

*Piotr Osowy*

## **Przesłanka rozwodu w prawie niemieckim – rozważania na tle § 1565 ust. 1 i 2 BGB<sup>1</sup>**

### **I. Wprowadzenie**

Rozwód znany był już prawu antycznemu. Przewidywało go m.in. prawo babilońskie, asyryjskie, egipskie, greckie czy rzymskie<sup>2</sup>. Rozwody dopuszczano również dawne prawo niemieckie, kształtując je jako prywatną umowę albo jednostronne oświadczenie<sup>3</sup>. Pod wpływem doktryny chrześcijańskiej, uznającej małżeństwo za sprawę boską, zaczęto małżeństwo zaliczać stopniowo w wiekach średnich do sakramentów, przekształcając je w węzeł dożgonnie nierozzerwalny w odniesieniu do *matrimonium ratum et consummatum*<sup>4</sup>. Prawnoprocesową realizacją tej doktryny stało się objęcie w pierwszej połowie XII w. przez Kościół jurysdykcji w sprawach małżeńskich<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Decyzja o napisaniu artykułu była rezultatem wizyty, jaką na zaproszenie prof. Jana Winiarza złożył na Uniwersytecie Marii-Curie Skłodowskiej w Lublinie – Filia w Rzeszowie prof. Dieter Henrich.

<sup>2</sup> R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 249-251.

<sup>3</sup> H. Dölle, *Familienrecht*, t. I, Karlsruhe 1964, s. 474-476 oraz cyt. tam piśmiennictwo.

<sup>4</sup> W myśl kanonu 1141 prawa kanonicznego: *Matrimonium ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest* – „Małżeństwo zawarte i dopełnione nie może być rozwiązane żadną ludzką władzą i z żadnej przyczyny, oprócz śmierci” – I. Grabowski, *Prawo kanoniczne*, Warszawa 1948, s. 417-421.

<sup>5</sup> H. Lehman, D. Henrich, *Deutsches Familienrecht*, Berlin 1967, s. 128.

Dopiero Reformacja w XVI w. zachwiała utrwalone poprzednio zasady. Marcin Luter odrzucił kościelną jurysdykcję w sprawach małżeńskich, opowiadając się za przekazaniem kompetencji ustawodawczych i sądowych w tych sprawach świeckim organom państwowym. Wiek Oświecenia przyniósł nowe idee. Dopatrując się w małżeństwie wyłącznie charakteru umownego stosunku cywilnoprawnego (*contractus civilis*), utorował drogę dla ukształtowania się, w tym również w Niemczech, nowego, państwowego prawa rozwodowego, nie związanego z doktryną wyznaniową<sup>6</sup>.

Tendencje przejawiające się w dokonywanych reformach prawa rozwodowego w krajach zachodnioeuropejskich drugiej połowy XIX w. zmierzały do przekształcenia systemu rozwodu-**sankcji** w system oparty na **rozkładzie pożycia małżeńskiego**<sup>7</sup>. Typowym przykładem systemu rozwodu sankcji był niemiecki kodeks cywilny (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*) z 1896 r., z mocą obowiązywania od 1.01.1900 r.

Wprowadził on jako bezwzględne przyczyny rozwodowe cztery przesłanki zawinionego naruszenia obowiązków małżeńskich, a mianowicie:

- zdradę małżeńską,
- zamach na życie,
- złośliwe porzucenie,
- zawinione rozbicie związku małżeńskiego przez ciężkie naruszenie obowiązków albo przez niemoralne postępowanie.

Jedynym wyjątkiem od generalnej zasady zawinienia, jaki wprowadził niemiecki k.c., był przypadek nieuleczalnej choroby umysłowej jako dodatkowej przesłanki rozwodowej (§§ 1564-1569 BGB)<sup>8</sup>. System ten obowiązywał w Niemczech do 1938 r., kiedy to prawo rozwodowe zostało wyłączone z k.c. niem. do odrębnego aktu prawnego, jakim była faszystowska ustawa małżeńska byłej Rzeszy Niemieckiej. Ustawa ta, stanowiąc wyraz ideologii, przewidziała szereg bezwzględnych nie zawinionych przyczyn

---

<sup>6</sup> Okazało się bowiem, że konsekwentna realizacja idei dozgonnej nierozzerwalności małżeństwa jest trudna, jeżeli wręcz niemożliwa do osiągnięcia. Kościół katolicki, który w odniesieniu do *matrimonium ratum et consummatum* wyłączył możliwość uzyskania rozwodu, wprowadził ułomną instytucję **separacji** (kanon 1151-1155 w zw. z kanonem 1692-1696 prawa kanonicznego, *Codex Iuris Canonici*, Poznań 1984, s. 460-462 oraz 650-651.

<sup>7</sup> W grę chodzi tu tzw. system rozwodu – bankructwa nieudanego związku małżeńskiego.

<sup>8</sup> H. W a r m a n, *Prawo o rozwodzie i separacji*, Warszawa 1939, s. 179 i nast.

rozwodowych<sup>9</sup>. Pewne zmiany w tym zakresie nastąpiły w Niemczech z chwilą wejścia w życie ustawy małżeńskiej z dnia 20.02.1946 r., która ograniczyła liczbę przesłanek rozwodowych do trzech:

- zdrada małżeńska,
- ciężkie naruszenie obowiązków małżeńskich oraz
- nieodwracalny rozkład pożycia małżeńskiego po 3-letnim okresie opuszczenia wspólnego miejsca zamieszkania.

Tak więc ustawa – Prawo małżeńskie z 1946 r. przyjęła jako zasadę obiektywny rozkład pożycia małżeńskiego, przy jednoczesnym sankcjonowaniu zasady zawinienia i elementem 3-letniej separacji faktycznej, eliminując uregulowania wprowadzone w 1938 r. Jednakże wprowadzone zmiany nie znalazły pełnej akceptacji. D. Henrich<sup>10</sup> przeprowadził badania empiryczne, pokazujące efektywność obowiązujących przesłanek rozwodowych. I tak najwięcej rozwodów, bo aż 91%, udzielono ze względu na ciężkie naruszenie obowiązków małżeńskich, albowiem rozwód z powołaniem się na tę przesłankę był najłatwiejszy do przeprowadzenia. Natomiast liczba rozwodów z powodu zdrady wynosiła zaledwie 2,5%, a ze względu na rozkład pożycia tylko 4,5%. Sytuacja ta budziła uzasadniony niepokój. Nic więc dziwnego, że w doktrynie pojawiły się w latach 70-tych liczne głosy krytyczne<sup>11</sup>, co doprowadziło w efekcie do zmiany istniejącego od blisko 30 lat prawa rozwodowego. Zmiany te były wyrazem nowego spojrzenia na małżeństwo, jego powstanie, ustanie oraz na stosunki prawnomajątkowe między małżonkami. Zanim jednak ogłoszono nowy projekt ustawy o prawie małżeńskim, był on przedmiotem wielu kontrowersji. Wywoływały je zwłaszcza spory odnośnie do ustalenia **podstawy** do orzeczenia rozwodu<sup>12</sup>. Wielu bowiem przeciwników reformy było zdania, że daleko idące zmiany mogą przyczynić się do podważenia tradycyjnej idei małżeństwa, wyrażonej w dotychczas obowiązującym prawie. Ideą tą był

---

<sup>9</sup> H. D ö l l e, [w:] *Familienrecht...*, s. 479, przeprowadził szczegółową krytykę unormowań zawartych w tej ustawie.

<sup>10</sup> D. H e n r i c h, [w:] *Familienrecht. Kommentar*, München 1976, s. 86 przeprowadził krytykę prawa rozwodowego z 1946 r., wskazując na jego niedoskonałość.

<sup>11</sup> Np. H. V o g e l, *Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976*, Państwo i Prawo 1978, nr 3, s. 74 i nast.

<sup>12</sup> W. P a b l a s z, *RFN – Rozwód i alimentacja małżonka*, Gazeta Prawna 1978, nr 1, s. 39 i nast. – projekt był dyskutowany 24 razy w Komisji Prawnej Bundestagu i około 45 razy w podkomisjach powołanych do reformy prawa małżeńskiego.

dogmat małżeństwa jako związku zawartego „na zawsze”<sup>13</sup>. Wreszcie po tych wszystkich perypetiach z dniem 14.06.1976 r. weszła w życie ustawa o reformie prawa małżeńskiego i rodzinnego, która wniosła dalsze istotne zmiany w przepisach niemieckiego k.c., poświęconych kwestii rozwodu. Wprowadzone przez nią zmiany znalazły wyraz w następujących pięciu częściach, obejmujących:

- prawo do wzajemnego oddziaływania małżonków na sprawy osobiste po zawarciu małżeństwa,
- rozwiązanie małżeństwa (rozwód),
- problematyka alimentacyjna,
- zabezpieczenie praw rozwiedzionych małżonków oraz
- sądy rodzinne i przepisy proceduralne w sprawach małżeńskich.

Reforma ta, zmieniając prawo małżeńskie z 1946 r., przyjęła jako zasadę, że małżeństwo zawiera się na okres całego życia (*die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen*). Rozwód zatem miał się stać jedynie instrumentem umożliwiającym rozwiązanie małżeństwa w sytuacji, gdy kontynuowanie pożycia stało się niemożliwe. I tak, zgodnie z nowym, nadanym przez ustawę brzmieniem § 1565 ust. 1 BGB, małżeństwo może zostać rozwiązane przez rozwód jedynie wówczas, gdy uległo ono rozbiciu, tzn. gdy wspólność małżeńska nie istnieje i niepodobna oczekiwać, że zostanie ona przez małżonków restytuowana. Jeżeli jednak małżonkowie pozostają w rozdzielności przez okres krótszy niż 1 rok, małżeństwo może ulec rozwiązaniu przez rozwód, jeżeli dalsze jego utrzymywanie oznaczałoby dla żądającego rozwodu małżonka (powoda) szczególną dolegliwość i niesprawiedliwość z przyczyn tkwiących w osobie drugiego małżonka (§ 1565 ust. 2 BGB). Z kolei w zakresie ustalenia przyczyn rozkładu małżeństwa nowa regulacja polega na zaoszczędzeniu małżonkom występującym o rozwód obowiązku udowadniania faktów przemawiających za zasadnością jego orzeczenia. Niewątpliwie takie rozwiązanie zapobiega konieczności, często bardzo przykrej i kłopotliwej, przedstawiania przez współmałżonków szczegółów

---

<sup>13</sup> Projekt reformy prawa małżeńskiego przekazano do Bundestagu 11.12.1975 r., przy czym wymagał on jeszcze zatwierdzenia przez Bundesrat. Przedstawiciele Dolnej Saksonii, niechętni projektowi, poparli posłów z Chrześcijańskiej Demokracji i większością 1 głosu dnia 1.01.1976 r. projekt w wersji pierwotnej odrzucono. Dopiero po jego zmodyfikowaniu i w wyniku osiągniętego kompromisu przyjęto nowy projekt w dniu 5.04.1976 r., a następnie w dniu 14.06.1976 r. promulgowano.

z ich życia prywatnego i łączących ich stosunków intymnych. Warto przypomnieć, iż podobną propozycję jako postulat *de lege ferenda* zgłosił na gruncie prawa polskiego A. Olejniczak<sup>14</sup>. W tym celu ustawa określa dwa domniemania, których wystąpienie winno przemawiać za faktycznym istnieniem braku więzi między małżonkami. Są nimi:

- sytuacja, gdy małżonkowie od roku żyją oddzielnie i oboje wytaczają powództwo o rozwód. Małżonkowie żyją osobno, gdy między nimi nie istnieje żadna wspólnota domowa (*keine häusliche Gemeinschaft*) i jeden z małżonków wyraźnie nie chce jej przywrócenia, ponieważ odrzuca kategorycznie małżeńską wspólnotę życia (*die eheliche Lebensgemeinschaft*). Wspólnota ta nie istnieje także wówczas, gdy małżonkowie żyją wewnątrz domu małżeńskiego jako osoby sobie obce (§ 1567 ust. 2 BGB)<sup>15</sup>;

- drugim przypadkiem uzyskania rozwodu, nie wymagającym wnikania przez sąd w sferę życia osobistego małżonków, jest wystąpienie z żądaniem rozwodu przez któregośkolwiek z nich w sytuacji, gdy rozłąka trwa przez okres 3 lat (§ 1566 ust. 2 BGB). Mimo tych „udogodnień”, co uznać należy za pozytywny przejaw służebnej roli prawa wobec problemów jednostki, ustawodawca niemiecki nakłada na sąd rozwodowy obowiązek wysłuchania w każdym wypadku obu zainteresowanych stron<sup>16</sup>.

Podobnie jak w przepisach polskiego k.r.o. (art. 56 § 1), tak i w niem. k.c. ustawodawca zawarł ważne z punktu widzenia elementarnych zasad ładu społecznego negatywne przesłanki rozwodowe (*Härteklausel*)<sup>17</sup>, wyrażające się w postanowieniu, iż rozwód mimo istniejącego rozkładu pożycia nie może zostać orzeczony w wypadku, gdy wyjątkowo utrzymanie małżeństwa dyktuje wzgląd na interes pochodzących z danego małżeństwa małoletnich dzieci albo gdy orzeczenie rozwodu stanowiłoby w sytuacjach

---

<sup>14</sup> A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980, s. 26 i nast.

<sup>15</sup> S. Kniebs, *Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976, Gesetzestext aus den Materialien und ergänzende Erläuterungen*, FamRz 1978, Nr 6, s. 131-148.

<sup>16</sup> H. Thomas, H. Putzo, *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen*, München 1993.

<sup>17</sup> H. Görgens, *Zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu den Härteklauseln im neuen Scheidungsrecht – § 1565 i 1568 BGB*, FamRz 1985, Nr 5.

wyjątkowych szczególnie ciężką dolegliwość dla współmałżonka, który jest przeciwny rozwodowi (§ 1568 ust. 2 BGB).

Jednakże zastosowanie tej klauzuli staje się niemożliwe, gdy małżonkowie żyją oddzielnie przez czas dłuższy niż 5 lat i stan ten jest zgodny z rzeczywistością<sup>18</sup>. Ustawa o reformie prawa małżeńskiego z 1976 r. utrzymała przesłankę rozbitcia małżeństwa jako podstawę do orzeczenia rozwodu oraz nie wymaga istnienia okresu separacji<sup>19</sup>. Dodatkowo przepis § 1569 BGB stanowi, że małżeństwo może być uznane za rozbite nawet wtedy, gdy małżonkowie nadal zamieszkują pod wspólnym dachem<sup>20</sup>. Fakt zamieszkiwania lub nie pod jednym dachem nie ma wpływu na udzielenie lub odmowę udzielenia rozwodu przez sąd. Dla uzyskania rozwodu wystarczy bowiem przekonać sąd, że małżeństwo uległo **rozbitciu**. Ta generalna zasada jest kwalifikowana przez przepis § 1565 ust. 2a BGB, który został dodany do reformatorskiej ustawy z 1976 r., aby w trakcie procesu rozwodowego sąd mógł zaniechać ustalania w orzeczeniu rozwodowym winy małżonków oraz aby mógł oderwać się od sztywno rozumianego pojęcia „rozbitcie pożycia”<sup>21</sup>.

## **II. Dopuszczalność orzeczenia rozwodu według przepisu § 1565 ust. 1 BGB**

Przepis § 1565 ust. 1 BGB traktujący o rozbitciu małżeństwa jest nie tylko zdaniem programowym, lecz jest także jedynym unormowaniem obowiązującej podstawy prawnej dla orzeczenia każdego rozwodu, ale obojętne jest to, jakie warianty zostaną zastosowane dla ustalenia rozbitcia małżeństwa. Pewne niejasności o charakterze interpretacyjnym wywołuje użycie w treści tego przepisu wyrazu „może” zamiast „musi”, gdyż odnieść można wrażenie, że sędzia jest upoważniony, ale nie zobowiązany do udzie-

---

<sup>18</sup> D. S c h w a b, *Handbuch des Scheidungsrechts*, München 1977, s. 30.

<sup>19</sup> Podobny stan prawny przewidywało prawo małżeńskie z 1946 r.

<sup>20</sup> Podobne rozwiązanie przewiduje prawo polskie. Jeżeli bowiem przy zupełnym braku więzi duchowej i fizycznej pozostały pewne elementy więzi gospodarczej, wywołane szczególnie okolicznościami (np. wspólnym zamieszkiwaniem), rozkład pożycia mimo to uznać można za zupełny, a zatem skutkujący możliwością orzeczenia rozwodu – zob. orzeczenie SN z dnia 9.04.1953 r. II C 2911/52, Państwo i Prawo 1954, nr 1, s. 180.

<sup>21</sup> W. P a b l a s z, *Rozwód...*, s. 41.

lenia rozwodu, jeżeli spełnione są wszystkie prawne przesłanki jego orzeczenia. Tymczasem jest przeciwnie. Sąd nie ma żadnej swobody działania przy osądzaniu. Wydaje się jednak, że sformułowanie „może” orzec rozwód zamiast „musi” jest słusznym zabiegiem legislacyjnym, ponieważ bez żądania rozwodu przez współmałżonka nie powinno być rozwiązane żadne, również rozbite, małżeństwo.

Ustawodawca niemiecki świadomie zrezygnował przy urzeczywistnieniu zasady rozkładu pożycia z formuły „rozkład” i zastosował termin „rozbitcie”. Przez ten gramatyczny zabieg usunął reminiscencje odnośnie do zasady winy w rozbitciu pożycia małżeńskiego, a tym samym dał wyraz temu, że na niepowodzenie małżeństwa może mieć wpływ np. negatywny obrót spraw rodzinnych, na który małżonkowie nie mają wpływu.

Zdanie pierwsze § 1565 ust. 1 BGB zawiera obowiązującą dla rozwodu dwuczłonową definicję prawną pojęcia rozbitcia małżeństwa, w której ustawodawca zastosował pojęcia wymagające uściślenia. Zdaniem D. Henricha<sup>22</sup> chodziło o to, aby unormować dwa symptomy jako cechy nieuleczalnego rozbitcia pożycia, które należy uchwycić podczas badania dowodów w procesie rozwodowym. Stąd też sąd zobowiązany jest do podwójnego sprawdzenia okoliczności sprawy:

- po pierwsze, do sprawdzenia obecnego stanu stosunków małżeńskich, a konkretnie zbadania, czy współżycie małżonków już nie istnieje;
- po drugie, do zbadania przewidywanego rozwoju negatywnego stosunku małżonków do siebie, a więc czy nie można oczekiwać, że małżonkowie odnowią wzajemne pożycie.

Dopiero w przypadku negatywnego wyniku tych badań można orzec, że dane małżeństwo jest rozbite<sup>23</sup>. Naturalnie, należy wziąć pod uwagę poprzez interpretację wynikającą z logicznego związku, na podstawie porównania z przepisem § 1565 ust. 2 BGB, że rozwód jest dopuszczalny dopiero po upływie jednorocznego okresu separacji małżeńskiej. W celu

---

<sup>22</sup> D. Henrich, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht. Scheidung. Trennung. Folgen*, München 1987, s. 41.

<sup>23</sup> Rozwód jest uzasadniony i dopuszczalny dopiero po wystąpieniu ostatecznego zburzenia małżeństwa, a nie już podczas rozwijającego się procesu rozbitcia – Bundesgesetzblatt 9/4777 do § 1565 ust. 1 niem. k.c. Omawiany przepis jest jedną z postawionych przez prawo niemieckie do dyspozycji współmałżonków możliwością przedstawienia ich subiektywnego prawa do rozwodu, a więc jest wystarczającą podstawą prawną do jego orzeczenia.

stwierdzenia faktu pozostawania w separacji należy powołać się na przepis § 1567 BGB. Zawiera on stwierdzenie, że wspólne pożycie nie istnieje, gdy małżonkowie żyją we wspólnym mieszkaniu jako osoby sobie obce. Natomiast dla zastosowania przepisu § 1565 ust. 1 BGB jest bez znaczenia, czy współmałżonek nie godzi się na rozwód, czy zgadza się nań lub czy też sam wnosi pozew o orzeczenie rozwodu. Wypływa stąd wniosek, że w obu omówionych wyżej przypadkach rozwodu za zgodą obu stron, małżonkowie nie są zobowiązani do przyjęcia wariantów rozwodu zawartych w przepisie § 1566 ust. 1 BGB, zgodnie z którym domniemywa się, że małżeństwo jest rozbite, gdy małżonkowie od roku żyją oddzielnie i oboje wnoszą o rozwód albo gdy jeden z małżonków wnosi o rozwód, a drugi wyraża na to zgodę.

W grę wejdzie tu również dodatkowe utrudnienie w uzyskaniu rozwodu, jakie przewiduje przepis § 830 niem. k.p.c. (*ZPO – Zivilprozeßordnung*), zgodnie z którym do zajęcia nieruchomości hipotecznej, stanowiącej wspólny dorobek małżonków, potrzebne jest, poza decyzją o takim zajęciu, jednoczesne przekazanie listów hipotecznych wierzycielowi. A ponieważ istniejąca wspólność majątkowa małżeńska wyklucza dokonanie podziału listów hipotecznych, wymagane jest wpisanie zajęcia do księgi wieczystej, które następuje na podstawie decyzji o zajęciu. Dlatego też pogląd wyrażony w początkowym okresie obowiązywania nowego prawa małżeńskiego, aby utrzymać żądanie, o którym mowa w § 830 ZPO w zbiegu z przepisem § 1566 ust. 1 BGB przy każdym rozwodzie za zgodą stron, nie spotkał się z akceptacją<sup>24</sup>.

### **1. Niestnienie wspólnoty pożycia małżeńskiego**

Jak to wykazała wcześniejsza analiza przepisu § 1565 ust. 1 BGB, sama definicja prawna nie wyjaśnia, co należy rozumieć pod pojęciem wspólnoty pożycia małżeńskiego. To zrozumienie jest podstawą dla dokonania prawidłowej oceny, czy w danym przypadku można mówić o braku współżycia, czy też nie. Rozbicie małżeństwa oznacza ostateczne niepowodzenie wspólnego małżeńskiego planu życiowego. Na wysunięcie po-

---

<sup>24</sup> D. S c h w a b, *Probleme des materiellen Scheidungsrechts*, Fam RZ 1986, Nr 7, s. 58 i nast. Uważa on, iż utrzymanie takiej zależności nie da się pogodzić z ewentualnymi rozszczeniami, jakie w stosunku do małżonków, którzy zamierzają się rozwieść, mogą posiadać ich wspólni wierzyciele.



wyższej tezy, zdaniem D. Schwaba<sup>25</sup>, pozwala przepis § 1565 ust. 1 zd. 2 w zw. z § 1353 ust. 1 i 2 BGB. Przepisy te podkreślają, że małżeństwo spełnia się tylko we wspólnocie pożycia małżeńskiego, gdyż małżeństwo zostaje zawarte na całe życie, a małżonkowie ponoszą za siebie nawzajem odpowiedzialność. Według D. Henricha<sup>26</sup>, na interpretację pojęcia „wspólne pożycie” zdecydowany wpływ ma fakt, że 1 ustawa do reformy prawa małżeńskiego zrezygnowała z przedstawienia modelowego obrazu wspólnoty pożycia małżeńskiego. Stwierdza ona jednocześnie, że tylko główne struktury małżeństwa są utrzymane jako podstawowe, a nie sam sposób, w jaki ma się odbywać proces wzajemnego pożycia małżeńskiego. Bowiem dla przepisu § 1565 ust. 1 BGB właściwa jest ta forma współżycia, którą wybrali sami małżonkowie, a która wcale nie musi odpowiadać ogólnym poglądom<sup>27</sup>. Ponadto już w prawie małżeńskim z 1946 r., według opinii panującej wśród przedstawicieli doktryny<sup>28</sup>, dla przyjęcia psychologicznego stanu faktycznego, w którym można by mówić o nieuleczalnym rozbiu małżeństwa, ważne było, czy w przekonaniu przynajmniej jednego ze współmałżonków zniszczone zostało małżeńskie przekonanie o potrzebie wspólnego pożycia, z uwagi na całkowite oziębienie wzajemnych kontaktów<sup>29</sup>. Według nowego prawa małżeńskiego odpadła **obiektywna** cecha rozbiu pożycia, istotna dla określenia istnienia współżycia. I tylko jeszcze tzw. partnerskie wspólne samookreślenie się małżonków co do sposobu urzeczywistnienia małżeństwa pozostaje w mocy.

Tym samym stało się jeszcze bardziej jasne dla przedstawicieli niemieckiej doktryny, że właściwym punktem odniesienia dla oceny faktycznego stanu pożycia jest „**subiektywne nastawienie każdego z małżonków do partnera**”. Rozumie się pod tym pojęciem tzw. małżeńskie przekonanie,

---

<sup>25</sup> D. Schwab, *Handbuch...*, s. 39 i nast.

<sup>26</sup> D. Henrich, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 44.

<sup>27</sup> K. Johannsen, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 45.

<sup>28</sup> S. Schwab, *Probleme...*, s. 40; H. Lehman, D. Henrich, *Deutsches Familienrecht*, Berlin 1967.

<sup>29</sup> R. Tokarczuk, *Charakterystyka ogólna amerykańskiego prawa rodzinnego*, Rejent 1999, nr 12, s. 29 podaje, że przyczyną orzeczenia rozwodu jest stwierdzenie przez sąd „nieprzewycięzalnych różnic” (*irreconcilable differences*), które spowodowały „nieodwracalne załamanie się małżeństwa” (*irremediable breakdown*). To rozwiązanie jest podobne do uregulowań przyjętych na gruncie prawa niemieckiego.

czy też wzajemną wewnętrzną więź<sup>30</sup>. Według K. Johannsena<sup>31</sup>, kompleksowe pojęcie „więź” może być bliżej sprecyzowane poprzez to, że musi występować nacechowane szacunkiem i wiernością uczucie, jak również gotowość starania się o jedność we wszystkich sprawach ważnych dla pożycia<sup>32</sup>. Ukazane już wcześniej wspólne urzeczywistnienie przyrzeczenia małżeńskiego w trwającym związku musi występować w osobistej wspólnocie małżonków jako **wzajemny wewnętrzny udział w losie partnera**. Dlatego też, zdaniem H. Lüka<sup>33</sup>, każde przeciwieństwo, zniszczenie partnerskiego uczucia, odwrócenie się od partnera, które może być unaocznione niekoniecznie przez nienawiść, jest ostatecznie decydującym kryterium dla stwierdzenia, że wzajemne pożycie małżonków już nie istnieje. Z powyższego wynika, że całkowita utrata małżeńskiego przekonania w osobie choćby jednego tylko małżonka musi prowadzić do wniosku, że pożycie małżonków, które wymaga obustronnej wewnętrznej więzi, już nie istnieje. Stanowisko takie jest, jak się wydaje, przykładem tzw. koncepcji jednostronnego rozbicia pożycia, która na gruncie prawa polskiego, lansowana przez J. Gwiazdomorskiego<sup>34</sup>, nie znalazła szerszego uznania. Oczy-

<sup>30</sup> K. J o h a n n s e n, [w:] D. H e n r i c h, K. J o h a n n s e n, *Eherecht...*, s. 39.

<sup>31</sup> K. J o h a n n s e n, [w:] D. H e n r i c h, K. J o h a n n s e n, *Eherecht...*, s. 41.

<sup>32</sup> Przyjęte rozwiązanie niemieckie, w którym o istnieniu czy braku istnienia wzajemnego pożycia decydują subiektywne oceny partnerów, różnią się od tych, do których odwołuje się ustawodawca polski – czyli do kryterium normatywnego, według którego postępowanie lub zachowanie małżonków stoi w sprzeczności z podstawowymi obowiązками zakreślonymi przez normy prawne (art. 23 i 27 k.r.o.). Oba te rozwiązania mają swoje pozytywne i negatywne strony. Realizacja czystej teorii subiektywnej może napotykać trudności związane z praktyką orzeczniczą, ale też niezbadanie elementu psychicznego graniczyć będzie z ryzykiem wydania błędnego orzeczenia. Koncepcja normatywna *a priori* zakłada godzenie się na pewien schematyzm, pomieszenie pojęcia rozkładu z problemem dowodu oraz stwarzania łatwą pokusę dla sądu „zaszufladkowania” każdej sprawy, jako „odnotowanej we właściwym sądowym repertorium”. Uważam, że przyjęcie kryterium mieszanego „**subiektywno-obiektywnego**”, w którym – mając na względzie kompleksowość pojęcia – badać się będzie to zjawisko zarówno w sferze psychiki (w tym zakresie istotna rola przypaść może w udziale dowodowi ze strony – art. 299 k.p.c. i § 613 ZPO), jak i w sferze zewnętrznych przejawów, poszukując w ten sposób konstatacji rzeczywistego stanu. W literaturze koncepcję tą popierali: J. G w i a z d o m o r s k i, *Rozkład wspólności jako podstawa rozwodu*, Nowe Prawo 1955, nr 5, s. 67 i nast. oraz A. K ę d z i e r s k a, *O rozkładzie pożycia jako przesłance rozwodowej*, Nowe Prawo 1956, nr 4, s. 73 i nast.

<sup>33</sup> H. L ü k e, *Neufassung des Familienrechts der Ehescheidung*, Neue Juristische Wochenschrift 1975, Nr 17.

<sup>34</sup> J. G w i a z d o m o r s k i, *Rozkład wspólności...*, s. 65.

wście, małżeńskie przekonanie nie ogranicza się w większości małżeństw do tych omówionych wcześniej psychologicznych aspektów sprawy. Jak się wydaje, wyraża się ono bardziej w widocznych zewnętrznych faktach i sposobach zachowania, a w szczególności we wspólnocie cielesnej i domowej.

Mówi się, że wspólnota pożycia małżeńskiego jest w stosunku do wspólnoty domowej pojęciem szerszym<sup>35</sup>. Tak chyba jest. Jednak na płaszczyźnie pojęciowej nie można obydwu pojęć umieścić na jednym poziomie. Wspólnota domowa nie może oznaczać nigdy całkowitej wspólnoty małżeńskiego pożycia. Jest bowiem często tak, że wspólnota domowa wcale nie egzystuje lub małżonkowie po pewnym czasie zrezygnują z niej przejściowo, a pożycie mimo to trwa. Jako przykład H. Dölle<sup>36</sup> podaje sytuację małżeństwa osób pracujących zawodowo, a zatrudnionych w daleko od siebie odległych miejscowościach, o ograniczonej możliwości stałego, osobistego komunikowania się, czy też chroniczną chorobę współmałżonka, z koniecznością ciągłego hospitalizowania. Z drugiej jednak strony wspólnota małżonków może być już tak „martwa”, a proces wyobcowania może dojść tak daleko, że wspólnota domowa nie opiera się już na kanonie wzajemnej, wewnętrznej więzi<sup>37</sup>. Dlatego też doktryna niemiecka na ogół uznaje, że małżeństwo może być już rozbite, chociaż małżonkowie jeszcze nie żyją w separacji<sup>38</sup>. Naturalnie separacja, jeżeli nastąpi, jest bardzo ważną oznaką zewnętrzną dla możliwości podjęcia decyzji o rozwiązaniu małżeństwa, która odpada jednakże podczas kontynuacji wspólnoty domowej. Pojawia się tu jednak trudność w postaci przedstawienia wiarygodnego dowodu na istnienie rozbicia małżeństwa. Powyższe dowody mogą prowadzić do przekonania, że także kontynuowanie współżycia seksualnego nie musi wykluczać przyjęcia rozbicia pożycia małżeńskiego<sup>39</sup>. Jednakże wte-

---

<sup>35</sup> J. H a d e r k a, *Rozvod v soucasnem svete*, Praha 1986, s. 50.

<sup>36</sup> H. D ö l l e, *Familienrecht...*, s. 484.

<sup>37</sup> D. S c h w a b, *Handbuch...*, s. 30.

<sup>38</sup> Ch. B ö h m e n, *Das Ehe und Familienrechts mit dem neuen Scheidungsrecht*, [w:] *Studia Prawnicze* 1978, nr 3, s. 69 i nast.

<sup>39</sup> J. H o l z h a u e r, *Die Scheidungerschwernis des § 1565 ust. 1 i 2 BGB*, *Juristische Wochenschrift* 1979, Nr 8, s. 10. Jednocześnie autor ten uważa, że większość przedstawicieli doktryny ogranicza ten pogląd do przypadku sporadycznych stosunków płciowych.

dy może być trudny do przeprowadzenia dowód na wykazanie pełnej wewnętrznej obcości, obojętności w stosunku do osoby partnera.

Przedstawione rozwiązanie musi prowadzić do pytania, kiedy wspólnota małżeńskiego pożycia już nie istnieje, jeżeli małżonkowie utrzymują w większym lub mniejszym stopniu resztę zewnętrznej wspólnoty? Jak się wydaje, pytanie to jest ze względu na subiektywne ujęcie wspólnoty pożycia teoretycznie proste, natomiast w konkretnych, praktycznych przypadkach życia codziennego trudno dać na nie jednoznaczną odpowiedź<sup>40</sup>. Wydaje się, że ta teoretyczna odpowiedź powinna brzmieć, **iz wspólnota pożycia małżeńskiego pomimo tych przejawów wspólności zostaje zniesiona, gdy przynajmniej jeden z małżonków utrzymuje ten stan w swoim subiektywnym odczuciu z innych motywów niż z tzw. partnerskiej skłonności do drugiego z małżonków**. W kwestii tej H. Lungwitz<sup>41</sup> wypowiedział pogląd, iż utrata tylko subiektywnych przesłanek wspólnoty pożycia małżeńskiego pozwala małżeństwu nadal egzystować. Jego zdaniem, owa utrata jest tylko pozorna, bo utrzymana jeszcze obiektywna wspólnota warunkuje nadal wymagane minimum subiektywnego porozumienia.

Tezę tę neguje D. Henrich<sup>42</sup>, który uważa, że to stanowisko nie może zostać zaakceptowane, bowiem porozumienie co do spraw rzeczowych życia codziennego możliwe jest i potrzebne także pomiędzy partnerami żyjącymi trwale w związku o charakterze nieformalnym. I stąd nie może być utożsamiane z więzią małżeńską. Wypada zgodzić się z powyższą argumentacją, tym bardziej iż także w przypadku nietypowych wspólnot, np. przy ustalonym braku wspólnoty mieszkaniowej, nie obowiązują z zasady żadne inne miary dla oceny pojęcia istnienia lub braku pożycia małżeńskiego. Typowym przykładem niech będzie podana przez D. Schwaba<sup>43</sup> rola małżeństwa pomiędzy artystami działającymi w różnych miejscach lub w ogóle między małżonkami, którzy wykonują swój zawód w miejscowościach lub krajach daleko od siebie położonych. Małżeństwa te z różnych względów

---

<sup>40</sup> Przecież owe resztki zewnętrznej wspólnoty mogą składać się właśnie z przypadkowych kontaktów seksualnych pomiędzy małżonkami.

<sup>41</sup> H. Lungwitz, *Entwicklung und Faktoren der Ehescheidung*, Neue Juristische Wochenschrift 1976, Nr 3.

<sup>42</sup> D. Henrich, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 46.

<sup>43</sup> D. Schwab, *Probleme...*, s. 59.

nie zakładają żadnego stałego punktu, wokół którego koncentrowałoby się ich życie małżeńskie, lub świadomie rezygnują ze stworzonego wcześniej wspólnego lokum. W tych przypadkach duchowa wspólnota, wewnętrzna więź małżonków może wyrażać się np. w wymianie korespondencji, w odwiedzinach czy też wspólnych pobytach wakacyjnych. I tu również, jak i w typowym pożyciu małżeńskim, należy widzieć możliwość rozwiązania takiego „nie odpowiadającego ogólnym poglądom” pożycia małżeńskiego. Zdaniem M. Grabe<sup>44</sup>, może to mieć miejsce w przypadku całkowitego wewnętrznego odejścia przynajmniej jednego z małżonków od partnera, które na zewnątrz uwidacznia się w zaniedbaniu albo w całkiem wyraźnym zaniechaniu dotychczasowych kontaktów lub wreszcie w otwartej, słownej manifestacji niechęci. W omawianym przypadku trudnym może okazać się ustalenie, od kiedy takie szczególnie ustalone pożycie przestało istnieć, jeżeli wzajemne kontakty stopniowo zanikały. M. Grabe<sup>45</sup> uważa, że czas ten powinien zbiegać się z początkiem separacji w sensie prawnym. Jednakże w wątpliwych przypadkach (stanach faktycznych) należy oddalić pozew o rozwód<sup>46</sup>. Podsumowując rozważania dotyczące kwestii istnienia lub nieistnienia wspólnoty pożycia w nietypowych związkach, powołałam się na stwierdzenie K. Johannsena<sup>47</sup>, który uważa, że na podstawie opublikowanego orzecznictwa można sądzić, iż przypadki nietypowego pożycia nie sprawiły dotychczas żadnych większych problemów w zakresie zastosowania przez sądy niemieckie w wyroku rozwodowym przepisu § 1565 ust. 1 BGB. Na szczególną uwagę przy omawianiu kwestii pożycia małżeńskiego zasługuje również sprawa tzw. małżeństwa pozornego, celowego lub fałszywego. Są to wypadki zawierania małżeństw np. w celu uzyskania nazwiska, pozwolenia na pobyt w Niemczech przez zagranicznych współmałżonków. Zawierający związek małżeński są zgodni, że nie zakładają żadnej przewidzianej przez prawo postaci małżeństwa, obojętnie w jakiej formie, lecz że po osiągnięciu zamierzonego (ukrytego celu) – rozwiodą się. Jak podkreśla D. Schwab<sup>48</sup>, jest to dla ustawodawcy niemieckiego i samego

<sup>44</sup> M. Grabe, *Die Entstehung und Funktion des Familiengerichts*, FamRZ 1981, Nr 2, s. 15.

<sup>45</sup> M. Grabe, *Die Entstehung...*, s. 16.

<sup>46</sup> Bundesgesetzblatt 6/750 do § 1565 ust. 1 BGB.

<sup>47</sup> K. Johannsen, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 48.

<sup>48</sup> D. Schwab, *Das Recht der Ehescheidung nach dem Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts, die Scheidungsgründe*, FamRZ 1976, Nr 10.

społeczeństwa ważki problem natury bez mała politycznej. Skąd ten problem? Otóż, jeżeli urzędnik stanu cywilnego nie rozpozna tej fikcyjnej umowy i nie oddali legalizacji małżeństwa, lecz ją przeprowadzi, to w grę nie będzie wchodziło już pojęcie **małżeństwa nie istniejącego**, lecz w świetle prawa będzie to związek **ważny**. W takim wypadku znajdzie zastosowanie przepis § 1564 zd. 1 BGB, zgodnie z którym rozwód może zostać orzeczony tylko na mocy wyroku sądowego, na żądanie jednego lub obojga małżonków. Na tle tego zagadnienia zrodziło się pytanie, czy także w wypadku małżeństwa fałszywego lub celowego musi być wzięty pod rozwagę okres 1 roku separacji, o którym mowa w § 1565 ust. 2 BGB? H. Görgens<sup>49</sup> uważa za właściwe, aby małżeństwom fałszywym nie przydzielać żadnego szczególnego (negatywnego) statusu i traktować je w zasadzie jak wszystkie inne małżeństwa, będące w zgodzie z wymogami obowiązującego prawa.

## 2. Sądowe ustalenie rozbitcia małżeństwa

Zgodnie z przepisem §§ 1564<sup>1</sup> i 1566<sup>1</sup> ust. 1 i 2 BGB<sup>50</sup>, należy rozróżnić dwa rodzaje postępowania rozwodowego:

- a) postępowanie sporne i
- b) postępowanie za obopólną zgodą.

Ad a) W trakcie postępowania rozwodowego, w sytuacji gdy pozwany współmałżonek wniósł o oddalenie żądania pozwu w przedmiocie orzeczenia rozwodu, sąd nie może oprzeć mającego zapaść ewentualnie wyroku rozwodowego jedynie na wyjaśnieniach powoda, że małżeństwo jest rozbite lub że powód nie jest przygotowany na powrót do wspólnoty małżeńskiej. Gdyby tak uczynił, to doszłoby do naruszenia art. 6 ust. 1 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG – Konstytucji Niemiec)<sup>51</sup>, wedle którego sądowe sprawdzenie, czy małżeństwo zostało ostatecznie rozbite, jest obligatoryjną powinnością sądu, a ten obowiązek zostałby zastąpiony przez jednostronne oświadczenie uczestniczącego bezpośrednio w rozprawie małżonka. Jeżeli jednak oświadczenie małżonka, który stwier-

---

<sup>49</sup> H. G ö r g e n s, *Neues Scheidungsrecht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, FamRZ 1977, Nr 8, s. 110.

<sup>50</sup> W brzmieniu nadanym nowelą z dnia 14.06.1976 r.

<sup>51</sup> *GG vom. 23. Mai 1949 r., Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts*, Begründet von Heinrich Schönfelder, München 1998, s. 6.

dzi, że całkowicie stracił przekonanie małżeńskie, nie będzie, zdaniem sądu, wystarczające do orzeczenia rozwodu, to wyłoni się dowodowa trudność w ustaleniu tzw. „psychologicznych okoliczności nieuleczalnego rozbicia małżeństwa”. Występowanie tych psychologicznych okoliczności sprawy może sędzia prowadzący postępowanie uchwycić tylko za pomocą zewnętrznych, zaobserwowanych faktów i realnych działań w połączeniu z psychologicznymi procesami myślowymi. Dlatego też w niemieckiej nauce przedmiotu przyjmuje się, że sądowe ustalenie rozbicia małżeństwa opiera się w głównej mierze na teorii procesu poszlakowego<sup>52</sup>. Za znaczącą poszlakę przemawiająca za tym, że wspólnota pożycia małżeńskiego już nie istnieje, uważa doktryna niemiecka zniesienie wspólnoty domowej (jako obiektywnej przesłanki występowania separacji faktycznej), a następnie samą separację jako już w pełni obiektywny stan faktyczny, w myśl przepisu § 1567 ust. 1 BGB<sup>53</sup>. Już sam fakt, a przede wszystkim czas trwania separacji przedstawiają ogólnie ważne poszlaki dla ustalenia rozbicia małżeństwa. Rzeczywiste podstawy, z których wynika możliwość ustalenia rozbicia małżeństwa, są często jednakowe, jednakże separacja sama w sobie, przy jednoczesnej odmowie zgody na rozwód ze strony pozwanego małżonka, nie uzasadnia jeszcze przyjęcia przez sędziego domniemania, o którym mowa w § 1566<sup>1</sup> BGB. W przeciwnym razie ciężar przeprowadzenia dowodu (*Beweislast*) na to, że małżeństwo nie jest rozbite, przesunąłby się na powoda, co w świetle § 402 ZPO byłoby niedopuszczalne. Dlatego też faktowi separacji i jej trwania przypisuje się znaczenie tylko poszlaki, której moc dowodowa wzrasta wraz ze zwiększającym się czasem trwania separacji, ale poza tym zależeć będzie jeszcze od dalszych warunków (każdego) konkretnie rozstrzyganego przypadku. Także żądanie rozwodu po upływie roku separacji oceniane jest jako przesłanka znacznie wspierająca możliwość ustalenia rozbicia pożycia małżeńskiego<sup>54</sup>. Z tą tezą nie zgadza się D. Henrich<sup>55</sup>. Argumentuje on, iż z poglądem tym trudno się zgodzić w

---

<sup>52</sup> A. Schozeit, *Gerichte und Justizbehörden der BRD*, tłum. w: Nowe Prawo 1980, nr 3, s. 103.

<sup>53</sup> A. Schozeit, *Gerichte...*, s. 105.

<sup>54</sup> H. Wolf, *Grundlagen, Ausgestaltung des neuen Scheidungsrechts in BRD*, FamRZ 1986, Nr 7, s. 58 i nast.

<sup>55</sup> D. Henrich, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 49.

przypadku jednostronnego żądania rozwodu, albowiem przez to przedmiot badania, czyli pozew rozwodowy, zostałyby sam podniesiony do rangi kryterium oceny. Poza tym uważa on, że żądanie rozwodu jest tylko działaniem procesowym, które odpowiada świadectwu własnemu podmiotu o subiektywnym odczuciu rozbicia. Z tezą tą zgadza się K. Johannsen<sup>56</sup>, który uważa, że tylko własne świadectwo nie wystarcza jeszcze dla stwierdzenia faktu istnienia lub nierozbicia pożycia. Jako relatywnie pewną oznakę ostatecznego, wewnętrznego odejścia od współmałżonka ocenia się w doktrynie niemieckiej fakt podjęcia nie tylko przejściowych stosunków powoda (lub jego współmałżonka) z osobą trzecią, ale również uzasadnienie faktu podobnego do małżeńskiego współżycia z kimś trzecim<sup>57</sup>. Jeżeli jednak brakuje wystarczająco pewnej oznaki, że pożycie nie istnieje, wówczas sędzia (*Familienrecht*) nie będzie mógł, analizując taki przypadek, powstrzymać się od bliższego wyjaśnienia warunków pożycia małżonków w czasie trwania separacji, jak również zachowania się tychże małżonków po powrocie do wspólnego pożycia. Co prawda takie badanie będzie kolidować z przewodnią myślą prawa rozwodowego, aby nie wnikać do sfery osobistej i intymnej małżonków, lecz takie działanie musi być podjęte zgodnie z cyt. już przepisem § 6 ust. 1 GG, a to w celu strzeżenia znajdującego się w kryzysie, ale jeszcze nie całkowicie rozbitego małżeństwa. Dlatego też główna myśl ochrony sfery osobistej i intymnej w połączeniu z zasadą względności, którą należy uwzględniać w istniejącym porządku prawnym, nakazuje sędziemu ograniczyć taką ingerencję do rzeczywiście niezbędne minimum<sup>58</sup>. Tak np. pogląd, że ocena faktów „zmusza” sędziego do badań w sferze intymnej poprzez zadawanie pytań o datę ostatniego stosunku płciowego, nie znajduje, zdaniem H.P. Dopffela<sup>59</sup>, żadnego racjonalnego wytłumaczenia. Dlatego też dla oceny warunków życiowych małżonków, powodu ich separacji i innych możliwych przyczyn rozbicia pożycia małżeńskiego decydującym powinien być jedynie fakt wzajemnego oddziaływania na więź małżeńską. Stąd, zdaniem D. Schwaba<sup>60</sup>, jakiegokolwiek

---

<sup>56</sup> K. Johannsen, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 50.

<sup>57</sup> H. Wolf, cyt. za: D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 51.

<sup>58</sup> H.P. Dopffel, *Rozwód a równouprawnienie małżonków w prawie rodzinnym RFN*, *Studia Prawnicze* 1976, nr 3, s. 64-66.

<sup>59</sup> H.P. Dopffel, *Rozwód...*, s. 68.

<sup>60</sup> D. Schwab, *Handbuch...*, s. 23 i nast.



standaryzowanie lub typizacja możliwych przyczyn rozbicia pożycia małżeńskiego jest nie tylko niepomocna, lecz prowadzić może wręcz do błędnego zastosowania w danej rozpatrywanej przez sędziego sprawie określonego przepisu prawa. Dalej, uważa on, że takie postępowanie stwarza realne niebezpieczeństwo, iż sądowe ustalenia ograniczone zostaną do elementu katalogowego, a z tego do automatyzmu wyciągania określonych wniosków o rozbiciu małżeństwa, co wydaje się być zabiegiem niedopuszczalnym. Należy podzielić te wątpliwości. Bowiem, gdyby zgodzić się na ową typizację możliwych przyczyn rozbicia, byłby to niewątpliwie krok wstecz w stosunku do stanu prawnego obowiązującego pod rządem ustawy z 1946 r., która przewidywała zasadę winy jako jedną z przesłanek rozwodowych. W dodatku, zdaniem D. Henricha<sup>61</sup>, trzeba brać pod uwagę i takie sytuacje, że małżeństwo, mimo wyraźnego braku niewłaściwych zachowań, może ulec rozbiciu w sensie bardzo tradycyjnym. Mianowicie przez zaistniałą wewnętrzną oziębłość, której przyczyny są przecież trudne do uchwycenia, a i dla samych małżonków są często nieświadome. Dlatego za szczególnie trudną uważać należy możliwość właściwego i pozytywnego ustalenia w takich przypadkach, czy małżeństwo jest rozbite, czy nie. To ustalenie powinno opierać się na ocenie, z jednej strony zewnętrznego sposobu życia każdego z małżonków, a z drugiej strony na ich własnej ocenie przedstawionej w czasie przesłuchania podczas procesu rozwodowego, zgodnie z przepisem § 613 ZPO, który nakłada na sędziego obowiązek:

- wnikliwego wysłuchania małżonków,
- zbadania ich wzajemnych postaw i relacji w stosunku do siebie,
- wskazania na możliwości korzystania ze specjalistycznych instytucji niosących pomoc, gdy małżonkowie posiadają wspólne małoletnie dzieci,
- jeżeli jeden z małżonków jest upośledzony lub przebywa w znacznej odległości od siedziby sądu, tak że nie można wymagać od niego osobistego stawiennictwa, może on być reprezentowany przez sędziego, który dokona jego przesłuchania<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> D. Henrich, [w:] D. Henrich, K. Johansen, *Eherecht...*, s. 52.

<sup>62</sup> Przy czym przeciwko małżonkowi, który nie stawia się na przesłuchanie w określonym terminie, nie może być zastosowany tzw. areszt porządkowy (*Ordnungshaft* – § 613 ust. 2 ZPO).

Ad b) Dla ustalenia rozbitcia pożycia małżeńskiego w procesie rozwodowym za obopólną zgodą, nie podaje się w literaturze niemieckiej żadnych istotnych różnic merytorycznych w stosunku do podstawy prawnej przy rozwodzie spornym co do treści wystąpienia procesowego powoda i czynności kontrolnych sądu. Także po okresie 1-roczej separacji małżonkowie nie mogą oświadczyć bez dostatecznie umotywowanego punktu oparcia, że nie chcieliby już dłużej utrzymywać małżeństwa, lecz dążą do uzyskania rozwodu. Dlatego sędzia musi także w przypadku zgodnej negatywnej oceny stanu małżeństwa podjąć dalsze ustalenia odnośnie do poszlak, które powinny potwierdzić żądania rozwodowe małżonków lub im zaprzeczać. Jednak, jak twierdzi K. Johannsen<sup>63</sup>: „Kto orientuje się w praktyce sądowej, ten wie, że sądy nie posługują się i nie postępują wcale według tych czysto teoretycznych żądań. Co więcej, żądania te nie są także w żaden sposób wyeksponowane ani przez przepis § 1565 ust.1 BGB, ani przez § 6 ust. 1 GG”. Wraz ze zgodnością w ocenie ostatecznego stanu rozbitcia małżeństwa, również oświadczenie stron w tym przedmiocie uzyskuje inną jakość, niż można by było nadać tylko jednostronnemu świadectwu, że własne, małżeńskie przekonanie o istnieniu więzi małżeńskiej wygasło. Dlatego też, jeżeli owa więź uważana jest przez obydwójce małżonków za ostatecznie zniweczoną, to w tym zawarte jest ich wzajemne potwierdzenie oceny psychologicznego stanu rzeczy. Potwierdzeniu temu musi się z reguły przypisywać większa moc dowodową niż faktom zewnętrznym, mającym poszlaki rozbitcia. Skąd ta teza? Otóż, sędzia nie jest najczęściej w stanie prawidłowo ocenić stopnia wewnętrznego oziębienia trafniej, niż to mogą uczynić sami małżonkowie, jeżeli ci zgadzają się w ocenie ich wzajemnego położenia<sup>64</sup>. W świetle powyższego, nie jest również uzasadnione, aby nie pytając samych zainteresowanych, insynuować im możliwość, iż bez rzeczywistego własnego przekonania o rozbitciu małżeństwa uruchamiają postępowanie rozwodowe dla osiągnięcia doraźnych korzyści. Takie stanowisko stałoby w sprzeczności z myślą przewodnią leżącą u podstaw prawa rozwodowego, aby sferę osobistą i intymną małżonków pozostawić podczas ustalania podstaw rozwodu możliwie nienaruszoną (§ 1564 ust. 1

---

<sup>63</sup> K. Johannsen, [w:] D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 50.

<sup>64</sup> Bundesgesetzblatt 7/4361 do § 1566 ust. 1 BGB i 7/650 do § 1565 ust. 1 BGB – za: D. Henrich, K. Johannsen, *Eherecht...*, s. 56.

BGB). Również i w tym postępowaniu obowiązek przeprowadzenia dowodów, bez których sędzia nie może uzyskać przekonania o rozbięciu małżeństwa, obciąża powoda. Dlatego też, jeżeli po wysłuchaniu opinii małżonka żądającego rozwodu sędzia nie będzie mógł wykluczyć istnienia okoliczności sprzyjających utrzymaniu małżeństwa i nie będzie mógł uzyskać przekonania o jego rozbięciu, to wydanie wyroku rozwodowego powinno być wykluczone<sup>65</sup>. Przedstawiony tu pogląd nie narusza postanowień przepisu § 1566 ust.1 BGB. Również w przypadku rozwodu za obopólną zgodą, orzkanego w ramach przepisu § 1565 ust.1 BGB, w przedmiocie ustalenia faktu jednorocznej separacji musi zostać przeprowadzone – co prawda mocne zredukowane – postępowanie dowodowe co do faktów rozbięcia małżeństwa.

### **3. Rozwód przed upływem 1 roku separacji – § 1565 ust. 2 BGB**

Rozważania na temat możliwości udzielenia rozwodu przed upływem 1 roku separacji, w związku z rozbieżnościami stanowisk przedstawicieli niemieckiej doktryny, ograniczę do podania ogólnej myśli, jaka przyświecała ustawodawcy przy formułowaniu tego przepisu. Żaden przepis materialnego prawa rozwodowego nie był w początkowych latach stosowania nowego prawa małżeńskiego tak sporny, jak § 1565 ust. 2 BGB. Główna przyczyna takiego stanu rzeczy polegała na tym, że nie było jasności co do celu normy, którą należało przestrzegać. Przepis § 1565 ust. 2 BGB jest wynikiem kompromisu pomiędzy rozbieżnymi poglądami Bundestagu i Bundesratu odnośnie do wprowadzenia ustawowych utrudnień rozwodowych. Chodziło o to, aby przede wszystkim gorzej sytuowanym małżonkom i młodym małżeństwom zapewnić ochronę przed możliwym w praktyce rygorystycznym stosowaniem zasady rozbięcia pożycia małżeńskiego. Kompromis ten zawiera następujące wskazania dla praktyki orzeczniczej sądów niemieckich:

**Po pierwsze**, należy przeciwdziałać możliwemu pogwałceniu prawa przez małżonka, który poprzez swoje zachowanie niszczy związek małżeński jednostronnie i próbuje z tego faktu wyciągnąć dla siebie dogodne następstwa prawne. Taka interpretacja była dominująca. Jednakże nie wyczerpuje się w niej całości dokonanej regulacji.

---

<sup>65</sup> D. S c h w a b, *Handbuch...*, s. 26.

Jak twierdzi J. Holzhauser<sup>66</sup>, można to wywnioskować z tego, że przez bardzo ograniczoną cechę stanu faktycznego, jaką jest tzw. „niespodziewana surowość”, wykluczony zostaje *de facto* rozwód także dla tej części przypadków w pierwszym roku separacji, w których małżonek powoda spowodował rozbitcie pożycia.

**Po drugie**, prawo wymaga od małżonków, którzy nie żyją jeszcze roku w separacji lub w ogóle jeszcze w niej nie żyli, aby zasadniczo odczekali ten okres. Temu stanowi rzeczy odpowiada przekonanie, że przepis § 1565 ust. 2 BGB powinien działać także przeciwko nierozważnym decyzjom rozwodowym. Jeżeli bowiem przeciwdziała się za szybko wniesionemu żądaniu orzeczenia rozwodu, to tym samym przeciwstawia się także rozwodowi orzeczonemu przedwcześnie, ze wszystkimi jego negatywnymi konsekwencjami.

**Po trzecie**, jeżeli konsekwentnie kontynuować dotychczasowe rozważania, to z ust. 2 w związku z ust.1 przepisu § 1565 BGB wynika nakaz ustawodawcy niemieckiego, aby małżonkowie odczekali z żądaniem rozwodowym jeden rok po rozstaniu się, co powinno w dużej mierze ułatwić sędziemu rozpoznającemu sprawę prawidłowe ustalenie, czy wzajemne pożycie uległo rozbiciu. Będzie to mogło mieć wpływ na skuteczne hamowanie wzrostu realnie orzekanych rozwodów.

### III. Podsumowanie

Przeprowadzona analiza przesłanki orzeczenia rozwodu w prawie niemieckim, jaką jest rozbitcie pożycia małżeńskiego, pokazuje jak jest to skomplikowane zagadnienie pod względem socjologiczno-psychologicznym, a tym samym stwarzające dodatkowe trudności interpretacyjne natury obiektywnej. Ewolucja niemieckiego prawa rozwodowego uwarunkowana była wieloma czynnikami natury społecznej, politycznej czy wyznaniowej. Jednakże, pomimo tych trudności, ustawodawca niemiecki przyjął jako podstawową zasadę prawa rodzinnego – **ochronę związku małżeńskiego**. Znalazło to swój wyraz w § 6 ust. 1 GG. Zmiana przepisów prawa rozwodowego, jaka się dokonała w tym względzie wraz z wejściem życie w 1976 r. nowej ustawy małżeńskiej, doprowadziła do zerwania z zasadą formalnej nierozzerwalności małżeństwa, nie rezygnując jednakże z nega-

---

<sup>66</sup> J. Holzhauser, *Die Scheidungerschwernis...*, s. 7.

tywnej oceny samego zjawiska. Temu celowi ma służyć ustawowe określenie tzw. **negatywnych przesłanek rozwodowych**, których wystąpienie powinno powstrzymać sędziego od orzeczenia rozwodu. O istnieniu czy braku istnienia wzajemnego pożycia małżeńskiego decydują, w głównej mierze, **subiektywne** oceny tego stanu partnerów małżeńskich, które winny być podstawą dla sędziego do ustalenia rozbitcia małżeństwa i w konsekwencji do orzeczenia rozwodu w procesie rozwodowym. Zaletą nowego prawa rozwodowego jest możliwość „załatwienia” wszystkich problemów związanych z rozwodem przez jednego sędziego i – co szczególnie ważne – w jednym postępowaniu sądowym. Sędzia władny jest orzec rozwód, rozstrzygnąć sprawę opieki rodzicielskiej nad wspólnymi dziećmi małżonków, ustalić wysokość alimentów czy też udział w kosztach utrzymania. Rozwiązanie to jest w swej istocie systemowej bardzo podobne do polskiego uregulowania zawartego w przepisie art. 58 § 1 k.r.o. w zw. z art. 443 § 1 k.p.c. Odrzucenie zasady orzekania rozwodu na skutek stwierdzenia **winy**, a przyjęcie jako jedyne kryterium **zasadę rozbitcia pożycia małżeńskiego**, jest rozwiązaniem identycznym z założeniem polskiego k.r.o., ujętym w ramy przepisu art. 56 § 1.

Również rola sędziego w procesie rozwodowym została zmniejszona do minimum, i to nawet w tych przypadkach, gdy względy proceduralne wymagają obecności obojga małżonków na każdej rozprawie (§ 613 ust. 1 i 2 ZPO). To rozwiązanie bardziej elastyczne i mniej formalne, niż to, jakie obowiązywało do czasu wejścia w życie założeń reformy, jest systemowo zbliżone do uregulowań polskiej procedury cywilnej (art. 437, 438, 440 § 1, 441, 442 k.p.c.).

Nie należy jednak, moim zdaniem, spodziewać się, by reforma niemieckiego prawa małżeńskiego mogła być siłą sprawczą samą w sobie, która powstrzymywałaby lub niszczyła idee małżeństwa, albowiem każde prawo rozwodowe oraz przesłanki, od których zależy orzeczenie rozwodu, mogą być lepsze lub gorsze, ale nigdy nie będą idealne. Aby osiągnąć wytyczony cel, trzeba wkładać ciągle dużo pracy nad doskonaleniem prawa, czego wyrazem niech będzie wypowiedź F.W. Boscha, według którego „reforma każdego prawa, w tym i rozwodowego, jest wiecznym obowiązkiem i trudem ustawodawcy tego świata”<sup>67</sup>. Ideałem byłyby oczywiście dozgonna,

---

<sup>67</sup> Pogląd ten sformułował w referacie wygłoszonym na konferencji w Stowarzyszeniu

oparta na pełnej harmonii więź małżeńska. Rozpad małżeństwa byłby wówczas czymś wyjątkowym, a same normy regulujące możliwość orzeczenia rozvodu mogłyby przestać istnieć. Ta wizja, na obecnym etapie rozwoju społeczeństw tak niemieckiego, jak i polskiego, to perspektywa odległa. Choć są i tacy, którzy próbują wyjść jej naprzeciw. Jednym z nich jest francuski prawnik J. Gressaye<sup>68</sup>, który twierdzi, że jedynym rozwiązaniem bezładu w stosunkach małżeńskich jest całkowita likwidacja rozwodów.

---

Prawa Porównawczego w Monachium w dniu 12.12.1971 r., Państwo i Prawo 1973, nr 7, s. 165-169.

<sup>68</sup> J. Gressaye, *Les problèmes actuels du statut Familial*, Gazeta Prawna 1987, nr 2, s. 61.