

UNIwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie

MŁODY JURYSTA

STUDENCKI KWARTALNIK NAUKOWY

Nr 2/czerwiec/2014

Warszawa
30 czerwca 2014 r.

UNIwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

Wydział Prawa i Administracji

Kolegium Redakcyjne

Paweł Izdebski – student WPiA UKSW

Małgorzata Judkiewicz - studentka WPiA UKSW

Kamila Walaszczyk – WPiA UKSW

Opiekun naukowy

Prof. dr hab. Marek Michalski

Recenzenci

Prof. dr hab. Marek Michalski, Dr hab. Piotr Zapadka, Dr Michał Będkowski – Koziół,
Dr Krzysztof Buk, Dr Aleksandra Gawrysiak – Zabłocka, Dr Marek Jeżewski, Dr Ewa Skibińska,
Dr Tomasz Szczurowski, dr Marcin Wielec, Mgr Łukasz Gołąb, Mgr Nikodem Muszyński
mgr Mariusz Stanik

Adres Redakcji

Młody Jurysta
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego
Wydział Prawa i Administracji
ul. Wóycickiego 1/3 bud. 17
01-938 Warszawa

www.wpia.uksw.edu.pl/node/3147

e-mail: mlodyjurysta@gmail.com

Warszawa 2014

SPIS TREŚCI

GLOSY

Małgorzata Moczulska

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13.06.2012 r.

(II GSK 180/12)

(Commentary on the Judgment of the Supreme Administrative Court from 13 June 2012, II GSK 180/12)..... **str. 5**

ARTYKUŁY

Bartłomiej Kobyliński

Kilka uwag dotyczących umowy o świadczenie usług w modelu cloud computing

(Some remarks on the cloud computing services agreement)..... **str. 13**

Paulina Konarska

Konkubinaty i małżeństwo w polskim systemie prawa

(Cohabitation and marriage in Polish law)..... **str. 25**

Agata Hiacynta Tarnacka

Zawarcie małżeństwa – wybrane aspekty w polskim prawie rodzinnym oraz prawie kanonicznym

(Regulations concerning the validity of marriage in family and canon law)..... **str. 42**

Barbara Trzeciak

Śmigus-dyngus, a sprawa polska, czyli o wpływie kontratypów pozaustawowych na trójpodział władzy

(Dyngus Day as a state issue, or an influence of extra-statutory lawful excuses on separation of powers)..... **str. 61**

O Autorach..... str. 70

Małgorzata Moczulska

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13.6.2012 r. (II GSK 180/12)

This article discusses the problem of revocation of a decision due to the occurrence of failures in its justification. The Supreme Administrative Court (NSA) ruled that the authority issuing the decision contested by the Voivodship Administrative Court (WSA) had resolved the issues in a proper manner. Moreover, failures in the justification could not constitute the sole basis for the revocation of that decision because those deficiencies were not of such an importance that they should result in revocation of the decision.

W wyroku z 13.6.2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny uznał, iż Sąd pierwszej instancji bezzasadnie uchylił zaskarżone decyzje, poprzez błędne przyjęcie, iż instytucja zarządzająca miała bezwzględny obowiązek wyeliminowania z obrotu swoją wcześniejszą decyzję wyłącznie na skutek jej wadliwego uzasadnienia, pomimo prawidłowego samego rozstrzygnięcia.

Stan faktyczny glosowanego wyroku był następujący. W ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubuskiego, zarząd województwa, pełniący rolę instytucji zarządzającej regionalnym programem operacyjnym na lata 2007-2013 (dalej: instytucja zarządzająca, organ) podpisało z beneficjentem umowę o dofinansowanie projektu w przedmiocie modernizacji dwóch wiaduktów. W następstwie przeprowadzonych przez urząd kontroli skarbowej oraz instytucję zarządzającą kontroli projektu, zostało wszczęte postępowanie administracyjne, zakończone wydaniem decyzji zarządu województwa, zobowiązującej beneficjenta do zwrotu części dofinansowania. Po ponownym rozpatrzeniu sprawy instytucja zarządzająca, działając jako organ odwoławczy, podtrzymała stanowisko organu pierwszej instancji. W następstwie złożonej skargi Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim (dalej: WSA, Sąd) uchylił obie decyzje (wyrok z 20.10.2011 r. sygn. akt II SA/Go 611/11). Od powyższego orzeczenia instytucja zarządzająca wniosła

skargę kasacyjną, zarzucając wyłącznie naruszenie przepisów postępowania mogących mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) uwzględnił skargę kasacyjną uchylając zaskarżony wyrok i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania WSA w Gorzowie Wielkopolskim. W uzasadnieniu podkreślił, iż Sąd bezzasadnie uchylił zaskarżoną decyzję i decyzję ją poprzedzającą. Jednocześnie NSA uwzględnił zarzuty beneficjenta dotyczące naruszenia przez WSA Gorzowie Wielkopolskim, przepisów w zakresie uprawnień kontrolnych, jakie sprawują sądy administracyjne nad działalnością administracji publicznej, tj. art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) oraz art. 3 § 1 w zw. z art. 5 pkt 11, art. 26 ust. 1 pkt 1, pkt 8, pkt 14, pkt 15 i pkt 15a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki¹, w związku z art. 165 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych² oraz art. 5 pkt 11, art. 26 ust. 1 pkt 1, pkt 8, pkt 14, pkt 15 i pkt 15a u.z.p.p.r. i art. 60 lit. a i lit. b oraz art. 98 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006³, a także w zw. art. 7, art. 77, art. 106 i art. 107 § 1 i 3 ustawy z dnia Kodeksu postępowania administracyjnego⁴. W konsekwencji, Naczelny Sąd Administracyjny za zasadny uznał także zarzut przyjęcia, iż organ był bezwzględnie zobowiązany wyeliminować z obrotu decyzję na skutek jej wadliwego uzasadnienia (czego nie uczynił), w sytuacji gdy, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd nie wyjaśnił, o który rodzaj decyzji uchylającej w ramach art. 138 § 1 pkt 2 K.p.a. chodzi, czym jednocześnie uniemożliwił kasatorowi odniesienie się do zasadności naruszenia tego przepisu, a także błędne zdaniem NSA przyjęcie, że organ odwoławczy rozpatrując wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, winien oprzeć swoje rozstrzygnięcie na art. 138 pkt 2 K.p.a., gdy wyłącznie doszło od wadliwego uzasadnienia decyzji administracyjnej. Ostatecznie Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, że pomimo wystąpienia uchybień w decyzji organu pierwszej i drugiej instancji, to jednak braki te nie miały istotnego wpływu na rozstrzygnięcie sprawy, w sytuacji gdy samo rozstrzygnięcie instytucji zarządzającej było prawidłowe.

¹ Ustawa z dnia 6 grudnia 2006r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, t. j. Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 z późn. zm, dalej: u.z.p.p.r.

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655, dalej: ustawa P.z.p.

³ Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, Dz. U. UE. L 2006 r. Nr 210, poz. 25 z późn. zm., dalej: Rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

⁴ Ówczśnie obowiązująca ustawa z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeksu postępowania administracyjnego, t.j. Dz. U. 2000, Nr 98, poz. 1071, dalej: K.p.a.

Na wstępie należy wskazać, iż stan faktyczny glosowanego orzeczenia został przedstawiony w sposób fragmentaryczny, co stanowi pewną trudność w analizie poprawności oceny ustaleń faktycznych. Można jednak zauważyć, że uzasadnienie skoncentrowało się wokół dwóch kwestii. Pierwsza z nich dotyczyła braku wyczerpującego uzasadnienia jako podstawy do uchylenia decyzji wydanych w obu instancjach. Drugie zagadnienie to umocowanie instytucji zarządzającej do samodzielnego kontrolowania postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jak i nakładania korekty finansowej oraz możliwości obniżania stawki maksymalnej korekty.

Z treścią glosowanego wyroku trzeba się zgodzić. Przepis art. 107 K.p.a. wymienia niezbędne elementy decyzji administracyjnej, wśród nich wskazując na uzasadnienie prawne i faktyczne. Uzasadnienie ma znaczenie nie tylko prawne, ale i wychowawcze, gdyż pogłębia zaufanie uczestników postępowania do organów administracyjnych, a jej sformułowanie nie jest dobrą wolą organu, lecz jego obowiązkiem. Dlatego motywy decyzji winny odzwierciedlać rację decyzyjną i wyjaśniać tok rozumowania prowadzący do zastosowania konkretnego przepisu prawa materialnego w ustalonym stanie faktycznym⁵. Z powyższego zatem wynika, iż uzasadnienie decyzji stanowi bardzo ważny jej składnik. Organ nie powinien ograniczać się jedynie do powołania przepisów prawa, ale w sposób wyczerpujący i zrozumiały dla stron postępowania wyjaśnić, jaki zachodzi związek między tą oceną a treścią rozstrzygnięcia. Pominięcie zatem oceny okoliczności faktycznych mogących mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy stwarza przesłankę do uznania naruszenia przez organ przepisów o postępowaniu w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy. Warto pamiętać, że wymogi dotyczące uzasadnienia decyzji, odnoszą się zarówno do wydanych w postępowaniu w pierwszej instancji, jak i postępowaniu odwoławczym. Jak ustalił WSA w Warszawie, obowiązek sporządzenia uzasadnienia wiąże się także z wyrażoną w art. 11 K.p.a. zasadą przekonywania, która zobowiązuje organy administracji publicznej do dołożenia szczególnej staranności w uzasadnieniu swoich rozstrzygnięć, zwłaszcza tych, które nakładają na strony określone nakazy lub zakazy⁶. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż zarówno w doktrynie, jak i judykaturze, mowa jest o brakach mogących mieć „*istotny wpływ na rozstrzygnięcie*”, a nie o jakichkolwiek brakach.

⁵ Wyrok WSA w Krakowie z 17.1.2013r., sygn. II SA/Kr 678/13, niepubl.

⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 12.7.2012r. sygn. I SA/Wa 887/12, niepubl.

Odnosząc się natomiast do zagadnienia nieprawidłowości, której dopuścił się beneficjent, należy wskazać następujące ustalenia faktyczne. Kontrola przeprowadzona przez instytucję zarządzającą potwierdziła wcześniejsze ustalenia urzędu kontroli skarbowej. Beneficjent, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie projektu budowlano-wykonawczego remontu wiaduktu, dopuścił się szeregu nieprawidłowości, które w efekcie skutkowały naruszeniem podstawowych zasad rządzących zamówieniami publicznymi, a mianowicie zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Powyżej wymienione naruszenia przepisów wypełniają przesłankę z art. 2 pkt. 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006, gdyż nieprawidłowością jest każde naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Elementem niezbędnym definicji jest wystąpienie szkody, realnej bądź potencjalnej, w budżecie ogólnym Unii Europejskiej rozumianej jako finansowanie nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Należy zatem mieć na uwadze, iż dla kwalifikacji nieprawidłowości nie ma znaczenia kwota nieprawidłowości, gdyż nie została ustalona jej minimalna kwota. Także etap realizacji projektu, na którym została ona wykryta nie ma znaczenia. Istotny jest sam fakt jej zaistnienia. Stwierdzenie przez organ nieprawidłowości pociąga konsekwencje finansowe w postaci zwrotu części dofinansowania. Stąd wydaje się, iż braki w uzasadnieniu nie wpłynęły w sposób istotny na rozstrzygnięcie, gdyż instytucja zarządzająca będąc zarówno organem pierwszej, jak i drugiej instancji w sposób wyczerpujący oceniła zebrany materiał dowodowy, a podjęte rozstrzygnięcie było prawidłowe i trafne.

W pełni trzeba podzielić stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, co do umocowania instytucji zarządzającej w zakresie samodzielnego kontrolowania postępowań zamówień publicznych, w tym także do nakładania korekty finansowej i jej egzekwowania. Przepis art. 26 ust. 1 pkt. 15a u.z.p.p.r. literalnie wymienia szczególne uprawnienia instytucji zarządzającej do ustalania i nakładania korekt finansowych, o których mowa w art. 98 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006, tj. państwo członkowskie dokonuje korekt finansowych wymaganych w związku z pojedynczymi lub systemowymi nieprawidłowościami stwierdzonymi w operacjach lub programach operacyjnych. Korekty dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę

charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze. Uwolnione w ten sposób fundusze mogą być ponownie wykorzystane przez państwo członkowskie. Trzeba zatem uznać, iż instytucja zarządzająca posiada ustawowe uprawnienia do samodzielnego przeprowadzania kontroli i nakładania korekty finansowej i nie ma wymogu, by w każdym przypadku naruszenia przez beneficjenta ustawy P.z.p., zwracała się z wnioskiem o kontrolę do Prezesa UZP, co znalazło swój wyraz w stanowisku NSA.

Wydaje się, iż pogląd Sądu, obligujący instytucję zarządzającą do każdorazowego występowania do Prezesa UZP o przeprowadzenie kontroli projektu współfinansowanego ze środków unijnych, jest zbyt daleko idący i sprzeczny z *ratio legis* art. 26 ust. 1 pkt. 15a u.z.p.p.r.. Organy kontrolujące, takie jak instytucje zarządzające, nie tylko mogą, ale i mają obowiązek interpretacji stanów faktycznych i przepisów prawnych, a co za tym idzie, są zobligowane do stwierdzenia nieprawidłowości. Warto nadmienić, iż dodatkową podstawą dla wzajemnych praw i obowiązków jest umowa o dofinansowanie, która określa prawa organu do przeprowadzania kontroli i nakładania korekt finansowych, a na beneficjenta nakłada obowiązek realizacji projektu zgodnie z prawem krajowym i wspólnotowym, a postępowania w sprawie zamówień publicznych, zostały również poddane zasadom przyjętym w prawie unijnym. Do popełnienia nieprawidłowości, w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dochodzi także wówczas, gdy naruszony został przepis krajowy ustanawiający wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych budżetu Unii, przyjęty w obszarach nieuregulowanych prawem unijnym lub ustanawiający wymogi bardziej rygorystyczne od tych, które wynikają z przepisów prawa Unii. Przepisy prawa unijnego nie określają jednoznacznie podmiotu, który zobowiązany jest do ustalania czy określony czyn spełnia przesłanki nieprawidłowości⁷. Jednak, jak uzasadnił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 23 kwietnia 2013 r (sygn. VIII SA/Wa 917/12) „Przyjąć zatem można, że wstępnej kwalifikacji prawnej czynu jako nieprawidłowości dokonuje organ krajowy, który stwierdził, że istnieją podstawy dla podejrzenia popełnienia nieprawidłowości, natomiast ostatecznej kwalifikacji tego czynu dokonuje organ, który orzeka odośnie do skutków wykrycia nieprawidłowości, np. podejmując rozstrzygnięcie zobowiązujące do zwrotu kwot wydatkowanych nieprawidłowo”.

⁷ Por. M. Szymański, *Zwrot środków nieprawidłowo wykorzystanych przy realizacji programów Unii Europejskiej. Na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych*, „Kontrola Państwowa” nr 2/2010, Najwyższa Izba Kontroli, <http://www.nik.gov.pl/plik/id,1891.pdf>

Podsumowując, procedura wydawania decyzji oraz dochodzenia środków wydatkowanych nieprawidłowo nie obliguje instytucji zarządzającej do zwracania się o zajęcie stanowiska do Prezesa UZP. Uprawnienia, jakie zostają przyznane instytucjom zarządzającym na mocy art. 26 ust.1 pkt 15a daje organom prawo, jak i obowiązek ustalania i nakładania korekt finansowych. Instytucja zarządzająca samodzielnie stwierdza, to znaczy kontroluje i ustala, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach projektu doszło do naruszenia przepisów ustawy P.z.p., które mogło mieć wpływ na jego wynik. Natomiast Prezes UZP wszczyna procedurę kontrolną, na wniosek instytucji zarządzającej, jeżeli we wniosku zostanie uprawdopodobnione, iż doszło do naruszenia przepisów, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Warto również zauważyć, iż przepis przyznający prawo zgłoszenia postępowania do kontroli instytucji zarządzającej związany jest z absorpcją funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności. Przyznając takie prawo instytucjom zarządzającym, ustawodawca uznał, że niezbędne jest zabezpieczenie prawidłowej realizacji projektów unijnych. W sprawie objętej glosowanym orzeczeniem nie było konieczności zwracania się do Prezesa UZP, a organ wydający decyzję był z mocy prawa uprawniony do oceny naruszenia i nałożenia korekty finansowej.

Ostatnią kwestią, do której odniósł się Naczelny Sąd Administracyjny jest możliwość obniżenia stawki maksymalnej korekty finansowej. Zdaniem składu orzekającego, procedura ta nie odbywa się na etapie postępowania o zwrot dotacji, lecz w ramach procedury ustalania i nakładania korekt finansowych. W oparciu o rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 została skonstruowana treść uchwały zarządu województwa w sprawie przyjęcia wytycznych dotyczących obliczania korekt finansowych. W systemie aktów prawnych brak jest przepisu prawnego wskazującego wprost wysokość korekt finansowych. Dlatego instytucje zarządzające posługują się dokumentem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego - Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE, zwany Taryfikatorem. Wielokrotnie wojewódzkie sądy administracyjne odnosiły się do powyższej kwestii uznając, że dla naliczania korekt ma zastosowanie Taryfikator, na którego strony wyraziły zgodę w umowie o dofinansowanie. W tym miejscu należy przytoczyć przykładowo następujące stanowisko sądów: *„W umowie znalazły się postanowienia ze wzoru umowy o dofinansowanie, ponadto znalazł się m.in zapis o tym, że w przypadku innych naruszeń przepisów prawa zamówień publicznych instytucja zarządzająca może wymierzyć beneficjentowi korekty finansowe*

zgodnie z Taryfikatorem⁸” oraz „W związku z tym źródłem praw i obowiązków beneficjenta jest umowa, która szczegółowo określa obowiązki wynikające z przepisów prawa wspólnotowego. Z realizacją powołanych przepisów prawa wspólnotowego wiąże się wprowadzony do zawartej umowy tzw. Taryfikator korekt. Te zapisy do zawartej umowy zostały wprowadzone w celu wykonania powinności, które zostały nałożone na państwa członkowskie. W umowie cywilnoprawnej został nałożony na beneficjenta obowiązek przestrzegania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Z naruszeniem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych przez beneficjenta, związany jest tzw. Taryfikator korekt. W tym dokumencie, który stał się integralną częścią zawartej umowy, wskazuje się charakter i wagę nieprawidłowości i określa się sposób wyliczenia strat finansowych poniesione przez fundusze. W związku z tym nie jest uzasadniony zarzut, że Organ nie ustalił rzeczywistej szkody”⁹. Nie budzi wątpliwości, że w przypadku wystąpienia nieprawidłowości instytucje zarządzające posługują się Taryfikatorem, który pomimo, iż nie jest samoistną podstawą prawną, to jednak jest stosowany do sposobu ustalania wysokości korekt finansowych jako dokument pomocniczy¹⁰.

Odnosząc się do zagadnienia momentu ustalania korekty finansowej należy mieć na względzie fakt, iż działanie instytucji zarządzających w związku z wykryciem naruszenia procedur regulujących tryb wydatkowania środków pomocowych, z uwagi na jego specyfikę jest postępowaniem kilkuetapowym. Na poszczególnych jego etapach ma różny charakter. Stąd etap nałożenia korekty, kończy procedurę kontrolną, gdzie organ dokonujący kontroli informuje beneficjenta o jej wynikach i jednocześnie wskazuje wysokość nałożonej korekty, np. 5%, jak miało to miejsce w omawianej sprawie. Po tym etapie następuje moment określenia nominalnej wartości kwoty podlegającej do zwrotu. Dopiero kolejną czynnością organu, stosowanie do art. 211 ust. 4 u.f.p. jest wydanie decyzji określającej kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki. Wymaga jednak podkreślenia, że w sytuacji dobrowolnego zwrotu środków przed wydaniem decyzji, powoduje, iż jej wydanie staje się bezprzedmiotowe.

Zdaniem NSA „...samo obniżenie stawki maksymalnej (korekta 5%) nie odbywa się w ramach przedmiotowego postępowania, tj. postępowania o zwrot udzielonej dotacji, ale w ramach procedury ustalania i nakładania korekt finansowych na podstawie art. 26 ust. 1

⁸ Wyrok WSA w Kielcach z 27.06.2013r. sygn. I SA/Ke 241/13, niepubl.

⁹ Wyrok WSA w Olsztynie z 27.06.2013r. sygn. I SA/Ol 281/13, niepubl.

¹⁰ Wyrok WSA we Wrocławiu z 8.5.2013 r., sygn. akt III SA/Wr 128/13, niepubl.

pkt 15a ustawy o zasadach polityki rozwoju”. Nie sposób do końca zgodzić się z powyższym poglądem. Zdaniem autorki glosy, istnieje możliwość analizy podstaw obniżenia korekty finansowej w ramach procedury odwoławczej postępowania administracyjnego. Mogą pojawić się nowe okoliczności lub beneficjent złoży dodatkowe wyjaśnienia, istotne dla sprawy. Ma to zazwyczaj miejsce w sytuacji, gdy beneficjent we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zarzucił błąd w ustaleniach wysokości nałożonej korekty. W wyroku WSA w Gliwicach podkreślił, iż „*przy ustalaniu i nałożeniu korekty organy powinny rozważyć i wskazać, czy w danej sprawie zaistniały przesłanki (okoliczności) przemawiające za obniżeniem stawki maksymalnej i w jakim zakresie (w związku z tymi okolicznościami) stawka powinna zostać obniżona (...). Rozważania organów w tym zakresie winny znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji. Tym bardziej, że strona wnioskowała o obniżenie wskaźnika o połowę (...). Ponownie rozpatrując sprawę organ nie odniósł się do twierdzeń skarżącej ani nie wyjaśnił, dlaczego nie znalazł podstaw do obniżenia wskaźnika korekty*”¹¹. W przytoczonym wyroku Sąd jednoznacznie dał do zrozumienia, iż przy ponownym rozpatrywaniu sprawy, a więc po złożonym wniosku o ponowne rozpatrzenie, organ powinien wyjaśnić, dlaczego nie znalazł podstaw do obniżenia korekty. Z powyższego zatem wynika, iż Sąd dopuszcza możliwość rozpatrywania przesłanek do obniżenia korekty na etapie postępowania odwoławczego. Reasumując, to rolą organu jest wyjaśnienie podstaw przyjętego rozstrzygnięcia. Jeżeli natomiast beneficjent wskazuje nowe okoliczności sprawy i wnosi we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (bądź odwołaniu), o obniżenie korekty finansowej zarzucając organowi mechaniczne zastosowanie Taryfikatora, to zadaniem organu odwoławczego jest wyczerpujące odniesienie się do powyższej kwestii i przedstawienie swojego stanowiska w sposób zrozumiały. Wskazując jednocześnie, czy zaistniała przesłanka do obniżenia korekty finansowej, czy też nie.

Konkludując powyższe rozważania, zdaniem autorki glosy, poglądy zaprezentowane przez Naczelnny Sąd Administracyjny zasługują na aprobatę. Oczywistym jest, że instytucja zarządzająca prowadząc postępowanie w sprawie zwrotu dofinansowania nie jest związana ani ustaleniami Urzędu Kontroli Skarbowej, ani nie musi wnioskować o przeprowadzenie kontroli doraźnej przez Prezesa UZP. Powyższa teza znajduje wyraz w obowiązującej linii orzeczniczej. Nakładanie korekt finansowych i wydawanie decyzji o zwrocie środków nie charakteryzuje się tzw. uznaniem administracyjnym, co oznacza, że instytucja zarządzająca

¹¹ Wyrok WSA w Gliwicach z 2.4.2014.r sygn. III SA/Gl 1614/13, niepubl.

jest bezwzględnie obowiązana do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości i odzyskania kwot nieprawidłowo wykorzystanych. W takim stanie faktycznym i prawnym nie ma miejsca na dowolność i subiektywność w działaniu. Interes społeczny, wynikający z prawidłowego i efektywnego wdrażania programu operacyjnego, jest traktowany priorytetowo. Uzasadnienie indywidualnej decyzji powodującej negatywne następstwa dla strony powinno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania instytucji będącej autorem aktu tak, by umożliwić zainteresowanym poznanie podstaw podjętego środka, a właściwemu sądowi - wykonanie przezeń kontroli¹². To z treści decyzji strona powinna wiedzieć, jaki był tok rozumowania organu, jakie dowody organ przyjął jako podstawę swojego rozstrzygnięcia, a jakim dowodom odmówił wiarygodności. Jak się przyjmuje w judykaturze, uzasadnienie prawne to nie tylko przytoczenie konkretnych artykułów, ale również wykładnia przepisów stanowiących podstawę prawną rozstrzygnięcia decyzji¹³. Ponadto, uzasadnienie stanowi integralną część decyzji i jego zadaniem jest wyjaśnienie rozstrzygnięcia, stanowiącego dyspozytywną jej część. Pogląd, iż dopuszczenie się uchybień w uzasadnieniu decyzji może być istotną i jedyną przesłanką uchylecia tej decyzji jest zbyt daleko idący. Stan faktyczny sprawy nie budził wątpliwości, a wywody zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji w pełni odzwierciedlały argumentację i stanowisko organu w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia sprawy. Na powyższe zwrócił uwagę Naczelny Sąd Administracyjny, który stanął na stanowisku, iż Sąd pierwszej instancji bezzasadnie uchylił obie decyzje, poprzez błędne przyjęcie, iż instytucja zarządzająca miała bezwzględny obowiązek wyeliminowania z obrotu swoją wcześniejszą wyłącznie na skutek jej wadliwego uzasadnienia, pomimo prawidłowego rozstrzygnięcia. Uchybienie takiego rodzaju, nie uniemożliwiło Sądowi kontroli przeprowadzonego postępowania oraz nie miało wpływu na prawidłowość rozstrzygnięcia organu. Tym bardziej nie naruszyło prawa w stopniu istotnym, zobowiązującym Sąd pierwszej instancji do jej uchylecia bądź stwierdzenia jej nieważności. Zdaniem autorki glosy, tok wyводу składu orzekającego Naczelnego Sądu Administracyjnego w omówionym stanie faktycznym i prawnym jest trafny oraz zgodny z aktualną linią orzecniczą.

¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2.4.1998 r., C-367/95, w sprawie Komisja przeciwko Sytraval i Brink's France, pkt 63, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=144810&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=213371>

¹³ Por. wyrok NSA w Poznaniu z 23. 02.1988r. SA/Po 1317/87, niepubl.

Bartłomiej Kobyliński

Kilka uwag dotyczących umowy o świadczenie usług w modelu cloud computing.

The article presents a few issues concerning an agreement on cloud computing services, especially when the service provider comes from a country that is not part of the European Economic Area. Apart from the introductory remarks, which refer to the essence of cloud computing, the article discusses matters of form and content of the agreement on cloud computing, some issues of the governing law and certain obligations relating to the protection of personal data that are related to the agreement.

1. Wprowadzenie

Idea *outsourcing*'u, w której ramach należy umieścić przetwarzanie w chmurze, została doskonale przedstawiona w początkowych scenach filmu pt. „Slumdog. Milioner z ulicy¹⁴”. Grany przez Deva Patela główny bohater filmu pracuje w znajdującym się w Indiach centrum obsługi telefonicznej. W filmie przedstawiona jest scena, w której pracownicy tego centrum uczą się, w jaki sposób zwodzić dzwoniących do nich brytyjskich klientów, że sami znajdują się na terytorium Zjednoczonego Królestwa. Rozwój nowoczesnych metod komunikacji sprawił, że niektóre usługi mogą być świadczone z miejsc oddalonych o setki kilometrów od ich odbiorców, przy czym nie muszą oni wcale o tym wiedzieć. Dzięki temu dostawcy takich usług mają możliwość wyboru miejsca, w którym wykonywane będą czynności faktyczne niezbędne do ich świadczenia. Podejmując decyzję w tym przedmiocie najczęściej kierują się kryteriami opłacalności. Uwagi te odnieść należy nie tylko do przedstawionego w filmie sposobu świadczenia usług za pomocą komunikacji telefonicznej, ale również, a może przede wszystkim, ich realizacji za pośrednictwem Internetu. Do tej właśnie kategorii należy zaliczyć usługi przetwarzania w chmurze.

¹⁴ *Slumdog Millionaire*, reż. Danny Boyle, Wielka Brytania 2008.

Przetwarzanie w chmurze to model świadczenia poprzez sieci telekomunikacyjne usług polegających na udostępnieniu na żądanie usługobiorcy dzielonej puli zasobów (sieciowych, serwerowych, pamięci, aplikacji i usług)¹⁵. Upraszczając nieco tę definicję można stwierdzić, że *cloud computing* jest metodą świadczenia usług polegającą na udostępnianiu niektórych zasobów przez Internet. Do zasobów tych może należeć sprzęt informatyczny, np. pamięć dyskowa lub moce obliczeniowe procesora (tzw. model IaaS – *infrastructure as a service*), systemy operacyjne i bazy danych, w oparciu o które usługobiorca może samodzielnie zainstalować swoje oprogramowanie (PaaS – *platform as a service*) lub też same programy i aplikacje (SaaS – *software as a service*)¹⁶. Dzięki możliwościom szybkiego transferu danych za pośrednictwem Internetu zasoby te mogą być udostępniane niemal w każdym miejscu, w którym istnieje na nie zapotrzebowanie, niezależnie od tego, gdzie fizycznie znajdują się urządzenia, na których są przechowywane. Jest to jedna z wielu korzyści, która wiąże się z zastosowaniem modelu przetwarzania w chmurze.

Przedsiębiorcy decydując się na zastosowanie modelu *cloud computing* stają przed wyborem budowy własnej infrastruktury umożliwiającej dostęp do zasobów przedsiębiorstwa poprzez sieci telekomunikacyjne, lub też skorzystania z usług zewnętrznego dostawcy. Często bardziej korzystne okazuje się to drugie rozwiązanie. Na tym właśnie etapie konieczne jest zastanowienie się, w jaki sposób sformułować umowę z dostawcą usług przetwarzania w chmurze. Kwestia ta wymaga szczególnej uwagi, gdy usługi te będą wiązać się z operacjami dokonywanymi na danych osobowych, co, jak się wydaje, stanowić będzie dosyć częsty przypadek. Nawet jeśli bowiem nie dojdzie do bezpośredniego przekazania danych osobowych podmiotom świadczącym usługi *cloud computing*, to ładując te dane do udostępnianych (model SaaS) programów i aplikacji w celu skorzystania z nich, także w przypadku gdy oprogramowanie jest własnością usługobiorcy, a jedynie wykorzystuje zasoby udostępniane w chmurze obliczeniowej (model PaaS) czy, co oczywiste, w przypadku wykorzystywania zewnętrznych rezerw pamięciowych w celu przechowywania danych osobowych, przekazanie takie w rzeczywistości będzie miało miejsce. Rodzi to konieczność

¹⁵ E. Dybka, D. Falkowski, R. Gajda, M. Gawroński, M. Kubiak, W. Małek, P. Mazurkiewicz, P. Piskorz, J. Zawila-Niedźwiedzki, M. Zgajewski, *Raport Forum Technologii Bankowych przy Związku Banków Polskich – Cloud computing w sektorze usług finansowych*, [na:] http://zbp.pl/public/repozytorium/dla_bankow/rady_i_komitety/technologie_bankowe/publikacje/Raport_CloCl_computing_w_sektorze_finansowym_2013-_z_recenzjami.pdf, dostęp: 11.4.2014, str. 9.

¹⁶ Ibidem, str. 9.

wzięcia pod uwagę odpowiednich regulacji prawnych, co może być szczególnie istotne wtedy, gdy dostawca usług *cloud computing* będzie miał miejsce zamieszkania lub siedzibę poza Europejskim Obszarem Gospodarczym. Niniejsza praca została poświęcona wyjaśnieniu kilku istotnych zagadnień z tym związanych.

2. Podstawy prawne

Podstawowe regulacje prawne dotyczące ochrony danych osobowych odnaleźć można w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁷ (art. 51) oraz aktach prawa międzynarodowego, pośród których wymienić można m.in. Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁸ (art. 8). Normy zawarte w obu tych aktach prawnych stanowią podstawy gwarancji ochrony praw jednostek, a ich szczegółowa analiza należy raczej do zagadnień ochrony praw człowieka, co nie do końca odpowiada zakresowi przedmiotowemu niniejszej pracy. Bardziej interesujące z tego punktu widzenia uregulowania można odnaleźć w ustawie z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁹ (dalej jako „u.o.d.o.”). Ustawa ta stanowi implementację dyrektywy 95/46/WE z 24.10.1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych²⁰ (dalej jako „dyrektywa 95/46/WE”), co ma istotne znaczenie z punktu widzenia poruszanych tu kwestii. Fakt, iż w całej Unii Europejskiej obowiązują podobne normy prawne dotyczące przetwarzania danych osobowych stanowi uzasadnienie dla przepisu art. 7 pkt 7 u.o.d.o., zgodnie z którym za państwa trzecie w rozumieniu tej ustawy uważa się jedynie takie kraje, które nie należą do Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Dopiero umowy o świadczenie usług przetwarzania w chmurze, zawierane z dostawcami pochodzącymi spoza tego terytorium uzasadniają zastosowanie przepisów rozdziału 7 u.o.d.o., które odnoszą się do przekazania danych do państwa trzeciego. Rozważania czynione w niniejszej pracy skupiają się na przypadkach, w których konieczne jest zastosowanie przepisów tego rozdziału.

W zależności od cech konkretnych stanów faktycznych, zastosowanie modelu przetwarzania w chmurze wymagać może uwzględnienia regulacji szczególnych, zawartych

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r., Dz.U. 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.

¹⁸ Konwencja O Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r., Dz.U. 1993 r. Nr 61, poz. 284.

¹⁹ Ustawa z 29.8.1997 r. o ochronie danych osobowych, t.j.: Dz.U. z 2002 r., Nr 101 poz. 926, ze zm.

²⁰ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych Dz.Urz.UE. 1995 r., Nr L 281/31.

w innych niż wyżej wymienione aktach prawnych. Jako przykład można tu wymienić przepisy odnoszące się do podmiotów działających na rynku finansowym²¹. Odstępstwa te nie będą jednakże przedmiotem analiz czynionych w niniejszej pracy.

3. Przedmiot i treść umowy

Zgodnie z art. 31 ust. 1 u.o.d.o. administrator danych osobowych może powierzyć innemu podmiotowi, w drodze umowy zawartej na piśmie, przetwarzanie danych. Ustawa definiuje szeroko dane osobowe, a także czynności wchodzące w skład pojęcia ich przetwarzania. Nie wdając się w szczegóły, za dane osobowe, zgodnie z definicją zawartą w art. 6 ust. 1 u.o.d.o. uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizyczne. Ich przetwarzanie rozumiane jest natomiast jako jakiegokolwiek operacje wykonywane na danych osobowych, takie jak zbieranie, utrwalanie, przechowywanie, opracowywanie, zmienianie, udostępnianie i usuwanie, a zwłaszcza te, które wykonuje się w systemach informatycznych. Szeroki zakres desygnatów, które zakwalifikować można jako mieszczące się w przytoczonych pojęciach uzasadnia twierdzenie, iż większość przypadków wykorzystania modelu przetwarzania w chmurze traktowane będzie przez u.o.d.o. jako przetwarzanie danych osobowych.

Przedmiotem umowy, o której mowa w omawianym przepisie, jest, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, przetwarzanie danych osobowych. Ust. 2 art. 31 u.o.d.o. przewiduje dodatkowo, że przetwarzanie danych osobowych powinno być dokonywane w zakresie oraz w celu przewidzianym w umowie. Postanowienie to stało się podstawą formułowanych w doktrynie twierdzeń, iż umowa powinna określać również cele i zakres przetwarzania danych²². Pod pojęciem celów należy rozumieć przeznaczenie przetwarzania danych, zaś określenie zakresu przetwarzania to wskazanie katalogu operacji, jakie będą dokonywane na danych osobowych, przy czym przyjmuje się, że przedmiotem powierzenia może być każda operacja na takich danych²³.

²¹ Zob. m.in. art. 6a ustawy z 29.8.1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. 2012 r., poz. 1376 ze zm.), art. 81a – 81g ustawy z 29.7.2005 o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz.U. 2014 r. poz. 94) czy art. 26 ust. 1 ustawy z 22.5.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz.U. 2013 r. poz. 950).

²² A. Drozd, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy, wyd. 3, Warszawa 2007, str. 206.

²³ P. Barta, P. Litwiński, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2013, str. 295-296.

Regulacje bezpośrednio odnoszące się do omawianej umowy wyczerpują się w dwóch omówionych ustępach art. 31 u.o.d.o. Warto wobec tego zauważyć, że liczne kwestie, w tym odnoszące się do treści takiej umowy mogą być uregulowane w granicach wyznaczanych przez zasadę swobody umów. Wydaje się, że treść ta może obejmować obok wskazanych *essentialia negotii* (celów i zakresu przetwarzania danych) również inne postanowienia, w tym takie, które będą szczegółowo opisywać usługi świadczone w ramach przetwarzania w chmurze. Możliwa jest jednakże sytuacja odwrotna, w której treść omawianej umowy ograniczona zostanie do niezbędnego minimum, zaś kwestie związane ze świadczeniem usług w modelu *cloud computing* zostaną uregulowane w odrębnej umowie. Wydaje się, że biorąc pod uwagę kryteria jasności, przejrzystości trafne jest uregulowanie obu tych spraw w jednej umowie, z tym, iż szczegóły techniczne dotyczące usług udostępnianych „w chmurze” zostaną ujęte w załączniku do niej, tzw. SLA (*service level agreement*)²⁴. Tego typu podejście przyjęto w niniejszej pracy.

Przepisy nie określają rodzaju umowy, na podstawie której ma dojść do powierzenia przetwarzania danych osobowych, przyjmuje się jednakże, że najczęściej będzie to umowa o świadczenie usług, do której z mocy art. 750 ustawy z 23.4.1964 r. Kodeks cywilny²⁵ (dalej jako „k.c.”) stosuje się przepisy dotyczące umowy zlecenia²⁶. Podobną uwagę można odnieść do umowy o świadczenie samych usług przetwarzania w chmurze.

Jakie postanowienia warto zawrzeć w treści takiej umowy, o ile zastosowania nie znajdą modelowe klauzule umowne (o których poniżej)? Dla jasności wywodu przykłady takich postanowień przyporządkować można do trzech kategorii: związane z k.c., związane z u.o.d.o. oraz SLA.

Biorąc pod uwagę regulacje k.c. w umowie, której przedmiotem będzie powierzenie przetwarzania danych osobowych oraz świadczenie usług w modelu *cloud computing*, warto doprecyzować kwestie dotyczące wynagrodzenia, możliwości przekazania wykonania zleconych czynności osobie trzeciej, zasad rozwiązania i wygaśnięcia umowy.

Odnosząc się do przepisów u.o.d.o. istotne jest zabezpieczenie interesów usługobiorcy rozwiązań świadczonych w modelu przetwarzania w chmurze poprzez odpowiednie

²⁴ E. Dybka i in., op.cit. str. 15.

²⁵ Ustawa z dnia 23.4.1964 r. - Kodeks cywilny, t.j.: Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93.

²⁶ J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, Ochrona danych osobowych. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2011, str. 574-575.

uregulowania odnoszące się do odpowiedzialności. Art. 31 omawianej ustawy przewiduje bowiem odpowiedzialność administratora danych (którym w większości przypadków będzie usługobiorca *cloud computing*), mimo powierzenia przetwarzania danych osobowych osobie trzeciej. Podnoszone w tej materii wątpliwości odnoszą się do regulacji wyznaczających zakres tej odpowiedzialności, w szczególności w kontekście odpowiedzialności osoby, której powierzono przetwarzanie danych osobowych. Pomimo mało precyzyjnego brzmienia przepisów doktryna jest raczej zgodna, że ustanowienie dodatkowych zasad, na podstawie których odpowiedzialność administracyjną na gruncie u.o.d.o. ponosić może również osoba, której powierzono przetwarzanie danych, nie wyłącza w żadnym zakresie odpowiedzialności administratora danych za przestrzeganie przepisów ustawy²⁷. Oznacza to, że pomimo, iż niektóre lub nawet wszystkie czynności kwalifikowane jako przetwarzanie danych osobowych wykonuje osoba trzecia, której powierzono je na podstawie umowy, administrator danych osobowych będzie ponosił odpowiedzialność administracyjną (przede wszystkim przed Generalnym Inspektorem Ochrony Danych Osobowych) za ich prawidłową realizację²⁸. W umowie należy zawrzeć więc niezbędne postanowienia, które zobowiązują dostawcę usług przetwarzania w chmurze do realizacji obowiązków przewidzianych w u.o.d.o., m.in. zachowania szczególnej staranności (art. 26), umożliwienia kontroli danych przez osoby do tego uprawnione i udzielania niezbędnych informacji (art. 32 – 35) czy zastosowania niezbędnych środków zabezpieczających (art. 36 – 39a). Warto zabezpieczyć je odpowiednimi sankcjami takimi jak kary umowne czy możliwość rozwiązania umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia.

Jeżeli chodzi o odpowiedzialność karną, to ma ona charakter zindywidualizowany, przez co działania przetwarzającego dane nie powinny obciążać podmiotu powierzającego mu je. W zakresie odpowiedzialności cywilnej w doktrynie wskazuje się postanowienia art. 429 i 430 k.c. jako ewentualne przypadki, w których za szkody wyrządzone w skutek działań przetwarzającego powierzone dane osobowe może odpowiadać również administrator²⁹. Biorąc pod uwagę fakt, iż przekazanie danych nastąpi najczęściej na rzecz podmiotu będącego profesjonalistą w tym zakresie, a także, że nie będzie on podlegał kierownictwu administratora danych, przypadki zastosowania tych przepisów będą należały raczej do

²⁷ P. Barta, P. Litwiński, op.cit., str. 300; A. Drozd, op.cit., str. 211; J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, op.cit., str. 576.

²⁸ J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, op.cit. str. 579.

²⁹ P. Barta, P. Litwiński, op.cit., str. 300.

rzadkości. Z podobnych powodów administratora danych osobowych trudno będzie pociągnąć do odpowiedzialności także w przypadku, gdy podmiot, któremu powierzyl przetwarzanie danych osobowych narusza postanowienia art. 23 i 24 k.c.. Nawet w przypadku roszczeń niemajątkowych, które nie wymagają wykazania winy³⁰, podmiotem, do którego będzie należało je kierować będzie nie administrator, a przetwarzający dane osobowe. Co do roszczeń majątkowych, przy dochodzeniu których należy brać pod uwagę przesłankę winy, zastosowanie znajdą przepisy art. 429 i 430 k.c., co, jak wskazano, nie będzie zbyt częste.

Oprócz postanowień umownych, które powinny gwarantować realizację obowiązków związanych z przetwarzaniem danych osobowych, ważne są również uregulowania związane z samymi usługami, które będą świadczone „przez chmurę”. Tak jak wskazano powyżej, regulacje w tym zakresie można zamieścić w załączniku do umowy, tzw. SLA. Zwykle zawiera on elementy takie jak: zdefiniowanie usług, zarządzanie skutecznością wykonania (mierniki jakości, na podstawie których oceniane będzie prawidłowe wykonanie umowy), rozwiązywanie problemów, kwestie bezpieczeństwa, poufności, audytu i ciągłości działania³¹.

Prawidłowo skonstruowana umowa powinna gwarantować usługobiorcy nie tylko to, że dostawca usług *cloud computing* będzie realizował wszelkie obowiązki, wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, tak aby jego działania i zaniechania nie wiązały się z konsekwencjami prawnymi wyciąganymi wobec tego usługobiorcy. Nie mniej istotna jest możliwość stałego i bezproblemowego korzystania z usług świadczonych z należytą jakością.

4. Problem adekwatnego poziomu ochrony

Na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego kwestie związane z umową, na podstawie której świadczone będą usługi w modelu przetwarzania w chmurze powinny wyglądać podobnie do tego, co przedstawiono powyżej, w szczególności z uwagi na analogiczne uregulowania prawne dotyczące ochrony danych osobowych. Konieczność uwzględnienia dodatkowych regulacji pojawia się w przypadku, gdy usługi tego typu świadczone będą z miejsc położonych poza tym obszarem.

Regulacje dotyczące przekazywania danych osobowych do państw trzecich, a więc tych, które nie należą do Europejskiego Obszaru Gospodarczego, znajdują się w rozdziale 7

³⁰ T. Sokołowski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, A.Kidyba (red.), wyd. 1, Warszawa 2009, str. 126.

³¹ E. Dybka i in., op.cit. str. 15.

u.o.d.o. W przepisach tych można odnaleźć cztery kategorie czynników uchylających generalny zakaz przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego³². Kategorie te można określić jako: adekwatność ochrony, obowiązki udostępnienia danych nałożone na administratora na podstawie przepisów szczególnych, przesłanki zawarte w art. 47 ust. 3 oraz zgoda Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych.

Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.o.d.o. przekazanie danych osobowych do państwa trzeciego może nastąpić, jeżeli państwo docelowe zapewnia na swoim terytorium odpowiedni poziom ochrony danych osobowych. Przesłanka ta, określona mianem „adekwatności ochrony” ma najbardziej podstawowy charakter, zaś pozostałe przypadki, w których możliwe jest przekazanie danych osobowych powinny być traktowane jako wyjątki i stosowane jedynie w przypadku, gdy niemożliwe jest zapewnienie odpowiedniego poziomu ochrony³³. Z uwagi na ten właśnie zasadniczy charakter omawianej przesłanki to głównie niej zostanie poświęcona uwaga w dalszej części niniejszego rozdziału.

Art. 47 ust. 1a u.o.d.o. wymienia czynniki, które brane są pod uwagę przy ocenie tego, czy w państwie trzecim zapewniony jest odpowiedni poziom ochrony danych osobowych, co, jak wskazano, umożliwia przekazanie danych osobowych do takiego państwa. Do czynników tych należą wszystkie okoliczności dotyczące operacji przekazania danych, w szczególności charakter danych, cel i czas trwania proponowanych operacji przetwarzania danych, kraj pochodzenia i kraj ostatecznego przeznaczenia danych oraz przepisy prawa obowiązujące w danym państwie trzecim oraz stosowane w tym państwie środki bezpieczeństwa i zasady zawodowe. Pewne doprecyzowanie tych przesłanek, które pomaga ocenić, to, czy dane państwo je spełnia, znajduje się w rekomendacji WP 4 wydanej przez Grupę roboczą ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych, działającą na podstawie art. 29 Dyrektywy 95/46/WE³⁴.

Dwa czynniki przesądzą to, dlaczego powyżej przedstawione uregulowania są istotne w kontekście umowy, której przedmiotem są usługi świadczone w modelu chmury obliczeniowej. Po pierwsze, wyznaczają one katalog państw, z których pochodzić mogą kontrahenci świadczący tego typu usługi. Po drugie, istnieją przypadki, w których

³² A. Drozd, op.cit., str. 304.

³³ Ibidem, str. 309.

³⁴ P. Barta, P. Litwiński, op.cit., str. 421.

odpowiednie ukształtowanie klauzul umownych może przesądzać o możliwości powierzenia przetwarzania danych osobowych.

Administrator danych osobowych powinien sam ocenić, czy państwo trzecie, do którego mają być przekazane dane osobowe spełnia wymogi odpowiedniego poziomu ochrony³⁵. W dokonaniu tej oceny mogą pomóc decyzje wydawane przez Komisję Europejską na podstawie art. 25 ust. 6 Dyrektywy 95/46/WE, w których stwierdza się adekwatność poziomu ochrony w danym państwie³⁶, a także domniemanie, iż poziom taki jest gwarantowany w tych krajach, które ratyfikowały Konwencję nr 108 Rady Europy sporządzoną w Strasburgu 28.1.1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych³⁷, jeśli istnieje w nich niezależny organ nadzorczy oraz są one ostatecznym miejscem, w którym będą przetwarzane dane³⁸. Dotychczas Komisja Europejska wydała wspomniane decyzje w stosunku do: Szwajcarii, Kanady, Nowej Zelandii, Argentyny, Wyspy Guernsey, Wyspy Man, Wysp Owczych, Izraela³⁹. Wyliczenie to uzupełnia katalog państw, które ratyfikowały wspomnianą konwencję, do których należą, z pominięciem już wymienionych: Albania, Andora, Armenia, Azerbejdżan, Bośnia i Hercegowina, Gruzja, Mołdawia, Monako, Czarnogóra, Rosja, San Marino, Serbia, Turcja, Ukraina oraz Urugwaj⁴⁰.

Stany Zjednoczone nie są uznawane za państwo, które zapewnia odpowiedni poziom ochrony. W tym przypadku jednakże zastosowanie znajduje tzw. zasada bezpiecznego portu. Polega ona na tym, że podmioty działające na terytorium Stanów Zjednoczonych mogą zobowiązać się do przestrzegania odpowiednich zasad⁴¹, dzięki czemu będą traktowane jako

³⁵ A. Drozd, op.cit., str. 305.

³⁶ Ibidem, str. 305.

³⁷ Konwencja Nr 108 Rady Europy sporządzona w Strasburgu dnia 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25) uzupełniona protokołem dodatkowym, sporządzonym w Strasburgu dnia 8 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2006 r. Nr 3, poz. 15).

³⁸ J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, op.cit., str. 677.

³⁹ P. Barta, P. Litwiński, op.cit., str. 419.

⁴⁰ Stan ratyfikacji na: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/cherchesig.asp?nt=108&cl=eng>, dostęp: 12.5.2014 r.

⁴¹ Zasady te zostały określone w decyzji Komisji Europejskiej z 26.07.2000 r. przyjętej na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, w sprawie adekwatności ochrony przewidzianej przez zasady ochrony prywatności w ramach bezpiecznej przystani oraz przez odnoszące się do nich najczęściej zadawane pytania, wydane przez Departament Handlu USA, Dz.Urz.UE 2000 Nr L 215/7.

spełniające niezbędne standardy bezpieczeństwa⁴². Dzięki temu możliwe jest powierzenie przetwarzania danych osobowych takim podmiotom.

Jak wspomniano, również odpowiednie ukształtowanie umowy na podstawie której dochodzi do powierzenia przetwarzania danych osobowych dla podmiotu pochodzącego z państwa trzeciego, może doprowadzić, do przyjęcia, iż zapewniony jest odpowiedni poziom ochrony. Przez odpowiednie ukształtowanie umowy należy rozumieć posłużenie się modelowymi klauzulami umownymi. Klauzule takie określone są w decyzjach Komisji Europejskiej, wydawanych na podstawie art. 26 ust. 4 Dyrektywy 95/46/WE⁴³. W omawianym zakresie w szczególności zastosowanie znajdzie Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane mającym siedzibę w krajach trzecich na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁴⁴. W doktrynie podnosi się jednakże, że polska ustawa nie wiąże żadnych skutków z zastosowaniem modelowych klauzul umownych, stąd też posługiwanie się nimi nie stanowi gwarancji tego, że przetwarzanie danych osobowych powierzono podmiotowi, który zapewnia odpowiedni poziom ich ochrony. Okoliczność ta może jednakże zostać uwzględniona w prowadzonym przez Generalnego Inspektora Danych Osobowych postępowaniu⁴⁵.

W podobny sposób należy odnieść się do kwestii przekazywania danych osobowych podmiotom mających miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie trzecim, które powiązane są organizacyjnie lub kapitałowo z administratorem danych. Wykorzystywanym tu mechanizmem są tzw. wiążące reguły korporacyjne (*binding corporate rules*), które mają charakter wewnętrzny, wewnątrzkorporacyjny. Także i one nie stanowią gwarancji powierzenia przetwarzania danych w warunkach adekwatnej ich ochrony⁴⁶.

Niemożliwość przyjęcia, że państwo docelowe zapewnia na swoim terytorium odpowiedni poziom ochrony danych osobowych nie zamyka możliwości powierzenia danych

⁴² P. Barta, P. Litwiński, op.cit., str. 419 – 420.

⁴³ Ibidem, str. 422.

⁴⁴ Decyzja Komisji z dnia 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane mającym siedzibę w krajach trzecich na mocy dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (notyfikowana jako dokument nr C(2010) 593), Dz.Urz.UE. 2010 r. Nr L 39/5.

⁴⁵ P. Barta, P. Litwiński, op.cit., str. 423.

⁴⁶ Ibidem, str. 423 – 424.

osobowych podmiotom pochodzącym z państw trzecich. W takim przypadku podstawy prawnej legalizującej to powierzenie należy poszukiwać w innych niż omówione, postanowieniach art. 47 i 48 u.o.d.o.

5. Forma umowy i prawo właściwe

Pomimo pewnych wątpliwości⁴⁷ doktryna dosyć zgodnie przyjmuje, iż zawarcie umowy, na podstawie której dojdzie do powierzenia przetwarzania danych osobowych, w formie innej niż pisemna, o której mowa w art. 31 u.o.d.o., nie powoduje nieważności tej umowy⁴⁸. Odwołując się do regulacji art. 73 i 74 k.c. należy dojść do wniosku, że zawarcie takiej umowy w formie ustnej skutkować będzie jedynie ograniczeniami dowodowymi, czego i tak nie stosuje się między przedsiębiorcami. O ile na gruncie regulacji cywilnoprawnych nie powinno stanowić to problemu, to inaczej może być na gruncie u.o.d.o. Brak zachowania formy pisemnej może być przedmiotem kontroli Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych i wiązać się z zastosowaniem przez niego środków określonych w art. 18 u.o.d.o.⁴⁹ Jest to jeden z powodów, z uwagi na który warto, aby umowa o świadczenie usług przetwarzania w chmurze przybrała jednak formę pisemną.

W umowie, na podstawie której świadczone będą usługi w modelu *cloud computing* dobrze jest także zawrzeć postanowienia określające prawo właściwe dla tej umowy. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt b Rozporządzenia nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)⁵⁰ prawem właściwym dla takiej umowy będzie prawo miejsca zwykłego pobytu usługodawcy. Brak dokonania zmian w tym zakresie może stanowić poważne utrudnienie przy dochodzeniu praw na podstawie zawartej umowy.

6. Podsumowanie

Niniejszy artykuł przedstawia podstawowe informacje dotyczące modelu przetwarzania w chmurze oraz tego, na co warto zwrócić uwagę zawierając umowę o świadczenie usług w taki sposób. Jak wskazano, jedną z najistotniejszych kwestii, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w większości umów mających za przedmiot *cloud computing*, jest ochrona danych osobowych. Praca niniejsza zawiera sugestie dotyczące

⁴⁷ A. Drozd, op.cit., str. 208.

⁴⁸ J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, op.cit., str. 575; A. Drozd, op.cit., str. 208.

⁴⁹ J.Barta, P.Fajgielski, R.Markiewicz, op.cit., str. 575.

⁵⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z 17.6.2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz.Urz.UE. 2008 Nr L 177/6.

wyboru dostawcy usług świadczonych w omawianym modelu, konstrukcji i formy umowy, a także elementów, które warto uwzględnić w jej treści. Uwagi w tym zakresie mogą być przydatne w szczególności dla przedsiębiorców, którzy zastanawiają się nad skorzystaniem z usług świadczonych w modelu przetwarzania w chmurze.

Nawiązując do uwag początkowych, pewnym podsumowaniem może być także konstatacja dotycząca tego, czy przedsiębiorstwo, w którym pracował Jamal K. Malik, bohater filmu pt. „Slumdog. Milioner z ulicy”, mogłoby legalnie świadczyć usługi w modelu przetwarzania w chmurze lub inne, które wiążą się z przetwarzaniem danych osobowych, na mocy umowy zawartej z podmiotami działającymi w Polsce. Możliwość taka nie jest wykluczona, jednakże trudno jest to z całą pewnością przesądzić. Odpowiednie ukształtowanie umowy o świadczenie takich usług mogłoby jednak dać względnie dużą pewność, że legalność powierzenia przetwarzania danych dla takiego podmiotu nie zostanie zakwestionowana przez odpowiednie organy.

Paulina Konarska

Konkubinat i małżeństwo w polskim systemie prawa

Cohabitation is a long-term relationship in which two people (a woman and a man) live together like a married couple. Cohabitation comes from ancient times where it was a natural phenomenon. Now, in most European countries, it is very common to live together without being married. In Poland there is about 315 000 couples living together outside of marriage. People think that cohabitation is easier, as there are no expenses related to wedding, and no stress connected with divorce. But even if cohabitation is becoming a more and more popular form of living in Poland, only marriage is protected by authorities. If an unmarried couple decide to put an end to their relationship, neither man nor woman can be sure that their rights will be protected. For this purpose it is necessary to conclude a cohabitation agreement. However, in many aspects cohabitation bears a strong resemblance to the marriage. In both forms of living together people love each another, share a residence and expenses, and may have children. There are also some differences between marriage and cohabitation. People who decide to start a family without a marriage certificate have to be aware of advantages and disadvantages of cohabitation.

1. Konkubinat – definicja i rys historyczny

Konkubinat, zwany również kohabitacją oraz związkiem pozamałżeńskim, można zdefiniować jako nieformalny związek dwóch osób – kobiety i mężczyzny, którzy pozostają ze sobą w stałym pożyciu prowadząc wspólne gospodarstwo domowe, jednocześnie nie chcąc lub nie mogąc zawrzeć związku małżeńskiego⁵¹. W orzecznictwie utrwalił się pogląd o konieczności spełnienia określonych kryteriów, takich jak: „(...) brak formalnej podstawy pożycia partnerów oraz ograniczeń zakończenia związku, jego stabilność, istnienie osobisto-

⁵¹ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, wyd. 3, s. 86-87.

majątkowej wspólnoty życiowej oraz odmienność płci partnerów”⁵², aby związek dwóch osób można było uznać za konkubinat.

Związki nieformalne, zwane konkubinatami znane były już w starożytnej Grecji, Egipcie i Rzymie, gdzie akceptowalnym było posiadanie „kochanki”, bądź „nałożnicy” obok żony, zwłaszcza, gdy ta ostatnia nie była w stanie dać potomstwa mężczyźnie. Dawniej: „*W społecznym odczuciu konkubinat nie przynosił uczestnikom ujmę, nawet niektórzy cesarze po śmierci żon poprzestawali na tym związku (Wespazjan, Marek Aureliusz). Dopiero w cesarstwie chrześcijańskim próbowano walczyć z konkubinatem przez pogarszanie stanowiska konkubin i ich dzieci (np. wydawano zakazy przysporzeń na ich rzecz ze strony ojca)*”⁵³. Z biegiem lat, głównie pod wpływem haseł głoszonych przez Kościół katolicki, „*Chrześcijaństwo uznało (...) zorganizowaną formę współżycia dwojga osób w małżeństwie monogamicznym za właściwą naturze ludzkiej*”⁵⁴, zaś konkubinat jako forma wspólnego pożycia zaczął tracić na znaczeniu.

Współcześnie kohabitacja stała się zjawiskiem niezwykle popularnym. Z roku na rok rośnie liczba par, które decydują się na pozostawanie w związku, lecz jednocześnie nie dążą do jego zalegalizowania. Już w 2011 roku blisko 630 tys. osób w Polsce żyło w związkach partnerskich tworząc ogółem około 316 tys. rodzin, podczas gdy w 2002 roku konkubinatów było około 200 tys.⁵⁵. Na życie bez ślubu decydują się obecnie zarówno osoby młode, które konkubinat traktują jako wstęp do instytucji małżeństwa, jak i osoby starsze, nierzadko po rozwodzie, uznające tę formę współżycia za alternatywę dla małżeństwa⁵⁶.

Osoby decydujące się na pozostawanie w związku nieformalnym najczęściej podkreślają chęć życia bez zobowiązań, zarówno finansowych, jak i rodzinnych. Konkubenci statystycznie rzadziej decydują się na dzieci⁵⁷, nie muszą również obawiać się, że w przypadku zakończenia związku zmuszeni będą łożyć na byłego partnera. W przeprowadzonym niedawno sondażu wskazano, że ponad połowa badanych akceptuje

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z 6.12.2007 r., IV CSK 301/2007, OSNC 2009/2 poz. 29.

⁵³ K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1997, s. 225.

⁵⁴ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 61.

⁵⁵ Główny Urząd Statystyczny. Rocznik Demograficzny, Warszawa 2013, s. 197, www.stat.gov.pl.

⁵⁶ K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002, s.244-250.

⁵⁷ Komunikat z badań CBOS, *Społeczne oceny alternatyw życia małżeńskiego*, BS/32/2013, Warszawa 2013, s. 1.

fakt, że młodzi ludzie coraz częściej odkładają decyzję o ślubie na później lub w ogóle nie decydują się na małżeństwo⁵⁸. Powyższe wynika głównie ze zamiany jaka dokonała się w świadomości społecznej. Aktualnie o statusie jednostki nie decyduje już jej status małżeński, lecz najczęściej zarobki, pozycja zawodowa lub kontakty towarzyskie. W przypadku mężczyzn poparcie dla związków nieformalnych wiąże się również: „(...) z brakiem pewności, czy sprawdzą się w roli ojca i głowy rodziny – czy sprostają nowym obowiązkom i będą w stanie zapewnić najbliższym godziwe życie”⁵⁹.

2. Konkubinat w czasach najnowszych

Tym, co zasadniczo różni konkubinat od małżeństwa zawartego zgodnie z przepisami prawa rodzinnego, jest kwestia udokumentowania związku, jego zalegalizowania. Niektóre z krajów europejskich (między innymi: Holandia, Belgia, Luksemburg czy Francja) zdecydowały się na wprowadzenie instytucji tak zwanych rejestrowanych związków partnerskich – zarówno osób tej samej, jak i odmiennej płci. Ustawodawstwo powyższych państw zrównuje pozycję małżonków oraz partnerów związku nieformalnego nadając tym drugim część uprawnień pierwszych. W powyższym kierunku idzie także prawodawstwo międzynarodowe. W jednym ze swoich orzeczeń Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że: *„Życie rodzinne w rozumieniu art. 8 Konwencji nie jest ograniczone jedynie do związków opartych na małżeństwie i może obejmować inne faktyczne „więzy rodzinne”, gdy strony żyją ze sobą poza małżeństwem, choć, co do zasady, wspólne życie może być wymogiem takiego związku”*⁶⁰.

W Polsce pozostawanie w związku faktycznym nie jest przez prawo zabronione, bowiem jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie: *„Prawo polskie (...) traktuje [konkubiny] jako związki faktyczne prawnie indyferentne”*⁶¹. Jednakże, co za tym idzie, konkubinat nie podlega również ochronie analogicznej do tej jaka przysługuje małżeństwu. Zgodnie z literą ustawy zasadniczej, państwo jako instytucja chroni jedynie kobietę i mężczyznę, którzy zawarli małżeństwo w świetle przepisów prawa rodzinnego⁶². W aktualnym stanie prawnym podmioty pozostające w związku nieformalnym są najczęściej traktowane jak osoby wobec

⁵⁸ *Ibidem*, s. 2.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 5.

⁶⁰ A. Guziejewska, *Publicznoprawne definicje rodziny - zarys problematyki*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2011, nr 1, s. 6.

⁶¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 6.12.2007 r., IV CSK 301/07, Biul.SN 2008/3/9.

⁶² Art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (tekst jedn. Dz.U.2009 nr 114 poz. 946 ze zm.).

siebie obce, choć istnieją także regulacje, które przyznają pewne uprawnienia partnerom pozostającym w związku faktycznym. Przykładem najczęściej podawanym w praktyce jest prawo do odmowy zeznań, które przysługuje osobie bliskiej na podstawie art. 165 Kodeksu postępowania karnego⁶³.

Ze względu na szczątkową regulację dotyczącą konkubinatu, w Polsce od dłuższego czasu trwa debata społeczna dotycząca prawnej regulacji związków nieformalnych. Aktualnie: „Przeważająca część Polaków (54%) opowiada się za formalizacją związków kohabitacyjnych (...)”⁶⁴. Formalizacja konkubinatu z całą pewnością sprzyjałaby stabilizacji stosunków majątkowych i rodzinnych powstających pomiędzy osobami pozostającymi w związku nieformalnym. W 2003 roku ówczesna senator Maria Szyszkowska wniosła do senatu projekt ustawy o związkach partnerskich, jednakże ostatecznie nie doszło do jej uchwalenia.

Od samego początku największe wątpliwości w społeczeństwie budziło umożliwienie zalegalizowania związków homoseksualnych. Sprzeciw wobec powyższego rozwiązania wyraża bowiem nie tylko Kościół katolicki, lecz również liczne grono obywateli wskazujących na brzmienie art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku. Dyskusja na temat umożliwienia stworzenia formalnego związku osobom tej samej płci w dużej mierze opiera się na argumentach etycznych i światopoglądowych – z tego względu autor zdecydował się nie poruszać jej w niniejszym opracowaniu skupiając się na kwestii związków osób odmiennej płci.

3. Różnice pomiędzy konkubinatem a małżeństwem

Na pozór brak jest zasadniczych różnic pomiędzy konkubinatem i małżeństwem. W każdym ze związków kobieta i mężczyzna obdarzają się uczuciem i wsparciem, mają wobec siebie określone obowiązki i uprawnienia, mogą prowadzić wspólne gospodarstwo domowe, zdecydować się na dzieci i nabyć wspólnie majątek. Odmienności pomiędzy związkiem nieformalnym, a małżeństwem najbardziej widoczne są w kwestiach prawnych. W Polsce, zgodnie z zasadą demokratycznego państwa prawa, ustawodawca daje obywatelom możliwość wyboru. Kobieta i mężczyzna, którzy decydują się na zawarcie małżeństwa mogą liczyć na przywileje ze strony państwa, jednakże muszą być również świadomi faktu, iż

⁶³ Ustawa z 6. 06. 1997 r. Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz.U.1997 nr 89 poz. 555 ze zm.).

⁶⁴ Komunikat z badań CBOS, *Społeczne oceny...*, s. 6.

formalizacja ich związku wiązać się będzie z nałożeniem na nich określonych obowiązków. Pary, które są zdania, iż małżeństwo jest reliktem przeszłości i zbyt mocno krępować będzie ich wolność osobistą i niezależność mogą pozostać w związku nieformalnym, który w świetle obowiązujących przepisów prawa nie jest nielegalny, a jego istnienie nie jest związane z powstaniem praw i obowiązków po stronie partnerów.

Brak regulacji ustawowej w poruszanej kwestii wydaje się być zabiegiem celowym. W przypadku nieformalnego związku kobiety i mężczyzny, który nie jest nigdzie zarejestrowany trudności sprawia nie tylko egzekwowanie ewentualnych praw i obowiązków partnerów, lecz również dowodzenie jego istnienia i trwałości. Nawet, gdy partnerzy zdecydują się podjąć zobowiązania wobec siebie nawzajem nie można im przypisać charakteru *stricte* prawnego. Z tego właśnie względu wiele państw odmawia przyznania takim parom przywilejów i obowiązków na równi z małżonkami. Z przeprowadzonych badań jednoznacznie wynika również, że związki pozamałżeńskie, zarówno osób tej samej jak i odmiennej płci, są o wiele mniej trwałe niż małżeństwa⁶⁵.

3.1. Zawarcie i ustanie związku

Czym tak naprawdę różni się zawarcie małżeństwa od zawarcia konkubinatu? Zgodnie z brzmieniem art. 1 Kodeksu Rodzinnego i Opiekuńczego (dalej: KRO)⁶⁶ małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wступują ze sobą w związek małżeński. Aby skutecznie zawrzeć małżeństwo nupturienci muszą dodatkowo złożyć w urzędzie stanu cywilnego odpowiednio wcześniej właściwe dokumenty (między innymi skrócony odpis aktu urodzenia) oraz pisemne zapewnienie o braku istnienia przeszkód do zawarcia małżeństwa. W trakcie ceremonii kierownik urzędu stanu cywilnego zapytuje mężczyznę i kobietę, czy zamierzają zawrzeć ze sobą małżeństwo, a gdy oboje odpowiedzą na to pytanie twierdząco, wzywa ich do złożenia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński oraz oświadczeń w sprawie nazwisk małżonków i ich dzieci⁶⁷. Oświadczenia o zawarciu małżeństwa składane są najczęściej w urzędzie stanu cywilnego (choć możliwe jest również zawarcie małżeństwa poza budynkiem urzędu), w obecności dwóch świadków. Istnieje również możliwość złożenia

⁶⁵ Uzasadnienie projektu ustawy o związkach partnerskich wniesionego przez grupę posłów Sejmu RP VII kadencji, Nr druku: 2381, dostępny na: <http://orka.sejm.gov.pl/>, s. 7.

⁶⁶ Ustawa z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U.2012 poz. 788 ze zm.).

⁶⁷ Art. 7 Ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

oświadczeń przed duchownym, a tym samym zawarcia tak zwanego ślubu konkordatowego, jednakże: „*Ostatnio coraz więcej par decydujących się na małżeństwo bierze wyłącznie ślub cywilny, rezygnując ze ślubu kościelnego lub odkładając go na późniejszy termin*”⁶⁸.

Gdy małżonkowie chcą zakończyć swój związek muszą uzyskać rozwód. Z kolei, aby uzyskać rozwód muszą udowodnić, że nastąpił zupełny i trwały rozkład pożycia, a na skutek rozwiązania małżeństwa nie ucierpi dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków oraz że orzeczenie rozwodu nie będzie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego⁶⁹. Dodatkowo, małżonkowie zobowiązani są złożyć odpowiedni pozew w sądzie oraz wziąć udział w postępowaniu sądowym. Jeśli chociażby jeden z małżonków nie jest skłonny zgodzić się na rozstanie, postępowanie w sprawie o rozwód może trwać wiele miesięcy i okazać się bardzo kosztowne. Ze względu na gwałtowne zmiany jakie ostatnio dokonały się w świadomości społeczeństwa „(...) w Polsce zdecydowani zwolennicy rozwodów stanowią grupę dwukrotnie większą liczebnie niż ich zagorzali przeciwnicy”⁷⁰. Zwłaszcza wśród ludzi młodych, zamieszkujących miasta, lepiej wykształconych rozwód stał się naturalną konsekwencją nieudanego pożycia małżeńskiego oraz środkiem do „rozpoczęcia życia na nowo”.

Jak już wcześniej wspomniano, w aktualnym stanie prawnym konkubenci nie mogą zalegalizować swojego związku. W przeciwieństwie do przyszłych małżonków, partnerzy, by podjąć wspólne pożycie, nie muszą dokonywać żadnych czynności formalnych. W przypadku związku pozamałżeńskiego wystarczy wola partnerów pozostawania w związku, bowiem: „*Źródłem konkubinatu jest przede wszystkim świadomy wybór tej formy pożycia przez zainteresowanych*”⁷¹. Zainteresowanym znacznie łatwiej jest wstąpić w związek nieformalny niż w małżeństwo, bowiem żadne przepisy nie przewidują obowiązku rejestrowania konkubinatu oraz składania jakichkolwiek dokumentów w urzędach, czy oświadczeń. W przypadku konkubinatu o wiele łatwiej jest również rozwiązać związek. W przeciwieństwie do osób pozostających w związku małżeńskim, konkubenci nie muszą występować z żądaniem rozwiązania związku do sądu. Żaden organ nie musi również badać, czy wystąpiły odpowiednie przesłanki uzasadniające zakończenie związku. Tak, jak

⁶⁸ Komunikat z badań CBOS, *Kontrowersje wokół różnych zjawisk dotyczących życia małżeńskiego i rodzinnego*, BS/54/2008, Warszawa 2008, s. 9.

⁶⁹ Art. 56 par. 1 i 2 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁷⁰ Komunikat z badań CBOS, *Polacy o rozwodach*, BS/36/2013, Warszawa 2013 s. 2.

⁷¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 11.01.2007 r., II OSK 140/06, LEX nr 507205.

w przypadku zawiązania relacji, jej zakończenie uzależnione jest tylko i wyłącznie od woli partnerów.

Pomimo, iż znaczna większość badanych aprobuje ewentualność zalegalizowania związku przez osoby pozostające w konkubinatach⁷², aktualnie w Polsce brak jest takiej możliwości. Z tego względu, aż 41 % uważa „(...) za wskazane, choć nieobligatoryjne, zawarcie małżeństwa przez osoby żyjące ze sobą bez ślubu”⁷³. Pozostawanie w konkubinacie co prawda daje parterom dużą swobodę i niezależność, jednakże wiąże się również z wieloma niedogodnościami pojawiającymi się w toku życia codziennego. Osoby żyjące w związku nieformalnym w świetle prawa są wobec siebie osobami obcymi, nie mogą po sobie dziedziczyć (chyba, że spisany zostanie testament), nie są *ex lege* uprawnione do uzyskania informacji o stanie zdrowia partnera itd. W sytuacji, gdy konkubenci traktują swój związek poważnie, znacznie łatwiej jest im funkcjonować, gdy zawrą małżeństwo. Nadal w świadomości większości Polaków małżeństwo zobowiązuje do tego, aby bardziej odpowiedzialnie dobierać partnera i starać się rozwiązywać problemy, które pojawiają się w toku codziennego życia dbając o związek i jego trwałość.

3.2. Stosunki osobiste pomiędzy małżonkami oraz pomiędzy konkubentami

Prawa i obowiązki małżonków zostały uregulowane wprost w dziale II KRO. Ustawodawca postanowił, że małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie. Dodatkowo, są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli⁷⁴. Zgodnie z literą art. 24 KRO małżonkowie rozstrzygają wspólnie o istotnych sprawach rodziny – w braku porozumienia każdy z nich może zwrócić się o rozstrzygnięcie do sądu. Na każdego z małżonków nałożono również obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny. Przepisy KRO i pozostałych aktów prawnych przewidują inne jeszcze uprawnienia i obowiązki przysługujące kobiecie i mężczyźnie pozostającym w związku małżeńskim. Istotne jest, że powyższe uprawnienia i obowiązki choć mają charakter wzajemny, nie są

⁷² Komunikat z badań CBOS, *Stosunek do praw gejów i lesbijek oraz związków partnerskich*, BS/24/2013, Warszawa 2013, s. 5.

⁷³ Komunikat z badań CBOS, *Kontrowersje wokół różnych zjawisk...*, s. 7.

⁷⁴ Art. 23 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

ekwiwalentne⁷⁵. Co do zasady, prawa i obowiązki osobiste małżonków nie są również bezpośrednio skuteczne – nie można żądać ich przymusowego wyegzekwowania⁷⁶.

W obecnym stanie prawnym stosunki osobiste między konkubentami nie są regulowane prawnie i w znaczącej mierze opierają się na dobrej woli partnerów oraz ogólnie przyjętych zasadach współżycia społecznego. W efekcie, w przeciwieństwie do małżeństwa, gdzie nie respektowanie obowiązków o charakterze osobistym może skutkować wniesieniem pozwu o rozwód z orzekaniem o winie, jedyną konsekwencją jaką niesie za sobą nielojalne zachowanie konkubenta może być zakończenie związku. Czy jednak rzeczywiście partnerzy nie mają możliwości uregulowania stosunków jakie pomiędzy nimi zachodzą inaczej niż poprzez zawarcie małżeństwa? Ci bardziej przezorni często decydują się na uregulowanie wzajemnych praw i obowiązków o charakterze niemajątkowym i majątkowym na piśmie⁷⁷. Dziś niczym nadzwyczajnym nie jest zawieranie tak zwanych umów konkubenckich, bowiem „*Nie ma (...) przeszkód, aby konkubenci zawarli między sobą umowy cywilnoprawne, tak nazwane, jak i nienazwane (...)*”⁷⁸. Dobrze skonstruowana umowa o charakterze cywilnoprawnym zabezpieczy interesy obu stron i w przypadku ewentualnego zakończenia związku ułatwi późniejsze rozliczenia pomiędzy konkubentami.

Co ciekawe, w celu uregulowania stosunków pomiędzy partnerami projekt ustawy o związkach partnerskich⁷⁹ przewidywał instytucję umowy związku partnerskiego. Zawarcie takiej umowy miałoby poprzedzać rejestrację związku, a jej obowiązywanie rozpoczynałoby się w momencie złożenia przez partnerów oświadczeń woli w urzędzie stanu cywilnego. Umowa taka miałaby być zawarta w formie aktu notarialnego i regulowałaby również kwestie majątkowe (co nieznacznie zbliżałoby ją do umowy małżeńskiej majątkowej regulowanej w art. 47 i nast. KRO). W przeciwieństwie jednak do umowy małżeńskiej majątkowej, umowa związku partnerskiego miałaby regulować nie tylko stosunki majątkowe, lecz również osobiste. Te ostatnie w przypadku małżeństwa regulowane są obecnie na poziomie ustawowym. Decydując się na zawarcie związku partnerzy mogliby do umowy wprowadzić zapisy o: obowiązku udzielania sobie wzajemnej pomocy i wsparcia w trakcie trwania

⁷⁵ J. Ignatowicz, M. Nazar, op.cit., s. 113.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ [Http://www.rozwody.pl/konkubinat.html](http://www.rozwody.pl/konkubinat.html).

⁷⁸ G. Jędrejek, *Spółka cicha*, Warszawa 2008, s. 121.

⁷⁹ Projekt ustawy o związkach partnerskich wniesiony przez grupę posłów Sejmu RP VII kadencji, Nr druku: 2381, dostępny na: <http://orka.sejm.gov.pl/>.

związku partnerskiego; obowiązku zaspakajania na miarę swoich sił i możliwości uzasadnionych potrzeb materialnych związku partnerskiego, który stworzyli; obowiązku dochowania wierności; prawie do działania w imieniu partnera w sprawach zwykłego zarządu; czy też przyjęciu wzajemnie względem siebie albo w stosunku do jednego partnera obowiązku alimentacyjnego powstającego w określonym wymiarze z chwilą rozwiązania związku partnerskiego.

Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie konkubinatu to: „(...) *związek trwały, połączony więzami uczuciowymi, fizycznymi i ekonomicznymi, to jest wspólnym planowaniem i podejmowaniem ważnych decyzji oraz wspólnym ponoszeniem kosztów egzystencji*”⁸⁰. Zasadniczą różnicą pomiędzy małżeństwem, a kohabitacją jest nasilenie obowiązków ciążących na podmiotach oraz ewentualne konsekwencje, które wiążą się z ich naruszeniem. Na małżonków obowiązki zostały nałożone *ex lege*, a KRO nie przewiduje możliwości zwolnienia się z nałożonych przez ustawodawcę obowiązków małżeńskich. Naruszenie wspomnianych obowiązków może wiązać się z negatywnymi konsekwencjami dla nieuczciwego małżonka włącznie z rozводом orzeczonym z jego winy. Pozostawanie w związku nieformalnym daje parterom możliwość zdecydowania, czy zechcą nałożyć na siebie jakiekolwiek ograniczenia oraz respektować je. W trakcie pozostawania w związku konkubenci nie mogą wymagać od siebie nawzajem określonych postaw. Jakość wspólnego pożycia jest uzależniona tylko i wyłącznie od woli osób pozostających w związku. Naruszenie jakichkolwiek reguł, które ustanowili między sobą konkubenci nie będzie związane z konsekwencjami prawnymi. Z całą stanowczością można stwierdzić, iż w aktualnym stanie prawnym instytucja małżeństwa lepiej zabezpiecza interesy osobiste parterów niż konkubinatu.

3.3. Nazwisko partnerów i ich wspólnych dzieci

Zgodnie z art. 25 KRO o nazwisku, które każdy z małżonków będzie nosił po zawarciu małżeństwa, decyduje jego oświadczenie złożone przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Małżonkowie mogą nosić wspólne nazwisko będące dotychczasowym nazwiskiem jednego z nich. Każdy z małżonków może również zachować swoje dotychczasowe nazwisko albo połączyć z nim dotychczasowe nazwisko drugiego małżonka. Nazwisko utworzone w wyniku połączenia nie może składać się z więcej niż dwóch członów. W razie niezłożenia oświadczenia w sprawie nazwiska, każdy z małżonków zachowuje swoje dotychczasowe nazwisko.

⁸⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28.09.2009 r., II AKa 176/09, LEX nr 570556.

Jeśli dziecko urodziło się w małżeństwie, co do zasady nosić będzie nazwisko będące nazwiskiem obojga małżonków – jeśli małżonkowie przyjęli wspólne nazwisko. Jeżeli małżonkowie mają różne nazwiska, dziecko będzie nosić nazwisko wskazane w ich zgodnych oświadczeniach – w tej sytuacji małżonkowie mogą wskazać nazwisko jednego z nich albo nazwisko utworzone przez połączenie nazwiska matki z nazwiskiem ojca dziecka⁸¹. Jeżeli małżonkowie nie złożyli zgodnych oświadczeń w sprawie nazwiska dziecka, nosi ono nazwisko składające się z nazwiska matki i dołączonego do niego nazwiska ojca⁸².

Aktualnie konkubent nie może przyjąć nazwiska partnera – osoby pozostające w związku nieformalnym przez cały okres jego trwania pozostają przy swoich dotychczasowych nazwiskach, chyba że zdecydują się na ich zmianę w drodze postępowania administracyjnego. Dziecko „pozamałżeńskie” które urodziło się w konkubinacie zasadniczo będzie nosiło nazwisko matki – w szczególności, gdy nie nastąpiło ustalenie ojcostwa⁸³. Zgodnie art. 89 par. 1 KRO, jeśli ojcostwo mężczyzny zostało ustalone poprzez uznanie, dziecko nosić będzie nazwisko wskazane w zgodnych oświadczeniach rodziców, składanych jednocześnie z oświadczeniami koniecznymi do uznania ojcostwa. Rodzice mogą wskazać nazwisko jednego z nich albo nazwisko utworzone przez połączenie nazwiska matki z nazwiskiem ojca dziecka. Jeżeli rodzice nie złożyli zgodnych oświadczeń w sprawie nazwiska dziecka, nosić ono będzie nazwisko składające się z nazwiska matki i dołączonego do niego nazwiska ojca. Z kolei, w razie sądowego ustalenia ojcostwa sąd nadaje dziecku nazwisko w wyroku ustalającym ojcostwo stosując powyżej opisane zasady.

Konkludując można stwierdzić, iż w kwestii nazwiska parterów oraz dzieci sytuacja w małżeństwie i w konkubinacie kształtuje się dwojako. Osoby decydujące się na życie w związku nieformalnym nie mogą nosić wspólnego nazwiska, jednak zarówno dziecko zrodzone w małżeństwie, jak i te które urodziło się w związku pozamałżeńskim może nosić nazwisko: tylko matki, tylko ojca lub nazwisko dwuczłonowe powstałe z połączenia nazwisk rodziców.

3.4. Stosunki majątkowe w konkubinacie i małżeństwie

Różnice pomiędzy małżeństwem zawartym zgodnie z przepisami obowiązującego prawa rodzinnego, a związkiem partnerskim najbardziej widoczne są, gdy chodzi o kwestie

⁸¹ Art. 88 par. 1 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁸² Art. 88 par. 2 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁸³ Art. 89 par. 3 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

majątkowe. Jak powszechnie wiadomo, pomiędzy małżonkami, którzy nie zdecydowali się na zawarcie majątkowej umowy małżeńskiej z chwilą zawarcia małżeństwa powstaje *ex lege* wspólność majątkowa (zwana również ustawową) obejmująca przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich (majątek wspólny)⁸⁴. Każdy z małżonków uprawniony jest do współposiadania rzeczy wchodzących w skład majątku wspólnego oraz do korzystania z nich w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez drugiego małżonka⁸⁵. Każdy z małżonków może również samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym. Wykonywanie zarządu obejmuje czynności, które dotyczą przedmiotów majątkowych należących do majątku wspólnego, w tym czynności zmierzające do zachowania tego majątku⁸⁶. Przedmioty majątkowe nieobjęte wspólnością ustawową należą do majątku osobistego każdego z małżonków i podlegają jego swobodnej dyspozycji.

Jak trafnie wskazał autor opracowania poświęconego omawianej tematyce: „Przepisy regulujące ustroje majątkowe oparte są na podstawowych zasadach prawa rodzinnego, w szczególności na zasadzie równouprawnienia małżonków oraz na zasadzie ochrony małżeństwa i rodziny”⁸⁷. Najpełniej interesy obojga małżonków zabezpiecza ustrój wspólności majątkowej, nadal preferowany przez ustawodawcę, którego regulacja znajdzie zastosowanie w sytuacji, gdy małżonkowie nie zdecydują się na zawarcie umowy małżeńskiej majątkowej. Jednakże w praktyce, gdy dwie osoby prowadzą wspólnie gospodarstwo domowe bardzo często pokrywają zobowiązania finansowe mniej więcej w podobnych proporcjach nie dokonując przy tym dokładnych rozliczeń. Gdy małżonkowie zdecydują się na rozstanie sąd w większości przypadków podzieli ich wspólny majątek po połowie. Nierzadko zdarzają się sytuacje, gdy takie rozwiązanie jest dla małżonków niesatysfakcjonujące, gdyż każde z nich partycypuje w kosztach w różnym zakresie. Z tego względu wielu nupturientów decyduje się na rozdzielnosc majątkową, bowiem wspólność ustawowa nie jest ustrojem obligatoryjnym, a „(...) małżonkowie mogą przez umowę majątkową wspólność ustawową rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć”⁸⁸.

⁸⁴ Art. 31 par.1 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁸⁵ Art. 34¹ ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁸⁶ Art. 36 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

⁸⁷ A. Brzezińska, *Intercyzy – umowy małżeńskie*, Warszawa 2007, s. 64.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 65.

Obecnie, gdy decyzje o wejściu w związek małżeński podejmuje się coraz później, a przyszli małżonkowie nierzadko w chwili formalizowania swojego związku posiadają już znaczny majątek, większą wagę przykłada się do kwestii późniejszych rozliczeń. Tym bardziej, że z roku na rok nie tylko maleje liczba zawieranych małżeństw, ale również powiększa się odsetek ludzi po rozwodzie⁸⁹. Często właśnie z powyższego względu wielu partnerów nie decyduje się nigdy na zawarcie małżeństwa – obawiając się trudności finansowych lub mieszkaniowych⁹⁰. Zarówno proces o podział majątku wspólnego jak ten o zniesienie współwłasności nie należą do szybkich i łatwych. Trzeba mieć świadomość, że w przypadku braku porozumienia, małżonkowie będą zmuszeni spotkać się w sądzie.

Pomiędzy osobami decydującymi się na życie w związku nieformalnym również zawiązują się różnorodne stosunki majątkowe. Partnerzy często prowadzą wspólnie gospodarstwo domowe, opłacają rachunki, nabywają majątek, niekiedy prowadzą razem działalność gospodarczą. W związku pozamałżeńskim stosunki majątkowe kształtują się jednak w sposób odmienny od tych, które występują w małżeństwie. Aktualnie: „*Prawo polskie nie dopuszcza możliwości zawarcia tzw. umowy konkubenckiej, która regulowałaby całość stosunków majątkowych konkubentów*”⁹¹. W następstwie powyższego, aby nabyć rzecz lub prawo wspólnie, konkubenci decydują się na nabywanie przedmiotów na współwłasność w częściach ułamkowych. Udział we współwłasności odpowiada wtedy udziałowi partnera w kosztach związanych z nabyciem przedmiotu lub prawa.

W jednym ze swych orzeczeń Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że: „*Do stosunków majątkowych osób pozostających w związku pozamałżeńskim nie mogą być stosowane w drodze analogii przepisy art. 21 i nast. Kod. rodz. o wspólności ustawowej. Związek pozamałżeński sam przez się nie wywołuje żadnych skutków o charakterze prawno-majątkowym między osobami, które w związku takim pozostają*”⁹². W przypadku konkubinatu brak zatem ogólnych reguł według których należy oceniać zachodzące pomiędzy partnerami stosunki majątkowe. Każdą relację należy rozpatrywać osobno, zgodnie z przepisami dotyczącymi konkretnego stosunku prawnego. Powyższy pogląd potwierdza orzecznictwo, w którym podkreślono, że: „*Charakter i skutki powiązań majątkowych powstałych*

⁸⁹ Komunikat z badań CBOS, *Polacy o rozwodach...*, s. 1.

⁹⁰ Komunikat z badań CBOS, *Spoleczne oceny ...*, s. 4.

⁹¹ G. Jędrejek, *Spółka ...*, s. 121.

⁹² Uchwała Sądu Najwyższego z 2.07. 1955 r., II Co. 7/55, OSN 1956/III poz. 72.

w związku z faktycznym utrzymywaniem wspólnoty przez konkubentów oceniać należy na podstawie unormowań właściwych ze względu na rodzaj i treść tych stosunków”⁹³.

W sytuacji gdy konkubenci prowadzili wspólne gospodarstwo domowe, największej problemów może pojawić się w przypadku zakończenia związku, gdy konieczne będzie dokonanie rozliczeń nakładów, które jeden z partnerów czynił na majątek drugiego. Co do zasady: *„Nakłady konkubentów czynione wspólnie w czasie trwania konkubinatu na majątek jednego z nich powinny być rozliczone według przepisów o zniesieniu współwłasności”*⁹⁴. Przepisy o zniesieniu współwłasności znajdują zastosowanie, gdy w trakcie trwania związku nieformalnego doszło do wspólnego nabycia ruchomości lub nieruchomości. Do stosunków majątkowych między konkubentami mogą mieć również zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu⁹⁵, zwłaszcza w sytuacji, gdy jeden z partnerów poczynił nakłady na majątek drugiego np. remontując mieszkanie lub budując dom na działce należącej do konkubenta. Instytucję bezpodstawnego wzbogacenia powinno się stosować gdy: *„(...) zachodzą podstawy faktyczne do uwzględnienia roszczeń „wyrównawczych” (w odróżnieniu od podziałowych), mających zrekompensować uszczerbek powstały w majątku jednego z partnerów, odpowiadający przysporzeniu na rzecz majątku drugiego z byłych członków wspólnoty osobisto-majątkowej”*⁹⁶.

Jak zatem wyraźnie widać, największe różnice pomiędzy konkubinatem, a małżeństwem występują w kwestii stosunków majątkowych. Stosunki majątkowe między małżonkami ustawodawca uregulował wprost w KRO. Zgodnie z literą powołanej ustawy małżonkowie mogą dokonać wyboru spośród ustroju: ustawowej i umownej wspólności majątkowej, rozdzielności majątkowej oraz rozdzielności majątkowej z wyrównaniem dorobków. Niezależnie od tego jakiego wyboru małżonkowie dokonają, ich sytuacja kształtować się będzie w sposób jasny i przewidywalny, w przeciwieństwie do sytuacji osób pozostających w konkubinacie. Ci ostatni zmuszeni są regulować stosunki majątkowe w drodze poszczególnych umów cywilnoprawnych (nazwanych lub nienazwanych), bądź muszą liczyć się z tym, że w przypadku ewentualnego rozstania rozliczenie się z dokonanych

⁹³ Postanowienie Sądu Najwyższego z 10.09.2009 r., V CSK 75/2009, LexisNexis nr 3854135.

⁹⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z 30.01.1986 r., III CZP 79/85, OSNC 1987/1/2.

⁹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 16.05.2000 r., IV CKN 32/00, OSNC 2000/12/222

⁹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 6.12.2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009/2/29.

nakładów i wydatków będzie żmudne, długotrwałe, kosztowne i nie zawsze korzystne dla każdej ze stron.

3.5. Stosunki między rodzicami i dziećmi

Kolejnym problemem wymagającym omówienia jest kwestia dzieci zrodzonych w związku nieformalnym. Współcześnie sytuacja dzieci pozamałżeńskich przedstawia się zdecydowanie lepiej niż parę wieków temu, gdy tak zwanym „bękartom” nie przysługiwały żadne prawa. Pomimo iż odsetek urodzeń jest nadal niższy w konkubinatach niż w małżeństwach, ostatnio zdaje się zauważyć wzrost liczby dzieci pozamałżeńskich w stosunku do lat poprzednich. Zgodnie z danymi zaprezentowanymi przez Główny Urząd Statystyczny *„Na początku lat 90-tych ze związków pozamałżeńskich rodziło się ok. 6-7% dzieci, zaś w ostatnich latach 20-22%”*⁹⁷. Nasilenie zjawiska powoduje, iż coraz więcej rodziców żyjących w związkach partnerskich obowiązanych jest uregulować prawnie ich stosunek do dziecka.

Gdy chodzi o kwestie związane z rodzicielstwem, w zdecydowanie lepszej sytuacji znajduje się matka, bowiem jej stosunek prawny do dziecka wynika z art. 61⁹ KRO, który to stanowi, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła. Decydując się na życie w związku pozamałżeńskim to ojciec musi zadbać o uregulowanie jego sytuacji prawnej w stosunku do dziecka. W art. 3 europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego⁹⁸ przewidziano, że pochodzenie dziecka pozamałżeńskiego od ojca może być stwierdzone lub ustalone na podstawie dobrowolnego uznania lub orzeczenia sądu. Polskie prawo rodzinne w tej sytuacji również przewiduje powyższe sposoby ustalenia pochodzenia dziecka. Ustalenie ojcostwa następuje, gdy mężczyzna, od którego dziecko pochodzi oświadczy przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że jest ojcem dziecka, a matka dziecka jednocześnie z mężczyzną lub w ciągu trzech miesięcy to potwierdzi⁹⁹. Uznanie jest skuteczne z chwilą narodzin dziecka, lecz może być ono również uznane już w trakcie życia płodowego dziecka – skutki prawne powstają wtedy z chwilą urodzenia¹⁰⁰.

Sądowe ustalenie ojcostwa możliwe jest, gdy mężczyzna nie chce uznać dziecka, a ojcostwo nie zostało ustalone na podstawie domniemania pochodzenia od męża matki.

⁹⁷ Główny Urząd Statystyczny, *Notatka informacyjna. Podstawowe informacje o rozwoju demograficznym Polski do 2013 roku*, dostępne na: <http://stat.gov.pl/>, s. 5-6.

⁹⁸ Europejska Konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15.10.1975 r. (Dz.U.1999.79.888).

⁹⁹ Art. 72 par. 1 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

¹⁰⁰ Art. 75 par. 1 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

Sądowego ustalenia ojcostwa może żądać matka, domniemany ojciec lub samo dziecko. Instytucja ta polega na stwierdzeniu w wyroku, że dziecko urodzone poza małżeństwem pochodzi od określonego mężczyzny. Sąd opiera się na domniemaniu, że ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką nie dawniej niż w 300 i nie później niż w 181 dniu przed urodzeniem dziecka. Wyrok sądu w takiej sprawie ma charakter deklaracyjny.

W obecnym stanie prawnym osoby pozostające w związku nieformalnym zmuszone są dokonać wielu dodatkowych czynności (nie tylko prawnych, ale i faktycznych), aby ustalić swój stosunek do dziecka. Problemu takiego nie mają osoby pozostające w związku małżeńskim, ponieważ w przypadku małżeństwa obowiązuje domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki (jeżeli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa albo przed upływem trzystu dni od jego ustania lub unieważnienia, domniemywa się, że pochodzi ono od męża matki)¹⁰¹. W piśmiennictwie trafnie wskazuje się, że: *„Faktem jest wzrastająca liczba sytuacji, w których rodzice wychowują dziecko nie będąc małżeństwem (pozostając w związku faktycznym), a ponadto sytuacji, w których rodzice dziecka żyją w rozłączeniu”*¹⁰². Z tego względu, wykonując dyspozycje zawarte w Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, Państwa Strony zobowiązane są dążyć do poprawy statusu prawnego dzieci pozamałżeńskich oraz w miarę możliwości ograniczać różnice występujące pomiędzy dziećmi pozamałżeńskimi, a tymi pochodzącymi z małżeństwa.

W polskim ustawodawstwie brak jest zasadniczych odrębności pomiędzy sytuacją prawną dziecka urodzonego w małżeństwie, a sytuacją dziecka pozamałżeńskiego. Ustawodawca nie wprowadził istotnych różnic w kwestii władzy rodzicielskiej, obowiązku alimentacyjnego, czy spadkobrania. Co ważne, zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego: *„Dziecko pozamałżeńskie może na zasadzie przepisów art. 56 prawa rodzinnego dochodzić od ojca kosztów utrzymania i wychowania także w przypadku, gdy nie nastąpiło ustalenie jego ojcostwa na podstawie przepisów art. 46 prawa rodzinnego”*¹⁰³. Wykonując zatem zobowiązania międzynarodowe polski ustawodawca doprowadził do poprawy sytuacji prawnej dzieci pozamałżeńskich zrównując ich status z tym posiadanym przez dzieci urodzone w małżeństwie, jednocześnie zabezpieczając ich prawa i interesy oraz stabilizując sytuację rodzinną.

¹⁰¹ Art. 62 ustawy z 25.02.1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

¹⁰² P. Mostowik, *Kontakty dziecka z rodzicami, krewnymi i bliskimi a władza rodzicielska*, Przegląd Sądowy 2013, nr 3, str. 7.

¹⁰³ Uchwała Sądu Najwyższego 7 sędziów - zasada prawna z 30.09.1948 r., C 399/48, PiP 1949/1/125.

4. Konkluzja

W Polsce z roku na rok rośnie liczba osób, które decydują się na „*alternatywną formę życia małżeńsko – rodzinnego*”¹⁰⁴ jaką jest kohabitacja. Przyczyn takiego zjawiska może być wiele (między innymi: globalizacja, niechęć wobec instytucji małżeństwa, przyczyny finansowe, chęć „sprawdzenia się” przed sformalizowaniem związku, brak możliwości zawarcia małżeństwa, kryzys religijny itd.). Życie w nieformalnym związku najczęściej wybierają osoby młode, „*w wieku starszym problem gwałtownie zanika*”¹⁰⁵. Na pozór stosunki między małżonkami oraz między osobami żyjącymi w związku nieformalnym nie różnią się. W praktyce jednak, kobieta i mężczyzna decydujący się na konkubinaty traktowani są w świetle prawa jako osoby wobec siebie obce.

Partnerzy przez zawiązanie związku nieformalnego nie nabywają żadnych praw ani obowiązków (tak charakterystycznych dla małżeństwa). Sytuacja konkubentów jest niestabilna – zainteresowani nie mogą gromadzić wspólnie majątku inaczej niż w formie poszczególnych umów cywilnoprawnych, nie mogą również nosić wspólnego nazwiska, chyba że zdecydują się na jego zmianę w formie przewidzianej ustawą o zmianie imienia i nazwiska¹⁰⁶. Jeśli w związku nieformalnym pojawią się dzieci konieczne jest dokonanie szeregu czynności, które umożliwią nadanie ojcu praw do dziecka. Partnerzy nie mogą również dziedziczyć po sobie, jeśli każde z nich nie zawrze odpowiednich dyspozycji w testamencie. Osoby, które zdecydują się na życie w konkubinacie, zmuszone są zmierzyć się nie tylko z powyższymi problemami.

W kulturze państw europejskich to małżeństwo jest nadal popieraną, docelową formą życia rodzinnego. Państwo zgodnie z literą ustawy zasadniczej obowiązane jest otaczać rodzinę jako podstawową komórkę społeczną szczególną ochroną. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy: „*Przewidziana w art. 18 Konstytucji ochrona małżeństwa oznacza, że prawnie zalegalizowany związek kobiety i mężczyzny pozostaje pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Ochrona małżeństwa przejawia się m.in. w tym, że do innych związków nie stosuje się skutków prawnych wynikających z zawarcia małżeństwa oraz że nie dopuszcza się takiej*

¹⁰⁴ K. Slany, op.cit., s.134.

¹⁰⁵ T. Gerstenkorn, *W krajach, w których uznaje się kohabitację, jest ona nietrwała. Bez ślubu*, Kronika UŁ 2008, nr 4, s.1.

¹⁰⁶ Ustawa z 17. 10. 2008 r. o zmianie imienia i nazwiska (Dz.U. Nr 220, poz. 1414).

wykładni i stosowania przepisów, które prowadziłyby do zrównania pod względem prawnym małżeństwa i innych form pożycia”¹⁰⁷.

Ochroną i opieką Rzeczpospolita Polska nie otacza osób kohabitujących. Ustawodawca nie zdecydował się na przyznanie szczególnych przywilejów osobom pozostającym w związku nieformalnym. Ze względu na rozmiary zjawiska takie rozwiązanie należy ocenić negatywnie. Konieczne jest uregulowanie statusu prawnego osób pozostających w związkach nieformalnych. Liczne próby wprowadzenia regulacji dotyczącej umożliwienia zawierania rejestrowanych związków partnerskich pokazują, że problem nadal jest aktualny. Niestety, obecnie nie wiadomo, czy i ewentualnie kiedy ustawa o związkach partnerskich wejdzie w życie.

¹⁰⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 6.12.2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009/2/29.

Agata Hiacynta Tarnacka

Zawarcie małżeństwa – wybrane aspekty w polskim prawie rodzinnym oraz prawie kanonicznym

The article thoroughly discusses the grounds for annulment of marriage in family law and the causes of nullity of marriage in canon law. It presents in detail the personal requirements, defects in consent and the required form of marriage in family law. On the basis of canon law it describes the obstacles for marriage, defects in marital consent and forms of marriage standardized by canon law: the ordinary and the extraordinary. The institution of marriage in both legal orders is very different, so it is not possible to standardize the law in terms of nullity of marriages. Therefore, it is understandable that the state and ecclesiastical courts do not recognize each other's judgments.

1. Wstęp

Instytucja małżeństwa od swych początków odgrywała istotną rolę społeczną, dając podwaliny budowaniu rodziny. „Na przestrzeni dziejów cywilizacji małżeństwo – jako związek kobiety i mężczyzny uznany i zinstytucjonalizowany – miało zawsze swój wymiar religijny”¹⁰⁸. Rzymski prawnik Modestyn w III w. n.e. w Digestach w swej definicji małżeństwa określił je jako związek mężczyzny i kobiety, zespolenie na całe życie, wspólnotę prawa boskiego i ludzkiego¹⁰⁹. Druga znana rzymska definicja znajduje się w Instytucjach Justyniana, stanowi ona, iż małżeństwo to związek mężczyzny i kobiety obejmujący niepodzielną wspólnotę życia¹¹⁰.

Jak powszechnie wiadomo małżeństwo dotyka szerokiego spektrum unormowań, gdyż jego zawarcie wywiera skutki w wielu dziedzinach prawa. Dodatkowo „małżeństwo konkordatowe”, wywołuje także skutki w kanonicznym porządku prawnym. W 1998 roku

¹⁰⁸ W. Góralski, *Kościełne prawo małżeńskie*, Warszawa 2006, s. 23.

¹⁰⁹ „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”, A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2007, s. 181.

¹¹⁰ „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem vitae continens”, A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2007, s. 182.

w Polsce, wraz z Konkordatem¹¹¹, weszło w życie unormowanie prawne, które pozwala na zawieranie małżeństwa wyznaniowego ze skutkami cywilnymi¹¹². Jednakże, jak zapisano w art. 10 Konkordatu, orzekanie o ważności małżeństwa kanonicznego, a także w innych sprawach małżeńskich przewidzianych w prawie kanonicznym, należy do wyłącznej kompetencji władzy kościelnej. Natomiast orzekanie w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych¹¹³. Zatem, dobrze jest zapoznać się z wymogami decydującymi o zawarciu małżeństwa zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i kanonicznego. Zwłaszcza, że większość obywateli Polski podlega jednemu, jak i drugiemu prawu¹¹⁴.

2. Pojęcie małżeństwa

W celu porównania instytucji małżeństwa na płaszczyźnie prawa polskiego oraz prawa kanonicznego, należy na wstępie warto skupić się na samych definicjach małżeństwa uregulowanych w obu porządkach prawnych. W prawie polskim do pojęcia tego odnosi się Konstytucja¹¹⁵ w rozdziale 1, zgodnie z art. 18: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”¹¹⁶. Z tego zapisu jednoznacznie wynika, że małżeństwo to związek jednej kobiety i jednego mężczyzny. Trzeba podkreślić, że w ustawie zasadniczej, w jednym artykule małżeństwo zostało związane z instytucją rodziny oraz macierzyństwem

¹¹¹ Dz. U. z 1998r. nr 12, poz. 42 – Ustawa z dnia 8 stycznia 1998 r. o ratyfikacji Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską; Dz. U. z 1998r. nr 51, poz. 318 – Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską (dalej: Konkordat).

¹¹² Przed 1989 rokiem państwo i Kościół nie podejmowały współpracy, zatem także na gruncie prawa dotyczącego zawierania małżeństw nie istniało żadne porozumienie. Po 1989 roku zaczęto prace nad wprowadzeniem łączonej regulacji zawarcia małżeństwa. Efektem tych prac stała się Umowa Konkordatowa, która weszła w życie 25 kwietnia 1998 roku. Przyjęta generalna zasada stanowiła, iż małżeństwo cywilne może zostać zawarte według jednej z dwóch równorzędnych formuł: wyznaniowej lub cywilnej. Co istotne każda z możliwości wywołuje skutki prawne na gruncie prawa cywilnego; Zob. A. Mezglewski, A. Tunia, *Wyznaniowa forma zawarcia małżeństwa*, Warszawa 2007, s. 7.

¹¹³ Art. 10, ust. 3 i 4 Konkordatu.

¹¹⁴ Por. G. Jędrejek, *Regulacja instytucji małżeństwa w prawie kanonicznym i świeckim*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, rok LXX, zeszyt 2 – 2008, s. 48.

¹¹⁵ Dz. U. z 1997r. nr 78 poz. 483 - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (dalej: Konstytucja).

¹¹⁶ Tamże art. 18.

i rodzicielstwem¹¹⁷. Ponadto, art. 23 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹¹⁸ stanowi, iż „małżonkowie są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli”, zatem w prawie polskim, akt zawarcia małżeństwa to moment powstania relacji prawno-rodziny¹¹⁹. Co więcej, można ująć to wprost, że rodzinę¹²⁰ tworzą już sami małżonkowie¹²¹. Małżeństwo uważa się za „fundament społeczeństwa”¹²², natomiast o rodzinie najczęściej mówi się jako o podstawowej komórce społecznej¹²³. Małżeństwo i rodzina cieszy się ze strony prawa specjalną ochroną¹²⁴.

Z uwagi na fakt, że w pozostałych ustawach nie znajdziemy dokładniejszego określenia instytucji małżeństwa. To celowe jest sięgnięcie do definicji wypracowanych przez doktrynę. Zgodnie z definicją J. Ignatowicza i M. Nazara¹²⁵, małżeństwo to „powstały z woli małżonków, ale w sposób sformalizowany, trwały związek kobiety i mężczyzny, będący także stosunkiem prawnym o charakterze wzajemnym; związek ten polega na maksymalnym zespoleniu małżonków w sferze ich stosunków osobistych oraz poważnym powiązaniu w sferze stosunków majątkowych; obydwój partnerzy tego związku mają przy tym równorzędną pozycję”, natomiast zgodnie z definicją T. Smoczyńskiego¹²⁶ „małżeństwo jest trwałym i legalnym związkiem mężczyzny i kobiety, powstałym z ich woli, jako równoprawnych stron w celu wspólnego pożycia, realizacji dobra małżonków, dobra założonej rodziny i jej celów społecznych”.

¹¹⁷ W niektórych ujęciach prokreacja i rodzina uznawana jest za główny cel jaki ma wypełniać małżeństwo jako związek „ukształtowany w celu spełnienia funkcji prokreacyjnej i wychowawczej w odniesieniu do dzieci oraz wzajemnej pomocy i współżycia, a także realizacji funkcji emocjonalnej małżonków”: Z. Radwański, *Konstytucyjna ochrona małżeństwa, macierzyństwa i rodziny* [w:] *Prace cywilistyczne*, S. Wójcik (red.), Warszawa 1990, s. 235.

¹¹⁸ Dz. U. z 1964r. nr 9, poz. 59 - Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: k.r.o.).

¹¹⁹ A. Dziega, *Pytania o rodzinę - niektóre kwestie dyskusyjne* [w:] *Rodzina w prawie*, P. Telusiewicz (red.), Stalowa Wola 2007, s. 48.

¹²⁰ Kościół katolicki przyjmuje definicję rodziny zgodnie z Katechizmem Kościoła Katolickiego, definiując ją jako małżeństwo kobiety i mężczyzny posiadające dzieci – Katechizm Kościoła Katolickiego 2202, 2203.

¹²¹ J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 28.

¹²² Art. 1 Konkordatu.

¹²³ *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, wydana przez ONZ 10 grudnia 1948 r.: Art. 16, pkt 3. Rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i Państwa.

¹²⁴ Zob. Konstytucja art. 18.

¹²⁵ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2005, s. 78.

¹²⁶ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2001, s. 38.

Przechodząc do ustawodawstwa kościelnego, należy zwrócić uwagę, że Kościół wypracował obowiązującą jego członków definicję małżeństwa i zapisał ją w swoim prawie. Została ona zawarta w Kodeksie Prawa Kanonicznego¹²⁷. W myśl kan. 1055 § 1 małżeństwo jest przymierzem „przez które mężczyzna i kobieta tworzą ze sobą wspólnotę całego życia¹²⁸, skierowaną ze swej natury do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa, zostało między ochrzczonymi podniesione przez Chrystusa Pana do godności sakramentu”. Dodatkowo w kan. 1056 ustawodawca kościelny wymienia przymioty małżeństwa, jakimi są jedność i nierozzerwalność, które to „w małżeństwie chrześcijańskim nabierają szczególnej mocy z racji sakramentu”¹²⁹. Prawo kanoniczne szczególnie podkreśla, iż małżeństwo to sakrament¹³⁰, zaznaczając realną identyczność ważnie zawartego małżeństwa z przyjęciem sakramentu¹³¹. Należy podkreślić, że już Wulgata, pochodząca z IV w. n.e. nazywa małżeństwo *sacramentum magnum*¹³².

Zatem, w obu porządkach prawnych istnieją podstawowe różnice w pojmowaniu małżeństwa, dotyczące w sposób szczególny jego charakteru i trwałości. Tym, co przede wszystkim łączy powyższe definicje to monogamiczność małżeństwa – akcentowanie, iż jest to związek jednego mężczyzny i jednej kobiety¹³³, warunek odmienności płci osób zawierających małżeństwo oraz stawiane mu cele: wzajemne dobro małżonków i dzieci – dobro rodziny.

3. Zawarcie małżeństwa

¹²⁷ *Codex Iuris Canonici auctoritate Joannis Pauli PP. II promulgatus*. Kodeks Prawa Kanonicznego, przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984 (dalej: KPK).

¹²⁸ Odniesienie do małżeństwa jako wspólnoty życia znajdujemy także w prawie rzymskim. Definicja justyniańska stanowiła, iż „małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety, obejmującym niepodzielną wspólnotę życia” („Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem vitae continens”). Definicje Modestyna i Justyniana wyrażają trwałość małżeństwa oraz jego monogamiczność. W prawie rzymskim nie uważano małżeństwa za instytucję prawną, a raczej za „urządzenie o charakterze społecznym i obyczajowym”, A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2007, s. 182.

¹²⁹ Kan. 1056 KPK: Istotnymi przymiotami małżeństwa są jedność i nierozzerwalność, które w małżeństwie chrześcijańskim nabierają szczególnej mocy z racji sakramentu.; Por. także: W. Góralski, *Kościelne prawo małżeńskie*, Warszawa 2006, s. 31-34.

¹³⁰ Sobór Trydencki zdefiniował sakramentalność małżeństwa jako dogmat wiary; Por. także: Sobór Watykański II, *Konstytucja Duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym Gaudium et spes* [w:] Sobór Watykański II, *Konstytucje, dekryty, deklaracje*, Poznań 2002, s. 563.

¹³¹ W. Góralski, s. 29.

¹³² Św. Hieronim w Wulgacie słowo Μυστήριον (*mysterion*) przetłumaczył przez łacińskie słowo *sacramentum*. We współczesnym tłumaczeniu Biblii słowo *mysterion* oddaje się jako tajemnicę.

¹³³ Zob. także: Z. Tyska, *Socjologia rodziny*, Warszawa 1974, s. 77–78.

Różnice w definicji małżeństwa przekładają się na te, które odnoszą się do wymogów stanowiących o jego zawarciu. Dotyczą one następująco: szeroko pojętych właściwości osób zawierających małżeństwo (nupturientów), odniesienia tych osób do składanej przysięgi małżeńskiej oraz formy jej złożenia. W polskim prawie rodzinnym są to: wymogi podmiotowe, wady oświadczenia woli oraz forma zawarcia małżeństwa. Natomiast w prawie kanonicznym, będą to: przeszkody do zawarcia małżeństwa, wady zgody małżeńskiej oraz forma zawarcia małżeństwa.

3.1. Regulacje dotyczące zawarcia małżeństwa odnoszące się do osób zawierających małżeństwo

Osoby zawierające związek małżeński zarówno na gruncie polskiego prawa rodzinnego, jak i prawa kanonicznego, muszą spełniać wymogi przepisane prawem.

3.1.1. Wymogi podmiotowe w polskim prawie rodzinnym

Aby doszło do zawarcia małżeństwa zgodnie z prawem polskim, muszą być spełnione wymogi podmiotowe¹³⁴, którymi są:

1) odpowiedni wiek – w myśl art. 10 § 1 ust. 1 k.r.o.¹³⁵ zawierający małżeństwo powinni mieć ukończone lat 18¹³⁶. Jednak, sąd opiekuńczy z ważnych powodów może zezwolić na zawarcie małżeństwa przez kobietę 16-letnią, jeśli będzie to zgodne z dobrem założonej rodziny. Sąd rozpoznaje sprawę w postępowaniu nieprocesowym, na wniosek kobiety. Jak wskazuje art. 561. § 1 kodeksu postępowania cywilnego¹³⁷ postanowienie o udzieleniu zezwolenia staje się skuteczne z chwilą uprawomocnienia się i nie może być zmienione ani uchylone¹³⁸;

¹³⁴ W prawie polskim istnieją następujące wymogi podmiotowe: wiek, istniejący węzeł małżeński, pokrewieństwo, powinowactwo, pokrewieństwo prawne, ubezwłasnowolnienie całkowite oraz choroba psychiczna.

¹³⁵ Art. 10. § 1 k.r.o.: Nie może zawrzeć małżeństwa osoba niemająca ukończonych lat osiemnastu. Jednakże z ważnych powodów sąd opiekuńczy może zezwolić na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła lat szesnaście, a z okoliczności wynika, że zawarcie małżeństwa będzie zgodne z dobrem założonej rodziny.

¹³⁶ Zapis dotyczący pełnoletności znajduje się także w *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, wydanej przez ONZ 10 grudnia 1948 r., Artykuł 16, pkt 1.: Mężczyźni i kobiety bez względu na jakiejkolwiek różnice rasy, narodowości lub wyznania mają prawo po osiągnięciu pełnoletności do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Mają oni równe prawa w odniesieniu do zawierania małżeństwa, podczas jego trwania i po jego ustaniu.

¹³⁷ Dz. U. z 1964r. nr 43 poz. 296. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.).

¹³⁸ Art. 561. § 1 k.p.c.: Zezwolenia na zawarcie małżeństwa kobiecie nie mającej ukończonych lat osiemnastu udziela sąd opiekuńczy na jej wniosek. Postanowienie o udzieleniu zezwolenia staje się skuteczne z chwilą uprawomocnienia się i nie może być zmienione ani uchylone.

2) istnienie węzła małżeńskiego – zgodnie z art. 13 § 1 k.r.o. nie może zawrzeć małżeństwa ten, kto już pozostaje w związku małżeńskim. Ustawodawca konstytuuje w tym przepisie zakaz bigamii. Małżeństwo już wcześniej zawarte musi rzeczywiście istnieć¹³⁹, zatem nie może być ono rozwiązane. Przestępstwo bigamii może mieć charakter jednostronny, gdy jeden z małżonków związany jest już węzłem małżeńskim lub dwustronny, kiedy to oboje małżonkowie są związani wcześniej zawartymi małżeństwami¹⁴⁰. Art. 13 § 2 k.r.o. stanowi, iż sankcją za naruszenie omawianego zakazu jest unieważnienie małżeństwa. Kodeks karny traktując bigamię jako przestępstwo. W art. 206 kodeksu karnego¹⁴¹ wymienia następujące kary: grzywny, ograniczenia wolności oraz pozbawienia wolności do lat 2;

3) pokrewieństwo i powinowactwo – art. 14 § 1 k.r.o. brzmi: „nie mogą zawrzeć ze sobą małżeństwa krewni w linii prostej, rodzeństwo ani powinowaci w linii prostej. Jednakże z ważnych powodów sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa między powinowatymi.” Możliwą sankcją za naruszenie powyższego zakazu stanowi unieważnienie małżeństwa;

4) przysposobienie – art. 15 § 1 k.r.o. statuuje, iż nie mogą zawrzeć ze sobą małżeństwa przysposabiający i przysposobiony. Jest to zakaz bezwzględny. W przypadku zaistnienia takiej przeszkody, nawet sąd nie może udzielić zezwolenia. Za naruszenie zakazu stosuje się sankcję unieważnienia małżeństwa na wniosek jednego z małżonków. Jednakże, jeśli stosunek przysposobienia ustał, małżeństwa nie można unieważnić;

5) ubezwłasnowolnienie całkowite – osoba całkowicie pozbawiona zdolności do czynności prawnych orzeczeniem sądowym, nie może zawrzeć małżeństwa. Wedle art. 11 § 1 k.r.o.: sankcją za naruszenie tego przepisu stanowi unieważnienie małżeństwa na wniosek jednego z małżonków. Jednak nie można unieważnić małżeństwa z powodu ubezwłasnowolnienia, jeżeli ubezwłasnowolnienie zostało uchylone;

6) choroba psychiczna – zgodnie z art. 12 § 1 k.r.o. nie może zawrzeć małżeństwa osoba dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym. Jeżeli jednak stan zdrowia lub umysłu takiej osoby nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa i jeżeli

¹³⁹ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 410.

¹⁴⁰ R. A. Stefański, *Przestępstwo bigamii (art. 206 k.k.)* [w:] Prokuratura i Prawo 1999, nr 10, s. 52.

¹⁴¹ Dz. U. z 1997r. nr 88 poz. 553. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (dalej: k.k.); Art. 206 k.k.: Kto zawiera małżeństwo, pomimo że pozostaje w związku małżeńskim, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

osoba ta nie została ubezwłasnowolniona całkowicie, sąd może jej zezwolić na zawarcie małżeństwa.

3.1.2. Przeszkody zrywające w prawie kanonicznym

Kodeks Prawa Kanonicznego z 1983r. w kan. 1058¹⁴² stanowi, iż wszyscy, którym prawo tego nie zabrania, mogą zawierać małżeństwo¹⁴³. Warunkiem zawarcia ważnego małżeństwa jest wolność nupturientów od istnienia przeszkód małżeńskich. W prawie kanonicznym istniejące przeszkody stanowią prawo¹⁴⁴, od którego można dyspensować oraz takie od, którego dyspensy¹⁴⁵ się nie udziela w zależności, czego dotyczą. W Kodeksie Prawa Kanonicznego w kanonach 1083-1094 znajdujemy dwanaście przeszkód zrywających, czyli takich, które powodują nieważność małżeństwa¹⁴⁶. W KPK zostały wymienione następujące przeszkody¹⁴⁷:

1) wieku¹⁴⁸ – według kan. 1083 § 1 KPK zawrzeć małżeństwo może mężczyzna, który osiągnął wiek 16 lat, a kobieta lat 14. Jest to przeszkoda ustanowiona przez Kościół, posiadająca charakter czasowy, wobec czego ustaje z chwilą osiągnięcia przez nupturienta określonego przez prawo wieku. Konferencja Episkopatu Polski zgodnie z dyspozycją kan. 1083 § 2¹⁴⁹ ustaliła wyższy wiek wymagany do godziwego zawarcia małżeństwa na terytorium Polski. Dla obu płci jest to ukończone 18 lat. Od przeszkody tej można otrzymać dyspensę, jeśli osoba chcąca zawrzeć małżeństwo spełnia wymogi prawa naturalnego, co

¹⁴² Kan. 1058 KPK: Małżeństwo mogą zawrzeć wszyscy, którym prawo tego nie zabrania.

¹⁴³ Por. także: *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, wydana przez ONZ 10 grudnia 1948 r. Artykuł 16.

¹⁴⁴ Por. W. Góralski, s. 79.

¹⁴⁵ Kan. 85 KPK: Dyspensa, czyli rozluźnienie prawa czysto kościelnego w poszczególnym wypadku, może zostać udzielona przez tych, którzy posiadają władzę wykonawczą w granicach ich kompetencji, a także przez tych, którym wyraźnie lub pośrednio przysługuje władza dyspensowania, bądź mocą samego prawa, bądź mocą zgodnej z prawem delegacji; Zatem „dyspensa to zawieszenie prawa czysto kościelnego w poszczególnym przypadku”; Zob. także: W. Góralski, s. 84.

¹⁴⁶ Zniesione zostały bowiem przeszkody wzbraniające, czyli nie zezwalające na zawarcie małżeństwa pod sankcją niegodziwości. Por. J. Krukowski (red.), *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t. III, cz. 2, Poznań 2011, s. 282.

¹⁴⁷ W KPK zostały wymienione następujące przeszkody : 1) wieku; 2) impotencji; 3) węzła małżeńskiego; 4) różności religii; 5) święceń; 6) publicznego ślubu czystości; 7) uprowadzenia; 8) występku; 9) pokrewieństwa; 10) powinowactwa; 11) przyzwoitości publicznej; 12) pokrewieństwa prawnego. W Kodeksie Kanonów Kościołów Wschodnich występuje jeszcze przeszkoda pokrewieństwa duchowego.

¹⁴⁸ Kan. 1083 § 1 KPK: Nie może zawrzeć ważnego małżeństwa mężczyzna przed ukończeniem szesnastego roku życia i kobieta przed ukończeniem czternastego roku.

¹⁴⁹ Kan. 1083 § 2 KPK: Konferencja Episkopatu ma prawo ustalić wyższy wiek do godziwego zawarcia małżeństwa.

rozumie się przez posiadanie dojrzałości do powzięcia konsensusu małżeńskiego¹⁵⁰. Dyspensa jest dopuszczalna, gdyż przeszkoda ta pochodzi z prawa ustanowionego przez Kościół;

2) niemocy płciowej¹⁵¹ – nie może zawrzeć małżeństwa ten, kto jest dotknięty niezdolnością do dokonania stosunku małżeńskiego. Przeszkoda ta musi mieć charakter uprzedni (zaistniała przed ślubem), trwały (w zasadzie nieuleczalna na drodze powszechnie dostępnych środków), natomiast może być absolutna (odnosząca się do wszystkich osób płci przeciwnej) lub względna (odnosząca się do konkretnej osoby). By niezdolność ta stała się przyczyną nieważności małżeństwa musi być także pewna. Wątpliwa niezdolność¹⁵² nie stanowi przeszkody do zawarcia małżeństwa. Podstawą istnienia przeszkody w postaci impotencji jest prawo Boże naturalne¹⁵³, zatem udzielenie dyspensy nie jest możliwe. Co istotne, sama niepłodność nie powoduje nieważności małżeństwa¹⁵⁴;

3) węzła małżeńskiego¹⁵⁵ – nieważnie usiłuje zawrzeć małżeństwo, ten kto jest już związany węzłem poprzedniego małżeństwa. Przeszkoda ta stanowi obronę małżeństw już istniejących oraz porządku społeczno-prawnego w tej dziedzinie¹⁵⁶ i trwa aż do momentu stwierdzenia nieważności lub rozwiązania¹⁵⁷ pierwszego małżeństwa. Pochodzi ona z prawa Bożego pozytywnego¹⁵⁸, więc nie ma możliwości uzyskania od niej dyspensy;

4) różności religii¹⁵⁹ – przeszkoda ta zachodzi między osobą ochrzczoneą lub nawróconą (która nie odstąpiła formalnym aktem od Kościoła), a nieochrzczoneą. Zakaz ten ma na celu ochronę

¹⁵⁰ W. Góralski, s. 93.

¹⁵¹ Kan. 1084 § 1 KPK: Niezdolność dokonania stosunku małżeńskiego uprzednia i trwała, czy to ze strony mężczyzny czy kobiety, czy to absolutna czy względna, czyni małżeństwo nieważnym z samej jego natury.

¹⁵² Kan. 1084 § 2 KPK: Jeśli przeszkoda niezdolności jest wątpliwa, czy wątpliwość ta jest prawna czy faktyczna, nie należy zabraniać zawarcia małżeństwa ani też, dopóki trwa wątpliwość, orzekać jego nieważności.

¹⁵³ Prawo Boże naturalne jest to prawo wpisane w naturę ludzką.

¹⁵⁴ Kan. 1084 § 3 KPK: Niepłodność ani nie wzbrania zawarcia małżeństwa, ani nie powoduje jego nieważności, z zachowaniem przepisu kan. 1098.

¹⁵⁵ Kan. 1085 § 1 KPK: Nieważnie usiłuje zawrzeć małżeństwo, kto jest związany węzłem poprzedniego małżeństwa, nawet niedopełnionego.

¹⁵⁶ W. Góralski, s. 99.

¹⁵⁷ Małżeństwo jest dopełnione, jeżeli zostało ważnie zawarte, a następnie małżonkowie dokonali aktu małżeńskiego zmierzającego do zrodzenia potomstwa, przy czym akt małżeński musi być dokonany w sposób ludzki, czyli świadomie i dobrowolnie.; Por. Kan. 1142 KPK - Małżeństwo niedopełnione, zawarte przez ochrzczonech lub między stroną ochrzczoneą i stroną nieochrzczoneą, może być ze słusznej przyczyny rozwiązane przez Biskupa Rzymskiego, na prośbę obydwu stron lub tylko jednej, choćby druga się nie zgadzała.

¹⁵⁸ Prawo Boże pozytywne jest to prawo objawione w Piśmie Świętym i Tradycji.

¹⁵⁹ Kan. 1086 KPK: § 1. Nieważne jest małżeństwo między dwiema osobami, z których jedna została ochrzczonea w Kościele katolickim lub była do niego przyjęta, a druga jest nieochrzczonea. § 2. Od tej przeszkody można

wiary osoby wierzącej. Małżeństwo takich osób jest nieważne. Z uwagi na to, że przeszkoda ta jest pochodzenia kościelnego, można otrzymać od niej dyspensę, jednak pod pewnymi warunkami¹⁶⁰;

5) święceń¹⁶¹ – nieważne jest małżeństwo zawierane przez osobę, która przyjęła święcenia ważnie i dobrowolnie. Przeszkoda ta pochodzi z prawa kościelnego, ale ma swoją podstawę w ewangelicznej radzie czystości.¹⁶² Ustaje, jeśli udowodni się, iż przyjęcie święceń dokonane było pod przymusem lub z innego powodu są one nieważne albo też na mocy dyspensy, której może udzielić jedynie Stolica Apostolska;

6) publicznego ślubu czystości¹⁶³ – nie może dojść do ważnie zawartego małżeństwa, jeśli nupturient złożył wcześniej wieczysty ślub publiczny w instytucie zakonnym. Zakaz ten jest pochodzenia kościelnego, jednak wypływa z prawa naturalnego wymagającego dotrzymania wierności przyrzeczeniu złożonemu Bogu¹⁶⁴. W zależności od tego, w jakim Instytucie zakonnym został złożony ślub, dyspensy udziela Stolica Apostolska lub ordynariusz miejsca¹⁶⁵;

7) uprowadzenia¹⁶⁶ – przeszkoda powstaje, gdy mężczyzna uprowadza lub przetrzymuje (w wyniku użycia siły fizycznej, szantażu, presji moralnej)¹⁶⁷ kobietę w celu zawarcia małżeństwa. Małżeństwo zawarte w takich okolicznościach jest nieważne. Jeśli jednak

dyspensować tylko po wypełnieniu warunków, o których w kan. 1125 i 1126. § 3. Jeśli podczas zawierania małżeństwa strona była powszechnie uważana za ochrzczonej albo jej chrzest był wątpliwy, należy domniemywać, zgodnie z kan. 1060, ważność małżeństwa, dopóki w sposób pewny nie udowodni się, że jedna strona była ochrzczonej, druga zaś nieochrzczonej.

¹⁶⁰ Warunki te zapisane są w kan. 1125 KPK. Strona katolicka powinna złożyć oświadczenie tzw. rękojmię, że jest gotowa odsunąć od siebie niebezpieczeństwo utraty wiary oraz przyrzeczenie, że uczyni wszystko, co w jej mocy, by wszystkie dzieci zostały ochrzczone i wychowane w Kościele katolickim. Ponadto strona nieochrzczonej powinna być powiadomiona o składanych przez stronę katolicką przyrzeczeniach, a obaj nupturienti pouczeni o celach oraz istotnych przymiotach małżeństwa, których dla ważności małżeństwa nie może wykluczać żadna ze stron.

¹⁶¹ Kan. 1087 KPK: Nieważnie usiłują zawrzeć małżeństwo ci, którzy otrzymali święcenia.

¹⁶² W. Góralski, s. 104.

¹⁶³ Kan. 1088 KPK: Nieważnie usiłują zawrzeć małżeństwo ci, którzy są związani wieczystym ślubem publicznym czystości w instytucie zakonnym.

¹⁶⁴ J. Krukowski, s. 288.

¹⁶⁵ Jeśli ślub został złożony w instytucie zakonnym na prawie papieskim, dyspensy udziela Stolica Apostolska, jeśli natomiast w instytucie zakonnym na prawie diecezjalnym, ordynariusz miejsca może udzielić dyspensy.

¹⁶⁶ Kan. 1089 KPK: Nie może być ważnie zawarte małżeństwo pomiędzy mężczyzną i kobietą uprowadzoną lub choćby przetrzymywaną z zamiarem zawarcia z nią małżeństwa, chyba że później kobieta uwolniona od porywacza oraz znajdując się w miejscu bezpiecznym i wolnym, sama swobodnie wybierze to małżeństwo.

¹⁶⁷ W. Góralski, s. 108.

kobieta znajdując się w miejscu bezpiecznym i wolnym wyrazi zgodę na to małżeństwo, będzie ono ważne. Przeszkoda ta pochodzi z prawa kościelnego, możliwe jest otrzymanie dyspensy, przy zaistnieniu pewności, że kobieta podjęła swą decyzję w sposób swobodny i niezależny¹⁶⁸;

8) występku¹⁶⁹ – jeżeli ktoś, w zamiarze zawarcia małżeństwa z określoną osobą powoduje śmierć jej współmałżonka albo swojego, w takim przypadku zawarte małżeństwo będzie nieważne. Nieważność ta dotyczy także osób, które niezależnie od intencji, miały swój współudział - fizyczny lub moralny¹⁷⁰ - w doprowadzeniu do śmierci swojego dotychczasowego małżonka. Przeszkoda ta wynika z prawa kościelnego, dyspensy od niej może udzielić jedynie Stolica Apostolska;

9) pokrewieństwa¹⁷¹ – nieważne jest małżeństwo osób spokrewnionych: w linii prostej oraz do drugiego stopnia linii bocznej. Jest to zakaz bezwzględny, gdyż pochodzi z prawa Bożego naturalnego. Natomiast, będąc spokrewnionym w trzecim i czwartym stopniu linii bocznej można otrzymać dyspensę, gdyż ta przeszkoda pochodzi z prawa kościelnego;

10) powinowactwa¹⁷² – małżeństwo zawarte z krewnym współmałżonka w linii prostej jest nieważne, jednak z uwagi na to, że przeszkoda ta jest pochodzenia kościelnego, możliwa jest od niej dyspensa;

11) przyzwoitości publicznej¹⁷³ – nieważne jest małżeństwo zawierane przez osoby żyjące w notorycznym lub publicznym konkubinacie albo też osoby, które rozpoczęły wspólne życie będąc w nieważnym małżeństwie. Konkubinacat ma miejsce wtedy, gdy dwie osoby różnej płci żyją w związku nieformalnym, posiadającym cechy związku małżeńskiego. Ma on charakter

¹⁶⁸ Tamże.

¹⁶⁹ Kan. 1090 KPK: § 1. Kto ze względu na zawarcie małżeństwa z określoną osobą, zadaje śmierć jej współmałżonkowi lub własnemu, nieważnie usiłuje zawrzeć to małżeństwo. § 2. Nieważnie również usiłują zawrzeć małżeństwo ci, którzy poprzez fizyczny lub moralny współudział spowodowali śmierć współmałżonka.

¹⁷⁰ W. Góralski, s. 110.

¹⁷¹ Kan. 1091 KPK: § 1. W linii prostej pokrewieństwa nieważne jest małżeństwo między wszystkimi wstępnymi i zstępnymi, zarówno prawego pochodzenia, jak i naturalnymi. § 2. W linii bocznej nieważne jest aż do czwartego stopnia włącznie. § 3. Przeszkoda pokrewieństwa nie zwielokrotnia się. § 4. Nigdy nie zezwala się na małżeństwo, jeśli istnieje wątpliwość, czy strony są spokrewnione w jakimś stopniu linii prostej lub w drugim stopniu linii bocznej.

¹⁷² Kan. 1092 KPK: Powinowactwo w linii prostej powoduje nieważność małżeństwa we wszystkich stopniach.

¹⁷³ Kan. 1093 KPK: Przeszkoda przyzwoitości publicznej powstaje z nieważnego małżeństwa po rozpoczęciu życia wspólnego albo z notorycznego lub publicznego konkubinatu. Powoduje zaś nieważność małżeństwa w pierwszym stopniu linii prostej między mężczyzną i krewnymi kobiety i odwrotnie.

publiczny i notoryczny, gdy jego istnienie jest powszechnie znane lub gdy sytuacji tej nie da się ukryć. Jednak przeszkoda ta dotyczy jedynie związków pomiędzy jedną ze stron, a krewnymi drugiej strony w linii prostej. Zatem między mężczyzną, a córką lub matką jego konkubiny oraz pomiędzy kobietą, a synem lub ojcem jej konkubenta. Natomiast dalsza część kanonu 1093 odnosi się do osób, które rozpoczęły życie wspólne, a ich małżeństwo jest nieważne. Przeszkoda sformułowana w tym przepisie wynika z prawa kościelnego, zatem można od niej uzyskać dyspensę;

12) pokrewieństwa prawnego¹⁷⁴ – zawarcie małżeństwa przez osoby związane pokrewieństwem prawnym powstałym z adopcji (w linii prostej oraz w drugim stopniu linii bocznej) jest nieważne. Jednakże istnieje możliwość otrzymania dyspensy od tej przeszkody, ponieważ pochodzi ona z prawa stanowionego przez Kościół.

Należy zauważyć, iż zaledwie trzy przeszkody zrywające wynikają z prawa Bożego, są to: przeszkoda niemocy płciowej, węzła małżeńskiego oraz pokrewieństwa. Jednak prawodawca kościelny dbając o różne aspekty obecne przy zawieraniu małżeństwa, chroni tę instytucję stanowiąc też inne przeszkody, z których część pokrywa się z tymi, które są obecne w polskim prawie rodzinnym¹⁷⁵.

3.2. Wady dotyczące zawierania konsensusu małżeńskiego

Przyczyną sprawczą małżeństwa jest zgodne oświadczenie woli stron, zwane w prawie kanonicznym zgodą małżeńską. Musi ona zaistnieć pomiędzy osobami prawnie do tego zdolnymi oraz być wyrażona zgodnie z przepisami prawa, czy to państwowego, czy też kościelnego. W obu porządkach prawnych istnieje spójność, co do tego, iż zgoda małżeńska musi być świadoma i dobrowolna¹⁷⁶ oraz, że nie może być wyrażona pod wpływem błędu, co do osoby lub bezprawnej groźby. O tym, że zgoda małżeńska musi zostać wyrażona przez przyszłych małżonków w sposób wolny stanowi także art. 16 w pkt. 2 wspomianej już Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁷⁷.

3.2.1. Wady oświadczenia woli w k.r.o.

¹⁷⁴ Kan. 1094 KPK: Nie mogą ważnie zawrzeć małżeństwa ze sobą ci, którzy są związani pokrewieństwem prawnym powstałym z adopcji, w linii prostej lub w drugim stopniu linii bocznej.

¹⁷⁵ M.in.: powinowactwo i pokrewieństwo prawne.

¹⁷⁶ Por. także: Papieska Rada do spraw rodziny, *Karta Praw Rodziny*, Pelplin 2013, s. 20.

¹⁷⁷ *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, Art. 162, pkt. 2: Małżeństwo może być zawarte jedynie za swobodnie wyrażoną pełną zgodą przyszłych małżonków.

Wady oświadczenia woli regulowane są w polskim porządku prawnym w art. 82 – 88 księgi pierwszej kodeksu cywilnego¹⁷⁸. Po wejściu w życie Konkordatu¹⁷⁹ w k.r.o. dodano art. 15 ze zn. 1¹⁸⁰, stanowiący przepisy szczególne dla tych norm. Zgodnie z § 1 tego przepisu, istnieją trzy wady oświadczenia woli, które mogą stać się podstawą do unieważnienia małżeństwa cywilnego, są to: stan wyłączający świadome wyrażanie woli, błąd, co do tożsamości drugiej osoby oraz bezprawna groźba.

Stan wyłączający świadome wyrażenie woli, niezależnie od powodów z jakich wynika, jest podstawą do unieważnienia małżeństwa. Trzeba tutaj dodatkowo zauważyć, że ustawodawca w k.r.o. nie wspomina o swobodzie wyrażenia woli zawarcia związku małżeńskiego¹⁸¹, której ograniczenie miałooby skutkować nieważnością małżeństwa. Zatem zakres wad oświadczenia woli zawarty w kodeksie cywilnym został ograniczony.

Następną wadą oświadczenia woli, jaką wymienia państwowy ustawodawca, jest błąd co do tożsamości drugiej strony. Błąd ten ma miejsce, gdy jedna ze stron znajduje się w fałszywym przekonaniu o tym, z kim zawiera małżeństwo. Taka sytuacja wpływa na ważność danego oświadczenia woli, gdyż to odnosi się jedynie do osoby, którą w zamyśle miała strona wprowadzona w błąd.

Bezprawna groźba to ostatnia z wymienionych w art. 15 ze zn. 1 k.r.o. wad oświadczenia woli. Groźba ta może pochodzić od drugiej strony lub osoby trzeciej. Jej skutkiem musi być przeświadczenie strony o zagrażającym poważnym niebezpieczeństwie osobistym dotyczącym jej samej lub innej osoby. Zatem, przepis ten dotyczy małżeństwa, które zostało zawarte w celu uniknięcia niebezpieczeństwa.

3.2.2. Wady zgody małżeńskiej w KPK

¹⁷⁸ Dz. U. z 1964 nr 16 poz. 93. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

¹⁷⁹ Wprowadzony został Ustawą z dnia 24 lipca 1998r. o zmianie ustaw - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw Dz. U. z 1998 r. Nr 117, poz. 757; Konkordat Dz. U. z 1998r. nr 51, poz. 318.

¹⁸⁰ Art. 151 ze zn. 1 § 1 k.r.o.: Małżeństwo może być unieważnione, jeżeli oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński lub oświadczenie przewidziane w art. 1 § 2 zostało złożone: 1) przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli; 2) pod wpływem błędu co do tożsamości drugiej strony; 3) pod wpływem bezprawnej groźby drugiej strony lub osoby trzeciej, jeżeli z okoliczności wynika, że składający oświadczenie mógł się obawiać, że jemu samemu lub innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo osobiste.

¹⁸¹ J. Ignatowicz, M. Nazar, s. 103-104.

Zgodnie z prawem kanonicznym wyrażenie ważnej zgody małżeńskiej musi być wewnętrzne, w pełni świadome i dobrowolne, wzajemne, równoczesne i uzewnętrznione stosownie do wymogów prawa¹⁸². Stany wykluczające zaistnienie zgody o takich cechach, są przyczyną jej nieważności. Tak więc KPK w rozdziale IV Księgi IV wymienia przedstawione niżej wady zgody małżeńskiej. Wadami tymi są:

1) Niezdolność konsensualna¹⁸³ (niezdolność do wyrażenia konsensusu małżeńskiego). Niezdolność ta występuje w trzech postaciach, z których każda przedstawia inne źródło zaistnienia tej niezdolności. Są nimi: intelekt, wola oraz władza nad własnym działaniem¹⁸⁴.

a) Brak wystarczającego używania rozumu to niezdolność odnosząca się do intelektu. Ma ona miejsce wtedy, gdy nupturient nie ma zdolności do wystarczającego używania rozumu, potrzebnego do wyrażenia zgody małżeńskiej. Przyczyną takiego stanu może być choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy¹⁸⁵, które muszą występować w momencie zawierania małżeństwa.

b) Niezdolność dotyczącą woli stanowi poważny brak rozeznania oceniającego co do istotnych praw i obowiązków małżeńskich. Rozeznanie to obejmuje trzy elementy konstytutywne: zdolność poznania intelektualnego przedmiotu umowy małżeńskiej, jaki stanowią istotne prawa i obowiązki małżeńskie, zdolność do oceny krytycznej tego przedmiotu oraz wolność wewnętrzną, pozwalającą na dokonanie wolnego wyboru¹⁸⁶. Ułomność któregośkolwiek z tych elementów stanowi podstawę do stwierdzenia nieważności małżeństwa.

c) Ostatnia z postaci niezdolności konsensualnej to niezdolność do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich z przyczyn natury psychicznej. Inaczej mówiąc, to rzeczywista niezdolność do wypełnienia tych obowiązków¹⁸⁷, tytuł tej nieważności odzwierciedla zasada *ad impossibile nemo tenetur*¹⁸⁸. Osoba dotknięta tą niezdolnością nie jest w stanie przekazać

¹⁸² J. Krukowski, s. 294.

¹⁸³ Kan. 1095 KPK: Niezdolni do zawarcia małżeństwa są ci, którzy: 1° są pozbawieni wystarczającego używania rozumu; 2° mają poważny brak rozeznania oceniającego co do istotnych praw i obowiązków małżeńskich wzajemnie przekazywanych i przyjmowanych; 3° z przyczyn natury psychicznej nie są zdolni podjąć istotnych obowiązków małżeńskich.

¹⁸⁴ W. Góralski, s. 123.

¹⁸⁵ Tamże, s. 125.

¹⁸⁶ Tamże, s. 127.

¹⁸⁷ J. Krukowski, s. 296.

¹⁸⁸ Tamże.

przedmiotu zgody małżeńskiej, zatem małżeństwo przez nią zawarte jest nieważne¹⁸⁹. W żadnym z kodeksów kościelnych nie znajdziemy określenia, ani nawet uściślenia pojęcia istotnych obowiązków małżeńskich. Zarówno Kodeks Kanonów Kościołów Wschodnich, jak i Kodeks Prawa Kanonicznego pozostawiają tę kwestię teoretykom prawa oraz jurysprudencji¹⁹⁰. Nie istnieje zamknięty katalog istotnych obowiązków małżeńskich¹⁹¹, jednak należy je łączyć z celami oraz przymiotami małżeństwa: realizacją dobra małżonka i dobra potomstwa oraz jednością i nierozzerwalnością małżeństwa.

2) Brak wiedzy koniecznej o małżeństwie. Jak stanowi kan. 1096 § 1 KPK, aby małżeństwo było ważne zawarte strony muszą wiedzieć, że jest ono trwałym związkiem między mężczyzną i kobietą, skierowanym do zrodzenia potomstwa przez jakieś współdziałanie seksualne. Zatem osoba nie posiadająca tej wiedzy nie może zawrzeć ważnego małżeństwa kanonicznego. Co istotne, niekonieczne jest posiadanie świadomości o nierozzerwalności związku małżeńskiego.

3) Błąd (error). Prawo kanoniczne wyróżnia kilka rodzajów błędu dotyczącego zgody małżeńskiej, są nimi: błąd, co do osoby lub przymiotu osoby, błąd co do przymiotu osoby spowodowany podstępem oraz błąd co do jedności, nierozzerwalności lub godności sakramentalnej małżeństwa.

a) Błąd co do osoby¹⁹² – podobnie jak błąd, co do tożsamości osoby w prawie polskim – polega na niezgodnym z rzeczywistością przekonaniu o tożsamości drugiej strony. Błąd co do przymiotu osoby¹⁹³, polega na fałszywym przeświadczeniu o tym, że druga strona posiada konkretny przymiot, rozumiany jako pewna cecha lub okoliczność. Może on być: fizyczny,

¹⁸⁹ W. Góralski, s. 130.

¹⁹⁰ R. Sztymmler, *Istotne obowiązki małżeńskie*, Warszawa 1997, s. 239.

¹⁹¹ Na podstawie analiz rotalnych oraz dotychczas nielicznych wywodów kanonistów R. Sztymmler w artykule zamieszczonym w czasopiśmie prawniczym „Roczniki Nauk Prawnych” pokusza się o utworzenie katalogu istotnych obowiązków małżeńskich. Wymienione w nim zostały: 1. Obowiązek zachowania wierności (wyłącznieści) małżeńskiej; 2. Obowiązek ludzkiego (humano modo) pożycia intymnego ze współmałżonkiem; 3. Obowiązek tworzenia wspólnoty życia małżeńskiego; 4. Obowiązek świadczenia współmałżonkowi pomocy; 5. Obowiązek przyczyniania się do dobra współmałżonka; 6. Obowiązek nierozzerwalności, czyli zachowania dożgonnego charakteru małżeństwa; 7. Obowiązek pożycia intymnego zmierzającego do zrodzenia potomstwa; 8. Obowiązek przyjęcia potomstwa poczętego ze współmałżonkiem; 9. Obowiązek odpowiedzialności za rodzinę; 10. Obowiązek wychowania potomstwa; R. Sztymmler, *Istotne obowiązki małżeńskie w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 roku*, Roczniki Nauk Prawnych 7(1997), s. 121-138.

¹⁹² Kan. 1097 § 1 KPK: Błąd co do osoby powoduje nieważność małżeństwa.

¹⁹³ Kan. 1097 § 2 KPK: Błąd co do przymiotu osoby, chociażby był przyczyną zawarcia małżeństwa, nie powoduje nieważności małżeństwa, chyba że przymiot ten był bezpośrednio i zasadniczo zamierzony.

moralny, prawny, religijny, jak i dotyczący stanu cywilnego, narodowości, stanu majątkowego, czy nałogów¹⁹⁴. Omawiany błąd, powoduje nieważność małżeństwa, tylko wtedy jeśli był bezpośrednio i zasadniczo zamierzony. Oznacza to sytuację, w której jednej stronie na tyle zależy, by druga posiadała dany przymiot, że gdyby druga osoba go nie posiadała, ta pierwsza nie zdecydowałaby się na małżeństwo. Inaczej mówiąc, to stawianie przymiotu ponad drugą osobę.

b) Wyżej opisana postawa może rodzić chęć podstępnego wprowadzenia w błąd drugiej osoby o posiadaniu konkretnego przymiotu, bądź na przemilczeniu jakiegoś własnego negatywnego przymiotu¹⁹⁵. Wtedy mamy do czynienia z błędem, co do przymiotu osoby, spowodowanym podstępem. Błąd taki czyni małżeństwo nieważnym¹⁹⁶.

c) Ostatnim z przedstawionych błędów jest błąd co do jedności, nierozzerwalności lub godności sakramentalnej małżeństwa¹⁹⁷. Ten błąd staje się przyczyną nieważności związku małżeńskiego, tylko gdy miał wpływ na decyzję o zawarciu tego związku. Ma miejsce wtedy, gdy nupturient sądzi, że małżeństwo nie jest związkiem wyłącznie jednego mężczyzny i jednej kobiety lub, że nie jest związkiem nierozzerwalnym, albo że nie jest ono sakramentem, a to błędne przekonanie sprawia, że decyduje się on na zawarcie związku¹⁹⁸. Innymi słowy, zgoda małżeńska jest zdeterminowana tym niezgodnym z rzeczywistością przeświadczeniem, co skutkuje nieważnością małżeństwa.

4) Zgoda pozorna¹⁹⁹, czyli symulacja: całkowita lub częściowa. Symulacja ma miejsce wtedy, gdy nupturient jedynie zewnętrźnie wyraża zgodę małżeńską, podczas, gdy w rzeczywistości ją wyklucza²⁰⁰. Może dojść do wykluczenia woli zawarcia samego małżeństwa jak, i do wykluczenia jednego z istotnych jego elementów, to znaczy dobra małżonków, dobra

¹⁹⁴ W. Góralski, s. 141.

¹⁹⁵ J. Krukowski, s. 300.

¹⁹⁶ Kan. 1098 KPK: Kto zawiera małżeństwo, zwiedziony podstępem, dokonany dla uzyskania zgody małżeńskiej, a dotyczącym jakiegoś przymiotu drugiej strony, który ze swej natury może poważnie zakłócić wspólnotę życia małżeńskiego, zawiera je nieważnie.

¹⁹⁷ Kan. 1099 KPK: Błąd co do jedności lub nierozzerwalności albo sakramentalnej godności małżeństwa nie narusza zgody małżeńskiej, chyba że determinuje wolę.

¹⁹⁸ J. Krukowski, s. 301.

¹⁹⁹ Kan. 1101 § 1 KPK: Domniemywa się, że wewnętrzna zgoda odpowiada słowom lub znakom użytym przy zawieraniu małżeństwa. § 2. Jeśli jednak jedna ze stron albo obydwie pozytywnym aktem woli wykluczyłyby samo małżeństwo lub jakiś istotny element małżeństwa, albo jakiś istotny przymiot, zawierają je nieważnie.

²⁰⁰ W. Góralski, s. 153.

potomstwa lub przymiotów małżeństwa, jakimi są jedność i nierozzerwalność²⁰¹. Symulacja w każdej swej postaci powoduje nieważność małżeństwa.

5) Zgoda warunkowa. Warunek to okoliczność, od spełnienia której nupturient uzależnia skuteczność swojej zgody małżeńskiej.²⁰² Dotknięte nieważnością bezwzględną jest małżeństwo zawarte pod warunkiem przyszłym²⁰³. W przypadku warunku dotyczącego przeszłości lub teraźniejszości²⁰⁴, ważność konsensusu małżeńskiego, zależy od tego czy w momencie jego zawierania warunek się spełnia²⁰⁵. Jeśli tak, małżeństwo jest zawarte ważnie.

6) Przymus i bojaźń. Jeśli do zawarcia małżeństwa doszło pod wpływem przymusu - czyli nacisku wpływającego na wolę kontrahenta - lub ciężkiej bojaźni pochodzącej z zewnątrz²⁰⁶, wywołanej nawet nieumyślnie, od której uwolnienie się jest możliwe tylko przez zawarcie małżeństwa²⁰⁷, to takie małżeństwo jest nieważne.

Nie trudno zauważyć, iż prawo kanoniczne wyszczególnia o wiele więcej wad zgody małżeńskiej, aniżeli prawo polskie wad oświadczenia woli o zawarciu małżeństwa. Różnica ta skutkuje szerszym zakresem wymogów stawianych odnośnie ważności zgody małżeńskiej w prawie Kościoła, co z kolei wypływa z definicji małżeństwa. Bowiem, w prawie kanonicznym małżeństwo nie jest instytucją czysto ludzką, ma ono godność sakramentu²⁰⁸.

3.3. Forma zawarcia małżeństwa

Małżeństwo to konsensus pomiędzy dwiema osobami. Jak każda umowa wymaga odpowiedniej formy przepisanej przez prawo. Zachowanie formy prawnej zawarcia małżeństwa w obu omawianych porządkach prawnych wymagane jest do jego zaisntnienia.

²⁰¹ Wykluczenie jedności polega na wyłączeniu prawa drugiego małżonka do aktów małżeńskich, natomiast wykluczenie nierozzerwalności polega na wykluczeniu wspólnego życia aż do śmierci.

²⁰² J. Krukowski, s. 304.

²⁰³ Kan. 1102 § 1 KPK: Nie można ważnie zawrzeć małżeństwa pod warunkiem dotyczącym przyszłości.

²⁰⁴ Kan. 1102 § 2 KPK: Małżeństwo zawarte pod warunkiem dotyczącym przeszłości lub teraźniejszości jest ważne lub nie, zależnie od istnienia lub nieistnienia przedmiotu warunku.

²⁰⁵ „Gdy warunek dotyczy przeszłości (np. czy współpartner nie był karany sądownie) lub teraźniejszości (np. czy nupturientka była dziewicą) i spełnia się w chwili zawierania małżeństwa (współpartner nie był karany sądownie; nupturientka jest dziewicą) małżeństwo jest ważne.” J. Krukowski, s. 304.

²⁰⁶ Co istotne, nieważności małżeństwa nie powoduje bojaźń wewnętrzna. Przykładowo, taka, która pochodzi z wyrzutów sumienia.

²⁰⁷ J. Krukowski, s. 306.

²⁰⁸ Zob.: Sobór Watykański II, s. 563; W. Góralski, s. 29.

3.3.1. Forma prawna zawarcia małżeństwa w k.r.o.

W prawie polskim forma prawna przewidziana do zawarcia małżeństwa znajduje się w art. 1 § 1 k.r.o. Zgodnie z tym przepisem, związek małżeński na gruncie prawa polskiego, powstaje w momencie złożenia przez mężczyznę i kobietę jednoczesnego oświadczenia, że wstępują ze sobą w związek małżeński. Dokonać tego mają przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Wedle treści art. 1 § 2 k.r.o. małżeństwo jest zawarte także wtedy, gdy mężczyzna i kobieta zawierający związek małżeński, podlegający prawu wewnętrznemu kościoła albo innego związku wyznaniowego, w obecności duchownego oświadczy wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu, a kierownik urzędu stanu cywilnego sporządzi akt małżeństwa. Zgodnie z art. 10 Konkordatu małżeństwo w ten sposób zawarte wywiera skutki cywilne, jeżeli w terminie 5 dni przekazane zostaną urzędowi stanu cywilnego stosowne dokumenty²⁰⁹. Wierni Kościoła katolickiego w Polsce zawierający małżeństwo kanoniczne mają obowiązek uzyskania dla niego skutków cywilnych, zapewnionych w art. 10 Konkordatu²¹⁰.

3.3.2. Forma zawarcia małżeństwa w KPK

Kościół od początku domagał się od nowożeńców, aby zawierali małżeństwa publicznie, a także łączyli je z błogosławieństwem kapłana²¹¹. Prawo kanoniczne wyodrębnia dwie formy zawarcia małżeństwa: zwyczajną i nadzwyczajną, do których odnoszą się odpowiednio kan. 1108 i kan. 1116. Forma zwyczajna²¹² polega na zawarciu małżeństwa wobec upoważnionego kapłana (świadka kwalifikowanego)²¹³ oraz dwóch świadków zwykłych. Duchowny zadaje pytanie nowożeńcom, czy wyrażają zgodę na zawarcie małżeństwa, a po wyrażeniu zgody małżeńskiej ich błogosławi.

²⁰⁹ J. Ignatowicz, M. Nazar, s. 97–102.

²¹⁰ Konferencja Episkopatu Polski wydała 22 października 1998 roku Instrukcję dla duszpasterzy, dotyczącą małżeństwa konkordatowego. Zawiera ona zapis, że „wierni Kościoła katolickiego w Polsce zawierający małżeństwo kanoniczne, mają obowiązek uzyskania dla niego skutków cywilnych, zapewnionych w Konkordacie (art. 10)”.

²¹¹ J. Krukowski, s. 310.

²¹² Kan. 1108 KPK: § 1 Tylko te małżeństwa są ważne, które zostają zawarte wobec asystującego miejscowego ordynariusza albo proboszcza, albo wobec kapłana lub diakona delegowanego przez jednego z nich; a także wobec dwóch świadków, według zasad wyrażonych w następnych kanonach i z uwzględnieniem wyjątków, o których w kan. 144, 1112, § 1, 1116 i 1127, § 2-3. § 2 Za asystującego przy zawieraniu małżeństwa uważa się tylko tego, kto jest obecny i pyta nowożeńców, czy wyrażają zgodę i przyjmuje ją w imieniu Kościoła.

²¹³ Małżeństwa mogą być zawarte wobec asystującego: miejscowego ordynariusza, proboszcza, albo wobec kapłana lub diakona delegowanego przez jednego z nich

Natomiast forma nadzwyczajna²¹⁴, dotyczy sytuacji, w której brak jest udziału świadka kwalifikowanego, czyli duchownego. Jednak, by zastosowanie tej formy skutkowało ważnością małżeństwa muszą zaistnieć dodatkowe warunki. Mianowicie ustawodawca kościelny stawia warunek natury subiektywnej: nupturienci muszą mieć intencję zawarcia prawdziwego małżeństwa kanonicznego, oraz warunki natury obiektywnej, czyli wymagania, co do zaistnienia jednej z wymienionych w prawie okoliczności. Taką okolicznością będzie niebezpieczeństwo śmierci oraz sytuacja, gdy zaistnieje fizyczna lub moralna niemożliwość zwrócenia się do świadka kwalifikowanego, pod warunkiem, że przewiduje się, iż przyczyna ta trwała będzie minimum miesiąc. Jeżeli nupturienci znajdując się w wymienionych przez prawo okolicznościach mają możliwość poproszenia o obecność podczas zawierania małżeństwa duchownego, który nie posiada jurysdykcji, powinni to uczynić²¹⁵.

Przyglądając się regulacjom zawartym w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym oraz kodeksie prawa kanonicznego dotyczącym formy zawarcia małżeństwa wyraźnie można dostrzec pewną analogię. W obu porządkach prawnych wymagana jest obecność przedstawiciela instytucji, wobec której dochodzi do zawarcia małżeństwa. Kierownik urzędu stanu cywilnego występuje w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast duchowny asystuje przy zawieraniu małżeństwa w obliczu Boga. Nadto, trzeba zaznaczyć, iż ustawodawca polski przewiduje tylko jedną formę zawarcia małżeństwa, natomiast kościelny dwie.

4. Podsumowanie

Przedstawienie unormowań znajdujących się w prawie polskim oraz prawie kanonicznym dotyczących wymogów zawarcia małżeństwa, ukazuje wiele różnic pomiędzy tymi porządkami prawnymi. Zaprezentowany opis przemawia za stanowiskiem, zgodnie z którym omawiane regulacje znacznie się różnią, co powoduje, iż nie ma możliwości, by były do siebie bardziej zbliżone, aniżeli są²¹⁶. Małżeństwo zawierane na gruncie prawa kanonicznego posiada walor instytucji prawnej, ale ponadto jest także sakramentem.

²¹⁴ Kan. 1116 KPK § 1. Jeśli osoba, zgodnie z przepisem prawa, kompetentna do asystowania jest nieosiągalna lub nie można do niej się udać bez poważnej niedogodności, kto chce zawrzeć prawdziwe małżeństwo, może je ważnie i godziwie zawrzeć wobec samych świadków: 1° w niebezpieczeństwie śmierci; 2° poza niebezpieczeństwem śmierci jedynie wtedy, jeśli roztropnie się przewiduje, że te okoliczności będą trwały przez miesiąc czasu.

²¹⁵ Kan. 1116 KPK § 2: W obydwu wypadkach, gdyby był osiągalny inny kapłan lub diakon, który mógłby być obecny, powinien być poproszony i razem ze świadkami być przy zawieraniu małżeństwa, z zachowaniem zasady ważności małżeństwa wobec samych świadków.

²¹⁶ Por. G. Jędrejek, s. 48.

Natomiast małżeństwo zawierane w urzędzie stanu cywilnego ma jedynie walor instytucji prawnej. Ta podstawowa różnica rzutuje na wszelkie dalsze aspekty dotyczące przepisów prawa małżeńskiego, a w szczególności właśnie na kwestie związane z zawarciem małżeństwa. Dlatego też, łatwo jest zrozumieć dlaczego sądy państwowe oraz kościelne nie uznają wzajemnie swoich orzeczeń²¹⁷.

²¹⁷ Por. tamże, s. 62.

Barbara Trzeciak

Śmigus-dyngus, a sprawa polska, czyli o wpływie kontratypów pozaustawowych na trójpodział władzy

The article presents the basic assumptions of Andrzej Zoll's conception on extra-statutory lawful excuses and contrasts it with the doctrine's common opinion.

1. Wstęp

Jednym z najbardziej ciekawych zagadnień, rozpatrywanych w ramach tematyki okoliczności wyłączających bezprawność, jest kwestia dopuszczalności konstruowania kontratypów pozaustawowych. Zagadnienie to jest tym bardziej godne uwagi, jeśli uwzględnimy fakt, że w polskiej doktrynie prawnej dają się słyszeć dość radykalne głosy, odmawiające kontratypom pozaustawowym nie tylko sensu i racji bytu, ale nawet legalności. Szczególnie wyraźnie i donośnie brzmi tu głos Andrzeja Zolla, który kontratypom pozaustawowym zarzuca m.in. sprzeczność z zasadą trójpodziału władzy oraz z zasadą legalizmu. Jego zdaniem, konstruowanie instytucji prawnych, w tym kontratypów, zarezerwowane jest zgodnie z Konstytucją, wyłącznie dla władzy ustawodawczej i sądy nie powinny w to uprawnienie wkraczać²¹⁸. Nie da się jednak nie zauważyć, że Andrzej Zoll jest odosobniony w swoim poglądzie. Większość doktryny nie tylko dopuszcza konstruowanie kontratypów pozaustawowych, ale także systematycznie przyczynia się do opisywania znamion kolejnych z nich, jak np. w przypadku dyskusji na temat, stosunkowo nowego, kontratypu sztuki.

Należy więc zastanowić się nad koncepcją Andrzeja Zolla. Oskarżenie jest przecież poważne. Nie tylko dlatego, że sięga podstawowych zasad funkcjonowania państwa, ale również dlatego, że kontratypy pozaustawowe mają doniosłe znaczenie praktyczne. Obecnie powszechnie przyjmuje się, że ich konstruowanie jest dopuszczalne²¹⁹. Co za tym idzie sądy

²¹⁸ A. Zoll, „Pozaustawowe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy”, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego*, Lublin 2005, s. 426.

²¹⁹ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 249; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 216.

wydają orzeczenia w oparciu o konstrukcję zgody uprawnionego, zwyczaju, ryzyka sportowego, czy wspomnianego już kontratypu sztuki²²⁰. Gdyby natomiast, zgodnie z przekonaniem i intencją Andrzeja Zolla, uznać takie orzeczenia za niedopuszczalne, powstałaby pewna luka. Wymienione kontratypy pełnią przecież jakąś funkcję. Są, jak to ujął twórca koncepcji kontratypu Władysław Wolter, „korektorami nieuniknionych niedociągnięć w powiązaniu typów czynów z ich społecznie ujemną wartością”²²¹. A zatem, stanowią pewne uszczegółowienie zakresu zastosowania przepisów typizujących, którego to uszczegółowienia nie przewidział wprost ustawodawca.

Pytanie o dopuszczalność konstruowania kontratypów pozaustawowych prowokuje cały szereg dalszych pytań. Przede wszystkim o to, jak należy rozumieć zasadę trójpodziału władzy. Ale także o to, jak można by zastąpić kontratypy pozaustawowe, czy o to, ile dyskrecjonalnej władzy powinni mieć sędziowie i jakie konsekwencje może mieć jej rozszerzenie/zawężenie. Tematem niniejszej pracy jest jednak wyłącznie koncepcja przedstawiona przez Andrzeja Zolla oraz przeciwna wobec niej, opinia dominująca w doktrynie. Implikacje, które te opinie za sobą niosą nie będą poddane szczegółowej analizie.

Na wstępie warto również wyjaśnić, co w niniejszej pracy będzie rozumiane pod pojęciem „pozaustawowy”. Jako pozaustawowe będą określane te kontratypy, które nie zostały wyprost wyrażone ani w kodeksie karnym, ani w żadnej innej ustawie, a więc te których jedynym źródłem jest doktryna i orzecznictwo.

2. Koncepcja Andrzeja Zolla

Można wyróżnić trzy podstawowe zarzuty, które Andrzej Zoll stawia koncepcji kontratypów pozaustawowych. Przede wszystkim odwołuje się on do art. 10 Konstytucji²²², który wyraża zasadę trójpodziału władzy. Z tej zasady Andrzej Zoll wyprowadza obowiązek ustawowego określenia podstaw odpowiedzialności karnej. Wiąże się to oczywiście z zasadą *nullum crimen sine lege*, która wyrażona została zarówno w art. 1 § 1 k.k., jak i w art. 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji. Słusznie zdaje się zauważać Andrzej Zoll, że „argumentem

²²⁰ Przykład: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 roku, sygn. IV KK 173/10.

²²¹ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 59.

²²² Art. 10 Konstytucji: „1. Ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej. 2. Władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę wykonawczą Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej i Rada Ministrów, a władzę sądowniczą sądy i trybunały”.

przemawiającym za [dopuszczalnością konstruowania kontratypów pozaustawowych] jest niebudzące wątpliwości stwierdzenie, że ze względów gwarancyjnych muszą być określone w ustawie przesłanki uzasadniające odpowiedzialność karną. Natomiast funkcja gwarancyjna prawa karnego nie wymaga ustawowego określenia katalogu okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną²²³. Nie można więc z zasady *nullum crimen sine lege* wywodzić zakazu konstruowania kontratypów pozaustawowych, ponieważ zasada ta odnosi się jedynie do pozytywnych przesłanek odpowiedzialności karnej. Do znamion typu czynu, których spełnienie aktywizuje tę odpowiedzialność, a nie do okoliczności wyłączających ją. Takie rozumowanie wydawałoby się logiczne. Andrzej Zoll stawia jednak pytanie, czy obowiązek ustawowego określenia podstaw odpowiedzialności karnej, sprowadza się i zamyka wyłącznie w obowiązku ustawowej określoności czynu zabronionego²²⁴? Tym samym autor sugeruje, że odpowiedzialność karnoprawna jest wypadkową wielu czynników, a spełnienie znamion ustawowo określonego czynu, to zaledwie jeden z nich. Innym jest wystąpienie, a właściwie brak wystąpienia, okoliczności wyłączających bezprawność. A więc, okoliczności te, jako jeden z czynników składających się finalnie na odpowiedzialność karną, również objęte są obowiązkiem ustawowego określenia podstaw odpowiedzialności karnej. To spostrzeżenie Andrzej Zoll dodatkowo podkreśla, powołując się na zamknięty katalog źródeł prawa, który wyklucza możliwość, aby to orzeczenia sądów, albo doktryna formułowały podstawy odpowiedzialności karnej. Obowiązek ten jest związany wyłącznie z władzą ustawodawczą.

Kolejnym zarzutem jest to, że według opinii Andrzeja Zolla, kontratypy pozaustawowe są zwyczajnie zbędne. Funkcję, którą spełniają mogą wypełnić inne instytucje prawa. Autor wskazuje przede wszystkim na brak społecznej szkodliwości czynu i na stan wyższej konieczności. Jego zdaniem, część sytuacji obecnie rozpatrywanych w ramach kontratypów pozaustawowych, to po prostu sytuacje w których brak jest społecznej szkodliwości czynu: a to ze względu na brak ataku na dobro prawne, a to ze względu na brak naruszenia przyjętych reguł postępowania z danym dobrem. Jako przykłady kontratypów pozaustawowych, które tożsame są z brakiem społecznej szkodliwości czynu, Andrzej Zoll podaje zgodę pokrzywdzonego i zabieg lekarski²²⁵. To podejście wydaje się być dość uzasadnione. Jeśliby bowiem upierać się, że w przypadku wyrażenia przez pokrzywdzonego zgody, dochodzi jednak do naruszenia dobra prawnego, zapewne byłoby to bardziej zgodne

²²³ A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Tom I*, Warszawa 2007, s. 395-396.

²²⁴ A. Zoll, *Pozaustawowe...*, s. 426.

²²⁵ Ibidem.

ze stanem rzeczywistym: w sferze faktów dochodzi przecież do jakiegoś naruszenia np. czyjaś rzecz zostaje zniszczona. Powstaje jednak pytanie jak należy rozumieć „naruszenie”. Czy z punktu widzenia dobra, czy z punktu widzenia dysponenta dobra. Z uwagi na cele prawa karnego bardziej uzasadniona wydaje się druga odpowiedź. Z punktu widzenia pokrzywdzonego uznanie, że doszło do naruszenia, mimo jego zgody byłoby równoznaczne z pozbawieniem go prawa do wyłącznego decydowania o swoich dobrach. To bowiem nie wola pokrzywdzonego byłaby wówczas czynnikiem decydującym o tym, że uznaje się naruszenie za prawnie nieistotne, a wola prawodawcy, który uwzględniając prawo pokrzywdzonego do dysponowania swoimi dobrami konstruuje instytucję prawną zezwalającą na wyłączenie bezprawności, mimo że naruszenie uznaje za dokonane. Takie podejście wydaje się być krzywdzące dla dysponenta dobrem, a przy okazji zupełnie niecelowe: funkcją prawa karnego jest przecież ochrona dóbr prawnych i ochrona ich dysponentów przed nieuprawnionymi naruszeniami. Uznawanie konkretnego działania za naruszenie, wbrew woli dysponenta, nawet przy założeniu późniejszej sanacji czynu, paradoksalnie samo mogło by zostać uznane za swojego rodzaju „naruszenie” dobra, jakim jest prawo do dysponowania dobrem. Nie można jednak na podstawie jednego kontratypu pozaustawowego odmówić racji bytu wszystkim pozostałym. Wracając więc do koncepcji Andrzeja Zolla, należy zaznaczyć, że jego zdaniem pozostałe kontratypy pozaustawowe mogłyby zostać zastąpione ustawowym kontratypem stanu wyższej konieczności. Autor wskazuje na jego szeroki zakres zastosowania²²⁶. Faktycznie, zakres ten jest stosunkowo szeroki. Art. 26 § 1 k.k. jako warunki konieczne do wyłączenia bezprawności w ramach stanu wyższej konieczności podaje: działanie w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, niebezpieczeństwo grożące jakimukolwiek dobru chronionemu prawem, niemożność uniknięcia niebezpieczeństwa, i przedstawianie przez dobro poświęcane niższej wartości od dobra ratowanego. Na wypadek, gdyby jednak zaistniała sytuacja, niemieszcząca się w ramach stanu wyższej konieczności, a wyłączenie bezprawności było by w ocenie sądu zasadne, Andrzej Zoll postuluje, aby sądy zwracały się z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego w trybie art. 193 Konstytucji²²⁷. Pytanie miałoby wówczas dotyczyć tego, czy objęcie danego czynu bezprawnością jest zgodne z Konstytucją. Gdyby Trybunał uznał, że konkretna sytuacja zasługuje na wyłączenie bezprawności, powinno dojść do zmiany

²²⁶ Ibidem, s. 434-435.

²²⁷ Art. 193 Konstytucji: „Każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem”.

prawa, albo przez wprowadzenie nowego kontratypu, albo przez zmianę znamion typu czynu zabronionego²²⁸.

Ostatnim zarzutem stawianym przez Andrzeja Zolla kontratypom pozaustawowym, jest fakt że dopuszczenie możliwości ich konstruowania może mieć negatywne konsekwencje dla poszkodowanego przestępstwem, w szczególności dla sfery jego praw. Uznanie, że czyn spełniający znamiona czynu zabronionego nie był bezprawny, pozbawia poszkodowanego np. prawa do obrony koniecznej. W efekcie, może dojść do sytuacji, w której to poszkodowany ostatecznie będzie stroną ponoszącą odpowiedzialność karną.

Tak kształtują się zarzuty stawiane przez Andrzeja Zolla. Jak jednak zostało już zaznaczone wcześniej, nie spotkały się one z aprobatą w doktrynie. Wręcz przeciwnie, większa część doktryny formułując odmienny pogląd, dopuszcza konstruowanie kontratypów pozaustawowych.

3. Opinia dominująca w doktrynie

Przedstawiając odmienny pogląd doktryny, warto zaznaczyć, że trudno określić go mianem polemiki z koncepcją Andrzeja Zolla. To raczej przedstawiona wyżej koncepcja była polemiką z przyjmowanym w głównym nurcie doktryny założeniem o dopuszczalności konstruowania kontratypów pozaustawowych. Tym samym, prezentowana w pracy dominująca w doktrynie opinia, będzie miała raczej charakter opinii za kontratypami pozaustawowymi, niż przeciwko koncepcji Andrzeja Zolla.

Na początku trzeba odwołać się do wspomnianego już twórcy koncepcji kontratypu, czyli do Władysława Woltera. Stwierdza on wprost, że konstruowanie kontratypów pozaustawowych jest w pełni uzasadnione. Argumentem przemawiającym za tym, jest jak to określa: „dominujące znaczenie merytorycznej strony przestępstwa (tj. społecznej szkodliwości czynu)”²²⁹. Władysław Wolter pisze również, że w przypadku kontratypów pozaustawowych, jako poniekąd rekompensata za brak ustawowej regulacji „wystarczyć musi sam priorytet elementu merytorycznego w stosunku do elementu formalnego, jakim jest ustawowy zakaz”²³⁰. A zatem, za główne uzasadnienie funkcjonowania kontratypów pozaustawowych przyjmuje on brak społecznej szkodliwości czynu, który w przypadku gdy wystąpi, niweluje fakt formalnego wypełnienia znamion typu czynu. Wydaje się, że dokładnie

²²⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 346-347.

²²⁹ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 164.

²³⁰ Ibidem.

o tym samym mówił Andrzej Zoll, o wyłączającej bezprawność funkcji braku społecznej szkodliwości czynu. Nie wolno jednak zapominać, że Władysław Wolter inaczej rozumiał bezprawność, niż dziś rozumie ją doktryna. Utożsamiał on bezprawność ze społeczną szkodliwością²³¹. Zatem logiczną konsekwencją braku społecznej szkodliwości był brak bezprawności czynu. Obecnie częściej przyjmuje się formalne rozumienie bezprawności i niezależne, odrębne od niego pojęcie społecznej szkodliwości. Można się z takim poglądem spotkać np. u Andrzeja Marka, który stwierdza, że społeczna ocena czynu wymaga każdorazowej analizy, również w przypadku czynów wypełniających warunki kontratypu²³². A więc, nawet w przypadku wyłączenia bezprawności, nie można z góry przyjąć, że czyn nie odznacza się społeczną szkodliwością. Powinno to, zgodnie z opinią Andrzeja Marka, podlegać odrębnej ocenie. Zatem bezprawność, a co za tym idzie, brak społecznej szkodliwości czynu, to co innego u Władysława Woltera, a co innego u Andrzeja Zolla. Na tym właśnie opiera się koncepcja Andrzeja Zolla, który proponuje alternatywę dla kontratypów pozaustawowych w postaci braku społecznej szkodliwości czynu, że odróżnia on te instytucje. Nie oznacza to jednak, że koncepcja kontratypów pozaustawowych według Władysława Woltera nie znajduje dziś zastosowania. Wręcz przeciwnie, należy się z nim zgodzić, że licząc się z rozwojem życia społecznego i z jego potrzebami, trzeba przyjąć otwarty katalog kontratypów pozaustawowych²³³. Inne co najwyżej będzie uzasadnienie takiego założenia.

Szukając uzasadnienia dla koncepcji zakładającej dopuszczalność konstruowania kontratypów pozaustawowych, warto przyjrzeć się orzecznictwu. Przede wszystkim, należy zaznaczyć, że w kwestii dopuszczalności konstruowania kontratypów pozaustawowych orzecznictwo wydaje się zgodne i jednolite. Powszechnie dopuszcza się taką możliwość²³⁴. Na płaszczyźnie uzasadnienia najczęściej powoływana jest zasada *nullum crimen sine lege*. Sądy, jak w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 roku dowodzą, że „zasada *nullum crimen sine lege poenali* zakazuje tylko uznać za czyn zabroniony taki czyn, który nie wykazuje ustawowych znamion czynu zabronionego, z czego nie wynika, aby ustawa musiała określać te okoliczności, które spełniają tę samą funkcję co ustawowe

²³¹ W. Wolter, *Funkcja...*, s. 59.

²³² A. Marek, *Stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu*, Toruń 1970, s. 38- 40.

²³³ W. Wolter, *Nauka...*, s. 164.

²³⁴ Przykłady: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 roku, sygn. V KK 158/07, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2013 roku, sygn. II KK 152/13, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2000 roku, sygn. WKN 45/99.

kontratypy²³⁵. Co ciekawe, także w doktrynie właśnie tę zasadę, popartą takim samym rozumowaniem spotyka się jako najczęstsze uzasadnienie dla dopuszczalności konstruowania kontratypów pozaustawowych. Za przykład niech posłuży tu Jarosław Warylewski, który wskazuje, że kontratypy nie konstytuują pozytywnej odpowiedzialności karnej, nie tworzą zakazów karnych, nie podlegają więc zasadzie *nullum crimen sine lege*, a tym samym możliwe jest ciągle zwiększanie ich liczby bez wprowadzania zmian w ustawie karnej²³⁶. Podobną myśl przedstawia Marian Cieślak, który dochodzi do konkluzji, że w związku z tym, źródłem kontratypu może być ustawa, przepis określający różne uprawnienia czy obowiązki prawne, ale „może to być także norma zwyczajowa (np. dyngus) lub nawet powszechne uznanie pewnej wartości przy braku dostatecznych racji, które by merytorycznie uzasadniały zakaz”²³⁷. Nawet Andrzej Zoll gotowy jest przyznać, jak zostało już wcześniej podane, że zasada *nullum crimen sine lege* zdaje się być jednym z argumentów niewątpliwie przemawiających na korzyść kontratypów pozaustawowych. Jednak wychodząc od tych samych przesłanek dochodzi on do innej konkluzji niż reszta doktryny, z uwagi na zasadę ustawowej określoności podstaw odpowiedzialności karnej. Wskazuje on, że zasada ustawowej określoności czynu zabronionego, wyrażona paremią *nullum crimen sine lege*, jest jedynie jednym z elementów zasady ustawowej określoności podstaw odpowiedzialności karnej. Tym samym, o ile kontratypy pozaustawowe nie stoją w sprzeczności z pierwszą z tych zasad, o tyle nie da się ich pogodzić z drugą z nich. Ustawowa określoność podstaw odpowiedzialności karnej bowiem, zdaniem Andrzeja Zolla, wymaga aby każdy z elementów wpływających na tę odpowiedzialność, także wyłączających ją, był ustawowo opisany. Nie można więc, uznać za dopuszczalne te okoliczności wyłączające bezprawność, które są wytworem jedynie doktryny lub orzecznictwa. Takie stwierdzenie, odwołujące się do zasady ustawowej określoności podstaw odpowiedzialności karnej, nie spotkało się z jasną odpowiedzią doktryny. Wydaje się jednak, że można by w tym punkcie polemizować z Andrzejem Zollem. Przede wszystkim podnosząc, że zasada ustawowej określoności podstaw odpowiedzialności karnej powinna być odnoszona wyłącznie do pozytywnych aspektów odpowiedzialności. Nie sposób nie zgodzić się, że wypełnienie znamion typu czynu ustawowo określonego jest jedynie jedną z przesłanek odpowiedzialności karnej. Należy jednak zastanowić się, czy zasadą ustawowej określoności podstaw odpowiedzialności karnej

²³⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 2008 roku, sygn. V KK 158/07, LEX nr 370044, teza 2.

²³⁶ J. Warylewski, op.cit., s. 249.

²³⁷ M. Cieślak, op.cit., s. 216.

należy objąć także znamiona negatywne tej odpowiedzialności. Nawet gdyby uznać, że z punktu widzenia pewności i określoności prawa pożądanym jest jak najpełniejsze opisanie podstaw odpowiedzialności karnej, a więc takie opisanie które obok przesłanek pozytywnych zawiera także przesłanki negatywne, pozostaje jeszcze pytanie o sposób formułowania przesłanek negatywnych. Czym innym jest przecież sformułowanie ich in abstracto, np. „nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu” (art. 1 § 3 k.k.), a czym innym sformułowanie in concreto, z uwzględnieniem poszczególnych przesłanek i znamion, jak to się dzieje w przypadku kontratypów ustawowych, a więc np. w art. 25 k.k.²³⁸. Wydaje się, że dążenie do ustawowego określenia podstaw odpowiedzialności karnej w sposób możliwie najbardziej precyzyjny, jest nie tylko niemożliwe do wykonania, ale i niecelowe z uwagi na ewolucyjny charakter rzeczywistości, w której prawo jest stosowane.

Na zakończenie, jako ostatni argument przemawiający za koncepcją kontratypów pozaustawowych należy wskazać uzasadnienie projektu kodeksu karnego z 1997 roku. W uzasadnieniu tym, po wymienieniu kodeksowych okoliczności wyłączających przypisanie sprawcy winy wskazuje się, że „nie wyłącza się jednak jeszcze innych sytuacji wyjątkowych, w których mimo popełnienia czynu zabronionego nie będzie można przypisać sprawcy winy”²³⁹. A zatem katalog okoliczności wyłączających przypisanie winy należy uznać za otwarty. Powstaje więc pytanie, jakie miałyby być uzasadnienie dla odmiennego traktowania okoliczności wyłączających bezprawność. Co usprawiedliwiłoby jednoczesne uznanie otwartego katalogu okoliczności wyłączających przypisanie winy i zamkniętego katalogu okoliczności wyłączających bezprawność? Wydaje się, że satysfakcjonującej odpowiedzi na to pytanie nie ma. Nie ma uzasadnienia dla formalnego różnicowania sytuacji tych instytucji, a tym samym również katalog kontratypów należy uznać za otwarty.

²³⁸ Art. 25 k.k.: „§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiekolwiek dobro chronione prawem. § 2. W razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. § 3. Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. § 4. Osoba, która w obronie koniecznej odpiera zamach na jakiekolwiek cudze dobro chronione prawem, chroniąc bezpieczeństwo lub porządek publiczny, korzysta z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. § 5. Przepisu § 4 nie stosuje się, jeżeli czyn sprawcy zamachu skierowany przeciwko osobie odpierającej zamach godzi wyłącznie w część lub godność tej osoby.”

²³⁹ I. Fredrich- Michalska, B. Stachurska- Marcińczak, *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 118.

4. Zakończenie

W podsumowaniu najlepiej ponownie odwołać się do słów Andrzeja Zolla, który stwierdza, że nieodłącznym elementem zasady trójpodziału władzy, jest funkcjonowanie na styku władz pewnej „szarej strefy”, w której kompetencje każdej z władz przenikają się i nakładają na siebie²⁴⁰. Tak też ewidentnie dzieje się w przypadku kontratypów pozaustawowych. Nie sposób bowiem polemizować z tym, że tworząc nowe okoliczności wyłączające bezprawność doktryna i orzecznictwo wkraczają w pewnym stopniu w uprawnienia tradycyjnie przypisane ustawodawcy. Pytaniem pozostaje, czy zjawisko to należy oceniać negatywnie.

²⁴⁰A. Zoll, *Pozaustawowe...*, s. 429.

Informacje o Autorach

Małgorzata Moczulska – doktorantka II roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, aplikantka adwokacka w Okręgowej Radzie Adwokackiej w Katowicach oraz pracownik Wydziału Rozwoju Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego w Katowicach, współpracuje również z Kancelarią Adwokaci Tadeusz Hassa, Ewa Hassa-Kula, Karolina Szews S.C. w Sosnowcu, autorka publikacji z prawa cywilnego i środków unijnych, redaguje własny blog prawniczy.

Bartłomiej Kobyliński – student V roku prawa stacjonarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

Paulina Konarska – studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, laureat konkursu organizowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich pt. „Prawo, Ludzie, Przypadki” z 2012 r., członek Uniwersyteckiej Poradni Prawnej od 2012 roku.

Agata Hiacynta Tarnacka – studentka V roku prawa studiów stacjonarnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, uczestniczka Programu Business Law na WPiA UKSW, studentka III roku psychologii na Wydziale Filozofii Chrześcijańskiej Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Przewodnicząca Polskiego Stowarzyszenia Studentów i Absolwentów Psychologii, członek Koła Naukowego Procesualistów oraz Utriusque Iuris.

Barbara Trzeciak – studentka V roku prawa na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego, studentka Center for American Law Studies na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.