

WIESŁAW BAR

POCHODZENIE DZIECKA I WŁADZA RODZICIELSKA W PRAWIE RODZINNYM PAŃSTW ISLAMSKICH

W ostatnich miesiącach środki przekazu donosiły o przypadkach „wydobywania” Polek, żon muzułmanów, które nie tylko same znalazły się w trudnym położeniu po wyjeździe do krajów mężów, ale często pozbawione zostały dzieci. Sytuacje te wykazały brak podstawowej wiedzy kobiet na temat funkcjonowania rodziny w islamskim porządku prawa, w tym miejsca kobiety w wykonywaniu władzy rodzicielskiej nad zrodzonym dzieckiem. Ujawnione okoliczności wyjazdu i późniejsze wydarzenia wskazują, że większość kobiet jest przekonana, że w sytuacji kryzysowej, zwróciwszy się do sędziego, uzyska pomoc prawną, i nie tylko, w trybie i w zakresie funkcjonującym w znanym im kontynentalnym systemie prawa europejskiego. Tymczasem w krajach islamskich kwestie małżeńskie poddane są prawu religijnemu (*szaria't*)¹. Jeśli nawet istnieje stanowiący kodeks rodzinny czy statusu osobowego, to bazuje na regułach prawa religijnego w interpretacji szkoły² obowiązującej w danym kraju, modyfikowanych nowymi okolicznościami.

¹ Naczelne miejsce prawa religijnego gwarantuje się najczęściej w konstytucjach, ale także w normach szczegółowych. Zob. np. Kodeks rodzinny Algierii – Ustawa 84/1984, art. 222.

² Na temat głównych szkół prawnych w islamie sunnickim i szyickim zob. np.: W. Bar, *Wolność religijna w Dār al-Islām. Zagadnienia prawa wyznaniowego*, Lublin 2003, s. 25-30; N. J. Coulson, *Historia del derecho islámico*, Barcelona 2000, s. 45-81; M. S. Hajdara, *Podstawowe kierunki i szkoły prawa muzułmańskiego*, w: *Prawo muzułmańskie. Struktura i podstawowe instytucje*, Warszawa 1990, s. 62-84.

W artykule przybliżone zostaną podstawowe – wspólne – reguły z zakresu tematu, z egzemplifikacją rozwiązań w niektórych krajowych porządkach prawnych. Najczęściej odnosimy się do prawa stanowionego krajów Maghrebu, gdyż emigracja z tego regionu do Europy jest najliczniejsza i stanowi 38%³; po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej może znajdować swoje miejsce – częściej niż dotychczas – również w naszym kraju. Uwzględnimy też linię orzecznictwa w państwach Europy Zachodniej w przypadkach, gdy powód lub pozwany powoływał się na reguły prawa szarijatu dla uzasadnienia własnych roszczeń lub domagając się oddalenia skargi.

1. POCHODZENIE DZIECKA

U podstaw islamskiego prawa rodzinnego od czasów Proroka leży m.in. zasada liczenia pochodzenia według linii męskiej, zgodnie z patriarchalną strukturą rodziny w tym systemie prawa⁴. Pochodzenie może być skutkiem małżeństwa ważnie zawartego, uznania ojcostwa, ustanowienia testamentowego, małżeństwa pozornego lub wadliwego, każdego skonsumowanego małżeństwa, anulowanego zgodnie z obowiązującymi zasadami⁵.

Konieczne jest uznanie pochodzenia z ojca. Istnieje domniemanie prawne (*iuris tantum*), że jeśli dziecko urodzi się w czasie trwania małżeństwa albo w ograniczonym czasie po jego rozwiązaniu, to jego ojcem jest mąż kobiety albo mąż w czasie poczęcia. Domniemanie prawne odnosi się tylko do tych przypadków, w których dziecko urodziło się nie wcześniej niż 6 miesięcy od zawarcia małżeństwa, albo nie później niż 10 miesięcy od definitywnego rozwiązania małżeństwa⁶. Podstawą dla tego domniemania jest islamska koncepcja

³ *Cien preguntas sobre el islam*. Entrevista a Samir Khalil Samir realizada por Giorgio Paolucci y Camille Eid, Madrid 2003, s. 185.

⁴ Zob. S. El Hadri, *El estatuto jurídico de la mujer en el Islam. Una situación plural*, w: *La multiculturalidad. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 2001, s. 161nn.

⁵ Zob. np. Kodeks rodzinny Algierii – Ustawa 84/1984, art. 40.

⁶ Tamże, art. 42-43.

dozwolonych relacji seksualnych⁷. Dzieci takie uznawane są za legalne, podobnie z małżonk. Jednak domniemanie może być obalone, jeśli z wnioskiem do sędziego wystąpi mężczyzna, wykazując przynajmniej jedną z okoliczności:

- poczęcie nastąpiło przed zawarciem małżeństwa, a urodzenie nastąpiło przed upływem 6. miesiąca od tego zdarzenia;
- w okresie, w którym ono mogło nastąpić, nie zamieszkiwał z matką dziecka;
- kobieta dopuściła się cudzołóstwa, w czasie do którego stosuje się domniemanie.

Sędzia po rozpatrzeniu przedstawionych środków dowodowych podejmuje decyzję co do pochodzenia dziecka.

Prawo dopuszcza uznanie za dzieci legalne także poczęte poza małżeństwem, ale wyłącznie gdy taką wolę wyrazi mężczyzna oraz istnieją fakty, które ojcostwo to potwierdzają, a przynajmniej mu nie przeczą. Oświadczenie składa mężczyzna wobec dwóch świadków. Musi to być decyzja mężczyzny. Nawet sędzia nie ma prawa ustalać jego ojcostwa. Prawo szarijatu (*szaria't*) zakazuje sędziemu wszczynanie tego typu postępowania, nawet gdy żądanie zgłasza sam zainteresowany (syn, córka) bądź reprezentujący go, bądź inna osoba mająca interes prawny. Z kolei nie może być skuteczne oświadczenie, jeśli różnica wieku między dzieckiem a deklarującym przemawiałaby za niemożliwością spłodzenia z przyczyn biologicznych albo istnieje już ustalone pochodzenie dziecka, albo urodziła je niewolnica należąca do kogoś innego.

Uznanie pochodzenia wiąże dziecko z ojcem i jego rodziną, tworzy prawo do spadkobrania, ustala prawa i obowiązki między ojcem i dzieckiem⁸.

Jeśli dziecko zostanie poczęte albo urodzi się poza małżeństwem, a nie zostanie uznane przez ojca, to nie ma prawa do wysuwania jakichkolwiek roszczeń względem mężczyzny – ojca biologicznego,

⁷ G. Caputo, *Introduzione al Diritto Islamico. I concetti generali, il matrimonio e la famiglia*, Torino 1990, s. 119.

⁸ J. L. Iriarte Ángel, *Las medidas de protección de menores procedentes de pasés musulmanes en territorio español*, w: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, red. A. Rodríguez Benot, Madrid 2002, s. 382.

a ten nie ma zobowiązań. Prawa takie i zobowiązania, łącznie z utrzymaniem, ma wtedy wyłącznie matka dziecka.

2. ADOPCJA A KURATELA

W Koranie wyraźnie zakazano adopcji, w znaczeniu adopcji całkowitej – instytucji powszechnie obowiązującej m.in. w europejskim systemie prawnym⁹. W skutkach natomiast odpowiadają jej w islamie trzy instytucje: *kfaleh*, *wisayah* i *tabanni*.

Najpierw prawni spadkobiercy są zobowiązani do sprawowania nadzoru i utrzymania niemających rodzicielskiej opieki. Zakres podmiotów ją sprawujących bywa różnie zakreślany. W szkole hanbalickiej uważa się, że jest to obowiązek wszystkich mających prawo do spadku, tak bliskich krewnych, jak i dalekich, zarówno mężczyzn, jak i kobiet. W szafickiej szkole prawnej dotyczy ojca, dziadka, każdego bez wyjątku z dwóch linii bezpośredniego pokrewieństwa. Według szkoły malickiej spadkobierca nie musi wypełniać zadań wynikających z *kfaleh*, z wyjątkiem ojca lub matki i zstępnych pierwszego stopnia.

Sprawowanie nad opuszczonymi opieki materialnej oraz edukacyjnej nie rodzi skutków znanych z adopcji, włącznie ze zmianą nazwiska i nabyciem praw dzieci uznanych za prawowite, w tym spadkowych, jak też nie tworzy przeszkody do zawarcia małżeństwa¹⁰. Instytucja *kfaleh* pełni funkcję bardzo zbliżoną do adopcji¹¹, ale przy zachowaniu właściwych kulturze islamskiej reguł. Do zajęcia się dzieckiem opuszczonym uprawniony jest tylko muzułmanin – z zasady mężczyzna, zwany *kafil*, tylko on bowiem jest zdolny do edukacji małoletniego podopiecznego (*makfoul*) w islamie, naturalnej religii człowieka¹². Niekiedy matka może być ustanowiona kuratorem, jak też może mianować kogoś innego; nigdy takich praw nie może otrzy-

⁹ Koran, sura XXXIII, 4-5. Teksty z tłumaczenia Koranu na język polski: *Koran*, z arabskiego przeł. i komentarzem opatrzył J. Bielawski, Warszawa 1986.

¹⁰ Tamże, w. 37.

¹¹ M. Verwilghen, J. Y. Carlier [i in.], *L'adoption internationale en Droit belge*, Bruxelles 1991, s. 18-19.

mac niemuzułmanka – żydówka lub chrześcijanka – choć zachowuje prawo strzeżenia, ochrony dziecka, na podstawie prawa naturalnego (*hadana*)¹³.

Według Abu Hanifah i Hanbala instytucja *kfaleh* trwa do chwili osiągnięcia przez chłopca dojrzałości płciowej, o ile cieszy się dobrym zdrowiem. Jeśli jest inaczej bądź warunki życia są trudne i nie może sam utrzymać się, to obowiązek trwa aż do ustania przyczyn uzasadniających kontynuację. Natomiast obowiązek opieki nad dziewczyną trwa aż do jej zamążpójścia, przy czym – według Malika – ustaje on nie po zawarciu kontraktu, ale po skonsumowaniu małżeństwa. Z kolei reguły szkoły szafickiej zarówno dla chłopców, jak i dziewcząt ustalają osiągnięcie dojrzałości płciowej, o ile cieszą się dobrym zdrowiem, jako momentu ustania obowiązku utrzymania. Odradza się on, jeśli podopieczny jest chory; takiego stanowiska nie podzielił jedynie Malik i jego szkoła.

Drugą instytucją służącą sprawowaniu opieki jest *wisayah*. Może być testamentowa lub sądowa (prawna). Kurator ustanowiony testamentem nazywa się *wasi*. Opiekę taką może ustanowić ojciec lub dziadek niepełnoletniego, a jej wykonawcą wezwany spoza rodziny – twierdzi się w szkołach szafickiej i hanbalickiej. Szkoły hanaficka i malicka podkreślają, iż ustanowienie tego typu opieki może nastąpić nawet wtedy, kiedy jest dziadek i inni krewni w linii prostej, jeśli wydaje się, że wskazany obcy lepiej niż jego krewni wypełni zadania wobec dziecka.

Opiekun winien być osobą o nienagannej opinii. W przypadku stwierdzenia złego prowadzenia się opiekuna szkoły hanaficka i hanbalicka przewidują wyznaczenie pomocnika (zastępcy). Jeśli obyczaje kuratora są złe, jego zachowania niemoralne, albo źle administrował majątkiem pupila (podopiecznego), to może go usunąć sędzia i w jego miejsce wyznaczyć kogoś innego. Prawy opiekun nie potrzebuje aprobaty czy deklaracji o ważności swoich aktów – uważają

¹² A. Rodríguez Benot, *El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural. Un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la kafala*, „Revista general del derecho”, 2000, nr 667, s. 4426-4427.

¹³ M. Milliot, F. P. Blanc, *Introduction e l'etude du Droit Musulman*, Paris 1987², s. 445.

szkoły hanbalicka, malicka i szaficka. Tylko szkoła hanaficka domaga się aprobaty sądowej dla aktów zbywania dóbr pupila, ale zawsze obowiązek utrzymania pozostaje przy kuratorze.

Według Abu Hanifah i Malika kurator może sam przenieść swój tytuł kurateli i odpowiedzialność na kogoś innego, nawet gdyby testator nie upoważnił go do tego wprost w testamentie.

Znana jest jeszcze inna forma – *tabanni* – tworząca silną więź, zwaną *muwaleh*, czyli „spokrewnienia się”, „upodobnienia”, co w praktyce oznacza nadanie podopiecznemu statusu przynależącego członkom rodziny, na wzór stosunku ojca do syna. Według wszystkich głównych szkół sunnickich nie daje on biorcy prawa dziedziczenia po przybranym. Podstawą takiej więzi może być kontrakt lub sądowe ustanowienie.

Do podstawowych reguł szarijatu stosuje się regulacje prawa stanowionego państw islamskich, jeśli takie istnieją. Oczywiście formy wyrażenia są różne. W marokańskiej Mudawanie np. stwierdza się, że „adopcja nie ma znaczenia prawnego, ani nie wywołuje żadnych skutków związanych z pochodzeniem”¹⁴, a w kodeksie rodzinnym Algierii wprost – „Adopcja jest zakazana przez szariat i ustawę”¹⁵. Tylko Tunezja ma prawną możliwość adopcji pełnej ze wszystkimi znanymi tej instytucji skutkami; wprowadzono ją ustawą z 4 maja 1958 r., jednak jurysprudence nałożyła ograniczenia bazujące na prawie szarijatu, a których nie przewidziano w ustawie¹⁶.

3. WYKONYWANIE WŁADZY RODZICIELSKIEJ

Każda grupa islamska musi mieć swojego przywódcę: „Gdy troje spośród was jest w drodze, to wyznaczcie spośród siebie przywódcę” – nakazał Mahomet¹⁷. Kierowanie rodziną przynależy do mężczyzny:

¹⁴ Art. 83, par. 3.

¹⁵ Art. 46.

¹⁶ A. Motilla, P. Lorenzo, *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid 2002, s. 99-100.

¹⁷ An-Na'ala'i, *Rijad as-salihin*, s. 297.

„Opiekunem własnej rodziny jest mężczyzna, za którą jest on odpowiedzialny”¹⁸. Podobnie jak ze strony żony, kobiety jest mu należne pełne posłuszeństwo zgodnie z prawem szarijatu, tak samo ze strony dzieci i podopiecznych. Jednym z istotnych zadań ojca, ale także ustalonego opiekuna, jest sprawowanie dozoru oraz utrzymanie: „Mężczyźni stoją nad kobietami ze względu na to, że Bóg dał wyższość jednym nad drugimi, i ze względu na to, że oni rozdają ze swojego majątku” (Koran, sura IV, 34). Mężczyzna, w przeciwieństwie do żony, ma władzę nad wiarą i przekonaniami dzieci.

Można pewnie stwierdzić, że zakres kurateli nad nieletnimi ma większe znaczenie niż w prawie rzymskim czy współczesnym zachodnim. Jeśli wykonuje ją ojciec, to jej zakres jest szerszy. Ale także prawnie ustanowiony kurator (opiekun) ma wpływ na sprawy personalne, a nie tylko majątkowe; w wykonywaniu jej jest jednak poddany przepisaniem przez ustawodawstwo nadzorowi. W sprawach personalnych może nawet prowadzić negocjacje w imieniu podopiecznego i zawierać kontrakt małżeński. W sprawach majątkowych we wszystkich aktach reprezentuje pupila, zawiera kontrakty i uczestniczy w obrocie. Gdyby taki akt podejmował pupil bez udziału kuratora, jest on nieważny, chyba że ten uzna go później. Z kolei opiekun nie może podejmować czynności, które mogłyby pogorszyć stan majątkowy pupila, np. przez donacje albo przywłaszczanie pożytków. Na zbycie majątku pupila, albo obrót zagrażający mu, opiekun musi uzyskać autoryzację sędziego, w przeciwnym razie akty (czynności) byłyby nieważne.

Tego typu ograniczenia nie dotyczą ojca wykonującego władzę rodzicielską. Obowiązuje zasada, że ma zarządzać dobrami dziecka, tak jak własnymi, dlatego czynności w tym zakresie przez niego dokonywane nie podlegają wyżej wymienionym regułom, a ewentualne wyrównania mają być dokonane w końcowym rozliczeniu.

Wydzielenie w klasycznym prawie islamu kurateli, z którą związana jest władza rodzicielska przypisana do ojca lub opiekuna oraz *hadana*, jako prawa troski o małe dziecko, związane z matką i jej rodziną, znajduje odbicie w kodeksach rodzinnych i o statusie perso-

¹⁸ *Hadis*.

nalnym, aczkolwiek z pewnymi tendencjami ku przyznaniu prawa wykonywania władzy rodzicielskiej także przez kobietę matkę, w przypadku śmierci ojca dziecka lub jego niezdolności do jej wykonywania do czasu, kiedy takiej zdolności nie odzyska. Takie rozwiązanie zapisano w marokańskiej Mudawanie, zaznaczając, że matka będzie wówczas reprezentować dzieci w zakresie spraw osobowych, jak i majątkowych, aczkolwiek nie będzie mogła sprzedawać dóbr nieletnich dzieci bez upoważnienia sędziego¹⁹. Według kodeksu rodzinnego Algierii „ojciec jest opiekunem dzieci. Po jego śmierci wykonywanie opieki przechodzi na matkę w pełnym zakresie”²⁰. Tunezyjski kodeks statutu osobowego – po jego reformie w 1981 r. – gwarantuje matce stanie się opiekunem w przypadku braku ojca, czego nie może zmienić ani testament ojca, ani decyzja sędziego. Natomiast w sytuacji separacji i rozwodu sędzia może przenieść opiekę na matkę, jeśli ojciec w jej wykonywaniu był niedbały bądź nadużywał, bądź – zdaniem sędziego – pełnił ją ze szkodą dla dziecka. Oprócz zwykłej troski, w zakresie ustalonym przez sędziego, matka może podejmować decyzje co do podróży i przemieszczania się dzieci, nauki i studiów oraz zarządzać ich sprawami finansowymi²¹.

Powolne dopuszczanie matki – w regulacjach prawnych – do wykonywania władzy rodzicielskiej nie narusza tradycyjnej instytucji kuratora testamentowego, którego może ustanowić ojciec dziecka. Taką desygnację zawsze może uchylić, nawet w swej ostatniej woli, co gwarantuje marokański kodeks Mudawana²². Prawo jego ustanowienia w formie testamentu ma także dziadek ze strony ojca, co zapisano np. w kodeksie algierskim²³, dodając, że każdy desygnowany musi być muzułmaninem, dojrzałym płciowo, zdatnym do wykonania zadania, prawym i dobrym administratorem²⁴.

W nowszych kodyfikacjach wzrasta rola sędziego – od ustanawiania opiekuna, przez nadzór nad wykonywaniem opieki, po jej zno-

¹⁹ Art. 148.

²⁰ Art. 87.

²¹ Art. 67.

²² Art. 151.1.

²³ Art. 92.

²⁴ Art. 93.

szenie. Poczynając od krajów Maghrebu, zwłaszcza po reformie prawa rodzinnego Tunezji w 1961 r., zwraca się większą uwagę na ustanawianie opiekunów dla dobra dziecka. W Maroku np. kurator testamentowy musi być potwierdzony przez sędziego²⁵, podobnie w Algierii, gdzie przewidziano, że sędzia wskazuje właściwego, jeśli testator wymienił kilku²⁶. W przypadku gdy nie został ustanowiony opiekun testamentowy i nie ma ustawowego, sam sędzia wykonuje zadania kuratora albo ustanawia właściwą osobę²⁷; nadzoruje wykonywanie władzy rodzicielskiej, wyrażając zgodę na akty opiekunów, w tym matki, gdy takie uprawnienia jej przyznano, jeśli mogłyby obciążyć dobra pupila albo dotyczą ich zbycia²⁸; w sytuacjach konfliktowych może mianować specjalnych administratorów dóbr²⁹, bada bilanse kuratora³⁰, a w przypadku niebezpieczeństwa dla dóbr pupila może usunąć opiekuna³¹.

4. SKUTKI REGULACJI MUŻEŁMAŃSKICH W EUROPEJSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

J. Carrascosa González zestawiał następujące rozwiązania prawne, czy praktyki, jako godzące w dobro dzieci i ich prawa: 1) zakaz czy brak możliwości prowadzenia postępowania celem ustalenia ojcostwa; 2) zakaz lub brak możliwości usynawiania; 3) nadmierne ograniczenie podmiotów, które mogą dokonywać adopcji, bądź wyznaczanie zbyt krótkich okresów do ich przeprowadzania; 4) dopuszczenie tylko adopcji ograniczonej, sprowadzającej się faktycznie do prawa dziecka do utrzymania (tym bardziej tylko wyżywienia); 5) kiedy u podstaw afiliacji nie leży dobro dziecko jako zasada naczelna; 6) gdy pozwala się rodzicom na stosowanie przesadnej korekcji;

²⁵ Mudawana, art. 151.2.

²⁶ Art. 92 i 93.

²⁷ Mudawana, art. 148, 151-152.

²⁸ Mudawana, art. 148; Kodeks algierski, art. 88.

²⁹ Kodeks algierski, art. 90.

³⁰ Mudawana, art. 168; Kodeks algierski, art. 97.

³¹ Kodeks algierski, art. 96.

7) gdy w relacjach rodzice – dzieci nie szanuje się zasady równości i dopuszcza dyskryminację z motywów płci, pochodzenia czy religii;
8) gdy ustawa arbitralnie pozbawia jednego z rodziców prawa do wykonywania władzy rodzicielskiej, do kontaktu z dzieckiem albo tak samo przekazuje sprawowanie bezpośredniej opieki nad dzieckiem bez uwzględnienia jego dobra³².

Co prawda ratyfikowane przez kraje europejskie traktaty zobowiązują je do stwarzania warunków, by przybysze mieli możliwości prowadzenia życia zgodnego ze swoją tożsamością kulturową, ale ta nie może naruszać porządku publicznego praw podstawowych³³.

Pierwszym zderzeniem regulacji szarijatu i państw islamskich z europejskimi regułami prawa jest podział na dzieci legalne i nielegalne, z pozbawieniem tych drugich w pierwszym z systemów praw wynikających z pochodzenia, a nawet do wysunięcia roszczenia o jego ustalenie. Reguła ta znajduje też wyraz w jurysprudencji. Francuski Trybunał Kasacyjny w rozstrzygnięciu z 10 lutego 1993 r. uznał, że zakazy usynowienia istniejące w Algierii i Tunezji nie naruszają francuskiego porządku publicznego, chyba że dotyczą dziecka francuskiego albo obcokrajowca stale przebywającego na terytorium tego państwa³⁴. Belgijskie trybunały uznały za sprzeczne z ich porządkiem prawnym m.in. normy prawa marokańskiego, dającego prawo wniesienia postępowania o obalenie ojcostwa tylko

³² J. Carrascosa González, Art. 9.4, w: *Legislación de Derecho Internacional Privado. Comentada y con jurisprudencia*, red. A. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, Madrid 2002, s. 40-42; zob. też: J. L. Iriarte Ángel, *Las medidas de protección de menores procedentes*, s. 385.

³³ Zob. np. art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., jak też komentarze: E. Relano Pastor, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid 2003, s. 179-207; E. Zabalo Escudero, *Efectos del matrimonio y sociedad multicultural*, w: A. Calvo Caravaca, J. L. Iriarte Ángel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000, s. 13.

³⁴ Zob. *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Etude de droit comparé su les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, red. S. Aldeeb, A. Bonomi, Zürich 1999, s. 249-251.

mężczyźnie, domniemanemu ojcu dziecka³⁵, oraz zakazujące uznawania dzieci naturalnych³⁶.

Natomiast instytucja *hadana* jako jedna z form opieki nad dzieckiem, analogiczna do przewidzianych w systemach prawa państw europejskich, była akceptowana bardzo wcześnie, np. w wyrokach niemieckich sądów wydanych już w połowie lat 60., a później także francuskich³⁷, jednak nie we wszystkich elementach. Sprzeczne bowiem z prawem do wolności religijnej są regulacje, które pozbawiają matkę prawa do jej sprawowania z powodu wyznawania innej religii niż islamska albo z motywu bezwyznaniowości³⁸. Już wcześniej, bo 15 maja 1984 r., paryski sąd wyższej instancji uznał, że matka dziecka, którego ojcem był Marokańczyk, chrzcząc je, nie naruszyła francuskiego porządku prawnego ani praw dziecka³⁹.

W jurysprudencji nie było też zgody na automatyzm, z jakim nabywa się *hadana*. W orzecznictwie wyraźnie przyjmowano, że naczelną zasadą przy powierzaniu opieki nad dzieckiem jednemu z rodziców jest dobro dziecka. Takie rozstrzygnięcia spotykamy m.in. w sprawach przeprowadzonych w Belgii⁴⁰, Francji⁴¹, Niemczech⁴² i we Włoszech⁴³.

³⁵ Wyrok trybunału I instancji – Bruksela, 22 listopada 1988 r. Zob. A. Belamry, *Étude de jurisprudence*, w: M. C. Foblets, *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration: quelles solutions juridiques appropriées?*, Amberes 1998, s. 125.

³⁶ Wyrok trybunału I instancji z 16 lutego 1992 r. oraz przeciw sudańskiemu z 30 czerwca 1981 r. Tamże, s. 122.

³⁷ Schwäbisch-Hall, 21 maja 1964 r.; Hamburg, 9 kwietnia 1965 r.; St.-Gilles, 27 lutego 1990 r. Zob. *Le droit musulman de la famille*, s. 292-293.

³⁸ Tak np. w wyroku sądu z Hamm, 8 lutego 1990 r. Tamże, s. 293.

³⁹ Tamże, s. 298.

⁴⁰ Sąd Apelacyjny, Bruksela, 9 listopada 1982 r. Zob. A. Belamry, *Étude de jurisprudence*, s. 130.

⁴¹ Sąd Apelacyjny, Paryż, 1 lipca 1974 r. Zob. *Le droit musulman de la famille*, s. 297-298.

⁴² Wyrok sądu z Frankfurtu, 10 listopada 1981 r. Tamże, s. 293.

⁴³ Trybunał Kasacyjny Włoch, 27 lutego 1985 r. Tamże, s. 298-299.

ZAKOŃCZENIE

Od kilku lat widoczna jest mobilizacja organizujących się kobiet w niektórych krajach islamskich na rzecz zrównania praw kobiet i matek z mężczyznami ojcami w zakresie wykonywania władzy rodzicielskiej czy choćby żądania rozwodu. Wyraźnym tego znakiem była np. manifestacja 300 tys. kobiet na ulicach Rabatu, stolicy Maroka, dnia 12 marca 2000 r. Po zapowiedziach króla Muhammada VI komisja parlamentarna w styczniu 2004 r. zaakceptowała nowelizację kodeksu rodzinnego i trwa proces legislacyjny. W innym kraju Maghrebu – Algierii – 27 października 2003 r. prezydent Bouteflika utworzył komisję ds. rewizji prawa rodzinnego. Oczywiście normy stanowione nie będą mogły być sprzeczne z szariatem, więc reforma nie będzie gruntowna; ponadto w głębi kraju długo będą pozostawać w cieniu miejscowych zwyczajów. Z kolei w Iraku Tymczasowa Rada Zarządzająca zniosła dotychczasowe prawo rodzinne, usiłując poddać instytucję małżeństwa czystemu prawu szariatu.

Z niektórymi problemami relacji norm prawa rodzinnego islamskiego i polskiego zetkną się wyraźniej także polskie sądy. Trzeba będzie korzystać z doświadczeń innych krajów, wcześniej stykających się z nimi. Dlatego w artykule wskazaliśmy na kierunki rozstrzygnięć w jursprudencji państw Europy Zachodniej.