

Jan Halberda

Separacja – wybrane zagadnienia materialnoprawne (przesłanki, skutki)

Problem wprowadzenia separacji do polskiego prawa spotkał się ze sporym zainteresowaniem i był szeroko dyskutowany zarówno przed, jak i po wejściu w życie ustawy¹ regulującej tę instytucję. Zgodnie z *Uzasadnieniem* rządowego projektu tej ustawy brak separacji był „... uznawany za «lukę w prawie», ponieważ brak podobnej instytucji stwarza poważne problemy społeczne i prawne”².

Celem niniejszego artykułu jest dokładne przedstawienie wybranych materialnoprawnych zagadnień separacji *de lege lata*, a mianowicie: przesłanek separacji (rozdział 5) oraz skutków jej orzeczenia (rozdział 6). Artykuł koncentruje się na analizie wypowiedzi – często rozbieżnych – przedstawicieli doktryny oraz pojawiających się już postulatów modyfikacji nowo-wprowadzonej konstrukcji. Wymienione zagadnienia, które stanowią zasadniczą część publikacji, zostały poprzedzone wstępem historycznym (rozdział 1), omówieniem spełnianych przez separację funkcji (rozdział 2) oraz prezentacją dwóch modeli regulacji tej instytucji (rozdziały 3 i 4).

¹ Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 52, poz. 532); weszła w życie 16 grudnia 1999 r.

² Uzasadnienie projektu ustawy z dnia ... r. o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz Prawo o aktach stanu cywilnego, druk sejmowy nr 708 z dnia 12 listopada 1998 r., s. 1. Dalej jako *Uzasadnienie*.

1. Separacja w Polsce do 1999 r.

Separacja była uregulowana we wszystkich systemach prawnych obowiązujących na terytorium Polski w okresie Drugiej Rzeczypospolitej: występowała w austriackim kodeksie cywilnym z 1811 r. (*ABGB*), w kodeksie cywilnym Królestwa Polskiego z 1825 r., w tomie X *Swodu Zakonow*, w dekrete – Prawo o małżeństwie z 1836 r., w węgierskiej ustawie o małżeństwie z 1894 r., a także w niemieckim kodeksie cywilnym z 1896 r. (*BGB*). Pojawiła się w przyjętym 28 maja 1929 r. przez Komisję Kodyfikacyjną *Projekcie prawa małżeńskiego*, opracowanym pod kierownictwem Karola Lutostańskiego (tzw. projekt Lutostańskiego). Chociaż wprowadzenie separacji do systemu prawa rozważane było w trakcie dyskusji nad dekretem z 1945 r. – Prawo małżeńskie, nad kodeksem rodzinnym z 1950 r., a także nad kodeksem rodzinnym i opiekuńczym z 1964 r., to od dnia wejścia w życie dekretu z 1945 r., czyli od 1 stycznia 1946 r., prawo polskie nie przewidywało tej instytucji. Postulaty ponownego uregulowania separacji pojawiły się w latach dziewięćdziesiątych i w tym też okresie powstał szereg projektów ukształtowania tej instytucji³. Do obecnie obowiązującego prawa polskiego instytucja separacji została wprowadzona z dniem 16 grudnia 1999 r., kiedy to weszła w życie wspomniana na wstępie ustawa nowelizacyjna. W k.r.o. w tytule I „Małżeństwo” dodano po dziale IV „Ustanie małżeństwa” nowy dział V „Separacja”⁴, obejmujący art. 61¹-61⁶.

³ Jako pierwszy z projektem rozwiązań legislacyjnych wystąpił A. Strzembosz, *Ozrównanie w prawie rodzinnym wierzących z niewierzącymi*, Rzeczpospolita 1992, nr 12, s. 6. Projekty: A. Strzembosza z 15 stycznia 1992 r., rządowe z dnia 22 października 1992 r. (Sejm I kadencji), 3 listopada 1993 r. (II kadencja), 12 listopada 1998 r. (III kadencja) oraz poselskie z dnia 23 listopada 1995 r. (II kadencja) i 9 września 1998 r. (III kadencja) publikuje i omawia P. Kasparyk, *Instytucja separacji małżeńskiej w świetle ustawy z dnia 21 maja 1999 roku*, Lublin-Sandomierz 1999, s. 43-65 i 92-116. Projekty wraz z uzasadnieniami przedrukowano w KPP 1992, nr 1-4 (projekt z 1992 r.), 1996, nr 2 (z 1995 r.), 1998, nr 4 (z 1998 r.). Oba projekty z roku 1998 r. komentuje E. Holewńska-Łapińska, *Separacja (projekty nowelizacji k.r.o.)*, Jurysta 1999, nr 2-3.

⁴ Dział V Separacja występował w wymienionych w przyp. 3 projektach rządowych i poselskich. Inną zupełnie technikę legislacyjną proponował w swym projekcie A. Strzembosz – w dziale IV po wyrazach (występujących w różnych przypadkach) „rozwód” dodawał „i separacja”.

Czy mimo braku w polskim prawie regulacji instytucji separacji w okresie od 1 stycznia 1946 r. do 15 grudnia 1999 r. zdarzały się przypadki separacji? Ustawodawca fragmentarycznie uregulował zjawisko tzw. separacji faktycznej (art. 28, 29 oraz 107 § 2 k.r.o.⁵, art. 939 § 2 k.c., oraz – ewentualnie – także art. 40 i 52 k.r.o.). Natomiast zagadnienie separacji sądowej wymaga analizy w kontekście norm kolizyjnych międzyczasowych oraz międzynarodowych.

Na podstawie art. XVII dekretu z 1945 r. – Przepisy wprowadzające prawo małżeńskie, toczące się przed sądami sprawy o separację uległy *ex lege* umorzeniu. Przepisy intertemporalne nie normowały skuteczności separacji orzeczonej wcześniej, przed 1 stycznia 1946 r. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że skoro żaden z przepisów międzyczasowych „nie przewiduje skutków cywilnych rozłączenia orzeczonego przed dniem 1 stycznia 1946 r., a samo prawo małżeńskie z 1945 r. nie знаło tej instytucji, przyjąć trzeba, że z dniem 1 stycznia 1946 r. wygasły cywilnoprawne skutki orzeczonej poprzednio separacji”⁶.

Drugi z poruszonych problemów to dopuszczalność orzeczenia przez sąd polski separacji na podstawie prawa obcego, wskazanego przez normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego (p.p.m.). W szczególności możliwość orzekania separacji miała doniosłe znaczenie, jeżeli prawo właściwe nie przewidywało rozwodu. Art. 17 ust. 1 p.p.m. z 1926 r. wskazywał prawo właściwe „dla rozwodu lub rozdziału od stołu i łoża”. Natomiast art. 18 p.p.m. z 1965 r. (do 15 grudnia 1999 r.) określał prawo właściwe jedynie dla rozwodu. W związku z tym w nauce powstał spór co do dopuszczalności orzeczenia separacji. Przeciwnicy takiej ewentualności argumentowali, że sąd może działać jedynie w trybie określonym przez przepisy *legis fori procesualis* i podnosili, że sąd nie jest uprawniony do podejmowania czynności, które nie wchodzą w skład kompetencji przyznanych mu przez

⁵ Podawane numery artykułów, o ile nie zaznaczono inaczej, odnoszą się do k.r.o.

⁶ SN w uchwale siedmiu sędziów z dnia 28 września 1954 r. I CO 23/24, OSN 1957, nr 2, poz. 31, s. 5-8. Ze względu na charakter sprawy, w związku z którą SN odpowiadał na pytanie prawne, teza uchwały wspomina jedynie o „rozłączeniu małżonków na czas nieograniczony”, tymczasem na podstawie art. 67 dekretu z 1836 r. sąd mógł orzec separację także na czas ograniczony. Z uzasadnienia uchwały wynika jednak, że skutki orzeczenia separacji na czas ograniczony także wygasły z dniem 1 stycznia 1946 r., a nie z chwilą upływu terminu określonego w orzeczeniu.

ustawę (k.p.c. nie wspominał o separacji). Jednakże zasada działania sądu wyłącznie według *legis fori procesualis* ma zastosowanie na gruncie prawa procesowego, a orzeczenie separacji ma charakter konstytutywny, przez co należy do prawa materialnego. Orzeczenie separacji stawało się możliwe w razie przyjęcia metody autonomicznej kwalifikacji terminów p.p.m. – interpretacji w sposób oderwany od prawa merytorycznego. Za dopuszczalnością przemawiało także obowiązywanie przepisu umowy polsko-francuskiej z 1967 r.⁷, zgodnie z którym zakresem norm kolizyjnych dotyczących rozwodu objęta była też separacja. W sporze przeważał pogląd dopuszczający orzeczenie separacji, o ile instytucja ta przewidziana była przez właściwe prawo merytoryczne – wspólne prawo ojczyście małżonków z chwili wystąpienia z żądaniem separacji⁸. Na łącznik obywatelstwa wskazywały art. 17 (stosunki osobiste między małżonkami) i 18 p.p.m. z 1965 r. Natomiast subokreślnik temporalny wyznaczany był analogicznie jak w przypadku rozwodów, za czym przemawiało podobieństwo obu instytucji, a także sformułowanie art. 17 p.p.m. z 1926 r. i art. 8 ust.3 konwencji polsko-francuskiej. Ustawa wprowadzająca separację do prawa polskiego zmieniła brzmienie art. 18 p.p.m. z 1965 r., dodając po wyrazach „dla rozwodu” wyrazy „lub separacji”; wobec powyższego nowelizacja ta nie ma znaczenia normatywnego, a wynika z *elegantiae legis*.

2. Funkcje separacji a instytucja rozwodu

Instytucja separacji w zależności od ujęcia normatywnego może spełniać jedną z dwóch zasadniczych funkcji: surogacyjną albo paliatywną⁹. J. Panowicz-Lipska wymienia ponadto jeszcze dwa cele, którym może służyć separacja sądowa: legalizuje i organizuje separację faktyczną, a także może

⁷ Art. 8 ust. 3 umowy PRL z Republiką Francuską o prawie właściwym, jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w zakresie prawa osobowego i rodzinnego, sporządzonej w Warszawie dnia 5 kwietnia 1967 r. (Dz.U. z 1969 r. Nr 4, poz. 22).

⁸ Za dopuszczalnością orzeczenia separacji: W. L u d w i c z a k, *Dwugłos recenzyjny*, PiP 1971, nr 7, s. 150; A. M a c z y Ń s k i, *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 1983, s. 55-56; M. P a z d a n, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 1995, s. 177. Przeciwno: J. B a l i c k i, *Problemy kolizyjne prawa małżeńskiego*, Warszawa 1959, s. 112, J. J o d ł o w s k i, *Dwugłos recenzyjny*, PiP 1971, nr 7, s. 155-156.

⁹ Termin „funkcja paliatywna” został zaczerpnięty z artykułu T. S m y c z y Ń s k i e g o, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, KPP 1999, nr 2, natomiast nazwa „funkcja surogacyjna” pochodzi od autora.

stanowiąc etap pośredni wiodący do rozwodu¹⁰. Z kolei J. Kowalski przypisywał tej instytucji aż osiem funkcji, a mianowicie: a) prowizoryczne ułożenie stosunków między małżonkami w okresie kryzysu małżeństwa, b) zabezpieczenie interesów materialnych współmałżonka oraz dzieci, c) kształtowanie warunków sprzyjających pojednaniu, d) zmniejszenie liczby rozwodów (co prowadzi do intensyfikacji ochrony trwałości małżeństwa poprzez „zmniejszanie ilości przykładów stwarzających zachętę do rozwodu”), e) podtrzymanie lepszej atmosfery dla wychowania małoletnich dzieci, f) stanowanie surogatu rozwodu, g) sprzyjanie realizowaniu zasady rekryminacji, h) chronienie trwałości instytucji małżeństwa¹¹. Wszystkie wymienione funkcje można zredukować do dwóch wskazanych na wstępie niniejszego akapitu.

Separacja, występując w systemach prawnych nie dopuszczających rozwodu, może stanowić środek umożliwiający uregulowanie wzajemnych stosunków osobistych i majątkowych małżonków, których związek uległ rozkładowi (funkcja surogacyjna). Na ziemiach polskich nie przewidywały rozwodu w przypadku małżeństwa katolików osobowe prawa małżeńskie o charakterze wyznaniowym: prawo poaustriackie (*ABGB*) i porosyjskie (*Swod Zakonow*, dekret z 1836 r.). Współcześni zwolennicy wprowadzenia separacji do prawa polskiego argumentowali, że separacja jest potrzebna małżonkom, którzy ze względu na wyznanie rzymskokatolickie nie chcą się rozwieść.

Z drugiej strony instytucja ta funkcjonuje także w systemach prawnych dopuszczających rozwód. W systemie przewidującym obie instytucje separacja może występować albo jako konieczna przesłanka orzeczenia rozwodu, albo też niezależnie – jako instytucja samoistna, której celem jest uzdrowienie małżeństwa przechodzącego kryzys (funkcja paliatywna, restytucyjna). Separacja sądowa może występować jako *conditio sine qua non* rozwodu, stanowiąc przesłankę konieczną do jego orzeczenia. Projekt Lutostańskiego traktował separację jako jedną z niezbędnych podstaw orzeczenia rozwodu: art. 77 przewidywał możliwość orzeczenia przez sąd, na żądanie jednego z małżonków, rozwodu po upływie trzech lat od uznania

¹⁰ J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991, s. 36-38.

¹¹ J. K o w a l s k i, *Oddalenie powództwa rozwodowego a dalsze życie małżeńskie*, PiP 1968, nr 11, s. 795-796; t e n ż e, *W odpowiedzi M. Wawilowej*, PiP 1969, nr 7, s. 130.

małżeństwa za rozłączone. Podobne rozwiązania stosuje się w państwach o tradycjach rzymskokatolickich.

W systemach, gdzie separacja nie jest konieczną podstawą rozwodu, a występuje jako środek uzdrawiający małżeństwo¹², może stanowić także przesłankę ułatwiającą uzyskanie orzeczenia rozwodu. Jako przesłanka rozwodowa pod uwagę może być brana nie tylko separacja orzeczona przez sąd, ale także – o ile trwa przez określony, dłuższy czas – separacja faktyczna. Przepisy obowiązujące w Drugiej Rzeczypospolitej wśród przyczyn, na podstawie których możliwe było orzekanie rozwodu, wymieniały zaistnienie separacji faktycznej¹³. Podobnie prawo małżeńskie z 1945 r. Długotrwała separacja faktyczna, zgodnie z art. 30 k.r., wyłączała stosowanie zasady rekryminacji. Także i we współczesnych ustawach separacja faktyczna ułatwia uzyskanie rozwodu. W Niemczech od 1976 r. przyjmuje się domniemanie istnienia rozkładu pożycia między małżonkami, jeżeli pozostają w faktycznej separacji od co najmniej roku. Ponadto nie bierze się pod uwagę negatywnych przesłanek rozwodowych (dobro wspólnych małoletnich dzieci, szczególnie uciążliwość dla współmałżonka), o ile separacja faktyczna trwa od 5 lat¹⁴. Francuski *Code civil* za jedną z przesłanek dopuszczających rozwód uznaje długotrwałą, całkowity rozkład pożycia wywołany co najmniej sześciomiesięczną separacją faktyczną (art. 237)¹⁵. Z kolei we Włoszech separacja faktyczna nie ma znaczenia dla orzeczenia rozwodu, natomiast jedną z przesłanek rozwodowych jest separacja sądowa¹⁶.

W systemach przewidujących obie instytucje, zarówno rozwód, jak i separację, przesłanki orzekania mogą być ukształtowane identycznie albo odmiennie. Jeżeli prawo określa jednakowo przesłanki rozwodu oraz separacji, a małżonkowie separowani występują z żądaniem rozwodu, to czy sąd powinien ponownie badać istnienie okoliczności, w szczególności roz-

¹² Obecnie w Anglii, Belgii, Danii, Finlandii, Francji, Hiszpanii, Holandii, Norwegii, Polsce, Portugalii, Szwajcarii i we Włoszech.

¹³ H. W a r m a n, *Przepisy o rozwodzie i separacji. Przepisy kodeksów obowiązujących i ustaw związkowych, orzecznictwo sądowe austriackie, rosyjskie i polskie*, Warszawa 1939, s. 43, 134, 183.

¹⁴ J. W i n i a r z, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. Piątkowski, Ossolineum 1985, s. 546.

¹⁵ *Code civil*, Litec-Paris 1985.

¹⁶ L. S t e c k i, *Zasady nowego prawa rozwodowego we Włoszech*, PiP 1989, nr 9, s. 96-97.

kładu pożycia, które zostały już wcześniej stwierdzone podczas orzekania separacji? W niektórych państwach¹⁷ przyjęto zasadę konwersji, przekształcenia separacji w rozwód, dzięki czemu sąd nie jest zmuszony do ponownego badania okoliczności uzasadniających orzeczenie rozwodu w przypadku małżonków pozostających w separacji sądowej. *Code civil* przewiduje konwersję sądową po 3 latach od orzeczenia separacji na żądanie małżonka winnego rozkładu pożycia (art. 306-308)¹⁸. Ciekawym przykładem konwersji była regulacja przewidziana przez *BGB*, gdzie separacja występowała jako zniesienie wspólności małżeńskiej¹⁹. O ile wcześniej nie doszło do pojednania małżonków, każdy z nich, w każdej chwili po orzeczeniu separacji mógł „na podstawie tego wyroku podać wniosek o rozwód” (§ 1576).

Możliwość orzeczenia rozwodu małżonków separowanych istnieje także w systemach nie znających instytucji konwersji. Jednak wobec tego, że inaczej są ukształtowane przesłanki obu instytucji, sąd za każdym razem musi zbadać, czy pomimo tego, że istnieje separacja, występują także podstawy orzeczenia rozwodu.

3. Funkcja surogacyjna

Model separacji jako surogatu rozwodu występuje w tych systemach prawnych, które nie dopuszczają rozwodu. Niemożność uzyskania orze-

¹⁷ J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Skutki...*, s. 27-28, 34: m.in. w Belgii, Francji, Holandii, Portugalii, Szwajcarii.

¹⁸ Podobnie w Szwajcarii. Prawo portugalskie zna konwersję *ex lege* (W. A d a m c z e w s k i, *Małżeństwo w konkordacie*, Warszawa 1999, s. 119).

¹⁹ Instytucję tę zniesiono w 1938 r. Nie ma zgodności co do identityzności zniesienia wspólności małżeńskiej (*die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*) oraz separacji. Za jednakim charakterem tych instytucji opowiadali się: W. L. J a w o r s k i, *Prawo cywilne na ziemiach polskich*, t. 1, •ródła. *Prawo małżeńskie osobowe i majątkowe*, Kraków 1919, s. 208, J. O r d y Ń s k i, *O separacji, rozwodach (rozwiązaniu małżeństw przez rozwody i śmierć) i nieważności małżeństw*, Warszawa-Kraków 1925, s. 32, R. L o n g c h a m p s d e B e r i e r, *Zawarcie i rozwiązanie małżeństwa według prawa cywilnego, obowiązującego w Polsce*, [w:] *Małżeństwo w świetle nauki katolickiej*, Lublin 1928, s. 381. Z kolei według S. G r z y b o w s k i e g o, [w:] S. G r z y b o w s k i, I. R ó ż a Ń s k i, *Prawo małżeńskie. Komentarz. Wyciągi z motywów Komisji Kodyfikacyjnej – tezy polityczne – wzory*, Kraków 1946, s. 129-130 oraz J. G w i a z d o m o r s k i e g o, [w:] F. Z o l l, *Prawo cywilne opracowane głównie na podstawie przepisów obowiązujących w Małopolsce*, t. IV, *Prawo rodzinne i spadkowe*, Poznań 1933, s. 54, obie instytucje nie były identyczne.

czenia rozwodu może wynikać albo z zupełnego wykluczenia rozwodów (prawo kanoniczne Kościoła katolickiego), albo ze względu na przepisy nie dopuszczające do rozwodu w przypadku tylko niektórych małżeństw (do 1946 r. katolicy nie mogli uzyskać rozwodu na obszarze obowiązywania *ABGB*, *Swodu Zakonow*, dekretu z 1836 r.). *De lege lata* k.r.o. nie przyjmuje modelu separacji jako surogatu rozwodu²⁰. Prawo polskie nie ma charakteru wyznaniowego i nie przewiduje zakazu orzekania rozwodów małżeństw katolickich.

Natomiast separacja w modelu surogacyjnym występuje w prawie kanonicznym Kościoła katolickiego, które nie zna instytucji rozwodu²¹. O niedopuszczalności rozwodu wyraźnie stanowi kanon 1141 *Codex Iuris Canonici* z 1983 r.: „małżeństwo zawarte i dopełnione nie może być rozwiązane żadną ludzką władzą i z żadnej przyczyny, oprócz śmierci”²².

Zawarcie małżeństwa przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego zgodnie z art. 1 § 1 ma charakter umowy cywilnoprawnej, wywołującej skutki w zakresie stosunków osobistych oraz majątkowych. Zupełnie inny charakter ma wstąpienie w związek małżeński w obliczu Kościoła katolickiego: celem nie jest wywołanie skutków prawnych na gruncie prawa państwowego, ale udzielenie sakramentu małżeństwa. Jednak na mocy art. 1 § 2 zawarcie związku małżeńskiego podlegającego prawu wewnętrznemu Kościoła w obecności duchownego może odnieść skutki także na gruncie prawa polskiego. Zawarcie małżeństwa kanonicznego i spełnienie przesłanek określonych przez art. 1 § 2 powoduje zatem skutki na płaszczyźnie prawa kanonicznego (udzielony zostaje święty sakrament) oraz cywilnego.

Konkordat z 1993 r.²³ w art. 1 *in principio* deklaruje, że „Państwo i Kościół katolicki są – każde w swej dziedzinie – niezależne i autonomicz-

²⁰ *Uzasadnienie*, s. 2: „Niniejszy projekt stoi na stanowisku niezależności (równorzędności) instytucji rozwodu i separacji, pozostawiając zainteresowanym wybór.”, „...nie można jej oceniać jako „rozwód katolików”, jeżeli rozwód pozostaje dostępny dla wszystkich, a formalna separacja jest fakultatywnym sposobem rozwiązywania problemów...”.

²¹ Zakaz rozwodów wynika z pozytywnego prawa Bożego (Rodz. 2, 24, a w Nowym Testamencie – Mt 5, 32, Mt 19, 3-9, Mr 10, 7-12, Lk 16, 18, Rz 7, 2-3, 1 Kor 7, 10-11).

²² Istnieją dwie możliwości rozwiązania małżeństwa, które zostało zawarte, lecz nie zostało dopełnione: poprzez uzyskanie dyspensy papieskiej albo na mocy przywileju Pawłowego. P. G a j d a, *Prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Tarnów 2000, s. 223-230.

²³ Dz.U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.

ne”, co oznacza istnienie „<dziedziny własnej> państwa i <dziedziny własnej> Kościoła. Wewnątrz własnej dziedziny każda ze stron zachowuje pełną swobodę kształtowania treści norm prawnych, odnoszących się do objętych nią spraw i zagadnień. W dziedzinie własnej państwa obowiązuje prawo polskie, w dziedzinie własnej Kościoła – prawo kanoniczne”²⁴. Istnieje także sfera wspólnego zainteresowania obu stron, do której należy m.in. problem zawierania małżeństw regulowany przez art. 10 Konkordatu. Jednak mimo wielu powiązań państwa i Kościoła w tej dziedzinie, obie władze zachowują pełnię swej kompetencji. Art. 10 Konkordatu wyraźnie deklaruje zasadę ścisłego rozdziału jurysdykcji kościelnej oraz świeckiej: zgodnie z ust. 3 „orzekanie o ważności małżeństwa kanonicznego, a także w innych sprawach małżeńskich przewidzianych w prawie kanonicznym, należy do wyłącznej kompetencji władzy kościelnej”, a z kolei „orzekanie w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych” (ust. 4). Wobec rozdziału jurysdykcji orzeczenie przez sąd powszechny rozwodu na podstawie art. 56 powoduje ustanie *ex nunc* skutków małżeństwa na gruncie prawa cywilnego. Wyrok ten nie ma żadnego znaczenia dla prawa kanonicznego, a zwłaszcza dla trwania sakramentu małżeństwa. Tak samo w przypadku orzeczenia przez sąd państwowy separacji.

W związku z tym, że orzeczenie separacji przez sąd państwowy, jak i orzeczenie przezeń rozwodu na gruncie prawa kanonicznego mają jednakowe skutki – kwestia grzechu małżonka przedstawia się tak samo (nie w razie powtórnego małżeństwa z osobą trzecią), przysięga małżeńska zostaje w takim samym stopniu złamana (z powyższym zastrzeżeniem) – należy uznać, że nie mają dostatecznej racji argumenty zwolenników wprowadzenia separacji, oparte na przesłance, że separacja jest konieczna wobec nieuznawania rozwodu przez prawo kanoniczne²⁵. W zakresie problematyki separacji i rozwodu Kościół nie wprowadza podziału na rozwiedzionych oraz na separowanych, ale łączy separowanych z rozwiedzionymi,

²⁴ A. M a c z y Ń s k i, *Znaczenie Konkordatu dla polskiego systemu prawnego*, [w:] *Rola i znaczenie Konkordatu 1993*, red. J. Dyduch, Kraków 1994, s. 89-90.

²⁵ M. N a z a r, *Prawo małżeńskie de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Polska lat dziewięćdziesiątych. Przemiany państwa i prawa*, Lublin 1998, s. 226-227: brak separacji nie stanowił przejawu dyskryminacji katolików, dla których ważny jest święty sakrament, a samo małżeństwo cywilne pozostaje nieistotne; ponadto rozwód nie obliuguje do ponownego zawarcia małżeństwa.

którzy nie związali się z osobą trzecią, przeciwstawiając ich rozwiedzionym, którzy żyją w nowych, niesakramentalnych związkach jak małżonkowie²⁶.

Kościół katolicki nie sprzeciwia się *a priori* instytucji rozwodu przewidzianej przez prawo państwowe. Święta Penitencjaria 30 kwietnia 1892 r. w odpowiedzi na pytanie prawne orzekła, że „katolik ma prawo starać się o rozwód cywilny celem odwrócenia od siebie wielu szkód, których inaczej zażegnać nie może”²⁷.

4. Funkcja paliatywna

Separacja może występować w systemie prawnym przewidującym możliwość rozwiązania małżeństwa w drodze rozwodu. Funkcjonując na gruncie takiego prawa, separacja ma na celu ułożenie stosunków osobistych i majątkowych małżonków w okresie, kiedy ich związek przeżywa kryzys, lecz wciąż istnieje nadzieja na jego uratowanie. Instytucja separacji, legalizując sytuację tymczasową, zapewnia małżonkom możliwość swobodnego przemyślenia swoich decyzji, zwłaszcza skutków osobistych i majątkowych rozwodu. Realizacja tego celu była najdonioślejszym argumentem przemawiającym za wprowadzeniem instytucji separacji do polskiego prawa rodzinnego²⁸.

To jednak, czy separacja spełni pokładane w niej nadzieje, zależy od jej regulacji legislacyjnej. Kolejne rozdziały stanowią próbę analizy roz-

²⁶ Świadczy o tym m.in. fragment mowy Jana Pawła II z dnia 25 października 1980 r., zatwierdzony 14 września 1994 r. *List Prefekta Kongregacji Nauki Wiary do biskupów Kościoła katolickiego na temat przyjmowania Komunii świętej przez wiernych rozwiedzionych i żyjących w nowych związkach*, a także instrukcja Konferencji Biskupów Italii z dnia 27 kwietnia 1979 r.

²⁷ Cyt. za: W. G ó r a l s k i, B. L a s k o w s k a, *Separacja małżeńska a prawo polskie*, Studia Płockie 1993, t. 21, s. 26. Por. przemówienie Piusa XII do prawników z dnia 6 listopada 1949 r., t a m ż e.

²⁸ *Uzasadnienie*, s. 3-4, 7. Wciąż aktualne są argumenty z uzasadnienia projektu Lutostańskiego: „W szczególności prawo winno odmówić sankcji rozerwania wspólnoty, ilekroć można żywić uzasadnioną, na rozsądnym przewidywaniu opartą, nadzieję uratowania małżeństwa od przedwczesnego rozbitcia, choćby przy pomocy czasu, lekarza życiowych zawodów. Dopóki istnieje u małżonków gdzieś do zakamarków ich dusz wygnana przez chwilową namiętność i zapamiętałość, do odrodzenia się zdolna wola wspólności, dopóty należy bronić twierdzy dożgonnego małżeństwa.” Cyt. za: S. G r z y b o w s k i, I. R ó ż a n s k i, *Prawo...*, s. 136.

wiązań przyjętych w zakresie: przesłanek separacji oraz rozwodu (rozdział 5), a także skutków orzeczenia separacji (rozdział 6).

5. Przesłanki separacji a przesłanki rozwodu

Do orzeczenia separacji nie jest konieczne ustalenie, jak w przypadku rozwodu, by pomiędzy małżonkami nastąpił zupełny i trwały rozkład pożycia (art. 56 § 1), wystarczy, aby rozkład był zupełny (art. 61¹ § 1); nie obowiązuje zasada rekryminacji (art. 56 § 3); małżonkowie mogą wystąpić ze wspólnym wnioskiem o separację (art. 61.1 § 3).

Brak przesłanki trwałości rozkładu pożycia wynika z celu, jaki realizować ma instytucja separacji²⁹. We wcześniejszych projektach nowelizacji k.r.o. (jeszcze w projekcie poselskim z 1998 r.) przesłanką miała być także trwałość rozkładu³⁰, zostało to jednak poddane krytyce³¹. Zgodnie z interpretacją Sądu Najwyższego, rozkład pożycia ma charakter trwały, gdy „zgodnie z doświadczeniem życiowym nie można oczekiwać powrotu małżonków do pożycia”³². Gdyby trwałość rozkładu pożycia w tym rozumieniu była konieczną przesłanką orzekania, istnienie separacji pozbawione byłoby sensu, skoro jej celem jest umożliwienie – a jeśli się da, to wspomóżenie – pojednania skłóconych małżonków. Zróżnicowanie przesłanek oceniane jest jako trafne³³.

H. Haak wyraził pogląd, że brak pozytywnej przesłanki trwałości rozkładu pożycia nie przesądza, „iż bez znaczenia dla dopuszczalności separacji jest upływ czasu, liczony od zaistnienia zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego”. „Nie może więc być dopuszczalne orzeczenie separacji... tylko z tego względu, że nastąpił zupełny rozkład pożycia małżeńskiego i że nie występują negatywne przesłanki separacji rozumiane tak, jak odpowiednie negatywne przesłanki rozwodowe... Orzeczenie separacji jest dopuszczalne co najmniej dopiero wtedy, gdy choć zupełność rozkładu pożycia ma charakter przejściowy, to jednak, opierając się na doświadcze-

²⁹ *Uzasadnienie*, s. 4.

³⁰ Tak też na początku lat 90. proponowała J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Skutki...*, s. 46.

³¹ E. H o l e w i Ń s k a - Ł a p i Ń s k a, *Separacja...*, s. 16-17.

³² SN w orzeczeniu z dnia 13 stycznia 1953 r. C 1631/52, OSN 1954, nr 1, poz. 9, s. 32.

³³ J. G a j d a, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 271; T. S m y c z y Ń s k i, *Kierunki...*, s. 307.

niu życiowym, nie należy się spodziewać rychłego powrotu małżonków do wspólnego pożycia³⁴. Autor podnosi, że skoro charakter separacji faktycznej, m.in. jej trwałość, ma wpływ na zniesienie przez sąd wspólności majątkowej małżonków (art. 52)³⁵, to tym bardziej trwałość rozkładu pożycia małżonków powinna być brana pod uwagę w przypadku orzekania separacji sądowej (powinno się porównać okres trwania małżeństwa względem długości trwania separacji faktycznej). Wobec pominięcia przesłanki trwałości rozkładu pożycia w § 1 art. 61¹ podstawą byłby § 2 *in fine*: w przypadku zaistnienia zbyt krótkiego okresu trwania zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego orzeczenie separacji byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (z.w.s.)³⁶.

Trwałość rozkładu, w rozumieniu nadanym temu terminowi przez Sąd Najwyższy, wobec wyraźnego pominięcia tej przesłanki w art. 61¹ § 1 oraz ze względu na cel, jaki ma realizować instytucja separacji, nie może być brana pod uwagę jako pozytywna przesłanka orzeczenia separacji. W razie wystąpienia zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego i braku negatywnych przesłanek z § 2 art. 61¹, rozumianych tak jak odpowiednie przesłanki rozwodowe, orzeczenie separacji będzie dopuszczalne. Sąd weźmie z pewnością pod uwagę czynnik czasowy, jednakże nie po to, aby zbadać, czy wobec krótkiego okresu trwania rozkładu orzeczenie separacji nie będzie sprzeczne z z.w.s., lecz po to, aby ustalić, czy rozkład pożycia ma charakter zupełny. Konieczna do orzeczenia separacji zupełność rozkładu pożycia nie zachodzi z dnia na dzień, lecz po dłuższym, co najmniej kilkumiesięcznym, okresie kryzysu małżeństwa. Przy czym owa względna długotrwałość nie może oznaczać „trwałości” jako pozytywnej przesłanki rozwodowej. Jednakże nie jest właściwe sięganie w tym miejscu po przesłankę negatywną, wyrażoną w art. 61¹ § 2.

Przesłankami negatywnymi separacji (art. 61¹ § 2) są – podobnie jak rozwodu (art. 56 § 2) – dobro wspólnych, małoletnich dzieci małżonków oraz sprzeczność z z.w.s. B. Czech postulował, aby przesłanki te interpreto-

³⁴ H. H a a k, *Separacja – komentarz*, Toruń 2000, s. 11-12, 20.

³⁵ SN w wyroku z dnia 6 listopada 1972 r. III CRN 250/72, OSN 1973, nr 6, poz. 113, s. 67-69 oraz w uchwale z dnia 28 maja 1973 r. III CZP 26/73, OSN 1974, nr 4, poz. 65, s. 21-25 (s. 23: zastosowanie art. 52 uzasadnia nieodwracalna separacja [faktyczna – przyp. aut.] występująca w razie trwałego i zupełnego rozkładu pożycia).

³⁶ H. H a a k, *Separacja...*, s. 20.

wać w sposób węższy, bardziej pozwalający niż w przypadku rozwodu. Przemawiają za tym dalej idące skutki rozwodu. Konkretny stan faktyczny w sprawie o rozwód mógłby stanowić przesłankę negatywną, natomiast w postępowaniu separacyjnym – wobec wykładni bardziej liberalnej – już nie³⁷. Inaczej niż w przypadku rozwodu, nie obowiązuje zasada rekryminacji (art. 56 § 3). Jej pominięcie ma charakter wyraźny: ustawodawca skonstruował art. 61¹ na wzór art. 56, lecz nie „powielił” jego § 3. Nie-dopuszczalne jest wywodzenie zasady rekryminacji z z.w.s.³⁸ W razie wystąpienia o separację przez jednego z małżonków nie jest konieczna zgoda drugiego, chociaż brak takiej zgody może wskazywać, że albo nie doszło do zupełnego rozkładu pożycia, albo że żądanie separacji jest sprzeczne z z.w.s.³⁹

Odmiernym od rozwiązania przyjętego w art. 56 jest dopuszczenie możliwości orzeczenia separacji na podstawie zgodnego żądania małżonków (art. 61¹ § 3) w postępowaniu nieprocesowym (art. 567¹-567³ k.p.c.). Mimo że art. 61¹ § 3 nie wspomina o pozytywnej przesłance separacji wymienionej w § 1, to także, orzekając w postępowaniu nieprocesowym, sąd powinien wziąć ją pod rozwagę. Dla usunięcia mogących się pojawić niejasności Senat proponował dodanie na końcu § 3 sformułowania „a między nimi nastąpił zupełny rozkład pożycia”⁴⁰, jednak poprawka ta została przez Sejm odrzucona. Nie oznacza to wykluczenia w postępowaniu nieprocesowym przesłanki wyrażonej w § 1: wymóg zupełnego rozkładu pożycia wynika z systemowej wykładni treści art. 61^{1/41} oraz z *Uzasadnienia*⁴². Kwestią

³⁷ B. Czech, [w:] H. Cieplą, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piascki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2000, s. 416.

³⁸ J. Panowicz-Lipska, *Instytucja separacji w polskim prawie rodzinnym*, PiP 1999, nr 10, s. 17.

³⁹ J. Gajda, *Instytucja separacji w świetle noweli k.r.o. z 21.5.1999 r.*, Edukacja Prawnicza 1999, nr 10, s. 3.

⁴⁰ Uzasadnienie uchwały Senatu z dnia 7 maja 1999 r. w sprawie ustawy o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 1110 z dnia 11 maja 1999 r., s. 3-4.

⁴¹ B. Czech, *Kodeks...*, s. 416; J. Gajda, *Kodeks...*, s. 272; J. Panowicz-Lipska, *Instytucja...*, s. 18.

⁴² *Uzasadnienie*, s. 8: „przesłanką separacji na podstawie zgodnego żądania jest także zupełny rozkład pożycia”.

otwartą, pozostawioną do rozstrzygnięcia judykaturze, pozostaje natomiast, czy mimo zgodnego wniosku, sąd nie powinien ustalić, czy rozkład pożycia rzeczywiście nastąpił. B. Czech uważa, że sąd powinien zbadać istnienie pozytywnej przesłanki separacji („rzetelne ustalenie”), jednak poza tym „zbędne staje się badanie szczegółowe”. Przeciwno zupełnej bierności sądu przemawia podejrzenie, że małżonkowie mogliby zgodnie wnieść o orzeczenie separacji, chcąc *in fraudem legis* doprowadzić do zniesienia wspólności majątkowej w sytuacji, kiedy nie istniałyby ważne powody, o których mowa w hipotezie art. 52⁴³. Za przeciwnym zapatrywaniem przemawia konieczność ochrony prywatności stron postępowania, a także brak wspólnych małoletnich dzieci małżonków, których dobro mogłoby być chronione przez sąd. Zgodnie z *Uzasadnieniem*, w postępowaniu nieprocesowym sąd jedynie „powinien zbadać i ustalić, czy każdy z małżonków działa świadomie i w pełni swobodnie”⁴⁴.

Według *Uzasadnienia* projektu rządowego „w razie orzekania separacji na podstawie zgodnego żądania małżonków art. 61³ § 2 [obecny 61¹ § 2 – przyp. aut.] nie znajdowałby zastosowania”⁴⁵. Z pewnością nie znajdzie zastosowania część paragrafu chroniąca dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków, ponieważ postępowanie nieprocesowe w sprawie separacji nie jest dopuszczalne, jeżeli małżonkowie mają takie dzieci. Jednak wątpliwości może budzić wyłączenie przez autorów *Uzasadnienia* stosowania klauzuli z.w.s.⁴⁶ Kwestię tę rozstrzygnie orzecznictwo. Tymczasem brak związania sądu zgodnym żądaniem małżonków („sąd może”) jest rozwiązaniem z pewnością słusznym.

Zgodnie z *Uzasadnieniem* „w razie orzeczenia separacji... nie jest wyłączone późniejsze żądanie rozwodu”⁴⁷. Jednak w innym miejscu doku-

⁴³ B. C z e c h, *Kodeks...*, s. 417-418; P. K a s p r z y k, *Instytucja...*, s. 70-71. Warto zauważyć, że na takiej operacji małżonkowie oszczędzaliby także na kosztach sądowych.

⁴⁴ *Uzasadnienie*, s. 8-9. Tak samo: H. H a k, *Separacja...*, s. 26; J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Instytucja...*, s. 18, a co do orzekania separacji niespornej na podstawie § 103 ABGB W.L. J a w o r s k i, *Prawo...*, s. 233 oraz J. O r d y Ń s k i, *O separacji...*, s. 29.

⁴⁵ *Uzasadnienie*, s. 9.

⁴⁶ Za poglądem, że i w trybie nieprocesowym sąd powinien wziąć pod rozwagę, czy orzeczenie separacji nie jest sprzeczne z z.w.s., opowiedzieli się B. C z e c h, *Kodeks...*, s. 416, 419 oraz H. H a k, *Separacja...*, s. 28.

⁴⁷ *Uzasadnienie*, s. 9.

ment ten wspomina, że „projekt stoi na stanowisku niezależności (równorzędności) instytucji rozwodu i separacji”⁴⁸. Czy tej równorzędności nie narusza możliwość orzeczenia rozwodu małżonków separowanych? Za pełną równorzędnością obu instytucji i wobec tego ewentualną niedopuszczalnością rozwiązania przez rozwód małżeństwa po wcześniejszym orzeczeniu separacji może przemawiać także znowelizowany art. 18 p.p.m. Na gruncie k.r.o. podobne wątpliwości budzi przyjęta technika legislacyjna, a mianowicie umieszczenie przepisów o separacji (dział V „Separacja”) po, a nie przed działem regulującym problematykę rozwodu (dział IV „Ustanie małżeństwa”). I dalej *Uzasadnienie*: „zajęcie przez separację miejsca przed rozwodem, uzasadnione wprawdzie dalej idącymi skutkami rozwodu, mogłoby niepotrzebnie i wbrew założeniom projektu sugerować określoną kolejność zdarzeń”⁴⁹. Projektodawca (a za nim ustawodawca), obawiając się, że judykatura i doktryna uznają, iż separacja jest pozytywną przesłanką (być może nawet konieczną) orzeczenia rozwodu, stworzył nowy problem: sugestię, że separacja może być przesłanką, ale negatywną, rozwodu. Można by to tłumaczyć tym, że małżonkowie separowani, których sytuację prawną reguluje dział V, nie mogą się rozwieść, ponieważ nie mogą się „cofnąć” do stanu regulowanego przez dział IV. Mimo wszystko za pełną dopuszczalnością orzekania rozwodu małżonków będących w separacji przemawia dokładne określenie przez ustawodawcę przesłanek orzekania obu instytucji (art. 56 i 61¹) oraz brak wyraźnego przepisu wyłączonego, który byłby konieczny w razie istnienia zakazu orzeczenia rozwodu po wcześniejszej separacji.

Ustawodawca nie wprowadził do prawa polskiego instytucji konwersji separacji w rozwód. Wobec tego małżonkowie separowani, żądający rozwodu, muszą spełnić te same przesłanki zawarte w art. 56, jakie wymagane są od małżonków nie pozostających w separacji. Prawo polskie nie przewiduje żadnych ułatwień (ani utrudnień) dla chcących rozwodu separowanych, chociaż *Uzasadnienie* wspomniało o pozostawieniu praktyce „ewentualnego stosowania domniemania faktycznego co do rozkładu pożycia”⁵⁰.

⁴⁸ *Uzasadnienie*, s. 2.

⁴⁹ *Uzasadnienie*, s. 5.

⁵⁰ *Uzasadnienie*, s. 10.

6. Skutki orzeczenia separacji

Na wstępie warto zauważyć, że wbrew literalnej wykładni § 1 art. 61⁴ chwilą ustanowienia separacji nie jest moment wydania orzeczenia w pierwszej instancji, ale uprawomocnienia orzeczenia wydanego w ostatniej instancji (tak samo w przypadku art. 61⁵, 61⁶ § 2, 62 § 1)⁵¹.

Paradoksalnie, ustawodawca nie wypowiedział się *expressis verbis* na temat kwestii najważniejszej, czy po orzeczeniu separacji osoby pozostają wciąż małżeństwem, czy też nie. Zgodnie bowiem z § 1 art. 61⁴ „orzeczenie separacji ma skutki takie, jak rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, chyba że ustawa stanowi inaczej,” a przecież najważniejszym skutkiem rozwodu jest ustanie małżeństwa. Argumentem na rzecz trwania małżeństwa nie jest bynajmniej posługiwanie się przez ustawodawcę frazą „małżonek pozostający w separacji” w § 2-4 art. 61⁴ oraz w art. 935¹ k.c. Podobnie ustawodawca używa pojęcia „małżonek rozwiedziony” (w art. 58 § 2, 59, 60 § 1 i § 3, 61), z czego jednak nie można wnioskować, żeby rozwiedzeni pozostawali małżeństwem. Przyjęta przez ustawodawcę konwencja terminologiczna nie jest właściwa i nasuwa potrzebę zmiany. Wskazane jest porzucenie obecnego nazewnictwa w zakresie rozwodu i przyjęcie terminu „osoba rozwiedziona”. W takich okolicznościach pozostawienie sformułowania „małżonek pozostający w separacji” rzeczywiście sugerowałoby trwanie związku małżeńskiego⁵². J. Panowicz-Lipska jako argument potwierdzający trwanie małżeństwa uznaje usytuowanie separacji w tytule I „Małżeństwo” poza działem IV „Ustanie małżeństwa”⁵³. Argument byłby przekonujący, gdyby dział IV miał charakter ekskluzywny i regulował wszelkie znane prawu polskiemu sposoby ustania małżeństwa. Dział ten jednak nie wspomina o najczęściej zachodzącym przypadku ustania małżeństwa – przez śmierć jednego z małżonków. K.r.o. *expressis verbis*

⁵¹ J. G a j d a, *Kodeks...*, s. 281; H. H a a k, *Separacja...*, s. 79.

⁵² A. M a c z y Ń s k i, *Uwagi na temat projektu ustawy o zmianie k.r.o. (maszynopis przywoływany za: T. S m y c z y Ń s k i, Kierunki...*, s. 311) proponował także użycie terminu „osoba pozostająca w separacji”. T. S m y c z y Ń s k i, *Kierunki...*, s. 312 broni przyjętej nazwy, powołując się na analogię w nazewnictwie dotyczącym rozwodu; J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Instytucja...*, s. 22 uzasadnia trwanie węzła małżeńskiego użyciem terminu „małżonek pozostający w separacji”. Jak wykazano w tekście, przedstawione w powyższym zdaniu argumenty nie są uzasadnione.

⁵³ J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Instytucja...*, s. 22.

wspomina o ustaniu małżeństwa jako konsekwencji zgonu małżonka poza działem IV w art. 13 § 3, 115 § 3, 121¹ § 1; pośrednio także i w dziale IV w art. 55. Regulacje dotyczące „zakończenia” małżeństwa, a mianowicie przepisy o unieważnieniu małżeństwa (art. 10-22), występują także w dziale I „Zawarcie małżeństwa”.

Przedstawiciele doktryny opowiadają się jednogłośnie za poglądem, że *de lege lata* separowani pozostają w związku małżeńskim⁵⁴. Choć *Uzasadnienie*⁵⁵ wspomina, że „w odróżnieniu od rozwodu separacja nie powoduje ustania małżeństwa”, to z analizy materiału normatywnego, wniosek ten w sposób oczywisty wcale nie wypływa. Czy zapatrywania przedstawicieli doktryny nie są aprioryczne? W tzw. „powszechnym mniemaniu” zakorzenione jest przekonanie, że separacja „to rozwód, który jednak nie likwiduje małżeństwa”⁵⁶. Nie oznacza to, że ustawodawca nie mógł ukształtować separacji według własnego, oryginalnego pomysłu. Szereg przepisów przemawia za trwaniem związku małżeńskiego, przewidując wzajemne prawa i obowiązki między separowanymi. Jednak takie „małżeńskie” prawa i obowiązki, choć w zmniejszonym zakresie, istnieją także po unieważnieniu małżeństwa albo po rozwodzie, czyli po ustaniu małżeństwa. Trwanie małżeństwa po orzeczeniu separacji zależy od stopnia nasilenia występowania wzajemnych praw i obowiązków między małżonkami. Pozytywna odpowiedź na pytanie o istnienie małżeństwa po orzeczeniu separacji oznaczać będzie, że do separowanych należy stosować przepisy dotyczące małżonków. Wydaje się, że zgodne z zamierzeniami ustawodawcy jest, aby w sprawach dotyczących separowanych stosować przepisy normujące sytuacje osób rozwiedzionych (ogólna zasada wynikająca z art.

⁵⁴ Tak: J. Gałda, *Kodeksy...*, s. 274; H. Haak, *Separacja...*, s. 81; P. Kasprzyk, *Instytucja...*, s. 22; E. Michniewicz-Broda, *Majątkowe skutki separacji sądowej*, Rejent 2000, nr 6, s. 78; M. Nazar, [w:] J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 135. W nauce międzywojennej: J. Gwiadomorski, [w:] F. Zoll, *Prawo...*, s. 54, 60; H. Inśadowski, *Separacja małżeńska*, [w:] *Małżeństwo w świetle...*, s. 311, 313; W. L. Jaworski, *Prawo...*, s. 208. Kwestia ta jednak nie jest oczywista, o czym świadczą poglądy S. Grzybowskiiego, [w:] S. Grzybowski, I. Różański, *Prawo...*, s. 129-130, dotyczące zniesienia wspólności małżeńskiej w *BGB*.

⁵⁵ *Uzasadnienie*, s. 5.

⁵⁶ Tezę tę autor oparł na doświadczeniu życiowym. Natomiast *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1981, t. III, s. 198 określa separację jako „uchylenie wspólnoty małżeńskiej bez prawa wstępowania przez któregokolwiek z małżonków w nowy związek małżeński”.

61⁴ § 1), a wyjątkowo przepisy mówiące *expressis verbis* o separowanych (np. art. 62 i 130). Paradoksalnie, odpowiedź na wyżej postawione pytanie ma znaczenie tylko w jednym wypadku – przy sporządzaniu aktu zgonu konieczne jest wpisanie stanu cywilnego osoby zmarłej (art. 67 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego). A jaki stan cywilny ma osoba, przed której śmiercią orzeczono separację? Jest małżonkiem, osobą rozwiedzioną czy też osobą separowaną?

Wydaje się, że mimo wielu niejasności uzasadnione jest twierdzenie, że *de lege lata* osoby separowane pozostają małżeństwem. Z art. 61⁴ § 1 wynika, że orzeczenie separacji ma takie same skutki jak rozwód, chyba że ustawa stanowi inaczej; i tak w art. 56 § 1 *in fine* jest mowa o żądaniu, „ażeby sąd rozwiązał małżeństwo przez rozwód”, natomiast odpowiedni fragment art. 61¹ § 1 brzmi: „ażeby sąd orzekł separację”. O utrzymaniu małżeństwa mogą świadczyć także art. 61⁴ § 5 – małżonek nie może zgodnie z art. 59 powrócić do przedmałżeńskiego nazwiska, oraz art. 61⁵, a także nowelizacja art. 62 § 1. Art. 61⁵ reguluje skutek orzeczenia separacji w zakresie małżeńskiego ustroju majątkowego – między małżonkami powstaje rozdzielnosc majątkowa. O małżeńskim ustroju majątkowym, jakim jest m.in. rozdzielnosc majątkowa, można mówić jedynie w przypadku stosunków między małżonkami. Z kolei w art. 62 § 1 *in fine* wyłączono stosowanie domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, o ile urodziło się ono po upływie 300 dni od orzeczenia separacji. Dodany fragment stanowi wyjątek od art. 62 § 1 *in principio* – zgodnie z nowelizacją, domniemania, które stosuje się podczas trwania małżeństwa, nie stosuje się po orzeczeniu separacji. Gdyby w wyniku orzeczenia separacji małżeństwo ustawało, nie można by regulować majątkowego ustroju małżeńskiego, a domniemanie wynikające z art. 62 § 1 *in principio* nie znajdowałoby zastosowania *eo ipso*.

Stosowanie § 2 art. 61⁴ mogłoby okazać się kontrowersyjne w przypadku przyjęcia, że jednak separacja powoduje rozwiązanie małżeństwa. Jaka w takim wypadku byłaby sankcja zakazu powtórnego zawarcia małżeństwa? Historia i komparatystyka dostarczają wielu przykładów zakazów wstępowania w związki małżeńskie, których nie obwarowano sankcją nieważności nowego małżeństwa⁵⁷. Z podobnymi wątpliwościami można się

⁵⁷ W.L. Jaworski, *Prawo...*, s. 214 (§ 120-121 *ABGB*, art. 168-169 dekretu z 1836 r.).

było spotkać w przypadku zniesienia wspólności małżeńskiej, przewidzianej przez *BGB* (do 1938 r.). Paragraf 1586 *BGB* porównywał skutki orzeczenia separacji ze skutkami rozvodu z wyjątkiem zakazu powtórnego zawarcia małżeństwa. Paragraf 1323 *BGB* formułuje *numerus clausus* wymienionych w § 1324-1328 przyczyn unieważnienia małżeństwa. S. Grzybowski, zakładając, że małżeństwo w razie zniesienia wspólności małżeńskiej ulega rozwiązaniu (a żaden z § 1324-1328 nie obejmuje swoją hipotezą zakazu przewidzianego w § 1586), uważał, że „ów zakaz zawarcia nowego związku małżeńskiego był pozbawiony znaczenia, o ile mimo to stronom udało się zawrzeć nowe małżeństwo”⁵⁸. Wydaje się jednak, że małżeństwo poprzez orzeczenie zniesienia wspólności majątkowej nie ustawało, wobec czego zawarcie nowego związku wbrew § 1586 *BGB* skutkowało bigamią, co z kolei było podstawą (§ 1326) unieważnienia nowego związku⁵⁹. Można przyjąć, że także na gruncie prawa polskiego problem stosowania art. 61⁴ § 2 należy rozwiązać tak samo. Przepis ten stanowi wyjątek od ogólnej zasady dotyczącej skutków orzeczenia separacji, wyrażonej w art. 61⁴ § 1. Wprowadzając zakaz ponownego wstępowania w związek małżeński, nie zabezpiecza go *expressis verbis* żadną sankcją. Małżeństwo zawarte z naruszeniem tego zakazu nie może zostać na podstawie art. 61⁴ § 2 unieważnione ani uznane za nie istniejące. Art. 17 k.r.o. statuuje *numerus clausus* powodów unieważnienia małżeństwa. Ogranicza możliwość unieważnienia małżeństwa do podstaw wymienionych „w przepisach działu niniejszego”, czyli w art. 10-16 działu I „Zawarcie małżeństwa”, a wobec tego art. 61⁴ § 2 nie może stanowić samodzielnej przyczyny unieważnienia nowego małżeństwa. Także art. 2 nie może stanowić podstawy orzekania nieistnienia małżeństwa, ponieważ mowa w nim o niezachowaniu „przepisów artykułu poprzedzającego”, czyli art. 1. Przyjmując, że *de lege lata* orzeczenie separacji nie wywiera najważniejszego skutku rozvodu – małżeństwo nie ustaje, lecz trwa nadal – zawarcie małżeństwa przez osobę pozostającą w separacji jednocześnie narusza normy § 2 art. 61⁴ oraz § 1 art. 13 (zakaz bigamii). Wobec tego, o ile nie występuje przesłanka negatywna zawarta w § 3 art. 13, na podstawie § 2 tego artykułu każdy, kto ma w tym interes prawny, może żądać unieważnienia takiego związku. Stosowanie art. 61⁴ § 2 nie budziłoby wątpliwości, gdyby ustawodawca

⁵⁸ S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski, I. Różański, *Prawo...*, s. 129-130.

⁵⁹ W.L. Jaworski, *Prawo...*, s. 208.

dodał do tego paragrafu (*in fine*) zdanie, że wobec małżonków separowanych stosuje się art. 13. Jednakże mogłoby to stanowić argument przemawiający za ustaniem małżeństwa jako jednym ze skutków orzeczenia separacji.

Zgodnie z § 1 art. 61⁴ zrównano skutki separacji ze skutkami rozwodu. Poza zakazem zawarcia kolejnego małżeństwa (§ 2), inne różnice, przewidziane w § 3-5, mają marginalne znaczenie. Ujednolicenie skutków prawnych orzeczenia separacji oraz rozwodu wydaje się niewłaściwe przez to, że cele obu instytucji są zupełnie odmienne i przez ukształtowanie skutków prawnych separacji na wzór skutków prawnych rozwodu ustawodawca nie osiągnie stawianego przed separacją celu – restytucji przeżywających kryzys małżeństw. Rozwiązanie polegające na regulowaniu konsekwencji orzeczenia separacji w nawiązaniu do przepisów dotyczących rozwodu występowało w ustawach obowiązujących w Polsce międzywojennej⁶⁰. Obecnie m.in. prawo francuskie, hiszpańskie, holenderskie oraz szwajcarskie nakazuje co do zakresu władzy rodzicielskiej, w kwestii kontaktów z dzieckiem oraz w sprawach dotyczących korzystania ze wspólnego mieszkania stosować przepisy rozwodowe⁶¹. Dlaczego wymaga krytyki rozwiązanie przyjęte w k.r.o., skoro wydawałoby się, że jego poprawność potwierdzona jest przykładami z historii prawa oraz współczesnej komparatystyki? Otóż w systemach prawa, które przyjmowały wyznaniowy charakter małżeństwa (spośród praw pozostawionych przez zaborców jedynie *BGB* i ustawa z 1894 r. opierały się na świeckiej koncepcji małżeństwa), prawo cywilne niejako inkorporowało prawo wyznaniowe, w szczególności katolickie prawo kanoniczne. Wobec tego do systemów prawa świeckiego recypowano separację w ujęciu kanonicznym, stanowiącą surogat niedostępnego dla katolików rozwodu. Inaczej natomiast ukształtowane były skutki mającej charakter paliatywny separacji na czas oznaczony, występującej m.in. w kodeksie cywilnym z 1825 r.⁶² Z kolei przytoczone przykłady współcze-

⁶⁰ W pierwotnym brzmieniu *ABGB* (ale jeśli orzekano na zgodny wniosek, to sami ustalali umownie majątkowe następstwa separacji) oraz *BGB*, w kodeksie cywilnym z 1825 r. (art. 267 co do separacji na czas nieoznaczony), w dekrete z 1836 r., w ustawie z 1894 r.

⁶¹ J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Skutki...*, s. 22.

⁶² Art. 269: „rozłączenie co do stołu i łóża do pewnego czasu ograniczone nie znosi żadnych cywilnych małżeństwa skutków, ale środki tymczasowo zaradcze, jakie są... postanowione, znajdują miejsce aż do upłynięcia czasu, do którego rozłączenie wyrzeczone zostało, albo do chwili odstąpienia od niego dobrowolnie”. H. W a r m a n, *Przepisy...*, s. 26-27.

sne nakazują stosować przepisy o rozwodzie jedynie w ograniczonym zakresie. Polski ustawodawca posunął się za daleko w zrównaniu skutków separacji i rozwodu, w szczególności co do obowiązków przewidzianych w art. 23 oraz kwestii dziedziczenia.

Wątpliwości budzić może także końcowe sformułowanie art. 61⁴ § 1, które dotyczy wyjątków od zasady zrównania skutków orzeczenia separacji z konsekwencjami rozwodu. Mianowicie, jaki zakres ma użyty w tym paragrafie termin „ustawa”? Kontrowersji nie budziły projekty nowelizacji pochodzące z lat 1992 i 1993, w których odpowiedni przepis kończył się frazą: „chyba, że niniejszy Kodeks lub przepisy innej ustawy stanowią inaczej” (art. 61² § 1 *in fine* obu projektów). Z jednej strony można rozumieć ten termin szeroko, jako każdy akt rangi ustawowej, a z drugiej strony wąsko, jedynie jako k.r.o. Za drugim rozwiązaniem przemawia dodanie do k.c. art. 935¹. Skoro separacja wywołuje skutki określone w § 1 art. 61⁴, a osoba rozwiedziona nie dziedziczy po swym byłym małżonku, to także osoba separowana nie dziedziczy po swoim małżonku już na mocy art. 61⁴ § 1. A zatem przez *reductio ad absurdum*, wychodząc z założenia, że każdy przepis stanowiony przez racjonalnego ustawodawcę ma znaczenie normatywne, można by dojść do wniosku, że w braku art. 935¹ k.c. małżonek separowany dziedziczyłby z ustawy. W takim razie separacja odnosiłaby na podstawie art. 61⁴ § 1 skutki takie jak rozwód wyłącznie w zakresie regulowanym przez k.r.o., a na mocy art. 935¹ k.c. również co do powołania małżonka do dziedziczenia z mocy ustawy. Z kolei na pozostałym obszarze systemu prawa małżonkowie separowani pozostawaliby w takich stosunkach jak przed orzeczeniem separacji, czyli np. mogliby się wspólnie opodatkowywać. Mimo to należy przyjąć, że *de lege lata* separacja odnosi skutki takie jak rozwód nie tylko na gruncie prawa rodzinnego i spadkowego, ale generalnie na całym obszarze prawa, w szczególności w zakresie prawa podatkowego, prawa ubezpieczeń społecznych, prawa lokalowego. Dodanie art. 935¹ k.c. jest potwierdzeniem ogólnej zasady i nie stanowi od niej wyjątku⁶³. Zbędność art. 935¹ k.c. wynika z art. 61⁴ § 1, a także ze

⁶³ Tak Z. Krzemiński, *Separacja*, s. 97, a także *Uzasadnienie*, s. 11. M. Nazar, [w:] J. Ignatowicz, *Prawo...*, s. 141 oraz J. Panowicz-Lipska, *Instytucja...*, s. 22-23 uznają unormowanie skutków separacji w 935¹ k.c. jako „zbędne *superfluum*”. A. Maczyński uważa przepis art. 935¹ nie za zbędny, lecz wręcz mylący, sugerujący, że art. 61⁴

znowelizowanego art. 940 k.c. Należy przyjąć, że użyty w art. 61⁴ § 1 *in fine* termin „ustawa” oznacza każdą ustawę, a nie wyłącznie k.r.o.⁶⁴

J. Panowicz-Lipska trafnie zauważa co do praktycznego zastosowania art. 61⁴ § 1, że „częściej będzie tak, że do sytuacji małżonków w separacji nie znajdą po prostu zastosowania przepisy dotyczące małżonków”⁶⁵. Według uchwały pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1987 r. „cel i społeczne znaczenie związku małżeńskiego wymagają, by niektóre konsekwencje jego zawarcia trwały nawet po rozwiązaniu małżeństwa”, a więc tym bardziej po orzeczeniu separacji⁶⁶. Następstwem separacji jest utrzymanie między małżonkami niektórych praw oraz obowiązków – w zasadzie takich, które nie kolidują z wyłączeniem wspólnego pożycia. Niestety, ustawodawca nie pozostawia małżonkom zbyt wielu wzajemnych praw i obowiązków, doktryna krytykuje zwłaszcza brak obowiązku wzajemnej wierności małżonków separowanych, co ogranicza szansę na ich pojednanie⁶⁷.

Nieobowiązywanie art. 23 w całości zapewne nie jest rozwiązaniem prawidłowym. Oceniając je, warto przytoczyć słowa W.L. Jaworskiego formułowane w pierwszych latach Drugiej Rzeczypospolitej: „nie ustaje obowiązek wierności. Na przyjęcie tego zapatrywania nie potrzeba cytować przepisów”⁶⁸. J. Gajda, potwierdzając, że w wyniku wyłączenia obowiązku wierności zmniejszy się „szansa na powrót”, dodaje ponadto, że „utrzymanie takiego obowiązku pomimo orzeczenia separacji należałoby uznać za mało realne i w pewnym nawet stopniu podważające sens separacji”⁶⁹. Jednak skoro sensem istnienia instytucji separacji jest restytucja

§ 1 dotyczy jedynie zakresu regulowanego przez k.r.o. (za czym przemawia oparte na założeniu racjonalnego ustawodawcy przedstawione wnioskowanie *ad absurdum*). Istnieje też pogląd przeciwny, wyrażony przez E. Michniewicz-Brodę, *Majątkowe...*, s. 88, nadający art. 935¹ k.c. istotne znaczenie normatywne i uznający, że sam art. 61⁴ § 1 nie stanowi podstawy wyłączenia dziedziczenia małżonków separowanych.

⁶⁴ *Uzasadnienie*, s. 6.

⁶⁵ J. Panowicz-Lipska, *Instytucja...*, s. 22.

⁶⁶ Uchwała ta zawiera wytyczne w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach o alimenty (M.P. 1988, Nr 6, poz. 60). Cytowany fragment pochodzi z punktu XII.

⁶⁷ E. Holewińska-Łapińska, *Separacja...*, s. 18; P. Kasprzyk, *Instytucja...*, s. 74 i 83.

⁶⁸ W.L. Jaworski, *Prawo cywilne...*, s. 314. Utrzymanie obowiązku wierności wydało się całkiem oczywiste także J. Gwiazdomorskiemu, [w:] F. Zolli, *Prawo...*, s. 60.

⁶⁹ J. Gajda, *Kodeks...*, s. 281-282.

związku małżeńskiego, a obowiązek wierności może znacznie pomóc w realizacji tego celu – w każdym razie z pewnością nie zaszkodzić – obowiązek wierności powinien ciążyć na małżonkach.

W razie orzeczenia separacji nie znajdują także zastosowania przepisy, w których mowa o wspólnym pożyciu małżonków – art. 28 i 29. Podobnie wyłączone zostają art. 40 i 52, a to z powodu wprowadzenia rozdzielności majątkowej. Ustaje obowiązek wspólnego decydowania o istotnych sprawach rodziny (art. 24), a wygasa obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27)⁷⁰. Nie ma zgodności co do obowiązywania art. 30, wydaje się jednak, że małżonkowie separowani wciąż odpowiadają solidarnie za zobowiązania mające na celu zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny, a zaciągnięte przez jednego z nich (art. 30 § 1). Zakres zwykłych potrzeb rodziny w razie separacji faktycznej lub sądowej ulega odpowiedniemu zwężeniu. Przepis ten znajduje zastosowanie niezależnie od małżeńskiego ustroju majątkowego, a w jego hipotezie nie występuje sformułowanie „wspólne pożycie małżonków”, stąd znajduje też zastosowanie w razie separacji (zarówno faktycznej jak i sądowej), która jednak może być ważnym powodem wyłączenia przez sąd solidarnej odpowiedzialności za powyższe zobowiązania (§ 2)⁷¹.

Kontynuacją obowiązków wynikających z art. 23, nie obowiązującego w razie orzeczenia separacji, jest spoczywający na małżonkach obowiązek wzajemnej pomocy (art. 61⁴ § 3). Charakterystyczne jest, że ustawodawca ograniczył istnienie tego obowiązku względami słuszności. Budzi to kontrowersje dwojakiego rodzaju. J. Gajda krytykuje posługiwanie się przez ustawodawcę pojęciem „względny słuszności” zamiast terminem „zasady współżycia społecznego” i podnosi, że chociaż należałoby zamienić pozostające w przepisach „zasady współżycia społecznego” „względami słuszności”, to jednak powinno to nastąpić jednorazowo na obszarze całego prawa. Tymczasem ustawodawca w art. 61⁴ § 3 posługuje się pojęciem „względny słuszności”, a w art. 61¹ § 2 *in fine* terminem „zasady współżycia społecznego”.

Ograniczenie obowiązku wzajemnej pomocy względami słuszności sprawia, że obowiązek ten nie ma charakteru reguły, a jedynie jest wyjąt-

⁷⁰ J. G a j d a, *Kodeks...*, s. 270-271, 282.

⁷¹ J. G a j d a, *Instytucja separacji w świetle noweli k.r.o.*, *Monitor Prawniczy* 1999, nr 9, s. 13. Przeciwno stosowaniu art. 30 po orzeczeniu separacji: B. C z e c h, *Kodeks...*, s. 433.

kiem. J. Gajda uzasadnia przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie faktem, że separowani małżonkowie mogą mieszkać daleko od siebie, a ich kontakty mogą być tylko sporadyczne. *De lege ferenda* bardziej przekonujący wydaje się pogląd przeciwny, wyrażany przez Senat, zgodnie z którym obowiązek wzajemnej pomocy powinien być regułą, a nie wyjątkiem. Wiąże się to ze stanowiskiem *de lege ferenda*, że spośród obowiązków przewidzianych w art. 23 jedynie zobowiązanie do wzajemnego pożycia powinno być wyłączone przez separację. Podstawą tego postulatu jest charakter małżeństwa – związek ten nie jest zawierany przypadkowo i jeżeli na małżonku po orzeczeniu separacji spoczywa szereg obowiązków, takich jak wierność, wzajemna pomoc czy współdziałanie dla dobra rodziny założonej przez małżeństwo, to jest to sytuacja oczywista, akceptowalna, a wręcz społecznie pożądana. Należy przychylić się do postulatu E. Holewińskiej-Łapińskiej, aby obowiązek wzajemnej pomocy separowanych ograniczyć jedynie na zasadach ogólnych przez art. 5 k.c.⁷² *De lege lata* rozmiar pomocy jest mniejszy niż przed orzeczeniem separacji. Przyczyny uzasadniające względami słuszności pomoc małżonkowi separowanemu mogą powstać zarówno przed, jak i po orzeczeniu separacji. Jednak, jeżeli przyczyny powstały przed orzekaniem, muszą to być takie przyczyny, które nie uniemożliwiały orzeczenia separacji na mocy § 2 art. 61¹. Czas, jaki upłynął od wprowadzenia separacji do wystąpienia powodów, nie ma wpływu na obowiązek pomocy, wszak separowani są wciąż małżeństwem⁷³. Wzajemna pomoc małżonków obejmuje nie tylko sferę majątkową, ale także duchową (np. wsparcie moralne w razie choroby).

Wyłącznie sfery majątkowej dotyczy obowiązek alimentacji – ukształtowany na wzór „porozwodowego” (art. 61⁴ § 4 w zw. z art. 60) – który jest kontynuacją nie obowiązującego podczas separacji obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27)⁷⁴. Ciążący na małżonku obowiązek wyprzedza obowiązek krewnych uprawnionego separowanego (art. 130)⁷⁵. Wątpliwości pojawiają się w związku ze słusznym wyłącze-

⁷² E. H o l e w i ń s k a - Ł a p i ń s k a, *Separacja...*, s. 18.

⁷³ J. G a j d a, *Kodeks...*, s. 282-284, H. H a a k, *Separacja...*, s. 217.

⁷⁴ E. H o l e w i ń s k a - Ł a p i ń s k a, *Separacja...*, s. 18; J. P a n o w i c z - L i p s k a, *Skutki...*, s. 23.

⁷⁵ Hipoteza art. 130 obejmuje sytuację „po rozwiązaniu lub unieważnieniu małżeństwa albo po orzeczeniu separacji”. Skoro zgodnie z art. 21 i 61⁴ § 1 do skutków unieważnienia

niem, z przyczyn wyłożonych w poprzednim akapicie, przez ustawodawcę stosowania § 3 art. 60⁷⁶. Podobnie jak w przypadku wzajemnej pomocy separowanych małżonków, nie ma znaczenia, czy sytuacja uzasadniająca alimentację nastąpiła przed czy też po orzeczeniu separacji.

Ustawa wprowadzająca separację nie tylko dodała do k.c. art. 935^{1/77}, ale nadto znowelizowała art. 940 § 1. Na mocy art. 61⁴ § 1 separacja odnosi skutki takie jak rozwód na płaszczyźnie prawa spadkowego (małżonek separowany nie dziedziczy z ustawy), a wynikająca stąd zbędność art. 935¹ k.c. stała się przyczyną wyżej wspomnianych komplikacji. Z kolei zmiana art. 940 k.c. była konieczna. Skutki, jakie miałyby art. 935¹ k.c. wywoływać, wynikają już z ogólnej zasady sformułowanej w art. 61⁴ § 1, a ponadto – *a minori ad maius* – z nowego brzmienia art. 940 § 1 k.c. Zgodnie ze znowelizowanym art. 940 § 1 k.c., małżonek może zostać przez sąd wyłączony od dziedziczenia ustawowego, jeżeli spadkodawca z uzasadnionych przyczyn wystąpił o orzeczenie separacji z jego winy. Nie jest konieczne, aby spadkodawca wystąpił z powództwem, wystarczy, jeżeli – będąc pozwany – zażąda orzeczenia separacji z winy małżonka. Art. 940 k.c. nie znajduje zastosowania ze względu na brak orzekania o winie, jeżeli małżonkowie wystąpią o orzeczenie separacji w trybie art. 61¹ § 3⁷⁸. Zmiana art. 940 § 1 k.c. nie była, jak w przypadku art. 935¹ k.c., zbędna, dlatego że art. 61⁴ § 1 nie obejmuje swymi konsekwencjami obszaru działania art. 940 § 1 k.c.; art. 61⁴ § 1 skutkuje po orzeczeniu separacji, natomiast hipoteza art. 940 § 1 k.c. obejmuje sytuację jeszcze przed tym orzeczeniem.

De lege ferenda na gruncie prawa spadkowego separacja powinna wywoływać – w porównaniu z rozwodem – złagodzone skutki. Przemys-

małżeństwa w zakresie stosunków majątkowych między małżonkami stosuje się odpowiednio przepisy o rozwodzie, a z kolei orzeczenie separacji wywołuje takie skutki jak rozwód, to w art. 130 wystarczyłoby sformułowanie „po rozwiązaniu małżeństwa”. *Uzasadnienie*, s. 11: wobec tego, że reguła wyrażona w art. 21 została już wcześniej potwierdzona w art. 130, uznano za zasadne także analogiczne powtórzenie zasady co do skutków separacji.

⁷⁶ J. G a j d a, *Kodeks...*, s. 282; E. M i c h n i e w i c z - B r o d a, *Majątkowe...*, s. 94; *Uzasadnienie*, s. 6. Przeciwno wyłączeniu § 3 w części dotyczącej małżonka niewinnego opowiedział się T. S m y c z y Ń s k i, *Kierunki...*, s. 309.

⁷⁷ W projekcie rządowym z 1998 r. zamiast klauzuli generalnej (art. 935¹ k.c.) przyjęto regulację szczegółowe – dodano w art. 931 § 1 i § 2 k.c. *in media parte* oraz w art. 935 § 1 k.c. *in fine* „chyba że w chwili otwarcia spadku małżonkowie pozostawali w separacji”, a w art. 935 § 2 i § 3 k.c. zastąpiono wyraz „małżonek” wyrazami „dziedziczący małżonek”.

⁷⁸ E. M i c h n i e w i c z - B r o d a, *Majątkowe...*, s. 90-91.

ślenia wymagają poprawki zaproponowane przez Senat, które następnie niesłusznie odrzucono. W szczególności proponowano, aby na gruncie prawa spadkowego powiązać wywoływanie przez separację takich następstw, jak rozwód z kwestią winy separowanych, analogicznie jak następuje to w art. 940 k.c. Propozycje Senatu znalazły ucieleśnienie w następujących sugestiach: uzupełnienie art. 935¹ k.c. o frazę „orzeczonej z jego wyłącznej winy”, zamiana w § 1 art. 940 k.c. „lub separacji z jego winy” na „z jego winy lub separacji z jego wyłącznej winy” oraz dodanie § 3 w art. 991 k.c.: „Zachówek nie należy się małżonkowi spadkodawcy pozostającemu w separacji, chyba że spadkodawca był wyłącznie winny orzeczeniu separacji”⁷⁹. Warto zauważyć, że podobne rozwiązanie występuje w prawie francuskim (art. 301 w zw. z art. 265 *Code civil*).

Zgodnie z art. 61⁵, konsekwencją orzeczenia separacji jest wprowadzenie między małżonkami rozdzielności majątkowej⁸⁰ o charakterze ustroju przymusowego. Istnieje zatem „specyficzny stan zawieszenia dowolnego kształtowania stosunków majątkowych między małżonkami”, którzy nie mogą zawierać żadnych umów małżeńskich, nawet takich, które potwierdzałyby ustrój rozdzielności⁸¹. E. Holewińska-Łapińska wystąpiła z propozycją poprawki, dzięki której sąd w wypadku długotrwałej separacji faktycznej mógłby orzekać o wprowadzeniu rozdzielności ze skutkiem wstecznym⁸². Obecnie sąd nie ma takiej kompetencji w postępowaniu w sprawie separacji⁸³. Po orzeczeniu separacji ustrój rozdzielności majątkowej, wynika-

⁷⁹ Punkty 4-6 uchwały Senatu, o której mowa w przyp. 40. Z podobną propozycją, wyłączającą separowanego małżonka z kręgu osób uprawnionych do zachowku, wystąpiła E. Michniewicz-Broda, *Majątkowe...*, s. 89.

⁸⁰ Tak samo m.in. we Francji (art. 302 *Code civil*) i w Szwajcarii (J. Panowicz-Lipska, *Skutki...*, s. 23); W.L. Jaworski, *Prawo...*, s. 435-441; z kolei w *BGB* zniesienie wspólności małżeńskiej nie wpływało na zmianę dotychczasowego ustroju; w *ABGB* od małżonka niewinnego zależało utrzymanie majątkowego ustroju umownego.

⁸¹ R. Szytyk, *Czynności notarialne z prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Rejent 1999, nr 8, s. 131-132.

⁸² E. Holewińska-Łapińska, *Separacja...*, s. 18; propozycję popiera J. Gajda, *Kodeks...*, s. 285. Przeciwno postulatowi, w obawie przed nadużywaniem tej możliwości, B. Czecz, *Kodeks...*, s. 438.

⁸³ SN w uchwale z dnia 15 października 1991 r. (III CZP 96/91, OSN 1992, nr 6, poz. 91) stwierdził, że „niedopuszczalne jest dochodzenie jednym pozwem żądania rozwodu oraz zniesienia wspólności majątkowej z datą wsteczną”. Uchwała ma także zastosowanie na gruncie separacji.

jący z art. 61⁵, jest skuteczny *erga omnes*. Z kolei rozdzielnosc umowna skutkuje tylko wobec osób, które wiedzą o istnieniu między małżonkami umowy wyłączającej wspólność majątkową (art. 47 § 2). Zatem po orzeczeniu separacji osoby trzecie, w szczególności wierzyciele jednego z małżonków, nie mogą żądać zaspokojenia z majątku wspólnego, nawet jeśli są przekonane o istnieniu między małżonkami wspólności. Niektórzy autorzy obawiają się, że instytucja separacji może stać się środkiem mającym na celu pokrzywdzenie wierzycieli. Jedną z dotychczasowych metod ograniczenia odpowiedzialności małżonków jest wystąpienie na podstawie art. 52 z żądaniem wyłączenia wspólności majątkowej. Przeciwdziałając nadużyciom, sąd szczegółowo bada, czy istnieją ważne powody zniesienia wspólności majątkowej. Tymczasem w postępowaniu separacyjnym sąd ograniczy się zapewne do badania przesłanek i ewentualnych konsekwencji orzeczenia w sferze stosunków osobistych, a nie majątkowych⁸⁴.

Spory w doktrynie budzą skutki, jakie separacja odnosi w sferze prawa spółdzielczego w przypadku, jeżeli przed orzeczeniem obojgu małżonkom przysługiwało spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego. Zgodnie z art. 215 § 1 prawa spółdzielczego (pr. sp.), spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego ma charakter jednopodmiotowy i może „należć tylko do jednej osoby albo do małżonków”. Jakie zatem skutki wywoła orzeczenie separacji? Czy prawo to pozostanie we wspólności czy też, jak pozostałe elementy wchodzące w skład majątku małżonków, stanie się współwłasnością w częściach ułamkowych? Pierwsza z koncepcji⁸⁵ znajduje swoje uzasadnienie – wobec trwania małżeństwa po orzeczeniu separacji – w brzmieniu art. 215 § 3 *in principio* pr. sp.: „ustanie wspólności majątkowej w czasie trwania małżeństwa nie pociąga za sobą ustania wspólności spółdzielczego prawa do lokalu”. E. Michniewicz-Broda, uzasadniając powyższe zapatrywanie, wyklucza zastosowanie art. 216 pr. sp. wobec małżonków separowanych z tego względu, że w § 1 *in principio* tego artykułu mowa jest o „ustaniu małżeństwa wskutek rozvodu”. Jednak wydaje się, że niezależnie od istnienia małżeństwa po orzeczeniu separacji akcent należy położyć nie na wyrazy „ustaniu małżeństwa”, ale na „wskutek rozvodu” i zatem,

⁸⁴ E. Michniewicz-Broda, *Majątkowe...*, s. 80-81.

⁸⁵ B. Czech, *Kodeks...*, s. 434; E. Michniewicz-Broda, *Majątkowe...*, s. 86-87.

w związku z art. 61⁴ § 1, skłonić się ku drugiej koncepcji. Jej zwolennicy⁸⁶ stoją na stanowisku, że los spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego po orzeczeniu separacji małżonków, którym to prawo wspólnie przysługiwało, ułoży się tak, jak gdyby małżonkowie się rozwiedli – zostanie wyznaczony przez art. 216 pr. sp. Podobnie orzeczenie separacji nie pozostanie obojętne, jeżeli małżonkom wspólnie przysługiwało prawo do domu jednorodzinnego albo lokalu mieszkalnego budowanych w celu przeniesienia ich własności na rzecz małżonków. Po jej orzeczeniu umowa przeniesienia własności budynku oraz prawa do działki będzie mogła zostać zawarta tylko z jednym małżonkiem, pod warunkiem, że jest on członkiem spółdzielni⁸⁷.

7. Podsumowanie

Wprowadzenie do prawa polskiego pod koniec roku 1999 r. instytucji separacji nie spowodowało rewolucji w prawie małżeńskim⁸⁸. Zwolennicy wprowadzenia separacji argumentowali, że instytucja ta jest bardzo potrzebna ze względu na ochronę dóbr osobistych wiernych Kościoła katolickiego, a po drugie, że zwiększy się szansa na pojednanie skłóconych małżonków. Co do pierwszego argumentu, to jak wykazano w początkowej części artykułu, jest on nietrafny. Drugi argument jest natomiast całkowicie trafny – prawu polskiemu potrzebne są rozwiązania, które wzmacniałyby trwałość związku małżeńskiego, a przez to kształtowały silną rodzinę, co w dalszej kolejności mogłoby rozwiązać szereg problemów społecznych przełomu tysiącleci. Nadal aktualne są słowa J. Gwiazdomorskiego: „dobre małżeństwo jest najlepszym środkiem przeciwdziałającym wszelkim ruchom wywrotowym, zmniejsza przestępczość, zapobiega rozwojowi alkoholizmu, jest jednym słowem filarem i podstawą ładu, porządku i spokoju w państwie i społeczeństwie”⁸⁹. Problem polega na tym, że instytucja se-

⁸⁶ J. G a j d a, *Kodeks...*, s. 282; H. H a a k, *Separacja...*, s. 80; R. S z t y k, *Czynności...*, s. 132-133.

⁸⁷ R. S z t y k, *Czynności...*, s. 132.

⁸⁸ Świadczy o tym stosunek ilości spraw o rozwód (43862) i spraw o separację (4060; w trybie procesowym 3604, w nieprocesowym – 456), które wpłynęły do sądów w pierwszym półroczu 2000 r. M. P i o n k o w s k a, *Ze względów religijnych lub majątkowych*, Rzeczpospolita z 2000 r. nr 181.

⁸⁹ J. G w i a z d o m o r s k i, [w:] F. Z o l l, *Prawo...*, s. 5-6.

paracji w ujęciu obecnie obowiązującym może nie spełnić wymienionego wyżej zadania w znacznie większym stopniu niż dokonują tego zastane instytucje prawne (m.in. art. 30 § 2, 40, 52, 107 § 2). Nowela wprowadzająca separację nie wnosi wiele nowego do prawa polskiego, podobne orzeczeniu separacji skutki można było osiągnąć w drodze kilku odrębnych postępowań. Natomiast zaletą instytucji może być możliwość kompleksowej regulacji praw i obowiązków małżonków separowanych⁹⁰.

Nie można ukrywać, że rozwiązania dotyczące separacji wymagają nowelizacji. Jak wykazano wyżej, zbyt szeroko rozciągnął ustawodawca następstwa orzeczenia separacji, co przeciwdziała spełnianiu stawianych tej instytucji zadań. Przede wszystkim należy poszerzyć prawa i obowiązki małżonków pozostających w separacji, w szczególności utrzymać obowiązki wynikające z art. 23, z wyjątkiem wspólnego pożycia; takie rozwiązanie zakładał art. 56a § 1 *in principio* projektu A. Strzembosza. Można także wprowadzić zmiany w zakresie prawa spadkowego oraz w kwestii sposobu zniesienia separacji. Ponadto należałoby wyjaśnić niejasności, takie jak problem istnienia małżeństwa po orzeczeniu separacji, skutki separacji na gruncie prawa spółdzielczego, określenie ustroju majątkowego między małżonkami po zniesieniu separacji.

Wprowadzenie separacji do prawa polskiego można rozumieć jako próbę realizacji zasady wyrażonej w art. 18 Konstytucji, zgodnie z którą Rzeczpospolita Polska poprzez swój porządek prawny bierze pod ochronę i opiekę małżeństwo, rodzinę, macierzyństwo oraz rodzicielstwo. Istotą ochrony małżeństwa w prawie polskim jest ochrona trwałości, choć nie – jak w prawie kanonicznym – nierozzerwalności jego istnienia⁹¹. Warto zauważyć, że w pozytywnym prawie polskim o „trwałości małżeństwa” mowa jest jedynie w § 1 art. 436 *in fine* k.p.c., który nakłada na sąd obowiązek skłaniania stron do pojednania, zwracając uwagę na „społeczne znaczenie trwałości małżeństwa”.

⁹⁰ M. N a z a r, [w:] J. I g n a t o w i c z, *Prawo...*, s. 139; T. S m y c z y Ń s k i, *Kierunki...*, s. 306-308; *Uzasadnienie*, s. 3.

⁹¹ SN w uchwale z dnia 26 kwietnia 1952 r. zawierającej wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania art. 30 kodeksu rodzinnego CP 798/51, OSN 1952, nr 1, poz. 1; także: PiP 1952, nr 7, s. 113 i nast. Rozróżnienie jest wyraźne także w art. 11 Konkordatu.

Po wprowadzeniu separacji do prawa polskiego powinno nastąpić zaostrenie przepisów rozwodowych, a także linii orzecznictwa. Między innymi można się zastanowić nad kodeksowym ograniczeniem możliwości żądania rozwodu przez młode małżeństwa. Kodeks mógłby nie dozwalać na orzekanie rozwodu małżonków w wieku poniżej 25 lat oraz tych, których związek trwa krócej niż trzy lata. Małżonkowie, którzy nie mogliby występować o rozwód, mogliby za to żądać orzeczenia separacji. Innego rodzaju zmianą mogłoby być wprowadzenie przepisu nawiązującego do art. 56a § 2 projektu A. Strzembosza: „rozwiązanie małżeństwa przez rozwód nie może nastąpić przed upływem 2 lat od orzeczenia separacji”. Powyższy przepis nie czyni z separacji koniecznej przesłanki rozwodu, ale zwiększa możliwości doprowadzenia do pojednania małżonków. Wprawdzie przeciwko rozwiązaniom uzależniającym orzeczenie rozwodu od separacji wypowiadają się oponenti, argumentując, że regulacje takie stanowią regres wobec współczesnej tendencji do ułatwiania rozwodów. Wydaje się, że zważenie dwóch wartości: z jednej strony podążanie za współczesnymi, zachodnimi trendami, a z drugiej strony ochrona trwałości małżeństwa oraz rodziny, przemawia za tym, żeby opowiadać się za korzystniejszym dla społeczeństwa rozwiązaniem.