Ignatowicz J., Nazar M., *Zawarcie małżeństwa i skutki tego zdarzenia*, w: tychże, *Prawo rodzinne*, wyd. LexisNexis Polska, wyd. 4, Warszawa 2012, s. 101-148.

Rozdział III

Zawarcie małżeństwa i skutki tego zdarzenia

Literatura: B. Banaszkiewicz, *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, KPP 2004, nr 2; J. Gajda, *Instytucja separacji w świetle noweli KRO*, Mon. Pr. 1999, nr 9; tenże, *Zawarcie małżeństwa*, w: System pr. pryw. (11), rozdz. III; A. Golec-Grzymek, *Zarejestrowane partnerstwo życiowe – instytucja niemieckiego prawa rodzinnego*, Studia Iuridica Lublinensae 2005, nr 6; W. Góralski, *Zawarcie małżeństwa konkordatowego w Polsce*, Warszawa 1998; tenże, *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011; S. Grzybowski, *O rzeczywistej i rzekomej nowoczesności rozwiązań zastosowanych w polskim kodeksie rodzinnym i opiekuńczym*, w: *Prace z prawa cywilnego* (wydane dla uczczenia pracy naukowej prof. J.S. Piątowskiego), Ossolineum, Wrocław 1985; H. Haak, *Separacja*, Mon.Pr. 2000, nr 4; J. Halberda, *Separacja – wybrane zagadnienia materialnoprawne* (przesłanki, skutki), „Rejent" 2001, nr 11; tenże, Zniesienie separacji, „Rejent" 2004, nr 2; F. Hartwich, *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011; E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006; J. Ignatowicz, *Nowa forma zawierania małżeństw (art. 10 Konkordatu)*, PS 1994, nr 2; tenże, *Rola i znaczenie Konkordatu 1993* (praca zbiorowa pod red. ks. J. Dyducha), Kraków 1994; M. Jadczak, *Kontrowersje na tle art. 281 KRO*, Mon.Pr. 2008, nr 17; G. Jędrejek, *Separacja a prowadzenie działalności gospodarczej przez małżonków-wspólników spółek osobowych*, „Prawo Spółek" 2003, nr 5; P. Kasprzyk, *Kilka uwag o potrzebie instytucjonalizacji homoseksualnych związków partnerskich i „małżeńskich" w polskim prawie rodzinnym*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Szulz, Toruń 2008; tenże, *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003; tenże, *Z problematyki rejestracji instytucjonalnych związków osób tej samej płci (wybrane zagadnienia)*, w: *Z zagadnień prawa rodzinnego i rejestracji stanu cywilnego*, red. H. Cioch, P. Kasprzyk, Lublin 2007; J. Krukowski, *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999; Z. Krzemiński, *Separacja. Komentarz do przepisów, orzecznictwo, piśmiennictwo, wzory pism*, Kraków 2006; A. Mączyński, *Oświadczenia małżonków jako element zawarcia małżeństwa w formie konkordatowej*, w: *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2005; tenże, *Skutki cywilne małżeństwa kanonicznego w świetle Konkordatu i prawa polskiego*, w: *Konkordat 1993. Dar i znaczenie dla Kościoła i Polski pod red. ks. J. Dyducha*, Kraków 1998; tenże, *Wpływ Konkordatu na polskie prawo małżeńskie*, w: *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, Łódź 1997; tenże, *Znaczenie prawne aktu małżeństwa w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa o aktach stanu cywilnego*, w: *Valeat Aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, red. M. Pazdan, Katowice 2000; tenże, *Konkordatowa forma zawarcia małżeństwa*, „Rejent" 2003, nr 10; tenże, *Konkordatowa i kodeksowa regulacja przeszkód małżeńskich*, w: *Prawo i godność. Księga pamiątkowa w 70. rocznicę urodzin Pro-*

fesora Wojciecha Łączkowskiego, Lublin 2003; tenże: *Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym, w: Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red.: J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010; E. Michniewicz-Broda, *Majątkowe skutki separacji sądowej*, „Rejent" 2000, nr 6; C. Mik, *Zawarcie i rozwiązanie małżeństwa w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, w: *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, red. M. Kosek, J. Słyk, Warszawa 2008; P. Mostowik, *Kwestie kompetencji Unii Europejskiej oraz warunków pomocniczości i proporcjonalności prawodawstwa unijnego na tle projektów rozporządzeń o jurysdykcji, prawie właściwym i skuteczności zagranicznych orzeczeń w majątkowych sprawach małżeńskich i partnerskich*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, 2011, nr 3; tenże: *Prawo właściwe dla rozwodu i separacji w świetle rozporządzenia unijnego nr 1259/2010*, KPP 2011, z. 2; M. Nazar, *Cywilnoprawne zagadnienia konkubinatu de lege ferenda*, PiP 1989, nr 12; tenże, *Konkubinat*, w: System pr. pryw. (11), rozdz. XI; tenże, *Konkubinat a małżeństwo*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Szulz, Toruń 2008; tenże, *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, „Rejent" 1997, nr 5; tenże, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993; tenże, *Zawarcie małżeństwa według prawa polskiego z uwzględnieniem postanowień podpisanego 28 lipca 1993 r. Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzecząpospolitą Polską*, KPP 1996, nr 3; J. Panowicz-Lipska, *Separacja*, w: System pr. pryw. (11), rozdz. X; taż, *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991; taż, *Instytucja separacji w polskim prawie rodzinnym*, PiP 1999, nr 10; B. Paul, *Koncepcje rozliczeń majątkowych między konkubentami*, PS 2003, nr 3; tenże, *Problemy rozliczeń majątkowych między konkubentami*, Mon.Pr. 2002, nr 8; K. Piasecki, *Separacja w prawie polskim*, Warszawa 2000; tenże, *Prawo małżeńskie*, Warszawa 2011; K. Pietrzykowski, *Wpływ wad oświadczenia woli nupturientów na ważność małżeństwa*, SP 1980, nr 3; tenże, *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1985; T. Smyczyński, *Czy potrzebna jest regulacja prawna pożycia konkubenckiego (heteroseksualnego i homoseksualnego)?*, w: *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2005; tenże, *Nowelizacja prawa małżeńskiego*, PiP 1999, nr 1; tenże, *Odpowiedzialność małżonków za zobowiązania zaciągnięte w celu zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny*, w: *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, red. M. Kosek, J. Słyk, Warszawa 2008; tenże, *Prawa i obowiązki małżonków*, w: System pr. pryw. (11), rozdz. V; tenże, *Separacja małżonków*, SP 2000, nr 1–2; tenże, *Odpowiedzialność odszkodowawcza duchownego z powodu naruszenia prawa przy zawieraniu małżeństwa*, RPEiS 2002, nr 2; tenże, *Konstytutywny charakter sporządzenia aktu małżeństwa konkordatowego*, PiP 2006, nr 3; R. Sobański, *Sens polskiego konkordatu*, PiP 1994, nr 7–8, s. 3; tenże, *Zaświadczenie urzędu stanu cywilnego a przesłanki małżeństwa „konkordatowego"*, PiP 2003, nr 5; T. Sokołowski, *Zastosowanie przepisów regulujących zawarcie małżeństwa „konkordatowego"*, w: *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2005; tenże, *Zawarcie małżeństwa przez chorego na ciężką chorobę zakaźną*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2003, nr 10; J. Strzebińczyk, *Zawarcie małżeństwa wyznaniowego podlegającego prawu polskiemu*, „Rejent" 1999, nr 4; M. Stus, *Instytucjonalizacja związków partnerskich i małżeństw homoseksualnych w ustawodawstwie państw europejskich*, PiP 2005, nr 5; A. Sylwestrzak, *Skutki separacji małżonków*, Warszawa 2007; A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami. Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992; B. Walaszek, *Instytucja zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika*, w: *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej K. Stefki*, Warszawa 1967; C. Wiśniewski, *Wybrane zagadnienia rozliczeń majątkowych między konkubentami*, NP 1989, nr 4; A. Zieliński, *Postępowanie w sprawach o separację na zgodny wniosek małżonków*, w: *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, red. M. Kosek, J. Słyk, Warszawa 2008; tenże, *Zarys instytucji konkubinatu*, Pal. 1983, nr 12; A. Zielonacki, *Zawarcie małżeństwa*, Ossolineum, Wrocław 1982.

www.lexisnexis.pl

§ 8. Ogólna charakterystyka małżeństwa

I. Pojęcie małżeństwa – II. Podstawowe zasady prawa rodzinnego odnoszące się do małżeństwa – III. Konkubinat

I. Pojęcie małżeństwa

Małżeństwo nie jest fenomenem wyłącznie prawnym. Jest zjawiskiem, którym zajmują się: etyka, religia, socjologia, psychologia, a także wiele innych dziedzin ludzkiej myśli i działalności. Prawo zajmuje się jednak małżeństwem w sposób szczególny, nadaje mu bowiem sformalizowany kształt i zapewnia ochronę. Kodeks rodzinny i opiekuńczy nigdzie nie definiuje małżeństwa. Definicję taką łatwo jednak ustalić na podstawie całokształtu uregulowań. 217

Na tej podstawie można małżeństwo określić jako powstały **z woli małżonków**, ale w sposób **sformalizowany, trwały związek kobiety i mężczyzny** (§ 9, III), będący także stosunkiem prawnym o charakterze wzajemnym; związek ten polega na maksymalnym zespoleniu małżonków w sferze ich stosunków osobistych oraz poważnym powiązaniu w sferze stosunków majątkowych; obydwaj partnerzy tego związku mają przy tym równorzędną pozycję. Jak z tej definicji wynika, cechą najbardziej istotną małżeństwa jest takie zespolenie małżonków, jakie nie występuje w żadnym innym organizmie społecznym, polega ono bowiem w szczególności na intymności stosunków, na stałym i codziennym współdziałaniu i świadczeniu sobie wzajemnej pomocy, wreszcie na zamieszkiwaniu w jednym lokalu.

II. Podstawowe zasady prawa rodzinnego odnoszące się do małżeństwa

Jak to wyjaśniono w § 2, IV, u podłoża unormowań prawa rodzinnego leżą pewne podstawowe założenia mające korzenie m.in. w zasadach ustrojowych państwa. Poza założeniami ogólnymi specjalnie małżeństwa dotyczą zasady następujące: 218

1. Zasada heteroseksualności małżeństwa jest zasadą konstytucyjną (zob. § 3, IV). Według art. 18 Konstytucji małżeństwo jest związkiem kobiety i mężczyzny. Przepis art. 1 k.r.o. dopuszcza zawarcie małżeństwa tylko przez dwie osoby o odmiennej płci, tzn. przez kobietę i mężczyznę.

2. Zasada monogamii, w myśl której mężczyzna może mieć tylko jedną żonę, a kobieta tylko jednego męża. Jest to zasada powszechnie przyjęta w naszym kręgu kulturowym, a toruje sobie drogę także w innych rejonach świata pod wpływem europeizacji, wypierając poligamię w postaci poligynii (związków jednego mężczyzny z wieloma kobietami) i poliandrii (związków jednej kobiety z kilkoma mężczyznami). Tylko monogamia zapewnia należyte warunki rozwoju osobowości ludzkiej oraz właściwe warunki wychowania dzieci. Zasadę monogamii wypowiada art. 13 § 1 k.r.o., w myśl którego nie może zawrzeć małżeństwa, kto już pozostaje w związku małżeńskim.

3. Zasada świeckości (sekularyzacji) małżeństwa stała się w naszym kraju powszechna dopiero w prawie zunifikowanym. Zasada ta znajduje wyraz w dwu założeniach.

W myśl pierwszego – małżeństwem jest **tylko związek zawarty w formie określonej w prawie cywilnym** (art. 1 k.r.o.) i tylko takie małżeństwo wywołuje skutki przewidziane w prawie polskim. Zmiany w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wprowadzone Nowelą 1998 umożliwiającą zawarcie małżeństwa przez złożenie stosownych oświadczeń nupturientów w obecności duchownego (art. 1 § 2 k.r.o.) nie pozostają w sprzeczności z powyższym założeniem. Małżeństwo i w tym wypadku zostaje zawarte tylko wtedy, gdy państwo w umowie międzynarodowej lub w ustawie sankcjonuje złożenie przez nupturientów w obecności duchownego odrębnych oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński podlegający prawu polskiemu. Samo zawarcie małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła lub związku wyznaniowego nie powoduje powstania stosunku małżeństwa podlegającego prawu polskiemu; konieczne jest złożenie przez nupturientów w obecności duchownego dodatkowych oświadczeń zmierzających do wywołania takiego skutku. Prawo polskie przewiduje ponadto dokonywanie przez kierownika urzędu stanu cywilnego formalno-porządkowych czynności poprzedzających zawarcie małżeństwa w formie konkordatowej i uzależnia powstanie małżeństwa zawartego w formie wyznaniowej od sporządzenia przez kierownika urzędu stanu cywilnego aktu małżeństwa (art. 1 § 2 k.r.o.; zob. § 9, V).

Stosownie do założenia drugiego **orzecznictwo w sprawach małżeńskich** (unieważnienie małżeństwa, rozwód) **należy do organów państwowych**, a nie do sądów wyznaniowych (zob. art. 10 ust. 3 i 4 Konkordatu z 1993 r.).

Zasada świeckości małżeństwa nie ogranicza zainteresowanych, gdy chodzi o dopełnienie formalności wyznaniowych związanych z zawarciem małżeństwa (zawarcie ślubu przed duchownym), prawo bowiem do dopełnienia tych formalności gwarantuje obywatelom w ramach wolności sumienia i religii Konstytucja w art. 53.

4. Zasada trwałości małżeństwa oznacza, że małżeństwo powinno być związkiem dozgonnym, tzn. istniejącym do chwili śmierci jednego z małżonków. W świetle prawa polskiego nie należy jednak zasady tej utożsamiać z zasadą (przyjętą w Kodeksie Prawa Kanonicznego – kan. 1141) nierozwiązywalności małżeństwa, której istota polega na wyłączeniu możności rozwiązania małżeństwa przez rozwód. W ujęciu prawa polskiego zasada trwałości małżeństwa oznacza więc, że małżeństwo powinno łączyć małżonków przez całe życie, gdy jednak stanie się związkiem martwym, a więc przestaje funkcjonować, może być rozwiązane przez rozwód. Realizacji zasady trwałości małżeństwa służy wprowadzona do prawa polskiego instytucja separacji sądowej, mogąca w odniesieniu do więzi małżeńskich pełnić funkcję restytucyjną, gdyż polski ustawodawca uzależnił orzeczenie separacji od zupełności rozkładu pożycia małżonków, nie zaś także od jego trwałości (nieodwracalności; zob. § 12, III).

5. Zasadę równości (egalitaryzmu) małżonków traktuje się jako wyraz konstytucyjnej zasady zrównania kobiety z mężczyzną (§ 3, III).

Oznacza ona, że mąż nie jest już – jak to przyjmowały dawniejsze systemy prawne – głową rodziny, gdyż oboje małżonkowie mają w pełni równą pozycję względem siebie i względem swoich dzieci. Zasada ta została *expressis verbis* wypowiedziana w art. 23

k.r.o., a ponadto znajduje wyraz w wielu innych unormowaniach, w szczególności w tych, które pracę domową, wykonywaną z reguły przez żonę, traktują na równi z pracą zarobkową (art. 27, art. 43 § 3 i art. 135 § 2 k.r.o.).

§ 8a. Konkubinat

I. Pojęcie i stosunki osobiste – II. Stosunki majątkowe i rozliczenia

I. Pojęcie i stosunki osobiste

Konkubinat według przeważającego, jak się wydaje, poglądu jest **nieformalnym związkiem kobiety i mężczyzny**, którzy nie zawarli ze sobą małżeństwa w formie określonej przez prawo rodzinne, lecz pozostają **we wspólnym – stałym – pożyciu**, analogicznym do pożycia małżonków, utrzymując więzi: psychiczne, gospodarcze (zwłaszcza wspólne gospodarstwo domowe) i fizyczne. Konkubinat stanowi jednak związek tylko faktyczny, podczas gdy małżeństwo jest stosunkiem prawnym. 219

Według dominującego uzusu językowego termin „konkubinat" jest używany na oznaczenie związku osób o odmiennej płci. Takie znaczenie jest też zwykle przypisywane omawianemu określeniu w języku prawniczym (zob. wyr. SN z 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, OSN 2009, nr 2, poz. 29; odmiennie jednak – wyr. SA w Białymstoku, I ACa 590/06, „Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej" 2007, nr 1, poz. 10). Nie ma jednak przeszkód prawnych (bo nazwa „konkubinat" nie jest terminem ustawowym), ani przeszkód językowych do używania tego terminu w celu oznaczenia nieformalnego związku osób tej samej płci, ewentualnie z dookreśleniem „homoseksualny" lub innym podobnym (gdyż uzus językowy ulega zmianom). Można wskazać na ustawową definicję konkubinatu we francuskim Kodeksie cywilnym, która obejmuje związki faktyczne zarówno heteroseksualne, jak i homoseksualne (art. 514–8).

W doktrynie prawa cywilnego i karnego zwrot ustawowy **„faktyczne wspólne pożycie"** (zob. np. art. 691 k.c., art. 115 § 11 k.k.), znamionujący istnienie konkubinatu, zwykle jednak jest odnoszony tylko do więzi podobnych do małżeńskich (heteroseksualnych). Dynamiczna koncepcja wykładni prawa uzasadnia obecnie weryfikację dotychczasowego pojmowania ustawowego terminu „wspólne pożycie", przynajmniej bez dookreślenia „małżeńskie", będącego elementem zastosowania niektórych przepisów. Partnerów tej samej płci pozostających w konkubinacie trzeba więc uznać za osoby sobie bliskie w rozumieniu obowiązujących unormowań. Za takim wnioskiem przemawia orzecznictwo ETPCz, który w wyr. z 2 marca 2010 r. (*Kozak przeciwko Polsce*, skarga nr 13102/02, LexPolonica nr 2148432), uznał, że odmowa uznania wstąpienia w najem mieszkania przez partnera zmarłego najemcy była nieuzasadnionym i dyskryminującym rozstrzygnięciem (por. podobne orz. ETPCz z 24 lipca 2003 r., *Karner przeciwko Austrii*, skarga nr 40016/98, LexPolonica nr 396679).

Do języka potocznego i języka prawniczego weszło w ostatnich latach określenie **„związek partnerski"**, którego zakres znaczeniowy obejmuje zarówno konkubinaty heteroseksualne, jak i faktyczne trwałe związki życiowe osób tej samej płci. Termin,

o którym mowa używany jest w projektach ustaw o rejestracji związków faktycznych (zob. niżej), a jego użycie można tłumaczyć uwzględnieniem tradycyjnego ususu językowego, odnoszącego określenie „konkubinat" do faktycznego pożycia kobiety i mężczyzny, a także zapewne uwzględnieniem pejoratywnego odcienia znaczeniowego terminu „konkubinat" w rozpowszechnionych standardach obyczajowych oraz zamiarem nawiązania do współczesnej terminologii stosowanej w obcym ustawodawstwie (por. np. niem. *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, „zarejestrowane partnerstwo życiowe", będące ustawowym określeniem prawnej instytucji wprowadzonej do systemu prawa ustawą z 16 lutego 2001 r., *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*, BGBl I, 9, s. 266).

Nie są małżeństwami prawnie uznanymi **małżeństwa wyłącznie wyznaniowe**, tzn. związki osób utworzone na podstawie prawa kościołów i związków wyznaniowych bez zachowania formy cywilnej zawarcia małżeństwa, wyłącznej w prawie polskim od dnia wejścia w życie dekretu z 25 września 1945 r. – Prawo małżeńskie (Dz.U. Nr 48, poz. 270), a więc od 1 stycznia 1946 r., lub alternatywnej formy wyznaniowej („konkordatowej"), dostępnej jednak dopiero od 15 listopada 1998 r., gdy weszła w życie Nowela 1998. Takie małżeństwa – w płaszczyźnie socjologicznej – można określić mianem **małżeństw faktycznych**. Z prawnego punktu widzenia należy je jednak traktować **jak konkubinaty**, a „faktycznych małżonków" jak konkubentów (por. jednak odmienny, nieuzasadniony pogląd wyrażony w wyroku NSA z 12 kwietnia 2000 r., SA 1512/99, Pal. 2000, nr 7–8, s. 241 i n.).

220 Polski ustawodawca nie reguluje stosunków osobistych i majątkowych między konkubentami. Rejestracja związków faktycznych osób o odmiennej płci lub nawet związków homoseksualnych jest natomiast dopuszczalna w ustawodawstwie wielu państw europejskich (np. w Czechach, Danii, Finlandii, Francji, Holandii, Irlandii, Islandii, Niemczech, Norwegii, Szwecji, na Węgrzech i w Wielkiej Brytanii). Unormowanie niektórych aspektów istnienia konkubinatu, rozumianego jednak jako związek heteroseksualny, bez formalnej rejestracji, było w Polsce przedmiotem doktrynalnych powściągliwych postulatów *de lege ferenda*.

W prawie Unii Europejskiej nie ma aktu normatywnego, który zobowiązywałby państwa członkowskie do prawnej regulacji i sformalizowania partnerskich związków homoseksualnych. Stanowienie materialnego prawa rodzinnego należy bowiem do kompetencji państw członkowskich (zob. § 2, II). Przepis art. 9 Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE 2007 C 303/1 ze sprost.) przyjętej w Nicei 7 grudnia 2000 r. gwarantuje prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw i – według objaśnienia Sekretariatu Konwencji – „nie zakazuje on ani nie zmusza do uznania za małżeństwo związku między osobami tej samej płci", analogicznie zresztą jak art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W powołanym akcie prawnym, który ma moc prawną, jak Traktaty (art. 6 ust. 1 TUE), bez wątpienia uwzględniony został europejski standard państwa demokratycznego, a więc brak podstaw instytucjonalizacji partnerskich związków homoseksualnych w krajowym ustawodawstwie tego standardu nie narusza. Stanowienie materialnego prawa rodzinnego i określanie jego zasad należy do kompetencji państw członkowskich Unii Europejskiej (zob. § 2, II).

Służące harmonizowaniu prawa państw członkowskich rekomendacje i rezolucje przyjmowane przez organy Rady Europy nie mają bezpośredniej mocy wiążącej. Rekomendacja nr 1474 (2000) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie sytuacji lesbijek i gejów w państwach członkowskich RE (z 21 września 2000 r.) zaleca m.in. przyjęcie ustawodawstwa dopuszczającego tzw. zarejestrowane partnerstwo (a więc nadanie prawnego znaczenia faktycznym, lecz zarejestrowanym) związkom partnerskim i ustanowienie zakazu dyskryminacji obywateli ze względu na ich orientację

seksualną. Prawo polskie czyni zadość rekomendacji nr R (88) 3 Rady Europy, przyjętej przez Komitet Ministrów RE 7 marca 1988 r., w sprawie ważności umów zawieranych między osobami żyjącymi w związku pozamałżeńskim oraz rozrządzeń testamentowych tych osób. Żaden bowiem przepis polskiego systemu prawa nie wiąże negatywnych skutków z faktem istnienia konkubinatu, zarówno homo-, jak i heteroseksualnego (zob. § 2, II).

Wzgląd na zakaz dyskryminacji ze względu na płeć i orientację seksualną powinien natomiast skłaniać polskiego ustawodawcę do jednakowego traktowania faktycznego pożycia hetero- i homoseksualistów, jeżeli bliskość partnerów wynikająca z ich pożycia miałaby być uznana za przesłankę określonych skutków prawnych. Również organy stosujące prawo, jak wyżej wskazano, powinny obejmować zakresem znaczeniowym ustawowego terminu „faktyczne pożycie" (przynajmniej bez dookreślenia „małżeńskie") pożycie partnerów zarówno hetero-, jak i homoseksualnych (zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; zob. np. wyrok ETPCz z 2 marca 2010 r. w sprawie 13102/02 Kozak przeciwko Polsce, LexPolonica nr 2148432). Jest to jednak zupełnie inna powinność niż stworzenie podstaw prawnych do zawierania, istnienia i rozwiązywania swoistych „małżeństw drugiego rzędu", zarówno hetero-, jak i homoseksualnych.

W grudniu 2003 r. grupa senatorów Senatu RP przygotowała projekt ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich osób tej samej płci i zwróciła się do Marszałka Senatu o podjęcie inicjatywy ustawodawczej dotyczącej tego projektu (druk senacki nr 548).

Pierwszym projektem ustawy o rejestrowaniu faktycznych związków partnerskich, który wpłynął do Sejmu (23 grudnia 2004 r.) był senacki projekt o rejestrowanych związkach między osobami tej samej płci (druk sejmowy nr 3664, IV kadencja; projekt nie został rozpatrzony). Nie została zamknięta również sprawa poselskiego projektu ustawy o umowie związku partnerskiego, wniesionego 23 maja 2011 r. (druk nr 4418, VI kadencja). Projekt ten przewidywał rejestrowanie tzw. umów związku partnerskiego w Urzędach Stanu Cywilnego i ich wygaśnięcie przez śmierć strony, zgodne rozwiązanie, jednostronne sześciomiesięczne wypowiedzenie lub zawarcie małżeństwa przez którąś ze stron związku. Według projektu umowa związku partnerskiego dwóch osób, także tej samej płci, pozostających faktycznie we wspólnym pożyciu, miała określać „wzajemne zobowiązania o charakterze majątkowym lub osobistym w celu organizacji wspólnego życia". Proponowano m.in., w braku odmiennego zastrzeżenia umownego, współwłasność ułamkową przedmiotów użytku domowego oraz równość udziałów we wspólności praw majątkowych nabywanych przez strony umowy w czasie jej obowiązywania, dziedziczenie ustawowe partnerów, zaliczenie ich do uprzywilejowanej I grupy podatkowej w podatkach od spadków i darowizn, wspólne rozliczanie dochodów w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych (po upływie roku od rejestracji związku), uzyskanie świadczeń społecznych po śmierci partnera i wstąpienie w stosunek najmu lokalu mieszkalnego w wypadku śmierci partnera będącego najemcą.

W dniu 17 lutego 2012 r. wpłynął do Sejmu poselski projekt ustawy dotyczącej konkubinatów (związków partnerskich) (druk nr 552). Tytuł projektowanej ustawy brzmi „Ustawa o związkach partnerskich". Tak jak poprzedni projekt z 2011 r. zakresem normowania obejmuje związki partnerskie hetero- i homoseksualne. Związek partnerski miałby być zawierany, jak małżeństwo, przed kierownikiem Urzędu Stanu Cywilnego. Ustanie związku następowałoby, poza przypadkiem śmierci, albo wskutek zgodnego rozwiązania w trybie zgodnych oświadczeń złożonych przed kierownikiem Urzędu Stanu Cywilnego, albo w następstwie rozwiązania przez sąd, „jeżeli trwale i nieodwracalnie ustały wszystkie więzi pożycia". Partnerzy mogliby ustanawiać w formie aktu notarialnego wspólność majątkową, do której miałyby być odpowiednio stosowane przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o małżeńskich ustrojach majątkowych. Na wypadek „znacznego pogorszenia" sytuacji życiowej partnera w wyniku rozwiązania związku proponuje się alimentację przez okres nie dłuższy niż 3 lata albo „jednorazowe przysporzenie w pieniądzu lub innych składnikach majątkowych". Wejście w życie ustawy miałoby nastąpić w terminie i na zasadach, które zostały określone w projekcie odrębnej ustawy (druk nr 553). W myśl projektu, partnerzy mieliby być m.in. uprawnieni do dziedziczenia po sobie z ustawy jak małżonkowie, zaliczani do uprzywilejowanej I grupy podatkowej w podatkach od spadków i darowizn i mogliby jak małżonkowie łącznie rozliczać dochody z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych.

Ogólnie oceniając projekt, można stwierdzić, że niemal zrównuje sytuację prawną związków małżeńskich i związków partnerskich, w tym związków osób tej samej płci. To zaś może budzić zastrzeżenia natury prawnej ze względu na rysujące się w projektach obu ustaw obejście normy wyrażonej w art. 18 Konstytucji. Nie mniej istotne są zastrzeżenia natury aksjologiczno-jurydycznej,

gdyż projektowany heteroseksualny związek partnerski miałby korzystać z prawnych przywilejów niemal identycznych, jak związek małżeński przy jednoczesnym ograniczeniu prawnych obowiązków partnerów w porównaniu z obowiązkami małżonków (w szczególności w zakresie alimentowania byłego partnera) i znacznym złagodzeniu rygorów rozwiązania związku partnerskiego w porównaniu z rygorami przewidzianymi dla związków małżeńskich (*nota bene* – projekt nie przewiduje w szczególności negatywnej przesłanki rozwiązania związku w postaci zagrożenia dobra wspólnych małoletnich dzieci partnerów i sprzeczności z zasadami współżycia społecznego żądania rozwiązania związku partnerskiego). W istocie projektowany sformalizowany związek partnerski byłby alternatywną, drugą prawną postacią związku małżeńskiego (o osłabionej mocy wiążącej), do którego nie stosowałyby się takie zasady jak zasada heteroseksualności i zasada trwałości. Sejmowa Komisja Ustawodawcza – w trybie art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu – zaopiniowała dla Marszałka Sejmu poselskie projekty ustaw o związkach partnerskich wraz z projektami ustaw – Przepisy wprowadzające jako niedopuszczalne (http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/komunikat.xsp?documentId=B54BD1927B809C9DC1257A2C004873FB; 29 czerwca 2012 r.).

Kolejne poselskie projekty ustaw o związkach partnerskich (druki nr 554 i 555), w znacznej części zawierające unormowania zawarte w omówionych wyżej projektach, wpłynęły do Sejmu 22 maja 2012 r. Wszystkie ostatecznie zostały skierowane (9 lipca 2012 r.) do I czytania na posiedzeniu Sejmu.

Jest wątpliwe, czy prawo powinno sankcjonować postawy moralne i obyczajowe partnerów heteroseksualnych, niedominujące zresztą w społeczeństwie, odrzucających obowiązujące, dostatecznie uzasadnione, rygory prawne dotyczące związków małżeńskich, w szczególności – odnoszące się do rozwiązania małżeństwa. Gdy zaś chodzi o partnerów tej samej płci, dla których małżeństwo jest prawnie niedostępne, rozwiązania prawnego można poszukiwać w szczególności w ustawowym unormowaniu, które za osoby pozostające w faktycznym wspólnym pożyciu w rozumieniu obowiązujących przepisów nakazywałoby uważać także partnerów homoseksualnych (co zresztą powinno być uwzględniane już obecnie w trybie wykładni funkcjonalnej, zob. wyżej, także w kwestii orzecznictwa ETPCz). Do rozważenia nadają się ewentualnie także unormowania, które dopuszczałyby zawieranie przez partnerów tej samej płci w formie aktu notarialnego umów o wspólne pożycie, ze skutkiem w postaci powstania wspólności majątkowej (do której odpowiednio mogłyby być stosowane niektóre przepisy o spółce cywilnej), wzajemnego obowiązku dostarczania środków utrzymania oraz dziedziczenia z ustawy, chyba że strony umowy postanowiłyby inaczej. Wskazana ograniczona regulacja nie byłaby niespójna prawnie i aksjologicznie z obowiązującym prawem (bo jej unormowania wykorzystywałyby, odpowiednio, istniejące instytucje prawne powszechnie dostępne, takie w szczególności jak spółka cywilna, renta i dziedziczenie testamentowe).

Twierdzenie, iż ustawodawstwo polskie powinno bezwzględnie uwzględniać współczesne modele prawnych rodzinnych i opiekuńczych regulacji w ustawodawstwie wielu lub nawet większości państw, w szczególności europejskich, nie jest wystarczającym argumentem dla forsowania projektów ustaw, które budzą wciąż szeroko rozpowszechnione społeczne zastrzeżenia. Jak wyżej zaznaczono – stanowienie materialnego prawa rodzinnego należy do kompetencji państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś służące harmonizowaniu prawa państw członkowskich rekomendacje i rezolucje przyjmowane przez organy Rady Europy nie mają bezpośredniej mocy wiążącej (zob. też § 2, II). Tworzenie prawa nieuwzględniającego dominujących przekonań etycznych i obyczajowych, aksjologicznie niespójnego, naraża się na społeczną negację i jest wątpliwe, czy takie prawo może zmieniać społeczne postawy, podlegające ewolucji, nie zaś natychmiastowym zmianom z mocy ustawy. Prawo rodzinne, jak żaden inny dział prawa cywilnego, jest bezpośrednio ściśle uwarunkowane panującymi poglądami moralnymi, obyczajowymi i religijnymi. Między innymi dlatego specyfika prawa rodzinnego wyraża się także we względnej jego autonomii w ramach systemu prawa danego państwa. Z jednej mianowicie strony nawet głębokie zmiany prawa rodzinnego mogą się dokonywać mimo niezmienności systemu gospodarczego i politycznego państwa, z drugiej – radykalne przekształcenia stosunków gospodarczych, społecznych i politycznych nie muszą powodować zasadniczych zmian w prawie rodzinnym.

221 Termin „konkubinat" preferowany w polskim języku prawniczym nie jest wyrażeniem ustawowym. Do oznaczania związków osób utrzymujących stałe pożycie bez zawarcia małżeństwa polski ustawodawca używa określeń: **„osoby pozostające faktycznie we wspólnym pożyciu małżeńskim"** (zob. np. art. 691 § 1 k.c., art. 115 § 11 k.k.). W dok-

trynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że przytoczone określenia odnoszą się do osób pozostających w konkubinatach.

Związki konkubenckie są przez prawo **tolerowane**. Konstytucja chroniąca małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny i opartą na nim rodzinę (art. 18 Konstytucji) nie wyklucza innych form życia rodzinnego, a więc także wynikających z konkubinatów (zob. § 1, I).

Przepisy z różnych gałęzi prawa **uznają konkubentów za osoby sobie bliskie** i wiążą z tym faktem określone, korzystne dla nich **skutki prawne** (zob. np. art. 691 k.c., art. 182 k.p.k. w zw. z art. 115 § 11 k.k.). Doktryna i orzecznictwo uznają konkubentów za **osoby bliskie** także w rozumieniu tych przepisów, w których pojęcie bliskości nie zostało zdefiniowane (zob. np. art. 446 § 2 k.c., art. 923 k.c. i art. 15 ust. 1 u.s.m.; zob. np. orzeczenie SN z 2 grudnia 1970 r., II CR 541/70, LexPolonica nr 319865).

Konkubenci **nie tworzą rodziny w rozumieniu przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.** Niektóre jednak przepisy pozakodeksowe zakresem pojęcia rodziny obejmują także osoby pozostające w faktycznych związkach (zob. np. art. 6 pkt 14 u.o.p.s.). Europejski Trybunał Praw Człowieka, interpretując i stosując art. 8 EKPCz gwarantujący każdemu prawo do poszanowania życia prywatnego, rodzinnego i mieszkania, uwzględnia także faktyczne więzi osobiste partnerów, i to nawet tej samej płci (zob. nb 219 i § 1, II, nb 25). 222

Obojgu konkubentom może natomiast przysługiwać **władza rodzicielska nad ich wspólnymi małoletnimi dziećmi** (art. 93 § 1 k.r.o.), jeżeli oczywiście ojcostwo faktycznego partnera matki dziecka zostało ustalone w sposób przewidziany prawem. Sąd opiekuńczy może jednak też powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z konkubentów, ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka (art. 107 § 2 k.r.o.).

Zgoda matki na **przysposobienie dziecka** przez jej konkubenta wymaga z jej strony świadomości, że wskutek przysposobienia utraci władzę rodzicielską nad dzieckiem (zob. art. 121 § 3 i art. 121^1 k.r.o.; por. postanowienie SN z 25 października 1983 r., III CRN 234/83, OSNCP 1984, nr 8, poz. 135).

II. Stosunki majątkowe i rozliczenia

Zgodnie z panującym poglądem – jednolitym w orzecznictwie i zdecydowanie przeważającym w doktrynie – do konkubinatu nie można stosować nawet w drodze analogii przepisów o małżeństwie i stosunkach majątkowych między małżonkami. Brak bowiem uregulowania stosunków między konkubentami nie jest luką w prawie uzasadniającą analogię prawniczą (zob. uchwałę SN z 2 lipca 1955 r., OSN 1956, nr III, poz. 72; wyrok SN z 26 czerwca 1974 r., III CRN 132/74, LexPolonica nr 319300; uchwałę z 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 2; wyrok SN z 5 października 2011 r., IV CSK 11/11, Lex nr 1102539). Współwłasność (wspólność) między konkubentami może powstać tylko według ogólnych zasad prawa cywilnego (zob. uchwałę SN z 30 stycznia 1970 r., III CZP 62/69, LexPolonica nr 309186; postanowienie z 14 września 1995 r., I CRN 143/95, LexPolonica nr 1009902; wyrok z 21 października 1997 r., I CKU 155/97, „Wokanda" 1998, nr 4, s. 7). 223

224 Rozliczenia majątkowe konkubentów po ustaniu ich faktycznego związku nie mogą mieć podstawy prawnej w postaci unormowań tylko jednej instytucji prawnej, lecz powinny być dokonywane z uwzględnieniem konkretnych majątkowych stosunków prawnych, które powstały między konkubentami w czasie trwania konkubinatu (tzw. **kazuistyczna koncepcja rozliczeń**; zob. wyrok SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 114/07, LexPolonica nr 2272810). Jedną z cech konkubinatu jest istnienie wspólnoty życiowej partnerów charakteryzującej się ścisłym powiązaniem osobistych i majątkowych więzi partnerów. Powiązanie, o którym mowa, polega na tym, że stosunki majątkowe między partnerami powstają głównie ze względu na łączące ich więzi osobiste, a bezpośrednim typowym celem kształtowania stosunków majątkowych między partnerami jest urzeczywistnianie wspólnoty życiowej przez zaspokojenie jej bieżących potrzeb lub tworzenie i umacnianie gospodarczych podstaw trwałości i stabilności (**tzw. wspólnotowe stosunki majątkowe**). Trafnie Sąd Najwyższy zauważył, że we współdziałaniu konkubentów „cel gospodarczy nie ma przeważającego, czy decydującego znaczenia", aczkolwiek „nie da się wykluczyć, że może on spełniać rolę cementującą więź faktyczną" (uzasadnienie uchwały SN z 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 2). Konkubenci mogą oczywiście kształtować swe stosunki majątkowe **także neutralnie względem ich wspólnoty życiowej**, bez zamiaru zaspokajania potrzeb obojga partnerów w ramach życiowej wspólnoty osobistomajątkowej, zawierając na przykład umowy najmu, pożyczki, zlecenia, umowy o pracę lub świadczenie usług.

225 Dalekie od doświadczenia życiowego byłoby założenie, że konkubenci zawierają, i to konkludentnie, a do tego już przed utworzeniem wspólnoty życiowej albo najpóźniej w chwili jej powstania, jedną kompleksową (nienazwaną) umowę organizującą ich życiową wspólnotę osobistą i majątkową, która miałaby stanowić przesłankę roszczeń rozliczeniowych w razie ustania konkubinatu. Ponieważ konkubenci zaspokajają zwykłe bieżące potrzeby ich wspólnoty życiowej dobrowolnie i spontanicznie, to bliższe doświadczeniu życiowemu jest uznanie za podstawę ich obustronnych świadczeń przede wszystkim **porozumień co do celu świadczenia**. Nie są one czynnościami prawnymi rodzącymi zaskarżalne i egzekwowalne roszczenia, gdyż w razie **nieosiągnięcia celu objętego porozumieniem** nie mają zastosowania ogólne zasady realizacji zobowiązań, lecz unormowania dotyczące **zwrotu nienależnego świadczenia** (art. 410 § 2 k.c.); por. wyrok SN z 12 stycznia 2006 r., II CK 342/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 170.

Wskazane wyżej proste porozumienia co do celu świadczenia, zawierane „na przedpolu" czynności prawnej zobowiązującej, byłyby zbyt wąską podstawą współdziałania konkubentów o znacznej doniosłości gospodarczej. Konkubenci zwykle spełniają świadczenia nie tylko na bieżące utrzymanie ich wspólnoty. Partnerzy pozostający w trwałym związku dokonują także wydatków na nabycie przedmiotów majątkowych lub nakładów na już posiadane przedmioty, które mają zaspokajać ich trwałe potrzeby życiowe w czasie istnienia konkubinatu. W takich wypadkach podstawami obustronnych przysporzeń dokonywanych przez konkubentów w celu utrzymania ich życiowej wspólnoty mogą być **partnerskie umowy o współdziałaniu, zwykle zawierane w sposób dorozumiany.** Należy je uznać za odrębny typ umów nienazwanych ze względu na ich specyficzny bezpośredni cel. Celem takim może być nabycie określonych przedmiotów majątkowych na wspólność w sensie prawnym (np. własności wspólnie wzniesionego domu, własności nabytego lokalu, samochodu osobowego lub przedmiotów urządzenia domowego) albo dokonanie przez jednego z nich wydatków

lub nakładów na przedmioty majątkowe wchodzące do majątku drugiego partnera, a więc bez zamiaru kreowania ich wspólności, jednakże **w celu zaspokojenia potrzeb wspólnoty konkubenckiej.** Partner dokonujący przysporzenia – zgodnie z treścią umowy – ma odnieść na przykład korzyść polegającą na współużywaniu określonych rzeczy (mieszkania, jego wyposażenia, auta itp.), partycypacji w pożytkach, które rzecz przynosi, w dochodach osiąganych z gospodarstwa rolnego, zakładu produkcyjnego lub usługowego.

Do oceny skutków nienazwanych umów konkubentów o współdziałaniu na rzecz ich wspólnoty i rozliczeń po ustaniu konkubinatu można ewentualnie stosować **w trybie analogii** unormowania dotyczące ustawowych typów umów (np. **spółki cywilnej**) lub regulacji określonych stosunków prawnych (np. **współwłasności ułamkowej**). **Nie jest wykluczone** jednak **nabycie** przez konkubentów rzeczy **na współwłasność** przy zachowaniu wymagań, jakie przepisy prawa cywilnego o zobowiązaniach i o przeniesieniu własności (art. 155 k.c.) stawiają uczestnikom obrotu prawnego (zob. uchwały SN: z 30 stycznia 1970 r., III CZP 62/69, LexPolonica nr 309186; z 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 2; postanowienie SN z 14 września 1995 r., I CRN 143/95, LexPolonica nr 1009902; por. wyrok SN z 21 listopada 1997 r., I CKU 155/97, „Wokanda" 1998, nr 4, poz. 7). W razie braku przesłanek do ustalenia innych podstaw rozliczeń uzasadnione może się okazać zastosowanie **przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (nienależnym świadczeniu)**; zob. wyroki SN: z 26 czerwca 1974 r., III CRN 132/74, LexPolonica nr 319300; z 16 maja 2000 r., IV CKN 32/00, OSNC 2000, nr 12, poz. 222; z 12 stycznia 2006 r., II CK 342/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 170; por. też uchwałę SN z 30 stycznia 1970 r., III CZP 62/69, LexPolonica nr 309186. 226

Gdy podczas trwania wspólności ustawowej jedno z małżonków nabędzie przedmioty majątkowe wspólnie ze swoim faktycznym partnerem (konkubentem), przedmioty takie mogą stanowić **współwłasność konkubenta i małżonków;** udział małżonków będzie do nich należał na zasadzie wspólności ustawowej (zob. uchwałę SN z 27 czerwca 1996 r., III CZP 70/96, OSNC 1996, nr 11, poz. 145).

Literatura: F. Hartwich, *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011, s. 87–128; M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993, s. 55 i n.; A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami. Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992, s. 29 i n.

§ 9. Zawarcie małżeństwa

I. Uwagi ogólne – II. Zaręczyny – III. Przesłanki istnienia małżeństwa – IV. Przesłanki istnienia małżeństwa zawieranego w formie cywilnej – V. Przesłanki istnienia małżeństwa zawieranego w formie konkordatowej – VI. Przesłanki formalno-porządkowe – VII. Przeszkody małżeńskie – VIII. Wady oświadczeń woli – IX. Małżeństwa pozorowane – X. Zdolność do czynności prawnych osób wstępujących w związek małżeński

I. Uwagi ogólne

Za wzorem prawa kanonicznego zawarcie małżeństwa jest tradycyjnie traktowane przez wiele ustawodawstw jako umowa, gdyż źródłem powstania związku małżeń- 227

skiego jest zgodna wola (*consensus*) obojga małżonków. Kodeks rodzinny i opiekuńczy w tej materii *expressis verbis* się nie wypowiada, pośrednio daje jednak wyraz myśli, że zawarcie małżeństwa odbiega od trybu powstawania stosunków prawnych w drodze dwustronnych czynności prawnych. Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że sprawczą przyczyną powstania związku małżeńskiego jest w świetle Kodeksu zgodna wola małżonków, ale Kodeks przejawu tej woli nie określa jako oświadczenie woli, lecz mówi krótko o oświadczeniach o wstąpieniu w związek małżeński, a dalsze jego przepisy odrywają się, gdy chodzi o zawarcie małżeństwa, od uregulowań prawa cywilnego dotyczących czynności prawnych. Takie ujęcie może uzasadniać dwojaki pogląd: dalej idący – w myśl którego zawarcie małżeństwa jest szczególnym, w innych stosunkach niewystępującym, zdarzeniem prawnym; nie tak krańcowy – stosownie do którego zawarcie małżeństwa jest **swoistą dwustronną czynnością prawną**, zbliżoną do kategorii umów.

U podłoża zawarcia małżeństwa leży w każdym razie swoboda obydwu małżonków, zarówno gdy chodzi o samą decyzję, jak i wybór partnera. Motywem, którym powinny się kierować osoby zawierające małżeństwo, ma być – według zamierzenia ustawodawcy – ich wzajemne uczucie. Inaczej jest natomiast, gdy chodzi o ukształtowanie treści stosunku prawnego, jaki ma ich łączyć. W tym zakresie swoboda małżonków jest znikoma, gdyż ogranicza się tylko do wpływu na brzmienie ich nazwisk (art. 25 k.r.o.).

Jak to już zaznaczono, zawarcie małżeństwa jest aktem **sformalizowanym**, co uzasadnione jest szczególną doniosłością tej instytucji. Dlatego nigdy do powstania związku małżeńskiego nie może doprowadzić ani sam fakt długotrwałego pożycia dwojga osób różnej płci tak, jak to czynią małżonkowie (konkubinat), ani sama zgodna wola zainteresowanych bez udziału czynnika oficjalnego, nawet w obliczu niebezpieczeństwa śmierci; w takim wypadku ustawa jedynie zwalnia od składania wymaganych dokumentów (art. 9 k.r.o. i art. 12 p.a.s.c.).

228 Do zawarcia małżeństwa ustawa przewiduje **trzy grupy przesłanek**, którym należy uczynić zadość. Pierwsza grupa – to tzw. przesłanki **istnienia małżeństwa**, druga – to przesłanki **formalno-porządkowe**, wreszcie trzecia – to tzw. w tradycyjnej terminologii **przeszkody małżeńskie** (*impedimenta matrimonii*), których istnienie wyłącza zawarcie małżeństwa. Omówienie tych przesłanek należy poprzedzić przedstawieniem czynności niekiedy poprzedzającej zawarcie małżeństwa, jaką są zaręczyny. Na końcu wypada omówić problem wad oświadczenia woli i zdolności nupturientów do czynności prawnych.

II. Zaręczyny

229 Zaręczyny stanowią umowę, mocą której kobieta i mężczyzna **uzgadniają, że w przyszłości zawrą małżeństwo**. Instytucja ta była unormowana w niektórych dawniejszych ustawodawstwach (por. art. 1297 Kodeksu cywilnego niemieckiego z 1896 r. oraz art. 1–4 Prawo małżeńskie z 1945 r.). Kodeks rodzinny i opiekuńczy instytucją tą w ogóle się nie zajmuje, wychodząc zapewne z założenia, że straciła ona we współczesnych naszych warunkach społeczne znaczenie. Mimo to przyjmuje się, że zawarcie umowy zaręczyn jest dozwolone na zasadach ogólnych. Z zasady pełnej swobody za-

warcia małżeństwa wywodzi się jednak, że przymusowe wykonanie takiej umowy nie byłoby możliwe. Z tej samej przyczyny, a także dlatego, że zaręczyny dotyczą stosunków ściśle osobistych, przyjmuje się, że w razie niedotrzymania obietnicy małżeństwa nie można z tego powodu żądać odszkodowania ani też odszkodowania takiego zastrzec w umowie.

Natomiast nie jest wyłączone dochodzenie odszkodowania za szkodę polegającą na wydatkach związanych z przygotowaniami do małżeństwa, jeżeli doszło do tego z winy tej osoby, która odstąpiła od zawarcia małżeństwa. Jak się zdaje, nie byłoby też wyłączone dochodzenie według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 i n. k.c.) zwrotu dokonanych przysporzeń (kosztowniejszych prezentów).

III. Przesłanki istnienia małżeństwa

Z przepisu art. 1 k.r.o. wynika, że ustawa uzależnia dojście do skutku małżeństwa (istnienie małżeństwa) od spełnienia przesłanek, które muszą zachodzić **kumulatywnie**, przy tym – poczynając od 15 listopada 1998 r. – prawo polskie dopuszcza dwa sposoby zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. **230**

Czwarta nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, dokonana Nowelą 1998 (ustawa weszła w życie 15 listopada 1998 r.), wniosła mianowicie w prawie polskim istotną zmianę w odniesieniu do sposobu zawierania małżeństw, z uwzględnieniem postanowień Konkordatu z 1993 r., ratyfikowanego w 1998 r. (zob. § 2, I, nb 35–37). Obecnie małżeństwo podlegające prawu polskiemu może być zawarte w Polsce **w dwojaki sposób**. Po pierwsze – **w formie cywilnej** – przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego (art. 1 § 1 k.r.o.), i po drugie – **w formie wyznaniowej** – w obecności duchownego (art. 1 § 2 i 3 k.r.o.). Zakaz udzielania ślubów w formie wyznaniowej osobom, które nie zawarły uprzednio małżeństwa w formie cywilnej, został zniesiony w 1989 r. (zob. art. 74 ustawy z 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 29, poz. 154 ze zm.). Nie oznaczało to jednak usankcjonowania przez prawo polskie związków małżeńskich zawartych w formie wyznaniowej. **231**

W świetle unormowania art. 1 k.r.o. obowiązująca **szczególna forma zawarcia małżeństwa** polega na złożeniu przez nupturientów stosownych oświadczeń w obecności kompetentnej osoby (kierownika urzędu stanu cywilnego lub duchownego). Form tych nie może zastąpić żadna inna, np. pisemna czy notarialna.

Cywilna forma zawarcia małżeństwa przestała być formą wyłączną w tych wypadkach, gdy ratyfikowana umowa międzynarodowa lub ustawa regulująca stosunki między Państwem a Kościołem albo innym związkiem wyznaniowym przewiduje możliwość zawarcia małżeństwa wyznaniowego i jednoczesnego wstąpienia w związek małżeński podlegający prawu polskiemu (art. 1 § 3 k.r.o.). Omawiane formy zawarcia małżeństwa ze skutkami określonymi w prawie polskim – cywilna i wyznaniowa – są więc **formami alternatywnymi**. Forma wyznaniowa zawarcia małżeństwa nie jest obligatoryjna (jedynie dostępna) dla wiernych Kościoła lub związku wyznaniowego. Także oni mogą skorzystać z cywilnej formy zawarcia związku małżeńskiego podlegającego prawu polskiemu.

232 Stosunek małżeństwa, podlegający prawu polskiemu, nawiązany wskutek zawarcia małżeństwa w formie wyznaniowej, jest stosunkiem prawnym identycznym (a nie tylko analogicznym) z prawną więzią małżeńską powstającą wskutek zawarcia małżeństwa w formie cywilnej. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych (i racji funkcjonalnych) do przyjęcia poglądu o istnieniu w systemie prawa polskiego dwóch instytucji małżeństwa, które różnią się ze względu na odmienną formę ich zawarcia. Oświadczenia nupturientów złożone w obecności duchownego, a wyrażające wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (art. 1 § 2 k.r.o.), **są odpowiednikami oświadczeń składanych** w trybie określonym w art. 1 § 1 k.r.o. **przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego.**

233 Należy podkreślić, że w wypadku zawarcia małżeństwa w formie wyznaniowej w płaszczyźnie społecznej (socjologicznej) powstaje jedna grupa rodzinna, utworzona przez małżonków, którzy zawarli małżeństwo w obecności duchownego. W płaszczyźnie jurydycznej natomiast powstają dwa prawne stosunki małżeństwa, autonomiczne względem siebie, z których jeden podlega prawu polskiemu, drugi – prawu wewnętrznemu Kościoła albo innego związku wyznaniowego.

W art. 10 Konkordatu z 1993 r. znalazło się wyraźne stwierdzenie, że orzekanie o ważności małżeństwa kanonicznego, a także w innych sprawach małżeńskich przewidzianych w prawie kanonicznym, należy do wyłącznej kompetencji władzy kościelnej (ust. 3), orzekanie zaś w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych (ust. 4). W przepisie kan. 1672 Kodeksu Prawa Kanonicznego prawodawca kościelny uznał kompetencje władzy świeckiej do orzekania o skutkach czysto cywilnych małżeństwa. Losy obu małżeńskich stosunków prawnych (cywilnego i wyznaniowego), podlegających odrębnym porządkom prawnym, mogą być różne – stwierdzenie np. nieważności małżeństwa wyznaniowego nie pociąga za sobą nieuchronnie ustania stosunku małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. Rozwiązanie cywilnoprawnego stosunku małżeństwa albo jego unieważnienie pozostaje bez wpływu na byt prawny stosunku małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego. Wprowadzenie do prawa polskiego wyznaniowej formy zawarcia małżeństwa **nie podważyło zatem zasady świeckości małżeństwa** (zob. § 8, II) jako instytucji prawa polskiego (cywilny stosunek prawny) i instytucji społecznej będącej przedmiotem zainteresowania, ochrony i opieki państwa (art. 18 Konstytucji), którego stosunki z kościołami i innymi związkami wyznaniowymi są kształtowane na zasadach wzajemnego poszanowania autonomii oraz niezależności (art. 25 ust. 2 Konstytucji).

234 ! Z zestawienia przepisów art. 1 § 1 oraz § 2 i 3 k.r.o. wynika, iż przesłanki zawarcia małżeństwa w obu wymienionych wyżej formach są częściowo różne. **Identyczne** są następujące trzy przesłanki: **różność płci nupturientów, jednoczesna obecność nupturientów** w chwili składania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, **zgodność ich oświadczeń** wyrażających wolę zawarcia małżeństwa (podlegającego prawu polskiemu). Analogiczna, ale nie identyczna, jest przesłanka w postaci **udziału czynnika oficjalnego**. W wypadku mianowicie zawierania małżeństwa w formie cywilnej czynnikiem tym jest kierownik urzędu stanu cywilnego, w razie zaś zawierania związku małżeńskiego w formie wyznaniowej – duchowny. **Dodatkowymi** przesłankami istnienia małżeństwa zawieranego **w formie wyznaniowej** jest: zawar-

cie małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła lub związku wyznaniowego i **sporządzenie aktu małżeństwa** (cywilnego) przez kierownika urzędu stanu cywilnego.

Niezachowanie choćby jednej z wymienionych przesłanek (powinny zajść kumulatywnie) powoduje, że małżeństwo **nie zostaje zawarte** (*a contrario* z art. 1 k.r.o.) i nie istnieje (zob. art. 2 k.r.o.), czyli, jak to określa się w doktrynie, jest to tzw. **małżeństwo nieistniejące** (*matrimonium non existens*), przy czym skutek taki następuje z mocy samego prawa. O kwestionowaniu małżeństw nieistniejących patrz w § 20. 235

IV. Przesłanki istnienia małżeństwa zawieranego w formie cywilnej

Z przepisu art. 1 § 1 k.r.o. wynika, że ustawa uzależnia dojście do skutku małżeństwa (istnienie małżeństwa) od spełnienia następujących przesłanek, które muszą zachodzić kumulatywnie. 236

1. **Przesłanka odmienności płci nupturientów.** Przesłanka ta wyłącza zawarcie małżeństwa przez osoby tej samej płci. Zasada ta nie jest u nas kwestionowana ani *de lege lata*, ani *de lege ferenda*. **Polska Konstytucja jednoznacznie określa małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny** (art. 18 Konstytucji; zob. też § 3, IV). 237

W niektórych jednak krajach Europy Zachodniej nie tylko dopuszczona została **rejestracja konkubinatów hetero- i homoseksualnych** (zob. § 8a, I), co jest *de facto* stworzeniem alternatywnej formy małżeństwa „drugiego rzędu" o osłabionej mocy wiążącej, lecz także doszło do **redefinicji małżeństwa**, pojmowanego zgodnie z europejską tradycją jako związek kobiety i mężczyzny. Małżeństwo w krajach europejskich **stało się dostępne również dla osób tej samej płci**, najpierw w prawie holenderskim (2000 r.), a następnie w prawie belgijskim (2003 r.). W połowie roku 2005 r. instytucja małżeństwa osób tej samej płci została wprowadzona do ustawodawstwa Hiszpanii, w 2009 r. pojawiła się w prawie Norwegii i Szwecji, w 2010 r. – Islandii i Portugalii, a poza Europą – m.in. w Kanadzie (2005 r.), RPA (2006 r.) i Argentynie (2010 r.). Poważne zastrzeżenia obyczajowe i pedagogiczne ze względu na dobro dziecka budzi dopuszczalność adopcji dzieci przez pary homoseksualne.

Zgodnie z tym, co wyżej powiedziano, w naszym kraju nie zdarza się, aby do urzędu stanu cywilnego zgłosiło się w celu zawarcia małżeństwa dwóch mężczyzn lub dwie kobiety. Istnieje natomiast realna możliwość zawarcia małżeństwa z naruszeniem przesłanki różności płci w wypadku tzw. obojnactwa. Wobec tego, że prawo nasze nie zna pojęcia trzeciej płci, w wypadku obojnactwa o płci osobnika rozstrzygają jego cechy przeważające. Trudności mogą także wynikać w wypadku innych anomalii seksualnych, zwłaszcza transseksualizmu. Więcej o tym zob. w § 37, IV.

2. **Jednoczesna obecność nupturientów.** Przesłanka ta została wprowadzona dopiero przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy. W ten sposób ustawodawca wyeliminował z praktyki zdarzające się dawniej wypadki oddzielnego stawiania się nupturientów w urzędzie stanu cywilnego („w wolnej chwili"), czego nie sposób było pogodzić z powagą aktu zawarcia małżeństwa. 238

239 3. **Zgodne oświadczenia nupturientów.** Z tej przesłanki przede wszystkim wynika, że oświadczenia nupturientów muszą być złożone. Dlatego nie ma takiego oświadczenia, gdy oboje lub jeden z nich działa pod wpływem przymusu fizycznego. Jak się zdaje, brak jest także takiego oświadczenia, gdy składa je jako pełnomocnik osoba, która nigdy pełnomocnictwa od rzekomo zastąpionego małżonka nie otrzymała, a przedkłada np. pełnomocnictwo sfałszowane. Inaczej jest w wypadku, gdy pełnomocnictwo dotknięte jest pewną wadliwością (zob. w § 21, I).

Z przesłanki tej wynika dalej, że oświadczenia nupturientów muszą być zgodne, tzn. że każdy z nich wyraża wolę zawarcia małżeństwa ze stawającym partnerem.

Wyjątek od wymienionych wymagań (2 i 3) przewiduje art. 6 k.r.o., który pozwala na złożenie oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński **przez pełnomocnika**. Dopuszczalność posłużenia się pełnomocnikiem jest jednak potrójnie **ograniczona**. Po pierwsze, dopuszczalne jest to tylko wtedy, gdy występują ważne powody; po drugie, konieczne jest uzyskanie w tym celu zezwolenia sądu; po trzecie wreszcie, pełnomocnictwo powinno czynić zadość pewnym formalnościom, powinno być mianowicie udzielone na piśmie z podpisem urzędowo poświadczonym i wymieniać osobę, z którą małżeństwo ma być zawarte. Także oświadczenie woli jednoczesnego z wstąpieniem w wyznaniowy związek małżeński zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (art. 1 § 2 i 3 k.r.o.) może zostać złożone przez pełnomocnika na zasadach dotyczących zawierania przez pełnomocnika małżeństw w formie cywilnej (art. 6 § 1 k.r.o.).

240 4. **Udział czynnika oficjalnego.** Osobą kompetentną jest kierownik urzędu stanu cywilnego, a gdy chodzi o obywateli polskich przebywających za granicą, także polski konsul lub osoba wyznaczona do wykonywania funkcji konsula (art. 1 § 4 k.r.o. i art. 26 ust. 1 pkt 1 ustawy z 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej, tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1823 ze zm., i art. 60 p.a.s.c.; zob. też § 2 pkt I). Z wymagania tego wynika, że nie stanowi zawarcia małżeństwa złożenie zgodnych oświadczeń nupturientów tylko w obecności świadków. Wymaganie to oznacza dalej, że nie ma małżeństwa, gdy asystujący przy jego zawarciu nie był upoważnionym do tego urzędnikiem.

V. Przesłanki istnienia małżeństwa zawieranego w formie konkordatowej

241 Jak to zostało już zasygnalizowane (zob. wyżej III), zawarcie małżeństwa w formie wyznaniowej wymaga spełnienia **większej liczby przesłanek** niż zawarcie małżeństwa w formie cywilnej. Identyczne są trzy przesłanki, a mianowicie – odmienność płci nupturientów, jednoczesna obecność nupturientów w chwili składania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, zgodność ich oświadczeń wyrażających wolę zawarcia małżeństwa ze stawającym partnerem (zob. wyżej IV).

242 Analogiczna, ale nie identyczna, jest przesłanka **w postaci udziału czynnika oficjalnego**. W wypadku, o którym mowa, osobą kompetentną do odebrania oświadczeń nupturientów jest **duchowny** kościoła lub związku wyznaniowego. Du-

chownym, w rozumieniu przepisów o zawarciu małżeństwa, jest osoba zajmująca w kościele lub związku wyznaniowym stanowisko objęte wykazem zamieszczonym w obwieszczeniu ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski" przez ministra właściwego w sprawach administracji.

Minister sporządza taki wykaz na podstawie informacji otrzymanych od właściwych przedstawicieli kościołów i innych związków wyznaniowych (art. 27 ust. 2 p.a.s.c.). Zawarcie w formie wyznaniowej małżeństwa podlegającego prawu polskiemu możliwe jest tylko wtedy, gdy dopuszcza to ratyfikowana umowa międzynarodowa lub ustawa regulująca stosunki między państwem a kościołem albo innym związkiem wyznaniowym (art. 1 § 3 k.r.o.). Obecnie możliwość zawierania w formie konkordatowej małżeństw podlegających prawu polskiemu mają wyznawcy 10 kościołów (Kościoła katolickiego, Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego, Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego, Kościoła Ewangelicko-Reformowanego, Kościoła Ewangelicko-Metodystycznego, Kościoła Chrześcijan Baptystów, Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego, Kościoła Polskokatolickiego, Kościoła Starokatolickiego Mariawitów, Kościoła Zielonoświątkowego) i gmin wyznaniowych żydowskich.

Są **dwie dodatkowe przesłanki** zawarcia małżeństwa w formie konkordatowej: 1) zawarcie małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego (z jednoczesnym oświadczeniem woli zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu), 2) sporządzenie aktu małżeństwa (cywilnego) przez kierownika urzędu stanu cywilnego (art. 1 § 2 k.r.o.). **243**

Ad 1. **Samo zawarcie małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła lub innego związku wyznaniowego** nie powoduje powstania stosunku małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. Do wywołania takiego skutku – także gdy chodzi o małżeństwa zawierane w obecności duchownych kościołów i związków wyznaniowych, którym przyznana została kompetencja odbierania cywilnoprawnych oświadczeń nupturientów (art. 1 § 3 k.r.o.) – niezbędne jest **odrębne oświadczenie woli jednoczesnego** (z zawarciem wyznaniowego związku małżeńskiego) **zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu** (art. 1 § 2 k.r.o.). Unormowanie zawarte w art. 1 § 2 zd. 1 k.r.o. nawiązuje do treści art. 10 ust. 1 pkt 2 Konkordatu z 1993 r. Wymóg złożenia przez nupturientów dodatkowego – oprócz oświadczenia w sprawie zawarcia małżeństwa wyznaniowego – oświadczenia wyrażającego wolę zawarcia małżeństwa cywilnego nie jest znany innym konkordatom gwarantującym uznanie skutków cywilnych małżeństw zawieranych w formie kanonicznej. **244**

Gramatyczna wykładnia przepisu art. 1 § 2 k.r.o. („[...] mężczyzna i kobieta zawierający związek małżeński podlegający prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego w obecności duchownego oświadczą wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu [...]") nakazuje przyjąć, iż oświadczenie woli zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu powinno być złożone albo bezpośrednio przed zawarciem związku wyznaniowego, albo niezwłocznie po tym fakcie, naturalnie w tym samym dniu. Wniosek powyższy wzmacnia treść przepisu art. 10 ust. 1 pkt 2 Konkordatu z 1993 r. („[...] złożą oni przy zawieraniu małżeństwa zgodne oświadczenie woli dotyczące wywarcia takich skutków [...]"). Przepis ten stanowił płaszczyznę odniesienia dla regulacji dostosowującej prawo polskie do postanowień Konkordatu.

Forma oświadczeń jest analogiczna do formy oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński składanych przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Trzeba pamiętać, że oświadczenia te są ekwiwalentne z punktu widzenia zawarcia związku małżeńskiego podlegającego prawu polskiemu (zob. wyżej III). Nupturienci składają je ustnie w obecności duchownego. Zaświadczenie sporządzane przez duchownego, stwierdzające, że dodatkowe oświadczenia nupturientów zostały złożone, podpisywane między innymi przez małżonków (art. 8 § 2 k.r.o.), nie jest elementem formy oświadczeń woli jednoczesnego (z zawarciem małżeństwa wyznaniowego) wstąpienia w związek małżeński podlegający prawu polskiemu. Zaświadczenie takie ma znaczenie deklaratoryjne i dowodowe. Jest dla kie-

rownika urzędu stanu cywilnego podstawą sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 k.r.o. (art. 61a p.a.s.c.), podobnie jak podstawą sporządzenia aktu małżeństwa zawartego poza lokalem urzędu stanu cywilnego jest protokół sporządzany w miejscu zawarcia małżeństwa (art. 59 p.a.s.c.) albo protokół stwierdzający złożenie przed konsulem przez przyszłych małżonków oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński (art. 60 p.a.s.c.).

Przesłanką zawarcia w formie wyznaniowej małżeństwa podlegającego prawu polskiemu jest zawarcie zarazem małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego. Bez znaczenia jednak dla bytu prawnego małżeństwa cywilnego jest to, czy małżeństwo wyznaniowe zostało ważnie zawarte. Artykuł 1 § 2 k.r.o. takiego wymagania nie przewiduje, stanowiąc jedynie o nupturientach „zawierających" związek małżeński podlegający prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego. Przyjęcie odmiennego zapatrywania oznaczałoby w szczególności, że sąd polski orzekający o istnieniu małżeństwa zawartego w formie wyznaniowej zmuszony byłby rozstrzygać kwestię istnienia lub ważności wyznaniowego związku małżeńskiego.

245 Ad 2. Kolejną swoistą przesłanką zawarcia w formie wyznaniowej małżeństwa podlegającego prawu polskiemu jest **sporządzenie aktu małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego** (art. 1 § 2 k.r.o.).

Aczkolwiek art. 1 § 2 k.r.o. nie wymienia 5-dniowego prekluzyjnego terminu zawiadomienia właściwego urzędu stanu cywilnego o wyrażonym przez nupturientów zamiarze zawarcia w formie wyznaniowej małżeństwa podlegającego prawu polskiemu, to, tłumacząc ten przepis, należy przyjąć, iż przesłanka istnienia małżeństwa zawartego w formie wyznaniowej w postaci sporządzenia przez kierownika urzędu stanu cywilnego aktu małżeństwa obejmuje także wymóg **przekazania do urzędu stanu cywilnego zaświadczenia**, o którym mowa w art. 8 § 3 k.r.o., **w zawitym terminie 5 dni**. Przy obliczaniu biegu terminu nie uwzględnia się dni uznanych ustawowo za wolne od pracy.

§ Przepis art. 61a ust. 5 p.a.s.c. nakazuje kierownikowi urzędu stanu cywilnego odmowę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w formie wyznaniowej, jeżeli zaświadczenie potwierdzające ten fakt przekazano do urzędu stanu cywilnego po upływie terminu określonego w art. 8 § 3 k.r.o. Jeżeli zachowanie tego terminu nie jest możliwe z powodu siły wyższej, jego bieg ulega zawieszeniu przez czas trwania przeszkody. Gdyby zatem kierownik urzędu stanu cywilnego sporządził akt małżeństwa mimo nieusprawiedliwionego siłą wyższą opóźnienia w przekazaniu zaświadczenia stwierdzającego złożenie oświadczeń, o których mowa w art. 1 § 2 k.r.o., małżeństwo nie zostałoby zawarte. Istniałaby wówczas podstawa do wytoczenia na podstawie art. 2 k.r.o. powództwa o ustalenie nieistnienia małżeństwa. Dyskusyjne jest, czy sąd – wszak w sprawie o prawa stanu cywilnego – mógłby oddalić powództwo z uwzględnieniem art. 5 k.c. (zob. § 4, V i dalej – § 21).

Do uznania konstytutywnego znaczenia terminowego przekazania do urzędu stanu cywilnego przez duchownego zaświadczenia stwierdzającego złożenie przez nupturientów dodatkowych oświadczeń o zawarciu małżeństwa podlegającego prawu polskiemu prowadzi wykładnia przepisów art. 1 k.r.o. w zw. z art. 8 k.r.o., art. 61a ust. 5 p.a.s.c. oraz przepisu art. 10 ust. 1 pkt 3 Konkordatu z 1993 r. Odwołanie się do postanowień Konkordatu (umowy międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie) jest konieczne, gdyż Nowela 1998 miała dostosować prawo polskie do treści art. 10 Konkordatu z 1993 r. Ustawodawca nie mógł nie mieć na uwadze postanowienia Konstytucji, zgodnie z którym umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową (art. 91 ust. 2 Konstytucji). W każdym zaś razie ta konstytucyjna norma kolizyjna powinna być uwzględniana przy interpretacji i stosowaniu prawa.

Nie można nie zwrócić w tym miejscu uwagi na wadliwą redakcję i systematykę znowelizowanych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego o zawieraniu małżeństw. Przepis określający konieczne warunki wytoczenia powództwa o ustalenie nieistnienia małżeństwa przez odwołanie się do

niezachowania postanowień przepisów określających przesłanki zawarcia (istnienia) małżeństwa (jest nim obecnie art. 2 k.r.o.) powinien albo następować po wszystkich tych przepisach, które zawierają określenie przesłanek istnienia małżeństwa (wymóg zachowania terminu 5-dniowego przewiduje dopiero art. 8 § 3 k.r.o.), albo jednoznacznie wskazywać wszystkie te przepisy, które zawierają określenie przesłanek istnienia małżeństwa.

Kierownik urzędu stanu cywilnego powinien odmówić sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w formie wyznaniowej w następujących trzech wypadkach. Po pierwsze, gdy **zaświadczenie** stwierdzające wyrażenie przez nupturientów woli zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu **przekazano do urzędu stanu cywilnego po upływie terminu** (5-dniowego) określonego w art. 8 § 3 k.r.o. (art. 61a ust. 5 p.a.s.c.). Po drugie, jeżeli przekazane zaświadczenie **nie czyni zadość wymogom przewidzianym w art. 8 § 2 k.r.o.**, bo według art. 61a ust. 1 p.a.s.c. podstawą sporządzenia aktu małżeństwa jest zaświadczenie sporządzone zgodnie z art. 8 § 2 k.r.o. (np. brak jest podpisu którejś z osób wskazanych w art. 8 § 2 k.r.o.); dyskusyjne jest, czy zaświadczenie powinno być sporządzone na urzędowym formularzu lub według ustalonego wzoru i stanowić jeden dokument wraz z zaświadczeniem stwierdzającym brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa (zob. art. 27 ust. 1 pkt 4 p.a.s.c.; zob. dalej VI). Po trzecie, gdy kierownik urzędu stanu cywilnego **nie otrzymał** w ogóle odpowiedniego **zaświadczenia**, a wiadomość o zawarciu małżeństwa w formie wyznaniowej **powziął w inny sposób** (np. na skutek ustnych oświadczeń nupturientów lub świadków), z jednym wyjątkiem. Kierownik urzędu stanu cywilnego może mianowicie sporządzić akt małżeństwa na podstawie potwierdzenia przez duchownego treści zaświadczenia, jeżeli zaświadczenie przekazane do urzędu stanu cywilnego przesyłką poleconą zostało utracone przed dotarciem do urzędu stanu cywilnego (art. 61a ust. 4 p.a.s.c.). **246**

Zaświadczenie może być przekazane do urzędu stanu cywilnego przez duchownego (osobiście, przez posłańca, w szczególności przez pocztę). Nie byłoby zasadne odmówienie sporządzenia aktu małżeństwa, gdyby zaświadczenie, o którym mowa, przekazali sami małżonkowie (działający samodzielnie albo jako posłańcy w rozumieniu prawa cywilnego), gdyż wymóg przekazania zaświadczenia przez duchownego (art. 8 § 3 k.r.o.) jest przesłanką formalno-porządkową, a przy tym sformułowaną w sposób umożliwiający duchownemu działanie przez posłańca (zob. art. 8 § 3 k.r.o. i art. 61a p.a.s.c.).

Odmawiając sporządzenia aktu małżeństwa, kierownik powinien postąpić w sposób określony w art. 7 ust. 2 *in fine* p.a.s.c., co umożliwi nupturientom wystąpienie **z wnioskiem do sądu rejonowego o rozstrzygnięcie**, czy okoliczności przedstawione przez kierownika urzędu stanu cywilnego uzasadniają odmowę sporządzenia aktu małżeństwa. Sąd może uznać, że jest podstawa sporządzenia aktu małżeństwa; prawomocne postanowienie sądu wiązałoby kierownika, który powinien sporządzić akt małżeństwa (art. 7 ust. 2 *in fine* p.a.s.c.).

Sporządzenie aktu małżeństwa dopełnia konstytutywny skutek oświadczenia woli jednoczesnego (z zawarciem małżeństwa wyznaniowego) zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. Małżeństwo podlegające prawu polskiemu uważa się za zawarte w chwili oświadczenia w obecności duchownego woli zawarcia takiego małżeństwa (art. 1 § 2 zd. 2 k.r.o.), jeżeli wszystkie przesłanki istnienia małżeństwa zostaną spełnione (łącznie ze sporządzeniem aktu małżeństwa). Sporządzenie aktu małżeństwa zawieranego w formie wyznaniowej **dopełnia konstytutywny skutek oświadczeń nupturientów z mocą wsteczną** (*ex tunc*) – od chwili oświadczenia w obecności duchownego woli zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (art. 1 § 2 zd. 2 k.r.o.). **247**

Wobec powyższego – ani śmierć nupturientów po oświadczeniu woli zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu, ani wstąpienie po tym zdarzeniu (a przed sporządzeniem aktu małżeństwa) w kolejny związek małżeński nie uzasadniają odmowy sporządzenia takiego aktu. W pierwszym wypadku małżeństwo zawarte w formie wyznaniowej nie będzie małżeństwem pośmiertnym (*post mortem*). Sporządzenie aktu małżeństwa dopełnia bowiem tylko konstytutywny skutek oświadczeń woli o zawarciu małżeństwa w formie wyznaniowej, i to z mocą wsteczną w świetle art. 1 § 2 zd. 2 k.r.o. (od chwili złożenia tych oświadczeń, w której nupturienci pozostawali przy życiu).

W drugim wypadku niebigamiczne będzie małżeństwo zawarte w formie wyznaniowej ze względu na dopełnienie z mocą wsteczną przez sporządzenie aktu małżeństwa oświadczeń woli o zawarciu tego małżeństwa. Więź małżeńska w rozumieniu prawa polskiego powstaje pod warunkiem (*conditio iuris*) sporządzenia aktu małżeństwa po przekazaniu w terminie 5 dni (art. 8 § 3 k.r.o.) do urzędu stanu cywilnego dokumentu stanowiącego podstawę sporządzenia aktu (art. 61a ust. 1 p.a.s.c. i art. 8 § 2 k.r.o.). Po pierwsze jednak – małżeństwo uważa się za zawarte w chwili złożenia oświadczenia woli w obecności duchownego, nie zaś w dniu sporządzenia aktu (art. 1 § 2 zd. 2 k.r.o.). Po drugie – oświadczeń nupturientów składanych przed duchownym i wyrażających wolę zawarcia małżeństwa w rozumieniu prawa polskiego nie można traktować jako oświadczeń warunkowych (uzupełnionych warunkiem zawieszającym, że akt małżeństwa zostanie sporządzony).

248 ! Oświadczenia nupturientów składane przed duchownym i wyrażające wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa w rozumieniu prawa polskiego są bezwarunkowe i jako takie obejmują **bezwarunkową zgodę na sporządzenie aktu małżeństwa** dopełniającego konstytutywny skutek ich oświadczeń woli, z mocą wsteczną (od chwili złożenia tych oświadczeń). **Sporządzenie aktu małżeństwa** zawieranego **w formie wyznaniowej** stanowi zatem **przesłankę istnienia małżeństwa** (ma **znaczenie konstytutywne**), a spełnienie tego warunku wyłączone jest z zasięgu autonomii woli nupturientów. Inaczej mówiąc – nupturienci nie mają kompetencji do unicestwienia skutku prawnego złożonych przez nich oświadczeń o zamiarze zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. Wobec tego wstąpienie przez nich w kolejny związek małżeński z inną osobą przed sporządzeniem aktu małżeństwa zawartego uprzednio w formie wyznaniowej byłoby zawarciem małżeństwa bigamicznego w rozumieniu art. 13 § 1 k.r.o. (zob. też niżej pkt VII, nb 256).

W razie niezachowania choćby jednej z wymienionych przesłanek (zob. pkt IV i V) małżeństwo dotknięte taką wadliwością „nie jest zawarte" (art. 1 k.r.o., *a contrario*), czyli – jak to się określa w doktrynie – jest to tzw. małżeństwo nieistniejące (*matrimonium non existens*), przy czym skutek taki następuje z samego prawa (art. 2 k.r.o.). O kwestionowaniu małżeństw nieistniejących patrz w § 20.

VI. Przesłanki formalno-porządkowe

249 Kolejna grupa przesłanek zawarcia małżeństwa, zwanych przesłankami formalno-porządkowymi, została wprowadzona z różnych przyczyn, przede wszystkim jednak w tym celu, aby zapobiec zawieraniu małżeństw wadliwych (np. bigamicznych) oraz by podnieść powagę tej czynności. Przesłanki te są przewidziane w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i w ustawie – Prawo o aktach stanu cywilnego; niektóre z nich zostały doprecyzowane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego.

Niezachowanie przesłanek formalno-porządkowych **nie wywiera negatywnego wpływu na samo zawarcie małżeństwa.** Mimo uchybienia przepisom formułującym takie przesłanki małżeństwo zostaje zawarte i w świetle prawa istnieje. Naruszenie wymogów formalno-porządkowych zawierania małżeństw może jedynie pośrednio spowodować wadliwość małżeństwa, to znaczy jego unieważnialność (np. wskutek niedokonania przez kierownika urzędu stanu cywilnego czynności mających na celu ustalenie braku okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa). Naruszający w ten sposób prawo urzędnik naraża się na odpowiedzialność służbową i dyscyplinarną.

Po wprowadzeniu instytucji zawarcia w formie wyznaniowej małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (zob. pkt V) osobno należy scharakteryzować przesłanki formalno-porządkowe zawarcia małżeństwa w formie cywilnej i wyznaniowej. Rozpocząć trzeba jednak od omówienia przesłanek wspólnych dla obu form zawarcia małżeństwa. **250**

1. Przesłanki formalno-porządkowe wspólne dla zawarcia małżeństwa **w obu formach** (cywilnej i wyznaniowej):

a) Zawarcie małżeństwa poprzedza złożenie przez nupturientów **odpowiednich dokumentów** (w szczególności: dokumentu stwierdzającego tożsamość, odpisu skróconego aktu urodzenia, ewentualnie dowodu ustania albo unieważnienia poprzedniego małżeństwa, a jeżeli wymagają tego przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – zezwolenia na zawarcie małżeństwa (art. 3 k.r.o. oraz art. 54 i 55 p.a.s.c.). Sąd może zwolnić od obowiązku złożenia dokumentu, jeżeli jego złożenie napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody (art. 3 § 2 k.r.o.).

b) **Cudzoziemiec** obowiązany jest złożyć dokument stwierdzający, że zgodnie z właściwym prawem może zawrzeć małżeństwo, chyba że sąd zwolni go od tego obowiązku, ustalając dopuszczalność zawarcia małżeństwa (art. 56 p.a.s.c.).

c) Nupturienci powinni złożyć **pisemne zapewnienie**, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa (art. 54 ust. 1 pkt 2 p.a.s.c.). Kierownik urzędu stanu cywilnego wyjaśnia osobom zamierzającym zawrzeć małżeństwo doniosłość związku małżeńskiego, przepisy regulujące prawa i obowiązki małżonków oraz przepisy o nazwisku małżonków i o nazwisku ich dzieci (art. 3 § 3 k.r.o.).

2. Przesłanki formalno-porządkowe zawarcia małżeństwa **w formie cywilnej**:

a) Zawarcie małżeństwa następuje **w urzędzie stanu cywilnego wybranym** przez nupturientów. Nie musi to być urząd miejsca zamieszkania jednej ze stron (art. 12 ust. 1 p.a.s.c.). Kierownik urzędu stanu cywilnego z uzasadnionych przyczyn może przyjąć oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński poza lokalem urzędu stanu cywilnego (art. 58 ust. 3 p.a.s.c.).

b) Małżeństwo nie może być zawarte **przed upływem miesiąca** od dnia złożenia przez nupturientów pisemnych zapewnień, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie przez nich małżeństwa. Z ważnych jednak powodów kierownik urzędu stanu cywilnego może zezwolić na zawarcie małżeństwa w terminie wcześniejszym (art. 4 k.r.o.).

c) Kierownik urzędu stanu cywilnego powinien odmówić przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, jeżeli **dowiedział się o istnieniu okoliczności wyłączającej** zawarcie zamierzonego małżeństwa (art. 5 k.r.o. i art. 7 ust. 2 pkt 1

p.a.s.c.), a w razie wątpliwości zwraca się do sądu o rozstrzygnięcie, czy małżeństwo może być zawarte (art. 5 k.r.o.).

d) Małżeństwo musi być zawarte z zachowaniem **uroczystej formy**, publicznie, w obecności dwóch pełnoletnich świadków (art. 7 § 1 k.r.o. i art. 58 ust. 1 i 2 p.a.s.c.). Na ten tryb składają się: złożenie przez nupturientów oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński (osoba niemogąca mówić składa oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński, podpisując akt małżeństwa) i ogłoszenie przez kierownika urzędu stanu cywilnego zawarcia małżeństwa wskutek zgodnych oświadczeń obu stron (art. 7 § 2 i 4 k.r.o.).

e) **Akt małżeństwa** powinien zostać sporządzony **niezwłocznie** po jego zawarciu albo niezwłocznie po ustaniu przeszkody, która uniemożliwiła dokonanie tej czynności (art. 61 p.a.s.c.). Sporządzenie aktu małżeństwa zawartego w formie cywilnej ma znaczenie **deklaratoryjne**. W tym wypadku akt małżeństwa stanowi jedynie dowód zawarcia małżeństwa, które następuje już w chwili złożenia przez nupturientów zgodnych oświadczeń woli, że wstępują w związek małżeński (zob. orzeczenie SN z 15 maja 1957 r., 1 CR 676/56, OSN 1958, nr IV, poz. 104). Znaczenie konstytutywne (oprócz dowodowego) ma natomiast sporządzenie aktu małżeństwa zawartego w formie wyznaniowej (zob. V).

3. Przesłanki formalno-porządkowe zawarcia małżeństwa **w formie wyznaniowej**:

a) Osobom zamierzającym zawrzeć małżeństwo w formie wyznaniowej kierownik urzędu stanu cywilnego miejsca zamieszkania jednego z nupturientów wydaje **zaświadczenie stwierdzające brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa** oraz treść i datę złożonych przed nim oświadczeń w sprawie nazwisk przyszłych małżonków i ich dzieci (art. 4^1 § 1 k.r.o. i art. 12 ust. 2 p.a.s.c.). Zaświadczenie nupturienci powinni przedstawić duchownemu, przed którym ma być zawarte małżeństwo. Wydając takie zaświadczenie, kierownik urzędu stanu cywilnego informuje strony o dalszych czynnościach koniecznych do zawarcia małżeństwa; zaświadczenie traci moc po upływie trzech miesięcy od jego wydania (art. 4^1 § 2 i 3 k.r.o.).

b) Kierownik urzędu stanu cywilnego powinien odmówić wydania zaświadczenia stwierdzającego brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa, jeżeli **dowiedział się o istnieniu takiej okoliczności** (art. 5 k.r.o. i art. 7 ust. 2 pkt 2 p.a.s.c.), a w razie wątpliwości zwraca się do sądu o rozstrzygnięcie, czy małżeństwo może być zawarte (art. 5 k.r.o.).

c) Duchowny nie powinien przyjąć oświadczeń o zamiarze zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu z jednoczesnym wstąpieniem w wyznaniowy związek małżeński w razie **nieprzedstawienia** mu sporządzonego przez kierownika urzędu stanu cywilnego **zaświadczenia** o braku okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa ze skutkami określonymi w prawie polskim (art. 8 § 1 k.r.o.).

d) Przed zawarciem małżeństwa podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego duchowny powinien **poinformować** osoby zamierzające zawrzeć to małżeństwo o treści podstawowych przepisów prawa polskiego normujących zawarcie małżeństwa i jego skutki (art. 62a p.a.s.c.).

e) Duchowny po złożeniu oświadczeń o zawarciu małżeństwa podlegającego prawu polskiemu powinien **niezwłocznie sporządzić zaświadczenie** stwierdzające, że oświadczenia zostały złożone w jego obecności przy zawarciu związku małżeń-

skiego podlegającego prawu wewnętrznemu kościoła (związku wyznaniowego), podpisać je oraz odebrać podpisy od nupturientów i dwóch pełnoletnich świadków obecnych przy składaniu oświadczeń. Konstytutywne znaczenie ma natomiast terminowe zawiadomienie kierownika urzędu stanu cywilnego o wyrażeniu przez nupturientów woli zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu (przesłanka istnienia małżeństwa; zob. V). Właściwym jest urząd stanu cywilnego miejsca zawarcia małżeństwa (art. 12 ust. 3 p.a.s.c.).

Dyskusyjne jest zaliczenie wymogów wskazanych wyżej w pkt c oraz e do kategorii jedynie przesłanek formalno-porządkowych i zawarcia małżeństwa w formie wyznaniowej. Za zasadnością takiej interpretacji przemawia przede wszystkim to, że przepisy art. 1 § 2 i 3 k.r.o., określające przesłanki zawarcia małżeństwa w formie wyznaniowej (do których wyłącznie odsyła art. 2 k.r.o.), nie uzależniają zawarcia małżeństwa od uprzedniego przedstawienia duchownemu zaświadczenia stwierdzającego brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa, sporządzonego przez kierownika urzędu stanu cywilnego w trybie określonym w art. 4^1 k.r.o. i art. 12 ust. 2 p.a.s.c., ani od sporządzenia przez duchownego w sposób określony w art. 8 § 2 k.r.o. zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczenia wyrażające wolę zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu zostały złożone przy zawarciu wyznaniowego związku małżeńskiego (zob. też art. 27 ust. 1 pkt 4 p.a.s.c.). Także przepis art. 10 Konkordatu, do którego dostosowane zostało prawo polskie, nie wymaga do zawarcia małżeństwa w formie wyznaniowej spełnienia – jako materialnoprawnych – przesłanek wymienionych wyżej w pkt c–e. Należy je zatem uznać za przesłanki formalno-porządkowe zawarcia w formie wyznaniowej małżeństwa podlegającego prawu polskiemu. Niezachowanie tych przesłanek upoważnia jednak kierownika urzędu stanu cywilnego do odmowy sporządzenia aktu małżeństwa, gdyż jego podstawą jest zaświadczenie sporządzone zgodnie z art. 8 § 2 k.r.o., przekazane do urzędu stanu cywilnego (art. 61a ust. 1 p.a.s.c.), z zachowaniem zawitego terminu 5 dni od zawarcia małżeństwa (art. 61a ust. 5 p.a.s.c.). Sąd natomiast na wniosek nupturientów może wydać postanowienie rozstrzygające w sposób wiążący kierownika urzędu stanu cywilnego, czy istnieje podstawa sporządzenia aktu małżeństwa (art. 7 ust. 2 p.a.s.c.); zob. też wyżej V.

VII. Przeszkody małżeńskie

Każdemu ustawodawstwu znane są **okoliczności, które wyłączają zawarcie małżeństwa**. Na razie tytułem przykładu można wskazać, że nie może zawrzeć małżeństwa osoba, która nie osiągnęła prawem przepisanego wieku albo osoba zbyt blisko spokrewniona z tym, z kim chce wstąpić w związek małżeński. 251

Za wzorem prawa kanonicznego w powszechnym użyciu do określenia tych okoliczności jest termin **„przeszkody małżeńskie"**. W polskiej literaturze zaproponowano także inne określenia bądź nawiązujące do sformułowań odnośnych przepisów („nie może zawrzeć małżeństwa"), a mianowicie „zakazy zawarcia małżeństwa" (S. Szer), bądź wskazujące na ich istotę; do tych ostatnich należą określenia: „przesłanki negatywne" (J. Winiarz) oraz „ograniczenia dowolności w zawieraniu związków małżeńskich" (S. Grzybowski). Wszystkie te nazwy są niewątpliwie prawidłowe, nie wydaje się jednak, aby istniały dostateczne powody odstąpienia od terminologii tradycyjnej, skoro jest ona nadal w powszechnym użyciu. 252

Dążąc do maksymalnego poszanowania woli osób darzących się wzajemnym uczuciem, a także do tego, aby nie dochodziło do zbyt częstego podejmowania przez partnerów pożycia bez zawarcia związku małżeńskiego, ustawodawca polski ograniczył liczbę przeszkód do niedającego się już uniknąć minimum. Przeszkody te są podykto-

wane różnymi motywami. Za przyjęciem jednych przeszkód przemawiają względy biologiczne czy eugeniczne, inne uzasadniają przesłanki moralne, wreszcie jeszcze inne wypływają z przesłanek społeczno-obyczajowych. Co do niektórych przeszkód motywy te się kumulują.

Przewidziany przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy katalog przeszkód małżeńskich jest wyczerpujący. Należą do nich następujące okoliczności:

253 1. **Przeszkoda wieku.** Nowelą 1998 został ujednolicony wiek małżeński kobiet i mężczyzn. Małżeństwo może być zawarte po ukończeniu przez nupturientów **18 lat**. Zachowana została dopuszczalność zawarcia **przez kobietę** małżeństwa **po ukończeniu 16 lat**, jeżeli sąd opiekuńczy na to zezwoli ze względu na ważne powody i po ustaleniu, iż zawarcie małżeństwa będzie zgodne z dobrem założonej rodziny (art. 10 § 1 k.r.o.; zob. też art. 561 k.p.c.).

Należy zwrócić uwagę, że przeszkoda, o której mowa, jest przeszkodą wieku, nie zaś przeszkodą braku pełnoletności lub pełnej zdolności do czynności prawnych. Zakaz sformułowany w art. 10 k.r.o. odnosi się bowiem także do osób, które osiągnęły pełnoletność wskutek zawarcia małżeństwa, zachowując ją mimo ustania lub unieważnienia małżeństwa (art. 10 § 2 k.c.). Kobieta, która w taki sposób osiągnęła i zachowała pełnoletność, nie może przed ukończeniem 18. roku życia zawrzeć kolejnego związku małżeńskiego bez zezwolenia sądu opiekuńczego.

Do 15 listopada 1998 r. wiek małżeński dla mężczyzn wynosił 21 lat, przy czym sąd opiekuńczy mógł wyrazić zgodę na zawarcie małżeństwa po ukończeniu przez mężczyznę 18 lat. Jednym z motywów zróżnicowania wieku małżeńskiego kobiet i mężczyzn poza wskazywaną różnicą osiągania dojrzałości psychicznej (niezbędnej do prawidłowego wypełniania obowiązków małżonka) był wzgląd na obowiązek 2-letniej lub 3-letniej służby wojskowej, do której odbycia zobowiązani byli mężczyźni po ukończeniu 18. roku życia. Okoliczność służby wojskowej straciła swą doniosłość. Zróżnicowanie wieku osiągania przez kobiety i mężczyzn dojrzałości psychicznej nie jest zaś (bezsporną) zasadą. Badania psychologiczne i socjologiczne ukazują występujące współcześnie zjawisko tzw. akceleracji wszechstronnego dojrzewania młodzieży. Należy zatem z aprobatą odnieść się do modyfikacji przeszkody wieku. Zrównanie wieku małżeńskiego odpowiada konstytucyjnej zasadzie równości płci (art. 33 Konstytucji) i dominującym sposobom unormowania tej kwestii w europejskim ustawodawstwie.

254 2. **Przeszkoda ubezwłasnowolnienia całkowitego.** Nie może zawrzeć związku małżeńskiego osoba **ubezwłasnowolniona całkowicie** (art. 11 k.r.o.). Przeszkoda ta staje się w pełni zrozumiała, gdy się weźmie pod uwagę, że przyczyną ubezwłasnowolnienia całkowitego jest bardzo poważna choroba psychiczna, a osoba, co do której zapadło takie orzeczenie, jest pozbawiona zdolności do czynności prawnych (art. 12 i 13 k.c.). Natomiast nie stanowi samo przez się przeszkody małżeńskiej ubezwłasnowolnienie częściowe (art. 16 k.c.).

255 3. **Przeszkoda choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego.** W myśl art. 12 § 1 k.r.o. nie może zawrzeć małżeństwa osoba dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym (ale nie innego rodzaju zaburzeniem psychiki – wyrok SN z 13 marca 1974 r., II CR 42/74, OSNCP 1975, nr 1, poz. 14). Motyw tej przeszkody jest podobny do poprzednio omówionej.

256 4. **Przeszkoda bigamii.** Nie może zawrzeć małżeństwa, **kto już pozostaje w związku małżeńskim** (art. 13 k.r.o.). Przeszkoda ta jest naturalną konse-

kwencją zasady monogamii (§ 8, II). Nazwa „przeszkoda bigamii" jest o tyle nieścisła, że zakaz, o którym mowa, nie pozwala na zawarcie nie tylko drugiego małżeństwa, ale i małżeństw dalszych.

Przeszkoda ta nie występuje co do osób, które zawierają małżeństwo po raz pierwszy oraz których poprzednie małżeństwo ustało (co do wdowców) lub zostało rozwiązane (rozwód). Bigamia stanowi ponadto przestępstwo (art. 206 k.k.). W zmienionym Nowelą 1998 kontekście prawnym (art. 1 § 2 i 3 oraz art. 8 § 3 k.r.o.) przepis art. 13 k.r.o. należy interpretować w ten sposób, że nie może zawrzeć małżeństwa zarówno ten, kto już (w chwili zawierania małżeństwa) pozostaje w innym związku małżeńskim, jak i osoba, która w formie wyznaniowej złożyła oświadczenie o zawarciu małżeństwa cywilnego, chociażby jeszcze akt małżeństwa nie został sporządzony, lecz zarazem nie upłynął ustawowy termin sporządzenia aktu małżeństwa. Oświadczenia o zawarciu w formie wyznaniowej małżeństwa cywilnego są bowiem bezwarunkowe, a dopełniające ich konstytutywny skutek sporządzenie aktu małżeństwa ma moc wsteczną (zob. wyżej V).

! 5. **Przeszkoda pokrewieństwa.** Nie mogą zawrzeć ze sobą małżeństwa **krewni w linii prostej oraz rodzeństwo** (art. 14 k.r.o.). Zakaz zawierania małżeństw przez bliskich krewnych jest przeszkodą małżeńską najstarszą i powszechnie formułowaną w różnych porządkach prawnych. Dyktują go **względy eugeniczne, etyczne i obyczajowe**. Samo zawarcie małżeństwa mimo istnienia przeszkody pokrewieństwa nie stanowi czynu zabronionego (przestępstwa). Przestępstwem jest natomiast obcowanie płciowe między osobami objętymi zakresem przeszkody małżeńskiej (zob. art. 201 k.k.). W kwestii pojęcia i zasad ustalania pokrewieństwa oraz jego stopni zob. art. 61^7 k.r.o. i wyżej § 1, II. 257

Wskazane wyżej *ratio* przepisu art. 14 k.r.o. uzasadnia sformułowanie w trybie wykładni systemowej i funkcjonalnej **dwóch wniosków interpretacyjnych**. Po pierwsze – należy uznać, że przeszkoda małżeńska pokrewieństwa istnieje także w wypadku **braku ustalenia pokrewieństwa** w sposób prawem przewidziany (np. między przyrodnim rodzeństwem z tego powodu, że ojcostwo tego samego mężczyzny w odniesieniu do przyrodniego rodzeństwa nie zostało w żaden sposób ustalone). Po drugie – trzeba przyjąć, że przeszkoda małżeńska pokrewieństwa istnieje także **w razie wadliwego ustalenia pokrewieństwa** niezgodnie z rzeczywistymi więzami biologicznymi (np. kobieta i mężczyzna nie są rodzeństwem mimo ustalenia ojcostwa tego samego mężczyzny). Za przedstawionymi wnioskami przemawiają – w pierwszym wypadku względy eugeniczne, etyczne i obyczajowe, w drugim – względy moralne i obyczajowe oraz treść przepisu art. 61^7 k.r.o. i unormowań, z których wynika, że także wadliwe, deklaratywne, ustalenia pokrewieństwa mają moc wiążącą wszystkich, dopóki nie zostaną skutecznie zakwestionowane. Źródłem prawnego stosunku ojcostwa lub macierzyństwa i źródłem dalszych stosunków pokrewieństwa jest fakt urodzenia dziecka, a zatem stosunki takie istnieją, choćby nie zostały ujawnione przez ustalenie w sposób prawnie określony, albo powinny być uważane za istniejące mimo ich braku, gdy zostały wadliwie ustalone (zob. § 26, I i V).

W wypadkach, o których była mowa, powstaje trudne do jednoznacznego rozstrzygnięcia **proceduralne zagadnienie** sposobu uwzględnienia w postępowaniu zmierzającym do rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności zawarcia małżeństwa mimo istniejącego pokrewieństwa, które nie zostało ustalone w sposób prawem przewidziany, albo braku pokrewieństwa, gdy zostało wadliwie ustalone. Nie wnikając w szczegóły zagadnienia, należy natomiast stwierdzić, że ustalenie pokrewieństwa wynikającego z macierzyństwa lub ojcostwa, będącego konieczną przesłanką ustalenia dalszych więzów pokrewieństwa, jest dopuszczalne **tylko w specjalnym, odrębnym, postępowaniu** (o ustalenie lub ukształtowanie stanu cywilnego, odpowiednio – w procesie o ustalenie macierzyństwa lub ojcostwa), nie zaś w postaci przesłanki rozstrzygnięcia w innych postępowaniach (np. w postępowaniu sądowym zmierzającym do rozstrzygnięcia wątpliwości kierownika urzędu stanu cywilnego, czy małżeń-

stwo może być zawarte – art. 5 k.r.o. i art. 564 k.p.c., albo w procesie o unieważnienie małżeństwa – art. 17 k.r.o i art. 425–435 k.p.c.). Podstawę unieważnienia małżeństwa z powodu pokrewieństwa, które nie zostało ustalone w sposób prawem przewidziany, albo oddalenia powództwa o unieważnienie małżeństwa ze względu na brak pokrewieństwa, które zostało wadliwie ustalone, mogą stanowić tylko wyroki sądu – odpowiednio – ustalające istnienie albo nieistnienie macierzyństwa lub ojcostwa; w kwestii dowodowego znaczenia aktów stanu cywilnego zob. art. 4 p.a.s.c. i § 4, VII. To samo dotyczy podstawy odmowy odebrania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński i wydania postanowienia rozstrzygającego wątpliwości kierownika urzędu stanu cywilnego.

258 6. **Przeszkoda powinowactwa.** Nie mogą zawrzeć ze sobą małżeństwa powinowaci w linii prostej. Motywy uzasadniające tę przeszkodę są natury moralno-obyczajowej. Co do pojęcia powinowactwa zob. art. 61[8] k.r.o. i wyżej § 1, II.

259 7. **Przeszkoda przysposobienia.** Nie mogą ze sobą zawrzeć małżeństwa przysposabiający i przysposobiony (art. 15 k.r.o.). Ten zakaz staje się zrozumiały, jeśli się weźmie pod uwagę, że przysposobienie jest prawnie równoważne z naturalnym stosunkiem rodzicielskim (art. 121 § 1 k.r.o.). Obowiązuje on niezależnie od tego, czy w rachubę wchodzi przysposobienie całkowite pełne czy niepełne. Jak wynika z brzmienia art. 15 § 1 k.r.o., przeszkoda, o której mowa, obejmuje tylko przysposobionego i przysposabiającego, nie dotyczy natomiast przysposobionego i krewnych przysposabiającego (w szczególności – jego dzieci).

260 Ze względu na ich siłę wiążącą wymienione przeszkody małżeńskie można podzielić na dwie kategorie: takie, które mają skutek bezwzględny w tym sensie, że nie dopuszczają żadnych od nich odstępstw, oraz takie, których działanie może być uchylone przez sąd, gdyż może on w wypadkach i z powodów określonych w ustawie zezwolić na zawarcie małżeństwa mimo istniejącej przeszkody. Do **przeszkód bezwzględnych** należą: przeszkoda ubezwłasnowolnienia całkowitego, przeszkoda bigamii, przeszkoda pokrewieństwa i przysposobienia. Do przeszkód **względnych (usuwalnych)** należą: przeszkoda wieku, przeszkoda choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego oraz przeszkoda powinowactwa. Szczególną pozycję z omawianego punktu widzenia zajmuje bezwzględna przeszkoda przysposobienia. Przysposobienie pełne i niepełne może być rozwiązane. Z chwilą rozwiązania przysposobienia ustają jego skutki (art. 126 k.r.o.), w szczególności więc przestaje istnieć przeszkoda do zawarcia małżeństwa przez strony stosunku przysposobienia.

261 Podstawy udzielenia zezwolenia na zawarcie małżeństwa mimo **przeszkody względnej** są następujące. W wypadku przeszkody **wieku** sąd może udzielić tego zezwolenia **z ważnych powodów**, jeżeli z okoliczności wynika, że zamierzone małżeństwo będzie zgodne z dobrem założonej rodziny oraz z interesem społecznym; zezwolenie takie może być udzielone **kobiecie, która ukończyła 16 lat** (art. 10 § 1 zd. 2 k.r.o.). W praktyce jako ważny powód występuje najczęściej urodzenie się dziecka ze stosunków osób pragnących zawrzeć małżeństwo albo fakt zajścia nupturientki w ciążę, a nawet samo trwające dłuższy czas współżycie tych osób. Zezwolenie z tych (i innych) powodów może być jednak udzielone tylko o tyle, o ile zamierzone małżeństwo nie nasuwa zastrzeżeń z punktu widzenia jego społecznej wartości (orzeczenie SN z 6 października 1958 r., 3 CO 19/58, OSN 1960, nr I, poz. 21).

262 W razie **choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego** nupturienta zezwolenia na zawarcie małżeństwa można udzielić, jeżeli stan jego zdrowia lub umysłu **nie**

zagraża małżeństwu ani **zdrowiu przyszłego potomstwa** i jeżeli nie został on ubezwłasnowolniony całkowicie (art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o.). Zagrożenie zdrowia przyszłego potomstwa może polegać nie tylko na możliwości przekazania choroby, ale także na niebezpieczeństwie, że chory psychicznie kandydat na małżonka nie będzie mógł prawidłowo wychowywać dzieci (wyrok SN z 29 grudnia 1978 r., II CR 475/78, OSPiKA 1980, nr 7–8, poz. 141).

Zezwolenie na zawarcie małżeństwa **przez powinowatych** może być udzielone z ważnych powodów (art. 14 § 1 zd. 2 k.r.o.). **263**

Zezwolenia na zawarcie małżeństwa mimo przeszkód są udzielane w postępowaniu nieprocesowym, przy czym w postanowieniu sąd musi wymienić osobę, z którą małżeństwo ma być zawarte (art. 561 k.p.c.). W doktrynie i orzecznictwie wystąpiła rozbieżność poglądów (dyskusja toczy się głównie wokół zezwolenia na zawarcie małżeństwa przez osobę dotkniętą chorobą psychiczną) co do tego, czy takie zezwolenie może być udzielone tylko przed zawarciem małżeństwa czy też także po tym zdarzeniu. Wyłoniły się przy tym trzy poglądy. Według pierwszego zezwolenie takie może być udzielone również *ex post* (orzeczenie SN z 14 lutego 1961 r., 1 CR 938/59, OSPiKA 1962, nr 10, poz. 265); stosownie do drugiego jest to dopuszczalne, ale tylko do chwili wytoczenia powództwa o unieważnienie małżeństwa. Wreszcie w myśl poglądu trzeciego zezwolenia, o którym mowa, sąd może udzielić tylko przed zawarciem małżeństwa; takie stanowisko zajął SN w uchwale z 25 kwietnia 1983 r., III CZP 12/83, OSNCP 1983, nr 11, poz. 174. W uchwale składu 7 sędziów SN z 9 maja 2002 r., III CZP 7/02, OSP 2004, nr 1, poz. 1, wykluczone zostało udzielenie zezwolenia na zawarcie małżeństwa *ex post*, ale zarazem uznana została dopuszczalność oddalenia powództwa o unieważnienie małżeństwa w wypadku ustalenia, że małżeństwo zostało ważnie zawarte, gdyż stan zdrowia lub umysłu małżonka dotkniętego chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym w chwili zawierania małżeństwa nie zagrażał małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa.

Gdy chodzi o **przeszkodę przysposobienia**, to ustawodawca nie przewiduje odstępstwa od niej w postaci zezwolenia sądu nie dlatego, że zawarcie małżeństwa przez przysposabiającego i przysposobionego zdecydowanie wyłącza, ale z tej przyczyny, że osoby te mają inny środek, którego zastosowanie może im umożliwić zawarcie małżeństwa, mogą mianowicie wystąpić o rozwiązanie przysposobienia (art. 125 k.r.o.). Nie dotyczy to oczywiście przysposobienia nierozwiązywalnego, takie przysposobienie stanowi przeto przeszkodę nieusuwalną.

Małżeństwo zawarte **mimo istniejącej przeszkody jest ważne**, a więc osoby, które je zawarły, są w świetle prawa małżonkami. Dotyczy to także przeszkody bigamii, bigamista ma więc w świetle prawa dwie żony, a bigamistka dwu mężów (orzeczenie SN z 19 kwietnia 1949 r., DPP 1949, nr 11, s. 76). Sankcją naruszenia zakazów wyłączających zawarcie małżeństwa jest możliwość jego konstytutywnego **unieważnienia**, przy czym legitymowany do wystąpienia z odpowiednim powództwem jest także prokurator (art. 22 k.r.o.). Bliżej o tym w § 21. **264**

VIII. Wady oświadczenia woli

Prawo małżeńskie z 1945 r. jako jedną z podstaw uzasadniających unieważnienie małżeństwa przewidywało wadę oświadczenia woli osoby lub osób zawierających związek małżeński (art. 5). Takiej wadliwości zawartego małżeństwa nie przewidywał już Kodeks rodzinny z 1950 r. ani Kodeks rodzinny i opiekuńczy przed zmianami wprowadzonymi Nowelą 1998, tzn. przed 15 listopada 1998 r. **265**

Polska doktryna prawnicza postulowała od dawna poszerzenie podstaw unieważnienia małżeństwa o wady oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński. Słusznie zwracano uwagę na potrzebę dostosowania w tym zakresie prawa polskiego do wiążących Polskę umów międzynarodowych. Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw (otwarta do podpisu w Nowym Jorku 10 grudnia 1962 r.; Dz.U. z 1965 r. Nr 9, poz. 53), nawiązując we Wstępie do art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (z 1948 r.), w art. 1 ust. 1 stanowi, iż małżeństwo nie może być prawnie zawarte bez pełnej i swobodnej zgody obu stron. Analogiczne postanowienia zawierają uchwalone przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1966 r. pakty praw (ratyfikowane przez Polskę w 1977 r.), a mianowicie Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 23 ust. 3) i Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (art. 10 ust. 1 zd. 2).

266 Nowela 1998 wprowadziła do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przepis art. 15^1, według którego małżeństwo może zostać unieważnione, jeżeli **oświadczenie** o wstąpieniu w związek małżeński podlegający prawu polskiemu, złożone bądź w formie cywilnej (art. 1 § 1 k.r.o.), bądź w formie wyznaniowej (art. 1 § 2 k.r.o.), było **dotknięte jedną z trzech wad**, a mianowicie **brakiem świadomości** wyrażenia woli, **błędem co do tożsamości** drugiej strony lub **groźbą bezprawną**. Ustawodawca zrezygnował z uwzględnienia znanej prawu cywilnemu wady pozorności oświadczenia, zgodnie zresztą z dominującym poglądem doktryny (zob. niżej IX). Ujęcie normatywne poszczególnych wad oświadczeń nupturientów o wstąpieniu w związek małżeński odbiega od zawartej w Kodeksie cywilnym ogólnej regulacji prawnie doniosłych wad oświadczeń woli. Tłumaczy się to swoistością czynności prawnej zawarcia małżeństwa (zob. I) i stosunku prawnego małżeństwa.

267 1. **Stan wyłączający świadome wyrażenie woli.** Wadliwe i uzasadniające unieważnienie małżeństwa jest złożenie oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński przez osobę, która **z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli** (art. 15^1 § 1 pkt 1 k.r.o.). Według natomiast ogólnego unormowania art. 82 k.c. wadliwe (i powodujące bezwzględną nieważność czynności prawnej) jest złożenie oświadczenia woli przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne podjęcie decyzji i wyrażenie woli. Artykuł 15^1 § 1 pkt 1 k.r.o. **pomija więc brak swobody i świadomości podjęcia decyzji oraz brak swobody wyrażenia woli.** Nie jest jasne, czy takie sformułowanie przepisu zostało zamierzone, czy stanowi tylko rezultat nieuświadomionej usterki redakcyjnej. Według wiążących Polskę standardów międzynarodowych (zob. wyżej) małżeństwo nie powinno być uważane za prawnie zawarte w wypadku braku zgody stron, która powinna być pełna (a więc świadoma) i swobodna.

Stan, o którym mowa w art. 15^1 § 1 pkt 1 k.r.o., ma węższy zakres aniżeli okoliczności prawnie doniosłe wskazane w art. 82 k.c. Nie zawsze bowiem stan wyłączający swobodne wyrażenie woli wyłącza świadome oświadczenie woli. Na przykład w świetle językowej wykładni art. 15^1 § 1 pkt 1 k.r.o. wyrażenie woli zawarcia małżeństwa w stanie głodu narkotycznego (stan wyłączający swobodne wyrażenie woli) nie musiałoby uzasadniać unieważnienia małżeństwa (bo nie zawsze wyłączałoby świadome wyrażenie woli), podczas gdy według art. 82 k.c. złożenie w takim stanie oświadczenia woli powodowałoby jego nieważność (bo przepis ten alternatywnie odnosi się do braku świadomości albo swobody). Unieważnienie małżeństwa uzasadniałoby natomiast wy-

rażenie woli zawarcia małżeństwa w stanie odurzenia narkotycznego (stan wyłączający świadome wyrażenie woli).

Sformułowanie art. 15^1 § 1 pkt 1 k.r.o. wyklucza możność powołania się na stan wyłączający świadome podjęcie decyzji o zawarciu małżeństwa, komunikowanej kierownikowi urzędu stanu cywilnego na etapie dokonywania czynności formalno-porządkowych poprzedzających zawarcie małżeństwa. Kodeks rodzinny i opiekuńczy pozostawia zresztą nupturientom czas wystarczający do namysłu przed podjęciem ostatecznej decyzji i złożeniem oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński (*tempus deliberandi*; zob. art. 4 i 4^1 § 2 k.r.o.). Artykuł 15^1 k.r.o. nie jest również podstawą dla unieważnienia małżeństwa z powodu udzielenia umocowania do zawarcia małżeństwa w stanie wyłączającym świadome albo swobodne podjęcie decyzji o zawarciu małżeństwa z określoną osobą. W takim jednak wypadku mocodawca, jak się wydaje, mógłby, powołując się na art. 82 k.c., wskazywać na bezwzględną nieważność pełnomocnictwa, rozumianego tutaj jako jednostronna czynność prawna, która w zakresie nieuregulowanym w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (art. 6 i 16 k.r.o.) podlega przepisom Kodeksu cywilnego. Nieważność pełnomocnictwa stanowi odrębną podstawę unieważnienia małżeństwa (art. 16 k.r.o.).

W doktrynie wyrażono krytyczne opinie o wprowadzeniu do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego art. 15^1 § 1 pkt 1 (przewidzianej w nim podstawy unieważnienia małżeństwa nie zawierał projekt nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego). Wspomniane opinie nie są trafne. Ani zakres zastosowania, ani zakres normowania przepisu art. 12 k.r.o., formułującego przeszkodę choroby psychicznej i niedorozwoju umysłowego, wbrew głoszonym twierdzeniom nie pokrywają się z zakresem zastosowania i normowania przepisu art. 15^1 § 1 pkt 1. Po pierwsze, według art. 12 k.r.o. okolicznościami wyłączającymi ważne zawarcie małżeństwa są: choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy nupturienta, nie zaś mogący być ich następstwem stan wyłączający świadome wyrażenie woli zawarcia małżeństwa. Tymczasem osoba chora psychicznie lub cierpiąca na niedorozwój umysłowy, mająca zezwolenie sądu na zawarcie małżeństwa, może znaleźć się w chwili składania oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli, spowodowanym chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym. Po drugie, nie można unieważnić małżeństwa po ustaniu choroby (art. 12 § 3 k.r.o.), a przecież nupturient w chwili składania oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński z powodu tej choroby mógł znajdować się w stanie, który uniemożliwił mu świadome wyrażenie woli. Po trzecie, w obowiązującym stanie prawnym nie mają bezpośredniego wpływu na unieważnialność małżeństwa pijaństwo lub narkomania, bo nie są objęte zakresem zastosowania art. 12 k.r.o. W stanie prawnym sprzed Noweli 1998 wskazane zaburzenia mogły mieć znaczenie tylko pośrednie dla unieważnienia małżeństwa, jeśli mianowicie stały się przesłanką ubezwłasnowolnienia całkowitego, które jest jedną z przeszkód małżeńskich. Obecnie zaś także bezpośrednie następstwa pijaństwa lub narkomanii w postaci zaburzeń fizjologicznych i psychicznych mogą stanowić podstawę unieważnienia małżeństwa, gdy spowodowały stan wyłączający świadome wyrażenie woli zawarcia małżeństwa.

2. **Błąd.** Okolicznością uzasadniającą unieważnienie małżeństwa jest, w myśl art. 15^1 § 1 pkt 2 k.r.o., złożenie oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński „pod wpływem błędu **co do tożsamości drugiej strony**". Słowo „tożsamość" w języku polskim znaczy tyle, co „bycie tym samym; identyczność". Na płaszczyźnie prawnej dla powstania stosunku prawnego małżeństwa wystarczająca jest zgoda na zawarcie małżeństwa z osobą stającą do aktu małżeństwa, która oczywiście powinna być zindywidualizowana za pomocą imienia i nazwiska, bo to jest konieczne do określenia (na płaszczyźnie prawnej) strony stosunku małżeństwa. Jeżeli okazałoby się, że nupturient **nie jest tym, za kogo się podał**, posłużywszy się nie swoim dokumentem tożsamości, **małżeństwo jest mimo to zawarte**. Są bowiem dwie strony czynności zawarcia małżeństwa i zarazem stosunku małżeństwa, tyle że jedna jest niezgodnie z prawdą zindywidualizowana (niezgodność w sferze stanu osobistego jednej ze stron, a miano- 268

wicie niezgodność imienia i nazwiska podanego do aktu małżeństwa z rzeczywistym imieniem i nazwiskiem osoby, która złożyła oświadczenie o zawarciu małżeństwa).

Np. Aby ustalić, czy i kiedy będzie mieć miejsce błąd w rozumieniu art. 15^1 § 1 pkt 2 k.r.o., należy wyróżnić dwie sytuacje. Pierwsza: A postanowił zawrzeć małżeństwo z B, zindywidualizowanym na podstawie złożonych dokumentów jako XY (imię, nazwisko), chociaż w rzeczywistości B nazywa się ZV. A składa oświadczenie o zawarciu małżeństwa z B, pozostając w mylnym wyobrażeniu, że B nazywa się XY. W tej sytuacji nie ma błędu co do tożsamości (identyczności) strony. A chciał zawrzeć małżeństwo z B i zawarł je. Zachodzi tylko błąd co do pewnych cech B, objętych jej stanem osobistym (imię i nazwisko), indywidualizujących B w stosunkach prawnych (i społecznych). W tym więc wypadku niezgodność wyobrażenia A o tych cechach nie dotyczy tożsamości (identyczności) drugiej strony czynności zawarcia małżeństwa i stosunku małżeństwa. Zajdzie natomiast potrzeba prawidłowego oznaczenia strony stosunku małżeństwa, co może nastąpić w postępowaniu o sprostowanie aktu małżeństwa (art. 31 p.a.s.c.).

Analogicznie należy ocenić sytuację, w której A chce zawrzeć małżeństwo z B i zawiera małżeństwo z B, mając mylne wyobrażenie o stanie cywilnym (rodzinnym) B, np. że B jest dzieckiem określonych osób albo że jest bezdzietny. Czyli – nie ma błędu, w rozumieniu art. 15^1 § 1 pkt 2 k.r.o., gdy mylne wyobrażenie jednej strony czynności zawarcia małżeństwa odnosi się nie do identyczności fizycznej drugiej strony, lecz do cech, które ją indywidualizują w stosunkach prawnych (cechy z zakresu stanu rodzinnego i osobistego).

Druga sytuacja – A postanowił zawrzeć małżeństwo z osobą B, zindywidualizowaną imieniem i nazwiskiem jako XY (A i B dokonali czynności przedślubnych z art. 3 i 4^1 k.r.o.). A, mając mylne wyobrażenie, że stającym do zawarcia małżeństwa jest B, złożył oświadczenie o zawarciu małżeństwa z C [np. z siostrą bliźniaczką B, zindywidualizowaną jako ZY (imię, nazwisko), albo z osobą o powierzchowności uderzająco podobnej do powierzchowności B, zindywidualizowaną jako VZ, podobnie jak B ZY albo identycznie jak B – tzn. XY]. W tym wypadku brak jest tożsamości (identyczności) strony. Zaistniał w rozumieniu art. 15^1 § 1 pkt 2 k.r.o. błąd co do tożsamości (identyczności) strony.

Inna odmiana rozważanej tu sytuacji: małżeństwo A i B zostaje zawarte przez pełnomocnika C reprezentującego B. A składa oświadczenie o zawarciu małżeństwa w przekonaniu, że zawiera małżeństwo z C, nie zaś z B reprezentowanym przez C.

269 ! W rozumieniu art. 15^1 § 1 pkt 2 chodzi **o identyczność w znaczeniu bycia tym samym fizycznie podmiotem, z którym małżeństwo miało być zawarte**. Nie ma podstaw do obejmowania zakresem błędu, w rozumieniu omawianego przepisu, mylnego wyobrażenia o stanie cywilnym i stanie osobistym (zob. § 1, II, nb 17–18) nupturienta, a tym bardziej mylnego wyobrażenia o innych cechach, nieobjętych zakresem stanu cywilnego i osobistego (np. takich jak zdolność do współżycia płciowego, zapłodnienia, brak patologicznych obciążeń genetycznych, niewystępowanie transseksualizmu albo homoseksualizmu, brak skłonności do transwestytyzmu, określony poziom inteligencji itp.).

Zakres zastosowania przepisu art. 15^1 § 1 pkt 2 jest zatem bardzo wąski. Analogicznie wąski zakres zastosowania miał art. 9 pkt 2 prawa małżeńskiego z 1945 r., który stanowił, iż oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński jest dotknięte wadą, jeżeli zostało złożone „pod wpływem błędu co do osoby drugiego małżonka". Uzasadnienia projektów nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, zarówno Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, jak i opartego na nim projektu rządowego, nie zawierały bliższej charakterystyki błędu jako wady oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński.

Konstrukcja błędu przyjęta w art. 15^1 k.r.o. istotnie różni się od występującej w Kodeksie cywilnym. Błędem prawnie doniosłym, według przepisu art. 15^1 § 1 pkt 2 k.r.o., jest tylko błąd co do osoby (w znaczeniu wyżej wyjaśnionym), nie zaś błąd co do treści

czynności zawarcia małżeństwa. Błąd co do identyczności fizycznej drugiej strony czynności zawarcia małżeństwa z natury rzeczy jest obiektywnie istotny. Nie będzie więc miał zastosowania także przepis art. 86 k.c. o podstępnym wywołaniu błędu. W szczególności nie byłoby podstaw do powoływania się na podstępne wywołanie mylnego wyobrażenia o stanie osobistym i rodzinnym albo o innych cechach partnera (np. takich jak niewystępowanie pijaństwa, narkomanii). Brzmienie art. 17 k.r.o. jest jednoznaczne, co sprawia, że podstawą unieważnienia małżeństwa mogą być tylko przyczyny taksatywnie wyliczone w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, a w szczególności – wąsko określony błąd (tylko co do identyczności fizycznej drugiej strony).

! 3. **Groźba**. Trzecią prawnie doniosłą wadą oświadczenia o zawarciu małżeństwa jest złożenie takiego oświadczenia pod wpływem bezprawnej groźby (art. 15^1 § 1 pkt 3). Małżeństwo może zostać mianowicie unieważnione, jeżeli oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński zostało złożone pod wpływem **bezprawnej groźby** drugiej strony lub osoby trzeciej, a z okoliczności wynika, że składający oświadczenie nupturient mógł się obawiać, że jemu samemu lub innej osobie grozi **poważne niebezpieczeństwo osobiste**. Wada, o której mowa, została więc ujęta w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym w sposób bardzo podobny do unormowania zawartego w Kodeksie cywilnym (art. 87), z jedną zasadniczą różnicą. Różnica ta polega na rodzaju poważnego niebezpieczeństwa, którego mógł się obawiać składający oświadczenie woli. Według art. 87 k.c. prawnie doniosłe jest niebezpieczeństwo zarówno osobiste, jak i majątkowe, stosownie zaś do treści art. 15^1 § 1 pkt 3 k.r.o. nupturient może powoływać się jedynie na obawę przed niebezpieczeństwem osobistym, zagrażającym jemu albo nawet innej osobie, *lege non distinguente* jakiejkolwiek, nie tylko bliskiej składającemu oświadczenie, w tym także drugiej stronie (grożącej np. popełnieniem samobójstwa). Chodzi zatem tylko o niebezpieczeństwo zagrażające poważnie dobrom osobistym i interesom niemajątkowym. Z uwzględnieniem tej różnicy przy interpretacji i stosowaniu art. 15^1 § 1 pkt 3 k.r.o. mogą być brane pod uwagę ustalone w doktrynie i orzecznictwie zasady odnoszące się do art. 87 k.c. 270

Odrębnym zagadnieniem jest ocena skutków złożenia przez prawidłowo ustanowionego pełnomocnika w imieniu mocodawcy oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński w stanie braku świadomości, pod wpływem błędu lub groźby. Otóż samo zestawienie przepisów art. 6 § 1 i art. 15^1 § 1 *in principio* k.r.o. mogłoby prowadzić do wniosku, iż w takim wypadku istnieje podstawa do unieważnienia małżeństwa. Z § 2 art. 15^1 k.r.o. wynika jednak, że przepis § 1 odnosi się wyłącznie do wad oświadczenia złożonego przez nupturienta. Gdyby tak interpretować wskazane wyżej przepisy, to błąd pełnomocnika co do tożsamości drugiej strony małżeństwa pozbawiony byłby prawnej doniosłości z naruszeniem interesów mocodawcy.

Tymczasem ryzyko popełnienia błędu co do tożsamości fizycznej drugiej strony jest większe w wypadku działania pełnomocnika aniżeli nupturienta. Są możliwe dwa rozwiązania tego problemu. Pierwsze polegałoby na funkcjonalnej wykładni rozszerzającej zakres zastosowania przepisu art. 15^1 § 2 i objęcie nim także wypadku błędu pełnomocnika co do tożsamości drugiej strony (identyczne *ratio legis*). Można także bronić poglądu, iż w omawianym wypadku małżeństwo w ogóle nie zostaje zawarte, gdyż taki stan faktyczny jest analogiczny do tego, gdy pełnomocnictwo do zawarcia małżeństwa nie zostało w ogóle udzielone (pełnomocnictwo wymienia bowiem osobę, z którą małżeństwo ma być zawarte; zob. § 20, I i § 21, I). Działanie natomiast pełnomocnika w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli lub pod wpływem bezprawnej groźby nie stanowiłoby podstawy unieważnienia małżeństwa, gdyż nie naruszałoby interesów mocodawcy, gdy ten świadomie i bez przymusu psychicznego udzielił niewadliwie pełnomocnictwa do zawarcia małżeństwa z osobą wskazaną w treści pełnomocnictwa.

IX. Małżeństwa pozorowane

271 Ustawodawca **pominął w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wadę pozorności** oświadczeń nupturientów o wstąpieniu w związek małżeński, zgodnie zresztą z dominującym (aczkolwiek – niejednolitym) poglądem doktryny, wiedząc jednak o zawieraniu **symulowanych małżeństw** przez cudzoziemców z polskimi obywatelami („małżeństwa mieszane") jedynie w celu legalizacji pobytu w Polsce. Dyskusyjna próba przeciwdziałania zawieraniu takich małżeństw została podjęta najpierw w nowelizacji z 11 kwietnia 2001 r. (Dz.U. Nr 42, poz. 475 ze zm.; uchylona) unormowań ustawy z 25 czerwca 1997 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 127, poz. 1400 ze zm.; uchylona), a następnie w obecnie obowiązującej ustawie o cudzoziemcach z 13 czerwca 2003 r. (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 264, poz. 1573 ze zm.).

Jedną z okoliczności uzasadniających udzielenie cudzoziemcowi na jego wniosek zezwolenia na zamieszkanie w Polsce przez czas oznaczony jest małżeństwo z obywatelem polskim lub cudzoziemcem zamieszkującym na terytorium RP (art. 53 ust. 1 pkt 6 i art. 54 u.o.c.), pod warunkiem jednak, że nie zostało ono zawarte wyłącznie w celu uzyskania zezwolenia na zamieszkanie (art. 57 ust. 1 pkt 4).

Według ustawy o cudzoziemcach na fakt zawarcia małżeństwa wyłącznie w celu uzyskania zezwolenia na zamieszkanie w Polsce przez czas oznaczony może wskazywać w szczególności przyjęcie korzyści majątkowej przez jednego z małżonków za wyrażenie zgody na zawarcie małżeństwa, niewypełnianie prawnych obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa, brak wspólnego zamieszkiwania małżonków, jak również to, że małżonkowie nie spotkali się nigdy przed zawarciem małżeństwa, nie mówią językiem zrozumiałym dla obojga, nie są zgodni co do danych osobowych dotyczących drugiego współmałżonka (nazwiska, adresu, narodowości, zawodu) i innych istotnych okoliczności, które ich dotyczą, lub gdy jedno z małżonków lub oboje małżonkowie w przeszłości zawierali już małżeństwa dla pozoru (art. 55 ust. 1 u.o.c.).

Podobne zasady ustawa o cudzoziemcach ustala w odniesieniu do starań cudzoziemca o osiedlenie się w Polsce (zob. art. 64 ust. 1 pkt 2, art. 66 ust. 1 pkt 5 u.o.c.).

Ocena małżeństwa „mieszanego" jako symulowanego, a więc zawartego bez zamiaru kreowania wspólnoty małżeńskiej i rodzinnej, jest dokonywana na podstawie ustawy o cudzoziemcach w trybie postępowania administracyjnego i tylko ze skutkami w niej określonymi. Wobec natomiast braku odpowiedniej podstawy w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego **wykluczone jest dochodzenie unieważnienia małżeństwa pozorowanego**. Tę niespójność obowiązujących przepisów i niekonsekwencję ustawodawcy w ocenie symulowanych związków małżeńskich należy ocenić krytycznie.

X. Zdolność do czynności prawnych osób wstępujących w związek małżeński

272 Nie budzi ostrzejszych sprzeciwów pogląd, w myśl którego przepisy Kodeksu cywilnego o zdolności do czynności prawnych osób fizycznych nie mają zastosowania do zawarcia małżeństwa, także bowiem w tym zakresie Kodeks rodzinny i opiekuńczy **normuje zawarcie małżeństwa przez osobę ubezwłasnowolnioną i przez małoletniego w sposób szczególny**; przewiduje – jak już zaznaczono – że małżeństwo zawarte przez osobę niemającą z powodu wieku lub ubezwłasnowolnienia zdolności do jego zawarcia jest małżeństwem istniejącym, z tym że może być z tego powodu unieważnione.

§ 10. Wzajemne prawa i obowiązki małżonków; charakterystyka ogólna

I. Uwagi ogólne – II. Ogólna charakterystyka praw i obowiązków małżeńskich – III. Zasada równości małżonków – IV. Nazwisko małżonków

I. Uwagi ogólne

Zawarcie małżeństwa wywiera daleko idące skutki w sferze prawa. Dla przykładu można przytoczyć, że przez zawarcie małżeństwa małoletni uzyskuje **pełnoletność** (art. 10 § 2 k.c.); mąż i żona stają się względem siebie **potencjalnymi spadkobiercami** (art. 931 k.c.); istnienie małżeństwa stanowi **przeszkodę bigamii** (art. 13 k.r.o.). Najdalej jednak idący wpływ zawarcie małżeństwa wywiera na **wzajemne stosunki** między małżonkami. 273

W ramach stosunków prawnych zachodzących między małżonkami tradycyjnie wyróżnia się **stosunki osobiste oraz majątkowe**. Z kolei w ramach tych ostatnich na tle unormowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odróżniamy występujące między małżonkami stosunki majątkowe ze względu na obowiązujący ich **ustrój majątkowy** małżeński (wspólność, rozdzielność – § 13) oraz te, które łączą małżonków w sferze majątkowej **niezależnie od tego ustroju**. Podział ten znajduje wyraźny wyraz w systematyce Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Mianowicie prawa i obowiązki osobiste małżonków oraz wzajemne ich powiązania natury majątkowej niezależne od ustroju małżeńskiego znalazły uregulowanie w art. 23–30, natomiast w dziale III, zatytułowanym: „Małżeńskie ustroje majątkowe" (art. 31–54), unormowane zostały ustroje majątkowe małżeńskie. Ze względu na skomplikowaną i wyjątkowo rozbudowaną problematykę tych ustrojów zostanie jej poświęcony oddzielny, następny rozdział. W niniejszym zaś rozdziale będzie mowa wyłącznie o pozostałych stosunkach między małżonkami. 274

II. Ogólna charakterystyka praw i obowiązków małżeńskich

Wynikające z małżeństwa prawa i obowiązki mają niewątpliwie charakter **podmiotowych praw cywilnych**, ale ich natura odbiega w sposób istotny od klasycznych praw tego rodzaju. Wynika to przede wszystkim z faktu, że stosunki między małżonkami, przede wszystkim stosunki osobiste, stanowią sferę zainteresowania nie tylko prawa (§ 8, I); ze względu na przenikające je na wskroś założenia natury moralnej w znacznie większym stopniu aniżeli w sferze innych stosunków prawnych prawa te podlegają działaniu klauzul generalnych, w szczególności klauzuli zasad współżycia społecznego. Prawa i obowiązki, o których mowa, mają z reguły **charakter wzajemny**, ale nie obowiązuje co do nich zasada ekwiwalentności, bardzo często bowiem świadczenia spełniane w ich ramach obciążają tylko jedną stronę, bez ekwiwalentu od drugiej strony. Na przykład w wypadku poważnej choroby lub kalectwa jednego z małżonków obowiązek łożenia na utrzymanie (małżonka i rodziny) spoczywa tylko na drugim małżonku. Szczególna właściwość tych praw polega także na tym, że elementy **majątkowe są w nich** 275

ściśle splecione z niemajątkowymi, np. w skład obowiązku dbałości o potrzeby drugiego małżonka (i całej rodziny) wchodzą zarówno świadczenia pieniężne, jak i polegające na osobistych staraniach. Wreszcie prawa i obowiązki osobiste nie korzystają z sankcji bezpośredniego przymusu, nie można ich bowiem przymusowo wyegzekwować.

W § 1, I wskazano, że w ramach rodziny, a więc i małżeństwa, dochodzi do najbardziej ścisłego, intymnego, nieznanego w innych organizmach społecznych, zespolenia codziennego życia małżonków. Zespolenie to powoduje, że małżonkowie w wielu sytuacjach traktowani są niemal tak jak jedna osoba, co – rzecz oczywista – sprawia, że ich indywidualne prawa osobiste podlegają niewątpliwemu zacieśnieniu w porównaniu z takimi prawami przysługującymi osobom stanu wolnego. Nie jest to jednak zacieśnienie bez żadnych granic. Jak to bowiem wyjaśnił Sąd Najwyższy w Wytycznych 1968, „obowiązki wynikające ze stosunków małżeńskich i rodzinnych **nie powinny ograniczać życia osobistego** w większym zakresie, niż tego wymaga dobro rodziny".

III. Zasada równości małżonków

276 Jak to już wyjaśniono w § 8, II, zasada równości (egalitaryzmu) małżonków stanowi zdobycz stosunkowo nową. Kodeks rodzinny i opiekuńczy wypowiada ją – zarówno co do praw i obowiązków osobistych, jak i majątkowych – w lapidarnych słowach w art. 23 zd. 1, w myśl którego małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie. Zasady równości małżonków nie należy jednak rozumieć w ten sposób, że oboje małżonkowie wykonują w małżeństwie identyczne funkcje. Zależy to od układu, jaki zostanie *in concreto* przez nich przyjęty, ale z reguły o rozkładzie między małżonkami różnych funkcji decyduje szczególna predestynacja kobiety do wypełniania zadań związanych z macierzyństwem i wychowaniem dzieci, co z kolei sprawia, że funkcja pracy zarobkowej spoczywa nadal w przeciętnej rodzinie polskiej przede wszystkim na mężu. Aby więc zasada równości nie doznawała uszczerbku, ustawodawca *expressis verbis* **zrównuje pracę w domu z pracą zarobkową** (art. 27, art. 43 § 2 k.r.o.). Orzecznictwo konsekwentnie też akcentuje, że żona z jednej strony ma prawo do wykonywania pracy zarobkowej, z drugiej zaś kategorycznie przyjmuje, że ma także prawo rezygnacji z takiej pracy na rzecz pracy związanej z wychowaniem dzieci; przyjmuje np., że w razie śmierci męża, za którą określony podmiot ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą, żona nie ma obowiązku w sytuacji, gdy wychowuje dzieci, podjęcia pracy zarobkowej, co ma takie znaczenie, że podmiot ten obowiązany jest jej uiszczać rentę odszkodowawczą (art. 446 § 2 k.c.).

277 Konsekwencją zasady równości małżonków jest dalsza norma art. 24 *in principio*, w myśl której małżonkowie **rozstrzygają wspólnie o istotnych sprawach rodziny**. *Lege non distinguente* przepis ten dotyczy zarówno **spraw niemajątkowych, jak i majątkowych**. Sprawy rodziny to nie tylko takie, które w równym stopniu dotyczą wszystkich członków rodziny, jak np. decyzja co do tego, czy podnająć część domu jednorodzinnego i w ten sposób uszczuplić powierzchnię mieszkalną, z której ta rodzina korzysta, ale także takie, które bezpośrednio dotyczą tylko jednego z członków rodziny, ale rzutują na sytuację rodziny jako całości, jak np. decyzja co do tego, czy jedna osoba powinna zrezygnować z pracy zarobkowej i zająć się domem. Sprawy istotne to takie, które tak są oceniane w obiektywnym spojrzeniu przeciętnej rodziny.

Omawiana zasada, wyłączająca ostateczne rozstrzygnięcie o sprawach rodziny przez jednego z małżonków (głowę rodziny), pociąga za sobą konieczność uregulowania pozwalającego na załatwienie sytuacji konfliktowych. Czyni to dalsza norma art. 24, w myśl której w braku porozumienia każdy z małżonków może **zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie**. Przepis ten mówi o rozstrzygnięciu, ale z całokształtu uregulowań, zarówno z zakresu prawa materialnego, jak i procesowego wynika, że sąd powinien w takich wypadkach dążyć przede wszystkim do ugody. Z tych uregulowań wynika także, że rozstrzygnięcie sądu, o którym mowa, ma charakter swoisty. Zastępuje ono jedynie zgodną wolę małżonków; małżonkowie mogą zatem następnie uzgodnić inne załatwienie sprawy, aniżeli przyjął sąd.

Lege non distinguente rozstrzygnięcia sądu mogą dotyczyć zarówno spraw majątkowych, jak i niemajątkowych. Zakres działania tego przepisu nie jest jednak nieograniczony. Wypada w szczególności uznać, że norma ta nie odnosi się do rozstrzygnięć w takich sprawach, co do których Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje **uregulowanie szczególne**. Tak jest np. gdy chodzi o sprawy zarządu majątkiem wspólnym (art. 39 i 40 k.r.o.) oraz o istotne sprawy dzieci (art. 97 § 2 k.r.o.). Wbrew odmiennym poglądom wynikającym zarówno z niektórych głosów doktryny, jak i orzecznictwa trzeba się też wypowiedzieć za niedopuszczalnością rozstrzygnięć na podstawie art. 24 k.r.o. o wzajemnych roszczeniach między małżonkami, takich jak o wydanie części mieszkania czy części przedmiotów należących do urządzenia domowego. W tym zakresie obowiązuje ogólny tryb procesu (uchwała składu 7 sędziów SN z 26 sierpnia 1955 r., I CO. 28/55, OSN 1956, nr I, poz. 6). 278

Rozstrzygnięcia sądu wydane na podstawie art. 24 k.r.o. charakteryzują się także tym, że **w zasadzie nie nadają się do przymusowego wykonania**; ich walor polega przede wszystkim na tym, że małżonek, który im się nie podporządkowuje, jest traktowany jako działający samowolnie, a więc jako niewykonujący w sposób prawidłowy swoich obowiązków rodzinnych. 279

IV. Nazwisko małżonków

Unormowanie odnoszące się do nazwiska małżonków powinno uwzględniać trzy założenia, pozostające ze sobą w pewnej opozycji. Po pierwsze, należy mieć na uwadze to, iż nazwisko jest **dobrem osobistym** człowieka, wobec czego należy pozostawić jednostce swobodę w zakresie jego dookreślenia. Po drugie, z zasady równouprawnienia małżonków wynika dyrektywa pozostawienia obojgu małżonkom **pełnej i jednakowej swobody wyboru** nazwiska, jakie chcą nosić po zawarciu małżeństwa. Po trzecie jednak, ścisłe zespolenie rodziny przemawia **na rzecz wspólnego nazwiska** małżonków i opartej na małżeństwie rodziny. 280

Regulacja obowiązująca do 15 listopada 1998 r. najpełniej realizowała założenie trzecie, przy czym, zgodnie zresztą z utrwalonym zwyczajem, zakładała, iż to żona przybiera nazwisko męża. Taki skutek następował zarówno w wypadku wyraźnego jej oświadczenia, jak i w razie braku oświadczenia w sprawie nazwiska. Żona mogła oczywiście także zachować swoje dotychczasowe nazwisko albo dodać do niego nazwisko męża, składając stosowne oświadczenie. Założenie pierwsze i drugie nie znajdowało pełnego odzwierciedlenia we wcześniejszej treści art. 25 k.r.o. nie tylko dlatego, że w braku oświadczenia w sprawie nazwiska żona przybierała nazwisko męża. Ograniczona 281

była bowiem także swoboda wyboru nazwiska przez męża, a tym samym zachwiana jednocześnie zasada równouprawnienia małżonków. Mąż mógł mianowicie przybrać nazwisko żony albo do swego nazwiska dodać nazwisko żony, gdy żona zachowywała swoje nazwisko.

282 Zmiana dokonana Nowelą 1998 w pełni uwzględnia trzy wskazane na wstępie założenia. Obecnie każdy z małżonków **może zachować swoje dotychczasowe nazwisko** albo **połączyć z nim dotychczasowe nazwisko drugiego** małżonka, niezależnie od decyzji drugiego. Tak utworzone nazwisko może być najwyżej dwuczłonowe. Małżonkowie mogą też nosić **wspólne nazwisko** będące dotychczasowym nazwiskiem jednego z nich. Postanowienia przepisu art. 25 k.r.o. wykluczają natomiast możliwość „wymiany" nazwisk, a więc sytuację, która polegałaby jedynie na równoczesnym przybraniu przez każdego małżonka dotychczasowego nazwiska drugiego małżonka. Zarazem jednak zwrot „połączyć" (nie zaś – „dołączyć") użyty w art. 25 § 2 zd. 2 k.r.o. odnoszący się do tworzenia nazwiska dwuczłonowego sugeruje, iż **kolejność członów może być dowolna** (w szczególności więc dotychczasowe nazwisko małżonka, z którym łączy on nazwisko drugiego małżonka, może być drugim członem). To rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę jest niewątpliwie dyskusyjne, gdyż złamało wcześniejszą zasadę, zgodnie z którą pierwszy człon nazwiska złożonego był zawsze nazwiskiem noszonym przed zawarciem małżeństwa. Z drugiej jednak strony pozwala na swobodne ukształtowanie przez małżonków jednakowo brzmiącego nazwiska dwuczłonowego (założenie pierwsze i drugie regulacji dotyczącej nazwiska małżonków; zob. wyżej) i odpowiada idei wspólnego nazwiska małżonków i rodziny (założenie trzecie).

283 W art. 25 § 3 k.r.o. przyjęto zasadę „pozytywnego" wyrażania woli zmiany nazwiska, wobec czego **w razie niezłożenia oświadczenia** w sprawie nazwiska każdy z małżonków **zachowuje swoje dotychczasowe nazwisko**. O nazwisku, które każdy z małżonków będzie nosił po zawarciu małżeństwa, decyduje jego oświadczenie złożone przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego bezpośrednio po zawarciu małżeństwa albo przed sporządzeniem przez kierownika urzędu stanu cywilnego zaświadczenia stwierdzającego brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa (art. 25 § 1 k.r.o.; zob. też art. 4^1 § 1 k.r.o.).

§ 11. Prawa i obowiązki małżonków; charakterystyka szczegółowa

I. Wspólne pożycie i współdziałanie dla dobra rodziny – II. Prawa i obowiązki majątkowe niezależne od ustroju majątkowego – III. Przyczynianie się do zaspokajania potrzeb rodziny – IV. Korzystanie z mieszkania i przedmiotów urządzenia domowego – V. Wzajemna reprezentacja małżonków – VI. Solidarna odpowiedzialność małżonków

I. Wspólne pożycie i współdziałanie dla dobra rodziny

284 Mimo że stosunki prawne o charakterze osobistym w małżeństwie i w rodzinie mają pierwszoplanowe znaczenie, ich unormowanie jest lakoniczne. Jest to zrozumiałe, gdyż stosunki te ze względu na swój charakter nie nadają się do szczegółowej regulacji prawnej. Podstawowy z tego zakresu przepis, zawarty w art. 23 zd. 2 k.r.o., jest ujęty

niesłychanie zwięźle, gdyż ogranicza się do jednego krótkiego zdania; w rzeczywistości jego treść jest głęboka i wszechstronna.

Wymieniony przepis głosi, że małżonkowie są obowiązani do **wspólnego pożycia**, do **wzajemnej pomocy** i **wierności** oraz do **współdziałania** dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli. Przepis ten oddaje istotę wspólnoty małżeńskiej, do tej istoty należy bowiem – jak już wyjaśniono w § 10, II – jak najściślejsze zespolenie dwojga osób płci odmiennej, jakie nie występuje w żadnym innym stosunku prawnym polegającym na współdziałaniu (np. w spółce).

W § 10, II wskazano też, że osobiste prawa małżonków mają **swoistą naturę**. Przede wszystkim nie są one zaopatrzone bezpośrednio w sankcję przymusowego ich wykonania. Nie oznacza to, że są to prawa pozbawione wszelkiej sankcji; sankcja istnieje, ale o charakterze pośrednim.

Np. W razie opuszczenia małżonka przez drugiego małżonka małżonek opuszczony nie może wprawdzie dochodzić zobowiązania nielojalnego partnera do powrotu, ale takie postępowanie tego ostatniego może być uznane za zawinione, co z kolei może uzasadniać żądanie orzeczenia rozwodu z jego winy (art. 56 k.r.o.) oraz może mieć wpływ na zakres obowiązku alimentacyjnego (art. 60 k.r.o.).

W stosunkach między małżonkami **nie obowiązuje też zasada ekwiwalentności**, 285
która m.in. oznacza, że niewykonanie obowiązku przez jedną ze stron upoważnia drugą do analogicznej reakcji (por. art. 488 § 2 k.c.). W szczególności, jeżeli jeden z małżonków dopuścił się zdrady, nie upoważnia to drugiego do takiego samego postępowania; w razie takiej jego reakcji w sprawie o rozwód za winnych rozkładu pożycia małżeńskiego uznani zostaliby z reguły (ale nie zawsze – § 22, VI) oboje małżonkowie, a nie tylko ten, który naruszył podstawowy obowiązek małżeński jako pierwszy. Obowiązki małżonków, o których mowa, powstają *ex lege*, **nie mogą też być wolą stron wyłączone ani zmienione**.

O poszczególnych obowiązkach małżeńskich, wymienionych w art. 23 k.r.o., a pozo- 286
stających we wzajemnej, jak najbardziej ścisłej, zależności wypada jeszcze powiedzieć, co następuje:

1. Podstawowe znaczenie ma **obowiązek wspólnego pożycia**, gdyż odpowiada on 287
jak najściślej opisanemu zespoleniu małżonków. Według orzecznictwa (Wytyczne 1955) na obowiązek ten składają się trzy więzi: wspólnota duchowa, wspólnota fizyczna i wspólnota gospodarcza. Wspólnota **duchowa** oznacza wewnętrzną więź psychiczną między małżonkami i pełną wzajemną lojalność. Wspólnota **fizyczna** nakłada na małżonków obowiązek fizycznego współżycia, z tym że konkretne okoliczności (wiek, choroba, wyjazd) mogą uzasadnić niewykonywanie tego obowiązku. Wspólnota **gospodarcza** polega na prowadzeniu wspólnego gospodarstwa domowego, chyba że małżonkowie z konieczności pozostają w rozłączeniu. W tej materii zob. także § 22, II.

2. **Obowiązek wzajemnej pomocy** obejmuje zarówno świadczenie codziennych usług, 288
jak i pomoc wyjątkową, np. w wypadku ciężkiej choroby; tak pomoc w sensie usług fizycznych, jak i w sensie wsparcia moralnego w wypadkach ciężkich przeżyć życiowych. Pomoc tę małżonkowie są sobie obowiązani świadczyć niezależnie od alimentacji, nawet jeżeli wymaga to wyjątkowego wysiłku, a nawet ofiary.

3. Naruszenie **obowiązku wierności** ma miejsce nie tylko w wypadku nawiązania bliższego pożycia z inną osobą, ale także wówczas, gdy małżonek stwarza pozory zdrady (orzeczenie SN z 19 grudnia 1950 r., C. 322/50, OSN 1953, nr I, poz. 7).

4. **Obowiązek współdziałania dla dobra rodziny** obejmuje wszystkie te czynności, które są potrzebne do prawidłowego funkcjonowania tej komórki, w tym także do właściwego wychowania dzieci. Konkretyzację tego obowiązku znajdujemy w art. 27 k.r.o., który reguluje bliżej obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, o czym będzie mowa w wyjaśnieniach dotyczących obowiązku alimentacyjnego (§ 39, X).

5. Z art. 23 k.r.o., a zwłaszcza z obowiązku wspólnego pożycia wynika w zasadzie obowiązek zamieszkiwania małżonków **w jednym mieszkaniu**, tylko bowiem takie zamieszkiwanie pozwala na prawidłowe wykonywanie codziennych osobistych i majątkowych obowiązków małżeńskich. W tym mieszkaniu powinno się koncentrować całe życie rodziny, powinno ono stanowić – jak to określa orzecznictwo (wyrok SN z 13 lutego 1976 r., I CR 930/75, OSNCP 1977, nr 1, poz. 5) – centrum życiowe każdego członka rodziny.

W znaczeniu socjologicznym mieszkanie jest – jak to określiły Wytyczne 1974 – niezależnie od tego, do kogo z formalnoprawnego punktu widzenia należy, dobrem całej rodziny, w tym sensie, że jako przeznaczone do zaspokajania potrzeb wszystkich członków rodziny powinno tej rodzinie służyć tak długo, jak długo pozostaje ona w całości lub w zmniejszonym składzie we wspólnocie; zob. art. 28^1 k.r.o. i pkt IV.

II. Prawa i obowiązki majątkowe niezależne od ustroju majątkowego

289 System stosunków majątkowych i zasad odpowiedzialności majątkowej małżonków powstający zawsze z chwilą zawarcia każdego małżeństwa i istniejący przez cały czas jego trwania z mocy norm bezwzględnie wiążących **bez względu na rodzaj i typ majątkowego ustroju małżeńskiego** (zob. § 13) można określać mianem **ustroju podstawowego** (pierwotnego). Pojęcie tzw. *regime primaire* ukształtowane zostało w zachodnioeuropejskiej doktrynie prawa cywilnego i rodzinnego.

290 Przepisy, wyznaczając ramy i zasady ustroju podstawowego, wyznaczają zatem **ogólne majątkowe skutki zawarcia i istnienia małżeństwa**. Małżonkowie nie mogą umową ani znieść ustroju podstawowego, ani modyfikować zasad jego istnienia. Konstrukcję ustroju podstawowego tworzą takie przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jak: art. 27, normujący wzajemne przyczynianie się małżonków do **zaspokojenia potrzeb rodziny**, art. 28 regulujący w sposób szczególny jeden ze sposobów **egzekwowania obowiązku alimentacyjnego**, o którym mowa w art. 27 k.r.o., art. 28^1 przyznający małżonkowi uprawnienie do **korzystania z mieszkania i przedmiotów urządzenia domowego** będących przedmiotem praw przysługujących wyłącznie drugiemu małżonkowi, art. 29 normujący **wzajemną reprezentację** małżonków w zakresie zwykłego zarządu sprawami jednego z nich, art. 30 ustanawiający **solidarną odpowiedzialność** małżonków za zobowiązania zaciągnięte w celu zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny.

Regulacje ustroju podstawowego uzupełnia art. 680[1] k.c., ustanawiający bez względu na ustrój majątkowy małżeński **wspólność prawa najmu lokalu**, jeżeli najem został nawiązany przez jednego lub oboje małżonków w czasie trwania ich małżeństwa, a lokal ma służyć zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych rodziny (zob. niżej pkt IV, nb 295).

§ Jak się wydaje, do kategorii unormowań o charakterze szeroko pojętego *regime primaire* należy zaliczyć przepisy art. 58 § 2 i 4 k.r.o. w zw. z art. 61[3] k.r.o. stanowiące podstawę ukształtowania uprawnień separowanych małżonków do mieszkania wspólnie przez nich zajmowanego w zakresie, w jakim pozwalają orzekać o uprawnieniach mieszkaniowych niezależnie od istnienia wspólności prawa do mieszkania lub rodzaju takiej wspólności.

Termin „ustrój podstawowy" należy zachować do oznaczenia ogólnych skutków majątkowych zawarcia i istnienia każdego małżeństwa, a termin „ustrój majątkowy" zgodnie z ustawową regulacją powinien być używany do oznaczania różnych systemów stosunków majątkowych małżonków powstających w wypadkach wskazanych w ustawie (ustrój ustawowy albo przymusowy) lub na podstawie umowy majątkowej małżonków (ustrój umowny); zob. § 13. 291

III. Przyczynianie się do zaspokajania potrzeb rodziny

W myśl art. 27 k.r.o. oboje małżonkowie mają **obowiązek** przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, stosownie zaś do art. 28 k.r.o. sąd może nakazać, aby **wynagrodzenie** za pracę lub inne należności jednego z małżonków były wypłacane **do rąk drugiego małżonka** właśnie w tym celu, aby mogły być przeznaczone na potrzeby rodziny. Przepisy te regulują kilka bardzo doniosłych dla małżonków i rodziny kwestii: 292

1) art. 27 k.r.o. stanowi podstawę prawną obowiązku alimentacyjnego między małżonkami w czasie trwania małżeństwa;
2) art. 27 k.r.o. przewiduje również szczególny sposób realizacji obowiązku alimentacyjnego w postaci **osobistych starań** o wychowanie dzieci i wspólne gospodarstwo domowe;
3) art. 27 i 28 k.r.o. dają podstawę do **dochodzenia alimentów** na rzecz całej grupy rodzinnej;
4) art. 28 k.r.o. przewiduje szczególny tryb realizacji obowiązku alimentacyjnego.

Wobec tego, że problematyka art. 27 i 28 k.r.o. wchodzi – zgodnie z koncepcją przyjętą w niniejszej pracy – w zakres problematyki alimentacyjnej, powyższe kwestie zostaną bliżej omówione w § 38, I i V, § 39, X oraz § 40, V. Z uwagi na to, że w ramach obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny znajdują realizację zarówno obowiązki majątkowe, jak i niemajątkowe, była o nim mowa także w paragrafie poprzednim.

IV. Korzystanie z mieszkania i przedmiotów urządzenia domowego

! Przepis art. 28[1] k.r.o. (dodany przez Nowelę 2004) przyznaje małżonkowi uprawnienie do korzystania z mieszkania będącego przedmiotem prawa przysługują- 293

cego wyłącznie drugiemu małżonkowi oraz uprawnienie do korzystania z przedmiotów urządzenia domowego należących do drugiego małżonka w celu zaspokojenia potrzeb rodziny.

Przed nowelizacją udostępnienie mieszkania małżonkowi było traktowane jako jeden ze sposobów wykonania obowiązku wzajemnej pomocy, współdziałania dla dobra rodziny (art. 23 k.r.o.) lub przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny stosownie do możliwości osobistych i majątkowych każdego małżonka (art. 27 k.r.o.). Wprowadzony przepis art. 28^1 k.r.o. jednoznacznie sytuuje prawo, o którym mowa, **w treści stosunku małżeństwa**. Zainteresowany małżonek będzie je więc mógł realizować niezależnie od prawa do alimentacji. Ponadto unormowanie, o którym mowa, przyznaje egzekwowalne uprawnienie do korzystania z przedmiotów urządzenia domowego, sytuując je również bezpośrednio w treści stosunku małżeństwa poza ramami obowiązku alimentacyjnego.

294 Uprawnienia przyznane w art. 28^1 k.r.o. **wygasają wraz z ustaniem lub unieważnieniem małżeństwa**, z wyjątkiem ustania małżeństwa wskutek śmierci zobowiązanego małżonka.

W takim bowiem wypadku uprawnienia, o których mowa, gasną dopiero po upływie 3 miesięcy od dnia otwarcia spadku, jeżeli uprawniony małżonek mieszkał ze spadkodawcą do dnia jego śmierci (art. 923 k.c.). Małżonek uprawniony na podstawie art. 28^1 k.r.o. i dziedziczący z ustawy po drugim małżonku w zbiegu z innymi spadkobiercami, z wyjątkiem zstępnych spadkodawcy, którzy mieszkali z nim razem w chwili jego śmierci, może żądać ze spadku ponad swój udział spadkowy przedmiotów urządzenia domowego, z których za życia spadkodawcy korzystał wspólnie z nim lub wyłącznie sam (art. 939 § 1 k.c.).

Ponieważ **orzeczenie separacji** powoduje takie skutki jak orzeczony rozwód, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 61^4 § 1 k.r.o.), uprawnienia z art. 28^1 k.r.o. **gasną z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia separacji**. Sąd, orzekając separację, powinien jednak orzec o sposobie korzystania ze wspólnego mieszkania przez czas wspólnego w nim zamieszkiwania separowanych małżonków (art. 58 § 2 w zw. z art. 61^3 § 1 k.r.o.). Przedmiotem rozstrzygnięcia może być także takie mieszkanie, do którego tytuł prawny przysługuje wyłącznie jednemu małżonkowi. Umożliwienia korzystania z mieszkania, a także z przedmiotów urządzenia domowego zainteresowany małżonek może dochodzić na podstawie art. 61^4 § 3, który zobowiązuje małżonków pozostających w separacji do wzajemnej pomocy, jeżeli wymagają tego względy słuszności.

§ Przepis art. 28^1 uwzględnia w części wskazania zawarte w Rekomendacji nr R (81) 15 w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego (przyjęta 16 października 1981 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy) i w Rezolucji nr 78 (37) w sprawie równouprawnienia małżonków w prawie cywilnym (przyjętej 27 września 1978 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy).

Obowiązujące przepisy, zarówno Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jak i innych aktów prawnych, nie ustanawiają obligatoryjnie powstającej i przymusowo istniejącej w czasie trwania małżeństwa wspólności prawa do mieszkania rodzinnego bez względu na typ, czas i sposób nabycia prawa. Mianem **mieszkania rodzinnego** zwykle określa się lokal zaspokajający potrzeby mieszkaniowe małżonków i rodziny przez nich założonej. Zasadnie w ustawie z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1116 ze zm.) zrezygnowano z ustanowienia przymusowej małżeńskiej wspólności spółdzielczych praw do lokali, których nabycie – w tym także niezbywalnego i niedziedziczonego prawa lokatorskiego – wymaga poniesienia znacznych wydatków porównywalnych z wydatkami na nabycie własności lokalu lub domu. Przymusową wspólność spół-

dzielczych praw do lokali niezależną od ustroju majątkowego w razie nabycia prawa do lokalu służącego do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych rodziny przewidywał uchylony przepis art. 215 pr.spółdz. Przyjęta w nim konstrukcja przymusowej wspólności uwzględniała jednak dwie niewystępujące obecnie okoliczności. Po pierwsze – znaczną różnicę wartości wkładów spółdzielczych i realnej wartości prawa do mieszkania spółdzielczego, w której przyroście powinni więc partycypować oboje małżonkowie i rodzina przez nich utworzona. Po drugie – poważnie wydłużające się okresy oczekiwania na przydział lokalu spółdzielczego.

295 Małżeńska **wspólność praw do mieszkań** powstaje i istnieje **według zasad ogólnych**, stosownie do ustroju majątkowego, jakiemu podlegają małżonkowie, **z wyjątkiem wspólności prawa najmu lokalu mieszkalnego** (art. 680^1 § 1 zd. 1 k.c., który kształtuje tzw. podstawowy ustrój majątkowy; zob. wyżej pkt II, nb 289–290). W ustroju wspólności majątkowej prawo najmu mieszkania, o którym mowa w art. 680^1 § 1 k.c., stanowi składnik majątku wspólnego, w ustroju rozdzielności majątkowej albo rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków – jest objęte wspólnością łączną, opartą bezpośrednio na stosunku małżeństwa (zob. § 13 pkt IV). Przymusowość łącznej wspólności najmu polega na tym, że w czasie trwania małżeństwa – niezależnie od postaci ustroju majątkowego – ustaje tylko wtedy, gdy sąd ją znosi z ważnych powodów na żądanie jednego z małżonków (art. 680^1 § 2 k.c.).

V. Wzajemna reprezentacja małżonków

296 W myśl art. 29 k.r.o. w razie **przemijającej przeszkody**, która dotyczy jednego z małżonków pozostających we wspólnym pożyciu, drugi małżonek może za niego działać **w jego sprawach objętych zakresem zwykłego zarządu**, w szczególności może bez pełnomocnictwa pobierać przypadające należności, chyba że sprzeciwia się temu małżonek, którego przeszkoda dotyczy; względem osób trzecich sprzeciw jest skuteczny, jeżeli był im wiadomy.

Powszechnie przyjmuje się, że przepis art. 29 k.r.o., mający zastosowanie w każdym ustroju majątkowym, **konstruuje przedstawicielstwo ustawowe**. Należy przyjąć, iż przyznaje małżonkom kompetencję do działania w charakterze przedstawiciela ustawowego współmałżonka w zakresie czynności zwykłego zarządu majątkiem, którym ten współmałżonek zarządza samodzielnie, z wyłączeniem udziału drugiego małżonka. Zarząd każdego z małżonków z wyłączeniem udziału drugiego małżonka rozciąga się na ich **majątki osobiste**. Przepis art. 29 k.r.o. **nie dotyczy więc wykonywania zarządu majątkiem wspólnym** małżonków w ustroju wspólności ustawowej. Majątkiem wspólnym bowiem każdy z małżonków może zarządzać samodzielnie (art. 36 § 2 k.r.o.), ale bez wyłączenia udziału drugiego małżonka (bo oboje małżonkowie są obowiązani i uprawnieni do zarządu majątkiem wspólnym – art. 36 § 1 k.r.o.), z tym że niektóre czynności, wskazane w ustawie, wymagają zgody współmałżonka lub późniejszego ich potwierdzenia (art. 37 k.r.o.; zob. § 15, III).

Trzeba dodać, że do spraw zwykłego zarządu, przy których załatwianiu jeden z małżonków może działać za drugiego, należą także czynności faktyczne.

Umocowanie, o którym mowa, działa tylko o tyle, o ile są spełnione przesłanki przewidziane w art. 29 k.r.o., a mianowicie: 1) małżonkowie pozostają **we wspólnym pożyciu** oraz – co za tym idzie – razem zamieszkują (ten ostatni pogląd nie jest jednolity);

2) małżonek, który ma być zastąpiony, **nie może sam działać** z powodu przemijającej przeszkody; dlatego w przypadku przeszkody trwałej, np. wyjazdu na dłuższy czas, umocowanie, o którym mowa, nie istnieje; 3) umocowanie to obejmuje tylko sprawy **zwykłego zarządu**; dotyczy to zwłaszcza pobierania bieżących należności, a wśród nich wynagrodzenia za pracę, a także przyjmowania przesyłek pocztowych (paczek, przekazów pieniężnych); 4) umocowanie **traci moc, jeżeli sprzeciwi się** mu małżonek, którego przeszkoda dotyczy. *Lege non distinguente* sprzeciw ten może zarówno być wyraźny, jak i wynikać z okoliczności (art. 60 k.c.). W celu ochrony osób trzecich sprzeciw taki jest – według końcowej dyspozycji art. 29 k.r.o. – względem nich skuteczny, jeżeli był im wiadomy.

VI. Solidarna odpowiedzialność małżonków

297 W myśl art. 30 § 1 k.r.o. oboje małżonkowie są odpowiedzialni solidarnie za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z nich w sprawach wynikających z zaspokajania **zwykłych potrzeb rodziny**. Jak z tego sformułowania wynika, odpowiedzialność drugiego małżonka dotyczy tylko zobowiązań wynikających z czynności prawnych, także takich, które mają charakter kredytowy, bez równoczesnego uiszczenia zapłaty. Zwykłe potrzeby to potrzeby związane z wyżywieniem, ubraniem oraz mieszkaniem rodziny (orzeczenie SN z 29 października 1955 r., II CR. 633/54, OSN 1956, nr IV, poz. 102; z 22 czerwca 1966 r., OSPiKA 1967, poz. 225, z 11 października 1995, OSN 1996, poz. 11). Nie mieszczą się więc w tym pojęciu zakupy luksusowe czy też bardziej kosztowne wydatki na urządzenie mieszkania przekraczające standard majątkowy danej rodziny. Z mocy zacytowanego przepisu drugi małżonek staje się, gdy chodzi o zobowiązanie zaciągnięte przez pierwszego, **dłużnikiem solidarnym**, nie staje się natomiast stroną odnośnego stosunku prawnego.

298 Z ważnych powodów sąd może na żądanie jednego z małżonków postanowić, że za powyższe zobowiązania odpowiedzialny jest tylko ten małżonek, który je zaciągnął, z tym że postanowienie to może być uchylone w razie zmiany okoliczności (art. 30 § 2 k.r.o.). Ważne powody to takie postępowanie małżonka, które zagraża poważnie interesom rodziny, a więc postępowanie spowodowane jego lekkomyślnością, rozrzutnością czy nieudolnością. Względem osób trzecich **wyłączenie odpowiedzialności solidarnej** jest skuteczne, jeżeli było im wiadome (art. 30 § 3 k.r.o.).

§ 12. Separacja małżonków

I. Uwagi ogólne – II. Separacja faktyczna – III. Separacja sądowa

I. Uwagi ogólne

299 W języku potocznym separacja (małżeńska) to rodzaj uchylenia wspólnoty małżeńskiej. Synonimicznymi określeniami są w szczególności: rozejście się, **rozłączenie (małżonków)**. Trzeba jednak zaznaczyć, że rozłączeniem zwykło się nazywać stan po-

legający na rozdzieleniu małżonków spowodowany przyczynami obiektywnymi (np. wojną) i nieoznaczający rozkładu pożycia małżeńskiego.

Separacja faktyczna jest bezpośrednim następstwem zachowań samych małżonków, nie zaś skutkiem rozstrzygnięcia sądu. Posługując się pojęciami używanymi w języku prawnym i prawniczym, można powiedzieć, że polega na ustaniu, **rozkładzie wspólnego pożycia** małżonków, co przejawia się w wygaśnięciu między małżonkami więzi fizycznej, duchowej i gospodarczej (w kwestii wspólnego pożycia zob. § 11, I).

Separacja sądowa polega na usankcjonowaniu orzeczeniem sądowym stanu separacji faktycznej ze skutkami typowymi dla orzeczenia rozwodu, zawsze jednak **z wyjątkiem zniesienia więzi małżeńskiej**. Małżonkowie pozostający w separacji nie mogą zatem zawrzeć kolejnych związków małżeńskich, a ich stan cywilny (status rodzinny) nie ulega zmianie. Systemy prawne dopuszczające separację sądową różnie kształtują przesłanki orzeczenia separacji, jej skutki (z wyjątkiem zachowania więzi małżeńskiej) i odniesienie do instytucji rozwodu.

Separacja sądowa w systemach prawnych niedopuszczających rozwodu łagodzi rygoryzm zasady nierozwiązywalności małżeństwa i stanowi surogat rozwodu. Prawo kanoniczne, z którego wywodzi się instytucja separacji, wyklucza rozwiązanie małżeństwa ważnie zawartego i dopełnionego (*matrimonium ratum et consummatum*) w trybie rozwodu (kan. 1141), ale zezwala na usankcjonowanie faktycznego rozłączenia małżonków bez zniesienia samego małżeństwa (zob. kan. 1151–1155 i kan. 1692–1696).

W systemach prawnych niezakazujących rozwodu separacja sądowa nie zawsze jest przewidziana. Tam natomiast, gdzie występuje obok instytucji rozwodu, **może być ukształtowana** zasadniczo **w dwojaki sposób**. Po pierwsze, **jako konieczna przesłanka** ewentualnego **rozwodu** (warunkiem rozwodu jest pozostawanie małżonków przez określony czas w separacji orzeczonej przez sąd), i po drugie, **jako instytucja samoistna** (rozwód i separacja sądowa są instytucjami od siebie niezależnymi i równorzędnymi).

Próby wprowadzenia do systemu prawa polskiego instytucji separacji sądowej mają długą historię. Przewidywał ją projekt prawa małżeńskiego z 1929 r. przygotowany przez ówczesną Komisję Kodyfikacyjną, uwzględniający fakt występowania tej instytucji w porozbiorowym prawie dzielnicowym. Separacja sądowa w ujęciu projektu z 1929 r. miała być konieczną przesłanką orzeczenia rozwodu. Instytucja separacji sądowej rozważana była następnie przy opracowywaniu dekretu – Prawo małżeńskie z 1945 r., Kodeksu rodzinnego z 1950 r. i obecnie obowiązującego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964 r., ale w żadnym akcie prawnym jej nie uwzględniono. Do idei uzupełnienia polskiego prawa rodzinnego instytucją separacji sadowej powrócono na początku lat 90. XX wieku. W 1992 r. wpłynął mianowicie do Sejmu rządowy projekt nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zakładający wprowadzenie instytucji separacji sądowej. W uzasadnieniu projektu podano m.in., że powołanie do życia instytucji separacji czyniłoby zadość postulatom wysuwanym przez środowiska katolickie, które, stojąc na stanowisku nierozwiązywalności związku małżeńskiego, chciałyby zainteresowanym małżonkom umożliwić uregulowanie swoich stosunków tak, jak to przewidują przepisy o rozwodzie. Sejm nie podzielił tego argumentu i wniosek o uchwalenie wspomnianej nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odrzucił.

Nie tylko pominięcie, ale także projekt unormowania separacji nie znajdował powszechnej aprobaty. Po stworzeniu jednak możliwości zawarcia małżeństwa w rozumieniu prawa polskiego przez złożenie stosownego oświadczenia przy zawarciu mał-

żeństwa wyznaniowego, a w szczególności kanonicznego, można twierdzić, że instytucjonalizacja separacji zapewni symetrię unormowań polskiego prawa rodzinnego, uwzględniając motywowane także religijnie zachowania, takie jak tworzenie więzi małżeńskiej i dalsze jej kształtowanie.

Prawo kanoniczne, wykluczając możliwość rozwiązania małżeństwa przez orzeczenie rozwodu, przewiduje instytucję separacji, której orzeczenie powoduje rozłączenie małżonków i pozbawia winnego małżonka prawa do wspólnego łoża, stołu i mieszkania, ale nie znosi więzi małżeńskiej (zob. też wyżej). Warto zwrócić uwagę, iż biskup diecezjalny miejsca zamieszkania stron zainteresowanych kanonicznym usankcjonowaniem ich separacji małżeńskiej pod pewnymi warunkami może zezwolić na rozpatrzenie sprawy separacji przez sąd świecki (kan. 1692 § 2–3).

W 1998 r. do Sejmu wpłynęły dwa projekty ustaw wprowadzających do systemu prawa polskiego instytucję separacji małżeńskiej (poselski i rządowy, będący rezultatem prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości). Oba projekty (rządowy i poselski) zakładały, iż separacja małżeńska orzekana przez sąd będzie instytucją niezależną od instytucji rozwodu. Orzeczenie rozwodu nie zostało uzależnione od pozostawania małżonków przez określony czas w separacji orzeczonej uprzednio przez sąd. Żaden projekt nie zmierzał do wyrugowania instytucji rozwodu z polskiego porządku prawnego. Podstawowa różnica między oboma projektami wyrażała się w zakresie przesłanek orzeczenia separacji. Projekt poselski zakładał, że separacja mogłaby być orzekana w razie zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżonków. Projekt rządowy zaś za wystarczającą pozytywną przesłankę separacji sądowej uznał zupełny rozkład pożycia małżonków, co było propozycją oryginalną i wskazywało zarazem jednoznacznie, iż projektowana instytucja separacji nie została potraktowana wyłącznie lub przede wszystkim jako surogat rozwodu dla katolików. W uzasadnieniu projektu nowelizacji przygotowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego zwrócono, zresztą przekonująco, uwagę, że separacji nie można oceniać jako „rozwodu katolików", gdyż rozwód na gruncie prawa polskiego pozostaje dostępny dla wszystkich, tak jak separacja sądowa, która może być fakultatywnym sposobem rozstrzygnięcia w jednym orzeczeniu wielu problemów, jakie rodzi separacja faktyczna bez względu na orientację religijną małżonków.

Sceptycyzm w odniesieniu do stopnia wykorzystania sądowej separacji przez poróżnionych małżonków nie powinien przesłaniać jej niewątpliwego waloru jako elementu systemu prawa. Sądowa separacja **poszerza bowiem zakres autonomii małżonków** w decydowaniu o losach ich małżeństwa w sytuacjach konfliktowych, będąc **alternatywą wobec rozwodu**. Instytucjonalizacja separacji nie podważa zasad polskiego prawa rodzinnego i nie wprowadza dysharmonii w jego instytucjach. Takie niebezpieczeństwo pojawiłoby się, gdyby uprzednie orzeczenie separacji miało stanowić konieczną przesłankę późniejszego orzeczenia rozwodu. Stanowiłoby to krok wstecz w porównaniu z obecnym stanem prawnym, a ponadto – stałoby się rozwiązaniem niezgodnym z obecnymi trendami we współczesnym prawie małżeńskim.

II. Separacja faktyczna

300 Rozkład pożycia małżonków może być w szczególności zupełny (zanik wszystkich trzech więzi podstawowych) i trwały (gdy powrót małżonków do wspólnego pożycia w okolicznościach danego przypadku jest wykluczony). **Rozkład pożycia** nie ma znamion zupełności, gdy przynajmniej jedna z trzech podstawowych więzi jest przez małżonków podtrzymywana, a brakuje mu znamion trwałości, gdy w danych okolicznościach można przyjąć, kierując się zasadami doświadczenia życiowego, że są widoki na restytucję pożycia małżeńskiego, zakłóconego jedynie przejściowo. Małżonkowie mogą uzgodnić faktyczne rozłączenie, pozostawiając sobie czas na ewentualne

podjęcie decyzji o rozwodzie lub powrocie do wspólnego pożycia (gdy rozkład pożycia nie osiągnął jeszcze znamion trwałości). Decyzja o separacji z reguły jednak jest jednostronna (zerwanie wspólnego pożycia przez jednego z małżonków, z zastrzeżeniem ewentualnie możliwości podjęcia pożycia na nowo). Zewnętrznym wyrazem faktycznej separacji może być rezygnacja ze wspólnego zamieszkiwania, chociaż nie jest to jej konieczny przejaw.

Dla wszystkich stanów faktycznej separacji, przykładowo wyżej wymienionych, wspólne jest to, że **więź małżeńska nie funkcjonuje prawidłowo**. Małżonkowie nie wykonują wzajemnych obowiązków stanowiących treść więzi małżeńskiej (zob. § 10) i stosunku małżeńskiej wspólności majątkowej (zob. § 15). Małżonkowie zaprzestają z reguły udzielania sobie pomocy, współdziałania na rzecz utrzymania rodziny, prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego. Gdy zajmują wspólne mieszkanie, pojawia się dążenie małżonków do dokonania – przynajmniej *via facti* – podziału mieszkania do rozłącznego korzystania. Jeżeli małżonkowie pozostają w ustroju wspólności majątkowej, powstają trudności w wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym, wymagającym wszak współdziałania. Zakłócone z reguły zostaje współdziałanie w wykonywaniu praw i obowiązków wynikających z władzy rodzicielskiej. **301**

Stan faktyczny separacji, będący przeciwieństwem prawidłowo funkcjonującej wspólnoty małżeńskiej, aczkolwiek ustawowo niedefiniowany, został przez ustawodawcę uwzględniony jako **przesłanka wielu skutków prawnych**. Separacja faktyczna może więc uzasadniać **zmianę** sposobu **wykonywania** przez rodziców **władzy rodzicielskiej**, jeżeli rodzice wspólnie jej wykonywać nie mogą (art. 107 § 1 – § 35, VII); zmienia **zasady wykonywania obowiązku alimentacyjnego** oraz sposób jego realizacji; obowiązek jednego z małżonków przyczyniania się do zaspokojenia potrzeb rodziny przekształca się w obowiązek okresowych świadczeń alimentacyjnych (art. 27 i 28 k.r.o. – § 39, VI i X); powoduje **ustanie przedstawicielstwa ustawowego** w zakresie zwykłych spraw drugiego małżonka (art. 29 k.r.o. – § 12, III); może stanowić, jako ważny powód, przesłankę **zniesienia majątkowej wspólności małżeńskiej** (art. 52 k.r.o. – § 17, I); może również uzasadniać posiadanie przez małżonków oddzielnych mieszkań. **Zupełny i trwały rozkład pożycia** małżonków jest **przesłanką rozwodu** (art. 56 § 1 k.r.o. – § 22, V), a już tylko zupełny rozkład pożycia (bez znamion trwałości) stanowi przesłankę **orzeczenia separacji** (separacja sądowa, art. 61^1 § 1 k.r.o. – § 12, III). **302**

III. Separacja sądowa

Nowela 1999 niemal w całości uwzględnia rządowy projekt unormowania instytucji separacji, oparty na dokumencie przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Nowelizacja weszła w życie 16 grudnia 1999 r. (zob. I). **303**

Po dziale IV tytułu I Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dodany został dział V zatytułowany „Separacja" (art. 61^1–61^6 k.r.o.). Wystarczającą pozytywną przesłanką orzeczenia separacji jest **zupełny rozkład pożycia małżeńskiego** (art. 61^1 § 1 k.r.o.). Jest to rozwiązanie zasadne. Po pierwsze – wymaganie trwałości rozkładu po- **304**

życia kłóciłoby się z założeniem ewentualnej **restytucyjnej funkcji separacji**, wyrażającej się w możliwości przywrócenia wspólnego pożycia w ramach nadal formalnie istniejącej więzi małżeńskiej. Po drugie – w wypadku tylko zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego niektóre skutki prawne, analogiczne do będących następstwem orzeczenia separacji „formalnej", byłyby możliwe do osiągnięcia, ale na podstawie kilku odrębnych orzeczeń (zniesienie wspólności majątkowej, zmiana zasad zarządu majątkiem wspólnym, alimentacja, ukształtowanie władzy rodzicielskiej). Po trzecie – osłabione byłoby funkcjonalne znaczenie instytucji separacji przez to, że nawet długotrwały, ale jeszcze nie trwały, chociaż już zupełny, rozkład pożycia nie byłby wystarczającą podstawą do kompleksowego uregulowania w jednym postępowaniu wielu istotnych spraw małżonków i założonej przez nich rodziny.

305 Również tzw. **negatywne przesłanki** separacji sądowej mają odmienny zakres aniżeli rozwodowe przesłanki negatywne. W myśl mianowicie art. 61^1 § 2 k.r.o. separacja nie może być orzeczona mimo zupełnego rozkładu pożycia w dwu wypadkach. Po pierwsze – jeżeli wskutek niego miałoby ucierpieć **dobro wspólnych małoletnich dzieci** małżonków, i – po drugie – jeżeli z innych względów orzeczenie separacji byłoby **sprzeczne z zasadami współżycia społecznego**. Zasadnie uznano, iż wprowadzenie, wzorowanej na regulacji rozwodowej, przesłanki negatywnej – wyłącznej winy małżonka domagającego się orzeczenia separacji – nie byłoby właściwe w szczególności dlatego, że separacja nie jest środkiem tak drastycznym jak rozwód, a więc stosowanie identycznych rygorów nie jest właściwe.

306 Orzeczenia separacji może domagać się **każdy z małżonków** (art. 61^1 § 1 k.r.o.). Powództwo wzajemne o rozwód lub o separację jest niedopuszczalne; w czasie trwania procesu o rozwód lub o separację nie może być wszczęta odrębna sprawa o rozwód albo o separację. Strona pozwana w sprawie o rozwód może jednak również żądać rozwodu albo separacji, a strona pozwana w sprawie o separację może również żądać separacji albo rozwodu (art. 439 k.p.c.). Jeżeli jeden z małżonków żąda orzeczenia separacji, a drugi orzeczenia rozwodu i żądanie rozwodu jest uzasadnione, sąd **orzeka rozwód** (art. 61^2 § 1 k.r.o.). W wypadku jednak gdy orzeczenie rozwodu nie jest dopuszczalne, a drugi małżonek zgłosił żądanie orzeczenia separacji, sąd **orzeka separację** (art. 61^2 § 2 k.r.o.), oczywiście jeżeli wszystkie przesłanki orzeczenia separacji są spełnione. Sprawy o separację wszczynane na żądanie jednego z małżonków rozpoznaje **sąd okręgowy w trybie procesowego postępowania** odrębnego w sprawach małżeńskich (art. 17 pkt 1 k.p.c. i art. 425–445^2 k.p.c.; w kwestii instytucji mediacji włączonej do unormowań postępowania w sprawach o rozwód i separację zob. § 22, III).

307 Istnieje możliwość orzeczenia separacji na **zgodne żądanie małżonków**, ale pod warunkiem że małżonkowie nie mają wspólnych małoletnich dzieci (art. 61^1 § 3 k.r.o.). Orzekając separację na podstawie zgodnego żądania małżonków, sąd nie orzeka o winie rozkładu pożycia. W tym wypadku następują skutki takie, jak gdyby żaden z małżonków nie ponosił winy (art. 61^3 § 2 k.r.o.). W sprawach o separację na zgodny wniosek małżonków (jak również w sprawach o zniesienie separacji) właściwe rzeczowo są **sądy okręgowe**, a postępowanie toczy się **w trybie nieprocesowym** (art. 567^1 k.p.c.). Postanowienie o separacji (i o jej zniesieniu) sąd wydaje po przeprowadzeniu rozprawy (art. 567^3 § 1 i art. 567^4 k.p.c.).

Przy orzekaniu separacji zastosowanie mają **przepisy** dotyczące rozstrzygnięć zapadających **w postępowaniu rozwodowym** – art. 57 k.r.o. (orzekanie lub zaniechanie orzekania o winie małżonków) i art. 58 k.r.o. (orzekanie o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków i o kontaktach rodziców z nim, alimentacji dziecka, mieszkaniu małżonków i podziale majątku wspólnego; zob. uwagi dotyczące kognicji sądu rozwodowego – § 23, VIII). 308

Orzeczenie separacji ma takie **skutki jak rozwiązanie małżeństwa, chyba że ustawa stanowi inaczej** (art. 61^4 § 1 k.r.o.). W szczególności – małżonek pozostający w separacji nie może zawrzeć kolejnego związku małżeńskiego (art. 61^4 § 2 k.r.o.), separacja bowiem **nie znosi węzła małżeńskiego**. Mimo zasadniczo ustania praw i obowiązków, o których mowa w art. 23 k.r.o., małżonkowie pozostający w separacji obowiązani są **do wzajemnej pomocy**, jeżeli wymagają tego względy słuszności. Wyłączona została możliwość powrotu w trybie art. 59 k.r.o. do nazwiska noszonego przed zawarciem małżeństwa (art. 61^4 § 5 k.r.o.). **Obowiązek alimentacyjny** małżonka nieuznanego za winnego rozkładu pożycia nie wygasa *ipso iure* z upływem pięciu lat od orzeczenia separacji (art. 61^4 § 4 k.r.o.), inaczej więc niż w analogicznej sytuacji po rozwodzie (por. art. 60 § 3 k.r.o.). W miejsce dotychczasowego majątkowego ustroju małżeńskiego powstaje (przymusowy) **ustrój rozdzielności majątkowej** (art. 54 § 1 k.r.o.). 309

Ponieważ orzeczenie separacji ma takie same skutki jak rozwiązanie małżeństwa przez rozwód (chyba że ustawa stanowi inaczej), małżonkowie po prawomocnym orzeczeniu separacji **nie dziedziczą po sobie z ustawy**. Małżonek jest ponadto wyłączony od dziedziczenia ustawowego (wyłączenie następuje na mocy orzeczenia sądowego), jeżeli spadkodawca wystąpił o orzeczenie separacji z winy tego małżonka, a żądanie to było uzasadnione. Wyraźne unormowanie w Kodeksie cywilnym następstw separacji w zakresie dziedziczenia (art. 935^1) było zbędne i jest *superfluum*, gdyż orzeczenie separacji ma takie same skutki jak rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, chyba że ustawa stanowi inaczej. 310

Domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki **nie ma zastosowania**, jeżeli dziecko urodzi się po upływie 300 dni od orzeczenia separacji (art. 62 § 1 zd. 2 k.r.o.). 311

Prawomocne orzeczenie o separacji (i jej zniesieniu) stanowi podstawę wpisania wzmianki dodatkowej w akcie małżeństwa (art. 62 ust. 5 p.a.s.c.).

Zniesienie separacji może nastąpić wyłącznie na **zgodne żądanie** małżonków (art. 61^6 § 1 k.r.o.) w trybie postępowania nieprocesowego przed sądem okręgowym (art. 567^1 k.p.c.) po przeprowadzeniu rozprawy (art. 567^4 k.p.c.). Słusznie zrezygnowano z dopuszczalności zniesienia separacji na żądanie jednego tylko małżonka, ponieważ wykazanie podjęcia przez małżonków wspólnego pożycia byłoby niezwykle trudne. 312

Z chwilą zniesienia separacji **ustają jej skutki** (art. 61^6 § 2 k.r.o.). Znosząc separację, sąd rozstrzyga **o władzy rodzicielskiej** nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków.

313 Nowela 2004 wprowadziła do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przepis jednoznacznie określający skutki zniesienia separacji w sferze stosunków majątkowych między małżonkami. Przepis art. 61^6 § 3 otrzymał mianowicie nowe brzmienie, w którym pominięto dotychczasowe zd. 2 dotyczące utrzymania między małżonkami, na ich zgodny wniosek, rozdzielności majątkowej. Kwestię majątkowych skutków zniesienia separacji unormował nowy art. 54 k.r.o., który wyraźnie rozstrzyga, iż z chwilą zniesienia separacji powstaje między małżonkami **ustawowy ustrój majątkowy**, chyba że na zgodny wniosek małżonków sąd orzeka o utrzymaniu między nimi rozdzielności majątkowej.

www.lexisnexis.pl