, pp. 550-563.

<sup>12</sup> Y. Ben-Na'eh, *Jews in the Realm of the Sultans*, p. 154.

<sup>13</sup> R. Isaac b. David, *Diveret emet*, No. 10.

a fee for the Sultan's envoys to the Paşa and to cover the expenses of the soldiers setting out for war. The tax was imposed only on Jews and Christians.<sup>14</sup>

### The living conditions of the oarsmen and the duration of their punishment

The slaves and prisoners who worked as rowers in the Ottoman galleys lived in terrible conditions. We learn that 12,000 Christian galley slaves were freed from the Ottoman galleys after the Lepanto battle in October 1571.<sup>15</sup> Additionally, nobody ensured that prisoners were indeed freed from the galley after completing their sentences. As a result, a ten years sentence could in fact mean life imprisonment, because nobody except the prisoner would either notice or care.<sup>16</sup>

Nevertheless, the duration of the punishment imposed was not stated in the documents. In Jewish society this punishment was perceived as grave, with a very low chance of returning alive from the galleys. As early as the first half of the 16<sup>th</sup> century three notable rabbis in Safed and Egypt ruled in the matter of a Jewish woman who was considered an *agunah* (a woman bound in marriage by a husband who is missing and not proven dead) as her husband had been an oarsman on a ship that had drowned. They ruled that he was dead because he had been shackled to the ship with iron chains. Those sentenced to row the galleys were shackled with iron chains and their living conditions were inhumane. Therefore, the *kürek* penalty was considered a death penalty. Rabbi Moses Benveniste of Istanbul wrote in 1661: "And some of them who are sentenced to the *dugiot* (galleys) this is equivalent to the death penalty and a penalty of bodily torment, as all those thrown to the *dugiot* (galleys) are truly prisoners so long as they are in the *dugia*" (a galley).<sup>17</sup> Such was also the fate of Jewish prisoners taken captive by European armies in the 16th and 17th centuries and employed as rowers with their legs tied.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> There are Jewish sources about this tax in Rhodes in the first half of the 19<sup>th</sup> century Rhodes. See: S. Marcus, *Misei haqehila u-pinkas ha-aricha be-rodos*, pp. 286-294. In Izmir, the tax was not paid for money, but by supplying bread and food "to the war people". N. Grunhaus, *Ha-misuy ba-qheilah ha-yeudit be-Izmir*, pp. 61, 98.

<sup>15</sup> See about the battle of Lepanto: O. Yildirim, *The Battle of Lepanto*, pp. 533-556.

<sup>16</sup> About the medical treatment offered to the oarsmen who manned the galleys, see: M. Shefer Mossensohn, *Medical Treatment in the Ottoman Navy*, pp. 542-568. About the terrible living conditions of the rowers on the knights' galleys in Malta see: E. Bashan, *Sheviya u-pedut* (supra, note 7).

<sup>17</sup> Benveniste, *Penei moshe*, Vol. 3, No. 2.

<sup>18</sup> See R.M. Benayahu, *Hayachasim bein yehudei Yavan ve-Italia*, pp. 37, 46; M. Shefer Mossensohn, *Medical Treatment in the Ottoman Navy*, pp. 556-558.

## Offenses for which the *kürek* was imposed

The *kürek* punishment was inflicted for serious crimes, e.g., heresy, adultery, prostitution, larceny or highway robbery, as well as other grave offenses for which the Shari'ah/Kanon prescribed the death penalty. At times it was also administered for lesser crimes, such as sexual offences, gambling, consumption of alcohol, false testimonies, forgery of documents and coins, pick-pocketing, or selling cereals to non-Ottoman subjects.<sup>19</sup> As for punishments for lesser crimes, it has been noted that in times of financial distress, fines were imposed on more people at higher rates, and when the Ottoman navy needed to rebuild its fleet, such as after the disastrous defeat at Lepanto in 1571, more prisoners were sent to serve as rowers in the galleys.<sup>20</sup>

## The extradition of Jews by community leaders or members of the community

It is worthy of mention, however, that relatively few testimonies exist of Jewish informers or Rabbinical courts delivering adulterers and immoral offenders to Muslim courts and governors. It is apparent that rabbis in the Ottoman Empire objected to handing offenders over to the Ottoman authorities if there was a risk that they would be hung. Only in cases of unmitigated adultery, when the offender did not mend his ways, or when the offense had become known to non-Jews, did the community deliver offenders to the authorities, when it was clear that they would not be sentenced to execution but rather only receive a light sentence, e.g., a fine, or even a heavier penalty such as serving as an oarsman on the galleys.<sup>21</sup>

We may also presume that most cases of rape in Jewish society were tried in Jewish courts, with only a few reaching Muslim courts.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> U. Heyd, *Studies*, pp. 305; M. Shefer Mossensohn, *Medical Treatment in the Ottoman Navy*, pp. 556-557.

<sup>20</sup> U. Heyd, *Studies*, pp. 307.

<sup>21</sup> See L. Bornstein Makovetsky, *Adultery and Punishment among Jews in the Ottoman Empire*, pp. 29-50; Idem, *Extramarital Relations among Jews in the Ottoman Empire*, pp. 25-46; Idem, *Ottoman and Jewish Authorities Facing Issues of Prostitution and Adultery*, pp. 159-176. Adultery and prostitution cases are also relatively rare in the sicil registers. See M. Sariyannis, *Prostitution in Ottoman Istanbul Late Sixteenth – Early Eighteenth Century*, pp. 37-65; F. Zarinebaf, *Crime and Punishment in Istanbul*; E. Semerdjian, *Off the Straight Path*; L. Peirce, *Morality Tales*; A. Tuğ, *Politics of Honor in Ottoman Anatolia*.

<sup>22</sup> For example: A Jewish woman in Jerusalem sued on April 28, 1695 a Jew who raped her and as a result she became pregnant. He denied it and swore. The kadi rejected the claim. A. Cohen, E. Pikali, *Yehudim be-bet hamishpat hamuslemi ba-me'ah ha-sheva esre*, p. 333 note 2.

Then again, if a Jewish woman was raped by a Muslim, she would sometimes submit her complaint to a Muslim court.<sup>23</sup> It appears that in cases of rape by a Jew, Jewish courts would occasionally choose to hand the rapist over to a Muslim court or to the Ottoman ruler in order to ensure severe punishment. We learn this from a case that occurred (in Istanbul) in the first half of the 17th century, when a betrothed virgin, regarded as married according to local custom, was raped by a Jew and the community leaders handed the rapist over to the Ottoman authorities, who sentenced him to be an oarsman in the Ottoman galleys. Rabbi Meir di Boton, the rabbi of Gallipoli, confirmed the ruling of the rabbis from Istanbul that this was indeed a rape case.<sup>24</sup>

Adulterers in the Ottoman Empire were generally delivered by the *kadis* to executive officials who were authorized to punish them. In many cases the actual punishment was flogging, but in others the defendants, both Muslims and non-Muslims, would not be brought before a Muslim court at all but would rather be punished immediately upon arrest with lashes or blows by order of an executive officer.<sup>25</sup> Jewish moral offenders were also afraid of being summoned before the *Kapudan Paşa* in Istanbul.

The instance of Ovadia Halevi from Istanbul serves as an example. This wealthy man was suspected of having had sexual relations with a young girl. After her marriage to his son in 1768, he expressed his concern before the leaders of the Jewish community that his daughter-in-law would level severe charges against him, and even do so before the *Kapudan Paşa*.<sup>26</sup>

## Dispute against the rabbinate and the Jewish courts in Izmir

The following cases from the 1660s Responsa literature in Izmir concerning the local rabbinate and religious judges indicate appeals to the *kadis* and governors by leaders of the Jewish community in Izmir or by individuals within this community in the latter half of the 17<sup>th</sup> century, with the request to inflict harsh punishments on them, and mainly the *kürek*.

<sup>23</sup> A Jewish woman claimed in the Jerusalem Muslim court in 10 May 1585 that a Muslim man and his slave raped her when she returned from the bath. Because she did not bring evidences, the kadi submitted the case for investigation, but it is not known what was the judge's ruling. A. Cohen, E. Pikali, *Yehudim be-bet hamishpat hamuslemi ba-me'ah ha-shesh esre*, p. 172 document 179. In the year 1654 a Jewish woman in Jerusalem plot a Muslim man in the Muslim court of raping her little daughter. Her claim was denied. A. Cohen, E. Pikali, *Yehudim be-bet hamishpat hamuslemi ba-me'ah ha-sheva esre*, pp. 332-333, document 253.

<sup>24</sup> M. Di Boton, *Responsa*, No. 52.

<sup>25</sup> U. Heyd, *Studies*, pp273 -279; R. Peters, *Crime and Punishment*, pp. 35-36; A. Tuğ, *Politics of Honor* (supra in note 21). For example, a Jewish source from the second half of the 18<sup>th</sup> century points out that some Jews from Rhodes wanted to hold over to the governor two Jewish men and one Jewish woman accusing them as adulterers in order that he would hit each of them 50 lashes and squeeze money from them. R. H. S. Tarsa, *Haim shena'im*, No. 26.

<sup>26</sup> R.H. Moda'i, *Haim le-olam*, Vol. 2, *Even ha-èzer*, nos. 3-4.

## The first case

In September 1661 the adjudicator R. Moses Benveniste of Istanbul responded to an appeal by his cousin, R. Haim Benveniste of Izmir, to rule on the matter of the conflict concerning the rabbinate of Izmir, in which R. Haim Benveniste had been embroiled from 1658.<sup>27</sup>

R. Haim Benveniste describe the affair from his own perspective. We learn that his opponents, who objected to his serving as the *dayan ha'ir* (the chief religious judge of the Jewish community) and the only chief rabbi, assaulted his house and stoned it. A ruling was subsequently given on the matter of the rabbinate at the Jewish court in Izmir, but when R. Benveniste's opponents saw that his power was growing they decided to hand him over to the gentiles, and on the Sabbath two or three of them went to the home of the "great judge" (the *kadi*) and informed on R. Benveniste. As a result, a *çuhadar ağa* sent by the *kadi* went and brought R. Benveniste to the *Shari'a* court together with some of his supporters. They stood before the *na'ib*, who began to reproach them. Two of R. Benveniste's men began to respond to the *na'ib*'s questions. R. Benveniste saw one of the informers wink at the *na'ib* and hint that he should pay him a bribe, and the *na'ib* immediately decreed that R. Benveniste's two supporters be thrown on the ground, beaten severely, and handed over to the *Subaşı*. R. Benveniste's men turned to leave and he himself also wished to leave, but the *muhzir* (the bailiff in the *kadi*'s court) sent by the *kadi* said that he could not leave but rather should appear once again before the *kadi*. R. Benveniste did so and the *kadi* did him much damage, i.e., beat him up and threatened to imprison him in the fortress and that the next day he would be put on a donkey and will receive administrative penalty in accordance with the *kanun (siyaset)*,<sup>28</sup> and then the *kadi* turned him out and he was taken to the *na'ib*.

While the rabbi was standing before the *na'ib* twenty Jews from among his opponents came and issued a big outcry, and some of them tore their clothes on the Sabbath and said that they could not suffer the act of R. Benveniste who had established a court of law in his house (meaning a court for financial matters). They argued that two kings cannot share one crown: "Sultan Mehmet is king in

<sup>27</sup> R.M. Benbeneste, *Penei Moshe*, No. 2. See discussion of this case: J. Barnai, *Izmir, hamarah shel eropa*, pp. 210-218.

<sup>28</sup> This punishment is in conformity to the *Kanun* which prescribed heavy punishment to be administered by the Sultan's administrative staff. It includes strokes and banishment. It generally means either execution, or severe corporal punishment or both. Theoretically, the authority to inflict capital punishment (*siyaseten*) was held by the Sultan and the Grand Vizier only. In practice, however, governors and other high officials used to usurp this authority and to order executions without first obtaining Imperial firman. U. Heyd, *Studies*, pp. 192-195, 259-71. In the later *kanun* of the 17th century the *kadis* had to bring matters relating to capital or severe corporal punishment (*siyasa*) of criminals to the local governors. About the result of this legislation see: R. Peters, *Crime*, pp. 75-92.



Kushta (Istanbul) and the rabbi was king in Izmir”. R. Benveniste heard this and was terrified once he understood that they were handing him over to be killed. He told the *na’ib* that this was not true. The *na’ib* responded with a short sentence and ruled that R. Benveniste be taken to the stables and shackled with iron chains, and the *na’ib*’s servants did so. An hour later they caught a notable from the town and put him in prison with the rabbi, and then they sealed the homes of most of the notables who had supported R. Benveniste. Some of whom they “sent to the galleys” and others they falsely accused of having found a treasure.

When R. Benveniste saw what had happened “they went to the home of one minister in the town and gave nearly three thousand *Kuruş* (*grush*) to cancel the decree”. They managed to cancel the decree and free the rabbi from prison, but the people whom the *kadi* had decreed should be thrown to the galleys were left in jail because “they were fated to be thrown to the galleys”. Aside from this, when the rabbi’s opponents saw that his group had been saved, some of them went to the *na’ib* and informed on him, saying that the Portugal congregation headed by R. Benveniste recites a prayer for Venice. As a result of this information, the *na’ib* wanted to “burn the sage together with the congregation”. He went to the *kadi*’s house and told him about it. Luckily for R. Benveniste and his men, some of the town’s leaders were at the *kadi*’s house. They knew that this was a false accusation and were very angry. They told the *kadi* that this was an act of libel. But the *kadi* wanted to extort a large sum in return for saving them from the death penalty. When the military chief (*serdar*) realized the *kadi*’s thoughts he went home and gathered all the *Yeniçeri* commanders and “town ministers” and sent to threaten the Jews who had made the false accusation, that if anything bad happened to R. Benveniste “we will cut you up”. They were afraid to return to the *kadi* and justified their absence by not having found any witnesses. The prisoners were released from prison in return for a bribe. Then, two respectable people from among the town’s notables came and told R. Benveniste before 50 people that his opponents were demanding that he leave town that same night, and if he remained in town that night his opponents would pay “*kan phasi*” – a blood ransom of one or two thousand *grush*. Namely, they would arrange for him to be murdered and pay the blood ransom collected from the people living in the vicinity of the body, as customary.<sup>29</sup> Obviously, this was only a warning. R. Benveniste and his men were terrified. One of them said that the rabbi’s life is indeed in danger, as those who had handed him over to be killed and burned would not be deterred from Doing so. He saw this as obvious and blatant coercion. He suggested that the rabbi’s supporters admit to their opponents whatever they request. The entire group accepted his words. While talking, envoys of the opposing group arrived and said that if their will was not done, they swear that

<sup>29</sup> See: L. Bornstein Makovetsky, *Blood Money and Retaliation in Criminal Law*, pp. 27-29.

they will kill the rabbi. They announced that R. Benveniste would only be a judge “in charge of determining what is prohibited and what is permissible, as well as cases of divorce and *halitza*” rather than the local judge for financial affairs. The followers of R. Benveniste gave their consent for fear of the alternatives. When the agreement was brought to R. Benveniste to be signed he saw that two items against him had been added in contravention of the prior arrangements, but he was forced to sign for fear.<sup>30</sup>

In his response, R. Moshe Benveniste saw this as a grave incident that involved informing and wrote of the penalty of being thrown to the galleys “– this is the equivalent of a death sentence and a punishment of physical torment”<sup>31</sup>

## The second case

We learn of a very serious case of informing which occurred in Izmir in 1664, involving Rabbi Haim Benveniste, who served as one of the two rabbis of Izmir. Similar to the incident of 1661, he was hounded by a group that wanted another judge for financial affairs (*diney mamonot*).<sup>32</sup>

The following is a description of the case:

In 1664 R. Benveniste, 61 at the time, wrote that from the day he had come to live in Izmir (in 1658) he had been severely harassed by a local Jew who held a grudge against him for no reason. As a result, the Muslim court wrote a *hüççet*, on Rabbi Benveniste that if he would be appointed to serve as “Marbitz Torah” (a rabbi) in Izmir, his hater would convert to islam.<sup>33</sup> He said that after he was appointed a rabbi in Izmir (in 1658) that person went and handed the *hüççet* over to the town *kadi*, after first showing it to the sheikh and the *mufti*, thus putting him in a great deal of danger. God came to his help and the city notables and particularly R. Efraim Arditi intervened on his behalf. However, the accuser informed on him again in the same matter, this time implicating the entire Izmir congregation.

According to R. Benveniste the leaders of the congregation asked him to rule on the matter of this person. He had pity on the man “and I did not wish to sentence him to death as appropriate for an informer... and I ruled that he be thrown to the galleys...” As a result of this ruling the person continued to harass him.<sup>34</sup> According to the scholar David Tamar, the informer probably said that

<sup>30</sup> M.R. Benbeneste, *Penei moshe*, vol 3, No. 2. About this event see: Barnai, *Smyrna* (supra in note 27), pp. 210-218.

<sup>31</sup> M.R. Benbeneste, *Penei moshe*, Vol. 3, No. 2.

<sup>32</sup> See: J. Barnai, *Smyrna* (supra in note 27), pp. 218-222.

<sup>33</sup> R.M. Benbeneste, *Keneset hagedola*, Hoshen Mishpat, No. 435 # 13.

<sup>34</sup> M.R. Benbeneste, *Keneset hagedola* (supra note 33); Tamar, *Mehkarim betoldot eretz Israel*, pp. 121-122. About the troubled relationship between Rabbi Benbeneste and Rabbi Isaac de Alba see Barnai, *Izmir* (supra in note 27), pp. 218-222.

R. Benveniste had converted to Islam, and according to Islam a person who has converted and wishes to recount – be sentenced to death.<sup>35</sup> It is to be assumed that R. Haim Benveniste's ruling that the informer be thrown to the galleys was not carried out, and R. Benveniste also probably did not manage to extradite him to the Muslim court or to the Paşa for some grave accusation so that he would be sentenced to serve as an oarsman. The informer appears to have appealed to the mufti because he wanted a *fatwa* in this matter, to be given to the *kadi*. The identity of the sheikh mentioned here is unclear.

It may be assumed that R. Benveniste's decision that the person who informed on him should be given the *kürek* penalty was merely theoretical, as he had no authority in criminal matters. All Jewish courts in the empire were forbidden from ruling on criminal matters.<sup>36</sup> R. Benveniste may have meant that the congregation would hand the person over to the *Sharia* court or to the Paşa under some grave accusation, so that he would receive this severe punishment. In both these cases we learn that the punishment was customary in the 1660s due to the campaign for Crete, as the navy ships needed manpower at that time and the Sublime Porte may have given an order to prefer this punishment over others.

### **Punishing a person who pretended to be the Messiah in 1674 by sending him to the galleys**

Sir Paul Rycout, who served as the British consul and factor in Izmir in the years 1667–1678, wrote about the emergence of a Messianic pretender from Greece in Izmir in January 1674. He said that this person was rejected by the Jewish leaders in Izmir who were ashamed that another false Messiah had emerged after Sabbatai Zevi. In order to put an end to his activity they accused him of adultery and bribery, and obtained a ruling from the *kadi* who sentenced him to be an oarsman. However, the sentence was not carried out and he was imprisoned. According to Rycout, “he is still in prison”.<sup>37</sup> Historian Heinrich Graetz identified this person with the Sabatean Rafael Sabbatai, but Gershom Scholem said that there is no clear proof of this and that there was no lack of Messianic candidates.<sup>38</sup> This case, too, proves that the Jewish congregation was capable of delivering people to the authorities to be severely punished, for example by throwing them to the galleys.

<sup>35</sup> D. Tamar (supra in note 34).

<sup>36</sup> J.R. Hacker, *Jewish Autonomy in the Ottoman Empire*, pp. 153–202.

<sup>37</sup> P. Rycout, *The History of the Turkish Empire from 1623–1677*, p. 219.

<sup>38</sup> G. Scholem, *Sabbatai Sevi*, pp. 791–792.

## The Jewish court delivered Jews to the courts for sentencing as oarsmen

Swedish scholar and traveler Michael Eneman, who visited Izmir in 1711, describes the chief rabbi of the town, R. Israel Benveniste, and writes that when there is need for physical punishment the Jews have their own jail. In addition, they can also go to the *kadi* and convince him to sentence the offender for penal servitude on the galleys for several months or years according to the gravity of the offense.<sup>39</sup>

This information shows that in the latter half of the 17<sup>th</sup> century and first half of the 18<sup>th</sup>, leaders of the community of Izmir utilized such penalties in extreme cases by informing about offenders to the *kadi* and the governors.

## A Jew sent to row on the galleys divorces his fiancé in 1769

In Jewish society, the *kürek* was perceived as a type of death penalty. The concern was that the oarsman would die after a while and his wife would remain an *agunah* if he did not grant her a divorce before being taken to the ship. Once on the ship all ties with him were cut. The precise duration of the punishment was also normally not stated, and clearly even if it had been stated no one was in contact with these oarsmen and they died after a while due to the harsh living conditions on the ships and other reasons such as drowning, death at war, or being captured as prisoners of war by enemies of the Ottoman Empire.

Thus, we learn that on November 14, 1769, at the village of Kuruçeşme in Istanbul, Avraham ben Yaakov sent two writs of divorce to his fiancée, Morina daughter of Aaron, by a messenger. One was given to her and one to her father, since she was only 10.5 years old at the time. The granter of the divorce was said to have been “thrown to the galleys by the imperial authorities as was the custom, by reason of his felonies, and he was imprisoned by iron chains in the galley that had anchored next to the village”. The concern was that the fiancée would remain an *agunah* because the galley was travelling to one of the islands. She had to be given a writ of divorce because in the custom of Istanbul Jews, a fiancée is considered married and must receive a *get* if the betrothal is cancelled. The “gentiles” on guard in the galley would not let him leave the galley, and only after much to do did they agree to let him embark to grant the *get* at a Jewish court of law. After he had given the *get* he went to “the galley where the king’s prisoners are held”.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> R.J.Z. Werblowsky, M. R. Lehman, *Galut Sefarad be-izmir*, p. 575.

<sup>40</sup> H.R. Moda'i, *Tiv gitin*, No. 44.

## Loans granted by the Jews of Rhodes to the “galley’s viziers”

A responsum written by the rabbi of Rhodes, R. Moses Israel, during the years 1714–1735 when he served as the city’s rabbi, indicates that the notable Shmuel Tarika and his nephews Eliezer and Israel Tarika, loaned 800 grush to “one vizier” who was in charge of the galleys and resided in Istanbul. He gave them a promissory note, but they despaired of being repaid due to his high position. This vizier was called “Çelebikio”. R. Israel agreed to their request to delete this sum from their tax appraisal by the community. R. Israel writes that 12 years earlier he ruled on a similar case involving the notable Nachmias, who claimed that “one of the galley viziers” owed him a large sum that had not been repaid. Nachmias had shown him a ruling by the rabbis of Izmir, Shlomo Halevi and Aharon Ibn Haim, who sent to Rhodes a similar request by Yosef Nachmias, the father of the notable Israel Nachmias.<sup>41</sup>

In his response in the matter of Tarika, R. Israel writes that the “vizier” in question is destitute and has no property to his name.<sup>42</sup> This was probably the *Kapudan Paşa*, who as governor of the Archipelago Eyalet would visit Rhodes, which became his official seat from the end of the 17th century until 1849.<sup>43</sup> The designation “Çelebikio” probably refers to *celebi*, i.e., “gentleman” in Turkish, as he was called by the Jews. Since the Jews considered the *Kapudan Paşa* “destitute”, this was probably a result of being completely or temporarily dismissed from his position, whatever the case.<sup>44</sup> The *Kapudan Paşa* had probably loaned money from wealthy Rhodes Jews and may have needed these sums to remain in his position or to be reappointed. Therefore, it appears that the ruling given by these two Izmir’s rabbis that was sent to Rhodes was written in 1688 at the latest. Hence, in the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> centuries it was common for wealthy Jews from Rhodes to grant loans to the *Kapudan Paşa*.

<sup>41</sup> Israel, *Maset moshe*, Vol. 2, No. 74. The *Kapudan Paşa* in 1680-1684 was Bozoklu Mustafa Paşa who later served as grand vizier from March 1693 to March 1694. Mezzo Morto Huseyn Paşa filled the position in 1695–1701.

<sup>42</sup> M.R. Israel, *Maset moshe*, vol 2, No. 74.

<sup>43</sup> U. Heyd, *Studies*, pp. 273-279; R. Peters, *Crime*, pp. 35-36; A. Tuğ, *Politics of Honor* (supra in note 21).

<sup>44</sup> During the said period, the following persons served as *Kapudan Paşa*: From 1721–1730 Kaymak Mustafa Paşa (died in October 1730); In 1730 Cenim Hoca Mehmed Paşa; In 1732 Hacı Huseyin Paşa that followed by the same year by Koca Bekir Paşa; From 1732 to 1736, Cenim Hoca Paşa served again; In the 30s Hacı Mehmed Paşa served as *Kapudan Paşa*.

## Punishing Jewish guild members in Istanbul during 1813–1814

In the early 19<sup>th</sup> century Jews were evidently still being punished in Istanbul by throwing them to the galleys. This may be learned from two firmans that contain considerable information on the Istanbul guilds, one from October 10, 1813, and the other from May 14, 1814. They discuss the matter of Avraham, Daniel, Elazar, Se'adya, Yitzhak, Eliya, Yeshua, Yaakov, and more than thirty other Jews from Istanbul who were members of a guild of merchants of exquisite fabrics, including precious cloth and sheer fabric imported to Istanbul and Galata and exported from Istanbul, numbering 161 members. It seems that they sold fabrics without the guild's stamp, violated the guild's instructions and causing losses to the waqf.

Avraham and Eliya, who had done so four years earlier, were judged by the court and by firman and sentenced to the galleys. They repented, but four other Jews mentioned by name did not change their ways and continued to sell the goods at a high price. This caused losses to the *wakf*. They ignored the instructions of the Sublime Porte and were sentenced to be sent to the galleys "by the 'alam (ruling) and firman" that was determined that their punishment would not be cancelled unless the ruling was repealed by the *Kızlar Ağassı*, who was the general supervisor on behalf of the *wakf*.<sup>45</sup>

There is no way of knowing whether this ruling was carried out, but the Jews probably managed to prevent its execution.

## Forced labor as a punishment in the late 18th and 19th century

It can be learned that in the late 18th century, the authorities used to send criminals to the galleys. British Ambassador to Istanbul Robert Ainslie, writes a letter to Foreign Minister Lord Grantham on March 10, 1783, in which he reports on the Ottoman government's efforts to put order in the capital and punish the criminals. He writes: "Robbery, rioting and selling by false weights a practice very prevalent here are immediately punished by the gallows or the galleys".<sup>46</sup>

Several times in the 19<sup>th</sup> century we hear of Jews who were given a punishment of government-imposed forced labor. The nature of this forced labor is not mentioned, but it seems reasonable that this was hard labor in the

---

<sup>45</sup> SP 105-212, n.p. He was the head of the eunuchs who guarded the Imperial Harem. The post ranked among the most important in the Ottoman Empire until the early 19<sup>th</sup> century. The *Kızlar Ağassı* also held a special role as the administrator (*nazir*) of the *wakifs* designated for the upkeep of the two holy cities of Islam, Mecca and Medina, and also had jurisdiction over the various *wakifs* of the Ottoman Empire until 1834. See: C. E. Bosworth, 'Kiz'; B. Lewis, "al-Ḥaramayn", pp. 175-176; J. Hathaway, *The Chief Eunuch of the Ottoman Harem*.

<sup>46</sup> FO 78/4, pp. 38-40.

Imperial shipyard (*Tersâne-i Amire*).<sup>47</sup> In addition, we learn from the responsum of an Istanbul rabbi that Jews in 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> century Istanbul were required to pay considerable sums to the arsenal and sometimes also to provide it with personnel. For this purpose, the Ottoman authorities asked Jews in Istanbul in the 1740s to pay a certain tax to the arsenal. The Jews complied and fulfilled the edict, which remained valid throughout the latter half of the 18<sup>th</sup> century. The tax appears to have been designated for building and repairing warships. The detailed budget of the Istanbul community for 1772 states that tax expenditures for that year were 18,000 *grush* of the community's total expenditures, which totaled 65,000 *grush*.<sup>48</sup>

Moreover, another responsum from Istanbul indicates that in 1821 a firman was written, requiring subjects of the empire to provide personnel for work in the arsenal. The Jews of Istanbul were required to provide 30 men from the Balat quarter and 30 men from the village of Hasköy. However, the Jews in these two locations could no longer bear this burden and demanded that other Jews in nearby villages assume some of the responsibility. They refused, and the rabbis of Istanbul were divided on whether they should be required to participate. The argument voiced was that the authorities place the burden on those who live in the most populated location, and the remaining residents will bear that burden too.

It was also noted that it is the custom of the "viziers" to demand taxes from the wealthy because they are followed by the masses.<sup>49</sup>

### **Forced labor as a punishment imposed on Jews who converted to Christianity in the 1820s**

When Protestant missionary activities were initiated in Istanbul, three Jews from Istanbul who had converted to Christianity were punished by hard labor. This information is evident from missionary and diplomatic sources rather than Jewish sources. The incident is described tendentiously and some of the details may be exaggerated.<sup>50</sup> Below are the various descriptions in this affair.

<sup>47</sup> See about the Imperial shipyard: Toraman, Güvemli. Bayramoglu, *Imperial shipyard (Tersane-i amire)*. Some of the slaves and convicts would also work for ship construction works in the shipyard. They would stay in shipyard buildings. See about the arsenal: M. Shefer Mossensohn, *Medical Treatment in the Ottoman Navy*, pp. 560-561.

<sup>48</sup> R. Abarham ben Avigdor, *Zachor le-avraham*, "Hoshen mishpat", No. 56.

<sup>49</sup> E.R. De Toledo, *Mishnat rabbi Eliezer*, Vol 2, Hoshen mishpat, No. 10. On July 25, 1822 Stragford, the British ambassador to Istanbul writes: Two very unexpected Orders were published at Constantinople. By one of them the Greek, Armenian, and Jewish Residents here are to be exempted from the daily payment of Four Hundred Piasters, which had hitherto been levied on each of those nations, in lieu of furnishing Two Hundred Seamen for the Fleet. FO 78/109, pp. 89-91b. This document was published. E. Bashan, *Mehkerei eliezer*, p. 239.

<sup>50</sup> See: L. Bornstein Makovetsky, *Protestant Missionaries to the Communities of Istanbul, Salonika and Izmir*, pp. 60-69.



As a result of an appeal by the Jewish community, three Jews from Istanbul were imprisoned by the Ottoman authorities on December 7, 1826, when it became known that they had been converted to Christianity by the American missionary in Istanbul, John Hartley. The three were David Bakhar, Hayim Castro, and Nissim Cohen. Henry D. Leeves, an agent of the British Biblical Society in Istanbul, wrote that he had given money to save them from starving.<sup>51</sup> An entry from December 14, 1826 notes that Nissim Cohen and Hayim Castro were brought to trial before the chief commander; here a rabbi showed up with an offer of “a pocket of a thousand” (coins) if the two were executed. After receiving 50 lashes they were sent back to jail in the arsenal with another Jew from Ortaköy. This person was probably David Bakhar. Leeves writes on January 5, 1827 about the developments of the preceding months in the lives of the three converts mentioned. The three had been baptized and thereafter went into hiding.<sup>52</sup> Once arrested, they were first taken to the War Office court thrown into jail (located in the Kasim Paşa neighborhood arsenal), and sentenced to *bagnio* – forced labor in the arsenal – for six months. This was a common type of severe punishment in the Ottoman Empire beginning from the 18th century.<sup>53</sup> According to Leeves, one of the three was first punished by *bastinado* (lashes on the feet) while the other two were thrown into the arsenal handcuffed. Sir Stratford Canning, the British ambassador, intervened following Hartley’s request, obtaining their early release. Hartley notes that Sultan Mahmud II was aware of the events as they unfolded; the converts’ suffering was finally relieved thanks to the British ambassador’s influence and the use of money.<sup>54</sup>

The converts were entirely dependent on the missionaries. The American missionary Josiah Brewer writes that in his answer to the memo sent by the Jewish community, the Grand Vizier consented to the Jewish community’s request and suggested that any Jew converting to Christianity would be bound to end his days Doing penal service in the galleys.<sup>55</sup> The *Kapudan Paşa* punished the three under his authority to penalize violators in the Kesim Paşa quarter, where the dockyard and arsenal were located.<sup>56</sup> The three worked in the arsenal handcuffed, overseen by Turkish guards who beat them when dissatisfied with their performance. There were 700 prisoners in the jail, 300 of them Greeks.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> *The Jewish Expositor*, 12 (1827), pp. 147-150.

<sup>52</sup> J. Brewer, *A Residence at Constantinople in the Year 1827*, pp. 148, 308.

<sup>53</sup> R. Peters, *Crime*, pp. 99-101.

<sup>54</sup> One missionary in Istanbul writes that the *Hahambaşı* Rabbi Moshe Fresco and his court in Istanbul used to punish rich and poor Jews by *bastinado* (*falaka*, foot whipping), on religious delinquency. See: *Occident* (1 Apr. 1843), p. 36.

<sup>55</sup> J. Brewer, *A Residence* (supra in note 52), p. 313.

<sup>56</sup> J. Brewer, *A Residence* (supra in note 52), p. 313; U. Heyd, *Studies*, p. 210.

<sup>57</sup> These prisoners were prisoners of the Greek War of Independence. Hundreds of Russian soldiers were prisoners of war in Istanbul during the Russian Empire and the Ottoman Empire’s wars in 1774–1768 and 1787–1791. See: W. Smiley, *From Slaves to Prisoners of War*.

These last treated the three converts, and went with them to the *Agha* to ask for kinder treatment on their behalf and that they not be forced to do hard physical labor.

Several Jews appeared on the third day, the father and father-in-law of the young man Nissim Cohen among them, and bribed the prison officials to force the prisoners to do hard labor and beat and torture them. This torment went on for five or six days, until it was brought to the attention of the missionaries and Canning, who demanded that an end be put to the abuse. The weight of the handcuffs was reduced by half, but the prisoners continued to work. A few days later, two of them were injured while working; Leeves spent a thousand piasters of his own money, anticipating that he would need about the same amount again before the prisoners would be exempted from trial.<sup>58</sup>

It is doubtful whether the Jewish community could have demanded the execution of the converts. On March 9, 1827, Brewer writes that David Bakhar alone recanted his conversion.<sup>59</sup> Leeves paid yet another hundred piasters, and the prisoners were relieved of their chains. In a report dated July 1827 we even read of a Muslim who promised to liberate them along with the Armenian who had given them refuge in his house, in exchange for 5,000 piasters. The two prisoners were interrogated by the *Kapudan Paşa*, and told him that they were Christian believers. On 25 March, 1828, the two and the Armenian who had helped them were finally released.<sup>60</sup>

## Conclusions

The information brought in this article shows that during the 16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> centuries, Jews in the Ottoman Empire were punished at times by being thrown to the galleys and in the early 19<sup>th</sup> century by hard labor in the Istanbul arsenal. Jewish society normally made efforts to prevent this type of punishment, perceived as a death penalty, and acted to release the punished man's wife from the status of *agunah*. However, sometimes Jewish leaders handed Jewish members of the community over to the Muslim courts or to Ottoman governors to receive the *kürek* punishment. We learn that this punishment was common particularly in times when the Ottoman fleet required extra personnel, and mainly a large number of oarsmen.

<sup>58</sup> *Jewish Expositor*, 12 (1827), pp. 148-50. See also: J. Brewer, *A Residence*, pp. 146-8.

<sup>59</sup> J. Brewer, *A Residence* (supra in note 52), p. 348. See also: *Jewish Expositor*, 12 (1827), pp. 394, 464-465.

<sup>60</sup> *Jewish Expositor*, 14 (1829), pp. 146, 150, 394-5, 463-6; *The Missionary Herald*, 23 (1827), pp. 282-6; *Ibid*, 24 (1828), pp. 70, 317; *ABCFM Annual Reports* (for the year 1828), pp. 60-61; J. Brewer, *A Residence*, pp. 296-7, 306-19, 348; J. Hartley, *Researches in Greece*, pp. 210-8; Foreign Office Papers, London, 196-10, p. 161; A.E. Kalderon, *Turkish Jews of Istanbul and Missionary Activities*.

## Bibliography

- ABCFCM (*American Board of Commissioners of Foreign Mission*) *Annual Report*, Boston 1810–1918.
- Abarham ben Avigdor R., *Zachor le-avraham, Responsa*, Istanbul 1827.
- Barnai J., *Izmir, hamarah shel eropa (Smyrna, the Microcosmos of Europe)*, Jerusalem 2014.
- Bashan E., *Sheviya u-pedut bayam hatichon, 1391-1830 (Captivity and Ransom in Mediterranean Jewish Society (1391–1830))*, Ramat Gan 1980.
- Bashan E., *Mehkerei eliezer (Eliezer's researches)*, Lod 2007.
- Benayahu M., *Hayachasim bein yehudei Yavan ve-Italia (Relations Between Greek and Italian Jewry)*, Tel Aviv 1980.
- Benayahu M., 'Igeret hasofer rabbi Abraham Hassan me-salonika', *Sefunot* 11 (1971–1977).
- Benbeneste R. H., *Keneset hagedola*, Hoshen Mishpat, Izmir 1731.
- Benbeneste R. M., *Penei Moshe, Responsa*, 3, Istanbul 1719.
- Ben-Na'eh Y., *Jews in the Realm of the Sultans*, Tubingen 2008.
- Bornstein-Makovetsky L., *Adultery and Punishment among Jews in the Ottoman Empire*, "JLAS" 2014, No. 25.
- Bornstein-Makovetsky L., *Extramarital Relations among Jews in the Ottoman Empire*, "Miscellanea Historico Iuridica" 2014, Vol. 13, No. 2.
- Bornstein-Makovetsky L., *Ottoman and Jewish Authorities Facing Issues of Prostitution and Adultery: 1700–1900*, "International Journal of the Jurisprudent of the Family" 2013, No. 4.
- Bornstein-Makovetsky L., *Protestant Missionaries to the Communities of Istanbul, Salonika and Izmir-Istanbul* 2019.
- Bornstein-Makovetsky L., *Blood Money and Retaliation in Criminal Law in the Ottoman Empire in the Sixteenth and Seventeenth Centuries as Found in Jewish Society*, "The Jewish Law Association" 2008, No. 18.
- Bosworth C. E., 'Kiz'. in Idem, van Donzel E., Lewis B., Pellat C. eds., *The Encyclopaedia of Islam*, New edition, V, Leiden, 1986.
- Di Boton M., *Responsa*, Izmir 1660.
- Brewer J., *A Residence at Constantinople in the Year 1827 with Notes to the Present Time*, second edition, New Haven 1830.
- Cohen A., Pikali E., *Yehudim be-bet hamishpat hamuslemi ba-me'ah ha-shesh esre (Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 16<sup>th</sup> century: Society, Economic and Organization)*, Jerusalem 1993.
- Cohen A., Pikali E., *Yehudim be-bet hamishpat hamuslemi ba-me'ah ha-sheva esre (Jews in the Muslim Court of Jerusalem in the 17<sup>th</sup> century: Society, Economic and Organization)*, Jerusalem 2010.
- Crecelius D., *Recruiting Egyptian Oarsmen for Ottoman Ships in the Late Sixteenth and Early Seventeenth Centuries*, "Annales islamigique" 2014, Vol. 48, No. 2.

- De Medina R.S., *Rashdam, Responsa*, Lvov 1862.
- De Toledo R.E., *Mishnat rabbi eliezer*, Vol 2, Izmir 1872.
- Faroqhi S., *The Millers and Bakers of Istanbul (1750–1840)*, in Idem and R. Deguilhem (eds.), *Craft and Craftsmen of the Middle East*, London 2005.
- FO – National Archives, Foreign Office Archives, London 78/4; 78/109.
- Galanté A., *Histoire des Juifs de Turquie*, 7, Istanbul 1980.
- Goldmann I., *The Life and Times of Rabbi David ibn Abi Zimra*, New York 1970.
- Grunbaum P., *Les Juifs d'Orient*, “REJ” 1983, Vol. 28.
- Grunhaus N., *Ha-misuy ba-qheilah ha-yeudit be-Izmir ba-me'ot ha-sheva ve- ha- shemo- ne esre (The Taxation of Izmir's Jewish Community in the 17<sup>th</sup> and 18<sup>th</sup> Centu- ries)*, Tel Aviv 1997.
- Hacker J. R., *Jewish Autonomy in the Ottoman Empire – Its Scope and Limits: Jewish Courts from the Sixteenth to the Eighteenth Centuries*, in Levy A. (ed.), *The Jews of the Ottoman Empire*, Princeton 1994.
- Hartley J., *Researches in Greece and the Levant*, London 1831.
- Hathaway J., *The Chief Eunuch of the Ottoman Harem, From African Slave to Power-Bro- ker*, Cambridge 2018.
- Heyd U., *Studies in Old Criminal Law*, ed. V. L. Ménage, 1973.
- Heyd U., *Alilot dam beturkiya bame'ot hachamesh esre ve-ha-shesh esre (Blood Libels in Turkey in the Fifteenth and Sixteenth Centuries)*, “Sefunot” 1961, Vol. 5.
- Imber C., *The Ottoman Empire, 1300–1650*, London 2002.
- Imber C., *The Navy of Suleyman the Magnificent*, “Archivum Ottomanicum” 1980, Vol. 6.
- Imber C., *Studies in Ottoman History and Law*, Istanbul 1996.
- Israel R. M., *Mas'et moshe, Responsa*, 2, Istanbul 1835.
- Isaac b. David R., *Diverrei emet, Responsa*, Istanbul 1760.
- The Jewish Expositor and the Friends of Israel*, 12 (1827); 14 (1829).
- Kalderon A. E., *Turkish Jews of Istanbul and Missionary Activities during the Reign of Mahmud II*, “Turcica” 1991, Vol. 14.
- Lewis B., ‘*al-Haramayn*’, [in:] *The Encyclopaedia of Islam*, ed. B. Lewis, V. L. Ménage, C. Pellat, J. Schacht, Leiden 1971.
- Lewis B., *The Privilege Granted by Mehmed II to His Physician*, “Bulletin of the School of Oriental and African Studies” 1952, Vol. 14, no 3.
- Marcus S., *Misei haqehila u-pinkas ha-aricha be-rodos (Communal Taxation and the Mu- nicipal Ledger – Book of Rhodes)*, “Sefunot” 1956, Vol. 1.
- Melamed R.M., *Mishpat tzedek, Responsa*, 2, Nechama 1795.
- The Missionary Herald at Home and Abroad*, American Board of Foreign Missions, Boston 1821–1951.
- Moda'i R.H., *Tiv gitin, Responsa*, Jerusalem 1875.
- Moda'i R.H., *Haim le-olam*, 2, Izmir 1879.
- Occident – The Jewish and American Jewish Advocate*, Philadelphia 1843–1869.

- Panzac D., *La Marine ottomane: de l'apogée à la chute de l'Empire, 1572–1923*, Paris 2009.
- Panzac D., *The Manning of the Ottoman Navy in the Heyday of Sail (1660–1850)*, [in:] *Arming the State: Military Conscription in the Middle East and Central Asia, 1775–1925*, ed. E. J. Zürcher, London 1999.
- Peirce L., *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, Berkeley and Los Angeles 2003.
- Peters R., *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge 2005.
- Refik, A., *Onunc u asr-i hicride Istanbul hayati (1495–1591)*, 1, Istanbul 1933.
- Rivlin B., *Rhodes*, in Idem (ed.), *Pinkas Hakehiolt, Yavan (Encyclopedia of Jewish Communities from their Foundation till After the Holocaust, Greece)*, Jerusalem 1998.
- Rozen, M., *The Mediterranean in the Seventeenth Century: Captives, Pirates and Ransomers*, Palermo 2016.
- Rycaut P., *The History of the Turkish Empire from 1623–1677*, second edition, London 1680.
- Sariyannis M., *Prostitution in Ottoman Istanbul Late Sixteenth – Early Eighteenth Century*, “Turcica” 2008, Vol. 40.
- Scholem G., *Sabbatai Sevi: The Mystical Messiah, 1626–1676*, London 1973.
- Semerdjian E., ‘Off the Straight Path’: *Illicit Sex, Law, and Community in Ottoman Aleppo*, Syracuse 2008.
- Shefer Mossensohn M., *Medical Treatment in the Ottoman Navy in the Early Modern Period*, “Journal of the Economic and Social History of the Orient” 2007, Vol. 50, No. 4.
- Smiley W., *From Slaves to Prisoners of War, The Ottoman Empire, Russia, and International Law*, Oxford 2018.
- Tamar D., *Mehkarim betoldot erez Israel ve-artzot ha-mizrach (Studies in the History of the Jewish People in Eretz Israel and in the East Countries)*, Jerusalem 1982.
- Tarsa R.H.S., *Haim shena'im, Responsa*, Izmir 1861.
- Toraman C., Güvemli B., Bayramoglu F., *Imperial shipyard (Tersane-i amire) in the Ottoman Empire in 17th Century: Management and Accounting*, “Revista Española de Historia de la Contabilidad” 2010, No. 13.
- Tuğ A., *Politics of Honor in Ottoman Anatolia: Sexual Violence and Socio-Legal Surveillance in the Eighteenth Century*, Leiden 2017.
- Werblowsky R. J. Z., Lehman M. R., *Galut Sefarad be-izmir: ke-chamishim shana acharei me'ora'ot Shabetai Sevi*, [in:] *Exile and Diaspora, Studies in the History of the Jewish People Presented to Haim Beinart on the Occasion of His Seventieth Birthday*, eds. A. Mirsky et al, Jerusalem 1988.
- Yildirim O., *The Battle of Lepanto and Its Impact on Ottoman History and Historiography*, “Mediterraneo in armi” 2007, secc. XV–XVIII, Vol. 2.
- Zarinebaf F., *Crime and Punishment in Istanbul: 1700–1800*, Berkeley and Los Angeles 2010.

## SUMMARY

### Sentencing Jews to work on Ottoman Naval Ships and in Forced Labor at the Imperial Arsenal from the Early 16<sup>th</sup> Century to 1839

The information brought in this article shows that during the 16<sup>th</sup>–19<sup>th</sup> centuries Jews in the Ottoman Empire were punished at times by being thrown to the galleys, mostly in the port of Rhodes, and in the early 19<sup>th</sup> century by forced labor in the Istanbul arsenal. The *kürek* punishment was inflicted for serious crimes, e.g., adultery, prostitution, rape and coin-clipping, as well as other grave offenses for which the *Shari'ah/Kanon* prescribed the death penalty. We appreciated also that nobody ensured that prisoners were indeed freed from the galley after completing their sentences. We have studied that the *kürek* punishment was administered particularly when the Ottoman navy needed more working hands, mainly after the Battle of Lepanto in October 1571 and during the campaign for the conquest of Crete in the 1660s. For example, we studied that in the second half of the 17<sup>th</sup> century, because of a bitter dispute over the chief rabbinate in Izmir and because of the division of the community between the supporters of the Sabbatean movement and its opponents, there was an attempt to inflict the *kürek* punishment on some Jews. We learned that Jewish society normally made efforts to prevent this type of punishment, perceived as a death penalty, and acted to release the punished man's wife from the status of *agunah*. However, sometimes Jewish leaders handed Jewish members of the community over to the Muslim courts or to Ottoman governors to receive the *kürek* punishment. We learned that this punishment was practiced mainly in Istanbul during the 16<sup>th</sup>–19<sup>th</sup> centuries, but that in the 1660s Jews from Izmir were also sent to the galleys or threatened with this punishment. We also studied that the punishment of hard labor in the Imperial arsenal was also applied to Jewish adulterers and in 1826 it was carried out against three Jews who converted to Protestant Christianity. The article also discussed the financial aspects of the *kürek* punishment, especially the *malii -kürekciye* tax which was paid during the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> centuries by the Jews of Istanbul to maintain the Ottoman fleet, and the "capitalnik tax", imposed on the Jews of Rhodes and Izmir. We also learned that in the 17<sup>th</sup> century, the Jews of Istanbul were charged a certain amount to support 150 oarsmen. It can be estimated that despite the many sources on the *kürek* punishment, in reality not many Jews were punished with this punishment, and most of those Jews who were sentenced to work on Ottoman naval ships and those sentenced to hard labor at the Imperial arsenal, managed to escape this punishment, and usually paid a ransom or paid fines.

**Paweł Zawadzki**

Uniwersytet w Białymstoku  
e-mail: p.zawadzki@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0001-7290-9385

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.19

## **Origin of the European Ombudsman**

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to set out the multiannual process for establishing the European Ombudsman's office and the reasons for its establishment. It presents the history of the first European Ombudsmen and the history of the European Communities from a legal perspective. The author goes back to the reasons for setting up the European Ombudsman's body, which were the lack of legitimacy in the European Union. The role of bodies such as the European Ombudsman is to ensure that citizens' rights are actually respected. The European Ombudsman strengthens the rule of law in the European Union and complements the role of the courts by providing a cheap, accessible individual remedy and, on the other hand, complements the representative function of the European Parliament by becoming the centre of independent critical assessment and improvement of the quality of European administration. The rule of law serves to maintain the EU system as a supranational system. It is the construction of the axis of integration. If there is a lack of trust in the community in this respect, it begins to be treated differently. It is therefore important that the European Ombudsman fulfils his Treaty obligations as a body of the European Union effectively.

**Key words:** European ombudsman, legitimacy deficit, European union law, public international law



## Introduction

Much of citizens' rights are not adequately guaranteed because people do not know about them, nor do they know how to fight for them. It is the function of organs like the European Ombudsman to ensure that these rights are actually respected. The European Ombudsman strengthens the rule of law in the European Union and complements the role of the courts by providing opportunities for low-cost and accessible individual redress and, on the other hand, complements the representative function of the European Parliament by becoming a centre for independent, critical assessment and improvement of the quality of the European administration. The rule of law serves to maintain the EU system as a supranational system. It is the construction of the integration axis. When there is a lack of trust in the community in this respect, it begins to be treated differently. It is therefore important that the European Ombudsman fulfils his Treaty obligations effectively.

The creation of the European Ombudsman is correlated with the introduction of and support for the development of so-called European citizenship. The Treaty on European Union guarantees citizens of the European Union rights such as the right to submit complaints to the European Ombudsman, the right to vote and stand for election to the European Parliament and the right of free movement. The European Ombudsman was therefore to become the guarantor of the rights of citizens of the Member States of the European Union in its increasingly complex administration and the increasing number of legal acts issued<sup>1</sup>. The European Ombudsman acts as an intermediary between the administration of the European Union and its citizens. The European Ombudsman's constitutive task is to examine complaints lodged and to conduct inquiries. An inquiry can only lead to a finding of maladministration. The European Ombudsman has no instruments at his disposal to enforce a change in the behaviour of an EU institution or body which has committed a misconduct, nor does he have sanctions, but he can only make a recommendation.

The reason for addressing this issue is the observation that the European Ombudsman plays an important role in the integration of the state of citizens. The research problem boils down to seeking answers to the following question: What were the reasons for establishing the European Ombudsman? The research problem identified above was related to the purpose of the article, which was to identify and present the reasons for appointing the European Ombudsman. The article deals with the legal reason for the appointment of the

---

<sup>1</sup> The European Ombudsman, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2005, s. 1.

European Ombudsman. The thesis of the hearing remains that the European Ombudsman was established because of the crisis of democratic legitimacy of the European Union. The result of this article is to present the origins of the European Ombudsman and to indicate the reasons for his appointment.

## European Ombudsmen

The institution of the Ombudsman was formally established for the first time in Sweden in 1809. The main idea behind the establishment of this institution was to control the activities of the state administration and to recognise the complaints of people affected by the illegal and harmful activities of state bodies. However, the idea to establish this institution was not new, because in the history of Swedish law, this institution has already had its achievements. It was not until 1809 that such an Ombudsman was elected for the first time in the Swedish Parliament, by secret ballot, as an independent body<sup>2</sup>. Until 1917, the Kingdom of Sweden was the only country in the world with an institution of the Ombudsman. Also in the same year Finland, having gained independence from Russia, established the Office of the Ombudsman under Swedish arrangements<sup>3</sup>. Then, in the 1950s, the next country to establish the Ombudsman's body was the Kingdom of Denmark<sup>4</sup>. Following the development of the Ombudsman's institution in the Scandinavian countries and the following process of democratisation of social life, the institution of the Ombudsman was established in 1987 in Poland<sup>5</sup>. Nowadays, even within the European Union, the European Ombudsman functions as an institution of extra-judicial control over the activities of European Union bodies and agencies<sup>6</sup>.

In Europe, the institution of the Ombudsman, is known as: Parliamentary Ombudsman in Denmark, Ombudsman in Ireland, Ombudsman in Portugal, Mediator in France, People's Defender in Austria, Ombudsman in Slovenia<sup>7</sup> whether the people's attorney in Albania<sup>8</sup>. The reason for the establishment of

<sup>2</sup> Sweriges rikes grundlagar och konstitutionella institutioner [1809–1841], samt Norrrikes grundlag [1814]. Med. ett fullständigt register öfwer Svenska Grundlagarne och Riks-Akten, Örebro 1842 r. s. 125.

<sup>3</sup> Säädosmuutosten hakemisto: Suomen Hallitusmuoto (94/1919), Helsingissä 17 päivänä heinäkuuta 1919 r.

<sup>4</sup> M. Grzybowski, *Ombudsman w państwach nordyckich. Geneza, ewolucja i współczesne oblicze instytucji*, [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich*, red. L. Garlicki, Warszawa 1989, s. 86.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, Dz.U. z 2018 r. poz. 2179, z późn. zm.

<sup>6</sup> T. Dubowski, *Wysoki Przedstawiciel Unii do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa*, Białystok 2017, s. 192.

<sup>7</sup> J. Arcimowicz, *Rzecznik Praw Obywatelskich: aktor sceny publicznej*, Warszawa 2003, s. 35-39.

<sup>8</sup> M. Zubik., *Księga XX-lecia Rzecznika Praw Obywatelskich w Polsce*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008, s. 7.

this body in European countries was undoubtedly the effects of World War II. The deficiencies and shortcomings of the administration in the post-war reality resulted in increased interest in the protection of human rights. In Western Europe, the process of establishing the Ombudsman's institution intensified from the early 1950s to the late 1980s, while in Central and Southern Europe, the popularity of the Ombudsman was preceded by a change in the political system. The exception was Poland, which introduced the Ombudsman into its legislation on 15 July 1987<sup>9</sup>. The Polish Ombudsman was created on the model of the Iron Swedish Ombudsman; however, the Ombudsman's effectiveness does not always depend on his institutional model, but on his authority<sup>10</sup>. The Polish Ombudsman is very firmly rooted in the state system, which confirms his effectiveness; in connection with this fact, the West of Europe has recognised the model of the Polish Ombudsman, so the European Ombudsman Institute entrusted the ROP with the creation of the „International Charter for an Effective Ombudsman”<sup>11</sup>.

The institution of the Ombudsman originally operated mainly in Sweden, the official name of this body is the Ombudsman „Justitieombudsman”, who was the first to be elected by Parliament. The Swedish government enshrined this body in the Constitution as early as 1809. The Riksdag elects four Ombudsmen for a period of four years, of whom one is elected as the Ombudsman General, who sets out the guidelines. Parliament can also elect one or more deputies for two years. An alternate may be a person who has previously held the office of Ombudsman General. The Riksdag shall elect both the Parliamentary Ombudsman and his deputies on a case-by-case basis and may, on a proposal from the Constitutional Committee, remove the Ombudsman before the end of the parliamentary term. The Ombudsman shall report annually on his activities and shall be accountable to the Riksdag. The Ombudsman shall attend meetings of the Riksdag and shall have access to court documents and minutes. He has control powers over both government and local government administration, and if he finds that irregularities have occurred during the investigation procedure, he has the possibility to impose sanctions. Where maladministration or misconduct has caused considerable damage, the Ombudsman has special prosecutorial powers and can prosecute such an official. Such cases are extremely rare, but the fact that the Ombudsman has this power creates an iron hand in his authority<sup>12</sup>. Anyone can lodge a complaint with the Swedish Ombudsman without any criteria for Swedish citizenship or age<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Ibidem, s. 8.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 10.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 10.

<sup>12</sup> *Organy ochrony prawnej w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Biuro Analiz i Dokumentacji Zespołu Analiz i Opracowań Tematycznych, Kancelaria Senatu, Marzec 2011, s. 9.

<sup>13</sup> Ibidem.

The Finnish Eduskunta, following the example of Sweden, introduced the Chancellor of Justice and then the Parliamentary Ombudsman in 1919. Chapter 10 of the Finnish Constitution is devoted to observance of the rule of law, while §108 of this chapter provides for the duties of the Chancellor of Justice, who is responsible for the correlation of official acts of the Council of State and the President of the Republic. The Chancellor of Justice also supervises the courts and other authorities, together with public officials and employees, so that they observe the law and fulfil their duties in accordance with the principles of good administration. In the performance of his duties, he controls the observance of constitutional rights and freedoms and human rights<sup>14</sup>.

The prosecution of the offending judge shall be initiated by the Chancellor of Justice or the Parliamentary Ombudsman. The Parliamentary Ombudsman and the Chancellor of Justice may also prosecute or decide to prosecute in other cases falling within their competence to monitor compliance with the law<sup>15</sup>. The Chancellor of Justice and the Parliamentary Ombudsman have the same powers, while the division of duties is governed by a separate law<sup>16</sup>.

Folketing, the Danish Parliament on 5 June 1953, introduced into the Constitution the appointment of one or two persons who are not members of parliament to supervise the civil and military state<sup>17</sup>. The first Ombudsman in Denmark was appointed by the Ombudsman Act of 11 June 1954.

The Norwegian Parliament, better known as the Stortinget after each election, elects Sivilombudsmann, formally the Parliamentary Ombudsman for Administration. A candidate for the Norwegian Ombudsman must meet the requirements of a Supreme Court judge<sup>18</sup>. The first Norwegian Ombudsman to be appointed by the 1962 Act did not have the power to review or annul administrative decisions, but mainly focused on making recommendations for better treatment, conditions of detention and prevention of torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment<sup>19</sup>.

The next European country to introduce the Ombudsman is the United Kingdom. The reason for this initiative was undoubtedly the fact that in 1962 the first Ombudsman of New Zealand was appointed in a country belonging to the British Commonwealth. In 1967, the United Kingdom appointed the

<sup>14</sup> Suomen perustuslaki, Eduskunnan päätöksen mukaisesti, joka on tehty valtiopäiväjärjestyksen 67 §:ssä määrättyllä tavalla, säädetään: 11.6.1999/731.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> M. Liber, *Duński Rzecznik Praw Obywatelskich*, „Studia Politicae Universitatis Silesiensis” 2005, nr 1, s. 213.

<sup>18</sup> Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen sivilombudsmannsloven., Justis- og beredskapsdepartementet 1962 r.

<sup>19</sup> Ibidem.

Ombudsman for Local Administration, which had powers exclusively covering government administration in a very modest spectrum<sup>20</sup>. The UK currently has a Parliamentary and Health Service Ombudsman, a Scottish Public Service Ombudsman, a Welsh Public Service Ombudsman and a Northern Ireland Ombudsman<sup>21</sup>. In the wake of the United Kingdom, more and more Western European countries started to create such offices. On the third of January 1973 the French Ombudsman, known as the *Médiateur de la République*, was appointed. The French Mediator is appointed for six years by decree of the President of the Republic, adopted by the Council of Ministers. He enjoys procedural and material immunity, has a non-renewable mandate and is protected by the principle of non-removability. The French Mediator shall also be barred from office by choice, with the exception of a situation in which the Mediator was elected to hold local offices on the General Council and the Town Council before being appointed as Mediator of the French Republic<sup>22</sup>. When the Ombudsman left the French border, he became increasingly popular in Europe's democratic countries; for example, Portugal introduced the Ombudsman into its legal system in 1976<sup>23</sup>. The Republic of Austria appointed the People's Defender in 1977<sup>24</sup>. The Kingdom of Spain was also named *Defensor del Pueblo* (Defender of the People) by its Ombudsman in 1981.

The Spanish Ombudsman is enshrined in the Constitution by Law 3/1981 of 6 April 1981. According to this law, the Defender of the People is elected by the Congress of Deputies for a term of five years. The candidate must win 3/5 votes both in the lower house and in the upper house<sup>25</sup>. A year later, in 1982, the Kingdom of the Netherlands proclaimed the *Nationale Ombudsman*, elected by the Second House of the General States for a term of six years. The Dutch Ombudsman is entitled to bring a witness from his place of residence to take part in investigative activities<sup>26</sup>.

In Poland, the institution of the Ombudsman appeared under the name of the Ombudsman on 15 July 1987, becoming an important addition to the

<sup>20</sup> K. Klepacki, *Instytucja ombudsmána na szczeblu lokalnym na przykładzie Wielkiej Brytanii – wybrane aspekty*, „Internetowy Przegląd Nauk o Administracji” 2018, nr 1 (1).

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> A. Legrand, *Une institution universelle: L'ombudsman?*, „Revue internationale de droit comparé”, Année 1973, s. 851-861.

<sup>23</sup> W. C. Opello, *Portugal's New Ombudsman: A Preliminary Evaluation*, „Luso-Brazilian Review” 1981, Vol. 18, no. 2, s. 239.

<sup>24</sup> L. Garlicki, *Ewolucja instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich w świecie współczesnym*, [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich*, red. L. Garlicki, Warszawa 1989, s. 9.

<sup>25</sup> Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo., Publicado en BOE de 07 de Mayo de 1981 Vigencia desde 27 de Mayo de 1981. Revisión vigente desde 05 de Noviembre de 2009.

<sup>26</sup> The Netherlands National Ombudsman Act., Act of 4 February 1981 (Bulletin of Acts and Decrees 1981, 35), most recently amended by Act of Parliament of 12 May 1999 (Bulletin of Acts and Decrees 1999, 214).

institutional guarantees of the rule of law<sup>27</sup>. The Ombudsman, in carrying out his statutory duties, has gained constitutional status. The Constitution of the Republic of Poland regulated the position of the Ombudsman in the chapter devoted to state control and law protection bodies<sup>28</sup>.

As the Ombudsman's popularity in Europe and the world grew, the Treaty on European Union (Maastricht 1992) established the European Ombudsman, known as the European Ombudsman, who has undoubtedly become one of the bodies that guarantee respect for the catalogue of rights granted to all citizens of the Member States of the European Union<sup>29</sup>.

### **Reasons for establishing the European Ombudsman as a body of the European Union**

After the Second World War, the countries of Europe, which suffered from the effects of red and brown totalitarianism, began the process of European integration. The economic crisis caused the need to regulate heavy industry, coal and steel; the concept of control of the strategic industry was to create the European Coal and Steel Community, which in effect was to protect Europe against a possible German armament<sup>30</sup>. The European Coal and Steel Community was signed on 18 April 1951 under the Treaty of Paris signed by the Netherlands, Belgium, Luxembourg, France, Germany, and Italy. This treaty entered into force after ratification by the founding states on 25 July 1952 and was concluded for a period of 50 years<sup>31</sup>. The satisfactory effects of economic integration resulted in the creation of the European Community, better known as the European Economic Community, a supranational organisation of European countries, signed by the Treaties of Rome on 1 January 1958. The EEC's aim was to create a common market between the Member States, based on the free movement of: goods, people, services, and capital. For many years, the Community countries focused mainly on economic aspects, not integrating citizens who are in the European Community. The rights of the citizens of the European Community, as if they referred to the right of economic operators to the freedoms established by the Treaties of Rome<sup>32</sup>.

In the following years, the community expanded to include more countries. When the objectives of the common market were achieved to some extent, the

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich., Dz.U. 1987 nr 21 poz. 123, t.j. Dz.U. 2020 poz. 627.

<sup>28</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

<sup>29</sup> Traktat o Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

<sup>30</sup> J. Gillingham, *Coal, Steel, and the Rebirth of Europe, 1945–1955: The Germans and French from Ruhr Conflict to economic community*, 1997, s. 86.

<sup>31</sup> Treaty establishing the European Coal and Steel Community (Paris, 18 April 1951).

<sup>32</sup> Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, EUR-Lex – 11957E/TXT – PL.

integration process was to be extended to include such aspects of cooperation as politics and law. However, the process of social integration of the community's citizens proved to be more complicated. The economic effects of the community did not increase confidence in European institutions. It should be noted that until the 1970s, citizens of the Member States were treated as economic entities not subject to human rights protection<sup>33</sup>. One of the reasons for the integration of society has been the case law of the European Court of Justice solving problems related to freedom of movement and freedom to provide services<sup>34</sup>. That Court took the view that fundamental rights, i.e., both personal and political, derive from fundamental principles of Community law<sup>35</sup>. Nevertheless, Member States of the Communities have continued to ignore the participation of citizens in political life, justifying their position by the fact that there are no rights that citizens could directly invoke in the Treaties. This position of the Member States has led the European Court of Justice to declare Article 48 of the EEC Treaty directly effective in the legal orders of the Member States and a source of rights for individuals which are protected by the national courts<sup>36</sup>. As a result of such judgements, social rights, movement and labour rights were actually respected, which was the beginning of the creation of a supranational society. The CJEU began to move away from the concept of the „citizen of the market” and the „reduced functionalist” and related concept of the individual. The perspective of the notion of a „citizen of the market” presented a person as an object having economic rights, serving only to achieve the economic objectives contained in the Treaties<sup>37</sup>.

On 1 and 2 December 1969, the Hague Summit took place, a decisive moment in the process of European integration under the auspices of the triptych ‘Deepening, enlargement, completion’. This meeting was organised at the initiative of French President Georges Pompidou. The first aspect recommended the establishment of economic union. The second aspect was to determine the progress that could be made in the area of political unification. A committee consisting of the political directors of six foreign ministries and chaired by Étienne Davignon from Belgium began to be set up in this way<sup>38</sup>. Its

33 N. Nugent, *The Government and Politics of the European Union*, 2017, s. 15.

34 Sprawa 53/81 D. M. Levin v. Staatseckretaris van Justitie.

35 Wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1969 r., Erich Stauder przeciwko Stadt Ulm - Sozialamt. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Verwaltungsgericht Stuttgart – Niemcy. Sprawa 29-69. ECLI identifier: ECLI:EU:C: 1969: 57.

36 Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 1974 r., Yvonne van Duyn przeciwko Home Office. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: High Court of Justice, Chancery Division – Zjednoczone Królestwo. Sprawa 41/74. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1974:133.

37 H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Verlag 1972, s. 187

38 Étienne Francois Jacques Davignon, Deputy Count of Davignon (born 4 October 1932 in Budapest) – Belgian diplomat, Director-General at the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of Belgium in the years 1959–1977, head of cabinet of Belgian Prime Ministers Paul-Henri Spaak and Pierre



task was to develop proposals on foreign policy issues<sup>39</sup>. At the summit in The Hague, Willy Brandt, Chancellor of the Federal Republic of Germany, stated that „if all was well with Europe they would not meet under these circumstances, the success or failure of this conference will rightly be judged as to whether we can get a Community ship back into shipping”<sup>40</sup>.

Community law has granted social and economic privileges to citizens of the community, ignoring political rights, showing a vision of transnational citizenship as a society without respect for human rights. Further development of the economic community without directly proportional integration of society resulted in a lack of democratic legitimacy in the community. The citizens of the Member States were spectacularly inclined towards the further development of the economic community because they saw no benefit in it. By taking up employment in another Member State and settling there, they do not enjoy the same rights and privileges as citizens of their country of residence. The need for integration and the granting of citizens’ rights within the community became inevitable in order to expand economic cooperation<sup>41</sup>.

In December 1974, during a meeting of government representatives in Paris, a special group was set up to examine the possibility of introducing so-called Special Rights. A year later, a working group report called the Tindemans report “Towards a Europe of citizens” was presented. The Tindemans report recommended increasing citizens’ rights, including equal access to public offices, abolishing border controls, supporting schools and student exchange programmes, mutual recognition of diplomas, and improving consumer protection. It also concluded that universal suffrage for the European Parliament and a single passport would be obvious signs of citizens’ rights for a “Europe of citizens”<sup>42</sup>.

In 1978, Sir Derek Walker-Smith, a British Conservative Member of Parliament, declared that Community law increasingly regulates the lives of the average citizen of Community Member States. Although he was satisfied with the protection of civil and political rights under the European Convention

---

Harmel. In 1970 presented the Davignon report, which initiated the European Political Cooperation (preceding the creation of the so-called second pillar of the EU). In 1974–1977 the President of the International Energy Agency. From 1981 to 1985 he was Commissioner for Energy and Vice-President of the European Commission. Honorary Chairman of the Bilderberg Group since 1999.

39 On 2 December 1969, in the Final Communiqué from the Hague Summit, the Heads of State or Government of the Six declare their determination to pursue the aim of the unification of Europe and to strengthen the European Communities.

40 Meeting of the heads of state or government the Hague 1–2 December 1969, s. 35-36.

41 In 1972, the President of the European Commission, S. Mansholt, stressed that immigrants must not feel like second-class citizens in their place of residence.

42 Towards European citizenship, Implementation of point 10 of the final communiqué issued at the European Summit held in Paris on 9 and 10 December 1974 r., Report presented by the Commission to the Council on 3 July 1975 r. Bulletin of the European Communities, Supplement 7/75, s. 20.

on Human Rights, he recommended that the appointment of a Community Ombudsman could improve the protection of social and economic rights, would also make it possible to investigate injustices caused by maladministration and show the EEC that it is an inaccessible and impersonal community. However, Walker-Smith did not suggest that the Community Ombudsman should be an alternative to judicial review<sup>43</sup>.

In 1984, the European Parliament adopted a draft Treaty establishing the European Union drawn up under the leadership of Altiero Spinelli<sup>44</sup>. For the first time in history, the term „citizenship of the Union” has been used<sup>45</sup>. The European Council convened the Committee called Altiero Spinello to adopt Community measures aimed at strengthening and developing<sup>46</sup>. However, the project did not receive parliamentary support and never entered into force. It has, however, become the starting point for further discussions on Community citizenship, the protection of citizens’ rights and the right to good administration. The Council and the European Commission concluded that since a citizen can lodge a complaint with the ECJ, there is no need to regulate citizens’ rights and create a new mechanism to protect citizens’ rights. In the late 1980s, the European Parliament noted the lack of legitimacy of the European Union’s institutional system as a result of a lack of respect for citizens’ rights. It concluded that citizenship of the Union would restore the confidence of Member States’ citizens in a supra-national organisation<sup>47</sup>.

43 Report drawn up on behalf of the Legal Affairs Committee on the appointment of a Community Ombudsman by the European Parliament, 6 April 1979 (PE 57.508/fin.). Rapporteur: Sir Derek Walker-Smith

44 Italian politician, supporter of the federal concept of European unification. Called the father of the European Union, as a person who influenced the European integration process after the Second World War. In 1924–1937 member of the Italian Communist Party, expelled from the party for criticising Stalinism. Between 1927 and 1943 imprisoned and interned by Benit Mussolini’s government for communist activity. In 1941 contributed to a text called the Ventotene Manifesto, in which he presented his vision of a united Europe. At the end of the war, in 1943, he founded the European Federalist Movement in Milan (Movimento Federalista Europeo), which promoted the federalist concept of European integration. By 6 for the years (1970–1976) as a member of the European Commission, he was responsible for industrial policy and research scientific. In 1979 he was elected to the European Parliament. In the 1980s he played an important roles in the process of European integration by formulating the idea of strengthening the Treaties, called the Plan Spinelli. The plan did not gain the support of the national parliaments and was never implemented, it became but inspired by the Single European Act (1986), which created the single market within the EU.

45 Rezolucja projektu Traktatu ustanawiającego Unię Europejską, Dz.U. 1984 nr C 77, str. 53; Artykuł. 3 PTUE: U. C 77 z 1984 r., str. 53; art. 3 PTUE: „Artykuł 3 obywateli państw członkowskich są obywatelami Unii. Obywatelstwo Unii zależy od obywatelstwa państwa członkowskiego; nie może ono zostać niezależnie nabyte lub utracone. Obywatel Unii bierze udział w życiu politycznym Unii w formach przewidzianych w Traktacie, korzysta z przysługujących jej praw przyznane im przez system prawny Unii i podlegają jej prawu”.

46 J. H. H. Weiler., *The Jean Monnet Program*, European Union Jean Monnet Chair in cooperation with the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International law, Heidelberg, 24–27 February 2003 r., s. 7-8.

47 K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Constitutional law of the European Union*, London 2005, s. 542-543.

A little later, in 1990, the Council issued three directives which were merged into individual rights in the European Community. Freedom of movement (Article 18 EC), voting rights (Article 19 EC), and freedom of establishment (Article 19 EC). Right of information with regard to the EU institutions (Articles 21 and 255 TEC). In the section on civil law, the Charter of Fundamental Rights of the European Union also grants the right to 'good administration', which is closely linked to the third group (Article 41 CFR). The right to protection abroad by the diplomatic and consular authorities of other Member States also appears as a fourth element (Article 20 TEC). Union citizenship is not limited to these rights. It extends to all rights and obligations under Union law (Article 17(2) EC). It therefore covers the fundamental freedoms flowing from the constitutional traditions common to the Member States (Article 6 TEU) and the social rights which until now have mainly existed under secondary law<sup>48</sup>, to which the Charter of Fundamental Rights refers (Articles 27-38 of the CFR). However, the rights guaranteed by Articles 27-38 of the CFR, 18-21 EC, have a special symbolic value. In principle, only citizens enjoy complete freedom of movement. Similarly, the right to vote and to stand as a candidate in elections is usually reserved for Community citizens<sup>49</sup>.

The establishment of the European Ombudsman is correlated with European citizenship. The initiative to regulate European citizenship in the Treaty on European Union was launched by Felipe González<sup>50</sup> on 4 May 1990, by letter to the other members of the European Council. The Spanish delegation presented the plan for an Intergovernmental Conference on Political Union, one of the main parts of the concept being dedicated to citizenship 'The road to the European Union'. According to the Spanish vision, in addition to the adoption of the rights of citizens of the European Union, it should have been accompanied by the establishment of a body responsible for protecting those rights. The Spanish representatives proposed that European citizens should be guaranteed their rights by the possibility of petitions or complaints to the European Ombudsman, whose function would be to protect the rights of European citizens<sup>51</sup>. The Spanish concept of the European Ombudsman has been accepted by Denmark, a country where the ROP is very successful. It was also stated that in order to strengthen the democratic basis of Community cooperation, the body of the European Ombudsman should be set up under the auspices of the European Parliament.

<sup>48</sup> European Council, Rome, 14 and 15 December 1990 r., Presidency Conclusions Part 1, 2, 3, 4, s. 2-90.

<sup>49</sup> Dyrektywa 90/364/EWG w sprawie prawa pobytu, Dz.U. L 180, 26; Dyrektywa 90/365/EWG w sprawie prawa pobytu; Dyrektywa 90/366/EWG w sprawie prawa pobytu dla studentów.

<sup>50</sup> Felipe González Márquez (born 5 March 1942 in Dos Hermanas) – Spanish politician and lawyer, Secretary General of the Spanish Socialist Workers' Party (PSOE) between 1974 and 1997 (with a break in 1979), a long-time parliamentarian, from 1982 to 1996 Prime Minister of Spain.

<sup>51</sup> B. Mielnik, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wrocław 2000, s. 37.

The institution of the European Ombudsman was approved at political level by the European Parliament. At their meeting on 14 and 15 December 1990, the Heads of State and the Government of the Twelve States stated that attention should be paid to the possible institution of a mechanism for the defence of citizens' rights in relation to Community matters. In implementing such provisions, due account had to be taken in particular of the problems in certain Member States. A few months later, on 21 February 1991, the Spanish delegation submitted a new and more detailed proposal on European citizenship<sup>52</sup>. The proposal provides that European citizenship will be one of the three pillars of the European Union and the foundation of its democratic legitimacy.

The application consisted of 10 articles. While Articles 1-8 of the proposal concerned the substantive rights of European citizens, Article 9 concerned mechanisms to protect those rights. It was proposed that an ombudsman should be appointed in each Member State to assist European Union citizens to defend their rights in the Union before the administrative authorities of the Union and its Member States and to invoke such rights before the judicial authorities, either on their own account or on behalf of the persons concerned<sup>53</sup>.

In addition, the ombudsmen would also have the task of clarifying and supplementing the information available to Union citizens concerning their rights and the means at their disposal. At the same time, the Spanish delegation indicated that it was considering two other options: firstly, to entrust these functions to the European Ombudsman as an independent Union body or person accountable to the European Parliament, and secondly, to strengthen the activities of national ombudsmen by establishing an Ombudsman operating at European level. The creation of the European Ombudsman had to face reality, i.e., to coexist with the European Parliament's Committee on Petitions, the national ombudsmen and the European Parliament's Committee on Petitions. The Committee on Petitions of national parliaments had to respect their functioning and be careful not to jeopardise it<sup>54</sup>. The Luxembourg Presidency therefore issued its draft Treaty on European Union, which was characterised by the art of compromise. In this respect, the draft Treaty provided, for the first time, a legal basis in Community law for the right of petition to the European Parliament, which functioned as a custom. At the same time, citizens' rights to petition the European Parliament were restricted by introducing the condition that petitions to the European Parliament were admissible if they did not directly concern the petitioner as an individual. On the other hand, the draft Treaty provided for the creation of a European Agency for the Ombudsman,

<sup>52</sup> C. H. Church, D. Phinnemore, *The Penguin Guide to the European Treaties-From Rome to Maastricht, Amsterdam, Nice and beyond*, London 2002, s. 228.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

limiting its jurisdiction to the investigation of maladministration in relation to the activities of Community institutions, bodies or agencies.

The body of the European Ombudsman was established by the Maastricht Treaty (officially the Treaty on European Union) as part of the creation of citizenship of the European Union. The EU Treaty entered into force on 1 November 1993 following referendums in 12 Member States. Citizenship means that the institutions and bodies of the Union should be accountable to citizens, both through their elected representatives and through legal and administrative supervision mechanisms similar to those that exist at national level to control public authorities. The role of the European Ombudsman in ensuring good administration by the institutions and bodies of the European Union is particularly important as citizens have limited possibilities to bring actions directly before the Community courts. All national offices in the Member States and acceding countries are linked to the European Ombudsman through a liaison network, which ensures that complaints can, if necessary, be referred to the authority competent in their field of competence. The first European Ombudsman started his work in September 1995, but the Ombudsman's Office opened it on 8 April 1997. The European Ombudsman is based in Strasbourg.

## **Conclusion**

Original European integration related to the common market was, in principle, intended to unify politics, law and economic intergovernmental (internal) and international relations. Social satisfaction with the achievement of economic objectives did not allow for the extension of both vertical and horizontal integration. The lack of democratic legitimacy for the Community has contributed to the creation of „European citizenship“. By introducing citizens' rights into the legal order of the European Union, a body was also created to safeguard these rights. A European Ombudsman was therefore created to guard the rights of Member States' citizens at European Union level. As the European Ombudsman cannot order anyone to improve his or her behaviour, the Ombudsman's ability to solve problems is limited because he or she does not have the appropriate enforcement powers. The mandate of the European Ombudsman should be laid down in rules which are also binding on the administration of the institutions and bodies of the European Union. It is important that officials are required to cooperate in order to solve problematic situations.

## Bibliography

### Literature

- Arcimowicz J., *Rzecznik Praw Obywatelskich: aktor sceny publicznej*, Warszawa 2003.
- Baecz J. (red.), *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2004.
- Doliwa-Klepacka A., Doliwa-Klepacki Z. M., *Struktura organizacyjna (instytucjonalna) Unii Europejskiej*, Białystok 2009.
- Dubowski T., *Wysoki przedstawiciel unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa*, Białystok 2017.
- Garlicki L., *Ewolucja instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich w świecie współczesnym*, [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich*, red. L. Garlicki, Warszawa 1989.
- Gillingham J., *Coal, Steel, and the Rebirth of Europe, 1945–1955: The Germans and French from Ruhr Conflict to economic community*, Cambridge 1997.
- Grzybowski M., *Ombudsman w państwach nordyckich. Geneza, ewolucja i współczesne oblicze instytucji*, [w:] *Rzecznik Praw Obywatelskich*, red. L. Garlicki, Warszawa 1989.
- Ipsen H.P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Verlag 1972.
- Jackiewicz A., *Prawo do dobrej administracji w świetle Karty Praw Podstawowych*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 7.
- Klepacki K., *Instytucja ombudsmána na szczeblu lokalnym na przykładzie Wielkiej Brytanii – wybrane aspekty*, „Internetowy Przegląd Nauk o Administracji” 2018, nr 1(1).
- Legrand A., *Une institution universelle : L'ombudsman?*, “Revue internationale de droit compare” 1973, Vol. 25, No. 4.
- Lenaerts K., Van Nuffel P., *Constitutional law of the European Union*, London 2005.
- Liber M., *Duński Rzecznik Praw Obywatelskich*, „Studia Politicae Universitatis Silesiensis” 2005, nr 1.
- Mielnik B., *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, Wrocław 2000.
- Nugent N., *The Government and Politics of the European Union*, UK 2017.
- Opello W. C., *Portugal's New Ombudsman: A Preliminary Evaluation*, “Luso-Brazilian Review” 1981, Vol. 18, No. 2.
- Sadowski P., *Skarga do Rzecznika Praw Obywatelskich Unii Europejskiej*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2006, nr 7.
- Söderman J., *Convention on the Future of Europe*, “European Ombudsman Newsletter” 2003, nr 23.
- Söderman J., *A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman en Route*, “European Public Law” 1997, Vol. 3.
- Söderman J., *Good Administration: a Fundamental Right*, [w:] *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and Security Issues after Enlargement*, red. J. Apap, Northampton 2004.
- Söderman J., *Le citoyen, l'État de droit et le principe de transparence*, “Revue du droit de l'Union européenne” 2001, Vol. 4.

- Söderman J., *The Early Years of the European Ombudsman*, [w:] *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution*, Luxembourg 2006.
- Söderman J., *The role and the impact of the European Ombudsman in access to documentation and transparency of decisionmaking*, [w:] *Openness and Transparency in the European Union*, red. V. Deckmyn, I. Thompson, Maastricht 1998.
- Weiler J. H. H., *The Jean Monnet Program*, European Union Jean Monnet Chair in cooperation with the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg 2003.
- Zdanowicz M., *Wybór orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, Białystok 2007.
- Zubik M., *Księga XX-lecia Rzecznika Praw Obywatelskich w Polsce*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008.

### **Treaties**

- Jednolity Akt Europejski, Dziennik Urzędowy, L 169 z 29 czerwca 1987 r.
- Traktat o Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 202, 7 czerwca 2016 r.
- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 202, 7 czerwca 2016 r.
- Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 202 z 7 czerwca 2016 r.
- Traktat z Lizbony, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 306 z 17 grudnia 2007 r.

### **Jurisprudence**

- Sprawa 53/81 D. M. Levin v. Staatseckretaris van Justitie.
- Wyrok Trybunału z dnia 12 listopada 1969 r., Erich Stauder przeciwko Stadt Ulm – Sozialamt. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Verwaltungsgericht Stuttgart - Niemcy.
- Sprawa 29-69. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1969:57.
- Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 1974 r., Yvonne van Duyn przeciwko Home Office. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: High Court of Justice, Chancery Division – Zjednoczone Królestwo.
- Sprawa 41/74. ECLI identifier: ECLI:EU:C:1974:133.

### **Other documents**

- Dyrektywa 90/364/EWG w sprawie prawa pobytu, Dz.U. L 180, 26.
- Dyrektywa 90/365/EWG w sprawie prawa pobytu.
- Dyrektywa 90/366/EWG w sprawie prawa pobytu dla studentów.
- EUROPEAN COUNCIL, ROME, 14 and 15 DECEMBER 1990 r., PRESIDENCY CONCLUSIONS Part 1,2,3,4.
- The European Ombudsman., Office for Official Publications of the European Communities.



- Luxembourg, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005 ISBN 92-95022-85-8 Printed in Belgium.
- Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo., Publicado en BOE de 07 de Mayo de 1981.
- Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen sivilombudsmannsloven., Justis-og beredskapsdepartementet 1962.
- Meeting of the Heads of State or Government the Hague 1-2 december 1969 r.
- The Netherlands National Ombudsman Act., Act of 4 February 1981 (Bulletin of Acts and Decrees 1981, 35), most recently amended by Act of Parliament of 12 May 1999 (Bulletin of Acts and Decrees 1999, 214).
- Towards European citizenship, Implementation of point 10 of the final communique issued at the European Summit held in Paris on 9 and 10 December 1974 r., Report presented by the Commission to the Council on 3 July 1975 r. Bulletin of the European Communities, Supplement 7/75.
- Organy ochrony prawnej w wybranych krajach Unii Europejskiej, Biuro Analiz i Dokumentacji, Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych, Kancelaria Senatu, Marzec 2011 r.
- On 2 December 1969, in the Final Communiqué from the Hague Summit, the Heads of State or Government of the Six declare their determination to pursue the aim of the unification of Europe and to strengthen the European Communities.
- Report drawn up on behalf of the Legal Affairs Committee on the appointment of a Community Ombudsman by the European Parliament, 6 April 1979 (PE 57.508/fin.). Rapporteur: Sir Derek Walker-Smith
- Rezolucja projektu Traktatu ustanawiającego Unię Europejską, Dz.U. 1984 nr C 77.
- Säädösmuutosten hakemisto: Suomen Hallitusmuoto (94/1919), Helsingissä 17 päivänä heinäkuuta 1919 r.
- Suomen perustuslaki., Eduskunnan päätöksen mukaisesti, joka on tehty valtiopäiväjärjestyksen 67 §: ssä määrättyllä tavalla, säädetään: 11.6.1999/731.
- Sweriges rikets grundlagar och konstitutionella institutioner [1809-1841], samt Norriges grundlag [1814]. Med. ett fullständigt register öfver Svenska Grundlagarne och Riks-Akten, Örebro 1842 r.
- Vigencia desde 27 de Mayo de 1981. Revisión vigente desde 05 de Noviembre de 2009.

## SUMMARY

### Origin of the European Ombudsman

The institution of the Ombudsman was formally established for the first time in Sweden in 1809. The main idea behind the establishment of this institution was to control the activities of the state administration and to recognise the complaints of people affected by the illegal and harmful activities of state bodies. However, the idea to establish this institution was not new, because in the history of Swedish law, this institution has already had its achievements. It was not until 1809 that such an Ombudsman was elected for the first time in the Swedish Parliament, by secret ballot, as an independent body. Until 1917, the Kingdom of Sweden was the only country in the world to have the institution of the Ombudsman. Also in the same year Finland, having gained independence from Russia, established the Ombudsman's Office according to Swedish solutions. Then, in the 1950s, the Kingdom of Denmark was the next country to establish the Ombudsman's body. Following the development of the Ombudsman's institution in the Scandinavian countries and the subsequent process of democratisation of social life, the Ombudsman institution was established in 1987 in Poland. Today, even within the European Union, the European Ombudsman functions as an institution for the extra-judicial control of the activities of the bodies and agencies of the European Union. The function of bodies such as the European Ombudsman is to ensure that citizens' rights are actually respected. The European Ombudsman strengthens the rule of law in the European Union and complements the role of the courts by providing opportunities for low-cost, accessible individual redress and, on the other hand, complements the representative function of the European Parliament by becoming a centre for independent critical assessment and improvement of the quality of the European administration. The rule of law serves to maintain the EU system as a supranational system. It is the construction of the integration axis. When there is a lack of trust in the community in this respect, it begins to be treated differently. It is therefore important that the European Ombudsman fulfils his Treaty obligations effectively.



**Daniel Milewski**

Warszawska Wyższa Szkoła Biznesu  
e-mail: daniel.milewski@wwsb.edu.pl

ORCID: 0000-0002-0023-7118

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.20

## **Rola Kongresu haskiego w procesie powstawania Rady Europy i kształtowania prawnych uwarunkowań jej działalności**

### **ABSTRAKT**

Artykuł ma na celu przedstawienie okoliczności i rezultatów kluczowego dla integracji europejskiej wydarzenia, jakim był zwołany w 1948 r. Kongres haski, a także zaprezentowanie wpływu jego postanowień na proces powstawania Rady Europy i kształtowanie prawnych uwarunkowań jej funkcjonowania. W artykule opisano poszczególne wydarzenia, które wpisują się w podejmowane po II wojnie światowej działania integracyjne na Starym Kontynencie, umieszczając pośród nich i szczególnie omawiając charakterystykę Kongresu Europejskiego w Hadze. Korzystając z treści przyjętych wówczas rezolucji, dokonano analizy okoliczności i argumentów przemawiających za rozwiązaniami wdrożonymi w następnych latach. Artykuł ukazuje liczne postanowienia Kongresu haskiego, które znalazły swoje odzwierciedlenie na drodze podejmowanej w jego następstwie integracji europejskiej. Analiza ustaleń podjętych w 1948 roku oraz zrozumienie ich aksjologicznego tła pozwalają lepiej zrozumieć genezę licznych instytucji oraz procesów mających wpływ na kształtowanie kultury prawnej Europy w ostatnich kilkudziesięciu latach. Ponadto, w artykule został zaprezentowany szeroki katalog postaci uczestniczących w organizacji Kongresu haskiego wraz z ich afiliacją odwołującą się do różnych poglądów na zakres integracji. Dzięki odwołaniu do teksów źródłowych oraz literatury ukazującej okoliczności powstania Rady Europy można pełniej zrozumieć podstawy jej misji w zakresie umacniania stabilności demokratycznej i rządów prawa na kontynencie.

Wreszcie, dzięki odniesieniu podstaw prawnych funkcjonowania Rady Europy do opisu historii jej powstania, artykuł daje odpowiedź na pytanie, dlaczego organizacja ta obrała charakterystyczny dla siebie sposób funkcjonowania i metody oddziaływania na systemy prawne państw członkowskich.

### ABSTRACT

#### **The role of the Hague Congress in the process of establishing the Council of Europe and shaping the legal conditions of its activity**

The paper aims to present the circumstances and results of the event of crucial importance for European integration, which was the Hague Congress convened in 1948, as well as to present the impact of its resolutions on the process of laying the foundation for the Council of Europe and shaping the legal conditions for its functioning. The paper describes different events that are part of the integration actions undertaken on the Old Continent after World War II, including and discussing in detail the characteristics of the Congress of Europe in The Hague. On the basis of the resolutions adopted at that time, the paper analyses the circumstances and arguments in favour of the solutions put in place in the following years. The article indicates the numerous provisions of the Hague Congress resolutions which have been implemented in the process of the subsequent European integration. The description and the axiological background of the decisions made in 1948 allow a better understanding of the origins of the many institutions and processes that influenced the shaping of Europe's legal culture over the past few decades. In addition, the article presents a broad catalogue of the figures involved in the organisation of the Hague Congress, together with their affiliation with the different views on the scope of integration. The references to source texts and literature highlighting the background of the creation of the Council of Europe make it possible to understand more fully the basis for its mission concerning the strengthening of the democratic stability and the rule of law on the continent. Ultimately, by linking the legal bases of the functioning of the Council of Europe with a description of the foundations on which it was created, the article gives us an answer to the question of why the Council of Europe has developed its own *modus operandi* and its own methods of influencing the legal systems of the Member States.

**Słowa kluczowe:** kongres haski, Kongres Europejski, Rada Europy, Ruch Europejski, traktat londyński, integracja europejska

**Key words:** Hague Congress, Congress of Europe, Council of Europe, European Movement, Treaty of London, European integration

## Wprowadzenie

Powojenna historia zaowocowała doniosłym z dzisiejszej perspektywy procesem integracji europejskiej. Polityczny podział Starego Kontynentu i działania zimnowojenne spowodowały, że pod koniec lat czterdziestych XX wieku przywódcy państw zachodnich poszukiwali sposobów współpracy, zarówno na gruncie militarnym, jak też przede wszystkim politycznym. Traktat brukselski z marca 1948 r. powoływał Unię Zachodnią o celach wojskowych, przekształconą w 1954 r. w Unię Zachodnioeuropejską. Traktat o Współpracy Ekonomicznej, Społecznej i Kulturalnej oraz Zbiorowej Samoobronie (ang. *Treaty of Economic, Social, and Cultural Collaboration and Collective Self-defense*), bo tak brzmiała jego pełna nazwa, jako pierwsza w powojennej Europie umowa tworząca organizację międzynarodową o celach z zakresu obronności utorowała drogę do powstania w kolejnym roku Organizacji Paku Północnoatlantyckiego (NATO). Poza sprawami dotyczącymi bezpieczeństwa militarnego w traktacie znalazły się kwestie o charakterze ekonomicznym i socjalnym. W kwietniu 1948 r. celem koordynowania sprawnego funkcjonowania planu Marshalla i stabilizacji kursu waluty powołano do życia Organizację Europejskiej Współpracy Gospodarczej (ang. *Organization for European Economic Co-operation*, OEEC), która w 1961 r. została przekształcona w Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD).

Maj 1948 r. zaowocował zorganizowanym przez Józefa Retingera oraz Duncana Sandysa Kongresem Europejskim w Hadze. Było to spotkanie przedstawicieli 25 państw (m.in. polityków, ludzi kultury, przywódców religijnych, filozofów, prawników, przedsiębiorców, historyków oraz dziennikarzy), na którym pod przewodnictwem Winstona Churchilla omówiono ideę i sposoby integracji europejskiej. Owocami Kongresu haskiego było utworzenie Rady Europy (maj 1949) oraz Ruchu Europejskiego (październik 1948). To drugie przedsięwzięcie, nazywane także Międzynarodowym Ruchem Europejskim, jest stowarzyszeniem pozarządowym (zrzeszającym organizacje), którego celem są działania wspierające integrację europejską i prowadzenie działalności informacyjnej oraz edukacyjnej. Liderzy i działacze tej organizacji aktywnie wspierali tworzenie Rady Europy, a później także integrację państw członkowskich Wspólnot Europejskich oraz Unii Europejskiej. Zawdzięczamy im także utworzenie m.in. Kolegium Europejskiego w Brugii.

Traktat paryski<sup>1</sup> z kwietnia 1951 r. utworzył Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, a Traktaty rzymskie z 1957 r. powoływały Europejską Wspólnotę

<sup>1</sup> Został podpisany w Paryżu 18 kwietnia 1951 r. przez sześć państw: Francję, RFN, Włochy, Belgię, Holandię i Luksemburg. Wszedł w życie 23 lipca 1952 r. i został zawarty na okres 50 lat, tym samym wygasł 23 lipca 2002 r.

Gospodarczą (której bezpośrednią następczynią jest Unia Europejska) oraz Europejską Wspólnotę Energii Atomowej. W traktatach rzymskich znalazła się też umowa<sup>2</sup> dotycząca instytucji tych trzech wspólnot oraz ich kompetencji. Powołano m.in. jedno wspólne Europejskie Zgromadzenie Parlamentarne, które zastąpiło funkcjonujące w ramach Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali Wspólne Zgromadzenie, a od 1962 r. nosi nazwę Parlamentu Europejskiego. Historia integracji europejskiej widziana z perspektywy formowania się Unii Europejskiej jest zagadnieniem dobrze i szeroko opisanym w literaturze. Powyższe kalendarium ma za zadanie jedynie wskazać kluczowe momenty i akty prawne wypełniające przestrzeń współpracy międzynarodowej w Europie po II wojnie światowej. Warto jednak powrócić do omówienia przebiegu i efektów Kongresu haskiego, ponieważ integracja europejska opisywana przez pryzmat powstawania Rady Europy jest w nauce przedmiotem znacznie słabiej opisanym.

### Kongres haski kamieniem węgielnym integracji europejskiej

Na kongresie haskim, będącym dla wielu pierwszym w Europie istotnym wydarzeniem o charakterze federacyjnym, poza 750 delegatami z różnych części kontynentu obecni byli obserwatorzy m.in. ze Stanów Zjednoczonych oraz Kanady. Bardzo charakterystycznym elementem tego międzynarodowego wydarzenia był fakt, że nie było ono inspirowane przez oficjalne organy państwowe. Za jego organizację odpowiadał Międzynarodowy Komitet Ruchów na rzecz Jedności Europejskiej (ang. *International Committee of the Movements for European Unity* – ICMEU) powołany 11 listopada 1947 r. w Paryżu. Jego zadaniem było ujednoczenie postulatów i stworzenie platformy współpracy dla tworzących się w różnych miejscach kontynentu oddolnych pozarządowych ruchów proeuropejskich. Wśród grup, które weszły w skład ten inicjatywy wymienić należy:

- a) Unię Europejskich Federalistów (*Union of European Federalists* – UEF), której przewodził Hendrik Brugmans<sup>3</sup>;
- b) Ruch Zjednoczonej Europy (*United Europe Movement*) pod przywództwem Winstona Churchilla<sup>4</sup>;
- c) Niezależną Ligę na rzecz Współpracy Europejskiej (*Independent League for European Cooperation* – ILEC) kierowaną przez Paula van Zeelanda<sup>5</sup>;

<sup>2</sup> Konwencja o niektórych wspólnych instytucjach Wspólnot Europejskich.

<sup>3</sup> Hendrik Brugmans (1906–1997) – holenderski polityk socjalistyczny, naukowiec, działacz ruchu na rzecz integracji europejskiej, założyciel i pierwszy rektor Kolegium Europejskiego w Brugii.

<sup>4</sup> Winston Churchill (1874–1965) – brytyjski polityk, dwukrotny premier Zjednoczonego Królestwa, jako jeden z wybitniejszych zwolenników integracji europejskiej w 1946 r. zaznaczył, że „musimy budować pewnego rodzaju Stany Zjednoczone Europy”.

<sup>5</sup> Paul van Zeeland (1893–1973) – belgijski polityk katolicki, ekonomista, premier Królestwa Belgii.



- d) Francuską Radę na rzecz Zjednoczonej Europy (*French Council for a United Europe*), na czele której stał Raoul Dautry<sup>6</sup>,
- e) Nowe Zespoły Międzynarodowe (*Nouvelles Équipes Internationales – NEI*) prowadzone przez Roberta Bicheta<sup>7</sup>.

Do ICMEU dołączyła później także Europejska Unia Parlamentarna (*European Parliamentary Union – EPU*) kierowana przez Richarda von Coudenhove-Kalergi<sup>8</sup>. Na czele ICMEU stanął Duncan Sandys<sup>9</sup>. Sekretarzem Generalnym został Józef Retinger<sup>10</sup>. Siedzibę Międzynarodowego Komitetu Ruchów na rzecz Jedności Europejskiej ulokowano w Londynie, natomiast w Paryżu otwarto dodatkowe biuro łącznikowe. Powołano komitet organizacyjny wielkiego kongresu, jaki planowano wówczas pilnie zwołać. Przygotowania prowadzone były w sposób niezależny od rządów oraz innych oficjalnych władz państw europejskich. Pragnieniem organizatorów było, by udział w tej konferencji wzięli Europejczycy reprezentujący partie polityczne i grupy społeczne. Stawiano sobie za cel zaangażowanie czołowych europejskich postaci na rzecz jedności na kontynencie. W zamiarach federalistów widoczne było dążenie do przekształcenia takiego pankontynentalnego zgromadzenia w rodzaj „Stanów Generalnych” Europy. Na tym tle, mającym także swoje podłoże w sporze ideowym pomiędzy konserwatystami a środowiskami socjaldemokratycznymi, dochodziło do największych napięć wśród organizatorów, a następnie uczestników Kongresu haskiego.

Dla ukierunkowania prac powołano już na wstępie trzy komisje pomocnicze. Komisji Politycznej przewodził Paul Ramadier<sup>11</sup>, a Komisji Społecznej Paul van Zeeland. Pracami Komisji Kultury kierował Salvador de Madariaga<sup>12</sup>. Prace tych komisji były wspierane seriami spotkań przygotowawczych z ekspertami oraz przywódcami politycznymi. W styczniu 1948 r. powołano komisje koordynujące i przygotowujące, których zadaniem było opracowanie projektów uchwał, mających być podstawą do dyskusji podczas obrad Kongresu haskiego.

Od 7 do 11 maja 1948 r. przedstawiciele różnych opcji politycznych wspólnie omawiali możliwości i idee współpracy europejskiej. Wezwali do stworzenia politycznej, gospodarczej i monetarnej Unii Europy. Choć zdaje się,

<sup>6</sup> Raoul Dautry (1880–1951) – francuski inżynier, polityk i przedsiębiorca, minister odbudowy i rozwoju urbanistycznego w rządzie Charles’a de Gaulle’a.

<sup>7</sup> Robert Bichet (1903–2000) – francuski polityk, samorządowiec i parlamentarzysta, wiceprzewodniczący Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy.

<sup>8</sup> Richard von Coudenhove-Kalergi (1894–1972) – austriacki polityk i filozof, twórca paneuropeizmu, jako pierwszy zaproponował użycie „Ody do Radości” Beethovena jako hymnu europejskiego.

<sup>9</sup> Duncan Sandys (1908–1987) – brytyjski polityk, parlamentarzysta i wielokrotny minister w różnych rządach.

<sup>10</sup> Józef Retinger (1888–1960) – polski polityk, emisariusz polityczny, aktywny uczestnik licznych inicjatyw mających na celu integrację europejską.

<sup>11</sup> Paul Ramadier (1888–1961) – francuski polityk socjalistyczny, pierwszy premier rządu IV Republiki.

iz dziś dorobek Kongresu haskiego jest niedoceniany, to można z pełną odpowiedzialnością określić go mianem historycznej i przełomowej konferencji będącej kamieniem węgielnym europejskiej integracji. Kongres haski nakreślił jak zbudowana ma być struktura i określił rolę organizacji, którą dziś znamy jako Radę Europy. To tam powstały założenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Dwa miesiące później, 20 lipca 1948 r. na spotkaniu ministrów Unii Zachodniej francuski minister spraw zagranicznych w rządzie Schumana Georges Bidault zgłosił propozycję powołania Zgromadzenia Europejskiego, z której to koncepcji bezpośrednio powstała następnie Rada Europy i działające w jej ramach główne organy statutowe: Komitet Ministrów i Zgromadzenie Parlamentarne (w Statucie i pierwszych latach działalności nazywane Zgromadzeniem Doradczym). Poddał także pomysł unii celnej i gospodarczej, który w następnej dekadzie zaowocował powstaniem trzech Wspólnot Europejskich. Zwolennicy tego, co zostało przedstawione jako Zgromadzenie Europejskie, byli na Kongresie haskim postrzegani jako federaliści (m.in. przedstawiciele Francji i krajów Beneluksu). Skupiona wokół Brytyjczyków opozycja, sceptyczna wobec tej federacyjnej koncepcji, postulowała utworzenie wspólnego organu międzyrządowego z bardziej ograniczonymi kompetencjami. Ostatecznie dalsze prace oparto w znacznej mierze na postulatach federalistów postulowała utworzenie wspólnego organu międzyrządowego z bardziej ograniczonymi kompetencjami. Ostatecznie dalsze prace oparto w znacznej mierze na tej pierwszej koncepcji.

## Główne ustalenia Kongresu haskiego

Kongres haski przyjął trzy fundamentalne dla europejskiej integracji rezolucje: polityczną, kulturalną i gospodarczo-społeczną<sup>13</sup>. W Rezolucji Politycznej wzywającej do zjednoczenia Europy<sup>14</sup> Kongres haski uznał, że pilnym obowiązkiem narodów Europy jest stworzenie unii gospodarczej i politycznej mającej na celu zapewnienie bezpieczeństwa i postępu społecznego. Z uznaniem odnotowano dotychczasowe działania rządów niektórych państw europejskich zmierzające do wielostronnej współpracy, jednak wobec ówczesnych wyzwań postulowano bardziej systemowe rozwiązania. Tekst Rezolucji Politycznej doskonale oddaje warunki, w jakich żyli mieszkańcy ówczesnej Europy zranieni konsekwencjami II wojny światowej, czyli wśród zniszczeń spowodowanych

<sup>12</sup> Salvador de Madariaga (1886–1978) – hiszpański dyplomata, współzałożyciel Kolegium Europejskiego, przewodniczący międzynarodówki skupiającej partie liberalne.

<sup>13</sup> Zob. *Congrès de l'Europe, La Haye, 7–11 mai 1948*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1999.

<sup>14</sup> *Congress of Europe: The Hague – May, 1948: Resolutions*, International Committee of the Movements for European Unity, London – Paris 1948.

sześcioma latami wojny i okupacji, obliczu spadku światowej produkcji żywności, zniszczonych zdolności produkcyjnych, rosnącego zadłużenia oraz niekorzystnych zmian w siłach rządzących gospodarką. Temu wszystkiemu towarzyszyły do niedawna nieproporcjonalnie wysokie wydatki militarne.

Choć Organizację Narodów Zjednoczonych uznano za wystarczająco silną, by zapewnić prawo i porządek, to wobec powyższych okoliczności stanowiących bezprecedensowe zagrożenie dla pomyślności oraz bezpieczeństwa narodów Europy postanowiono, że władze państw winny podążyć w kierunku ścisłej współpracy i utrzymywania jedności. W myśl Rezolucji Politycznej te dążenia należało oprzeć na czterech filarach:

- a) delegacji i scalenia na szczeblu europejskim części kompetencji państwowych;
- b) powołaniu Zgromadzenia Europejskiego;
- c) ogłoszeniu Karty Praw Człowieka;
- d) ustanowieniu Sądu Najwyższego / Trybunału Sprawiedliwości.

Zadeklarowano iż nadszedł czas, w którym narody europejskie muszą przekazać i scalić w jednym ośrodku część swoich suwerennych praw celem ochrony wspólnych działań politycznych i gospodarczych na rzecz integracji oraz właściwego rozwoju wspólnych zasobów. Podkreślono, że wszelka „Unia lub Federacja Europy” powinna mieć na celu ochronę tworzących ją narodów. Jej podstawową cechą miała być z jednej strony wolność od zewnętrznej kontroli przy jednoczesnym braku „skierowania jej” przeciwko jakiemukolwiek innemu narodowi. Kluczowym zadaniem Zjednoczonej Europy miało być stopniowe ustanawianie demokratycznego systemu społecznego opartego na „uwalnianiu ludzi z wszelkich typów niewolnictwa i niebezpieczeństwa ekonomicznego”.

Co do pomysłu powołania Zgromadzenia Europejskiego uczestnicy Kongresu haskiego, wobec dostrzeżenia pilnej potrzeby, zażądali zwołania tego typu ciała wyłonionego przez parlamenty uczestniczących państw (spośród członków tych parlamentów lub spoza ich składów). Wśród zadań postulowanych dla Zgromadzenia Europejskiego wymieniono:

- a) wyrażanie stanowisk wobec europejskiej opinii publicznej;
- b) doradztwo w zakresie działań mających doprowadzić do powstania w Europie unii o charakterze gospodarczym i politycznym;
- c) rozpatrywanie możliwych implikacji prawnych (w tym konstytucyjnych) będących efektem powołania takiej „Unii lub Federacji” oraz tego gospodarczo-społecznych konsekwencji;
- d) przygotowywanie planów potrzebnych do realizacji powyższych propozycji.

Już pośród uczestników Kongresu haskiego, co znalazło swoje odzwierciedlenie w końcowej rezolucji, panowało przekonanie o doniosłości idei, o której z dzisiejszej perspektywy wiadomo, że została zrealizowana. Podczas Kongresu

haskiego wysunięto pogląd, że postulowana „Unia lub Federacja” powinna być otwarta dla wszystkich demokratycznych państw europejskich, które zobowiążą się do przestrzegania „Karty Praw Człowieka”. Jej wypełnieniem jest Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, czyli Europejska konwencja praw człowieka, a przystąpienie do tego traktatu jest dziś warunkiem członkostwa w Radzie Europy. W tym postulatcie sformułowanym na Kongresie haskim znajduje się załączek tego, co dziś jest kwintesencją dorobku Rady Europy. W rezolucji postulowano bowiem zwołanie komisji, która z jednej strony miała opracować „Kartę Praw Człowieka”, a z drugiej zebrać standardy, jakich musi przestrzegać każde państwo chcące zasługiwać na miano państwa demokratycznego. Jednocześnie zastrzeżono już na wstępie, że państwo nie może w żadnych okolicznościach nazywać się demokratycznym, jeśli nie zapewnia wolności poglądów, zgromadzeń i wypowiedzi, jak również prawa do tworzenia opozycji politycznej. W myśl uczestników Kongresu haskiego na straży postanowień tworzonej „Karty Praw Człowieka” winien stanąć „Trybunał Sprawiedliwości”. W rezolucji podkreślono, że w interesie wartości ludzkich i wolności człowieka Zgromadzenie Europejskie powinno stworzyć propozycję powołania takiego sądu, który posiadałby kompetencje do egzekwowania wykonywania postanowień „Karty Praw Człowieka”. Założenie towarzyszące temu pomysłowi od samego początku przewidywało możliwość zwrócenia się do tego sądu przez każdego z obywateli stowarzyszonych państw. W myśl rezolucji skarga taka możliwa do wniesienia w każdym czasie dotyczyć winna naruszenia jakichkolwiek praw gwarantowanych postanowieniami „Karty Praw Człowieka”. Również w rezolucji podnoszącej kwestie kultury znalazło się odniesienie do idei „Karty Praw Człowieka” oraz „Sądu Najwyższego” mającego gwarantować te prawa. Uczestnicy Kongresu haskiego scharakteryzowali go w tym miejscu jako sąd o „jurysdykcji ponadpaństwowej do którego mogą odwoływać się obywatele i grupy”. W tekście Rezolucji Politycznej wyrażono także potrzebę wspierania przez postulowaną „Unię lub Federację” zapewniania przez państwa europejskie postępu gospodarczego, politycznego i kulturalnego wśród ludności zrzeszonych z nimi zamorskich terytoriów. Rezolucja Polityczna kończy się deklaracją wyrażającą przekonanie, że „powstanie Zjednoczonej Europy jest istotnym elementem tworzenia zjednoczonego świata”.

Drugi z wypracowanych dokumentów końcowych Kongresu haskiego, czyli Rezolucja Kulturalna w szczególności rekomendująca powołanie Europejskiego Centrum Kultury wyraża przekonanie, że „Unia Europejska” przestała być ideą utopijną, a stała się koniecznością, możliwą do stworzenia tylko w oparciu o autentyczną jedność. Ponadto, w rezolucji tej został zawarty postulat powołania instytutu działającego na rzecz dzieci i młodzieży. Idea utworzenia obydwu tych podmiotów pomocniczych opiera się na przeświadczeniu, że pomimo

różnic narodowych, ideologicznych i religijnych, możliwa jest prawdziwa jedność czerpiąca ze źródła wspólnego dziedzictwa chrześcijańskiego oraz innych duchowych i kulturowych wartości, a także wzajemnej lojalności wobec podstawowych praw człowieka, a w szczególności wolności przekonań i wypowiedzi. Uczestnikom Kongresu haskiego przyświecała wiara w to, że wysiłki na rzecz zjednoczenia muszą być trwałe i wynikać z „przebudzenia sumienia Europy”. Dostrzegali oni potrzebę prowadzenia za pośrednictwem środków masowego przekazu polityki informacyjnej na ten temat.

Działająca już wówczas w ramach ONZ wyspecjalizowana agencja UNESCO (Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury) została przez uczestników Kongresu haskiego uznana za na tyle szeroką pod względem zakresu swojej działalności, a instytucje krajowe tak ograniczone, że niezbędnym wydawało się powstanie w tym obszarze instytucji na szczeblu europejskim. Powołano się przy tym na art. 3 traktatu brukselskiego, w którym wzywa się partycypujące w nim rządy do promowania wymiany kulturalnej. Zalecono więc kontynuację prac po zamknięciu Kongresu haskiego, celem rozważenia szczegółów działalności postulowanego Europejskiego Centrum Kultury. Miało to być ciało niezależne od jakiegokolwiek rządowego nadzoru mające na celu wyrażanie „głosu Europy”. Wśród zadań Europejskiego Centrum Kultury autorzy rezolucji końcowych Kongresu haskiego ujęli:

- a) promowanie świadomości jedności europejskiej za pośrednictwem wszelkich środków masowego przekazu (poprzez prasę, publikacje, radio i film), a także z wykorzystaniem instytucji oświatowych oraz studentów i pracowników akademickich;
- b) organizowanie miejsca do spotkań liderów opinii, tak by mogli wyrażać autentycznie europejski punkt widzenia na podejmowane tematy o zasadniczym znaczeniu dla życia kontynentu, wyjaśniać je opinii publicznej i poddawać rządów propozycje działań;
- c) czuwanie nad zachowaniem w użyciu języka, używanego wówczas w dyskusji, posiadającego koncyliacyjny charakter umożliwiający poszukiwanie porozumienia;
- d) czuwanie nad zapewnianiem każdemu z obywateli prawa do pozyskiwania prawdziwych informacji, niepoddanych niczyjej interpretacji i żadnym komentarzom, a także pilnowanie, by to prawo było obywatelom gwarantowane przez rządy bez jakiegokolwiek presji;
- e) zachęcanie do swobodnego przepływu idei, literatury i dzieł sztuki pomiędzy państwami;
- f) ułatwianie koordynacji badań naukowych nad stanem ludzkości w XX w., szczególnie w sferach nauczania, psychologii, filozofii, socjologii oraz prawa;

- g) wspieranie wszelkich starań na rzecz stowarzyszenia uniwersytetów europejskich oraz zagwarantowania ich wolności od nacisków państwowych lub politycznych.

W opinii uczestników Kongresu haskiego przyszłość Europy zależała wówczas od nadchodzącego pokolenia, a w gestii rodziców i nauczycieli leżało ukształtowanie jego fizycznego, moralnego i intelektualnego charakteru. W tym celu zalecono powołanie „Europejskiego Instytutu na rzecz Spraw Dzieci i Młodzieży” (ang. *European Institute for Childhood and Youth Questions*), który miałby koordynować wysiłki zmierzające do rozwiązywania bieżących problemów takich, jak żywienie dzieci, budowanie ich charakterów, resocjalizacja młodocianych przestępców, rehabilitacja i adopcja sierot wojennych, apatrydów czy dzieci porzuconych. Ponadto, wśród zadań Instytutu znaleźć się miało zachęcanie do wymian młodzieży europejskiej przez zaspokajanie związanych z tym potrzeb finansowych i kwaterunkowych umożliwiających naukę, zdobywanie praktyki oraz podróże.

Rezolucja Gospodarcza i Społeczna określająca cele zjednoczonej Europy rozeznawała ówczesną sytuację na starym kontynencie. Została ona przez uczestników Kongresu haskiego określona mianem „wielkiego kryzysu oraz wielkiej szansy”. Jak zauważono, wojna zniszczyła stary system gospodarczy, a bez nadziei wydawały się próby odbudowy przez kraje swoich gospodarek za pomocą dawnych metod. W nowych warunkach Europa mogła ich zdaniem osiągnąć pożądaną standard życia, jeśli zasoby przemysłowe i naturalne będą rozwijane w wymiarze kontynentalnym. W opinii uczestników kongresu było to możliwe do osiągnięcia jedynie przy równoczesnej i towarzyszącej temu procesowi polityce rozwoju oraz coraz ściślejszej unii politycznej. Nie widziano innej szansy, jak tylko zjednoczenie, jeśli Europa chciała odzyskać i utrzymać utracony dobrobyt oraz na nowo dowieść swojej gospodarczej niezależności. Wiedzano bowiem, że istniejąca wówczas okazja do budowania nowej i lepszej Europy możliwa jest dzięki hojnej pomocy Stanów Zjednoczonych. Jednak, by ją wykorzystać uczestnicy Kongresu haskiego widzieli potrzebę „wspólnej pracy Europejczyków na rzecz wspólnego planu rozwoju siły ekonomicznej Kontynentu”.

Podczas Kongresu haskiego zwrócono szczególną uwagę na fakt, iż potrzeby związane z rozwojem ekonomicznym muszą być zgodne z integralnością osoby ludzkiej. W organizacjach gospodarczych winien istnieć czytelny podział obowiązków. By zapobiegać tendencjom do totalitaryzmu oraz dla zapewnienia niezależności ekonomicznej jednostek, „pracownicy oraz reprezentujące ich organizacje powinny być ściśle włączone w tworzenie oraz rozwijanie gospodarki Zjednoczonej Europy”. Według wyrażonej w rezolucji opinii żaden wysiłek zmierzający do odbudowy gospodarki europejskiej opartym na sztywnym podziale narodowej suwerenności nie może zakończyć się sukcesem. Tym samym podkreślono pilną potrzebę istnienia w Europie unii gospodarczej. Wyrażono



oczekiwanie, że wszystkie zainteresowane rządy powinny wyrazić swoją determinację w promowaniu idei jej powstania oraz powziąć zmierzające ku temu działania. Oparto je na następujących obszarach: handlu, walucie, produkcji, pracy. Za kluczowe uznano stopniowe i sukcesywne znoszenie (wynikających z ograniczeń w imporcie oraz eksporcie) przeszkód w handlu wewnątrz tworzonej Unii oraz ograniczanie (dążenie do całkowitego zniesienia) należności celnych w handlu pomiędzy państwami członkowskimi.

## Wdrażanie postanowień Kongresu haskiego

Po Kongresie haskim grupa, która go przygotowywała (ICMEU), podjęła się przełożenia zaleceń wynikających z przyjętych uchwał na praktyczne działania. Delegacje poszczególnych środowisk zwracały się w tym zakresie się do polityków w swoich państwach. Sam Międzynarodowy Komitet Ruchów na rzecz Jedności Europejskiej przekształcił się w Ruch Europejski. Działaniami, do których przyczynił się on w następstwie ustaleń Kongresu haskiego było powołanie Rady Europy, a następnie pod jej auspicjami przyjęcie Europejskiej konwencji praw człowieka oraz utworzenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także powstanie Kolegium Europejskiego w Brugii oraz Europejskiego Centrum Kultury w Genewie. W późniejszym czasie Ruch Europejski był aktywnym orędownikiem powołania Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali czy samej Unii Europejskiej przez prace na rzecz przyjęcia Traktatu z Maastricht.

Każda organizacja międzynarodowa ma u swoich podstaw zgodną wolę państw, która najczęściej potwierdzona jest w formie wielostronnego traktatu. Jak zaznaczał K. Lankosz: „statuty organizacji międzynarodowych w porównaniu z tradycyjnymi umowami wielostronnymi wykazują wiele cech specyficznych. Już same prace przygotowawcze do zawarcia umowy tworzącej organizację międzynarodową przebiegają zazwyczaj w odmienny sposób niż przy zawieraniu innych umów. Inaczej regulowane są, zarówno przez prawo pozytywne, jak i praktykę, takie sprawy jak warunki wejścia w życie, zastrzeżenia, procedura rewizji i reguły interpretacji. W przeciwieństwie do zwykłych traktatów wielostronnych, statuty nie tylko regulują wzajemne prawa i obowiązki państw-sygnatariuszy, ale przede wszystkim tworzą nową wspólną instytucję, mającą służyć rozwiązywaniu i regulowaniu określonych w statucie spraw. (...) Znamienne jest, że te utworzone z woli państw instytucje mają swoje organa, nieraz samo je tworzą i poprzez nie uczestniczą czynnie w stosunkach międzynarodowych”<sup>15</sup>.

Różnice zdań, tak pośród samych inicjatorów idei jedności europejskiej, jak również te, które powstały na oficjalnych poziomach rządowych, spowodowały,

<sup>15</sup> K. Lankosz, *Interpretacja statutów organizacji międzynarodowych*, Kraków 1985, s. 33-34.



że powołanie do życia Rady La Revue des Droits Europy nastąpiło dopiero w rok po obradach Kongresu haskiego. Nad szczegółowymi rozwiązaniami dotyczącymi struktury nowopowolywanej organizacji pracowała w tym czasie grupa złożona z delegatów państw (ambasadorów) w ramach Komisji Stałej Traktatu brukselskiego (z Wielkiej Brytanii, Belgii, Francji, Holandii i Luksemburga) wraz z przedstawicielami Danii, Włoch, Szwecji, Norwegii i Irlandii. Do tych prac włączono także reprezentantów Ruchu Europejskiego. Statut Rady Europy, jako umowa międzynarodowa, został podpisany 5 maja 1949 r. przez dziesięć państw w pałacu św. Jakuba w Londynie. Porozumienie to, zwane także traktatem londyńskim<sup>16</sup>, weszło w życie po uzyskaniu wymaganej liczby ratyfikacji 3 sierpnia 1949 r. i stało się podstawą utworzenia organizacji międzynarodowej o charakterze subregionalnym, otwartym tylko dla państw europejskich.

Rada Europy jest międzynarodową organizacją rządową. Wśród jej podstawowych cech można niewątpliwie wyróżnić trwały charakter, co w sposób szczególny odróżnia ją od konferencji międzynarodowej. Członkami Rady Europy są państwa, które działają dla realizacji wspólnych celów. Podstawą funkcjonowania tej organizacji jest jej statut będący wielostronną umową międzynarodową. Posiada ona też stałe organy wyposażone w kompetencje określone w statucie. W klasyfikacji opartej na podziale ze względu na kryterium zakresu podmiotowego Rada Europy jest z założenia (i z nazwy) organizacją partykularną niewykazującą dążeń do objęcia swoim zasięgiem wszystkich państw świata. Jednak biorąc pod uwagę jako kryterium podziału zakres działalności, Rada Europy jest raczej organizacją ogólną zajmującą się całokształtem stosunków międzynarodowych, nieaspirującą do miana organizacji wyspecjalizowanej zajmującej się tylko określonym wycinkiem stosunków międzynarodowych.

W stosunku do celów, jak też zakresu działania Rady Europy posłużono się bardzo szerokim ujęciem ich granic. Zgodnie z art. 1 Statutu, celem tej organizacji jest przede wszystkim zacieśnianie współpracy między jej członkami, „aby chronić i wcielać w życie ideały i zasady, stanowiące ich wspólne dziedzictwo, oraz aby ułatwić ich postęp ekonomiczny i społeczny”. Jak zauważa E. Dynia, realizacja sformułowanych w ten sposób celów ma, w myśl Statutu, następować „za pośrednictwem organów Rady w drodze omawiania wspólnych problemów, przez zawieranie porozumień i wspólne działanie w sprawach gospodarczych, społecznych, kulturalnych, naukowych, prawnych i administracyjnych, jak również przez przestrzeganie i rozwój praw człowieka i podstawowych wolności”. Jednocześnie Statut zastrzega, że uczestnictwo w Radzie Europy nie będzie miało wpływu na udział jej członków „w dziele Narodów Zjednoczonych lub w innych organizacjach czy związkach międzynarodowych, których są stronami” oraz, że z jej kompetencji wyłączone zostały sprawy związane z obronno-

<sup>16</sup> Statut Rady Europy sporządzony został w języku angielskim oraz francuskim. Depozytariuszem Traktatu londyńskiego jest rząd brytyjski.

ścią. Od początku swojego istnienia Rada Europy opierała się na wspólnocie wartości, a zwłaszcza na wspólnocie prawa, starając się harmonizować prawo państw członkowskich wokół wspólnych zasad takich, jak demokracja, rządy prawa, prawa człowieka, pokojowe rozstrzyganie problemów społecznych i wspólnej tożsamości kulturowej. Początkowo, z wymienionymi wartościami identyfikowało się tylko dziesięć państw założycielskich, a stopniowo ich liczba wzrastała<sup>17</sup> i aktualnie wynosi czterdzieści siedem. Z czasem, w wyniku obserwacji zmian zachodzących w Europie dostrzeżono konieczność przegrupowania priorytetów Rady Europy i usystematyzowano je dzieląc na trzy działy:

- a) spójność demokratyczna (*democratic cohesion*) obejmująca kwestie z zakresu praw człowieka, demokracji lokalnej, współpracy prawnej oraz problematykę medialną;
- b) spójność społeczna i kwestie jakości życia (*social cohesion and quality of life*) obejmujące sprawy socjalne, opiekę zdrowotną, problemy związane ze środowiskiem oraz planowaniem regionalnym i przestrzennym;
- c) spójność kulturowa i pluralizm kulturowy (*cultural cohesion and cultural pluralism*) obejmujące edukację, kulturę, dziedzictwo kulturowe, sport i sprawy młodzieżowe<sup>18</sup>.

Jak podkreśla E. Dynia, we wszystkich tych dziedzinach na forum Rady Europy podejmowana jest debata dotycząca problemów interesujących państwa członkowskie, inicjowane są wspólne działania i przygotowywane projekty umów międzynarodowych, które przyczyniają się do ujednoczenia różnych sfer działania państw i zbliżania ich systemów prawnych<sup>19</sup>. Niezależnie od zakresu zadań i celów Rady Europy środki, jakimi dysponuje, są względnie ograniczone, czego genezę związłe tłumaczą F. Benoit-Rohmer oraz H. Klebes<sup>20</sup>. Jest to, ich zdaniem, jeszcze jeden rezultat kompromisu zawartego w 1949 r. pomiędzy Europą kontynentalną i Wielką Brytanią, czyli bogactwo celów, aby zaspokoić tę pierwszą, zostało wsparte przez klasyczne środki współpracy międzyrządowej, aby uszczęśliwić tę drugą. Ów kompromis, zapisany w Statucie Rady Europy, daleki jest – jak podkreślają wspomniani wyżej autorzy – od marzeń zwolenników federalizmu europejskiego oraz pozostawia organizacji wyłącznie misję harmonizacji i koordynacji polityk narodowych, o których jednak nadal decydują same państwa. Autorzy ci przypominają, że instrumenty działania przewidziane w Statucie zgodnie z art. 1 b ograniczają się do „omawiania wspólnych problemów” oraz „zawierania umów i wspólnego działania”. Przywołują też zdanie ekspertów takich jak J. L. Burban, który

<sup>17</sup> E. Dynia, *Wpływ Rady Europy na rozwój prawa międzynarodowego*, [w:] *Rada Europy – 60 lat na rzecz jedności europejskiej*, red. I. Głuszyńska, K. Lankosz, Bielsko-Biała 2008, s. 58-59.

<sup>18</sup> J. M. Fiszer, *Powstanie i działalność Rady Europy*, „Przegląd Europejski” 2000, nr 4, s. 177.

<sup>19</sup> E. Dynia, op. cit., s. 59.

<sup>20</sup> F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, Warszawa 2006, s. 21.

przynajmniej, że chociaż rozwiązania szczegółowe zostały zmienione, aby wzmocnić środki działania organizacji, początkowy kompromis jest nadal fundamentalnym prawem Rady Europy, uniemożliwiającym jej przyjęcie charakteru ponadnarodowego<sup>21</sup>, właściwego ówczesnym Wspólnotom Europejskim, a dzisiejszej Unii Europejskiej. Zatem współpraca w Radzie Europy mająca na celu określenia prawnie wiążących standardów odbywa się głównie za pośrednictwem licznych traktatów zawieranych pod auspicjami tej organizacji. Są one traktatami w sensie klasycznym, więc wpływ na państwa członkowskie mają jedynie po ich podpisaniu oraz ratyfikacji w sposób zgodny z właściwym dla danego państwa porządkiem konstytucyjnym. Należy przy tym zaznaczyć za H. de Fiumelem, że najczęściej w doktrynie podkreśla się, iż prawo międzynarodowe pozostawia państwom swobodę w wyborze metod i sposobów wprowadzenia swych norm do krajowego porządku prawnego, co jednak jest czymś innym niż fakt ich obowiązywania w tym porządku krajowym. „Inna sprawa, że autorzy ci z reguły zakładają, iż prawo międzynarodowe jako takie nie obowiązuje automatycznie wewnątrz państwa”<sup>22</sup>. Oczywiście poza sferą traktatową organy Rady Europy dysponują także innymi narzędziami, które zaliczymy do instrumentów *soft law*. Komitet Ministrów może wydawać zalecenia skierowane do państw członkowskich, zaś Zgromadzenie Parlamentarne i Kongres mogą podejmować własne zalecenia i inne uchwały, kierowane w zależności od okoliczności, do Komitetu Ministrów, poszczególnych państw, jak też wyrażające stanowisko w określonych kwestiach.

## Umocnianie stabilności demokratycznej i rządów prawa w Europie

Jak opisuje E. Dynia, podczas szczytu Rady Europy w Wiedniu w październiku 1993 r., który odbywał się w najgorętszym okresie transformacji, ważne miejsce zajęła kwestia stabilizacji w Europie, ochrony mniejszości narodowych i warunków stawianych państwom aspirującym do przystąpienia do Rady Europy. „Szczyt potwierdził politykę otwarcia na kraje Europy Środkowej i Wschodniej, ale też utrzymał dotychczasowe kryteria uczestnictwa w Radzie. Wymagał od kraju kandydującego przystosowania jego instytucji i systemu prawnego do podstawowych zasad demokracji, praworządności i poszanowania praw człowieka. Oczekiwał wolnych i uczciwych wyborów, dokonywanych w powszechnym głosowaniu; stawiał warunek przestrzegania wolności słowa, w szczególności w środkach masowego przekazu; ochrony mniejszości narodowych i poszanowania zasad prawa międzynarodowego, w tym podpisania Europej-

<sup>21</sup> J. L. Burban, *Le Conseil de l'Europe*, seria „Que sais-je?”, nr 885, wyd. 3, Paris 1996, s. 18.

<sup>22</sup> H. Fiumel, *Obowiązywanie norm prawnomiędzynarodowych w krajowym porządku prawnym*, „Sprawy Międzynarodowe” 1986, nr 2, s. 75.

skiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i akceptacji jej mechanizmów implementacyjnych”<sup>23</sup>.

Czas, jaki nastąpił po przyjęciu do Rady Europy państw byłego bloku wschodniego wymusił na organizacji przeformułowanie metod jej pracy i kierunków działania. Stała się ona forum dialogu politycznego w Europie. Jak zaznacza A. Wielowieyski, nie było to jedynie zwiększenie liczby debat na temat głównych problemów polityki europejskiej, próby aktywnego uczestnictwa w życiu politycznym Europy, tworzenie platformy kontaktów Wschód-Zachód, ale także przeniesienie poziomu merytorycznych prac organizacji ze szczebla „technicznego” na polityczny<sup>24</sup>. Skoncentrowano się na umacnianiu bezpieczeństwa demokratycznego, dążąc do stabilizacji sytuacji politycznej w państwach członkowskich, a także w państwach aplikujących o członkostwo. Stworzono polityczny mechanizm stałego nadzorowania realizacji zobowiązań zaciągniętych przez państwa członkowskie w chwili przystępowania do Rady Europy oraz wynikających z członkostwa, czyli monitoring. Z punktu widzenia naszych rozważań było to zjawisko o tyle istotne, że spowodowało zmianę charakteru wielu dotychczas „technicznych” standardów, gdyż stopień realizacji przyjętych zobowiązań podlegał od tej pory organom posiadającym demokratyczną polityczną legitymację. Sam mechanizm kontroli zobowiązań oparty został na trzech zasadach, czyli niedyskryminacji, powszechności oraz pełnej współpracy państw członkowskich w zakresie jego implementacji.

Pod koniec ostatniej dekady XX w., w efekcie znacznego powiększenia liczby członków, jak też opisywanej zmiany form działania, nastąpiła także ewolucja sposobu postrzegania Rady Europy przez społeczność międzynarodową. Z organizacji postrzeganej wąsko jako strażnik poszanowania demokracji, praw człowieka i praworządności, Rada Europy zaczęła być postrzegana jako organizacja polityczna, która umacniała swoją pozycję jedynej organizacji stwarzającej ogólnoeuropejskie forum współpracy międzyrządowej, obejmujące szerokie spektrum zagadnień społecznych. W efekcie powstał polityczny mechanizm integracji europejskiej poprzez dostosowywanie systemów prawnych, instytucjonalnych oraz społecznych państw członkowskich. Jak w tym kontekście zaznaczał w 1997 r. ówczesny Sekretarz Generalny Nils Daniel Tarschys: „To wszystko określa zadania Rady Europy na przyszłość. Nie chodzi o jakieś istotniejsze zmiany w stosunku do dnia dzisiejszego, ale jeśli porównamy dzień dzisiejszy z tym co było dziesięć lat temu, sytuacja jest zasadniczo odmienna. Przez czterdzieści lat była to bowiem w zasadzie organizacja zachodnioeuropejska. Wielkie zmiany w Europie Środkowej i Wschodniej stworzyły możliwość objęcia działalnością nowych krajów, co oznaczało wzbogacenie

<sup>23</sup> E. Dynia, op. cit., s. 65.

<sup>24</sup> A. Wielowieyski, *Rada Europy: dorobek i perspektywy*, „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” 1996, nr 4, str. 55-56.

naszej pracy i sprawiło, że staliśmy się organizacją umacniającą jedność całego kontynentu. Demokracja nigdzie w Europie nie jest doskonała, ciągle należy ją rozwijać. Nieustannie pojawiają się problemy: niektóre z nich są typowe dla młodych demokracji, niektóre – dla demokracji już ukształtowanych. Łączy nas jednak potrzeba wspólnej dyskusji nad tym jak poprawiać demokrację, jak dbać o to by sprawnie funkcjonowała. Demokracja nigdy nie będzie zamkniętym systemem - systemem, który doszedł do krańca swych możliwości”<sup>25</sup>.

Opierając się na wolnych wyborach oraz poszanowaniu praw człowieka zasada legalizmu demokratycznego stała się w Europie kluczową zasadą regionalnego porządku prawnego. Każda z europejskich organizacji międzynarodowych uznaje posługiwanie się demokratycznym systemem politycznym za warunek konieczny dla państw chcących do niej przystąpić lub nadal przynależać. Będąca istotnym elementem europejskiego dziedzictwa, a tym samym obowiązkowa z perspektywy europejskich organizacji międzynarodowych, jest także praktyka demokratyczna. W odniesieniu do wkładu Rady Europy w umocnienie legalizmu i demokratyzmu prawa międzynarodowego publicznego warto podkreślić, że w swoim funkcjonowaniu opiera się ona na dwóch kluczowych regułach. Pierwszą jest wyłączna dostępność dla państw praworządnych, w których każdy z obywateli może korzystać z przysługujących mu praw człowieka oraz podstawowych swobód obywatelskich, po drugie na regularnej weryfikacji spełniania warunków członkostwa.

Demokracja, co w kontekście jej roli w Radzie Europy podkreślają F. Benoit-Rohmer oraz H. Klebes, nie jest jedynie systemem, w którym decyzja należy wyłącznie do większości. Muszą być w niej również przestrzegane prawa i wolności mniejszości. Także rządy prawa oznaczają akceptację prawa o demokratycznej treści, szanującego prawa człowieka i podstawowe wolności. Rada Europy „szeroko wprowadza te zasady, proponując państwom rozwiązania zapewniające ich poszanowanie. Na tej podstawie pomaga swoim członkom stawić czoło problemom wynikającym ze społecznych przeobrażeń”, a także „wyciągając wnioski z wielkiej lekcji drugiej wojny światowej, iż najważniejszą wartością jest godność człowieka, (...) systematycznie zwraca uwagę swoim członkom na wszelkie zagrożenia dla ludzkiej godności związane ze zmianami społecznymi. W ostatnich latach pracowała na akceptację tych idei przez nowych członków, pomagając im podążać trudną drogą do demokracji. W tych kategoriach Rada Europy jest jednym z głównych aktorów nowej architektury europejskiej (...). A konkurencja między organizacjami europejskimi nie jest niczym nowym, zwłaszcza że stopniowo ustępuje miejsca wzajemnemu uzupełnianiu się”<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> D. Tarschys, *Przedmowa*, „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” 1996, nr 4, s. 9.

<sup>26</sup> F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, op. cit., s. 140.

## Podsumowanie i wnioski

Kilkudniowy Kongres Europejski w Hadze, będący spotkaniem przedstawicieli 25 państw, w tym polityków i reprezentantów świata kultury, odbywający się pod przewodnictwem Winstona Churchilla, był wydarzeniem, które stanowiło kamień węgielny integracji europejskiej. Można za Józefem Retingerem bez obaw powtórzyć, że wszystkie wielkie traktaty europejskie wyrosły z podatnego gruntu tego śmiałego zebrania, gdyż kongres nadał ton i rozmach działalności europejskiej na przyszłe lata. Obrady dotyczyły sposobów integracji Europy i pozwoliły stworzyć wstępną koncepcję utworzenia zjednoczonego kontynentu europejskiego. W przyjętych podczas Kongresu haskiego trzech zasadniczych rezolucjach (politycznej, kulturalnej i ekonomiczno-społecznej) wezwano do utworzenia europejskiej unii politycznej oraz powołania Zgromadzenia Europejskiego. Podkreślono wspólne dziedzictwo europejskiej cywilizacji oraz wyrażono potrzebę wspólnych dążeń do zagwarantowania praw człowieka, w tym przyjęcia Karty Praw Człowieka oraz powołania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zaznaczono potrzebę rozwijania świadomości europejskiej, a także szerokiego eksponowania zdobyczy kultury, między innymi poprzez sprzyjanie przepływowi idei, informacji oraz dzieł sztuki. Rządy zostały wezwane do tworzenia jedności ekonomicznej kontynentu oraz likwidowania barier handlowych i taryf celnych, a także podnoszenia poziomu życia. Dyskutowano o rozwiązaniach, które zaowocowały później swobodnym przepływem kapitału, unifikacją waluty oraz pełną unią celną. Powstanie Rady Europy nie było jedynym instytucjonalnym następstwem Kongresu haskiego. W jego wyniku powstał nie tylko związany z nią Europejski Trybunał Praw Człowieka, ale także takie instytucje jak Europejska Fundacja Kulturalna (założona w 1954 r. przez Denis'a de Rougemont, a jej pierwszym prezesem był Robert Schuman) oraz Kolegium Europejskie w Brugii (utworzony w 1949 r. na wniosek Salvadora de Madariagi). Kongres haski stanowi zatem niezwykle doniosły w swoich konsekwencjach początek integracji europejskiej. Choć nie był klasyczną konferencją międzynarodową, to pomimo ścierających się koncepcji, zakończył się śmiałymi postulatami stanowiącymi fundamenty współczesnej zjednoczonej Europy.

Rada Europy zawsze była ważnym źródłem stanowienia standardów. Dowodem na to są bardzo liczne konwencje przyjęte pod jej auspicjami. Jak zauważają F. Benoit-Rohmer oraz H. Klebes, „wszystkie one tworzą europejskie *ius communis* i dzięki dokonywanej na tej podstawie harmonizacji prawa pomagają w rozwoju norm demokratycznych na Starym Kontynencie. To prawda, że skuteczność niektórych z tych konwencji jest niekiedy kwestionowana i często mówi się – również w samej Radzie Europy – że dobre zalecenie jest niekiedy lepsze niż zła konwencja”<sup>27</sup>. Za A. Przyborowską-Klimczak warto zauważyć, iż

<sup>27</sup> Ibidem, s. 88.



dorobek traktatowy Rady Europy odznacza się kilkoma charakterystycznymi cechami. Powstaje on w wyniku rzeczywistej, sygnalizowanej przez państwa członkowskie potrzeby uregulowania określonych kwestii. Jego źródłem są zatem aktualne potrzeby, wyzwania i uwarunkowania, a przy jego tworzeniu wykorzystywany jest sprawdzony model kreowania norm prawnomiędzynarodowych. Zawierane pod egidą Rady Europy umowy międzynarodowe regulują uzgodniony obszar współdziałania oraz ustanawiają standardy akceptowalne przez zdecydowaną większość państw członkowskich. W przypadku potrzeby rozwinięcia lub uzupełnienia norm zawartych w takich umowach sporządza się do nich protokoły dodatkowe, co zwiększa zdolności adaptacyjne dorobku traktatowego oraz dostosowuje go do nowych potrzeb, odpowiadając na wyzwania współczesności przy jednoczesnym zapewnieniu ich elastyczności w zakresie przyjmowania przez państwa kolejnych zobowiązań<sup>28</sup>. Umowy międzynarodowe zawierane pod auspicjami Rady Europy pełnią także funkcję integracyjną i harmonizującą. Przyczyniają się one do ujednolicenia prawa w skali europejskiej oraz ustanawiania podstawowych standardów prawnych, czego efektem jest zbliżenie państw członkowskich poprzez podejmowanie działań zmierzających do harmonizacji prawa i systemów prawnych. Częstokroć wielostronne konwencje Rady Europy są w stanie zastąpić konieczność zawierania dwustronnych umów pomiędzy poszczególnymi państwami. Charakterystyczne dla traktatów Rady Europy jest to, że są one starannie przygotowywane pod względem merytorycznym. Co do zasady są one poprzedzane licznymi aktami *soft law* wypracowywanymi przez poszczególne organy Rady Europy, a same umowy powstają dzięki pracy odpowiednio dobieranych zespołów eksperckich. Co szczególnie istotne, podpisanie każdego traktatu uzupełnione jest wydaniem raportu wyjaśniającego, będącego częstokroć nieocenionym źródłem wiedzy o genezie danego dokumentu oraz zawierającym wskazówki interpretacyjne oraz inne wyjaśnienia związane z postanowieniami danej umowy.

Oczywiście, porównując Radę Europy z innymi organizacjami międzynarodowymi zrzeszającymi państwa Starego Kontynentu, można wysunąć wnioski, że Unia Europejska charakteryzuje się zdecydowanie pełniejszym modelem integracji, a Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z powodzeniem stosuje polityczne mechanizmy służące zapobieganiu konfliktom bądź je rozwiązujące, ale UE jeszcze długo nie obejmie tak szerokiego zasięgu geograficznego jak Rada Europy, a OBWE nie posiada kompetencji tworzenia standardów. To pokazuje wyjątkową rolę i miejsce Rady Europy w przestrzeni międzynarodowej. Jej celem nie jest ani dążenie do jak najściślejszej wielopłaszczyznowej integracji gotowych na to państw, ani specjalizowanie się w określonych

<sup>28</sup> A. Przyborowska-Klimczak, *Aktualne problemy i nowe dziedziny uregulowań międzynarodowych w konwencjach Rady Europy*, [w:] *Nauka prawa międzynarodowego u progu XX wieku. Materiały konferencyjne*, red. E. Dynia, Rzeszów 2003, s. 216-217.



wycinkach życia publicznego. Fenomen Rady Europy leży w spełnianej przez nią roli instytucji harmonizującej szerokie działania dotyczące wspólnej wizji demokracji oraz prawa w perspektywie całego kontynentu. To wypracowywane wspólne podstawowe standardy są najistotniejszym elementem dorobku Rady Europy, a ich jak najszersza akceptacja przez możliwie wszystkie państwa europejskie czyni je niejako „kodem genetycznym” tożsamości oraz cywilizacji europejskiej.

## Bibliografia

- Congress of Europe: The Hague – May, 1948: Resolutions*, International Committee of the Movements for European Unity, London – Paris 1948.
- Congrès de l'Europe, La Haye, 7–11 mai 1948*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1999.
- Benoit-Rohmer F., Klebes H., *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, Warszawa 2006.
- Burban J.L., *Le Conseil de l'Europe*, seria „Que sais-je?”, nr 885, wyd. 3, Paris 1996.
- Dynia E., *Wpływ Rady Europy na rozwój prawa międzynarodowego*, [w:] *Rada Europy – 60 lat na rzecz jedności europejskiej*, red. I. Głuszyńska, K. Lankosz, Bielsko-Biała 2008.
- Fischer J. M., *Powstanie i działalność Rady Europy*, „Przegląd Europejski” 2000, nr 4.
- Fiumel H., *Obowiązywanie norm prawnomiędzynarodowych w krajowym porządku prawnym*, „Sprawy Międzynarodowe” 1986, nr 2.
- Lankosz K., *Interpretacja statutów organizacji międzynarodowych*, Kraków 1985.
- Przyborowska-Klimczak A., *Aktualne problemy i nowe dziedziny uregulowań międzynarodowych w konwencjach Rady Europy*, [w:] *Nauka prawa międzynarodowego u progu XX wieku. Materiały pokonferencyjne*, red. E. Dynia, Rzeszów 2003.
- Tarschys D., *Przedmowa*, „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” 1996, nr 4.
- Walton C., „*Congress of Europe*”: *A Case Study of Public Opinion*, „The Western Political Quarterly” 1959, t. 12, nr 3.
- Wielowieyski A., *Rada Europy: dorobek i perspektywy*, „Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego” 1996, nr 4.

## STRESZCZENIE

### **Rola Kongresu haskiego w procesie powstawania Rady Europy i kształtowania prawnych uwarunkowań jej działalności**

Odbywający się w maju 1948 r. Kongres Europejski w Hadze był jednym z najważniejszych wydarzeń końcówki pierwszej połowy XX stulecia. Historia powojenna owocowała licznymi działaniami na rzecz zapewnienia pokoju, jednak spotkanie w Hadze miało wyjątkowy wymiar. Podjęto wówczas pierwszą poważną próbę zakreślenia możliwości zjednoczenia narodów europejskich. Najdonioślejszym z efektów płynących z realizacji jego postanowień było podpisanie w 1949 r. traktatu londyńskiego powołującego do życia Radę Europy oraz określającego jej status prawny. Choć Kongres haski nie był klasycznie rozumianą konferencją międzynarodową, a spotkaniem osobistości z różnych państw (w tym polityków, jak też ludzi spoza świata aktywnej polityki), to stał się on jedną z głównych przestrzeni do debaty na temat sposobów jednoczenia Europy. Postanowienia zawarte w trzech rezolucjach Kongresu haskiego zostały w kolejnych latach wcielone w życie m.in. przez utworzenie europejskiej unii politycznej, przyjęcie Europejskiej Karty Praw Człowieka oraz utworzenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, tworzenie jedności ekonomicznej na kontynencie, znoszenie barier handlowych, opłat celnych, dążenie do unifikacji waluty oraz umożliwienie swobodnego przepływu kapitału. Postanowienia Kongresu haskiego mają zatem także ogromny wpływ na rozwiązania przyjęte w późniejszym czasie w ramach Unii Europejskiej. Jednak jego bezpośrednim owocem było powstanie Ruchu Europejskiego oraz Rady Europy wraz z jej doniosłym dziś dorobkiem w zakresie ochrony praw człowieka, urzeczywistniania rządów prawa i umacniania demokracji na kontynencie. Statutowym celem Rady Europy jest osiągnięcie większej jedności między jej członkami dla ochrony ideałów i zasad, stanowiących wspólne dziedzictwo państw członkowskich, oraz ułatwienie ich przemian ekonomicznych i społecznych. Jego realizacja, a tym samym ciągle wdrażanie idei obecnych już podczas Kongresu haskiego, możliwa jest dzięki podejmowanym pracom zmierzającym do tworzenia i przyjmowania przez państwa członkowskie traktatów oraz inne metody harmonizacji obowiązującego w nich prawa.

## SUMMARY

### **The role of the Hague Congress in the process of establishing the Council of Europe and shaping the legal conditions of its activity**

The Congress of Europe taking place in May 1948 in The Hague was one of the most important events of the last years of the first half of the 20th century. The post-war history is rich with numerous peace-building efforts, but the meeting in The Hague was unique. It was there that first serious attempt to identify the possibilities for a unification of the peoples of Europe was made. The most notable effect of the

implementation of the resolutions of the Hague Congress was the signing of the London Treaty in 1949, establishing the Council of Europe and defining its legal status. Even though the Hague Congress was not a classically acknowledged international conference, but a meeting of personages from various countries (politicians as well as people from outside the world of active politics), it became one of the main rooms for debate on how to unite Europe. The provisions included in the three resolutions of the Hague Congress were implemented in the following years by, among others, the creation of a European political union, the adoption of the European Charter of Human Rights and the creation of the European Court of Human Rights, creating economic unity on the continent, removing trade barriers and duties, unifying currency and enabling the free movement of capital. The resolutions of the Hague Congress therefore also have a huge impact on the solutions adopted later in the European Union. However, its direct outcome was the creation of the European Movement and the Council of Europe together with its important achievement today in the field of human rights protection, implementation of the rule of law and strengthening democracy on the continent. The Council of Europe's statutory objective is to achieve greater unity among its members in order to preserve the ideals and principles, which constitute a common heritage of the Member States, and to facilitate their economic and social transformation. The implementation of this objective, and thus the continuous implementation of ideas already present during the Hague Congress, is made possible by the work undertaken towards the drafting and adoption by Member States of treaties and other methods of harmonising their laws.



**III**

**KRONIKA**



**Marcin Łysko**

Uniwersytet w Białymstoku  
e-mail: marcin.lysko@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0002-2789-4679

DOI: 10.15290/mhi.2020.19.01.21

## **Kronika Katedry Nauk Historyczno-Prawnych, Teorii i Filozofii Prawa oraz Komparatystyki Prawniczej<sup>1</sup> (2019 r.)**

### **Nowa struktura Katedry**

Od 1 października 2019 r. białostockie środowisko historyków prawa ponownie funkcjonuje w strukturach organizacyjnych jednej katedry. W wyniku połączenia Katedry Prawa Rzymskiego, Katedry Filozofii i Historii Prawa oraz Katedry Teorii i Filozofii Prawa powstała Katedra Nauk Historyczno-Prawnych, Teorii i Filozofii Prawa oraz Komparatystyki Prawniczej. Kierownikiem nowej katedry został Piotr Niczyפורuk, który pełni również funkcję kierownika Pracowni Prawa Rzymskiego i Łacińskiej Kultury Prawnej. Oprócz Piotra Niczyפורuka obsadę personalną pracowni stanowią: Piotr Kołodko, Mariusz Mohyluk oraz Krzysztof Szczygielski (przed reorganizacją był pracownikiem Katedry Prawa Konstytucyjnego). Drugą z pracowni funkcjonujących w strukturach nowoutworzonej Katedry – Pracownię Historii Prawa – oprócz kierownika Piotra Fiedorczyka – tworzą Marcin Łysko i Karol Kuźmicz. Z pracownią

---

<sup>1</sup> Kronika stanowi kontynuację prowadzonej corocznie od 2005 r. kroniki Katedry Nauk Historyczno-Prawnych (2005–2012), Katedry Nauk Historyczno-Prawnych i Komparatystyki Prawniczej (2013–2016), a następnie Katedry Filozofii i Historii (2016–2019). Niniejsza kronika przedstawia aktywność naukową białostockiego środowiska historycznoprawnego, którego wszyscy przedstawiciele od 1 X 2019 r. funkcjonują w strukturach Katedry Nauk Historyczno-Prawnych, Teorii i Filozofii Prawa oraz Komparatystyki Prawniczej.



Historii Prawa blisko współpracują Kamil Niewiński oraz doktoranci – Bartosz Truszkowski, Dawid Zdrójkowski i Marek Walendziuk. Ponadto, w Katedrze funkcjonuje Zakład Teorii i Filozofii Prawa, którym kieruje Anetta Breczko.

## Publikacje

Aktywność naukowa pracowników i doktorantów Katedry w roku kalendarzowym 2019 przyniosła efekt w postaci licznych publikacji, zamieszczonych na łamach krajowych i zagranicznych periodyków naukowych oraz w pracach zbiorowych.

Spośród publikacji na łamach krajowych periodyków naukowych wyróżnia się artykuł Piotra Fiedorczyka (napisany wspólnie z Adamem Lityńskim i Anną Stawarską-Rippel) *Wojny XX wieku i ich skutki dla ustrojów państwowych i prawa*, który został zamieszczony w „Czasopiśmie Prawno-Historycznym” (2019, t. LXXI). W kolejnym sztandarowym periodyku środowiska historyków prawa „Zeszyty Prawnicze” (2019, t. 19, nr 1) Piotr Niczyporuk zamieścił artykuł *Kilka uwag o karze mutylacyjnej wykonanej wobec rzymskiego bankiera: (na marginesie Vita Galbae 9)*.

W dedykowanym długoletniemu kierownikowi Katedry Nauk Historyczno-Prawnych Adamowi Lityńskiemu w związku z przypadającym w 2019 r. 50-leciem obrony pracy doktorskiej, specjalnym tomie czasopisma „Z Dziejów Prawa” (2019, t. 12), swoje artykuły zamieścili:

- Piotr Fiedorczyk – *Polski Październik 1956 r. a reforma rolna*,
- Karol Kuźmicz – *Jan Jakub Rousseau – irracjonalny buntownik*,
- Marcin Łysko – *Postępowanie nakazowe w sprawach o wykroczenia w Polsce Ludowej*,
- Piotr Niczyporuk – *Publikacje romanistyczne w Akademii Wileńskiej w latach 1644–1655*,
- Kamil Niewiński – *Wymiana kadr sędziowskich w sądach powszechnych w latach 1944–1954. Zarys problematyki*.

Kolejne dwa artykuły Karola Kuźmicza ukazały się na łamach periodyków „Roczniki Administracji i Prawa” (*Utopie a wolność jednostki. Mit czy postulat?*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, t. XIX, z. 1) oraz „Annales UMCS” (*Pokój jako element ideowy myślenia utopijnego*, „Annales UMCS” 2019, t. LXVI, z. 2, Sectio G). Marcin Łysko opublikował artykuły *Działalność kolegów do spraw wykroczeń w okresie obowiązywania stanu wojennego* („Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. CXII) oraz *Main Problems of the Codification Works on Substantive Misdemeanor Law in People’s Poland*, („Studia Iuridica” 2019, t. LXXX). Kamil Niewiński zamieścił swój artykuł *Obsada stanowisk sędziowskich w sądach powszechnych w Polsce po II wojnie światowej* w czasopiśmie „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” (2019, t. XXII). Krzysztof

Szczygielski opublikował artykuł *Some remarks on Benito Mussolini's speech Roma antica sul mare*, na łamach periodyku „Gdańskie Studia Prawnicze” (2019, nr 3). W czasopiśmie “Journal on European History of Law” (2019, t. 10, nr 1) ukazała się publikacja Bartosza Truszkowskiego *Registration of Civil Status in the Second Polish Republic (1918–1939)*. Dawid Zdrójkowski zamieścił artykuł *Geneza dekretu o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyzację życia państwowego* w czasopiśmie „Studia Prawnicze i Administracyjne” (2019, t. 28 (2)).

W pracach zbiorowych najczęściej publikował Piotr Fiedorczyk, który był autorem następujących artykułów:

- *Developments in Family Law – Year by Year: Poland*, [w:] *Developments in Family Law, Year by Year I* (2018), red. O. Szeibert, Budapest 2018,
- *Rozwój prawa rodzinnego na ziemiach polskich*, [w:] *Rodzina i jej gospodarstwo na ziemiach polskich w geografii europejskich studiów rodzinnych do połowy XX wieku*, red. P. Guzowski i C. Kuklo, Białystok 2019,
- *Projekt Kodeksu rodzinnego na tle wcześniejszych polskich projektów prawa rodzinnego w ostatnim stuleciu. Uwagi historyka prawa*, [w:] *O potrzebie nowego Kodeksu rodzinnego i jego podstawach aksjologicznych. W 30. rocznicę uchwalenia Konwencji o prawach dziecka*, red. S. L. Stadniczeńko, M. Michalak, Toruń 2019,
- *Dziedzictwo Komisji Kodyfikacyjnej II RP – w stulecie od odzyskania niepodległości*, [w:] *Dziedzictwo II Rzeczypospolitej*, red. W. Kalwat, M. Kopczyński, R. Kostro, Warszawa 2019,
- *Sąd Okręgowy w Białymstoku 1919–1939*, [w:] *Z dziejów Sądu Okręgowego w Białymstoku*, Księga jubileuszowa, red. P. Fiedorczyk, K. Niewiński, W. Wróbel, Białystok 2019.

W księdze jubileuszowej Sądu Okręgowego w Białymstoku publikację *Sądownictwo białostockie w latach 1944–1998* zamieścił także Kamil Niewiński. Artykuł Krzysztofa Szczygielskiego *Tradycje prawa rzymskiego w dekoracjach architektonicznych budynku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki* ukazał się w pracy zbiorowej *Ius est ars Boni et Aequi. Sztuka w prawie, prawo w sztuce*, red. A. Dębiński, M. Jońca, I. Leraczyk, Lublin 2019. Publikacja Marcina Łysko *The Influence of Political Factors on the Adjudicating on Petty Offences in the People's Republic of Poland* ukazała się w wydawnictwie pokonferencyjnym *History of law and other humanities. Views of the legal world across the time*. „Historia del derecho” 73, red. V. M. Minale, V. Amorosi, Madrid 2019. Piotr Niczyporuk i Piotr Kołodko zamieścili artykuł *Le sanzioni penali comminate sui banchieri romani : Riflessioni al margine del frammento di Vita Galbae* 9, w Księdze jubileuszowej *Per pauca terrena blande honori dedicata pocta Petrovi Blahovi k nedozitým 80. narodeninám*, red. V. Vladár, Trnava 2019.

## Konferencje naukowe

Kolejnym obszarem aktywności naukowej pracowników i doktorantów Katedry był udział w krajowych i zagranicznych konferencjach naukowych, połączony z wygłoszeniem referatów.

### Krajowe

Za najważniejszą z krajowych konferencji, w której uczestniczyli pracownicy i doktoranci Katedry, należy uznać XX Powszechny Zjazd Historyków Polskich, który miał miejsce w Lublinie w dniach 18–20 września 2019 r., białostockie środowisko historyczno-prawne reprezentowali Piotr Fiedorczyk, Bartosz Truszkowski i Dawid Zdrójkowski. Pierwszy z nich brał udział w dyskusji nad referatem M. Mazurek, podczas gdy Bartosz Truszkowski oraz Dawid Zdrójkowski uczestniczyli w sesji posterowej Zjazdu. Bartosz Truszkowski zaprezentował plakat zatytułowany *Prawo o aktach stanu cywilnego w II Rzeczypospolitej. Jedno państwo, pięć reżimów*. Dawid Zdrójkowski przedstawił poster *Proces generała Stanisława Małka w świetle dekretu o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszycyzację życia państwowego 1948–1950*. Oba plakaty zdobyły przyznane przez organizatorów Zjazdu wyróżnienia za najlepsze postery naukowe. W dniach 17–19 września 2019 r. w Lublinie odbywał się XVIII Ogólnopolski Zjazd Katedr Doktryn Politycznych i Prawnych *O wartości prawa. Od absolutyzmu do nihilizmu prawnego*. Uczestniczył w nim Karol Kuźmicz, który wygłosił referat *Czy możliwa jest utopia bez prawa?* Również w Lublinie 12 września 2019 r. miało miejsce IX Lubelskie Sympozjum Romanistyczne *Niewolnicy i rzymskie prawo karne*. Uczestniczył w nim Piotr Kołodko, wygłaszając referat *Niewolnicy i prawo karne. Kilka uwag na marginesie fragmentu D. 48.2.12.4*. W międzyśrodowiskowej konferencji naukowej *Dokonania kulturowe w PRL* (Nałęczów 1–4 kwietnia 2019 r.) w charakterze prelegenta brał udział Karol Kuźmicz (wystąpienie *Oblicza utopii. Rozwój fantastyki literackiej w PRL*).

Pracownicy i doktoranci Katedry aktywnie uczestniczyli w konferencjach naukowych organizowanych na Wydziale Prawa UwB. Podczas Międzynarodowej konferencji naukowej *Aksjologiczne i prawne aspekty niepełnosprawności* (Białystok 11–12 kwietnia 2019 r.) Karol Kuźmicz zaprezentował referat o *Uniwersalnym wymiarze niepełnosprawności*. Na Wydziale Prawa UwB 8 maja 2019 r. odbyła się Ogólnopolska Konferencja Naukowa *Proces karny na przestrzeni lat. Przeszłość, Teraźniejszość, Przyszłość*, którą współorganizowało Studenckie Koło Historii Prawa. Opiekunami naukowym koła są Piotr Fiedorczyk i Mariusz Mohyłuł. W konferencji w charakterze prelegentów udział wzięli Piotr Fiedorczyk (referat *Postępowanie przed Komisją Specjalną do Walki*

z *Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym*), Marcin Łysko (referat *Postępowanie w sprawach o wykroczenia w Polsce Ludowej*) oraz Bartosz Truszkowski (referat *Abolicja i ułaskawienie w austriackiej ustawie o postępowaniu karnym z 1873 r. Przegląd spraw z akt Kancelarii Cywilnej Naczelnika Państwa z lat 1919–1922*). Bartosz Truszkowski uczestniczył także w Międzynarodowej Konferencji Naukowej *Aktualności dychotomii prawa publicznego i prywatnego* (Białystok 13–14 maja 2019 r.), prezentując referat *Prawo do pochówku zmarłego jako pograniczne prawa prywatnego i publicznego. Z prac nad ustawą o chowaniu zmarłych z 1932 r.* Ponadto w roli prelegenta Bartosz Truszkowski brał udział w:

- Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej *Konstytucja USA i Polski. Teoria i Praktyka* (Poznań 28 września 2019 r.) z referatem *Wpływ prohibicyjnej XVIII poprawki do konstytucji USA na społeczeństwo amerykańskie. «Szlachetny eksperyment» w praktyce*,
- II Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej *My się śmierci nie boimy. Zmiany w postrzeganiu śmierci na przestrzeni dziejów* (Warszawa 26–27 października 2019 r.), wygłaszając referat *Z prac nad uregulowaniem grobownictwa wojennego w II Rzeczypospolitej. Przegląd projektów i uchwalonych aktów prawnych*.

Dawid Zdrójkowski w roli prelegenta wystąpił na Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej *Przestępczość w Europie w okresie II wojny światowej i pierwszej powojennej dekady (1939–1956)* (Poznań 23 maja 2019 r.) z referatem *Geneza dekretu o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszycyzację życia państwowego*.

W białostockim pałacu Branickich w dniu 11 września 2019 r. odbyła się konferencja z okazji 100-lecia powstania Sądu Okręgowego, podczas której w charakterze prelegentów wystąpili Piotr Fiedorczyk (referat *Sąd Okręgowy w Białymstoku 1919–1939*) oraz Kamil Niewiński (referat *Sądownictwo białostockie w latach 1944–1998*). Piotr Fiedorczyk uczestniczył także w zorganizowanej na Wydziale Prawa Uniwersytetu Śląskiego (Katowice 11 kwietnia 2019 r.) Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej *3 x M – miłość, małżeństwo i majątek. Czyli słów kilka o majątkowych prawach i obowiązkach małżonków*. Zaprezentował referat *Rozwój małżeńskich stosunków majątkowych* oraz przewodniczył obradom konferencji.

Aktywnym uczestnikiem krajowych konferencji naukowych był Krzysztof Szczygielski, który w charakterze prelegenta brał udział w:

- III Ogólnopolskim Seminarium Prawa Rodzinnego *Rodzina i związki dla niej alternatywne – ochrona życia rodzinnego i prywatnego* (Poznań 11 marca 2019 r.), z referatem *Pojęcie konkubinatu w prawie kanonicznym*,
- IV Ogólnopolskim Forum Młodych Romanistów *Prawnik i wartości w świecie antycznym i współcześnie* (Gdańsk 16 czerwca 2019 r.), głosząc referat *Współczesny prawnik wobec wartości w świecie antycznym*.

*Kilka uwag o łacińskich inskrypcjach na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Bukareszcie,*

- posiedzeniu Sekcji Praw Antycznych Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej Polskiej Akademii Nauk (Warszawa 26 czerwca 2019 r.) z referatem *Feliks Szenwic - zapomniany romanista warszawski pierwszej połowy XX wieku.*

Marcin Łysko uczestniczył w Ogólnopolskiej Konferencji Naukowa *Przestępność w Europie w okresie II wojny światowej i pierwszej powojennej dekady (1939-1956)*, która odbyła się w Poznaniu 23 maja 2019 r. Wystąpił z referatem *Orzecznictwo w sprawach o wykroczenia w Polsce okresu stalinowskiego (1952–1956)*. W charakterze prelegenta brał także udział w Ogólnopolskim Sympozjum *Łączą nas źródła* (Kraków 19 września 2019 r.), prezentując wystąpienie *Zasób archiwalny Instytutu Pamięci Narodowej jako źródło do badań nad prawem wykroczeń Polski Ludowej.*

### Konferencje zagraniczne

Spośród pracowników i doktorantów Katedry najczęściej w zagranicznych konferencjach naukowych uczestniczył Piotr Fiedorczyk. Wziął udział w konferencji założycielskiej FL-EUR (Family Law in Europe – Academic Network), która odbyła się w Amsterdamie 30–31 stycznia 2019 r. Jest jednym z założycieli tej sieci naukowej, której pierwszym przedsięwzięciem naukowym będzie opracowanie projektu przepisów poprawiających pozycję i bezpieczeństwo prawne osób starszych i niepełnosprawnych. 14–15 lutego 2019 r. uczestniczył w zorganizowanej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Regensburgu konferencji naukowej *Frost from Kremlin*. Wygłosił referat *Stalinization of Polish and Czechoslovak Family Law 1948–1950*. Podczas zorganizowanego przez International Society of Family Law (ISFL) colloquium: *Children on the Move. Family Law 30 Years after UN Convention on Children's Rights*, (Reggio Emilia 10 maja 2019 r.), Piotr Fiedorczyk zaprezentował wystąpienie *The best interest of the child in the draft of new Polish Family Code.*

Marcin Łysko uczestniczył w XXVth Annual Forum Association of Young Legal Historians (Bruksela 5–8 czerwca 2019 r.), prezentując referat *The position of national minorities in the Second Republic of Poland (1918–1939) – legal regulations and practice.* 9–13 grudnia 2019 r. Krzysztof Szczygielski przebywał w Moskwie na Wydziale Prawa Narodowego Uniwersytetu Badawczego „Wyższa Szkoła Ekonomii”. Uczestniczył m.in. w seminarium naukowym *Рецепция римского права в Европе (Recepcja prawa rzymskiego w Europie)*, podczas którego wygłosił referat: *История римского права в Польше (Historia prawa rzymskiego w Polsce)*. Ponadto, w ramach programu Erasmus+ Piotr

Kołodko odbył staż w kancelarii adwokackiej Paolo Todiniego w Rzymie (24–30 marca 2019 r.).

Dawid Zdrójkowski uczestniczył w:

- Międzynarodowej Konferencji Naukowej *Bratislava Legal Forum 2019* w Bratysławie (14–15 lutego 2019 r.) z referatem *The Wilczek's law. Polish experience with transition to market economy*,
- Międzynarodowej Konferencji Naukowej *Od Unii Lubelskiej do Unii Europejskiej i...* w Wilnie 25–27 kwietnia 2019 r. z referatem *Przylączenie Podlasia do Korony na podstawie Unii Lubelskiej*.

### **Sprawy personalne**

1 listopada 2019 r. Piotr Fiedorczyk został powołany na stanowisko redaktora naczelnego serii wydawniczej „Monografie Wydziału Prawa UwB”, w ramach której na potrzeby ewaluacji ukaże się ponad 30 monografii naukowych pracowników Wydziału.





# MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA

vol. 19, issue 1

Chief Editor: Piotr Fiedorczyk

Issue Editors: Piotr Fiedorczyk and Maria Donata Panforti

University of Białystok

Faculty of Law

Białystok 2020

## Contents

**From the Editorial Board** ..... 7

### I

#### CHILDREN'S RIGHTS AFTER THE 30<sup>TH</sup> ANNIVERSARY OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD

**Carla Rinaldi**

The child as citizen: holder of rights and competent. The Reggio Emilia educational experience..... 11

**Bartosz Kamil Truszkowski**

Disciplining Children on Polish Territories. Legal Regulations from the 19<sup>th</sup> Century to the Present Day..... 41

**Katarzyna Kamińska**

The evolution of parental care with emphasis on joint physical custody (*joint physical custody*)..... 89

**Luis Javier Capote Pérez, M<sup>a</sup> Aránzazu Calzadilla Medina**

Legal protection of childhood and adolescence in Spain after the approval of the 1989 Convention on the Rights of the Child ..... 121

**Roldán Jimeno**

The birth of children's rights between the First and Second World Wars: The historical events leading up to the Convention ..... 143

**Mariola Magda Szewczak-Daniel**

Municipal Childcare in the Activities of the Interwar Lublin City Board ..... 167

**Orsolya Szeibert**

Convention on the Rights of the Child and some aspects of civil law  
and family law ..... 187

**Patrycja Błasiak-Czerniakowska**

Child's religious freedom and parental authority ..... 209

**Anastasija Jumakova**

Content of the child's right to identity within the scope of the Convention  
on the rights of the child and the Latvian national framework ..... 223

**Monika Wilanowska**

Tasks carried out by public administration in the field of protection of children  
from domestic violence in the context of compliance with the standards arising  
from the Convention on the Rights of the Child..... 245

**Giorgio Pighi**

The criminal protection of the migrant minor in Italy ..... 267

**Cinzia Valente**

Unaccompanied Children: comparing European legal systems ..... 289

**Laura Cerrocchi**

Foreign minors: between family and school in a pedagogical perspective ..... 317

**Dario Vinci**

Unaccompanied Foreign Minor, between consolidated rights and emerging  
protection needs. The point of view of an Italian Metropolitan Protection Office .... 355

**Sebastian Czechowicz**

Assessment national guarantees the child's right to health after 30 years  
of the Convention on the rights of the child ..... 375

## II VARIA

**Oscar Hernández Santiago**

Between comments and censorship. The reception and circulation  
of the *Corpus Iuris Civilis* in the New Spain (XVI and XVII centuries) ..... 395

**Leah Bornstein-Makovetsky**

Sentencing Jews to work on Ottoman Naval Ships and in Forced Labor  
at the Imperial Arsenal from the Early 16th Century to 1839 ..... 421

**Paweł Zawadzki**

Origin of the European Ombudsman..... 443

**Daniel Milewski**

The role of the Hague Congress in the process of establishing the Council  
of Europe and shaping the legal conditions of its activity ..... 461

### III CHRONICLE

**Marcin Łysko**

Department of Legal-historical Sciences, Philosophy, Theory of Law  
and Comparative Law (2019)..... 485

**Contents** ..... 493

# „MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA”

## INSTRUKCJE DLA AUTORÓW

### ZAKRES TEMATYCZNY CZASOPISMA

„Miscellanea Historico-Iuridica” (MHI) są publikowane przez historyków prawa z Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Zamieszczane w nim teksty są przede wszystkim efektem badań pracowników Katedry, mają charakter historycznoprawny bądź traktują o prawie współczesnym z wyraźnym kontekstem historycznym. Są wydawane jako półrocznik w wersji papierowej (wersja podstawowa) oraz w elektronicznej pod adresem: <http://miscellanea.uwb.edu.pl>.

### ZASADY WYDAWNICZE I INFORMACJE OGÓLNE

#### PRZYJMOWANIE PUBLIKACJI DO DRUKU

Tekst publikacji powinien zostać wysłany do Redakcji poprzez system OJS na stronie czasopisma (po rejestracji na <http://miscellanea.uwb.edu.pl/user/register> oraz zalogowaniu na osobiste konto użytkownika), ewentualnie drogą e-mailową do sekretarza redakcji na adres: [miscellanea@uwb.edu.pl](mailto:miscellanea@uwb.edu.pl). Rękopis powinien zawierać dane autorów, w tym ich afiliację, oraz mieć dołączone pisemne oświadczenie autora/autorów o tym, że żadna podobna publikacja autora/autorów nie została i nie zostanie opublikowana w innym miejscu. Ponadto autorzy winni oświadczyć, iż zgadzają się na publikację tekstu w MHI. W razie przyjęcia publikacji do druku autor/autorzy zostaną poproszeni o przekazanie praw autorskich do publikacji na rzecz wydawcy, tj. Wydawnictwa Uniwersytetu w Białymstoku.

#### PROCES RECENZYJNY

Wszystkie złożone publikacje zostaną poddane procesowi recenzyjnemu. Wszystkie teksty (tj. artykuły, artykuły recenzyjne oraz dokumenty archiwalne) będą recenzowane przez dwóch niezależnych ekspertów pochodzących z zewnętrznej placówki naukowej. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym, co najmniej jeden z recenzentów będzie afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy. Jako zasada wprowadzony zostanie model, w którym autor/autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. *double-blind review process*). Jednakże w niektórych przypadkach wydawcy mogą nie zastosować tej procedury. Wówczas recenzent zostanie poproszony o podpisanie oświadczenia o niewystępowaniu konfliktu interesów pomiędzy nim a autorem publikacji. Recenzja będzie miała formę pisemną i kończyła się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia. Gdy decyzja zostanie podjęta, autor publikacji zostanie zawiadomiony o niej listownie, włącznie z treścią uwag recenzentów (bez podania ich nazwisk). Wydawcy podejmą działania w celu ochrony MHI przed przypadkami „ghostwriting” i „guest authorship”. Wszystkie tego typu przypadki będą upubliczniane przez informowanie o nich odpowiednich placówek naukowych. Lista recenzentów będzie publikowana w każdym tomie.

#### KRYTERIA RECENZJI

Kryteria oceny artykułu złożonego do Redakcji „Miscellanea Historico-Iuridica” obejmują:

- 1) wstępną charakterystykę artykułu – czy ma on wymiar teoretycznoprawny, prawnoporównawczy, historycznoprawny
- 2) czy tytuł odpowiada treści artykułu
- 3) czy jasno i poprawnie określone zostały cel i założenia artykułu
- 4) czy cel artykułu został osiągnięty
- 5) ocenę wartości naukowej artykułu
- 6) ocenę zastosowanej metody badawczej
- 7) ocenę i celowość zastosowania metody statystycznej
- 8) ocenę wykorzystania literatury naukowej
- 9) ocenę poprawności wniosków końcowych
- 10) ocenę językową i stylistyczną

Każda recenzja powinna się kończyć jednoznaczną rekomendacją do druku lub innymi wnioskami.

## ZGODA NA PUBLIKACJĘ

Materiały kopiowane z innych źródeł muszą być zaopatrzone w publiczne oświadczenie autora i wydawnictwa, zawierające zgodę na publikację przez Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku. Uzyskanie takiej zgody obciąża autora/autorów.

## PRZYGOTOWANIE PUBLIKACJI DO DRUKU

Artykuły powinny być napisane w języku polskim lub angielskim, niemieckim, francuskim, włoskim, hiszpańskim lub rosyjskim. Redakcja może również dopuścić tekst w innym języku niż wyżej wymienione. Strona tytułowa powinna zawierać:

1. Imię (imiona), nazwisko i afiliację Autora (Autorów).
2. Dane kontaktowe Autora (Autorów) – adres (do wiadomości redakcji), e-mail.
3. Identyfikator ORCID Autora (Autorów) – Open Researcher and Contributor ID – kod alfanumeryczny stworzony dla unikalnego identyfikowania autorów i współautorów publikacji naukowych i akademickich; rejestracja dostępna na <https://orcid.org/register>.
4. Pełny tytuł artykułu w języku złożonego tekstu.
5. Abstrakt (zapowiedź artykułu do 1200 znaków) w języku złożonego tekstu.
6. Pełny tytuł artykułu w języku angielskim.
7. Abstrakt w języku angielskim.
8. Słowa lub frazy kluczowe w języku złożonego tekstu (od 3 do 6).
9. Słowa lub frazy kluczowe w języku angielskim.

Na końcu artykułu należy umieścić:

1. Pełną bibliografię tekstu.
2. Streszczenie artykułu w języku polskim (tylko jeśli artykuł jest w języku polskim).
3. Streszczenie artykułu w języku angielskim.

**Ważne:** Abstrakt powinien być zapowiedzią artykułu mającą od 200 do 400 słów i znajdować się na początku artykułu. Powinien zawierać syntetyczny opis celu badawczego i wprowadzenie do tematyki tekstu, opis wykorzystanych źródeł i zastosowanych metod. Powinien zachęcić czytelnika do przeczytania artykułu. Streszczenie powinno znajdować się na końcu i być syntezą całego tekstu, jego skrótem. Powinno zawierać elementy niewystępujące bądź jedynie zarysowane w abstrakcie, w szczególności otrzymane wyniki badań i końcową konkluzję. Powinno zawierać od 200 do 500 słów. Powinno podsumować i ułożyć wiedzę zdobytą podczas lektury artykułu.

## WSKAZÓWKI DLA AUTORÓW TEKSTÓW

### INFORMACJE OGÓLNE

1. Objętość tekstu nie powinna przekraczać 25 stron przygotowanych według wskazanych zasad. Tekst główny powinien być napisany czcionką Times New Roman 12 pkt, wyrównany do lewej i prawej (wyjustowany), interlinia 1,5 wiersza. Dopuszcza się stosowanie wyróżnień w tekście, np. pogrubienie tekstu (w nagłówkach) i kursywę (cytaty, terminy, zwroty i sentencje łacińskie). Cytaty należy umieszczać w cudzysłowie „...”. Redakcja nie weryfikuje stosowanych w tekstach cytatów ani ich tłumaczeń. Redakcja zastrzega sobie prawo do usuwania usterek stylistycznych i ujednolicania tekstu zgodnie z przyjętymi zasadami, bez porozumienia z Autorem.
2. Jeżeli zachodzi potrzeba, w tekście należy konsekwentnie stosować wyliczenia punktowe: 1), 2), 3) itd., lub a), b), c) itd. Nie należy stosować wyliczeń w innej postaci (np. • czy <).
2. Na końcu tekstu powinien być sporządzony wykaz bibliograficzny zawierający wszystkie wykorzystane w artykule źródła, literaturę w porządku alfabetycznym, orzecznictwo, strony internetowe itp.
4. W tekście należy stosować następujące łacińskie skróty:

eadem	– też, teźe
ibidem	– tamże
idem	– tenże
op. cit.	– dzieło cytowane
passim	– tu i ówdzie, wszędzie.

## ZASADY SPORZĄDZANIA PRZYPISÓW

1. Przypisy należy sporządzić czcionką Times New Roman 10 pkt, tekst powinien być wyrównany do lewej i prawej (wyjustowany), interlinia 1,0 z odnośnikami w indeksie górnym. Należy stosować ciągłą numerację przypisów.
2. W tekście numer przypisu należy umieszczać bez spacji po wyrazie, przed przecinkiem lub kropką kończącą zdanie, np. W dalszej części swojego wystąpienia nawiązał do tradycji nauczania prawa rzymskiego w Wilnie<sup>1</sup>, przypominając postać hiszpańskiego humanisty i romanisty Petrusa Roysiusa<sup>2</sup> (Pedro Ruiz de Moroz 1505–1571), znanego w naszym kraju pod nazwiskiem Roizjusz<sup>3</sup>.
3. Przypis należy traktować jak zdanie, dlatego też powinien zaczynać się wielką literą, a kończyć kropką.
4. Dzieło autora, które jest powoływane po raz pierwszy, należy cytować w następujący sposób: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, po przecinku tytuł dzieła kursywą, miejsce wydania i rok, strony, np. J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 174-178; kolejne wydanie należy zaznaczyć w następujący sposób: J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, wyd. 2, Kraków 2001, s. 266.
5. Dzieło cytowane po raz pierwszy z czasopisma naukowego należy cytować, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, tytuł czasopisma w cudzysłowie i jeśli dalej będzie przywoływane w tekście, to jego skrót w nawiasie, cyframi arabskimi rok wydania, numer (zeszyt), cytowane strony, np. I. Koschembahr-Lyskowski, *O pojęciu własności, zarazem jako przyczynek do nauki o źródłach prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” (dalej: PPIA) 1902, z. 6, s. 385-410. Publikację cytowaną po raz kolejny z tego samego czasopisma naukowego należy podawać w skrócie, np. I. Koschembahr-Lyskowski, *Dwa nowe opracowania rzymskiego prawa prywatnego*, PPIA 1908, z. 5, s. 329-353.
6. Tylko jedno dzieło (np. monografia, artykuł) tego samego autora przywoływane po raz kolejny należy cytować w następujący sposób: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, skrót op. cit., numer strony oraz ewentualnie przypis, np. J. Sondel, op. cit., s. 185.
7. Jeśli w tekście cytowanych jest kilka opracowań tego samego autora, to należy wówczas w przypisach (z wyjątkiem pierwszego przypisu do danego opracowania) wprowadzić jednoznaczny skrót tytułu, który pozwoli odróżnić te opracowania, następnie należy postawić po nim trzy kropki z przecinkiem ..., oraz podać numer strony, np. F. Bossowski, *Ze studiów nad rzeczami w obiegu wedle prawa rzymskiego*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1923, nr 30, s. 257-260; F. Bossowski, *Znalezienie skarbu wedle prawa rzymskiego*, Kraków 1925, s. 38 – w dalszych przypisach należy cytować (jeśli opracowania tego samego autora znajdują się w tym samym przypisie): F. Bossowski, *Ze studiów nad rzeczami...*, s. 258; idem, *Znalezienie skarbu...*, s. 45.
8. Jeśli w tekście artykułu znajdują się obok siebie w kolejnych przypisach dwa odniesienia do tego samego opracowania autora, należy stosować skrót ibidem, np. R. Taubenschlag, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung” 1929, nr 49, s. 115-128; kolejny przypis: Ibidem, s. 120.
9. Artykuł z publikacji zbiorowej cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, przecinek, następnie [w:] tytuł publikacji zbiorowej kursywą, inicjał imienia redaktora (redaktorów) z kropką, nazwisko, tom, miejsce wydania i rok, strony, np. F. Bossowski, *Nowela Justyniana 115-Statut Litewski I R. IV. Art. 13 (14), Statut Litewski II i III R. VIII. Art. 7.-T. X. cz. 1 Art. 167*, [w:] *Księga pamiątkowa ku uczczeniu czterechsetnej rocznicy zoydania Pierwszego Statutu Litewskiego*, red. S. Ehrenkreutz, Wilno 1935, s. 107-121; G. Bałtruszajtys, *History of the Roman Law Department at the Warsaw University*, [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, red. M. Zabłocka, J. Krzynówek, J. Urbanik, Z. Służewska, t. 1, Varsovie 2000, s. 35-36.
10. Hasło encyklopedyczne cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł hasła kursywą, przecinek, następnie [w:] tytuł publikacji zbiorowej

kursywą, inicjał imienia redaktora (redaktorów) z kropką, nazwisko, tom, miejsce wydania i strony (szpalty), np. R. Taubenschlag, *Münzverbrechen*, [w:] *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, red. A. Pauly, G. Wissowa, t. XVI (1), Stuttgart 1933, szp. 455–457.

11. Artykuł z gazety codziennej cytuje się, podając kolejno: inicjał imienia autora z kropką, nazwisko, tytuł artykułu kursywą, tytuł gazety w cudzysłowie, datę wydania, np. Ł. Zalewski, *Brak zgody to równy podział na dziecko*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 4 listopada 2013, s. B3.
12. Recenzję należy cytować w następujący sposób: skrót rec., inicjał imienia autora recenzji z kropką, nazwisko, tytuł czasopisma w cudzysłowie cyframi arabskimi rok wydania, numer (zeszyt), cytowane strony, przecinek, następnie [z:] inicjał imienia autora recenzowanej pracy z kropką, nazwisko, tytuł pracy, miejsce i rok wydania, np. Zob. rec. A. Berger, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 1925, nr 21, s. 191-195, [z:] U. Willamowitz-Moellendorff, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer bis zum Ausgang des Mittelalters*, Leipzig – Berlin 1923.
13. Orzeczenia sądów lub trybunałów cytuje się, podając kolejno: nazwę orzeczenia, nazwę organu, który je wydał, datę wydania, sygnaturę akt oraz, jeśli orzeczenie było publikowane – miejsce publikacji i numery stron, np. Orzeczenie SN z 13 stycznia 1965 r., I CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, poz. 171.
14. Akty prawne cytuje się w następujący sposób: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.); Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2010 nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
15. Stronę internetową należy podawać w następujący sposób: <http://www.ms.gov.pl> (25.09.2013).



## **“MISCELLANEA HISTORICO-IURIDICA”**

### **INSTRUCTIONS FOR AUTHORS**

#### **SCOPE**

“The Miscellanea Historico-Iuridica” (MHI) is published by the historians of law from University of Białystok, Faculty of Law. It is issued once a year in printed form (the basic form), and in the electronic form at: <http://www.prawo.uwb.edu.pl/miscellanea/index.php>.

#### **EDITORIAL POLICY AND GENERAL INFORMATION**

#### **SUBMISSION OF MANUSCRIPTS**

The text of the publication should be sent to the Editorial Board via the OJS system on the journal's website (after registration at <http://miscellanea.uwb.edu.pl/user/register> and logging into the user's personal account), eventually by e-mail to the Secretary of the Editorial Board: [miscellanea@uwb.edu.pl](mailto:miscellanea@uwb.edu.pl). The manuscript must be accompanied by a written statement of corresponding author that no similar paper has been or will be submitted for publication elsewhere as well as all authors listed on a manuscript have agreed to its submission. Upon acceptance of the manuscript, the author(s) will be asked to transfer the copyright to the publisher (i.e. Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku).

#### **REVIEW PROCESS**

All submitted manuscripts (i.e. studies, archive documents, book reviews – articles) will be subject to review by two independent experts from the outside unit for the scientific evaluation. If the text is written in foreign language, at least one of the reviewers should be affiliated in the foreign institution other than the nationality of the author(s). The “double-blind review process” will be introduced as a rule. However, in some cases the editors may not introduce this procedure and they may ask the reviewer to sign a statement of no conflict of interest existing between the reviewer and the author. The review must contain clear declaration that the reviewed text should be published or withdrawn. When a decision is reached, a decision letter will be sent to the authors, including the comments of the referees (not showing his name). The editors will take the measures to protect the MHI from “ghostwriting” and “guest authorship” cases. All these kind of cases will be exposed, by informing relevant scientific units about such cases. A list of reviewers will be published in each volume.

#### **REVIEW CRITERIA**

The criteria of reviewing an article submitted for publishing in “Miscellanea Historico-Iuridica” include:

1. the initial characteristics of the article – if it has theoretical, legal comparative, historical and legal dimension
2. does the title correspond with the content of the article
3. has the purpose and the concept of work been clearly and correctly defined
4. has the purpose of the article been achieved
5. the scientific value of the article
6. the correctness of the method of research
7. the necessity of using the statistical method
8. the value of bibliography used
9. the correctness of final conclusions
10. the style and linguistic value of the text

Every review should have a clear recommendation for publishing the text or include other conclusions.

## PERMISSIONS

Materials copied from other sources must be accompanied by a written statement from both the author and publisher giving permission to Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku for reproduction. It is the author's responsibility to ensure that such permissions are obtained.

## PREPARATION OF MANUSCRIPTS

Articles should be written in Polish or English, German, French, Italian, Spanish or Russian. The editors may also accept the text in other language than listed above. The title page should include:

1. Name (names), surname and affiliation of the Author(s).
2. Contact details of the Author(s) – address, e-mail.
3. ORCID number of the Author(s) - Open Researcher and Contributor ID - alphanumeric code to uniquely identify scientific and other academic authors and contributors; registration available at <https://orcid.org/register>.
4. Full title of the article in the language of the submitted text.
5. Abstract in the language of the submitted text (up to 1200 characters).
6. Full title of the article in English.
7. Abstract in English.
8. Key words in Polish (from 3 to 7, only if the article is in Polish).
9. Key words in English (from 3 to 7).

On the end of the article the Author should attach:

1. Full bibliography.
2. Summary of the article in Polish (only if the article is in Polish).
3. Summary of the article in English.

**Important:** The abstract should be the announcement of the article with 200 to 400 words and it should be at the beginning of the article. It should contain a synthetic description of the research objective and an introduction to the subject of the text, a description of the sources and methods used. It should encourage the reader to read the article.

The summary should be at the end of the article and should be a synthesis of the entire text, its abbreviation. It should contain elements that are absent or only outlined in the abstract, in particular the obtained research results and the final conclusion. It should be between 200 and 500 words. It should summarize and organize the knowledge gained while reading the article.

## GUIDELINES FOR AUTHORS GENERAL INFORMATION

1. The length of the text should not exceed 25 pages formatted according to the rules given below. The main text should be typed in 12-point Times New Roman, with full justification, 1.5 line spacing. Bolding is allowed in headlines, italics while using citations, terms, phrases and sentences in Latin. Quotation marks are requested for citations. The Editorial Board of Miscellanea does not verify citations and their translations used in submitted papers. The Board reserves the right to remove stylistic mistakes and to standardize the text according to accepted rules, without consulting the Author.
2. When necessary, consistent enumeration should be used: 1), 2), 3) etc., or a), b), c) etc. No other types (such as • or <) should be used.
3. A list of references in alphabetical order should be attached at the end of the submitted paper including all of the sources used throughout the text: publications, original sources, case law, internet sites, etc.
4. Consistent enumeration of all pages should be included at the bottom of each page.
5. The following Latin abbreviations should be used:

eadem, idem	– the same (the former refers to a lady, the latter to a man)
ibidem	– the same place
op. cit.	– in the work cited
passim	– here and there, everywhere.

## CITATION GUIDE

1. Footnotes (in 10-point Times New Roman, with full justification, 1,0 line spacing with footnote symbols in the upper index) should be consistently enumerated.
2. In the main text the footnote symbol should be inserted after the word (no space) and before a comma or period ending the sentence. For example: In the next part of his presentation, tradition of teaching Roman law in Vilnius was recalled<sup>1</sup>, accompanied by the note of Spanish humanist Petrus Roysius<sup>2</sup> (Pedro Ruiz de Moroz 1505–1571), known as Roizjusz<sup>3</sup>.
3. A footnote should be formatted as a sentence, starting with a capital letter and ending with period.
4. Publication used for the first time should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the work in italics, place and year of publication, pages. For example: J. Sondel, *Latin-Polish dictionary for Lawyers*, Krakow 1997, pp. 174-178; Later edition should be indicated as follows: J. Sondel, *Latin-Polish dictionary for Lawyers*, ed. 2, Krakow 2001, p. 266.
5. First citation of a paper published in a scientific periodical/journal should include: the initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the work in italics, title of the periodical/journal in quotation marks and, if it is to be cited again, its abbreviation in parenthesis, publication year, volume (issue), cited pages. For example: I. Koschembahr-Lyskowski, *On the history of property law*, "Journal of Law and Administration" (hereinafter: JoLA) 1902, vol. 6, pp. 385-410. A further publication from the same periodical should be cited with abbreviation. For example: I. Koschembahr-Lyskowski, *Two new reviews of the Roman law*, JoLA 1908, vol. 5, pp. 329-353.
6. Only one other work of the same author referred to again should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, op. cit., pages (or footnote number). For example: J. Sondel, op. cit., p. 185.
7. If several works of the same author are used, a clear abbreviation should be selected to identify each work followed by ellipsis, comma and page number. For example: F. Bossowski, *Roman law issues*, "Judicial Gazette of Warsaw" 1923, nr 30, pp. 257-260; F. Bossowski, *Property law problems*, Krakow 1925, p. 38 – should be further cited (in the same footnote) as: F. Bossowski, *Roman law...*, p. 258; idem, *Property law...*, p. 45.
8. If two references to the same work are made next to each other in the text, the *Ibidem* term should be used in footnotes. For example: R. Taubenschlag, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht*, „Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung" 1929, nr 49, pp. 115-128; followed by: *Ibidem*, p. 120.
9. Article from a group publication should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the article in italics, [in:], title of the group publication in italics, initial of the name of the editor/s followed by period, last name of the editor/s, volume, place and year of publication pages. For example: F. Bossowski, *Justynia's novels*, [in:] *Anniversary book for the First Lithuanian Statute*, ed. S. Ehrenkreutz, Vilnius 1935, pp. 107-121; G. Bałtruszajtys, *History of the Roman Law Department at the Warsaw University*, [in:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, édités par M. Zablocka et J. Krzynówek, J. Urbanik, Z. Służewska, vol. 1, Varsovie 2000, pp. 35-36.
10. Encyclopedia entry reference should include the following: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the entry in italics, [in:] title of the publication in italics, initial of the name of the editor/s followed by period, last name of the editor/s, volume, place and date of publication, pages. For example: R. Taubenschlag, *Münzverbrechen*, [in:] *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, eds. A. Pauly, G. Wissowa, vol. XVI (1), Stuttgart 1933, pp. 455-457.
11. Article from a newspaper should be cited as follows: initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the article in italics, title of the newspaper in quotation marks, day date of the publication, page. For example: Ł. Zalewski, *Lack of consensus on custody*, "Legal Paper", 4 November 2013, p. B3.
12. Review should be cited as follows: abbreviation rev., initial of the author's name followed by period, last name of the author, title of the periodical in quotation marks, year of

publication, volume (issue), cited pages, [from:] initial of the name of the reviewed author, last name of that author, title of work, place and date of publication. For example: See rev. A. Berger, "Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" 1925, nr 21, pp. 191-195, [from:] U. Willamowitz-Moellendorff, *Staat und Gesellschaft der Griechen und Römer bis zum Ausgang des Mittelalters*, Leipzig – Berlin 1923.

13. Judgments of the courts and tribunals should be cited as follows: title of the case, name of the organ issuing the judgment, date of the judgment, reference symbols, and, if the judgment was published – indication of the place of publication and pages. For example: Judgment of the Supreme Court of Poland of 13 January 1965, CR 464/64, OSNCP 1965, nr 10, pos. 171.
14. Polish legal acts reference: Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.); Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2010 nr 243, poz. 1623 z późn. zm.).
15. Website reference: <http://www.ms.gov.pl> (25.09.2013).

