

Małgorzata Świdarska

Przemiany polskiego prawa rodzinnego w ostatnim dziesięcioleciu w świetle standardów międzynarodowych

Ustawodawca polski wprowadził do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego znaczące zmiany w latach: 1995, 1998, 1999 i 2000, dotyczące w szczególności instytucji przysposobienia, małżeństwa i zakresu interwencji organu orzekającego w sprawowanie władzy rodzicielskiej. Proces przemian nie jest jeszcze zakończony. Propozycje *de lege ferenda* dotyczą zmian także poza sferą stosunków osobowych, w dziedzinie stosunków majątkowych małżonków, a zwłaszcza zasad odpowiedzialności majątkiem wspólnym¹. Obecna regulacja odpowiada bowiem minionemu systemowi, gdzie nie było miejsca na realizację idei wolności gospodarczej, a głównym źródłem dochodów rodziny były zarobki otrzymywane z tytułu pracy najemnej². Postuluje się też stworzenie kompleksowej legislacji poświęconej problemowi transseksualizmu³, co nie mogłoby pozostać bez wpływu na stosunki prawnorodzinne. Podnosi się nadto, że prawo rodzinne jest integralną częścią prawa cywilnego, co prowadzi do wniosku, iż celowe byłoby włączenie tego zespołu norm do kodeksu cywilnego i wyodrębnienie ich w osobnej

¹ Por. K. Gonera, *Założenia i ogólny kierunek zmian w prawie cywilnym*, Państwo i Prawo 1997, z. 9, s. 83; T. Smoczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, nr 2, s. 299–321.

² Por. A. Jędrzejewska, *Działalność gospodarcza a konieczność reformy zasad odpowiedzialności małżonków majątkiem wspólnym*, Przegląd Sądowy 1995, nr 4, s. 19 i n.; H. Mądrzak, *Ewolucja zasad odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zobowiązania małżonków a ochrona interesów osób trzecich*, Rejent 1998, nr 5, s. 129 i n..

³ Por. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo 1987, z. 7, s. 76–77; idem, *Transseksualizm jako problem prawny*, Przegląd Sądowy 1996, nr 1, s. 84.

księdze⁴. Celem opracowania jest syntetyczne przedstawienie procesu przemian polskiego prawa rodzinnego w świetle standardów międzynarodowych, a także wskazanie na dalsze kierunki jego rozwoju.

Pierwszą znaczącą nowelizacją k.r.o. w ostatnim dziesięcioleciu uchwalono w 1995 roku i dotyczyła ona instytucji przysposobienia⁵. Wskazywano na kilka istotnych motywów ingerencji ustawodawczej⁶. Po pierwsze, było to zjawisko niedostatecznego wykorzystania instytucji adopcji, zwłaszcza wobec tzw. sierot społecznych — na skutek przeszkód natury prawnej (np. braku zgody rodziców, którzy jednocześnie nie chcieli albo nie mogli zająć się swoimi dziećmi)⁷. Po drugie, była to konieczność dostosowania przepisów prawa polskiego do Konwencji o Prawach Dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., ratyfikowanej przez Polskę 7 lipca 1991 r.⁸ Polskie prawo w chwili ratyfikowania tej konwencji nie określało stosunku norm konwencyjnych do porządku prawa wewnętrznego⁹. Wprawdzie Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że powołana konwencja obowiązuje bezpośrednio¹⁰, jednak nie oznaczało to, by sędziowie orzekający w sprawach o tzw. adopcje zagraniczne musieli podzielać to stanowisko, stąd konieczność nowelizacji k.r.o.¹¹ W konwencji

⁴ Takie stanowisko reprezentuje Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego powołana uchwałą Rady Ministrów w 1996 r. — por. K. Gonera, op.cit., s. 83.

⁵ Ustawa z 26 V 1995 r. o zmianie ustawy — k.r.o. oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 83, poz. 417), weszła w życie 19 X 1995 r.

⁶ Por. Poselski projekt ustawy o zmianie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1993, z. 4, s. 607 i n.; E. Holewińska-Lapińska, *Nowelizacja norm o przysposobieniu — adopcje zagraniczne*, *Monitor Prawniczy* 1995, Nr 11, s. 323 i n.; E. Holewińska-Lapińska, *Przysposobienie po nowelizacji*, *Monitor Prawniczy* 1995, Nr 12, s. 360 i n.; eadem, *Przysposobienie — projekty nowelizacji*, *Państwo i Prawo* 1994, z. 2, s. 57 i n.; H. Cieplą w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, red. K. Piasecki, Warszawa 2001, s. 63 i n.

⁷ Dane statystyczne dokumentujące dysproporcję pomiędzy liczbą orzekanych przysposobień a liczbą rodzin w Polsce oczekujących na możliwość adopcji podaje E. Holewińska-Lapińska, *Nowelizacja...*, s. 323.

⁸ Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

⁹ Obecnie kwestię tę rozstrzyga art. 91 Konstytucji RP, który w ust. 1 stanowi, że „Ratyfikowana umowa międzynarodowa po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw RP stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy”.

¹⁰ Uchwała SN z 12 VI 1992 r., III CZP 48/92, OSNCP 1992, z. 10, poz. 179.

¹¹ Można tu jeszcze wskazać na inne regulacje prawno międzynarodowe: akt prawny Rady Europy — Europejska Konwencja o Przysposobieniu Dzieci sporządzona w Strasburgu 24 IV 1967 r., która została ratyfikowana 22 IX 1996 r. i ogłoszona w Dzienniku Ustaw z 1997 r. Nr 99, poz. 1157, a także Konwencja o Ochronie Dzieci i Współpracy w Dziedzinie Przysposobienia Międzynarodowego przyjęta przez Konferencję Haską Międzynarodowego Prawa Prywatnego w dniu 29 V 1993 r., ratyfikowana przez Polskę 1 X 1995 r. dotychczas jednak nie ogłoszona w Dzienniku Ustaw.

wyrażono zasadę priorytetu dobra dziecka i zasadę pierwszeństwa przysposobienia „krajowego” przed „zagranicznym”, tj. połączonym z przeniesieniem miejsca zamieszkania przysposobionego do innego państwa. Po trzecie, powodem nowelizacji była potrzeba wyróżnienia sytuacji prawnej pasierba ze względu na znaczącą liczbę takich adopcji, a także specyfikę powiązań prawnorodzinnych w tym przypadku.

Najistotniejsze zmiany wprowadzone nowelą z 26 maja 1995 r. są następujące. Zgodnie z art. 119¹ k.r.o. dopuszczalne jest orzeczenie przysposobienia całkowitego (*adoptio plenissima*), tj. pełnego — nierozwiązywalnego nie tylko wówczas, gdy oboje rodzice wyrażą przed sądem opiekuńczym tzw. zgodę blankietową¹², ale także wtedy, gdy rodzice przysposobianego są nieznanymi albo nie żyją lub też w wypadku, gdy jedno z rodziców wyraziło taką zgodę, a zgoda drugiego według zasad ogólnych nie jest do przysposobienia potrzebna, o czym rozstrzyga przepis art. 119 § 1 k.r.o. Są to m.in. wypadki, gdy rodzice zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej, a także sytuacje, gdy ojcostwo zostało ustalone przez sąd, a władza rodzicielska nie została ojcu przyznana. Jednak w sytuacji, gdy porozumienie się z drugim rodzicem napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody, co normalnie oznacza, że jego zgoda nie jest do przysposobienia potrzebna, dla orzeczenia przysposobienia całkowitego wyrażenie takiej zgody staje się niezbędne.

Ustawodawca poszerzył zatem zakres możliwości orzekania adopcji całkowitej i umożliwił ją wobec dzieci porzuconych przez rodziców i pełnych sierot. Z drugiej strony chroni jednak interes rodzica, którego stanowisko nie jest znane. W takiej sytuacji orzeczenie przysposobienia nierozwiązywalnego nie jest dopuszczalne, co stwarza szansę odzyskania więzi prawnorodzinnej przez rodzica na wypadek rozwiązania przysposobienia pełnego lub niepełnego, których orzeczenie jest możliwe z pominięciem wymogu zgody rodzica, z którym porozumienie się napotyka trudne do przezwyciężenia przeszkody.

Innym przejawem tendencji do ułatwienia przysposobienia jest nowe uregulowanie dotyczące wymogu zgody rodziców na adopcję w sytuacji, gdy ich zdolność do czynności prawnych jest ograniczona, tzn. są małoletni lub częściowo ubezwłasnowolnieni. Sąd może, ze względu na szczególne okoliczności, orzec przysposobienie mimo braku zgody takich rodziców, jeżeli odmowa zgody jest oczywiście sprzeczna z dobrem dziecka (art. 119 § 2 k.r.o.). Dotychczas odmowa zgody była dla sądu wiążąca. Ponieważ rodzicom takim nie przysługiwała władza rodzicielska (nie posiadali bowiem pełnej zdolności do czynności prawnych), nie mogli być jej pozbawieni orzeczeniem sądu nawet wówczas, gdy ich postępowanie wobec dziecka

¹² Zgoda blankietowa lub anonimowa to zgoda na przysposobienie dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającego (por. art. 119¹ § 1 k.r.o.).

było szczególnie naganne. Zatem wymóg ich zgody był także bezwzględny. Obecnie znaczenie zasadnicze ma ocena sądu, dla której podstawowym kryterium jest oczywista sprzeczność woli rodziców z dobrem dziecka, co sąd ocenia *ad casum*. Przepis art. 119 § 2 k.r.o. zawiera zwroty niedookreślone, co wskazuje na konieczność starannego wyważenia interesów stron przez organ orzekający.

Kolejnym przejawem dążenia do usprawnienia procesu adopcyjnego i petryfikacji istniejących faktycznie więzi rodzinnych jest złagodzenie zakazu orzeczenia przysposobienia po śmierci wnioskodawcy, pod warunkiem, że z żądaniem przysposobienia wystąpili oboje małżonkowie. Wyjątek dotyczy zatem wyłącznie przysposobienia przez małżonków. Orzeczenie tzw. przysposobienia wspólnego¹³ jest w takim wypadku nadal dopuszczalne, jeżeli po śmierci jednego z wnioskodawców drugi żądanie adopcji wspólnej podtrzymuje oraz gdy przez dłuższy czas przed wszczęciem postępowania przysposabiany pozostawał pod pieczę wnioskodawców lub tylko zmarłego wnioskodawcy i między stronami powstała więź, jak między rodzicami i dzieckiem (art. 117 § 3 k.r.o.). Podnieść należy, że nie może umykać z pola widzenia organu orzekającego motyw, dla którego żyjący małżonek podtrzymuje wniosek o przysposobienie wspólne, zawsze bowiem jest możliwe żądanie przysposobienia singularnego, tylko przez tego żyjącego małżonka. Przystosowanie wspólne jako skuteczne *ex tunc* (por. art. 117 § 5 k.r.o.) ma wszakże wpływ na krąg spadkobierców ustawowych po zmarłym małżonku.

Inna istotna zmiana polega na tym, że przy każdej postaci przysposobienia, także przy zgodzie blankietowej, ustanowiono nowy termin minimalny, jaki musi upłynąć od momentu urodzenia dziecka do chwili wyrażenia zgody przez rodziców na adopcję. Został on przedłużony z jednego miesiąca do sześciu tygodni¹⁴. Zdecydowały tu względy biologiczno-medyczne. Sześć tygodni od porodu to dla kobiety okres w sensie psychologicznym szczególnie, który może się łączyć z ograniczeniem świadomości w podjęciu decyzji i wyrażeniu woli.

Kolejne modyfikacje służą umocnieniu gwarancji orzekania przysposobienia zgodnie z dobrem dziecka. Po pierwsze, dotyczy to uwzględnienia stanowiska przysposabianego. Wymóg zgody dziecka stanowi przesłankę przysposobienia dopiero wówczas, gdy ukończy ono 13 lat. Z reguły jednak

¹³ Przystosować wspólnie mogą tylko małżonkowie (art. 115 § 1 k.r.o.). Nie mogą zatem tak przystosować dziecka osoby tej samej lub różnej płci pozostające w konkubinacie — por. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 282–283.

¹⁴ Jest to rozwiązanie wzorowane na regulacji Europejskiej Konwencji o Przystosowaniu Dzieci z 1967 r. — por. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 1999, s. 193; por. też E. Holewińska-Łapińska, *Przystosowanie po nowelizacji...*, s. 361.

adopcja orzekana jest wobec dzieci młodszych¹⁵. Nowy przepis art. 118 § 2 k.r.o. stanowi, że sąd opiekuńczy powinien wysłuchać przysposobianego, który nie ukończył lat trzynastu, jeżeli może on pojąć znaczenie przysposobienia. Wysłuchanie małoletniego może odbyć się poza salą posiedzeń sądowych (art. 576 § 2 k.p.c.). Jednak sąd może wyjątkowo orzec przysposobienie bez wysłuchania przysposobianego (podobnie jak bez jego zgody gdy ukończył 13 lat), jeżeli z oceny stosunku między przysposabiającym a przysposobianym wynika, że uważa się on za dziecko przysposabiającego, a wysłuchanie (żądanie zgody) byłoby sprzeczne z dobrem przysposobianego. Zatem regułą jest wysłuchanie przysposobianego wykazującego rozeznanie, a wyjątkiem zaniechanie tego aktu. Kryterium zaś wyboru stanowi stwierdzenie, iż przedwczesne ujawnienie faktu, że więzy rodzinne nie opierają się na więzach krwi, byłoby sprzeczne z dobrem dziecka.

Gwarancje orzekania przysposobienia zgodnie z dobrem dziecka zostały też wzmocnione przez wymóg obligatoryjnej opinii ośrodka adopcyjno-opiekuńczego lub innej podobnej placówki specjalistycznej w każdym toczącym się już postępowaniu sądowym o przysposobienie, co wynika z art. 586 § 4 k.p.c. Nowelizacja nie wprowadza natomiast obowiązkowego postępowania przygotowującego procedurę adopcyjną, choć jednocześnie przysposabiający mogą zwrócić się o pomoc do specjalistycznej placówki. Wprowadzono nadto nowe uregulowania dotyczące tzw. okresu preadopcyjnego. Sąd przed orzeczeniem przysposobienia może określić sposób i okres osobistej styczności przysposabiającego z przysposobianym, także w formie pieczy nad dzieckiem, nad czym sprawuje nadzór (art. 120¹ k.r.o.). Orzeczenie takie będzie pomocne dla wydania ostatecznego rozstrzygnięcia w sytuacji, gdy przysposabiający nie wychowywał wcześniej dziecka, które chce adoptować.

Orzeczenie o osobistej styczności jest natomiast obligatoryjne w postępowaniu o tzw. adopcję zagraniczną, przy czym styczność ta musi odbywać się na terytorium Polski (art. 120¹ k.r.o.). Nowela z 1995 roku była pierwszym uregulowaniem rangi ustawowej, które dotyczyło przysposobienia małoletniego obywatela polskiego przez osobę zamieszkałą za granicą. Należy podkreślić, że zmiana miejsca zamieszkania dziecka jest tu elementem zasadniczym. Nie jest nim ani obywatelstwo, ani narodowość wnioskodawców. Oznacza to, że obywatele RP są w takiej samej sytuacji jak obywatele innych państw, jeśli mają miejsce zamieszkania za granicą¹⁶. Norma

¹⁵ Dane statystyczne podaje E. Holewińska-Lapińska, *Przysposobienie po nowelizacji...*

¹⁶ Uregulowanie to jest dostosowane do standardów Konwencji o Prawach Dziecka z 1989 roku. Art. 21 tej Konwencji stanowi, że państwa-strony będą: „traktować adopcję, związaną z przemieszczeniem dziecka do innego kraju jako zastępczy środek opieki nad dzieckiem, jeżeli nie może być ono umieszczone w rodzinie zastępczej lub adopcyjnej, albo

art. 114² § 1 k.r.o. wypowiada zasadę priorytetu adopcji „krajowych” przed „zagranicznymi”, które są dopuszczalne wtedy, gdy tylko w ten sposób można zapewnić przysposobionemu odpowiednie zastępcze środowisko rodzinne. Zasada ta doznaje wyjątków w dwóch przypadkach: jeśli wnioskodawca jest krewnym lub powinowatym albo przysposobił już siostrę lub brata przysposabianego. Wówczas sąd oceni celowość przysposobienia na zasadach ogólnych, wyłącznie według kryterium dobra dziecka (por. art. 114² § 2 k.r.o.).

Omawiana nowela w sposób szczególnie uregulowała przysposobienie pasierba¹⁷. Specyfika takiej adopcji wiąże się z faktem, że nie ma w tym wypadku powodu, by zniknęły powiązania rodzinnoprawne z rodziną „naturalną”. Zgodnie z obowiązującą regulacją przysposobiony pasierb zachowuje nie tylko powiązania z rodzicem naturalnym, będącym małżonkiem przysposabiającego i z krewnymi tego rodzica, co istniało już w dawnym stanie prawnym, ale także w razie gdy adopcja następuje po śmierci drugiego z rodziców naturalnych, wobec krewnych zmarłego, o ile w orzeczeniu o przysposobieniu sąd opiekuńczy tak postanowił. Oznacza to, że przysposobiony może należeć do trzech rodzin: rodziny obojga rodziców naturalnych i rodziny przysposabiającego. Jest to równoznaczne zarówno z poszerzeniem uprawnień przysposobionego (roszczenia alimentacyjne, dziedziczenie), jak i jego obowiązków.

Ustawa z 1995 roku uporządkowała też niespójne przepisy ustawy — Prawo o aktach stanu cywilnego¹⁸ (dalej pr.a.s.c.) dotyczące treści aktu urodzenia osoby przysposobionej, a nadto ograniczyła tajemnicę przysposobienia. Nowe brzmienie art. 47 pr.a.s.c. umożliwia ustalenie treści skróconego odpisu aktu urodzenia dziecka nie tylko gdy było ono przysposobione wspólnie (tj. przez małżonków), ale w każdym innym z wariantów przysposobienia. Tajemnica przysposobienia została ograniczona w ten sposób, że nawet przy przysposobieniu całkowitym, dawny akt urodzenia dziecka nie podlega skreśleniu, choć sporządzany jest zawsze nowy akt urodzenia. Dawny akt urodzenia nie jest jawny i nie wydaje się z niego odpisów z wyjątkiem sytuacji, gdy sąd tego zażąda w sprawie, w której uzna to za konieczne. Sformułowanie ustawy jest obecnie bardzo szerokie

nie będzie mu można zapewnić w żaden inny odpowiedni sposób opieki w kraju jego pochodzenia”. Art. 20 konwencji, który dotyczy pieczy nad dzieckiem pozbawionym swego środowiska rodzinnego stanowi w ust. 3: „Przy wyborze odpowiednich rozwiązań należy w sposób właściwy uwzględnić wskazania w zachowaniu ciągłości w wychowaniu dziecka oraz jego tożsamości etnicznej, religijnej, kulturowej i językowej”.

¹⁷ Wskazuje się w literaturze, że przysposobienie takie stanowi ok. 40% orzekanych w Polsce przysposobień — por. J. Panowicz-Lipska, *Przysposobienie. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, Poznań 1990, s. 61.

¹⁸ Ustawa z 29 IX 1986 r., Dz.U. Nr 36, poz. 180 z późn. zm.

...daje duże możliwości organowi orzekającemu. Sporządzenie nowego aktu urodzenia w przypadku przysposobienia pełnego rozwiązywalnego jest fakultatywne i zależy od treści orzeczenia sądu opiekuńczego. Wreszcie niezależnie od rodzaju orzeczonego przysposobienia — nawet w wypadku adopcji całkowitej — przysposobiony po uzyskaniu pełnoletności może żądać udostępnienia księgi stanu cywilnego w części dotyczącej dotychczasowego aktu urodzenia. Jest to rozwiązanie dostosowane do brzmienia art. 7 cyt. Konwencji o Prawach Dziecka.

Kolejną nowelizację prawa rodzinnego wprowadzono w 1998 roku, a dotyczyła ona wielu istotnych kwestii związanych z instytucją małżeństwa¹⁹. Konieczność nowych regulacji wynikała, po pierwsze z faktu ratyfikacji przez Polskę Konkordatu zawartego w 1993 roku ze Stolicą Apostolską. Po drugie, pojawiła się potrzeba korekty przepisów prawa małżeńskiego w celu dostosowania ich do wymagań ratyfikowanych przez Polskę innych umów międzynarodowych²⁰, w szczególności chodziło o obniżenie wieku, którego osiągnięcie jest niezbędne dla zawarcia małżeństwa przez mężczyznę, a nadto o poszerzenie katalogu podstaw prawnych unieważnienia małżeństwa.

Dotychczas polskie prawo rodzinne знаło tylko jedną postać małżeństwa cywilnego, zawieranego przez złożenie oświadczeń przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Nowelizacja z 1998 r. wprowadziła drugi, alternatywny sposób zawarcia małżeństwa o skutkach cywilnoprawnych. Polega on na możliwości nadania skutków cywilnych małżeństwu zawartemu przed duchownym określonego wyznania, uznanego przez państwo polskie w odpowiednich aktach prawnych rangi ustawowej²¹. Mamy zatem obecnie do

¹⁹ Zob. ustawa z 24 VII 1998 r. o zmianie ustaw — Kodeks rodzinny i opiekuńczy, kodeks postępowania cywilnego, prawa o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 117, poz. 757), która weszła w życie z dniem 15 XI 1998 r.

²⁰ Można tu wskazać na następujące akty prawnomiędzynarodowe: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 XI 1950 r., ratyfikowana 2 X 1992 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284); Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 XII 1966 r. ratyfikowany 3 III 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167); Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw z 10 XII 1962 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 53 i 54); Rezolucja nr 78/37 w sprawie równouprawnienia małżonków w prawie cywilnym, przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy 27 IX 1978 r. — patrz: *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i Komentarze*, pod red. M. Safjana, t. 1, Warszawa 1994, s. 272 i n.

²¹ Ustawa cyt. w przypisie 19 znowelizowała ustawę z 17 V 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w RP (Dz.U. z 1989 r. Nr 29, poz. 154 z późn. zm.), dopuszczając skutek cywilnoprawny małżeństwa zawartego zgodnie z prawem kanonicznym. W znowelizowanych ustawach regulujących stosunki między RP a niektórymi innymi Kościołami także znajdują się przepisy dotyczące wywołania skutków cywilnych według prawa polskiego.

czynienia z dualizmem form zawierania związku małżeńskiego podlegającego prawu polskiemu, a jednocześnie z autonomią dwóch systemów prawnych: wyznaniowego i świeckiego²². Nowe uregulowanie nie oznacza bowiem recepcji instytucji małżeństwa wyznaniowego (w szczególności zawieranego zgodnie z prawem kanonicznym) do polskiego prawa rodzinnego. Nie każde małżeństwo wyznaniowe stanie się małżeństwem o „skutkach cywilno-prawnych”. Skutek taki nie występuje *ex lege* wraz z zawarciem małżeństwa wyznaniowego. Konieczne jest odrębne oświadczenie złożone w obecności duchownego, manifestujące „wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu”, a nadto pojawienie się kolejnego elementu konstytutywnego w postaci sporządzenia aktu małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego²³. Dopiero wówczas, gdy spełnione zostaną wskazane przesłanki, małżeństwo uważa się za zawarte w chwili złożenia oświadczenia woli w obecności duchownego (*ex tunc*). Biorąc powyższe pod uwagę można powiedzieć, że w Polsce możliwe są następujące postaci małżeństwa: małżeństwo wyłącznie laickie; małżeństwo wyznaniowe ze skutkami cywilnymi, takimi jakie wywołuje małżeństwo laickie; małżeństwo wyłącznie wyznaniowe (*de lege lata* trzeba traktować je jak konkubinaty), którego zawarcie nie wyłącza zawarcia w przyszłości małżeństwa laickiego, co jest możliwe także w odwrotnej kolejności (małżeństwo wyłącznie laickie, a potem małżeństwo wyłącznie wyznaniowe, które nie

Wykaz tych ustaw (jest ich dziesięć) — patrz K. Piasecki w: *Kodeks rodzinny...*, s. 39–41; Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji w obwieszczeniu z 4 XI 1998 r. zamieścił „Wykaz stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i § 3 k.r.o.”, wyjaśniając w ten sposób, kto jest duchownym w rozumieniu k.r.o. — zob. MP Nr 40, poz. 554.

²² Taki stan prawny jest rozpowszechniony na świecie — patrz K. Piasecki w: *Kodeks rodzinny...*, s. 13. Autor podaje listę trzydziestu trzech państw, których ustawodawstwo przewiduje dualizm systemów zawierania małżeństwa. Por. też M. Pietrzak, *Nowy konkordat polski*, Państwo i Prawo 1994, nr 1, s. 15; J. Ignatowicz, *Nowa forma zawierania małżeństwa (art. 10 konkordatu)*, Przegląd Sądowy 1994, nr 2, s. 3; M. Nazar, *Zawarcie małżeństwa według prawa polskiego z uwzględnieniem postanowień podpisanego 28 lipca 1993 r. konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1996, z. 3, s. 447 i n.; T. Smyczyński, *Małżeństwo „konkordatowe” a Konstytucja (o potrzebie i zakresie nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego)*, Państwo i Prawo 1997, nr 5, s. 31.

²³ Sporządzenie aktu małżeństwa nie stanowi przesłanki zawarcia małżeństwa laickiego (por. art. 1 § 1 k.r.o.). Rozwiązanie przyjęte w art. 1 § 2 k.r.o. dla małżeństwa „konkordatowego” ocenia się niekiedy krytycznie ze względu na brak pewności co do statusu prawnego nupturientów, do czasu sporządzenia aktu — tak T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 1999, s. 30. Możliwe są tu bowiem zaniedbania licznych wymogów ustawowych obwarowanych terminami zawitymi, jakie spełnić powinien duchowny i kierownicy USC — por. art. 8 k.r.o. i art. 12 i 61a p.r.a.s.c.

miałoby znaczenia prawnego i stanowiłoby jedynie uroczystość o charakterze religijnym)²⁴.

Nowela z 1998 roku ujednoliciła minimalny wiek zawarcia małżeństwa dla mężczyzny i kobiety, który wynosi obecnie lat 18 (art. 10 § 1 k.r.o.). W poprzednim stanie prawnym był on zróżnicowany i wynosił 21 lat dla mężczyzny i 18 lat dla kobiety. Uzasadniano to względami psychologicznymi, a zwłaszcza faktem wcześniejszego dojrzewania osobowościowego kobiet, ale także względami utylitarnymi, np. obowiązkiem 2- lub 3-letniej służby wojskowej dla mężczyzn.

Obecna regulacja jest rezultatem dostosowania polskiego prawa do standardów międzynarodowych, a w szczególności równego prawa mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa po osiągnięciu pełnoletności²⁵. Zmiana ta nie jest oceniana jednolicie. Z jednej strony zwraca się uwagę na to, że badania psychologiczne dowodzą istnienia zjawiska tzw. akceleracji wszechstronnego dojrzewania młodzieży, co mogłoby przemawiać za tym, że teza o „przesunięciu” momentu dojrzałości psychicznej ze względu na płeć jest nieaktualna. Takie stanowisko prowadzi do wniosku, że modyfikacja przeszkody wieku zasługuje na aprobatę²⁶. Z drugiej strony wskazuje się, że niektóre akty międzynarodowe²⁷ posługują się bardzo elastycznymi pojęciami, takimi jak „osiągnięcie stosownego wieku”, który nie musi być tożsamy z pełnoletnością. Nadto „wiek stosowny” nie musi być identyczny dla mężczyzny i kobiety. Prowadzi to do konkluzji, że różnicowanie co do wieku nie powinno być uznawane za naruszenie zasady równouprawnienia płci²⁸.

Zauważyć wszakże należy, że nadal zdolność do zawarcia małżeństwa kobiet i mężczyzn ze względu na wiek nie jest uregulowana w k.r.o. jednolicie. Mimo braku wymaganego wieku bowiem, sąd opiekuńczy może, o ile będzie to zgodne z dobrem założonej rodziny, zezwolić na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła 16 lat. Mężczyzna poniżej 18 lat nie może zawrzeć małżeństwa, nawet za zezwoleniem sądu (art. 10 § 1 k.r.o. *in fine*).

²⁴ Zwraca się uwagę na możliwe „krzyżowanie się” tych stanów faktycznych i prawnych, co może prowadzić do nieakceptowalnych etycznie sytuacji, np. po zawarciu małżeństwa laickiego, małżonkowie zawierają, każde z osobna małżeństwo wyłącznie wyznaniowe z innymi partnerami — por. K. Piasecki w: *Kodeks rodzinny...*, s. 13–14.

²⁵ Tak np. art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.; por. też T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 21 i 36.

²⁶ Tak J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 111.

²⁷ Tak np. art. 12 cyt. Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

²⁸ Tak T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 36. Autor przytacza przykłady takiego zróżnicowania co do wieku w ustawodawstwie USA, np. w stanie Waszyngton i Nowy Jork: 21 i 18 lat, w stanie Columbia 18 i 16 lat i w ustawodawstwie Austrii: 19 i 16 lat.

Kolejna doniosła zmiana wprowadzona omawianą nowelą polegała na włączeniu do katalogu podstaw unieważnienia małżeństwa wad oświadczenia woli. Większość przedstawicieli doktryny od dawna postulowała potrzebę poszerzenia tego katalogu. Wskazywano po pierwsze, że nie jest możliwe sięganie do art. 82 i n. k.c., wobec tego, że lista przyczyn unieważnienia małżeństwa przewidziana w k.r.o. miała (i ma) charakter zamknięty (*numerus clausus* — art. 17 k.r.o.). Z drugiej strony było oczywiste, że zaistnienie wad stoi w jaskrawej sprzeczności z istotą oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński²⁹ i powinno uzasadniać jego unieważnienie.

Podnoszono również, że potrzeba wprowadzenia takich zmian wynika z faktu ratyfikowania przez Polskę konwencji w sprawie wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństwa, a także Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁰, które to akty wypowiedziały zasadę, zgodnie z którą małżeństwo nie może być zawarte „bez pełnej i swobodnej zgody obu stron”.

Niezależnie od tego, iż na ogół w literaturze wypowiedziano się za tym, że akty te stały się częścią polskiego porządku prawnego³¹, postulowano jednocześnie interwencję ustawodawcy polskiego wobec tego, że uregulowania międzynarodowe były zbyt ogólnikowe, by można było w nich upatrywać dostosowaną do specyfiki prawa rodzinnego nową konstrukcję wad oświadczenia woli³².

Nowela z 1998 r. przesądziła o doniosłości prawnej trzech wad oświadczenia woli. Są to: brak świadomości wyrażenia woli, błąd co do tożsamości drugiej strony i groźba powodująca stan obawy przed poważnym niebezpieczeństwem osobistym. Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie odsyła

²⁹ Por. J. Preussner-Zamorska, *Wady oświadczenia woli na gruncie prawa rodzinnego (ocena aktualnego stanu prawnego i wnioski de lege ferenda)*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Radwańskiego*, Poznań 1990, s. 539; K. Pietrzykowski, *Wpływ wad oświadczenia woli na ważność małżeństwa*, *Studia Prawnicze* 1980, nr 6, s. 125.

³⁰ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 XI 1950 r., ratyfikowana 2 X 1992 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284); Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 XII 1966 r., ratyfikowany 3 III 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167); Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najmniejszego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw z 10 XII 1962 r. (Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 53 i 54); Rezolucja nr 78/37 w sprawie równouprawnienia małżonków w prawie cywilnym, przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy 27 IX 1978 r. — zob. M. Safjan (red.), *Standardy prawne...*, s. 272 i n.

³¹ Tak np. H. Trammer, *Czy wada oświadczenia woli nupturienta jest przyczyną unieważnienia małżeństwa?*, *Nowe Prawo* 1966, nr 1, s. 55; J. Preussner-Zamorska, op.cit., s. 540.

³² Tak J. Preussner-Zamorska, op.cit.; K. Pietrzykowski, op.cit., s. 145.

w tej kwestii do uregulowania k.c., a analiza materiału normatywnego dowodzi, że mamy tu do czynienia z autonomiczną instytucją prawa rodzinnego, choć uznać należy, że dorobek doktryny i orzecznictwa powstały na tle art. 82 i n. k.c. może okazać się przydatny.

Już w trakcie licznych dyskusji poprzedzających nowelizację podnoszono, że z kręgu wad prawnie doniosłych na gruncie prawa rodzinnego wyłączyć należy pozornosc³³. Uzasadniono to m.in. brakiem sprzeczności między zgodą na zawarcie małżeństwa dla pozorów, a wymogiem „zgody pełnej i swobodnej obu stron”. W takiej sytuacji strony w pełni i bez presji zewnętrznej zgadzają się co do tego, że chcą zawrzeć małżeństwo, choć nie zamierzają podjąć pożycia małżeńskiego. Nie ma tu rozbieżności między aktem zawarcia małżeństwa a wolą stron³⁴.

Norma art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. wymienia jako pierwszą wadę — złożenie oświadczenia woli przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli. Jest to formuła węższa w porównaniu z hipotezą art. 82 k.c., gdzie mówi się o stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli. Wykładnia przepisu art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. nasuwa wiele wątpliwości. Z jednej strony podnosi się, że pominięto celowo kwestię „powzięcia decyzji”, gdyż ochronie procesu decyzyjnego nupturientów służy *tempus deliberandi*, uregulowany w art. 4 k.r.o.³⁵ Z drugiej jednak strony zwraca się uwagę, że nie jest wykluczone, iż restryktywna formuła art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. jest wynikiem „nieuświadomionej usterki redakcyjnej”³⁶, gdyż pozostaje w sprzeczności ze standardami międzynarodowymi, które stanowią wyraźnie o zgodzie „pełnej i swobodnej”. Stanowisko to jednak wydaje się całkowicie pomijać założenie o racjonalnym ustawodawcy.

Kwestią sporną jest też wzajemny stosunek zakresów zastosowania art. 15¹ § 1 pkt 1 i art. 12 k.r.o. Podnosi się, że choroba psychiczna i niedorozwój umysłowy nie stanowią okoliczności, które można by brać pod uwagę w związku z art. 15¹ § 1 pkt 1, mimo że art. 82 k.c. wymienia je, dokonując egzemplifikacji stanów wyłączenia świadomości, bowiem zakresy zastosowania art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. i art. 12 k.r.o. wzajemnie się wyłączają.

³³ Por. J. Preussner-Zamorska, op.cit., s. 542; K. Pietrzykowski, op.cit., s. 249 i n.; por. też orzec. SN z 2 V 1959 r., II CR 219/58, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1960, nr 3, s. 286.

³⁴ Można było też spotkać stanowisko przeciwne, dopuszczające pozornosc jako wadę oświadczenia woli przy zawarciu małżeństwa, przypisując legitymację czynną w procesie o unieważnienie takiego małżeństwa prokuratorowi. Tak A. Kozaczka, *Wady oświadczenia konsensu z art. 1 kodeksu rodzinnego a nieważność małżeństwa*, Nowe Prawo 1957, nr 9, s. 53.

³⁵ Tak T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 40.

³⁶ Tak J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 116.

Zgodnie z tym poglądem przeszkoda z art. 12 k.r.o. „pochłania” podstawę unieważnienia w postaci braku świadomości z powodu choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego³⁷.

Lepiej uzasadnione wydaje się stanowisko, zgodnie z którym ani zakres zastosowania, ani zakres normowania przepisu art. 12 k.r.o. nie pokrywa się z zakresem zastosowania i normowania przepisu art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o.³⁸ Artykuł 12 k.r.o. ma na względzie chorobę psychiczną także w okresie remisji lub niedorozwoju umysłowy i pomija okoliczność, czy ich następstwem jest stan wyłączający świadome wyrażenie woli zawarcia małżeństwa jako fakt irrelevantny. Zatem zdarzyć się może, że osoba chora psychicznie, której udzielono zezwolenia na zawarcie małżeństwa zgodnie z art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o., znajduje się w chwili składania oświadczenia w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli wywołanym chorobą psychiczną (np. wystąpią tzw. „ostre objawy psychotyczne”). Nadto po ustaniu choroby nie można na podstawie art. 12 k.r.o. unieważnić małżeństwa, w związku z jego konwalicacją, nawet gdy w chwili składania oświadczenia nupturient znajdował się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli. Wreszcie na gruncie normy art. 12 k.r.o. na unieważnienie małżeństwa nie ma bezpośredniego wpływu pijaństwo lub narkomania, natomiast stany te mogą mieć znaczenie dla zastosowania art. 15¹ § 1 pkt 1, w razie gdyby okazało się, że prowadziły do wyłączenia świadomości w chwili wyrażenia woli zawarcia małżeństwa³⁹.

Kolejną wadą oświadczenia woli prawnie doniosłą dla instytucji małżeństwa jest błąd, ale tylko co do tożsamości drugiej strony (art. 15¹ § 1 pkt 2 k.r.o.). Sporne jest, czy określenie to odnosi się wyłącznie do tożsamości fizycznej⁴⁰ nupturienta czy także do jego tożsamości cywilnej. Ta ostatnia kategoria bywa interpretowana *sensu stricto* jako cechy należące do stanu cywilnego i stanu osobistego (np. nazwisko, pochodzenie od określonych osób, bycie wdowcem, kawalerem, panną, rozwiedzionym itp.), ale także *sensu largo* jako właściwości osobiste nupturienta (np. homoseksualizm, transseksualizm, głęboki alkoholizm, patologiczne obciążenia genetyczne)⁴¹. Wydaje się, że ze względu na *numerus clausus* podstaw unie-

³⁷ Tak T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 40–41.

³⁸ Tak J. Ignatowicz, *op.cit.*, s. 117–118; K. Piasecki w: *Kodeks rodzinny...*, s. 85.

³⁹ Por.: J. Ignatowicz, *op.cit.*, s. 118.

⁴⁰ Tak np. J. Ignatowicz, *op.cit.*, s. 119–120; K. Piasecki w: *Kodeks rodzinny...*, s. 86.

⁴¹ Por. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 42; J. Preussner-Zamorska, *op.cit.*, s. 544; K. Pietrzykowski wyraził pogląd, że błąd co do tożsamości cywilnej oraz błąd co do przynależności osoby powinien być prawnie doniosły w razie jego podstawnego wywołania — patrz *Wady konsensu małżeńskiego*, [w:] *Małżeństwo w prawie świeckim i kanonicznym. Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej, zorganizowanej w dniach 12 i 13 maja 1993 r. w Katowicach*, pod red. B. Czecha, s. 249.

ważnienia małżeństwa (por. art. 17 k.r.o.) wykładnia rozszerzająca, a zwłaszcza uwzględnianie *error in qualitate personae* nie jest dopuszczalna. Wyjaśnienie terminu „tożsamość” należy zatem oprzeć na wykładni gramatycznej. Tożsamość to bycie tym samym, to stan identyczności fizycznej.

Ostatnią wadą oświadczenia woli, o jakiej stanowi przepis art. 15¹ k.r.o., jest groźba. Różnica między ujęciem wynikającym z kodeksu cywilnego a uregulowaniem kodeksu rodzinnego polega na tym, że ten ostatni uwzględnia jedynie groźbę, która powoduje, że składający oświadczenie mógł się obawiać, że jemu samemu lub innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo osobiste. Obawa przed niebezpieczeństwem majątkowym, nawet poważnym, jest tu prawnie obojętna.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że autonomiczność regulacji wad oświadczenia woli w art. 15¹ k.r.o. wyraża się nie tylko w ich odmiennej konstrukcji juretrycznej, ale także w postaci odmiennej sankcji. Jest nią wyłącznie możliwość żądania unieważnienia małżeństwa przez małżonka, którego oświadczenie woli zostało dotknięte wadą, ograniczona terminami zawitymi z art. 15¹ § 3 k.r.o. Wyrok będzie miał charakter konstytutywny. Oczywiście jest więc, że w ogóle nie wchodzi tu w grę uchylenie się od skutków wadliwego oświadczenia woli, tj. tzw. nieważność względna ani nieważność bezwzględna, a więc sankcje znane kodeksowi cywilnemu.

Nowela z 1998 roku dotyczy także nazwiska małżonków (art. 25 k.r.o.), co wpłynęło też na uregulowanie nazwiska dziecka, co do którego istnieje domniemanie jego pochodzenia od męża matki (art. 88 § 1 k.r.o.). W dotychczasowym stanie prawnym zasadą było, że żona przybiera nazwisko męża, także w razie braku oświadczenia w sprawie nazwiska. Inne warianty były dopuszczalne tylko na podstawie wyraźnego oświadczenia w tym względzie. Z kolei mąż tylko wówczas mógł do swojego nazwiska dodać nazwisko żony, gdy żona zachowywała swoje nazwisko. Rozwiązania te naruszały jedną z podstawowych zasad prawa małżeńskiego, jaką jest zasada równouprawnienia małżonków. Zasadnicze znaczenie ma tu Rezolucja nr 78/37 w sprawie równouprawnienia małżonków przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy 27 września 1978 r.⁴², która zawiera szczegółowe dyrektywy co do nazwiska małżonków. Obecna regulacja k.r.o. jest zgodna z tym standardem. Każdy z małżonków może zachować swoje dotychczasowe nazwisko albo połączyć z nim dotychczasowe nazwisko drugiego małżonka. Mogą też nosić wspólne nazwisko, będące dotychczasowym nazwiskiem jednego z nich. W razie niezłożenia oświadczenia w sprawie nazwiska, każdy z małżonków zachowuje swoje dotychczasowe nazwisko. Zasada równouprawnienia małżonków, której przejawem jest niewątpliwie swoboda wyboru nazwiska, wpłynęła też na regulację dotyczącą nazwiska

⁴² Patrz: M. Safjan (red.), *Standardy prawne...*, s. 272 i n.

dziecka. Zgodnie z art. 88 § 1 k.r.o. dziecko nosi nazwisko męża matki, co do którego istnieje domniemanie, że jest ojcem dziecka (por. art. 62 k.r.o.), jednak małżonkowie mogą oświadczyć, że będzie ono nosić nazwisko matki.

Ostatnią zmianą jaką wprowadzono do kodeksu omawianą nowelą, było unormowanie poszerzające pod względem proceduralnym możliwość ustalenia pochodzenia dziecka. Obecnie uznanie dziecka jest możliwe także przed notariuszem w razie niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio życiu ojca lub dziecka (art. 79 § 2 k.r.o.).

Doniosłą zmianą było wprowadzenie w 1999 roku do k.r.o. separacji sądowej⁴³ (nazywaną też separacją prawną lub formalną). Nowelizację poprzedziła długa dyskusja dotycząca celowości unormowania nowej instytucji, obok rozwodu, której funkcją jest uporządkowanie stosunków prawnych małżonków w razie kryzysu więzi małżeńskich⁴⁴. Kontrowersje skupiały się również wokół modelu normatywnego separacji. Może bowiem być ona instytucją niezależną od rozwodu lub też swoistą przesłanką orzeczenia rozwodu⁴⁵, może wreszcie także stanowić surogat rozwodu, uniemożliwiając jego orzeczenie. Ustawodawca polski uregulował separację sądową jako alternatywę wobec rozwodu⁴⁶, nie wyłączając późniejszego jego orzeczenia. Podobne uregulowanie spotkać można w prawie francuskim, gdzie instytucja *separation du corps* ma blisko dwa wieki historii. Interesująca jest, widoczna we francuskiej literaturze prawniczej, zmiana w postrzeganiu funkcji separacji w jej rozwoju historycznym⁴⁷. Ponieważ wywodziła się ona z prawa kanonicznego, gdzie została uregulowana jako wyraz dogmatu nierozwiązywalności węzła małżeńskiego, w języku prawniczym utrzymało się określenie jej jako rozwodu katolików (*divorce des catholique*). Stopniowo jednak rezygnowano z terminologii nawiązującej

⁴³ Ustawa z 21 V 1999 roku o zmianie ustaw — Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego i innych ustaw (Dz.U. Nr 52, poz. 532). Przepisy dotyczące separacji sądowej zostały włączone do k.r.o. po regulacji dotyczącej ustania małżeństwa i tworzą nowy dział V (art. 61¹–61⁶) w tytule I — „Małżeństwo”.

⁴⁴ Por. np. M. Nazar, *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z 02.04.1997*, Rejent 1997, nr 5, s. 100–125; T. Smyczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, Państwo i Prawo 1997, z. 12, s. 185–194; E. Holewińska-Lapińska, *Separacja (projekty nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego)*, Jurysta 1999, nr 2–3, s. 13–18.

⁴⁵ Obie postacie separacji znane są współczesnym ustawodawstwom — patrz B. Czech w: *Kodeks rodzinny...*, s. 408.

⁴⁶ Por. np. J. Panowicz-Lipska, *Instytucja separacji w polskim prawie rodzinnym*, Państwo i Prawo 1999, z. 10, s. 15.

⁴⁷ Por. A. Daste, *Divorce. Séparation de corps et de fait*, Paris 2000, s. 63; C. Watin-Drouin, *Séparation de corps. Causes. Procédure. Effets*, Jurisclasseur Périodique (J.C.P.) 1997, Fascicule 310, s. 2 i n.

do dogmatów religijnych, zwłaszcza w związku z instytucją konwersji, tj. możliwością przekształcenia na żądanie stron, prawomocnego orzeczenia o separacji w orzeczenie o rozwodzie, bez potrzeby wszczynania nowego postępowania o rozwód. Taka uproszczona droga, istniejąca obok normalnej procedury rozwodowej, zawsze stronom dostępnej, była dowodem na charakter przejściowy sytuacji prawnej. Wobec tego separacja sądowa zaczęła być postrzegana jako etap pośredni dla orzeczenia rozwodu, co spowodowało pojawienie się nowych określeń: *l'antichambre du divorce* (przedsionek rozwodu) lub *divorce atténué* (rozwód złagodzony)⁴⁸.

W polskim ustawodawstwie nie wprowadzono instytucji konwersji. Wynika to po pierwsze z faktu, że przesłanki orzeczenia rozwodu i separacji nie są identyczne. Pozytywną przesłanką orzeczenia rozwodu jest trwały i zupełny rozkład pożycia małżeńskiego (art. 56 § 1 k.r.o.), natomiast dla orzeczenia separacji wystarczy stwierdzenie rozkładu zupełnego (art. 61¹ § 1 k.r.o.). Po drugie możliwości orzekania rozwodu po separacji sądowej są w prawie polskim nicograniczone. Każde z małżonków, w każdym czasie może wystąpić z żądaniem rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Dopuszczalne jest nawet żądanie rozwodu w sprawie o separację wszczętej przez współmałżonka (por. 439 k.p.c.). Jeżeli jeden z małżonków żąda orzeczenia separacji, a drugi orzeczenia rozwodu i żądanie to jest uzasadnione, sąd orzeka rozwód (art. 61² § 1 k.r.o.).

Instytucja separacji poszerza katalog instrumentów prawnych pomocnych w razie pogorszenia się lub zerwania więzi małżeńskich. Separacja nie powoduje ustania małżeństwa, zatem małżonek pozostający w separacji nie może zawrzeć ponownie małżeństwa (art. 61⁴ § 1, 2, 3 k.r.o.). Skutkiem orzeczenia separacji jest jednak znaczne osłabienie więzi między małżonkami, np. ustaje obowiązek wspólnego zamieszkania, *ex lege* ustaje też wspólność majątkowa małżeńska, a w jej miejsce (*ex nunc*) wchodzi (przymusowy) ustrój rozdzielności majątkowej (art. 61⁵ k.r.o.).

Wprowadzenie separacji sądowej do k.r.o. w obecnym jej kształcie zwiększa możliwość wyboru przez zainteresowanych sposobu reakcji na kryzys pożycia małżeńskiego i poszerza tym samym zakres autonomii woli małżonków, tworząc alternatywę dla rozwodu⁴⁹. Zwraca się uwagę, że separacja sądowa przyjęta w prawie polskim zgodna jest z europejskimi standardami wynikającymi z aktów prawnych Rady Europy⁵⁰, także gdy

⁴⁸ Por. np. J. Rubellin-Devicchi, *Droit de la famille*, Paris 1999, s. 321–323.

⁴⁹ Por. J. Panowicz-Lipska, *Instytucja separacji...*, s. 16.

⁵⁰ Można tu powołać cytowaną Rezolucję 78/37 z 27 września 1978 w sprawie równouprawnienia małżonków w prawie cywilnym; Rekomendację nr R(81)15 z 16 października 1981 r. w sprawie praw małżonków do zajmowania mieszkania rodzinnego oraz korzystania z przedmiotów gospodarstwa domowego; Rekomendację nr R(84)4 z 28 II 1984 r. w sprawie odpowiedzialności rodzicielskiej; Rekomendację nr R(89)1 z 18 I 1989 r. w sprawie

chodzi o rozstrzygnięcia szczegółowe, np. co do wspólnego mieszkania, nazwiska, świadczeń alimentacyjnych. Ustawodawca polski osiągnął ten cel stosując technikę odesłania do przepisów dotyczących rozwodu (por. art. 61⁴ § 1 k.r.o.).

Ostatnia nowelizacja z 2000 r. poszerzyła możliwości ingerencji sądu opiekuńczego w proces sprawowania władzy rodzicielskiej, jeżeli nie przebiega on należycie⁵¹. Nadto ustawodawca miał na celu podniesienie skuteczności tej ingerencji poprzez zapewnienie możliwości korzystania przez sąd z pomocy nowych specjalistycznych placówek i powołanych do tego organów⁵². Rozbudowano regulację dotyczącą najdalej idącego zarządzenia dotyczącego ograniczenia władzy rodzicielskiej, jakie sąd może wydać na podstawie art. 109 k.r.o., w postaci umieszczenia małoletniego w rodzinie zastępczej albo placówce opiekuńczo-wychowawczej. W takim przypadku sąd opiekuńczy zawiadamia Powiatowe Centrum Pomocy Rodzinie, które udziela rodzinie małoletniego odpowiedniej pomocy i składa sądowi sprawozdania dotyczące sytuacji rodziny i udzielonej pomocy, w terminach określonych przez sąd, a także współpracuje z kuratorem sądowym. Sąd opiekuńczy, ze względu na okoliczności uzasadniające umieszczenie małoletniego w rodzinie zastępczej albo w placówce opiekuńczo-wychowawczej, powinien rozważyć także ustanowienie nadzoru kuratora sądowego nad sposobem wykonywania władzy rodzicielskiej nad małoletnim (art. 109 § 4 k.r.o.). W ścisłym związku z tym przepisem pozostaje norma art. 111 § 1a k.r.o., gdzie przewidziano nową podstawę pozbawienia władzy rodzicielskiej, obok trzech znanych w dotychczasowym stanie prawnym⁵³. Obecnie sąd może pozbawić rodziców władzy rodzicielskiej także wówczas, gdy mimo udzielonej pomocy nie ustały przyczyny, dla których sąd zarządził umieszczenie małoletniego w rodzinie zastępczej albo w placówce opiekuńczo-wychowawczej, a w szczególności, gdy rodzice trwale nie interesują się dzieckiem. Regulacja ta, jak się wydaje, zaciera granice między

świadczeń rozwodowych. Patrz: M. Safjan (red.), *Standardy prawne...*, s. 201–233, 272–316, 326–343.

⁵¹ Ustawa z 21 XII 2000 r. o zmianie ustawy — kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy — Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 122, poz. 1322).

⁵² W przep. art. 109 § 2 pkt 3 k.r.o. dotyczącym ograniczenia władzy rodzicielskiej określenie: „społeczny organ pomocniczy sądu” zastąpiono terminem: „kurator sądowy”. Kuratorzy sądowi rodzinni (zawodowi lub społeczni) wykonują czynności o charakterze wychowawczo-resocjalizacyjnym i profilaktycznym oraz inne czynności określone w przepisach szczególnych. Obowiązkiem kuratorów sądowych jest wykonywanie czynności zleconych przez sąd opiekuńczy — zob. art. 120 ustawy z 20 czerwca 1985 r. — Prawo o ustroju sądów powszechnych — tekst jedn., Dz.U. z 1994 r. Nr 7, poz. 25 z późn. zm.

⁵³ Dotychczas były to: trwała przeszkoda w wykonywaniu władzy rodzicielskiej albo nadużywanie władzy rodzicielskiej lub rażące zaniedbywanie obowiązków wobec dziecka (art. 111 § 1 k.r.o.).

dzy pozbawieniem a ograniczeniem władzy rodzicielskiej i daje dużą swobodę organowi orzekającemu, co nakłada na sądy obowiązek szczególnie wnikliwego rozważenia wszelkich okoliczności sprawy.

Niemal wszyscy przedstawiciele doktryny prawa rodzinnego dostrzegają potrzebę modyfikacji uregulowań k.r.o. dotyczących małżeńskich stosunków majątkowych⁵⁴.

Przepisy aktualnie obowiązujące ocenić należy jako stan zachwiania równowagi w ochronie interesów wierzyciela i dłużnika, a nadto podważenie fundamentalnej zasady prawa cywilnego polegającej na tym, że dłużnik odpowiada całym swoim majątkiem (teraźniejszym i przyszłym) za obciążające go zobowiązania. Taka krytyczna ocena obowiązującej regulacji prawnej wynika też z konstatacji, iż nie jest ona dostosowana do wolnorynkowego obrotu gospodarczego, gdzie postulat ochrony rodziny musi też dotyczyć rodziny wierzyciela.

Najogólniej rzecz biorąc, dostrzec można w literaturze następujące sugestie kierunku zmian uregulowań k.r.o. w tym przedmiocie. Po pierwsze, wskazuje się na możliwość udoskonalenia mechanizmów prawnych, przy założeniu, że ustawowy ustrój małżeński pozostanie ten sam, a zatem w ramach tzw. wspólności dorobku⁵⁵. Jest to — jak się wydaje — stanowisko racjonalne, wynikające z potrzeby poszanowania tradycji jurydycznej, a także mające na względzie rzeczywistość ekonomiczną wielu gospodarstw domowych w Polsce. Wyróżnić tu można dwa warianty modyfikacji, ujmowane alternatywnie. W szczególności mogłoby to być doprecyzowanie zasad zarządu majątkiem wspólnym, poprzez przyjęcie koncepcji szeroko ukształtowanego samodzielnego zarządu tym majątkiem przez każdego z małżonków. Wymagałoby to sformułowania wąskiego katalogu zamkniętego czynności prawnych, do których dokonania potrzebna jest zgoda współmałżonka⁵⁶. Oznaczałoby to kres sporów o desygnaty takich zwrotów

⁵⁴ Por. np. M. Sychowicz w: *Kodeks rodzinny...*, s. 138; J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 147; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 63; H. Mądrzak, op.cit., s. 140, który trafnie podnosi, że „brak przecież przekonujących racji, dla których interes rodzinny małżonka dłużnika miałby być chroniony kosztem rodziny wierzyciela”.

⁵⁵ Por. A. Dyoniak, *Ustrój wspólności zysków a ustrój wspólności dorobku*, *Studia Prawnicze* 1990, z. 1, s. 15–45; A. Jędrzejewska, op.cit., s. 28–38.

⁵⁶ A. Jędrzejewska, op.cit., s. 34, proponuje następujący katalog zamknięty czynności przekraczających zwykły zarząd majątkiem wspólnym: „darowizna z majątku wspólnego, rozporządzenie testamentowe w zakresie przekraczającym udział małżonka we wspólnym majątku, zbycie albo obciążenie prawem rzeczowym nieruchomości lub przedsiębiorstwa prowadzonego w ramach wspólnego majątku, oddanie w dzierżawę nieruchomości rolnej lub o przeznaczeniu handlowym”. Autorka uważa też, iż celowe byłoby uregulowanie, zgodnie z którym zaspokojenia z tytułu zobowiązań wynikających z pożyczki i poręczenia dochodzić można tylko z majątku odrębnego zobowiązanego, chyba że małżonek udzielił wyraźnej zgody na dokonanie tej czynności prawnej. Propozycje Autorki zasługują na uwa-

niedookreślonych, jak: „czynności zwykłego zarządu” i „czynności przekraczające zwykły zarząd”. Ryzyko — jak zwykle przy tego typu zabiegach — polega na wprowadzeniu ograniczeń zasadzających się na kazuistycznym wyliczeniu, które rzadko współgra z dynamiczną rzeczywistością stosunków społecznych. Trzeba by zatem postulować, by ustawodawca oparł się na sformułowaniach dostatecznie pojemnych, pozwalających organom orzekającym na swobodną ocenę stanu faktycznego. Konsekwencją takiego uregulowania zasad zarządu majątkiem wspólnym powinna być modyfikacja reguł odpowiedzialności małżonków za zobowiązania. Formuła art. 41 § 1 k.r.o., która mogłaby pozostać bez zmian, powinna być poszerzona o regułę odpowiedzialności małżonków majątkiem wspólnym także wtedy, gdy wierzycelność, która powstała po powstaniu wspólności ustawowej, dotyczy odrębnego majątku jednego z małżonków, co wymagałoby zmiany przepisu art. 41 § 2 k.r.o. Taka regulacja ogólna nie czyniłaby koniecznym wprowadzenia zasad szczególnych dotyczących zobowiązań zaciągniętych przy prowadzeniu przedsiębiorstwa, nawet należące do majątku odrębnego jednego z małżonków.

Gdyby koncepcja zasad zarządu — oparta na wskazanych zwrotach niedookreślonych (art. 36 k.r.o.) — miała pozostać bez zmian, co w praktyce oznacza stosunkowo wąską sferę zarządu, gdzie nie jest wymagana zgoda drugiego małżonka, niezbędne byłoby wprowadzenie uregulowań szczególnych dotyczących zobowiązań powstałych przy prowadzeniu przedsiębiorstwa. Uregulowania te powinny wprowadzać zasadę odpowiedzialności majątkiem wspólnym, gdy jeden z małżonków za zgodą drugiego prowadzi takie przedsiębiorstwo i to także wówczas, gdy wchodzi ono w skład jego majątku odrębnego⁵⁷.

Podnosi się też jednocześnie, że właściwą drogą do usunięcia niezgodności między przepisami k.r.o. a wymogami nowoczesnego obrotu gospodarczego jest zmiana ustawowego ustroju majątkowego. Propozycje wskazują na tzw. ustrój podziału dorobku⁵⁸. Istota tego ustroju polega na tym, że każdy z małżonków ma oddzielny majątek (majątek odrębny jak w ustroju

gę, choć noszą piętno mechanicznego przeniesienia wzorów z innego systemu prawnego. Np. rozrządzeniami testamentowymi w systemie polskiego prawa rządzi zasada swobody testowania, abstrahująca od ostatecznej wielkości udziałów w majątku wspólnym, jakie powstaną dopiero w momencie ustania wspólności, tj. w chwili śmierci jednego z małżonków. Nie do przyjęcia jest natomiast propozycja M. Szajner zmierzająca do prawie całkowitego wyłączenia majątku wspólnego, jako substratu zaspokojenia w wypadku długów zaciągniętych przez jednego z małżonków — zob.: *W kwestii odpowiedzialności małżonków za zobowiązania w czasie trwania ustroju majątkowego wspólności ustawowej*, Rzeszowski Zeszyty Naukowe 1992, z. 11, s. 38 i n.

⁵⁷ Tak A. Jędrzejewska, op.cit., s. 36.

⁵⁸ Tak np. A. Mądrzak, op.cit., s. 130.

rozdzielności), na który składa się to, co wniósł do małżeństwa, jak i to czego się później dorobił, w szczególności uzyskując wynagrodzenie za pracę i ewentualne dochody z majątku, jaki posiadał przed zawarciem małżeństwa. Z chwilą ustania małżeństwa majątki obojga małżonków łączą się w jedną wspólną masę do podziału⁵⁹. Odpowiedzialność za długi byłaby zatem podporządkowana zasadom ustroju rozdzielności majątkowej, co oznacza, że każde z małżonków odpowiadałoby za zobowiązania swoim majątkiem odrębnym.

Analiza przemian polskiego prawa rodzinnego, jakie dokonały się w ostatnim dziesięcioleciu pokazuje, że prowadziły one do poszerzenia zastosowania znanych już instytucji i służyły wprowadzeniu nowych, zwiększając możliwość wyboru instrumentu prawnego przez osoby zainteresowane. Wynikiem zmian jest też dostosowanie uregulowań k.r.o. do standardów przyjętych na świecie, a zwłaszcza do ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych. Kolejne interwencje ustawodawcy wzmocniły ochronę szeroko pojętych praw stanu i stanowiły realizację fundamentalnych zasad prawa rodzinnego, takich jak zasada dobra dziecka, czy zasada równouprawnienia małżonków. Oczekiwać należy dalszych nowelizacji k.r.o., które dostosowałyby zasady odpowiedzialności małżonków za długi, do reguł gospodarki rynkowej.

⁵⁹ Por. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 145.