

PROF. WŁAD. LEOPOLD JAWORSKI

PRAWO CYWILNE NA ZIEMIACH POLSKICH

TOM I.

ZRÓDŁA. PRAWO MAŁŻEŃSKIE OSOBOWE
I MAJĄTKOWE

ADWOKAT
DR. JÓZEF SCHMIDT
Lwów, Teatralna 10.

WARSZAWA ===== KRAKÓW
NAKŁADEM KSIĘGARNI J. CZERNECKIEGO



25846
25846

ODBITO W Drukarni J. CZERNECKIEGO W KRAKOWIE

ADWOKAT
DR JÓZEF SZCZĘCOT
Lwów, ul. Skałki 1, 10.

PRZEDMOWA

Dopóki państwo polskie nie otrzyma swego własnego kodeksu cywilnego, obowiązywać będą na ziemiach polskich kodeksy państw rozbiorowych. Staje się rzeczą konieczną, aby prawnicy polscy znali je i zdawali sobie sprawę z różnic, które między nimi zachodzą. Na uniwersytetach ciąży wskutek tego obowiązek dostosowania do tej potrzeby wykładu prawa cywilnego. To zadanie pragnie ułatwić niniejsza książka, przedstawiająca i porównywująca prawo cywilne austriackie, niemieckie i obowiązujące w b. Królestwie polskiem. W pierwszym tomie, zawierającym prawo małżeńskie, uwzględnionem zostało także prawo kanoniczne, szczególnie ze względu na stosunki b. Królestwa Polskiego.

Ale i dla pracy nad kodyfikacją własnego kodeksu cywilnego, takie porównanie dotychczas obowiązujących na ziemiach polskich praw jest koniecznem. Kodeks cywilny polski, z punktu widzenia państwa polskiego, będzie rzeczą nową, będzie początkiem, ale z punktu widzenia każdej b. dzielnicy z osobna będzie reformą, a reforma jest przecież tylko zmianą tego, co istnieje. Znać przeto dotychczasowy stan prawny w każdej b. dzielnicy, jest pierwszym założeniem pracy kodyfikacyjnej.

Mam wreszcie przekonanie, że nawet tak skromny materiał porównawczy, jak w tej książce, zajmującej się tylko trzema kodeksami, bez uwzględnienia historycznego rozwoju, jest dla nauki produktywnym. Należy sobie uprzytomnić, że mamy tu do czynienia z kodeksami dwóch ras, a jeżeli zechcielibyśmy wchodzić w pierwiastki kodeksu austriackiego, to nie tylko z kodeksem łacińskiego narodu i narodów germańskich, ale i z pewnymi pierwiastkami prawa narodów słowiańskich. Należy także mieć w pamięci, że między dwoma z tych kodeksów a trzecim minął wiek tak obfity w przemiany wszelkiego rodzaju, jak stosunkowo nie wiele okresów w dziejach ludzkości. W nauce prawa pozytywnego grożą pracownikowi dwa niebezpieczeństwa: gdy na chwilę zapomni, że materiałem jego badania są przepisy obowiązujące, i gdy na chwilę przestanie pamiętać, że ograniczenie się do tego tylko materiału uczyni go bezpłodnym. Kto wymyśli się w tę sprawę, przyzna mi, że nie jest paradoksem, gdy powiem, że porównawcze badanie przepisów, samych przepisów, jest jednym z kluczy otwierających prawnikowi wrota do życia, do faktów, a więc do tego źródła, z którego jedynie płynąć może jego ciągła młodość, chroniąca go od skostnienia w formułach. Dzieje się tak dlatego, że przez porównanie praw różnych narodów i praw różnych czasów wydobywa się na jaw taka mnogość zagadnień, jakich przy zajmowaniu się jednym tylko prawem nie można dostrzec, a możnaby je tylko wymyśleć, bez żadnej gwarancji, że one nie są tylko wytworem logiki, ale produktami rzeczywistości. A przecież od bogactwa zagadnień zależy postęp i kodeksów i nauki prawa. Im szersze obejmują one pola, a im ściślej uda im się rozwiązania tych zagadnień szarmonizować w pracy twórczej, tem dalej

posunęły się naprzód. Dlatego to wszędzie główną wagę kładłem na wydobywanie i formułowanie problemów, które prawnikowi przychodzi rozstrzygać.

Sposób wykładu odbiega może od przyjętego dotychczas w systemach. Różnice wynikają oczywiście stąd, że zadaniem mojem było porównanie. Ale niezależnie od tej różnicy, nie przedstawiałem *ex professo* tak zwanej teorii. Pomijam, że wedle mego zapatrywania większą oddaje się nauce usługę przez ścisłe określenie elementów każdej instytucji, niż przez szukanie t. zw. definicji, ale zasadniczo wyznaję zdanie, że przy przedstawianiu poszczególnych działów prawa obowiązującego teoria autora powinna być światłem, w którym on ukazuje instytucje prawne, powinna w nim tkwić i na zewnątrz objawiać się tak, jak się objawia indywidualność wogóle. Ale spowiedź generalna przy każdej instytucji, przy każdym dziale prawa, ciągle określanie swego stanowiska w stosunku do innych autorów, nieustające pogotowie obronne wobec innych, którzy przecież mają także swoje zdanie, nie są konieczne. Czytelnik obznajomiony z literaturą z pewnością dostrzeże, z jaką usilnością i z jak silnem poczuciem potrzeby szukam teoretycznego ujęcia, teoretycznych konstrukcyj dla każdego splotu norm. Pozwolę sobie zwrócić uwagę choćby na jeden ustęp; o unieważnieniu małżeństwa. Teoretyczne ujęcie tej kwestji, jak innych, wypływa z indywidualności naukowej autora. Mogę prosić tylko o cierpliwość do chwili, gdy mi się uda zupełnie wypowiedzieć. Dzieło to obliczone jest na kilka tomów, a dopiero ostatni, poświęcony t. zw. części ogólnej, zawierać będzie mój pogląd na prawo i metodę. Obecnie podnoszę tylko to, że pragnąłbym, aby prawo publiczne miało swoje własne teoretyczne rusztowanie i nie pożyczalo go od prawa cywilnego.

VIII

W kodeksach zaś, które noszą nazwę cywilnych, jest już dzisiaj wiele prawa publicznego, a każdy niemal dzień przynosi go coraz więcej. Prawo małżeńskie, któremu poświęcony jest mój pierwszy tom, jest prawie w trzech czwartych częściach prawem administracyjnym. I to jest przyczyna, dla której od łożyska cywilistycznego odwróciłem się, szukając gdzieindziej sposobu przetwarzania i harmonizowania przepisów prawnych.

W końcu jedna uwaga. Ze względu na uczniów cytowałem dosłownie ustawy. Sądzę, że będą mi za to wdzięczni.

W Krakowie, 1 listopada 1919 r.

Władysław Leopold Jaworski.

SPIS RZECZY

	Str
Przedmowa	V
Spis rzeczy	IX
Skrócenia	XIV
Pomyłki	XV
Wstęp. Źródła	1
A. B. Królestwo Polskie	3
B. Ziemie polskie b. zaboru pruskiego	17
C. Ziemie polskie b. zaboru austriackiego	22
KSIĘGA PIERWSZA. PRAWO FAMILIJNE	25
Rozdział pierwszy. Familja. Pokrewieństwo. Po-	
winowactwo	27
Rozdział drugi. Prawo małżeńskie. Powstanie i ro-	
związanie małżeństwa	34
I. Wiadomości ogólne	34
M. Istota małżeństwa	35
III. Zaręczyny	37
1. Konstrukcja	37
2. Forma	38
3. Skutki	39
4. Wynagrodzenie szkody	40
IV. Zawarcie małżeństwa	43
1. Zdolność osobista	47
a) Wiek	47
b) Choroba umysłowa	50
2. Wzajemne zezwolenie	52
a) Brak zezwolenia	52
b) Błąd	52
c) Oszustwo	56
d) Przymus	56
e) Uprowadzenie	57
3. Przeshkody do zawarcia małżeństwa	58
A. Impedimenta impedientia	58
a) Tempus clausum	59

	Str.
b) <i>Votum simplex virginitatis</i>	59
c) <i>Imp. mixtae religionis</i>	60
d) Porzucenie wiary kat. Publiczny grzesznik	63
e) Czas żałoby	65
f) Małż. wojskowych, urzędników	66
g) Adopcja	67
h) Wiek, rezwolenie ojca	68
i) <i>Affinitas illegitima</i>	68
l) Przeszkoda z § 1309 k. c. n.	68
l) Przeszkoda trnająca z § 1349 k. c. n.	69
l) Przeszkoda z § 1314 k. c. n.	70
m) Nie przedłożenie dokumentów	70
B. Impedimenta dirimentia	74
a) Różnice ustaw	74
b) <i>imp. impotentiae</i>	75
c) Pckrewieństwo	79
d) Pcwinoństwo	82
e) Adopcja	84
f) <i>Cognatio spiritualis</i>	84
g) <i>Publica honestas</i>	85
h) Wyższe święcenia i uroczyste śluby	86
i) <i>Disparitas cultus</i>	87
k) <i>Imp. ligaminis</i>	90
l) <i>Imp. catholicismi</i>	103
l) Cudzołstwo i małżonkobójstwo	103
m) Przeszkoda z § 119 k. c. a.	108
n) Skazanie na ciężkie więzienie	109
o) <i>Vetitum</i>	109
p) Przeszkoda z § 1350 k. c. n.	109
4. Forma zawarcia małż.	110
Obowiązujące przepisy	110
A) Zapowiedzi	110
Różnice ustaw	119
B) Ślub	122
1. Forma ślubu	136
2. Pojęcie duszpasterza i ordynariusza	139
3. Właściwość duszpasterza i ordynari.	140
4. Delegacja	141
5. Księga ślubów	141
6. Małż. per procurationem	141
7. Tłómacz	142
8. Tułacze (<i>vagi</i>)	142
5. Zestawienie przeszkód małż. pr. cyw.	144
6. Małż. akatolików i niechrześcian	151
1. Małż. gr. rosyjskie	152
2. Małż. ewangelickie	152
3. Małż. żydowskie	156

	Str.
7. Dyspenzy	159
8. Unieważnienie małż.	169
A) Małż. nie egzystujące	170
B) Małż. bez formy, wpisane do rejestru małż.	172
C) Małż. z przeszkodą iuris privati . . .	173
D) Małż. z przeszkodą iuris publici . .	192
Ad A)—D).	
1. Stan prawny przed unieważnieniem	195
2. Stan prawny po unieważnieniu . .	195
V. Separacja i rozwód	200
A) Kombinacje środków zniesienia wspóln. małż. w ustawodawstwach	200
B) Przyczyny rozwodu	209
1. Pr. austr.	209
2. Pr. Kr. p.	211
3. Pr. niem.	214
Porównanie	218
Małż. żydowskie i mahometańskie . .	224
C) Przyczyny separacji	230
VI. Rozwiązanie małż. Uznanie za zmarłego . .	234
A) Założenia uznania za zmarłego . .	234
1. Pr. m. Kr. p.	234
2. Pr. a.	236
3. Pr. niem.	238
B) Skutki uznania za zmarłego	240
Rozdział trzeci. Prawo małż. międzynarodowe . .	243
I. Ogólne wiadomości	243
II. Pr. Kr. p.	244
III. Pr. austr.	245
IV. Pr. niemieckie	256
V. Konwencje Hagskie	260
VI. Zestawienie	271
Rozdział czwarty. Prawo małżeńskie. Mąż i żona	278
I. Wiadomości ogólne	278
II. Obowiązujące przepisy	279
A) Prawo małż. Kr. P.	279
B) Pr. austr.	280
C) Pr. niem.	281
III. Wzajemne prawa i obowiązki mał- żonków	283
A) Stanowisko socjalne żony	283
1. Stanowisko żony	283
2. Szlachectwo. Tytuł	283
3. Przynależność państwowa	283

	Str.
B) Życie wspólne	283
1. Supremacja męża czy równoupraw- nienie małżonków?	283
2. Wspólne mieszkanie. Alimenta . . .	286
3. Debitum coniugale; obowiązek wier- ności	296
4. Wzajemna pomoc	297
5. Zastępstwo, obrona	297
6. Gospodarstwo domowe	298
C) Samodzielna działalność żony . . .	302
D) Autoryzacja	305
E) Wpływ rozwodu i separacji od stołu i łoża na stosunki prawne między mał- żonkami	313
F) Międzynarodowe prawo prywatne .	322
Rozdział piąty. Ustawowe prawo majątkowe mał- żeńskie	324
I. Wiadomości ogólne.	324
II. Obowiązujące przepisy	331
III. Separacja dóbr	356
A) Pełna separacja dóbr	357
B) Ograniczona separacja dóbr czyli zarząd i użytkowanie męża czyli połączenie dóbr (Güterverbindung, Verwaltungsgemein- schaft) w ogólności	359
C) Dobra zastrzeżone (Vorbehaltsgut) .	362
D) Zarząd żony	364
E) Ustawowy zarząd i użytkowanie męża: w szczególności	375
Rozdział szósty. Umowne prawo majątkowe małż.	376
I. Obowiązujące przepisy	376
A) Pr. niem.	376
B) K. c. Kr. P.	399
C) Prawo austriackie	402
II. Umowa majątkowa małżeńska	408
III. Posag	414
IV. Wspólność majątkowa	420
A) Pr. niem.	420
B) Pr. polskie i austr.	427
V. Specjalne austr. umowy maj. małż.	432
Rozdział siódmy. Wpływ unieważnienia, rozwodu i separacji od stołu i łoża na stosunki ma- jątkowe małżeńskie	435
I. Pr. niem.	435
II. Pr. austr.	436
III. Pr. polskie	438

	Str.
Rozdział ósmy. Międzynarodowe prawo małżeńskie majątkowe	442
I. Pr. niem.	442
II. Pr. austr.	443
III. Pr. polskie	444
IV. Konwencje hagskie	444
Rejestr rzeczowy	449
Spis paragrafów (wzgl. artykułów, wzgl. kanonów) cytowanych w całości:	
1. Z kodeksu cywil. austr.	453
2. Z kod. cyw. niem.	453
3. Z kod. cyw. Kr. P.	454
4. Pr. małż. Kr. P.	454
5. Corpus iuris canonici.	455

Między stroną 48 a stroną 49 zamieszczoną jest tabela zawierająca zestawienie przeszkód prawa małżeńskiego według omawianych ustawodawstw.

SKRÓCENIA:

- art. = artykuł
a., austr. = austriacki
can. = canon
c. i. c. = Corpus iuris canonici Benedicti Papae XV.
d. n. = (austriacki) dekret nadworny
DWM. = wspólność majątkowa małżeńska dorobku (Errungenschaftsgemeinschaft)
kan. = kanon
k. c. a. = kodeks cywilny austriacki
k. c. Kr. p. = kodeks cywilny Królestwa Polskiego
k. c. n. = kodeks cywilny niemiecki
maj. = majątek, majątkowy
małż. = małżeństwo, małżeński
orzecz. = orzeczenie (austri.) Najw. Trybunału.
OWM. = ogólna (generalna) wspólność majątkowa małżeńska
P. St. G. = (niem.) ustawa o stwierdzeniu stanu osobowego
pr. = prawo
pr. małż. Kr. p. = Prawo małżeńskie Królestwa polskiego
prow. = prowincjonalny (zwykle galicyjski)
rozp. = rozporządzenie
RWM. = wspólność majątkowa małżeńska ruchomości (Fahrnisgemeinschaft)
u. = ustawa
u. o zaprow. = ustawa o zaprowadzeniu.
wsp. = wspólność
zb. G. U. W. = zbiór orzeczeń austri. najw. Trybunału, zainicjowany przez Glasera, Ungera, Walthera.
Tomy drugiej serji znaczone są liczbami rzymskimi.
zb. u. s. = (austri.) zbiór ustaw sądowych
-
-

POMYŁKI I UZUPEŁNIENIA.

1. Na str. 30 w w. 14 od dołu ma być „czwartym“.
 2. Na str. 81 sześć ostatnich wierszy ma opiewać: „Paweł jest spokrewniony z Marią dwukrotnie: raz przez to, że ojciec Pawła Jan był prawnikiem Macieja, z którym Marią jest spokrewnioną także w stopniu prawnuczki, drugi raz przez to, że Paweł jest przez matkę Annę prawnikiem Macieja, którego Marią jest również prawnuczką. Przez ojca jest Paweł spokrewniony z Marią w czwartym stopniu kanonicznym, przez“.
 3. Na stronie 219 w czwartej rubryce pod liczbą 3 ma być: „Złośliwe opuszczenie“.
 4. „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft“ jest kompromi- sem między separacją a rozwodem, można więc w tłumaczeniu określić ją jako „zawieszenie“ lub „zniesienie wspól- ności małżeńskiej“.
 5. Austr. prawo zna prekaryjny zarząd męża majątkiem żony. Natura tego zarządu jest umowną. Wyrażenie „ustawowy“ należy w ten sposób rozumieć, że ustawa wprowadza do- mniemanie, polegające na tem, że mąż może wykonywać zarząd, dopóki żona się nie sprzeciwi.
-

ADWOKAT
D^r JÓZEF SCHMIDT
Lwów, Hetmańska 1, 10.

WSTĘP
Ź R Ó D Ł A

Źródła prawa cywilnego na ziemiach polskich.

A. Królestwo Polskie.

Dekretem króla saskiego, księcia warszawskiego, z 27 stycznia roku 1808 (Dzien. Pr. Ks. Warsz. I. 46) wprowadzony został do wszelkich władz sądów cywilnych Księstwa Warszawskiego kodeks Napoleona. Wedle ustawy przechodniej (dekret 10 października 1809 roku Dz. Pr. Ks. Warsz. II. 84.) kodeks Napoleona stał się prawem cywilnem Ks. Warszawskiego. Wedle tej ustawy przechodniej prawem był oryginał francuski, jednakże tłumaczenie na język polski dokonane za sprawą ministra sprawiedliwości, a drukowane w drukarni XX. Pijarów warszawskich w 2 tomach w r. 1808 uznane zostało za mające powagę w sądach, o ile się w sprzeczności z oryginałem nie okaże. Wedle tejże ustawy przechodniej z dniem 1 maja roku 1808 utraciły wszystkie prawa dawniejsze swoją moc i powagę i nie mogły być od tego czasu w żadnym przypadku zastosowane z wyjątkiem tylko przypadków, gdzie kodeks Napoleona odwołuje się do zwyczajów i urzędzeń miejscowych, tudzież co do czynności i wypadków wydarzonych przed dniem 1 maja r. 1808. Wskutek dopuszczenia tych wyjątków zacytowana ustawa przechodnia:

a) co do przypadków, gdzie kodeks Napoleona odwołuje się do zwyczajów i urzędzeń, szczególnie miejscowych, postanawia, że, gdyby zwyczajów takich w tem miejscu nie było, zastosowane mają być prawa, jakie były przed dniem 1 maja r. 1808; jednakże mogą być użyte tylko in subsidium;

b) co do czynności zaś i wypadków wydarzonych przed dniem 1 maja r. 1808 ustawa przechodnia wydała szereg przepisów w tytule drugim, jednakże i w tym gatunku spraw postanowionem zostało, iż, gdyby zachodziła wątpliwość, czy dawne prawo, czy też kodeks Napoleona ma być zastosowany, a przepisy drugiego nie rozstrzygały tej sprawy, kodeks Napoleona ma służyć za prawo.

Dekretem z 9 czerwca r. 1810 (Dz. Pr. Ks. Warsz. II. 220) zaprowadzony został kodeks Napoleona do 4 departamentów

przez traktat wiedeński do Ks. Warszawskiego wcielonych. Ustawę przechodnią dla tych 4 departamentów przez traktat wiedeński do Ks. Warszawskiego przyłączonych ogłosił dekret z 16 stycznia r. 1811 (Dz. Pr. Ks. Warsz. III. 157).

W tym stanie zaszły pewne zmiany względnie uzupełnienia :

1. W miejsce tytułu XVIII 3 księgi kodeksu Napoleona ogłoszono 25 kwietnia 1818 roku (Dz. Pr. V. 295) „prawo o ustaleniu własności dóbr nieruchomości, o przywilejach i hipotekach“. W następstwie ten tytuł XVIII 3 księgi kodeksu Napoleona, już zmieniony po części dopieroco zacytowanem prawem hipotecznem, przestał zupełnie obowiązywać, a w miejsce jego wstąpiło „prawo o przywilejach i hipotekach“, ogłoszone 6 sierpnia 1825 (Dz. Pr. IX. 355). Wskutek tych 2 ustaw przeto tytuł XVIII 3 księgi kodeksu Napoleona, obejmujący artykuły 2092 do 2203, został zupełnie uchylony. Między temi dwiema ustawami z roku 1818 i 1825 jest ten stosunek, że oddział 1 działu V (Art. 72 do 110) i artykuł 42 prawa z r. 1818 przestały obowiązywać, a w miejsce ich weszły odnośne przepisy prawa z r. 1825.

2. Z końcem 31 grudnia roku 1825 przestały obowiązywać księga 1 (art. 1—525) kodeksu Napoleona, tudzież tytuł V (art. 1387—1581 o umowie przedślubnej) kodeksu Napoleona, a w miejsce tych praw weszła w życie księga 1 kodexu cywilnego Królestwa Polskiego.

3. W następstwie 24 czerwca roku 1836 (Dz. Pr. XVIII. 57—297) ogłoszone zostało prawo o małżeństwie. Z dniem ogłoszenia prawa o małżeństwie przestały obowiązywać tytuł V (art. 143—245 o małżeństwie) i tytuł VI (art. 246—271 o nieważności małżeństwa) pierwszej księgi kodeksu cywilnego Królestwa Polskiego z 13 czerwca r. 1825, jednakże z tych uchylonych tytułów V i VI pozostały nadal w mocy art. 182—245 i artykuły 260—270.

Obecny układ kodeksu cywilnego, obowiązującego w b. Królestwie Polskiem, jest następujący :

Tytuł wstępny. O skutkach i stosowaniu praw w powszechności	Artykuł. 1— 6
---	------------------

Księga pierwsza.

O osobach.

Tytuł I. O używaniu, pozbawieniu i zawieszeniu praw cywilnych	
Dział I. O używaniu praw cywilnych	7—16
Dział II. O pozbawieniu praw cywilnych	
Oddział 1. O pozbawieniu praw cywilnych przez utratę stanu Polaka poddanego Królestwa Polskiego i odzyskaniu tegoż stanu	17—20

Oddział 2. O pozbawieniu i zawiesze- niu praw cywilnych w skutku kar sądowych	21— 25
Tytuł II. O zamieszkaniu	26— 35
Tytuł III. O nieobecnych.	
Dział I. O zaginionych	36— 38
Dział II. O uznaniu zaginionych za znikłych	39— 45
Dział III. O skutkach zniknięcia co do ma- jątku, który osoba znikła w dniu zagi- nienia swego posiadała	46— 61
Dział IV. O skutkach nieobecności.	
Oddział 1. O skutkach nieobecności co do praw od wypadku zawisłych, osobie nieobecnej służyć mogących	62— 65
- Oddział 2. O skutkach nieobecności męża co do majątku żony i co do małoletnich dzieci osoby nieobecnej	66— 70
Tytuł IV. O aktach stanu cywilnego.	
Dział I. Urządzenia ogólne	71— 94
Dział II. O aktach urodzenia	95—105
Dział III. O aktach małżeństwa	106—130
Dział IV. O aktach zejścia	131—139
Dział V. O sprostowaniu aktów stanu cy- wilnego	140—142
Tytuł V. O małżeństwie.	
<i>Dział I. Zasada ogólna</i>	<i>143</i>
<i>Dział II. O warunkach cywilnych do zawar- cia małżeństwa</i>	<i>144—163</i>
<i>Dział III. O formalnościach, dotyczących się za- warcia małżeństwa</i>	<i>164—165</i>
<i>Dział IV. O tamowaniu związku małżeńskiego</i>	<i>166—178</i>
Dział V. O wzajemnych prawach, o obo- wiązkach między małżonkami.	
Oddział 1. O prawach i obowiązkach między małżonkami ze względu na ich osoby	179—190
Oddział 2. O prawach i obowiązkach między małżonkami ze względu na ich stosunki majątkowe w przypa- dku nie zawarcia w tej mierze umowy	191—206
Oddział 3. Przepisy, dotyczące się umów co do stosunków majątkowych mię- dzy małżonkami	207 230
Oddział 4. O prawach małżonka przy życiu pozostałego do majątku współ- małżonka zmarłego	231— 235

Dział VI. O obowiązkach z małżeństwa wy-	
nikających	236—245
Tytuł VI. O nieważności małżeństwa, o rozwią-	
zaniu małżeństwa ważnie zawartego i rozłą-	
czeniu co do stołu i łoża, tudzież o skutkach	
cywilnych stąd wypływających.	
<i>Dział I. O nieważności małżeństwa, o roz-</i>	
<i>wiązaniu małżeństwa, ważnie zawartego</i>	
<i>i rozłączeniu co do stołu i łoża</i>	246—256
<i>Dział II. O środkach tymczasowo zaradczych</i>	
<i>w ciągu sprawy o nieważność małżeństwa,</i>	
<i>o rozwód, albo o rozłączenie</i>	257—259
Dział III. O skutkach nieważności małżeństwa	
i o skutkach rozwodu albo rozłączenia	260—271
Tytuł VII. O wywodzie rodu.	
Dział I. O dzieciach prawych czyli spółdzo-	
nych w małżeństwie	272—278
Dział II. O dowodach rodu dzieci prawych	279—290
Dział III. O dzieciach naturalnych	
Oddział 1. O uprawnieniu dzieci na-	
turalnych	291—297
Oddział 2. O uznaniu dzieci natural-	
nych	298—307
Tytuł VIII. O przysposobieniu i opiece dobrowolnej.	
Dział I. O przysposobieniu.	
Oddział 1. O przysposobieniu i jego	
skutkach	308—318
Oddział 2. O formach przysposobienia	319—325
Dział II. O opiece dobrowolnej	326—335
Tytuł IX. O władzy rodzicielskiej	336—344
Tytuł X. O małoletności, opiece nad małoletnimi	
i usamowolnieniu.	
Dział I. O małoletności	345—346
Dział II. O opiece nad dziećmi prawymi .	347
Oddział 1. O opiece ojca lub matki .	348—363
Oddział 2. O opiece nadanej przez	
ojca lub matkę	364—368
Oddział 3. O opiece wstępnych . . .	369—371
Oddział 4. O opiece nadanej przez	
radę familijną	372—388
Oddział 5. O opiekunie przydanym .	389—397
Oddział 6. O przyczynach uwalniają-	
cych od opieki	398—413
Oddział 7. O niezdolności, o wyłącze-	
niach i złożeniu z opieki	414—421
Oddział 8. O zarządzaniu opiekuna .	422—450
Oddział 9. O rachunkach i odpowie-	
dzialności z opieki	451—466

Dział III. O usamowlonieniu dzieci prawych	467—480
Dział IV. O opiece nad dziećmi nieprawymi i tychże usamowlonieniem	481—488
Tytuł XI. O pozbawieniu i ograniczeniu własnej woli	489—521

Prawo o małżeństwie.

Rozdział I. O małżeństwie pomiędzy osobami wyznającymi religię rzymsko-katolicką.	
Prawidła osobne	1— 4
Oddział pierwszy. O warunkach istotnych do zawarcia małżeństwa	5— 22
Oddział drugi. O przeszkodach niedopuszczających zawarcia małżeństwa	23— 40
Oddział trzeci. O uroczystościach małżeńskich	41— 59
Oddział czwarty. O ustaniu i rozwiązaniu małżeństwa i ustaniu pożycia małżeńskiego	60— 67
Oddział piąty. O terminach do wstąpienia w nowe związki małżeńskie	68— 72
Oddział szósty. O władzach, do których należy zastosowanie powyższych przepisów	73— 97
Rozdział II. O małżeństwie pomiędzy osobami wyznającymi religię grecko-rosyjską.	
Prawidła ogólne	98
Oddział pierwszy. O warunkach istotnych do zawarcia małżeństwa	99
Oddział drugi. O przeszkodach do zawarcia małżeństwa	100—102
Oddział trzeci. O uroczystościach małżeńskiego związku	103—110
Oddział czwarty. O ustaniu małżeństwa i rozwiązaniu związku małżeńskiego	111—121
Oddział piąty. O władzach, do których należy zastosowanie powyższych przepisów	122—123
Rozdział III. O małżeństwach wyznających religię grecko-unicką	124—128
Rozdział IV. O małżeństwie pomiędzy osobami wyznań ewangelicko-augsburskiego i ewangelicko- reformowanego.	
Oddział pierwszy. O warunkach istotnych do zawarcia małżeństwa	129—131
Oddział drugi. O przeszkodach niedopuszczających zawarcia małżeństwa	132—138

Oddział trzeci. O uroczystościach małżeńskich	139—144
Oddział czwarty. O ustaniu i rozwiązaniu małżeństwa	145—167
Oddział piąty. O terminach do wstąpienia w nowe związki małżeńskie	168—172
Oddział szósty. O władzach, do których należy zastosowanie powyższych przepisów	173—178
Rozdział V. O małżeństwie osób, należących do wyznań nieobjętych w poprzedzających rozdziałach	179—191
Rozdział VI. O małżeństwach osób wyznających różną religię.	
Oddział pierwszy. O małżeństwie osób wyznających religię rzymsko-katolicką z osobami wyznającemi inną religię	192—198
Oddział drugi. O małżeństwach osób wyznających religię grecko-rosyjską z osobami wyznającemi inną religię; niemniej o małżeństwach, w których obrzęd ślubu dopełniony był przez duchownego grecko-rosyjskiego	199—204
Oddział trzeci. O małżeństwie osób, które przechodzą z jednej wiary na drugą	205—207
Rozdział VII. O prawach i obowiązkach z małżeństwa wynikających	208—214
Rozdział VIII. O obowiązkach i stosunkach stron w razie zachodzącej przyczyny nieważności; o skutkach przekroczenia ustawy niniejszej, tudzież o skutkach unieważnienia, rozwiązania małżeństwa lub rozłączenia co do stołu i łoża.	
Oddział pierwszy. O obowiązkach i stosunkach małżonków przed poczęciem kroków sądowych o nieważność małżeństwa	215—216
Oddział drugi. O obowiązkach i stosunkach małżonków po rozpoczęciu kroków sądowych o nieważność lub rozwiązanie małżeństwa i rozłączenie co do stołu i łoża	217—222
Oddział trzeci. O skutkach wykroczeń przeciw niniejszemu prawu	223—226
Oddział czwarty. O skutkach, wynikających z unieważnienia lub rozwiązania małżeństwa, tudzież z rozłączenia co do stołu i łoża	227—230

Rozdział IX. O dowodach małżeństwa . . .	231—238
Rozdział X. O zaręczynach	239—243
Rozdział XI. Rozporządzenia przechodnie . .	244—249

Księga druga.

O majątku i rozmaitych odmianach własności.

Tytuł I. O różnych rodzajach majątków . . .	516
Dział I. O nieruchomościach	517—526
Dział II. O ruchomościach	527—536
Dział III. O majątku w stosunku do posiadających go osób	537—543
Tytuł II. O własności	544—546
Dział I. O prawie przybycia do tego, co rzecz wydaje	547—550
Dział II. O prawie przybycia do tego, co się z rzeczą łączy i do niej wciela	551
Oddział I. O prawie przybycia co do rzeczy nieruchomości	552—564
Oddział II. O prawie przybycia co do rzeczy ruchomych	565—577
Tytuł III. O użytkowaniu, używaniu i mieszkaniu.	
Dział I. O użytkowaniu	578—581
Oddział 1. O prawach użytkownika	582—599
Oddział 2. O zobowiązaniach użytkownika	600—616
Oddział 3. Jak ustaje użytkowanie	617—624
Dział II. O używaniu i mieszkaniu	625—636
Tytuł IV. O serwitutach czyli służebnościach gruntowych	637—639
Dział I. O służebnościach, wypływających z położenia miejsca	640—648
Dział II. O służebnościach ustanowionych przez prawo	649—652
Oddział 1. O wspólnym murze i rowie	653—673
Oddział 2. O odległości i urzędzeniach pośrednich, wymaganych przy niektórych budowlach	674
Oddział 3. O widoku na własność sąsiada	675—680
Oddział 4. O ścieku z dachów	681
Oddział 5. O prawie przechodu	682—685
Dział III. O służebnościach, ustanowionych z woli człowieka.	
Oddział I. O różnych rodzajach służebności, jakie na majątku ustanowione być mogą	686—689
Oddział II. Jak ustanawiają się służebności	690—696

Oddział III. O prawach nieruchomości której służebność się należy	697—702
Oddział IV. W jaki sposób służebności wygasają	703—710

Księga trzecia.

O rozmaitych sposobach nabywania własności.

Rozporządzenia ogólne	711—717
Tytuł I. O spadkach.	
Dział I. O otwarciu spadków i o uwiązaniu dziedziców	718—724
Dział II. O przymiotach wymaganych do dziedziczenia	725—730
Dział III. O różnych porządkach dziedziczenia	
Oddział I. Rozporządzenia ogólne	731—738
Oddział II. O zastępstwie	739—744
Oddział III. O spadkach przechodzą- cych na zstępnych	745
Oddział IV. O spadkach przechodzą- cych na wstępnych	746—749
Oddział V. O spadkach w linii bocznej	750—755
Dział IV. O spadkach nieporządkowych.	
Oddział I. O prawach dzieci natural- nych do majątku ojca lub matki i o spadkobranium po dzieciach na- turalnych, zmarłych bezpotomnie	756—766
Oddział II. O prawach małżonka przy życiu pozostałego i państwa	767—773
Dział V. O przyjęciu i zrzeczeniu się spadków.	
Oddział I. O przyjęciu	774—783
Oddział II. O zrzeczeniu się spadków	784—792
Oddział III. O dobrodziejstwach in- wentarza, jego skutkach i obowią- zkach spadkobiercy beneficjalnego	793—810
Oddział IV. O spadkach wakujących	811—814
Dział VI. O działach i powrotach.	
Oddział I. O skardze działowej i jej formie	815—842
Oddział II. O powrotach	843—869
Oddział III. O płaceniu długów	870—882
Oddział IV. O skutkach działów i o re- koiżmi za schedy	883—886
Oddział V. O zerwaniu działów	887—892
Tytuł II. O darowiznach między żyjącymi i o te- stamentach.	
Dział I. Rozporządzenia ogólne	893—900

Dział II. O zdolności do rozporządzania lub do otrzymywania przez darowiznę między żyjącymi lub przez testament	901— 912
Dział III. O części rozporządzalnej majątku i o redukcji.	
Oddział I. O części rozporządzalnej majątku	913— 919
Oddział II. O zmniejszeniu darowizn i zapisów	920 — 930
Dział IV. O darowiznach między żyjącymi.	
Oddział I. O formie darowizn między żyjącymi	931— 952
Oddział II. O wyjątkach od zasady nieodwołalności darowizn między żyjącymi	953— 966
Dział V. O rozporządzeniach testamentowych	
Oddział I. O prawidłach ogólnych co do formy testamentów	967— 980
Oddział II. O prawidłach szczególnych co do formy niektórych testamentów	981—1001
Oddział III. O ustanowieniu zastępcy i o zapisach w ogólności	1002
Oddział IV. O zapisie ogólnym.	1003—1009
Oddział V. O zapisie pod tytułem ogólnym	1010—1013
Oddział VII. O zapisach szczególnych	1014—1024
Oddział VII. O wykonawcach testamentowych	1025 1034
Oddział VIII. O odwołaniu testamentów i ich upadku	1035—1047
Dział VI. O rozporządzeniach dozwolonych na korzyść wnuków darującego lub testatora, albo na korzyść dzieci jego rodzeństwa	1048—1074
Dział VII. O działach, przez rodziców lub innych wstępnych między zstępnymi uczynionych	1075—1080
Dział VIII. O darowiznach, uczynionych w umowie przedślubnej małżonkom i dzieciom, z małżeństwa urodzić się mającym	1081—1090
Dział IX. O rozporządzeniach pomiędzy małżonkami, bądź przez umowę przedślubną bądź w czasie małżeństwa	1091 - 1100
Tytuł III. O kontraktach czyli zobowiązaniach umownych w ogólności.	
Dział I. Rozporządzenia przedwstępne	1101—1107
Dział II. O warunkach istotnych do ważności umów	1108

Oddział I. O zezwoleniu	1109—1122
Oddział II. O zdolności stron umawiających się	1123—1125
Oddział III. O przedmiocie i treści umów	1126—1130
Oddział IV. O przyczynie	1131—1133
Dział III. O skutku zobowiązań.	
Oddział I. Rozporządzenia ogólne	1134—1135
Oddział II. O zobowiązaniu dania	1136—1141
Oddział III. O zobowiązaniu czynienia lub nieczynienia	1142—1145
Oddział IV. O szkodach i stratach, wynikających z niewykonania zobowiązania	1146—1155
Oddział V. O tłumaczeniu umów	1156—1164
Oddział VI. O skutku umów względem trzecich	1165—1167
Dział IV. O rozmaitych rodzajach zobowiązań.	
Oddział I. O zobowiązaniach warunkowych	1168—1184
Oddział II. O zobowiązaniach terminowych	1185—1188
Oddział III. O zobowiązaniach przemennych	1189—1196
Oddział IV. O zobowiązaniach solidarnych	1197—1216
Oddział V. O zobowiązaniach podzielnych i niepodzielnych	1217—1225
Oddział VI. O zobowiązaniach z zastrzeżeniem kary	1226—1233
Dział V. O ustaniu zobowiązań	1234
Oddział I. O zniszczeniu	1235—1270
Oddział II. O odnowieniu	1271—1281
Oddział III. O zwolnieniu z długu	1282—1288
Oddział IV. O potrąceniu	1289—1299
Oddział V. O pomieszaniu	1300—1301
Oddział VI. O utracie rzeczy dłużnej	1302—1303
Oddział VII. O skardze o nieważność lub zerwanie umów	1304—1314
Dział VI. O dowodzie zobowiązań i uiszczenia	1315—1316
Oddział I. O dowodzie piśmiennym	1317—1340
Oddział II. O dowodzie ze świadków	1341—1348
Oddział III. O domniemaniach	1349—1353
Oddział IV. O przyznaniu strony	1354—1356
Oddział V. O przysiędze	1357—1369
Tytuł IV. O zobowiązaniach powstających bez umowy	1370

Dział I. O jakby — umowach	1371—1381
Dział II. O występkach i jakby — występkach	1382—1386
<i>Tytuł V. O umowie przedślubnej</i> ,	<i>1387—1581</i>
<i>Tytuł VI. O sprzedaży.</i>	
Dział I. O istocie i formie sprzedaży	1582—1593
Dział II. Kto może kupować lub sprzedawać	1594—1597
Dział III. O rzeczach, które mogą być sprzedawane	1598—1601
Dział IV. O zobowiązaniach sprzedaży.	
Oddział I. Rozporządzenia ogólne	1602—1603
Oddział II. O wydaniu	1604—1624
Oddział III. O rękojmi	1625—1649
Dział V. O obowiązkach nabywcy	1650—1657
Dział VI. O nieważności i rozwiązaniu sprzedaży	1658
Oddział I. O prawie odkupu	1659—1673
Oddział II. O zerwaniu sprzedaży z powodu pokrzywdzenia	1674—1685
Dział VII. O licytacji	1686—1688
Dział VIII. O przelewie wierzytelności i innych praw niezmysłowych	1689—1701
<i>Tytuł VII. O zamianie</i>	<i>1702—1707</i>
<i>Tytuł VIII. O umowie najmu.</i>	
Dział I. Rozporządzenia ogólne	1708—1712
Dział II. O najmie rzeczy	1713
Oddział I. O zasadach wspólnych najmom domów i dóbr wiejskich	1714—1751
Oddział II. O przepisach szczególnych dla najmu domów i ruchomości	1752—1762
Oddział III. O przepisach szczególnych dla dzierżaw wiejskich	1763—1778
Dział III. O najmie pracy i przemysłu	1779
Oddział I. O najmie usług i robotników	1780—1781
Oddział II. O przewożących lądem i wodą	1782—1786
Oddział III. O przedsiębiorstwach z kosztorysu i ryczałtowych	1787—1799
Dział IV. O najmie w pacht.	
Oddział I. Rozporządzenia ogólne	1800—1803
Oddział II. O pachcie prostym	1804—1817
Oddział III. O pachcie na połowę	1818—1820
Oddział VI. O pachcie danym przez właściciela dzierżawcy swemu lub częściownikowi	1821—1830
Oddział V. O umowie niewłaściwie pachtem zwanej	1831
<i>Tytuł IX. O umowie spółki.</i>	
Dział I. Rozporządzenia ogólne	1832—1834

Dział II. O rozmaitych rodzajach spółek . . .	1835
Oddział I. O spółkach ogólnych . . .	1836—1840
Oddział II. O spółce szczególnej . . .	1841—1842
Dział III. O zobowiązaniach wspólników wzajemnych i względem osób trzecich.	
Oddział I. O zobowiązaniach wzajemnych między wspólnikami . . .	1843—1861
Oddział II. O zobowiązaniach wspólników względem trzecich . . .	1862—1864
Dział IV. O rozmaitych sposobach ustania spółki	1865—1872
Rozporządzenia, dotyczące spółek handlowych	1873 ³
Tytuł X. O pożyczce	1874
Dział I. O pożyczce do używania czyli wygodzenia.	
Oddział I. O istocie pożyczki do używania	1875—1879
Oddział II. O obowiązkach biorących do używania	1880—1887
Oddział III. O obowiązkach użyczającego	1888—1891
Dział II. O pożyczce na zużycie czyli pożyczce prostej.	
Oddział I. O istocie pożyczki na zużycie	1892—1897
Oddział II. O zobowiązaniach dającego pożyczkę	1898—1901
Oddział III. O obowiązkach zaciągającego pożyczkę	1902—1904
Dział III. O pożyczce procentowej	1905—1914
Tytuł XI. O składzie i o sekwestrze.	
Dział I. O składzie w ogólności i o różnych jego rodzajach	1915—1916
Dział II. O składzie właściwym.	
Oddział I. O naturze i istocie umowy składu	1917—1920
Oddział II. O składzie dobrowolnym	1921—1926
Oddział III. O zobowiązaniach skład przyjmującego	1927—1946
Oddział IV. O zobowiązaniach osoby skład czyniącej	1947—1948
Oddział V. O składzie koniecznym	1949—1954
Dział III. O sekwestrze.	
Oddział I. O różnych rodzajach sekwestru	1955
Oddział II. O sekwestrze umownym	1956—1960
Oddział III. O sekwestrze czyli składzie sądowym	1961—1963

Tytuł XII. O umowach losowych	1964
Dział I. O grze i zakładzie	1965—1967
Dział II. O umowie renty dożywotniej.	
Oddział I. O warunkach wymaganych do ważności umowy	1968—1976
Oddział II. O skutkach umowy między kontrahentami	1977—1983
Tytuł XIII. O pełnomocnictwie.	
Dział I. O istocie i o formie pełnomocnictwa	1984—1990
Dział II. O zobowiązaniach pełnomocnika	1991—1997
Dział III. O zobowiązaniach mocodawcy	1998—2002
Dział IV. O różnych sposobach ustanienia pełnomocnictwa	2003—2010
Tytuł XIV. O poręczeniu.	
Dział I. O istocie i rozciągłości poręczenia	2011—2020
Dział II. O skutku poręczenia.	
Oddział I. O skutku poręczenia pomiędzy wierzycielem a poręczycielem	2021—2027
Oddział II. O skutku poręczenia pomiędzy dłużnikiem a poręczycielem	2028—2032
Oddział III. O skutku poręczenia między współporęczycielami	2033
Dział III. O ustaniu poręczenia	2034—2039
Dział IV. O poręczycielu ustawowym i poręczycielu sądowym	2040—2043
Tytuł XV. O układach pojednawczych	2044—2058
Tytuł XVI. O przymusie osobistym w stosunkach cywilnych	2059—2070
Tytuł XVII. O zastawie	2071—2072
Dział I. O zastawie ruchomym	2073—2084
Dział II. O zastawie nieruchomym	2085—2091
<i>Tytuł XVIII. O przywilejach i hipotekach</i>	<i>2092—2203</i>
Tytuł XIX. O wywłaszczeniu przymusowym i o uporządkowaniu szacunku między wierzycielami.	
Dział I. O wywłaszczeniu przymusowym	2204—2217
Dział II. O uporządkowaniu i podziale ceny między wierzycieli	2218
Tytuł XX. O przedawnieniu.	
Dział I. Rozporządzenia ogólne	2219—2227
Dział II. O posiadaniu	2228—2235
Dział III. O przyczynach przeszkadzających przedawnieniu	2236—2241
Dział IV. O przyczynach, przerywających lub zawieszających bieg przedawnienia.	
Oddział I. O przyczynach, które przerywają przedawnienia	2242—2250

Oddział II. O przyczynach, zawieszających bieg przedawnienia . . .	2251—2259
Dział V. O czasie do przedawnienia wymag.	
Oddział I. Rozporządzenia ogólne .	2260—2261
Oddział II. O przedawnieniu trzydziestoletniem	2262—2264
Oddział III. O przedawnieniu dziesięcio- lub dwudziestoletniem . . .	2265—2270
Oddział IV. O niektórych przedawnieniach szczególnych	2271—2281 ¹⁾

Ustawy hipoteczne.

Prawo hipoteczne 1818 r.

Dział I. Urządzenia ogólne.	
Oddział I. O tytułach	1— 4
Oddział II. O księgach hipotecznych	5—28
Oddział III. O magistraturach hipotecznych i ich organizacyi i postępowaniu w rzeczach hipotecznych	29
Dział II. O ustaleniu własności dóbr nieruch.	30— 39
Dział III. O przywileju na dobrach nieruch.	40— 42
Dział IV. O ścieśnieniu własności dóbr nier., o ciężarach wieczystych i służebnościach	43— 46
Dział V. O hipotekach	47— 71
Oddział I. O hipotekach prawnych	72—110
Oddział II. O hipotekach sądowych	111
Oddział III. O hipotekach umownych	112—118
Dział VI. O wykreśleniu wpisów	119—124
Dział VII. O skutecznieniu wpisu na dobrach nieruchomych lub kapitałach hipotekowanych, należących do spadku	125—131
Dział VIII. O ostrzeżeniach (protestacyach)	132—139
Dział IX. O stopniowem zaprowadzeniu nowego porządku hipotecznego.	
Oddział I. O załatwieniu czynności, poprzedzających termin prekluzyjny	140—144
Oddział II. O terminie prekluzyjnym	145—161
Dział X. O prawidłach zastosowania niniejszego prawa	162—163

Prawo o przywilejach i hipotekach.

Dział I. Urządzenia ogólne	1— 4
Dział II. O przywilejach	5— 9
Dział III. O hipotekach	10—23
Dział IV. O porządku kar sąd. i adm. względem innych wierzytelności	24

¹⁾ Części oznaczone kursywą zostały uchylone.

B. Ziemie polskie b. zaboru pruskiego.

Ustawą z 20 grudnia r. 1873 zmieniono konstytucję państwa niemieckiego w artykule 4. l. 13 w ten sposób, że, gdy dotychczas wspólnemu ustawodawstwu przekazaniem było tylko prawo o zobowiązaniach, odtąd do wspólnego ustawodawstwa należało całe prawo cywilne. Rozpoczęte na tej podstawie prace doprowadziły do kodeksu cywilnego dla państwa niemieckiego ogłoszonego pod numerem 21 dz. pr. państwa z r. 1896 z datą 18 sierpnia 1896. Równocześnie ogłoszono ustawę wprowadzającą kodeks cywilny, która postanowiła, że ten kodeks ma wejść w życie 1 stycznia 1900 r.

Układ kodeksu cywilnego niemieckiego jest następujący:

Księga pierwsza. Część ogólna.		Paragrafy
Rozdział I. Osoby		1— 89
Tytuł 1. Osoby naturalne		1— 20
Tytuł 2. Osoby prawnicze		21— 89
I. Stowarzyszenia		21— 79
1. Ogólne przepisy		21— 54
2. Wpisane stowarzyszenia		55— 79
II. Fundacje		80— 88
III. Osoby prawnicze prawa publicznego		89
Rozdział II. Rzeczy		90—103
Rozdział III. Akty prawne		104—185
Tytuł 1. Zdolność do aktów		104—115
Tytuł 2. Oświadczenie woli		116—144
Tytuł 3. Umowa		145—157
Tytuł 4. Warunek, oznaczenie czasu		158—163
Tytuł 5. Zastępstwo, pełnomocnictwo		164—181
Tytuł 6. Przyzwolenie (Einwilligung), zatwierdzenie (Genehmigung)		182—185
Rozdział IV. Czasokresy (Fristen), terminy (Termine)		186—193
Rozdział V. Przedawnienie		194—225
Rozdział VI. Wykonanie prawa, własna obrona (Selbstverteidigung), własna pomoc (Selbsthilfe)		226—231
Rozdział VII. Zabezpieczenie (Sicherheitsleistung)		232—240
Księga druga. Prawo stosunków obowiązkowych (Recht der Schuldverhältnisse).		
Rozdział I. Treść stosunków obowiązkowych		241—304
Tytuł 1. Zobowiązanie do świadczenia		241—292
Tytuł 2. Zwłoka wierzyciela		293—304
Rozdział II. Stosunki obowiązkowe z umów		305—361
Tytuł 1. Przyczyna (Begründung). Treść umowy		505—319

Tytuł 2. Wzajemna umowa	320—327
Tytuł 3. Obietnica świadczenia trzeciemu	328—335
Tytuł 4. Zadatek (Draufgabe). Kara umowna	336 - 345
Tytuł 5. Odstąpienie (Rücktritt)	346—361
Rozdział III. Zgaśnięcie stosunków obowiązkowych	362—397
Tytuł 1. Wypełnienie	362—371
Tytuł 2. Złożenie do depozytu (Hinterlegung)	372—386
Tytuł 3. Policzenie (Aufrechnung)	387—399
Tytuł 4. Zwolnienie (Erlas)	397
Rozdział IV. Przeniesienie wierzytelności	398—413
Rozdział V. Przejęcie długu (Schuldübernahme)	414—419
Rozdział VI. Wielość dłużników i wierzycieli	420—432
Rozdział VII. Poszczególne stosunki obowiązkowe	433—853
Tytuł 1. Kupno. Zamiana	433—515
I. Ogólne przepisy	433—458
II. Rękojmia (Gewährleistung) z powodu braków rzeczy	459—493
III. Szczególne rodzaje kupna	494—514
1. Kupno wedle próby. Kupno na próbę	494—496
2. Odkupienie (Wiederkauf)	497—503
3. Pierwszeństwo do kupna (Vorkauf)	504—514
IV. Zamiana	515
Tytuł 2. Darowizna	516—534
Tytuł 3. Najem. Dzierżawa	535—597
I. Najem	535—580
II. Dzierżawa	581—597
Tytuł 4. Wygodzenie (Leihe)	598—606
Tytuł 5. Pożyczka	607—610
Tytuł 6. Umowa o usługi (Dienstvertrag)	611—630
Tytuł 7. Umowa o dzieło (Werkvertrag)	631—651
Tytuł 8. Umowa o pośrednictwo (Mäklervertrag)	652—656
Tytuł 9. Rozpisanie nagrody (Auslobung)	657—661
Tytuł 10. Zlecenie (Auftrag)	662—676
Tytuł 11. Prowadzenie interesów bez zlecenia	677—687
Tytuł 12. Przechowanie (Verwahrung)	688—700
Tytuł 13. Wniesienie rzeczy do właścicieli gospód	701—704
Tytuł 14. Spółka	705—740
Tytuł 15. Wspólność	741—758
Tytuł 16. Renta dożywotnia (Leibrente)	759—761
Tytuł 17. Gra. Zakład	762—764
Tytuł 18. Poręczenie (Bürgerschaft)	765—778
Tytuł 19. Ugoda	779
Tytuł 20. Obietnica świadczenia (Schuldversprechen), Uznanie długu (Schuldanerkenntnis)	780 - 782
Tytuł 21. Przekaz (Anweisung)	783—792

Tytuł 22. Zapis długu na okaziciela (Schuldverschreibung auf den Inhaber)	793— 808
Tytuł 23. Oględziny rzeczy (Vorlegung von Sachen)	809— 811
Tytuł 24. Niesłuszne wzbogacenie	812— 822
Tytuł 25. Niedozwolone czynności	823— 853

Księga trzecia. Prawo rzeczowe
(Sachenrecht).

Rozdział I. Posiadanie	854— 872
Rozdział II. Ogólne przepisy o prawach na grunt.	873— 902
Rozdział III. Własność	903—1011
Tytuł 1. Treść własności	903— 924
Tytuł 2. Nabycie i utrata własności na gruntach	925— 928
Tytuł 3. Nabycie i utrata własności na rzeczach ruchomych	929— 984
I. Przeniesienie	929— 936
II. Zasiedzenie	937— 945
III. Połączenie. Zmieszanie. Przerobienie . . .	946— 952
IV. Nabycie owoców i innych części składowych rzeczy	953— 957
V. Przywłaszczenie (Aneignung)	958— 964
VI. Znalezienie	965— 984
Tytuł 4. Roszczenia z własności	985—1007
Tytuł 5. Współwłasność	1008—1011
Rozdział IV. Dziedziczne prawo budowy	1012—1017
Rozdział V. Służebności	1018—1093
Tytuł 1. Służebności gruntowe	1018—1029
Tytuł 2. Użytkowanie	1030—1089
I. Użytkowanie na rzeczach	1030—1067
II. Użytkowanie na prawach	1068—1084
III. Użytkowanie na majątku	1085—1089
Tytuł 3. Ograniczone służebności osobiste	1090—1093
Rozdział VI. Prawo pierwszeństwa do kupna (Vorkaufsrecht)	1094—1104
Rozdział VII. Ciężary rzeczowe (Reallasten)	1105—1112
Rozdział VIII. Hipoteka. Dług gruntowy (Grundschuld). Dług rentowy (Rentenschuld).	1113—1203
Tytuł 1. Hipoteka	1113—1190
Tytuł 2. Dług gruntowy. Dług rentowy	1191—1203
I. Dług gruntowy	1191—1198
II. Dług rentowy	1199—1203
Rozdział IX. Prawo zastawu na rzeczach ruchomych i na prawach	1204—1296
Tytuł 1. Prawo zastawu na rzeczach ruchomych	1204—1296
Tytuł 2. Prawo zastawu na prawach	1273—1296

Księga czwarta. Prawo rodzinne.

Rozdział I. Małżeństwo cywilne (Bürgerl. Ehe)	1297—1588
Tytuł 1. Zaręczyny	1297—1302
Tytuł 2. Zawarcie małżeństwa	1303—1323
Tytuł 3. Nieważność i wzruszalność małżeństwa (Nichtigkeit und Aufechtbarkeit der Ehe)	1324—1347
Tytuł 4. Ponowne zawarcie małżeństwa w przy- padku uznania za zmarłego	1348—1352
Tytuł 5. Skutki małżeństwa w ogólności	1353—1362
Tytuł 6. Małżeńskie prawo majątkowe	1363—1563
I. Ustawowe prawo maj. małż.	1363—1431
1. Ogólne przepisy	1363—1372
2. Zarząd i użytkowanie	1373—1409
3. Odpowiedzialność za długi (Schulden- haftung)	1410—1417
4. Zakończenie zarządu i użytkowania	1418—1425
5. Rozdział majątkowy (Gütertrennung)	1426—1431
II. Umowne pr. maj. małż.	1432—1557
1. Ogólne przepisy	1432—1436
2. Ogólna wspólność majątkowa (Allge- meine Gütergemeinschaft)	1437—1518
3. Wspólność dorobku (Errungenschafts- gemeinschaft)	1519—1548
4. Wspólność ruchomości (Fahrnissgemeinschaft)	1549—1557
III. Rejestr praw majątk. (Güterrechtsregister)	1558—1563
Tytuł 7. Rozdział małżeństwa (Scheidung dor Ehe)	1564—1587
Tytuł 8. Kościelne zobowiązanie	1588
Rozdział II. Pokrewieństwo	1589—1772
Tytuł 1. Ogólne przepisy	1589—1590
Tytuł 2. Ślubne pochodzenie	1591—1600
Tytuł 3. Obowiązek alimentacji	1601—1615
Tytuł 4. Prawne stanowisko dzieci ślubnych	1616—1698
I. Prawny stosunek pomiędzy rodzicami a dzie- ckiem w ogólności	1616—1625
II. Władza rodzicielska	1626
1. Rodzicielska władza ojca	1627—1683
2. Rodzicielska władza matki	1684—1698
Tytuł 5. Prawne stanowisko dzieci z małżeństw nieważnych	1699—1704
Tytuł 6. Prawne stanowisko dzieci nieślubnych	1705—1718
Tytuł 7. Legitymacja dzieci nieślubnych	1719—1740
I. Legitymacja przez późniejsze małżeństwo	1719—1722
II. Oświadczenie ślubności (Ehelichkeitserklär.)	1723—1740
Tytuł 8. Przyjęcie w miejsce dziecka (Annahme an Kindesstatt)	1741 1772

Rozdział III. Opieka	1773—1921
Tytuł 1. Opieka nad małoletnimi	1773—1895
I. Zarządzenie opieki	1773—1792
II. Sprawowanie opieki	1793—1836
III. Piecza i nadzór sądu opiekuńczego	1837—1848
IV. Współdziałanie gminnej rady sieroczej	1849—1851
V. Opieka usamodzieln. (Befreite Vormundschaft)	1852—1857
VI. Rada rodzinna	1858—1881
VII. Zakończenie opieki	1882—1895
Tytuł 2. Opieka nad pełnoletnimi	1896—1908
Tytuł 3. Kuratela (Pflegschaft)	1909—1921

Księga piąta.¹⁹³ Prawo spadkowe.

Rozdział I. Porządek dziedziczenia	1922—1941
Rozdział II. Prawne stanowisko dziedzica	1942—2063
Tytuł 1. Przyjęcie i odrzucenie spadku. Piecza sądu spadkowego	1942—1966
Tytuł 2. Odpowiedzialność dziedzica za zobowiązania spadkowe	1967—2017
I. Zobowiązania spadkowe	1967—1869
II. Wezwanie wierzycieli spadkowych (Aufgebot der Nachlassgläubiger)	1970—1974
III. Ograniczenie odpowiedzialności dziedzica	1975—1992
IV. Sporządzenie inwentarza. Nieograniczona odpowiedzialność dziedzica	1993—2013
V. Odraczające ekscypcy (Aufschieb. Einreden)	2014—2017
Tytuł 3. Roszczenia o spadek (Erbschaftsanspruch)	2018—2031
Tytuł 4. Wielec dziedziców	2032—2063
I. Stosunek prawny między dziedzicami	2032—2057
II. Stosunek prawny między dziedzicami a wierzycielami spadkowymi	2058—2063
Rozdział III. Testament	2064—2273
Tytuł 1. Ogólne przepisy	2064—2086
Tytuł 2. Ustanowienie dziedzica (Erbeinsetzung)	2087—2099
Tytuł 3. Ustan. substytutu (Eisetzung e. Nacherbens)	2100—2146
Tytuł 4. Zapis	2147—2191
Tytuł 5. Zlecenie	2192—2196
Tytuł 6. Wykonawca testamentu	2197—2228
Tytuł 7. Sporządzenie i zniesienie testamentu	2229—2264
Tytuł 8. Testament wspólny	2265—2273
Rozdział IV. Kontrakt dziedziczenia	2274—2302
Rozdział V. Zachówek	2303—2338
Rozdział VI. Niegodność dziedziczenia	2339—2345
Rozdział VII. Zrzeczenie się spadku	2346—2352
Rozdział VIII Świadczenie wielkości części spadkowej (Erbschein)	2353—2370
Rozdział IX. Kupno spadku (Erbschafts Kauf)	2371—2385

C. Ziemie polskie b. zaboru austriackiego.

Patentem cesarskim z 1 czerwca 1811 r. l. 946 zb. u. s. ogłoszonym został kodeks cywilny austriacki (Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch) dla tych krajów, które w r. 1811 stanowiły cesarstwo austriackie z wyjątkiem Węgier i ówczesnych krajów przyłączonych do Węgier, z mocą obowiązującą od 1 stycznia 1812 roku. Z dniem tym stracił moc obowiązującą także i dany Galicyi kodeks cywilny.

Patentem cesarskim z 23 marca 1852 roku l. 77 d. u. p. ogłoszony został tenże kodeks cywilny dla miasta Krakowa i okręgu. Moc obowiązująca datuje się od 20 kwietnia 1852 r. co do prawa małżeńskiego, a od dnia dokonanej organizacji sądów co do całości t. j. od 29 września 1855 roku.

Największą zmianę zaprowadziły w kodeksie cywilnym 3 częściowe nowele, ogłoszone cesarskimi rozporządzeniami z 12 paźdz. 1914 r. l. 276 d. u. p. (Nowela I), z 22 lipca r. 1915 l. 208 d. u. p. (Nowela II) i 19 marca 1916 l. 69 d. u. p. (Nowela III). Nowele te weszły w życie: pierwsza 13 paźdz. 1914, druga 25 lipca 1915, postanowienia trzeciej o przedawnieniu (§§ 191—201) 1 kwietnia 1916 r., postanowienia o nabyciu praw rzeczowych na niewpisanych do ksiąg realnościach i budowlach (§§ 15—25) 15 kwietnia 1916, wszystkie inne postanowienia trzeciej noweli 1 stycznia 1917 r.

Układ austriackiego kodeksu cywilnego jest następujący:

Patenty obwieszczające powszechną księgę ustaw cywilnych.

I. Dla tych krajów, które w r. 1811 wchodziły w skład cesarstwa austriackiego, z wyjątkiem Węgier i należących wówczas do nich krajów.

Patent cesarski z d. 1 czerwca 1811 l. 946 z. u. s.

II. dla W. Księstwa Krakowskiego.

Patent cesarski z d. 23 marca 1852 l. 77 d. u. p.

Powszechna księga ustaw cywilnych.

Wstęp.

Paragr.

O ustawach cywilnych w ogólnosci . . . 1—14

Cześć pierwsza.

O prawie osobowem.

Rozdział pierwszy: O prawach odnoszących się do osobistych przymiotów i stosunków . . .	15—43
Rozdział drugi: O prawie małżeńskiem . . .	44—135
Rozdział trzeci: O prawach między rodz. a dziećmi	137— 186
Rozdział czwarty: O opiekach i kuratelach . .	187— 284

Część druga ustawy cywilnej.

O prawie rzeczowem (Von dem Sachenrechte).

O rzeczach i prawnym ich podziale . . . 285— 308

Oddział pierwszy.

O prawach rzeczowych (von den dinglichen Rechten).

Rozdział pierwszy: O posiadaniu	309— 352
Rozdział drugi: O prawie własności	353— 379
Rozdział trzeci: O nabyciu własności przez przywł.	380— 403
Rozdział czwarty: O nabyciu wł. przez przybytek	404— 422
Rozdział piąty: O nabyciu własności przez oddanie	423— 446
Rozdział szósty: O prawie zastawu	447— 471
Rozdział siódmy: O służebnościach	472— 530
Rozdział ósmy: O prawie spadkowem	531— 551
Rozdział dziewiąty: O oświadczeniu ostatniej woli w ogólności i o testamentach w szczególności	552— 603
Rozdział dziesiąty: O dziedzicach podstawionych i o powiernictwach	604— 646
Rozdział jedenasty: O zapisach	647— 694
Rozdział dwunasty: O ograniczeniu i uchyleniu ostatniej woli	695— 726
Rozdział trzynasty: O ustawowym porz. dziedzicz.	727— 761
Rozdział czternasty: O zachowku i o policzeniu na zachówek lub na część spadku	762— 796
Rozdział piętnasty: O wzięciu spadku w posiadanie	797— 824
Rozdział szesnasty: O współwłasności i o współ- ności innych praw rzeczowych	825— 858

Oddział drugi.

O prawach osobisto-rzeczowych (Von den persönlichen Sachenrechten).

Rozdział siedemnasty: O umowach w ogólności	859— 937
Rozdział osiemnasty: O darowiznach	938— 956
Rozdział dziewiętnasty: O kontrakcie składu	957— 970
Rozdział dwudziesty: O kontrakcie wygodzenia	971— 982
Rozdział dwudz. pierwszy: O kontrakcie pożyczki	983—1001
Rozdział dwudz. drugi: O pełnomocnictwach i in- nych rodzaj. sprawowania cudzych interesów	1002 - 1044
Rozdział dwudz. trzeci: O kontrakcie zamiany	1045—1052
Rozdział dwudz. czwarty: O kontrakcie kupna	1053—1089
Rozdział dwudz. piąty: O kontraktach dzierżawn., wieczysto-dzierżawnych i wiecz. czynszowych	1090—1150
Rozdział dwudz. szósty: O kontr. pod tyt. obciąż- ającym w przedmiocie świadczenia usług	1151—1174
Rozdział dwudz. siódmy: O kontr. wspóln. dóbr.	1175—1216
Rozdział dwudz. ósmy: O kontr. małżeńskich	1217—1266

Rozdział dwudz. dziewiąty: O kontraktach losow.	1267—1292
Rozdział trzydziesty: O prawie wynagrodz. szkody i zadosyćuczynieniu	1293—1341

Część trzecia ustawy cywilnej.

O przepisach wspólnych prawom osobowym i rzeczowym.

Rozdział pierwszy: O utwierdzeniu praw i obow.	1342—1374
Rozdział drugi: O przemianie praw i obowiązków	1375—1410
Rozdział trzeci: O zniesieniu praw i obowiązków	1411—1450
Rozdział czwarty: O przedawnieniu i zasiedzeniu	1461—1502

Wszystkie powyższe trzy kodeksy ulegały z biegiem czasu częściowym zmianom i uzupełnieniom. Do prawa cywilnego zalicza się też obecnie wiele materij, których kodeksy, zwłaszcza austriacki i polski, nie normowały wogóle, odnośne ustawy bowiem zostały wywołane nowymi potrzebami i stosunkami. Wszystkich tych przepisów nie wymieniamy obecnie, cytować je jednak będziemy oczywiście w tekście wykładu.

ADWOKAT
DR. JÓZEF SCHMIDT
Lwów, Hełmęcha 1, 10.

KSIEGA PIERWSZA
PRAWO FAMILIJNE

ROZDZIAŁ PIERWSZY.

Familja. Pokrewieństwo. Powinowactwo.

I. Kodeks cywilny austr. określa rodzinę (familję) w § 40: „Przez rodzinę rozumie się rodziców wspólnych (Stammeltern) z wszystkimi ich potomkami. Związek między temi osobami nazywa się pokrewieństwem (Verwandschaft); związek zaś, który powstaje między jednym małżonkiem a krewnymi drugiego, nazywa się powinowactwem (Schwägerschaft)“. Jest to pojęcie szersze rodziny (familji); znaczenie rodziny w tym rozmiarze słabnie, jak to widzimy w prawie spadkowym, ograniczającym ilość linii. Natomiast rodzina w ściślejszem znaczeniu, składająca się z małżonków i znajdujących się pod ich władzą dzieci (§ 44 k. c. a.)¹⁾, której głową jest mąż (§ 91 k. c. a.), będąca podstawą naszego życia społecznego ma znaczenie w dziedzinie prawa. Wynikające stąd, t. j. z małżeństwa i z pokrewieństwa, stosunki między małżonkami i między rodzicami a dziećmi (przez rodziców rozumie § 47 k. c. austr. „w zasadzie“ bez różnicy stopnia wszystkich krewnych w linii wstępnej, a przez dzieci krewnych w linii zstępnej), są przedmiotem prawa rodzinnego (w znaczeniu przedmiotowym), wraz z normami o opiece i kurateli. Włączenie przepisów o opiece do prawa rodzinnego, odpowiadające tradycji, tłumaczy się tem, że opiekun zastępuje ojca, przepisów zaś o kurateli tem, że utworzoną została na wzór opieki. Przepisy prawa rodzinnego są w szerokim zakresie *ius cogens*, co jednak należy stwierdzić co do każdej szczegółowej normy. W znaczeniu podmiotowym prawo rodzinne można rozpatrywać z punktu widzenia praw stanu (Zustandsrechte), o naturze bezwzględnej, skutecznych przeciw każdemu trzeciemu, a nie tylko przeciwko osobom znajdującym się w związku rodzinnym, tudzież z punktu widzenia praw obligatoryjnych. Praw rodzinnych w znaczeniu podmioto-

¹⁾ §§ 44, 161 K. c. austr. mają na myśli tylko ślubne pokrewieństwo, jako podstawę rodziny. Wynikało to także z dawnego brzmienia § 165 k. c. a. Poprawione stanowisko dzieci nieślubnych, w szczególności możliwa dla nich wspólność domowa (§ 171 k. c. a.), a przede wszystkim zmiana brzmienia § 165, mogłyby skłaniać do nieograniczania rodziny do ślubnego pokrewieństwa, byłoby to jednak trzecie pojęcie rodziny, bo dziecko nieśl. ma zawsze opiekuna.

wem odrębnych, równorzędnych z prawami rzeczowymi i obligatoryjnymi, nie da się uzasadnić. Dodać należy, że osobno badaną i rozstrzygniętą być winna kwestya, czy prawa stanu (Zustandsrechte) mają naturę publiczno-prawną, czy też publiczno-prywatną, o ile naturalnie przyjmuje się prawa podmiotowe publiczne. Natomiast nie ulega wątpliwości, że, jakkolwiekby to badanie wypadło, prawa stanu, wynikające ze stosunków familijnych, muszą być przedmiotem wykładu prawa cywilnego.

Prawo cywilne niemieckie nie daje pojęcia rodziny (zna luźny związek przypadkowo w wspólności domowej znajdujących się osób przynależnych do niej, n. p. §§ 570, 1093, 1666, 1838 K. c. n. i t. d.), ale główny cel tego pojęcia, skupienie dookoła niego pod nazwą „prawa familijnego“ norm dotyczących się stosunków wynikających z małżeństwa, pokrewieństwa, opieki i kurateli, jest w prawie niemieckim spełniony, bo czwarta księga k. c. niem. pod tą nazwą te właśnie reguluje sprawy. W k. c. austr. i w k. Kr. p. materje te mieszczą się w księdze pierwszej, zatytułowanej w k. c. austr. „o prawach osobowych“, w k. c. Kr. p. „o osobach“. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby system naukowy, opierający się na wszystkich trzech ustawach, przyjął dla tych właśnie materij nazwę ogólną „prawa familijnego“.

Podnosimy jeszcze uwagę terminologiczną: K. c. austr. w § 42 rozumie przez rodziców krewnych wstępnych, a przez dzieci krewnych zstępnych. Jest tak jednak tylko w zasadzie. I tak: §§ 65, 80, 140, 144, 160—162, 1220, 1221 rozumieją przez rodziców tylko ojca i matkę, §§ zaś 28, 44, 150—152, 185, 700, 954 przez dzieci tylko synów i córki, §§ 143, 763, 1220, 1221 przez dziadków, także i dalszych przodków, orzec. 15753 z b. G. U. W. przez wyraz „wnuki“ rozumie i dalszych zstępnych. Nastęrcza także wątpliwości kwestja ślubności. Dotychczasowa praktyka przez „dzieci“ rozumiała tylko ślubne, n. p. orzec. 4529 G. U. W., wedle którego ustanowienie dziędzicami „dzieci“ oznacza w wątpliwości tylko dzieci ślubne, podobnie orzec. 14513 G. U. W., wedle którego przyjście na świat dziecka nieślubnego nie czyni małżeństwa nie bezdzietnem. Natomiast orz. 6251 N. f. t. XVI (ks. orz. 210) przez wyraz „dzieci“ rozumie także dzieci nieślubne kobiety, będącej dziędzicem koniecznym. Wynika z powyższych przykładów, że w każdym przypadku należy badać, co trzeba rozumieć przez wyrazy „rodzice“ i „dzieci“.

Kod. niem. używa na oznaczenie zstępnych bez różnicy stopnia wyrazu „potomkowie“ (Abkömmlinge), a nie „dzieci“ (Kinder), jak k. c. austr.; p. n. p. §§ 1310 u. 2, 3, 1482, 1924 k. c. niem. Wyraz „dzieci“ oznacza w k. c. niem. tylko synów i cózki, z wyjątkiem § 2069 k. c. niem. Wyraz „rodzice“ oznacza tylko wstępnych pierwszego stopnia, gdzie zaś idzie o dalszych przodków, są oni wyraźnie wymienieni, n. p. § 1611 k. c. n.

II. Przodkowie i potomkowie, z których pierwsi stanowią linię wstępną, drudzy zstępną, są spokrewnieni ze sobą w linii

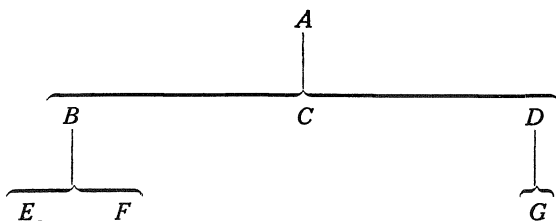
prostej, wszyscy inni zaś krewni są spokrewnieni w linii bocznej, § 41 k. c. austr. Tak samo określa to k. c. niem. w § 1589: „Osoby, z których jedna pochodzi od drugiej, są spokrewnione w linii prostej. Osoby, które nie są spokrewnione w linii prostej, ale pochodzą od tej samej trzeciej osoby, są spokrewnione w linii bocznej“. Tak samo określa tę kwestję k. c. Kr. pol. w art. 736: „Szereg stopni tworzy linię; nazywamy „linią prostą“ szereg stopni między osobami, z których jedna pochodzi od drugiej; „linią boczną“ szereg stopni pomiędzy osobami, pochodzącymi nie jedna od drugiej, lecz od wspólnego rodzica. W linii prostej rozróżnia się linię prostą zstępną i linię prostą wstępną. Pierwsza jest ta, która łączy rodzica z tymi, co od niego pochodzą, druga jest ta, która łączy daną osobę z tymi, od których ona pochodzi“. P. także kan. 96 c. i. can.

Kwestję, czy pokrewieństwo opiera się na ślubnem pochodzeniu, rozstrzyga k. c. niem. w ten sposób, że w § 1589 postanawia wyraźnie, iż dziecko nieślubne i ojciec nie są krewnymi, po stronie macierzystej zaś postanawia w § 1705, że dziecko nieślubne ma w stosunku do matki i jej krewnych prawne stanowisko dziecka ślubnego. K. c. austr. mówi w § 155, że dzieci nieślubne nie mają równych praw z ślubnymi, w § zaś 754 mówi, że ze względu na matkę i krewnych matki, mają dzieci nieślubne przy ustawowem dziedziczeniu wolno dziedzicznego majątku równe prawa z ślubnymi, nie służy im natomiast ustawowe dziedziczenie po ojcu i po krewnych ojca. W rezultacie stanowisko dzieci nieślubnych jest wedle obydwóch tych kodeksów prawie jednakowe, jednakże prawne uzasadnienie poszczególnych uprawnień musi być różne. W prawie cywilnem niemieckiem kwestja, czy dziecku nieślubnemu służy dane uprawnienie, rozstrzyga się, jako wniosek z dwóch wyżej podanych zasad, w prawie austriackiem zaś każde poszczególne uprawnienie musi mieć osobny przepis. N. p. prawo spadkowe dziecka nieślubnego uzasadnia się w pr. niem. jako wniosek z dwóch powyższych zasad, w prawie austriackiem musi być osobny przepis tak wykluczający dziecko nieślubne od dziedziczenia po ojcu, jak dopuszczający do dziedziczenia po matce i jej krewnych (§ 754 k. c. austr.). Takie samo stanowisko, jak pr. austr., zajmuje prawo cywilne obowiązujące w Kr. pol., gdzie art. 302 postanawia, że dziecku naturalnemu, chociażby uznanemu, nie służą prawa dziecka ślubnego. Znaczy to, że na każdy punkt prawnego stanowiska dziecka nieślubnego winien być wyraźny przepis, gdy tymczasem w pr. niem. nie potrzeba tego, bo są tam dwie ogólne zasady, z których wystarczy wnioskować.

Obliczanie stopnia pokrewieństwa jest we wszystkich trzech ustawach jednakowem: tot gradus, quot generationes. Wedle § 41 k. c. aust. oznacza się stopnie pokrewieństwa między dwiema osobami wedle liczby urodzeń (Zeugungen), zapomocą których w linii prostej jedna od drugiej, a w linii pobo-

cznej obie od najbliższego wspólnego rodzica zależą. W pr. niem. § 1589 postanawia również, że stopień pokrewieństwa oznacza się wedle liczby urodzin (Geburten, użycie jednak innego wyrazu, jak w pr. austr., nie powoduje różnicy w samej rzeczy). Wreszcie w pr. cyw. Kr. p. postanawiają art. 737 i 738: „W linii prostej liczy się tyle stopni, ile jest urodzeń pomiędzy osobami: zatem syn względem ojca jest w pierwszym stopniu, wnuk w drugim i nawzajem ojciec i dziad względem synów i wnuków. W linii bocznej stopnie liczą się podług urodzeń, poczynając od jednego z krewnych aż do wspólnego rodzica wyłącznie i od tego znowu aż do drugiego z krewnych. W ten sposób dwaj bracia są w drugim stopniu, wuj i siostrzeniec w trzecim stopniu, rodzeństwo stryjeczne, w czwartym stopniu i tak dalej“.

Następujący przykład objaśni sposób liczenia stopni pokrewieństwa :



Dziad *A* ma dwóch synów *B* i *C* i córkę *D*. Ze syna *B* ma dwóch wnuków *E* i *F*, z córki *D* zaś jednego wnuka *G*.

<i>A</i>	jest	spokrewniony	z	<i>B C D</i>	w	pierwszym	stopniu
<i>A</i>	"	"	z	<i>E F G</i>	w	drugim	"
<i>E</i>	"	"	z	<i>F</i>	"	"	"
<i>B C</i>	są	"	z	<i>D</i>	"	"	"
<i>E</i>	jest	"	z	<i>F</i>	"	"	"
<i>E</i>	"	"	z	<i>C</i>	"	trzecim	"
<i>E</i>	"	"	z	<i>D</i>	"	"	"
<i>G</i>	"	"	z	<i>B</i>	"	"	"
<i>G</i>	"	"	z	<i>E</i>	"	czwartym	"

Z powyższego wynika, że pokrewieństwo pierwszego stopnia w hocznej linii jest niemożliwe.

Innem jest obliczenie stopnia pokrewieństwa wedle prawa kanonicznego.

Kan. 96 c. i. can. opiewa :

§ 1. Consanguinitas computatur per lineas et gradus.

§ 2. In linea recta, tot sunt gradus quot generationes, seu quot personae, stipite dempto.

§ 3. In linea obliqua, si tractus uterque sit aequalis, tot sunt gradus, quot generationes in uno tractu lineae: si duo tractus sint inaequales, tot gradus quot generationes in tractu longiore.

W powyższym przykładzie przeto *A* jest spokrewniony z *E*

w drugim stopniu, jak w prawie cywilnem, ale E spokrewniony z D wedle prawa cywilnego w trzecim stopniu jest wedle prawa kanonicznego spokrewniony w drugim stopniu, a E spokrewniony wedle prawa cywilnego z G w czwartym stopniu jest wedle prawa kanonicznego spokrewniony w drugim stopniu i t. d.

Ustawodawstwa, nie uznające pokrewieństwa między ojcem a dzieckiem nieślubnem, liczą się przeciw z pokrewieństwem naturalnem, które objawia się, jako przeszkoda przy zawieraniu małżeństwa, w obowiązku utrzymania, w możności legitymacji etc.

Pokrewieństwo w znaczeniu kodeksowem odgrywa rolę: jako przeszkoda przy zawieraniu małżeństwa, przy fungowaniu w charakterze świadków, w obowiązku alimentacji krewnych, w desygnowaniu opiekuna, w pewnych aktach opiekuńczych, w ustawowem dziedziczeniu, w sprawie zachowku i t. d.

III. Ostatnie zdanie § 40 k. c. austr. mówi, że „związek (Verbindung) zachodzący między jednym małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka, nazywa się powinowactwem (Schwägerschaft)“. Następny zaś paragraf w ostatniem zdaniu mówi: „W jakiej linii i w jakim stopniu jest ktoś z jednym małżonkiem spokrewniony, w takiej samej linii i w takim samym stopniu jest z drugim małżonkiem spowinowacony“. Tak samo określa sprawę powinowactwa k. c. niem. w § 1590, który opiewa: „Krewni jednego małżonka są z drugim małżonkiem spowinowaceni. Linję i stopień powinowactwa oznacza się wedle linii i stopnia pokrewieństwa, którego ono jest wynikiem. Powinowactwo trwa, chociaż małżeństwo, na którem ono się opiera, zostało rozwiązane“. Niema także różnic w pojęciu i obliczeniu stopnia powinowactwa w prawie c. Kr. p. (art. 30 n. prawa o małż.). Natomiast obliczenie stopnia powinowactwa wypada konsekwentnie inaczej w prawie kanonicznem. Kan. 97 c. i. can. opiewa:

§ 1. Affinitas oritur ex matrimonio valido sive rato tantum sive rato et consummato.

§ 2. Viget inter virum dumtaxat et consanguineos mulieris, itemque mulierem inter et viri consanguineos.

§ 3. Ita computatur ut qui sunt consanguinei viri, iidem in eadem linea et gradu sint affines mulieris, et vice versa.

Podnieść należy, że i wedle prawa kanonicznego powinowactwo powstaje z małżeństwa, a nie tylko z konsumacyi małżeństwa.

Powinowactwo obejmuje:

1. w prostej linii stosunek jednego małżonka do jednostronnych potomków drugiego małżonka (ojczym, macocha, pasierbowie);

2. w prostej linii stosunek jednego małżonka do rodziców i dziadów drugiego (teść, świekra, zięć, synowa);

3. w linii bocznej stosunek jednego małżonka do krewnych drugiego (szwagier, szwagrowa).

Nie są powinowatymi :

1. powinowaci jednego małżonka w stosunku do powinowatych drugiego małżonka;
2. małżonkowie rodzeństwa nie są między sobą spowinowaceni;
3. małżonek w stosunku do powinowatych drugiego;
4. przyrodnie rodzeństwo nie jest związane powinowactwem, ale przyrodniem pokrewieństwem (*halbbürtige Verwandtschaft*), różniącym się tem od pełnego pokrewieństwa (*vollbürtige Verwandtschaft*), że dzieci z różnych małżeństw mają wspólnego tylko jednego rodzica, gdy przy pełnem pokrewieństwie pochodzą z jednego małżeństwa i mają wspólnych oboje rodziców.

W bocznej linii nie może zaehodzić powinowactwo pierwszego stopnia.

Powinowactwo trwa także i po rozwiązaniu małżeństwa, ale nie w razie unieważnienia małżeństwa.

Do nieślubnych, skutki, jakie wywołuje powinowactwo ze względu na ślubnych, mogą być w pr. cyw. austr. i w pr. cyw. Kr. pol. wtedy tylko stosowane, jeżeli są osobnym przepisem nakazane. Tak n. p. w pr. cyw. austr. osobnym przepisem w §§ 65 i 66 k. c. austr. zrównano w kwestji przeszkody małżeńskiej pokrewieństwa i powinowactwa ślubne pochodzenie z nieślubnem; w pr. małż. Król. pol. uczynionem to zostało w art. 30 i 32. Natomiast w pr. cyw. niem., w którym, jak już wiemy, ojciec i dziecko nieślubne nie są krewnymi, potrzeba osobnego przepisu, ilekroć ustawa chce mieć jakiś punkt inaczey urządzony, jakby to z tej zasady wynikało. Dlatego też § 1310 ustęp 3. k. c. niem. postanawia wyraźnie, że pokrewieństwo w znaczeniu tego paragrafu (ale tylko tego paragrafu) istnieje między dzieckiem nieślubnem a ojcem.

Powinowactwo ma prawne znaczenie w pr. małż., jako przeszkoda, przy sporządzeniu testamentu, o ile idzie o świadków, w proc. cyw. etc., nie ma natomiast znaczenia ani w kwestji roszczeń o utrzymanie, ani w kwestji roszczeń spadkowych.

IV. Pokrewieństwo, o którym mówiliśmy, polega na kognacji. Agnacja znana jest w statutach wyższej szlachty, lenniczych i fideikomisowych. Prawo kanoniczne zna trojaką kognację:

1. carnalis czyli consanguinitas, o której mówiliśmy,
2. legalis, wypływającą z adopcji, kan. 1059 i 1080 c. c. can. ;
3. spiritualis, rodzącą się z chrztu i bierzmowania, kan.

768 i 797.

O kognacji legalnej postanawia wyżej zacytowany kan. 1059, pomieszczony w rozdziale de impedimentis impedientibus: in iis regionibus ubi lege civili legalis cognatio, ex adoptione orta, nuptias reddit illicitas, iure quoque canonico matrimonium illicitum est.

Kan. 1080 zaś, pomieszczony w rozdziale de impedimentis dirimentibus mówi:

Qui lege civili inhabiles ad nuptias inter se ineundas habentur ob cognationem legalē ex adoptione ortam, nequeunt vi iuris canonici matrimonium inter se valide contrahere.

Pr. cyw. austr. nie widzi w adopcji przeszkody do małżeństwa, lecz stosunek adopcyjny ustaje sam przez się w chwili zawarcia małżeństwa między rodzicem adoptującym a dzieckiem adoptowanym.

Pr. cyw. niem. w § 1311 widzi w adopcji przeszkodę do małżeństwa, ale tylko odraczającą, natomiast rozszerza ją także na potomków adoptowanego. Znaczy to, że przed zawarciem małżeństwa należy stosunek adopcyjny rozwiązać. W razie zawarcia małżeństwa wbrew temu przepisowi, stosunek adopcyjny ustaje z chwilą zawarcia małżeństwa § 1771 k. c. niem.

Wedle pr. o małż. Król. pol. art. 35 „pokrewieństwo i powinowactwo“ cywilne stanowi przeszkodę do małżeństwa:

1. pomiędzy osobą przysposabiającą, osobą przysposobioną i jej zstępnymi;
2. pomiędzy dziećmi przysposobionymi i dziećmi z małżeństwa spłodzonymi z jednej i tej samej osoby;
3. pomiędzy przysposabiającym i małżonkiem przysposobionego;
4. pomiędzy przysposobionym i małżonkiem przysposabiającego“.

Pr. kan. przeto nie będzie widzieć w Austrii w adopcji wogóle przeszkody, w Niemczech uzna ją za imp. impediens, a w Kr. p. za imp. dirimens.

Co do *cognatio spiritualis*, to wedle kan. 1079 c. c. can. „*ea tantum spiritualis cognatio matrimonium irritat, de qua in can. 768*“, t. j. *cognatio spiritualis ex baptismo, quam contrahunt cum baptizato baptizans et patrinus*, lecz wedle kan. 762 i 763 *cognatio spiritualis* nie powstaje in *supplendis baptismi caeremoniis*, w razie zaś iteracji chrztu sub *conditione*, powstaje *cognatio spiritualis* tylko wówczas, jeżeli przy obydwóch chrztach był jeden i ten sam ojciec chrzestny. Natomiast bierzmowanie nie rodzi wedle pr. kan. *cognitionem spiritualem*.

Pr. cyw. austr. i niem. nie uznaje *cognitionem spiritualem*, natomiast pr. małż. Kr. pol. idzie dalej, niż dzisiejsze prawo kanoniczne, bo w art. 33 przyjmuje pokrewieństwo duchowe, jako przeszkodę małżeństwa, nie tylko z chrztu, ale i z bierzmowania, a nadto rozszerza krąg osób, do których ta przeszkoda się odnosi. Art. 33 opiewa: „Pokrewieństwo duchowe stanowi przeszkodę do zawarcia małżeństwa:

1. pomiędzy osobą dającą chrzest z jednej strony, a osobą chrzest przyjmującą i jej rodzicami z drugiej strony;
2. pomiędzy osobą chrzest przyjmującą lub bierzmowaną i jej rodzicami z jednej strony, a ojcem i matką chrzestną lub

osobami do bierzmowania podającymi z drugiej strony“. Natomiast zgodnie z pr. kan. postanawia art. 34 pr. małż. Kr. pol., że rodzicami chrzestnymi są tylko osoby trzymające dzieci do chrztu w pierwszej parze (kan. 764 c. i. c.), lecz znowu różni się, przyjmując cogn. spir. tylko wtedy, gdy chrzest udzielony był uroczyście ze zwykłymi ceremonjami (can. 762 § 2).

Różnica jednak między pr. kan. a pr. małż. Król. pol. nie będzie miała, zdaje się, praktycznego znaczenia, bo albo od przeszkody nie uznanej przez corp. i. can. otrzymaną będzie dyspenza po myśli art. 36 pr. małż. Kr. pols., albo też wobec postanowienia zawartego w ostatniem zdaniu art. 3 pr. małż. Kr. pol. („Postanowienia nieważności objęte są prawem kanonicznem i na zasadzie tegoż prawa w prawie niniejszem wymienione“) uważać się będzie, że zmiana w pr. kan. pociąga za sobą zmianę w prawie małż. Król. p. W każdym razie jest to argument za stanowiskiem, które jest usprawiedliwione przez potrzeby życia, ale prawniczo nie jest bez zarzutu.

ROZDZIAŁ DRUGI.

Prawo małżeńskie. Powstanie i rozwiązanie małżeństwa.

I. Wiadomości ogólne.

W Austrii po konstytucji grudniowej przywróciła ustawa z 25 maja r. 1868 L. 47 d. u. p. przepisy drugiego rozdziału k. c. o prawie małżeńskim dla katolików, przekazała sądownictwo w sprawach małżeńskich sądom świeckim i zaprowadziła przepisy o warunkowej dopuszczalności zawarcia małżeństwa przed władzami świeckimi. Ewentualne zawarcie małżeństwa przed władzami świeckimi następuje wówczas, jeżeli kompetentny do zapowiedzi lub kompetentny do odebrania uroczystego oświadczenia woli duszpasterz odmówi ogłoszenia zapowiedzi względnie przyjęcia oświadczenia woli z powodu, którego ustawodawstwo państwa nie uznaje, jako przeszkody. To ewentualne zawarcie małżeństwa przed władzami świeckimi (t. zw. *Notzivilhe*) dozwolone jest wszystkim wyznaniom, a stosują się do niego przepisy drugiego rozdziału k. c.

Ustawa z d. 9 kwietnia r. 1870 l. 51 d. u. p. unormowała małżeństwa i księgi stanu bezwyznaniowych, przepisując dla nich, jako normalny, ślub przed władzami świeckimi. (Dalsze jeszcze ustawy poznamy w ciągu wykładu).

Prawo małżeńskie austriackie odznacza się przeto tem, że ślub daje kompetentny duszpasterz, a tylko ewentualnie władza świecka, dalej tem, że zawiera odrębne przepisy dla katolików, odrębne dla innych wyznań chrześcijańskich (§§ 115 nast. k. c. austr.), odrębne dla żydów (§§ 123 nast. k. c. austr.), odrębne

dla bezwyznaniowych (p. wyżej cytowaną ustawę z r. 1868). Wreszcie odznacza się pr. małż. austr. tem, że sądownictwo w sprawach małżeńskich przekazane jest sądom świeckim.

W Królestwie polskiem obowiązuje prawo o małżeństwie, ogłoszone 12/24 czerwca 1836 (Dz. pr. XVIII, 57—297). Głównemi jego cechami są: małżeństwo może być zawarte tylko w obliczu Kościoła podług przepisów i z dopełnieniem uroczystości religijnych, tudzież rozpoznawanie spraw o nieważność małżeństwa należy do zwierzchności duchownej. Stosownie do tego zawiera pr. małż. Kr. pol. osobne przepisy dla rz. kat. (art. 1—97), a osobne przepisy dla gr. ros. (art. 98—123), dla gr. unic. (124—128), dla ewangelików (129—178), dla innych wyznań (179—191), wreszcie o małż. osób wyznających różną religię (192—207). Od prawa austr. różni się więc pr. małż. Kr. pol. tem, że nie zna ślubu cywilnego, nawet ewentualnego, tudzież że sądownictwo w sprawach małż. jest w rękach sądów duchownych. Wspólnym jest charakter wyznaniowy, jakkolwiek w różnym stopniu.

Zupełnie inaczej jest w Niemczech. Instytucja małżeństwa jest instytucją państwową. K. c. niem. normuje tylko cywilne małżeństwo (bürgerliche Ehe) dla wszystkich wyznań, a § 1588 k. c. niem. postanawia, że przepisy kodeksu o małż. nie wpływają na kościelne zobowiązania w kwestji małżeństwa. W Niemczech przeto zachodzi zasadniczy rozdział między religijną a prawną stroną małżeństwa. Proces cywilny małżeński nie uznaje zachowania przepisów religijnych za przedmiot obowiązku, którego by się w nim dochodziło. Zachowanie przepisów kościelnych może mieć stosownie do okoliczności tylko znaczenie etyczne, n. p. niedotrzymanie przyrzeczenia, że po ślubie cywilnym ma się odbyć ślub kościelny, może być powodem rozdziału (§ 1568 k. c. niem.). Kodeks niem. uznaje wobec tego tylko ślub cywilny, a sądownictwo w sprawach małż. należy do sądów świeckich.

II. Istota małżeństwa.

Pr. cyw. austr. określa małżeństwo w § 44 k. c. austr. w następujący sposób: „Stosunki familijne opierają się na umowie małżeńskiej (Ehevertrag). W umowie małżeńskiej oświadczają dwie osoby różnej płci w sposób ustawowy swą wolę żyć w nierozdzielnej wspólności, płodzić dzieci, wychowywać je i wzajemnie sobie pomagać“. Pr. małż. Kr. pol. w art. 1 podnosi zasadniczą cechę małżeństwa: „Małżeństwo, zawarte między osobami wyznającymi religię rz. kat., stanowi związek, kończący się jedynie ze śmiercią jednego z małżonków“. Pr. kan. mówi o istocie małżeństwa w kan. 1012 c. c. can.:

§ 1. Christus Dominus ad sacramenti dignitatem erexit ipsum contractum matrimoniale inter baptizatos.

§ 2. Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum“, Jako istotne cechy podnosi § 2 kan. 1013 c. c. can.: „Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas ac indissolubilitas, quae in matrimonio christiano peculiarem obtinent firmitatem ratione sacramenti“.

Istota małżeństwa, t. j. związku między mężczyzną a kobietą, sankcjonowanego przez prawo, polega na umowie mającej tę właściwość, że nie może być dowolnie rozwiązana. Nie-rozerwalność wedle pr. cyw. jest cechą małżeństwa nie w tem znaczeniu, jak je przyjmuje prawo kanoniczne, nie dopuszczające rozwodu, ale w tem znaczeniu, że małżeństwo nie może być zawarte tylko na pewien czas lub na próbę lub pod warunkiem. Małżeństwo jest więc wedle prawa cywilnego umową, wykluczającą dowolność trwania, czyli umową, której trwania nie oznaczają strony dowolnie, ale którą prawo normuje i sankcjonuje. N. p. w pr. n. separacja od stołu i łoża (Trennung §§ 1353, 1567, 1571 k. c. n.) może przyjść do skutku na podstawie umowy między małżonkami, ale praktyka jej nie uznaje, jeżeli wspólność małż. ma być wykluczona na zawsze lub na czas oznaczony stale.

Od istoty odróżnić należy cel małżeństwa. Określa go prawo kan. w § 1 kan. 1013: „matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio proles; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae“. To wysunięcie na pierwszy plan płodzenia i wychowania dzieci należy przyjąć i dla prawa cywilnego, „wzajemna pomoc“ bowiem przybiera w pr. cywilnem tak rozmaity kierunek, jak zobaczymy dalej w wykładzie, że jej za stałą, zasadniczy rys małż. nie jest wskazanem przyjmować. Powtórzyć jednak należy, że płodzenie i wychowanie dzieci jest „celem“ nie istotą małżeństwa. Nie jest też istotną copula carnalis, którą to kwestyę pr. kan. rozwiązało w ten sposób, że matrimonium ratum sed non consumatum jest ważnem, a tylko może być rozwiedzionem przez vota sollemnia i dyzpenzę. Próbą tego poglądu jest traktowanie imp. impotentiae. Pr. cyw. uwzględnia ją, jako przeszkodę błędu, a także i pr. kan. uważa ją — z wyjątkiem, o którym dalej — za imp. iuris privati.

Pr. kan. traktuje małżeństwo ze stanowiska religijnego, jako umowę podniesioną do godności sakramentu. Dla pr. cyw. ważną jest tylko umowa o wyżej określonej właściwości, jako istota małżeństwa.

Pr. kan. wprowadza pewne rodzaje małżeństwa. Pojęciami temi operuje się także w prawie cyw., dlatego cytujemy odnośny przepis kan. 1015 c. i. can.:

§ 1. Matrimonium baptizatorum validum dicitur ratum, si nondum consummatione completum est; ratum et consummatum, si inter coniuges locum habuerit coniugalis actus, ad quem natura sua ordinatur contractus matrimonialis et quo coniuges fiunt una caro.

§ 2. Celebrato matrimonio, si coniuges simul cohabitaverint, praesumitur consummatio, donec contrarium probetur.

§ 3. Matrimonium inter non baptizatos valide celebratum, dicitur legitimum.

§ 4. Matrimonium invalidum dicitur putativum, si in bona fide ab una saltem parte celebratum fuerit, donec utraque pars de eiusdem nullitate certa evadat.

W dalszym wykładzie spotkamy się jeszcze z matrimonium occultum seu conscientiae, clandestinum, per procurationem, moribondorum. Notujemy w końcu, że pr. austr. nazywa umowę o zawarciu małżeństwa „Ehevertrag“, majątkowe zaś umowy małżeńskie „Ehepakten“. Pr. cyw. niem. zaś używa dla tych ostatnich wyrażenia „Eheverträge“.

III. Zaręczyny.

1. Konstrukcja. Wszystkie trzy ustawodawstwa przyjmują, że zaręczyny są wzajemnem przyrzeczeniem mężczyzny i kobiety zawarcia w przyszłości małżeństwa, i wszystkie trzy przyjmują, że zaręczyny nie pociągają za sobą prawnego obowiązku zawarcia małżeństwa, t. j. nie dają skargi o zawarcie małżeństwa, a natomiast wszystkie trzy dają skargę o wynagrodzenie szkody. Pr. austr. postanawia w § 45 k. c. austr., że „zaręczyny lub tymczasowe przyrzeczenie zawarcia małżeństwa, w jakichkolwiek okolicznościach i pod jakimkolwiek warunkami było dane i otrzymane, nie pociąga za sobą prawnego obowiązku ani samego zawarcia małżeństwa ani też świadczania tego, co było umówionem na wypadek odstąpienia“. Następny zaś paragraf mówi, że „tej stronie, u której nie powstała uzasadniona przyczyna do odstąpienia, pozostaje tylko zastrzeżonem roszczenie o wynagrodzenie rzeczywistej szkody, o której udowodnić może, że ją wskutek tego odstąpienia ponosi“. Pr. małż. Kr. p. postanawia w art. 239, że „zaręczyny mają miejsce, skoro nastąpiło wzajemne przyrzeczenie małżeństwa między mężczyzną i kobietą, bądź słowne, bądź na piśmie, w akcie urzędowym lub prywatnym“, w art. 241 zaś mówi, że „zaręczyny, nawet ważne, nie dają prawa żadnej stronie zniewalania strony przeciwnej, drogą sądową, do zawarcia małżeństwa, lecz osoba, bez powodów słusznych, nie dotrzymująca uczynionego przyrzeczenia na piśmie lub w przytomności świadków, obowiązana jest przeciwnej stronie wynagrodzić poniesione koszty i szkody“. Pr. niem. w § 1297 k. c. niem. mówi, że z zaręczyn nie można skarżyć o zawarcie małżeństwa i że przyrzeczenie kary na wypadek nie dojścia do skutku małżeństwa jest nieważne (nichtig)“, w następnych zaś paragrafach określonym jest obowiązek wynagrodzenia szkody.

Zaręczyny są niewątpliwie umową, jakkolwiek w rozwoju historycznym małżeństwa pozbawioną została głównego zna-

czenia, a pozostawione jej zostały tylko poboczne konsekwencje umowy. Szukać dla zaręczyn innej konstrukcji byłoby oderwaniem ich od gruntu historycznego. Zaręczyny są umową familijno-prawną; nadawanie im konstrukcji *pacti de contrahendo*, jest konstrukcyjnie nieproduktywnem.

Z tego, że zaręczyny są umową, wynika, że stosować do nich należy przepisy o umowach w ogólności, w szczególności przepisy o zdolności zawierania umów (małoletni może się zaręczyć tylko za zezwoleniem swego ustawowego zastępcy, orz. IX. 3544 G. U. W., orzec. R. G. 61, 267). Wynika dalej z natury zaręczyn, jako umowy, że tylko te przepisy o umowach w ogólności nie mają do zaręczyn zastosowania, które ustawa wyraźnie oznacza, jako nie odnoszące się do zaręczyn. Tak² k. c. a. nie dopuszcza umowy świadczenia na wypadek odstąpienia od zaręczyn, a więc uważa za nieważną karę umowną, karę za zawód, zadatek. Tak samo ma się rzecz w pr. cyw. niem. (p. wyżej cytowane przepisy). Natomiast pr. małż. Kr. p. nic o tem nie mówi, dlatego uważam za trafne orzec. IX. dep. (Warsz.) Senatu 2/1853 orzekające, że przyrzeczenie zawarcia małżeństwa pod karą umowną, zastępującą wynagrodzenie szkód i strata, jest ważne. Inaczej rzecz się ma w pr. austr. i niem. gdy po odstąpieniu od zaręczyn przyrzeczonem zostało odszkodowanie. Umowa taka jest ważna, co dla pr. austr. uznaje orzec. I. 118 G. U. W., ważnem także jest przyrzeczenie zaręczonemu świadczenia za zwolnienie ze słowa, orzec. 12111 G. U. W., por. 16153 G. U. W.

W pr. małż. Kr. p. jest jeszcze ta właściwość, że nie uważa ono za ważne zaręczyn, jeżeli (art. 240) „pomiędzy osobami zaręczonemi, dla niedostatku warunków potrzebnych lub dla przeszkód niedopuszczających związku małżeńskiego, nie mogło być zawarte małżeństwo“. Zaręczyny nie dają w takim razie roszczenia o wynagrodzenie szkód i strat. Uważam ten przepis za zbyt teczny, bo tak samo wypadłoby rozstrzygnięcie wedle art. 241 („słuszny powód“), skonstruowanie zaś tego przypadku, jako nieważnego, nie wydaje mi się teoretycznie szczęśliwem.

2. Forma. Pr. austr. i niem. nie przepisuje dla zaręczyn żadnej formy. Pr. małż. Kr. pol. natomiast (art. 241) wtedy tylko daje skargę o wynagrodzenie szkód i strat, jeżeli zaręczyny były dokonane na piśmie lub w przytomności świadków. Przepis ten odnosi się do wszystkich wyznań (orzec. IX. dep. senatu 2/1853), a więc i do rz. kat., jakkolwiek przepisy pr. kan. inaczej określają wymagania formy. Przepis dekretu papieskiego „*Ne temere*“ z 2 sierpnia 1907 przyjęty został przez corp. i. can., którego can. 1017, § 1. opiewa: „*Matrimonii promissio sive unilateris, sive bilateralis seu sponsalitia, irrita est pro utroque foro, nisi facta fuerit per scripturam subsignatam a partibus et vel a parochio aut loci ordinario, vel a duobus saltem testibus. § 2. Si utraq̄e vel alterutra pars scribere nesciat*

vel nequeat, ad validitatem id in ipsa scriptura adnotetur et alius testis addatur qui cum parochi aut loci ordinario vel duobus testibus, de quibus in § 1. scripturam subsignet“. Z przepisu tego wynika, że w pr. kan. zaręczyny, jeżeli nie mają przepisanej formy, są w ogóle nieważne, a więc nie obowiązują nawet w sumieniu. Druga uwaga, która się tu nasuwa, tyczy się tego, że pr. kan. przyjmuje jednostronną i dwustronną obietnicę zawarcia małżeństwa. P. w tym względzie niżej pod 4 e.

3. Skutki. W pr. cyw. austr. oprócz wynagrodzenia szkody w razie odstąpienia, o czem niżej pod 4, niema właściwie innych skutków prywatno-prawnych. Wprawdzie § 70 k. c. a. mówi o zapowiedziach zaręczonych, to jednak oczywiście małżeństwo jest ważne, choćby zaręczyny nastąpiły po zapowiedziach. Tak samo są ważne majątkowe umowy małżeńskie (Ehepacte) dokonane także po zawarciu małżeństwa, orzec. 9370, 9218 zb. G. U. W. Naodwrot wobec § 1249 k. c. austr., który mówi o małżonkach, jako zawierających kontrakt dziedziczenia, postanawia d. n. z 25 czerwca 1817 l. 1340 zb. u. s., że kontrakty dziedziczenia mogą być zawierane także przez zaręczonych, o ile małżeństwo między nimi nastąpi. Co do testamentów wzajemnych (§ 1248 k. c. austr.), to nie uważa się ich za majątkowe umowy małżeńskie (Ehepacte), nie wymagają one przeto formy aktu notarialnego (orzec. 7049 zb. G. U. W.), z braku zaś wyraźnego przepisu, jaki jest w pr. niem., nie widzę powodu, aby były inaczej traktowane, jak kontrakty dziedziczenia, t. j. przyjmując, że mogą być sporządzone przez zaręczonych.

W pr. niem. skutkiem zaręczyn jest obowiązek wynagrodzenia szkody, o czem niżej pod 4, a nadto k. c. niem. stwierdza wyraźnie, że kontrakty dziedziczenia mogą być zawierane także przez zaręczonych (§§ 2275, 2276, 2279, 2290 k. c. niem.), a niedozwolone są wzajemne testamenty, które mogą być sporządzane tylko przez małżonków (§ 2265 k. c. niem.). Inne majątkowe umowy małż. mogą być zawierane także po zawarciu małżeństwa (§ 1432 k. c. niem.).

Różnica między prawem austr. a prawem niem. odnosi się więc do testamentów wzajemnych. Podnieść jeszcze należy, że zaręczeni zrównani są wyraźnie z małżonkami w kwestji kontraktu zrzeczenia się spadku (§ 2346 k. c. niem.). Niema powodu przypuszczać, aby w pr. austr. było inaczej (§ 551 k. c. a.).

Inaczej przedstawia się rzecz wedle pr. cyw. obowiązującego w Kr. pol. co do kwestji poruszonych wyżej:

a) W przeciwstawieniu do pr. austr. i niem., wedle których majątkowe umowy małż. mogą być zawarte także i po zawarciu małżeństwa, postanawia art. 207 k. c. Kr. pol., że „umowy zarządzające stosunki majątkowe między małżonkami nie mogą być zawarte, jak przed obchodem małżeństwa, przez akt przed urzędem aktowym sporządzony“.

b) Testamentów wspólnych i wzajemnych prawo obowiązujące w Kr. pol. w ogóle nie zna. Art. 968: „Testament nie może być sporządzony w jednym i tym samym akcie przez dwie lub więcej osób, czy to na korzyść trzeciego, czy pod tytułem rozporządzenia zobopólnego i wzajemnego“.

c) Co do kontraktów dziedziczenia, to materję unormowaną w tej konstrukcji prawnej przez prawo austr. i niem., urząda pr. cyw. Kr. pol. w innej konstrukcyi prawniczej, o czem w księdze trzeciej tego wykładu.

4. Wynagrodzenie szkody.

a) Pierwszem pytaniem, które należy rozstrzygnąć, jest kwestja, kto ma roszczenie o wynagrodzenie szkody, a kto jest obciążony tym obowiązkiem. W pr. austr. (§ 46 k. c. austr.) należy odróżnić, czy odstąpienie nastąpiło ze słusznego czy z niesłusznego powodu. W pierwszym przypadku (do odstąpienia był słuszny powód) ten z zaręczonych odpowiada, po czyjej stronie powstał ów słuszny powód do odstąpienia, przyczem obojętnem jest, kto faktycznie odstąpił. W drugim przypadku (do odstąpienia nie było powodu słusznego) ten z zaręczonych odpowiada, kto faktycznie odstąpił. Powodem i pozwanym są tylko zaręczenia, choćby koształożył n. p. ojciec lub choćby ojciec spowodował zerwanie. Kwestja winy nie wchodzi tu w grę (p. orz. 14182, XV. 5726 zb. G. U. W., w których w kwestji winy przeciwstawiony jest § 46 paragrafowi 1247 k. c. austr.). Pr. małż. Kr. pol. zajmuje to samo stanowisko (art. 241): „osoba bez powodów słusnych niedotrzymująca przyrzeczenia na piśmie lub w przytomności świadków, obowiązana jest przeciwnej stronie wynagrodzić poniesione koszta i straty“, a nadto art. 242 pr. małż. Kr. p. podaje przypadki słusnych przyczyn niedotrzymania przyrzeczenia. Są nimi: „α) obelgi ciężkie domierzone stronie odstępującej od zamężcia, przez stronę przeciwną, β) rozwiązanie lub występne życie strony przeciwnej, γ) nieokazywanie należnego uszanowania rodzicom drugiej strony i nakoniec δ) podstępne wyłudzenie danego słowa“. Jednak orzec. sen. IX. 2/1858 trafnie stwierdza, że te powody nie są wskazane modo limitativo, lecz modo enuntiativo, wskutek czego przyjmując, w braku wyraźnego postanowienia, jakie jest w pr. niem., że słuszny powód mógł powstać i bez winy.

Inaczej rzecz się ma w pr. niem. Tutaj § 1298 k. c. n. postanawia: „Jeżeli zaręczony odstępuje od zaręczyn, to powinien drugiemu zaręczonemu i jego rodzicom i trzecim osobom, które działały zamiast rodziców, zwrócić szkodę, która powstała przez to, że w oczekiwaniu małżeństwa poczyniły nakłady lub weszły w zobowiązania. Drugiemu zaręczonemu powinien zwrócić także tę szkodę, którą on ponosi przez to, że w oczekiwaniu małżeństwa poczynił inne zarządzenia, odnoszące się do majątku lub zarobkowania. Szkodę należy tylko o tyle zwrócić, o ile nakłady, zaciągnięcie zobowiązań i inne zarządzenia odpo-

wiadają okolicznościom. Obowiązek wynagrodzenia nie ma miejsca, jeżeli zachodzi ważna przyczyna do zerwania“. Następny § 1299 k. c. n. mówi: „Jeżeli zaręczony wywołuje przez winę odstąpienie drugiego zaręczonego, to jest zobowiązany do wynagrodzenia szkody wedle § 1298 art. 1 i 2“.

§ 1298 k. c. n. w ustępie 1 i 2 rozstrzyga ten przypadek, w którym odstąpienie nastąpiło bez słusznego powodu. W przypadku tym odstępujący odpowiada za szkodę tak jak w pr. a. § 1298 k. c. n. w ustępie 3 rozstrzyga przypadek, w którym odstąpienie nastąpiło ze słusznej przyczyny. W tym przypadku odstępujący, jak w prawie austr., nie ma obowiązku wynagrodzenia szkody, a spada on na tego, który powód do odstąpienia wywołał, jednak ponosi on odpowiedzialność tylko wówczas, jeżeli wywołał ten powód przez winę, którego to wymagania (t. j. winy) pr. austr. nie stawia. Drugą różnicą jest ta, że roszczenie o szkodę ma wprost także ojciec lub ten, kto zamiast niego działał, czego o pr. austr. nie można twierdzić, pozostawić tutaj bowiem trzeba zaręczonemu, aby się obrachował z ojcem, jeżeli ten czynił nakłady etc.

b) Rozmiar wynagrodzenia szkody najdokładniej określa pr. niem. w zacytowanych paragrafach. Także jednak i wedle pr. austr. i pr. małż. Król. p. przyjęć należy, że wynagrodzenie obejmuje nie tylko koszt, ale i te straty, które zaręczony poniósł przez zaręczynę, a nie obejmuje zwrotu tych zysków, któreby zaręczony miał z małżeństwa, gdyby doszło do skutku.

Pr. małż. Kr. pol. i pr. niem. zawierają jeszcze jedno postanowienie, a mianowicie: art. 243 pr. m. K. p. postanawia, że „jeżeli niewiasta zaszła w ciążę z mężczyzną, który po zaręczynach wzbrania się zawrzeć małżeństwo, zaręczony ulegnie karom, w kodeksie karnym postanowionym, a nadto obowiązany będzie dostarczać w każdym przypadku alimentu dziecku, niewieście zaś tylko, gdyby nie miała własnego dostatecznego majątku“. § 1300 k. c. niem. postanawia: „Jeżeli nieposzlakowana naręczona przyzwoliła naręczonemu na spółkowanie, to może, jeżeli zachodzą warunki z §§ 1298 lub 1299, żądać słusznego odszkodowania w pieniądzu także za szkodę, która nie jest szkodą majątkową. Roszczenie nie może być przeniesionem i nie przechodzi na dziedziców, chyba że było uznanem przez umowę lub że o nie wytoczono spór“.

Przepis art. 243 pr. małż. K. p. może konkurować z art. 303 i 1382 k. c. Kr. p., przepis zaś § 1300 k. c. n., przynajmniej szkodę idealną, może konkurować z §§ 823 i 825 k. c. n. W pr. austr. porównaj §§ 166 nast. 1328 k. c. austr.

c) Od skutków zaręczyn, które omawialiśmy dotychczas, należy odróżnić kwestję zwrotu подарunków poczynionych z okazji zamierzonego małżeństwa. Pr. niem. mówi o tem w rozdziale o zaręczynach, pr. austr. zaś w rozdziale o umowach majątkowych małżeńskich. W § 1247 drugie zdanie k. c. austr.

czytamy: „jeżeli jeden zaręczony drugiemu lub trzecia osoba jednej lub drugiej stronie, ze względu na przyszłe małżeństwo coś przyrzeka lub darowuje, to darowizna może być odwołana, jeżeli małżeństwo nie przychodzi do skutku bez winy darowującego“. W § 1301 k. c. niem. zaś zawartem jest postanowienie: „Jeżeli małżeństwo nie przyjdzie do skutku, to każdy naręczony może wedle przepisów o wydaniu niesłusznego z bogacenia się, żądać od drugiego zwrotu tego, co mu darował lub dał na znak zaręczyn. W wątpliwości należy przyjąć, że żądanie zwrotu ma być wykluczone, jeżeli zaręczyny zostały rozwiązane przez śmierć jednego z zaręczonych“. Różnica między pr. austr. a niem. jest następująca:

α) Wedle pr. austr. tylko wówczas darowujący może żądać zwrotu, jeżeli nie ponosi winy w niedojściu do skutku małżeństwa; pr. niem. nic o tem nie mówi, a przeciwnie podnosi, że „każdy“ zaręczony może żądać zwrotu pod tym jednym warunkiem, że małżeństwo nie przyszło do skutku.

β) Pr. niem. mówi w ogóle o podarunkach (i znakach zaręczyn, przez co przedewszystkiem ma na myśli pierścionki zaręczynowe), natomiast pr. austr. mówi o zwrocie tylko takich podarunków, które były dane ze względu „na przyszłe małżeństwo“.

γ) Pr. niem. rozstrzyga szereg kwestji przez to, że równa zwrot tych podarunków ze zwrotem niesłusznego z bogacenia i przez to, że zawiera postanowienie, co się ma stać, jeżeli zaręczyny zostały zerwane przez śmierć darowującego. Pr. austr. nie zawiera tych postanowień i dlatego nauka i praktyka skazana jest w tych kwestjach na pewną dowolność, n. p. podarunki zwraca się, o ile w nich coś pozostało w naturze lub wartości (orzecz. IV. 1524 zb. G. U. W.), prawo żądania zwrotu nie przechodzi na dziedziców (orzecz. 4520 zb. G. U. W.) i t. p.

d) Dodać jeszcze należy, że roszczenia z §§ 1298 i 1301 k. c. niem. przedawniają w dwóch latach od rozwiązania zaręczyn.

e) W końcu notujemy postanowienia corp. iur. can., które w kan. 1017 § 3 zajmuje zgodne z prawem cyw. stanowisko:

At ex matrimonii promissione, licet valida sit nec ulla iusta causa ab eadem implenda excuset, non datur actio ad petendam matrimonii celebrationem; datur tamen ad reparationem damnum, si qua debeatur. Proces o wynagrodzenie szkody toczy się będzie przed sądem cywilnym po myśli § 3 can. 1933 k. c. can., wobec tego, że skutki zaręczyn w pr. cyw. są takie same, jak w pr. kan. Z tego punktu widzenia ocenić należy znaczenie zaręczyn, polegających tylko na unilateralis promissio (kan. 1017 § 1); z takiej obietnicy nie może wedle pr. cyw. wypłynąć obowiązek wynagrodzenia szkody. Z zaręczyn nie wynika przeskoda publicae honestatis (can. 1078), jednak pr. małż. Kr. p. (art. 37) jeszcze ją zna.

IV. Zawarcie małżeństwa.

Nauka prawa operuje pewnymi pojęciami, koniecznymi, aby materiał, będący jej przedmiotem, mózdz uporządkować, przerobić, przetopić w harmonijną całość. Są to pojęcia dowolne, ciągle jednak kontrolowane i doskonalone. Są one konieczne, jak język, którym się porozumiewamy. Im ściślej są określone, tem lepiej, bo tem łatwiejszem i prędszem jest to porozumienie. Do takich pojęć należy pojęcie prawa kanonicznego, prywatnego, administracyjnego itd. Wychodząc z tych pojęć, stwierdzić możemy, że właśnie te trzy przykładowo przytoczone pojęcia, trzy na nich zbudowane nauki: prawa kan., pryw. i adm., konkurują ze sobą o opanowanie prawa małżeńskiego. Kościół — przez prawo kanoniczne — broni z nieubłaganą konsekwencją i z mądrością, na którą składa się praca myśli ludzkiej dziesiętnastu wieków, godności sakramentu w małżeństwie, broni jego nierozzerwalności, broni go od skażenia przez herezję, schizmę, bezwyznaniowość. Państwo, szczególnie od czasu, gdy budzić się zaczyna i rozwijać do praworządności, nie może bez zazdrości patrzeć na wpływ kościoła w dziedzinie, skąd płynie siła państwa. Przeciwnie, musi się starać ująć w swe ręce ten podstawowy związek społeczny, jakim jest rodzina, polegająca właśnie na małż. Do tej walki wchodzi trzeci czynnik, najbepośredniej dotknięty jej rezultatami, wchodzi jednostka, pragnąca — przez pr. cyw. — uchronić od profanacji to, co w niej jest najgłębszego i najdelikatniejszego, bo uczucie. Pr. małż. nosi na sobie bijące w oczy ślady tej walki, a walka ta trwać musi zawsze i nie można dojrzeć jej końca, chyba, że ideał na ziemi uważać się będzie za osiągalny. Gra toczy się bezpośrednio o jednostkę, która skazaną jest na cierpienie, ilekroć indywidualność wtłacza ją w normy, mające w swej istocie powszechność. A normy są konieczne. Tam jednak, gdzie w grę wchodzi tak indywidualny czynnik, jak uczucie, daleko mniej jest szans, aby dla jednostki nie były źródłem przykrości, niż w prawie majątkowem, gdzie jednostka płaci przegraną majątkiem, a nie sobą samą, jak to jest w pr. małż. Jednak tak będzie i to się nie zmieni, chyba gdybyśmy wierzyli, że powstaną idealni sędziowie, nie potrzebujący norm. Jednostka zmusza kościół i państwo do ustępstw, do reform, a gdzie się jej to nie udaje, obchodzi normę. I to jest dalsza charakterystyka pr. małż.: nigdzie tak jawnie i tak konsekwentnie nie obchodzi prawa jednostka, jak w pr. małż. Powstają, w drodze oczywistego nadużycia norm, całe instytucje i tak się wielmożnią, że państwo i kościół uginają się wreszcie, po walce, przed niemi i swej przegranej dają wyraz w reformach.

Gdy się na prawo małżeńskie patrzeć będziemy z tych punktów widzenia, które zaznaczyłem, to stwierdzimy, że nauka prawa pozytywnego nigdzie nie napotyka na tyle trudności przy

budowie systemu, jak w pr. małż. Daremny trud cywiliistów: budować małżeństwo tylko jako umowę, bo ono jest zarazem i ustanowionym przez Chrystusa Pana sakramentem i związkiem społecznym, mimo wszystkiego poddanym prawu publicznemu. Daremny trud kanonistów, gdy widzą w małż. tylko stronę religijną i wpływowi prawa świeckiego tylko z niechęcią otwierają drzwi. Daremny trud, bo takie pojmowanie jest oczywiście jednostronne, a w życiu bezsilne, bo pozbawione egzekutywy. Daremnie też sili się jednostka, aby zrzucić ze siebie potężną obcą dłoń, gniołącą ją w najsubtelniejszych przejawach jej życia. Daremnie, bo kościół i państwo nie tylko używają represji, ale z czujnością bezprzykładną siłą się na wynalezienie środków, któreby zapobiegały nie pożądanym przez nie zjawiskom. Jakże dziwnym wydałby się sam sobie np. cywilista, chcący w małż. widzieć tylko umowę, gdyby mu przyszło prywatno-prawnie uzasadniać np. to formalne śledztwo, które przed ślubem przeprowadza duszpasterz, szukając z urzędu „przeszkód“.

Czy pr. małż. jest kompromisem tych trzech czynników? Zapewne, odnajdujemy go, ale widzimy i wielkie klęski. Religijną stronę odsyłały różne po kolei państwa do sumienia, a kościół sam widział się zmuszonym przymykać oczy, gdy życie targało faktycznie jego zasady. Nas, jako prawników, tworzących pozytywną naukę prawa, obchodzi to wszystko z punktu widzenia kwestji, w jaki sposób przetworzyć przepisy o małż. aby z tych przepisów uczynić harmonijną całość. Już wyżej powiedzieliśmy, że to nie może być budowa w jednym stylu. Musimy się pogodzić z rozwojem historycznym, ze stanem walki określonych wyżej trzech czynników, walki nieustającej, i zrezygnować z jednolitości w systemie. Nad żądaniami nauki zastrymfować musi praktyka, życie, tradycja. Trzeba przed nią uchylić czoła. Eksperyment przedstawienia pr. małż. tylko z jednego punktu widzenia np. z tego, z którego wychodzi prawo prywatne, byłby z pewnością interesujący, ale nie zadowolniłby nikogo, bo byłby albo niewystarczający albo nie służyłby prawdzie, nie oddawałby rzeczywistości. Tak samo miałyby się rzecz, gdybyśmy pr. małż. przedstawiali tylko z punktu widzenia czy to prawa administracyjnego, czy prawa kościelnego.

Ta rezygnacja odnosiła się w naszym wywodzie do systemu wyłącznie samego pr. małż., ale jak się rzecz ma z systemem całego prawa cywilnego? czy prawo małż. ma do niego należeć, czy też nauka lepiej spełni swe cele, gdy je zaliczy do pr. adm.? A gdybyśmy się zdecydowali zostawić pr. małż. nadal w systemie pr. cyw., to jak to wpływa na ten system?

Musimy się porozumieć: podział, który nauka przeprowadza jest dowolnym. Idzie tylko o to, czy jest produktywnym dla nauki, czy każdy poszczególny rodzaj obejmuje cały wyznaczony mu materiał, bez reszty i bez uniemożliwienia budowy harmonijnej całości. W tym względzie należy podnieść, że prawo

małżeńskie tak silnie urabiało się na pojęciach pr. cyw., że dzisiaj nie można się narażać na skutki zerwania z niemi, groziłoby bowiem niebezpieczeństwo, że nauka stałaby się wówczas niezrozumiałą przez długi czas. Lepiej więc *quieta non movere*. Co do całości zaś systemu, to nauka pr. cyw. odpowiedziała na to pytanie w ten sposób, że podzieliła je na dwa wielkie działy, na prawo osobowe i majątkowe. Pokrywając je jedną wspólną nazwą, nie uczyniła tego bez racji, bo prawo osobowe operuje temi samymi pojęciami, które służą prawu majątkowemu. Dzisiaj zwłaszcza, gdy teoria prawa administracyjnego jest jeszcze daleką od wyczerpania prób, a coś dopiero od doskonałości, nie należy odbierać prawu familijnemu jego honorowego miejsca w domenie prawa cywilnego, obok prawa majątkowego. To ostatnie zapewne, żyłoby ciąglą troską, nie wiedząc, jak wprowadzić pod swój dach jednakowo nazywające się, a jednak inne pojęcia, np. pojęcie umowy, błędu, unieważnienia itd. żyłoby — powtarzamy w trosce, gdyby już dawno nie było się zdecydowało dać prawu małżeńskiemu autonomji. Korzysta też z niej prawo małżeńskie, kształcąc na swój użytek i doskonaląc pojęcia, które stworzyło i na których opiera się prawo majątkowe, w szczególności obligatoryjne. Spotykamy się w pr. małż. z odrębnymi przepisami o zdolności osobistej, o oświadczeniu woli, o umowie, o formie umowy itd.

Ugrupowanie przepisów o małżeństwie w system natrafia więc na trudności z tego powodu, ponieważ prawo małż. ma pierwiastki prywatno-prawne, publiczno-prawne i kościelne. Ze stanowiska prawa prywatnego istnieje tendencja ugrupowania przepisów z punktu widzenia podmiotu, ze stanowiska prawa publicznego nasuwają się, jako materiał do ugrupowania, pewne obiektywne sytuacje, dla których trzeba szukać wspólnego kryterjum. Zapewne, możnaby konsekwentnie przeprowadzić jeden lub drugi system, ale nie spełniałby on celu każdego systemu, t. j. szybkiej i łatwej orientacji, bo wobec wyrobionego tradycją przyzwyczajenia musiałby się wydać sztucznym. Z tego powodu lepiej zrzec się tego usiłowania i dać się prowadzić raczej względem praktycznym, które, licząc się z niejednorodną naturą prawa małż., dają budowę niejednorodną, ale wskutek tradycji swojską.

Najczęstszym jest grupowanie materji za wzorem prawa kanonicznego z punktu widzenia „przeszkód“, które albo wstrzymują małżeństwo, ale gdyby mimo nich było zawarte, nie czynią go nieważnem (*impedimenta impediencia*), albo w razie zawarcia małżeństwa mimo nich czynią je nieważnem (kan. 1036 c. i. c.: § 1. *Impedimentum impediens continet gravem prohibitionem contrahendi matrimonium; quod tamen irritum non redditur si, non obstante impedimento, contrahatur. § 2 Impedimentum dirimens et graviter prohibet matrimonium contrahendum, et impedit quominus valide contrahatur. § 3. Quamquam impedimentum ex una tantum parte se habet, matrimonium*

tamen reddit aut illicitum aut invalidum. Can. 1037: Publicum censetur impedimentum quod probari in foro externo potest; secus est occultum). To przedstawienie materji z punktu widzenia przeszkód jest wynikiem premisy, którą ustawodawstwa przyjmują, a która bądź wyraźnie jest wypowiedzianą, że „każdy może zawrzeć małżeństwo, o ile mu w drogę nie wchodzi ustawa przeskoda“ (§ 47 k. c. a.), „omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur“ (can. 1035 c. i. can.), bądź też przyświeca przy układzie przepisów. Logicznie system taki nie jest bez zarzutu, traktuje bowiem równorzędnie pewne stany lub fakty z brakami. Inny system, wychodzący z punktu widzenia małżeństwa, jako umowy, w którymby były podniesione odrębności małżeństwa, jako odrębności, różniące je od innych umów, doznawałby ciągłych modyfikacji wskutek publicznego charakteru prawa małż., wysuwającego na czoło działanie z urzędu.

Z tych powodów, rezygnując z jednolitości systemu, przedstawimy materję o zawarciu małżeństwa w ustępach o zdolności do zawarcia małżeństwa, o oświadczeniu woli, o przeszkodach i o formie, ciągle jednak musimy ponawiać zastrzeżenie, że to ugrupowanie ma cele praktyczne, bo n. p. w ustępie o przeszkodach znajdują się przepisy tyżące się zdolności zawierania małż., w ustępie o formie przepisy dające się ująć w formę przeszkód i t. d. Z drugiej strony, z zastrzeżeniem uczynionem wyżej pewnych defektów logicznych, podajemy porównawczą tabelę przepisów o zawarciu małż., ugrupowanych bez rcszty wedle pojęcia „przeszkody“.

Naprzód jednak kilka uwag ogólnych.

Różnica między pr. niem. a prawem austr. i polskiem jest wynikiem tego, że dwa drugie, oparte na pr. kan., czynią różnicę między wyznaniami i oddają małżeństwo w ręce władz duchownych, pierwsze zaś jest ogólno-wyznaniowem i świeckiem. Oprócz tego pr. niem. ogranicza przeszkody do minimum, której to tendencji nie można w dostatecznej mierze stwierdzić w ostatniej reformie prawa kanonicznego.

Wszystkim prawom są wspólne przeszkody płynące z wieku i umysłowej anormalności, wszystkie czuwają nad zachowaniem formy zawarcia małżeństwa i nad „prawdziwością“ oświadczenia woli, tudzież zachowaniem monogamji, wszystkie też przestrzegają, aby krewni i powinowaci do pewnego stopnia nie wchodzili w związki małżeńskie. Natomiast tylko prawom opartym na prawie kanonicznem właściwe są przeszkody płynące z disparitas cultus, mixta religio, wyższych święceń, uroczystych ślubów zakonnych i takie, jak cognatio spiritualis, imp. catholicismi, publicae honestatis, a nadto imp. impotentiae, którego niema ani w pr. niem., ani francuskim. To ostatnie nie przyjmuje także przeszkody płynącej z cudzołóstwa, przyjętej przez wszystkie inne, nawet niemieckie. Konstrukcja prawna tych

przeszkód, ich sankcja prawna, drugorzędne szczegóły mogą być rozmaite, ale dwa typy z zasadniczymi różnicami wysuwają się silnie.

Wyżej podaliśmy podział przeszkód na odraczające (lub tamujące, impedimenta impediencia) i rozdzielające (lub zrywające, imp. dirimentia). Produktywnym jest podział tych ostatnich na iuris publici i iuris privati wedle tego, czy nieważności dochodzi się z urzędu, czy też wzrusza się małż. na skargę stron interesowanych. Ustawy ze skrupulatnością wymieniają pierwsze, pozostawiając resztę inicjatywie prywatnej: § 91 k. c. a., art. 92 pr. m. Kr. pol., §§ 1323 i 1330 k. n., art 184 i 191 k. N.

Inny podział przeszkód, nie pokrywający się z podziałem na imp. impediencia i dirimentia, odróżnia przeszkody bezwzględne (absoluta) od względnych (relativa). Pierwsze działają wobec wszystkich, drugie tylko wobec pewnych osób. N. p. trwanie pierwszego małżeństwa nie pozwala małżonkowi wejść z nikim w związek małżeński, tak samo dopóki trwa czas żałoby, kobieta z nikim nie może zawrzeć małżeństwa. Natomiast przeszkoda pokrewieństwa, powinowactwa, cudzołóstwa etc. działa tylko wobec pewnych oznaczonych osób, małżeństwo jest zakazane tylko z pewnymi osobami, ale z innymi nie. W dalszym wykładzie spotkamy się jeszcze z podziałami przeszkód na: notoria et occulta, antecedentia et subsequentia, perpetua et temporalia, dispensabilia i non dispensabilia. Dla pr. kan. zasadnicze znaczenie ma podział na imp. iuris naturalis seu divini i imp. iuris humani.

1. Zdolność osobista. a) **Wiek.** Wszystkie ustawy zgodne są w tem, że do zawarcia małżeństwa potrzebnym jest pewien wiek. Różnica polega na oznaczeniu granicy i na skutkach, które pociąga za sobą jej nieposzanowanie. W tej kwestji prawo austr. odróżnia trzy okresy, prawo polskie zaś i niem. cztery okresy.

Wedle pr. austr.:

α) do ukończonego 14 roku życia u obu płci nie można zawrzeć ważnego małżeństwa § 48 k. c. a., β) do uzyskania pełnoletności, a więc do ukończonego 24 roku życia potrzeba zezwolenia trzeciej osoby, o czem niżej, również pod sankcją nieważności § 49 k. c. a., γ) od ukończonego 24 roku życia t. j. od uzyskania pełnoletności małż. nie ulega ograniczeniom z wyjątkiem tych pełnoletnich, którzy „z jakichkolwiek powodów nie mogą sami przez się zaciągać zobowiązań“; tacy pełnoletni potrzebują nadal zezwolenia, jak pod β), § 49 k. c. a. Są to osoby zostające pod przedłużoną władzą ojcowską lub opiekuńczą (§§ 172 n. 251 k. c. a.), tudzież osoby ubezwłasnowolnione w sposób ograniczony ze wszystkich wymienionych w § 2 ord. z 28 czerwca 1916 l. 207 d. u. p. powodów, a więc z powodu marnotrawstwa, pijaństwa etc. (Ubezwłasnowolnieni z powodu choroby umysłowej muszą przedłożyć zezwolenie na mocy § 4 ord. z r. 1916, § 49 k. c. odnosi się przeto do innych

ubezwłasnowolnionych). P. orzec. 11069 zb. G. U. W., wedle którego oddany pod kuratelę marnotrawca musi przedłożyć zezwolenie ojca.

W pr. niem. i wedle u. o pr. małż. Kr. pol. należy odróżnić cztery okresy:

α) Okres zupełnej niezdolności do działania (*Geschäftsunfähigkeit*), w którym nie można zawrzeć wogóle ważnego małż. § 1325 k. c. n. Niezdolnymi do działania (*geschäftsunfähig*) są wedle § 104 k. c. n. ci, którzy nie ukończyli siódmego roku życia, znajdujący się w stanie stałego chorobliwego naruszenia czynności umysłowej i ubezwłasnowolnieni z powodu choroby umysłowej (*Geisteskrankheit*). W Kr. pol. zaś do 14 roku u mężczyzn, a do 12 roku u kobiet małżeństwo jest nieważne, art. 8 u. o pr. małż. Kr. p.

β) Okres tak zw. niedojrzałości małżeńskiej (*Eheunmündigkeit*), który u mężczyzn trwa do pełnoletności t. j. do 21 roku, u kobiet do 16 roku życia § 1303 k. c. n. W Kr. p. odpowiada temu okresowi okres u mężczyzn do 18, u kobiet do 16 roku życia ukończonego, art. 6 u. o małż. Kr. p. Przeszkoda stąd płynąca jest tylko tamującą (*impediens*). Wynika to z §§ 1323 i 1330 k. c. n., a w Kr. p. jest wyraźnie powiedzianem w art. 7 u. o pr. małż., który też określa karę za zignorowanie tej przeszkody. W okresie tym potrzeba zezwolenia trzeciej osoby, o czem niżej.

γ) Trzeci okres w pr. niem. i pol. wypełnia małoletność, w prawie niem. jednak ma zastosowanie tylko do kobiet, bo u mężczyzn kończy się poprzedni okres z dojściem do pełnoletności. W okresie tym trzeba zezwolenia, o czem niżej § 1304 k. c. n. art. 15 nast. u. o małż. Kr. p.

δ) Wreszcie czwarty okres bez ograniczeń po dojściu do pełnoletności. Wyjątek stanowią w pr. niem. ci, którzy mają ograniczoną zdolność działania (*beschränkte Geschäftsunfähigkeit*) z powodu słabości umysłowej (o czem niżej), marnotrawstwa i pijaństwa (co do tych ostatnich p. §§ 1906 i 114 k. c. n.). Wszyscy ci potrzebują zezwolenia, jak w okresie trzecim (pod γ). W Kr. p. art. 518 k. c. nie mówi nic o zawieraniu małżeństwa marnotrawnych.

W kwestji zezwolenia osób trzecich odróżnić należy wedle pr. niem. zezwolenie ustawowego zastępcy od zezwolenia ojca. Zezwolenie ustawowego zastępcy, którym jest ojciec (występuje jednak nie w charakterze ojca) względnie opiekun lub kurator, koniecznem jest w razie małżeństwa osób, które mają ograniczoną zdolność działania (*beschränkte Geschäftsfähigkeit*) § 1304 k. c. n., a zastąpić je może w razie odmowy sąd opiekuńczy. Zezwolenie to jest więc koniecznem aż do uzyskania pełnoletności, a jego brak stanowi *impedimentum dirimens privatum* § 1331 k. c. n. Skargę o rozwiązanie mogą wnieść osoby wymienione w § 1336, p. zresztą § 1331, a co do terminu § 1339

k. c. n. Gaśnie prawo skargi w przypadkach wymienionych w § 1337 k. c. n. Od tego zezwolenia ustawowego zastępcy odróżnić należy zezwolenie ojca względnie matki, jeżeli idzie o dziecko nieślubne § 1305 k. c. n. Potrzebnem ono jest do ukończonego 21 roku życia, a więc potrzebnem jest także dziecku wcześniej upełnoletniemu. Brak tego zezwolenia ojca stanowi tylko impedimentum impediens. Charakteryzują je dwa postanowienia: zezwolenie ojca jest potrzebnem nawet wówczas, gdyby ojciec stracił władzę ojcowską wedle § 1680 (skazanie na więzienie za zbrodnię na dziecku), tudzież zezwolenie rodzicielskie nie może być udzielone przez zastępcę, § 1307 k. c. n.

Pr. austr. i u. o pr. małż. Kr. p. nie znają tego odróżnienia. W okresie drugim, t. j. do uzyskania pełnoletności potrzeba zezwolenia ojca ślubnego, względnie — gdyby już nie żył lub do zastępstwa był niezdolny (a więc nie tak, jak w pr. niem., p. wyżej) — „oświadczenia“ zwyczajnego zastępcy na podstawie którego udziela „zezwoienia“ sąd; co do dziecka nieślubnego zaś zezwolenia sądu na podstawie oświadczenia opiekuna §§ 49 i 50 k. c. a. Wreszcie ubezwłasnowolnieni w sposób ograniczony stoją na równi z małoletnimi i otrzymują doradcę (Beistand) § 4 ust. 1 ord. z r. 1916. Przypominamy, że w tem miejscu mówimy o ubezwłasnowolnionych nie z powodu choroby i słabości umysłowej, do takich zaś nie odnosi się § 4 ustęp 2, lecz § 4 ustęp 1. W tym przypadku przeto zezwolenie ojca wtedy tylko odpadnie, gdy ojciec nie żyje lub jest niezdolny do zastępstwa. Natomiast w razie ubezwłasnowolnienia z powodu choroby umysłowej lub słabości na umyśle zezwolenie daje zawsze doradca i sąd (§ 4 ust. 2). Brak tego zezwolenia stanowi impedimentum dirimens privatum. §§ 51 do 53 k. c. a. mówią o szczególnym przypadku małżeństwa małoletniego cudzoziemca i określają środki w razie odmowy zezwolenia. Między pr. małż. Kr. pol. a prawem austr. są następujące różnice:

α) brak zezwolenia ojca jest w Kr. p. impedimentum impediens, nie uszanowanie tego przepisu pociąga tylko skutki wymienione w art. 19 i 21 pr. m. Kr. p., natomiast w Austrii jest imp. dirimens;

β) w Kr. pol. potrzeba zezwolenia do ukończenia 21 roku, w Austrii do dojścia do pełnoletności, w Kr. pol. potrzebuje więc zezwolenia wcześniej upełnoletniemu, art. 15;

γ) w Austrii kolejność osób, które powołane są do dania zezwolenia, jest: ojciec, w drugim zaś rzędzie zwyczajny zastępca i sąd. Natomiast w Kr. pol. kolejność opiewa: w pierwszej linii ojciec, w drugiej matka, w trzeciej opiekun, wreszcie zwierzchność opiekuńcza art. 16, nadto pr. małż. Kr. p. nie odróżnia, jak k. c. austr., „oświadczenia“ od „zezwoienia“;

δ) pr. małż. Kr. pol. ustanawia specjalne — poza skutkami w kwestji małżeństwa — skutki zignorowania przepisów o zezwoleniu ojca. Podane są w art. 19 i 21 pr. małż. Kr. pol.

W razie małżeństwa opiekuna i jego zstępnych z pupilem wymaga pr. małż. Kr. pol. zezwolenia sądu art. 18, pr. niem. zaś ustanowienia dla tego aktu kuratora § 1909 k. c. n.

Kan. 1067 § 1: *Vir ante decimum sextum aetatis annum completum, mulier ante decimum quartum item completum matrimonium validum inire non possunt. § 2. Licet matrimonium post praedictam aetatem contractum validum sit, curent tamen animarum pastores ab eo avertere iuvenes ante aetatem, qua, secundum regionis receptos mores, matrimonium iniri solet.*

Wedle pr. kanon. przeto wiek przed 16 resp. 14 rokiem ukończonym życia jest imp. dirimens, poza tem zaś niema ograniczeń, przestrogi bowiem duszpasterza nie są opatrzone żadną sankcją. W szczególności nie istnieje w pr. kan. przeszkoda minorannitatis, t. j. przeszkoda z braku zezwolenia trzecich na małż. małoletnich.

b) Choroba umysłowa. Wedle pr. austr. szaleni, obłąkani, tępi na umyśle nie mogą zawrzeć ważnego małżeństwa. Tak postanawia § 48 k. c. a. Jednak do chorych umysłowo odnoszą się jeszcze inne przepisy, a mianowicie: § 49 k. c. wymaga dla ważn. małż. zezwolenia ojca dla pełnoletnich, którzy z jakichkolwiek powodów nie mogą zaciągać ważnego zobowiązania, a więc także z powodu choroby umysłowej, a dalej ordynacja o ubezwłasnowolnieniu z 28 czerwca 1916 l. 207 d. u. p. zna pełno ubezwłasnowolnionych i ubezwłasnowolnionych w sposób ograniczony (§§ 1—4). Do pierwszych należą małoletni chorzy i słabi na umyśle, do drugich pełnoletni chorzy i słabi na umyśle; pierwsi wogóle nie mogą zawrzeć ważnego małż., drudzy mogą zawrzeć małż. tylko za zezwoleniem dodanego im doradcy (Beistand) i sądu.

Stan powyższy wiedzie do następujących konsekwencji:

α) Jeżeli umysłowo chory lub słaby na umyśle został ubezwłasnowolniony, to ma do niego zastosowanie ordynacja z r. 1916 t. j. małoletni pełno ubezwłasnowolniony jest zrównany z dzieckiem niżej lat 7, a więc nie może wogóle zawrzeć małż., natomiast pełnoletni ubezwłasnowolniony w sposób ograniczony musi do ważności małż. przedłożyć zezwolenie doradcy i sądu. Ordynacja stawia na równi chorych na umyśle ze słabymi na umyśle. Rozstrzygając ten przypadek w ten sposób, wychodzę z przekonania, że ord. z r. 1916 zniosła §§ 48 i 49 k. c. a., o ile idzie o chorych na umyśle i słabych na umyśle, ale ubezwłasnowolnionych.

β) Jeżeli umysłowo chory lub słaby na umyśle nie został ubezwłasnowolniony, to mają zastosowanie §§ 48 i 49 k. c. a. Tutaj używa ustawa już innej terminologii: szaleńcy, obłąkani, tępi na umyśle. Jednak wszyscy oni podpadają tak pod § 48, jak i pod § 49, bo należą do rzędu osób, które „nie mogą same zaciągać zobowiązań“. Może się więc zdarzyć, że chory umysłowo dostarczy zezwolenia ojca i usunie przeszkodę z § 49 k. c.,

ale małżeństwo mogłoby być zaskarżeniem po myśli § 48 k. c. P. orzecz. IV, 1407 zb. G. U. W., wedle którego małżeństwo tępego na umyśle jest nieważne mimo zezwolenia sądu kuratelarnego.

Dla uniknięcia pomyłek podnieść trzeba, że z jednej strony umysłowo chory może nie być ubezwłasnowolnionym, z drugiej strony ubezwłasnowolniony może wyzdrowieć, a ubezwłasnowolnienie nie będzie zniesione. W pierwszym przypadku mają do niego zastosowanie §§ 48 i 49 k. c., w drugim, mimo wyzdrowienia, ma zastosowanie ord. z r. 1916, dopóki ubezwłasnowolnienie nie zostanie uchylone. Dalej zaznaczamy, że pr. austr. nie zna *lucida intervalla*. Wreszcie powtarzamy, że przy stosowaniu §§ 49 k. c. zezwolenie wydaje ojciec, a w razie jego śmierci lub niezdolności sąd na podstawie oświadczenia opiekuna, w razie zaś stosowania ord. z r. 1916 do częściowo ubezwłasnowolnionych umysłowo chorych i słabych zezwolenie wydaje doradca i sąd.

W Kr. pol. obowiązuje w sprawie umysłowo chorych art. 14 u. o pr. małż.: „Osoby cierpiące obłąkanie ciągłe umysłu nie mogą ważnego oświadczyć zezwolenia na zawarcie związków małżeńskich. Osoby czasowo tej słabości podpadające, mogą tylko ważne oświadczyć zezwolenie w chwili wolnej od obłąkania“. Art. 511 k. c. Kr. p. zaś postanawia: „Pozbawiony własnej woli porównany jest z małoletnim nieusamowolnionym co do osoby i majątku swego. Nie jest jednak mocen zawierać związków małżeńskich...“ Artykuł ten jest zamieszczony w tyt. IX, mówiącym o pozbawieniu woli osób zostających w ciągłym stanie niedołężności, pomieszania zmysłów albo szaleństwa.

Różnica między pr. austr. a pr. Kr. p. jest ta, że w Kr. p. odpada rozróżnienie ubezwłasnowolnionych od nieubezwłasnowolnionych, i jedni bowiem i drudzy są jednakowo traktowani, t. j. małżeństwo ich jest nieważne, niema przypadku, aby ten, u kogo stwierdzono chorobę umysłową mógł, choćby za zezwoleniem trzeciej osoby, wejść w związki małżeńskie. W Austrii, jak widzieliśmy, jest inaczej, bo wedle § 4 ust. 2 ord. z r. 1916 częściowo z powodu choroby umysłowej ubezwłasnowolnionemu może być dane zezwolenie przez doradcę i sąd. Natomiast pr. małż. Kr. p. robi różnicę między stałym a czasowym obłąkaniem, w którym to ostatnim przypadku dopuszcza małżeństwa „w chwili wolnej od obłąkania“. Jest to kwestja faktu, orzeczenia lekarskiego. Pr. austr. nie zna *lucida intervalla*, jednak dopieroco omówiona ordynacja z r. 1916 liczyła się z przypadkami, w których choroba umysłowa występuje peryodycznie albo gdzie zachodzą pauzy, nie dające się oznaczyć, jeżeli przypuściła możliwość zawarcia małżeństwa u ubezwłasnowolnionego chorego, zawsze jednak za zezwoleniem doradcy i sądu. Nawet więc wówczas, gdybyśmy przyjęli, że faktycznie, w życiu, i dla pr. austr. ma znaczenie odróżnienie obłąkania stałego od cza-

sowego, to i tak w Austrii tylko nieubezważnowolnieni czasowo chorzy mogliby w chwili wolnej od choroby zawrzeć małżeństwo bez zezwolenia osoby innej, natomiast ubezważnowolnieni tacy chorzy muszą przedłożyć zezwolenie doradcy i sądu.

Pr. niem. odróżnia: α) tych chorych na umyśle, którzy wedle § 104 k. c. n. są niezdolni do działania; β) pozbawionych świadomości (Bewusstlosigkeit) i będących w stanie przejściowego pomieszczenia umysłu (§ 105 i 1325 k. c. n.); γ) słabych na umyśle (Geistesschwäche §§ 114 i 1331 k. c. n.). Pierwszych i drugich stawia na równi i małżeństwo ich uznaje za nieważne (§ 1325 k. c. n.), trzecich równa z tymi, których zdolność działania jest ograniczona i dla których tak, jak dla małoletnich, wymaga przyzwolenia ustawowego zastępcy (p. wyżej), jednak jeżeli byli ubezważnowolnieni (§§ 114 i 1331 k. c. n.).

2. Wzajemne zezwolenie. a) Niema „wzajemnego zezwolenia stron“, jak mówi pr. małż. Kr. p., niema „rzeczywistego zezwolenia (wirkliche Erklärung)“, jak mówi k. c. a., tam i wtedy, gdzie i gdy wogóle niema zezwolenia, gdzie zachodzi przypadek nie wadliwości zezwolenia, ale gdzie konieczne do powstania małżeństwa zezwolenie wogóle nie zaistniało. Tę chyba oczywistą i tak rozumiejącą się samą przez się zasadę, że o niej k. c. a. nie wspomina, wyraża pr. małż. Kr. p. w dosłownie z k. N. wziętym artykule 9 w słowach „nie masz małżeństwa tam, gdzie nie zachodzi obydwóch stron zezwolenie“. Nauka prawa francuskiego, widząca w tym artykule stwierdzenie teorii o „małżeństwach nie egzystujących“, ma wiele kłopotu z tem postanowieniem (art. 146 k. c.), rozumując logicznie, że, gdzie niema aktu, niema skargi o jego nieważność. Tej „czystej“ logiki nie uznaje k. c. n., bo § 1332 daje skargę: „Małżeństwo może być przez tego małżonka zaskarżonem (angefochten), który przy zawarciu małżeństwa nie wiedział, że idzie o zawarcie małżeństwa, lub wiedział wprawdzie o tem, ale nie chciał złożyć oświadczenia, że chce wejść w związku małżeńskie“. Paragraf ten normuje dwa przypadki, różniące się od siebie tem, że w pierwszym brak jest nieświadomy, w drugim brak jest świadomy. Pierwszy przypadek podpada pod błąd, o ezem niżej pod 2., drugi jest tak, jak art. 146 c. c., ogólną regułą każdej umowy, powtórzoną tylko przy tej umowie, którą jest małżeństwo. Praktycznego przypadku, któryby tylko pod tę regułę podpadał, a nie znajdował szczegółowego rozstrzygnięcia w innej, nie widzę.

b) Błąd. Kwestja błędu jest jedną z najbardziej dyskutowanych. Literatura francuska wypowiada się w trzech opinjach :

a) Przyczyną nieważności jest błąd co do osoby fizycznej n. p. pragnę poślubić Marję, a biorę ślub z Joanną, która udaje, że jest Marją. Trafnie podnoszą, że i ten przypadek nie odnosi się do osoby, ale do przymiotów. (Jeżeli Joanna przedstawiła się pod nazwiskiem Marii, to poślubić chciałem

Joannę, jeżeli zaś sądziłem, że się nazywa Marja i że należy do rodziny, która nie jest jej rodziną, to jest to błąd in qualitate. Jeżeli zaś zmienimy przypadek i przyjmujemy, że Joanna przyszła zawoalowana i że sprawa wykryła się po ceremonji, to małżeństwa nie było wogóle, bo Marja nie składała oświadczenia, nie ona podpisała protokół etc.).

b) Przyczyną nieważności jest błąd co do identityczności cywilnej osoby n. p. awanturnik fabrykuje fałszywe papiery, przybiera inne nazwisko etc.

c) Przyczyną nieważności jest błąd odnoszący się do une qualité substantielle osoby, do tak zw. attributs de la personne n. p. narodowość, religja etc.

K. c. a. uznaje małż. z powodu błędu tylko wtedy za nieważne, jeżeli „błąd zachodzi co do osoby przyszłego małżonka“, ale nie wyjaśnia, co przez to należy rozumieć. Praktyka jest chwiejną, n. p. orzeczn. 12041 zb. G. U. W. nie uznaje identityczności cywilnej (małżeństwo z mężczyzną, którego narzeczona znała osobiście, jest ważne, chociaż fałszywie podawał się za syna pewnej rodziny), orzeczenie zaś 5555 zb. G. U. W. uznaje za nieważne małżeństwo ściganego listami gończymi zbrodniarza, który wyłudził małżeństwo, przybierając fałszywe nazwisko. § 57 k. c. a. byłby pozbawiony znaczenia, gdyby ograniczał się tylko do identityczności osoby fizycznej. Praktyka powinna pójść co najmniej w kierunku identityczności cywilnej.

Pr. małż. Kr. p. mówi także tylko ogólnie w art. 12, że „błąd co do tożsamości osoby, z którą zawarty został związek małżeński, czyni nieważnym zezwolenie“. Postanowienie to zostawia możność szerokiej interpretacji.

Pr. kan. w kan. 1003 postanawia:

§ 1. Error circa personam invalidum reddit matrimonium.

§ 2. Error circa qualitate personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum:

1. si error qualitatis redundet in errorem personae;

2. si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta.

Pr. kan. przyjmuje przeto errorem in qualitate, określając go, jako taki, który redundat in errorem personae, rozumiejąc przez to przymiot, przez który indywidualność nupturjenta charakteryzowała się wyłącznie drugiemu nupturjentowi. Jest to nic innego, jak wyżej oznaczona identityczność cywilna. Oprócz tego pr. kan. przyjmuje nieznaną prawu austr., pol. i niem. errorem circa conditionem servilem (jednak strona musi nie wiedzieć, że drugi nupturjent jest niewolnikiem). Wspólną więc cechą austr., pol. i kan. ustawodawstwa jest w każdym razie to, że nie znają errorem in motivis i errorem accidentalem, różnica zaś polega na tem, że pr. kan. zna errorem circa conditionem servilem i zawarcie małżeństwa sub conditione (o czem niżej), a pr. a. zna impregnationem a tertio (o czem niżej). W austr.,

pol. i kan. prawie niema wskutek tego wpływu błąd co do stosunków majątkowych.

Najdalej idzie k. c. n., który w § 1333 postanawia: „Małżeństwo może być przez tego małżonka wzruszonym, który przy zawieraniu małżeństwa pomylił się co do osoby drugiego małżonka lub co do takich jego przymiotów, które przy znajomości stanu rzeczy i rozumnym ocenieniu istoty małżeństwa, byłyby go powstrzymały od wejścia w związek małżeński“. Stanowisko zajęte przez k. niem. odpowiada trzeciej z wyżej podanych opinii francuskiej literatury. Nie doszedłem do przekonania, aby teoria wyprodukowała ściśle określenie błędu, który kodeks niem. przyjął. Prawnicy w ostatku muszą się uciekać do momentów subiektywnych i do opinii panujących w społeczeństwie, to też praktyka robi znaczny z tego stanu użytek, dozwalając unieważnienia w takich n. p. przypadkach, jak ciążarność narzeczonej (na co w pr. austr. potrzeba było osobnego, wyraźnego postanowienia § 58 k. c. a.), niezdolność spółkowania (na co znowu potrzeba osobnego postanowienia w pr. a. § 60 k. c. a.), zaraźliwe choroby, naruszające cześć kary, brak dziedzictwa u narzeczonej (tego ostatniego nie uważają inne ustawodawstwa za błąd unieważniający) i t. d.

Powiedzieliśmy już wyżej, że § 1332 k. c. n. normuje dwa przypadki, z których pierwszy jest przypadkiem błędu (że idzie tu o błąd, stwierdza § 1337 ust. 2 k. c. n.). Małż. może być mianowicie zaskarżone przez tego małżonka, który przy zawieraniu małż. nie wiedział, że idzie o małż. Różnica między tym przypadkiem a przypadkiem z § 1333 k. c. n. polega na tem, że w pierwszym z tych przypadków (t. j. 1332) powód udowodnia tylko, że nie wiedział, iż idzie o małż., a nie potrzebuje udowodniać, jak to nakazuje § 1333, że przy znajomości stanu rzeczy i rozumnym ocenieniu istoty małż. byłby małżeństwa nie zawarł.

Pr. austr. normuje osobno jeden przypadek błędu, mianowicie przypadek t. zw. ciążarności przedślubnej (pr. niem. podciąga ten przypadek pod § 1333). Mianowicie § 58 k. c. a. mówi: „Jeżeli małżonek znajdzie po zawarciu małżeństwa, że jego żona jest ciężarną z kim innym, to może, z wyjątkiem przypadku określonego w § 121, żądać uznania małżeństwa za nieważne“. Założeniami nieważności w tym przypadku są;

- α) żona była ciężarną w chwili zawierania małż.,
- β) zaszła w ciążę nie od męża, ale od trzeciego,
- γ) mąż odkrył ciążę dopiero po zawarciu małż.

Kontynuacja stosunku małżeńskiego pozbawia męża prawa żądania unieważnienia małż. § 96 k. c. a. (orzec. IV, 1641 zb. G. U. W.).

Co do zaprzeczenia ślubności dziecka, p. niżej ogólne zasady.
Pr. kan. niezna powyższej przeszkody, pr. niem. podciąga

ją, jak widzieliśmy wyżej, pod błąd, wskutek czego inne są założenia skargi wedle pr. niem.

Pr. pol. nie zna również powyższej przeszkody.

Wyjaśnienia wymaga jeszcze § 59 k. c. a., który postanawia: „Wszystkie inne błędy małżonków, podobnie jak ich zawiedzione nadzieje co do przypuszczanych lub nawet umówionych warunków nie czynią umowy małżeńskiej nieważną“. Postanowienia tego nie należy mieszać z kwestją małżeństwa pod warunkiem, znanego prawu kan., a nieznanego ustawodawstwu świeckim. Prawo kan., które przyjmuje impedimentum deficientis conditionis appositae, określa sprawę małżeństwa pod warunkiem w kan. 1092 w następujący sposób:

Conditio semel apposita et non revocata:

1^o Si sit de futuro necessaria vel impossibilis vel turpis, sed non contra matrimonii substantiam, pro non adiecta habeatur;

2^o Si de futuro contra matrimonii substantiam illud reddit invalidum;

3^o Si de futuro licita, valore matrimonii suspendit;

4^o Si de praeterito vel de praesenti, matrimonium erit validum vel non, prout id quod conditioni subest, existit vel non.

Z powyższego zredagowania widać, że z małżeństwem zawartem pod warunkiem mamy do czynienia tylko w przypadku pod l. 3. Warunek odnosi się w tym przypadku do przyszłości, jest dozwolony (licita) i oczywiście zawieszający, a nie rozwiązujący. Zawieszenie małżeństwa rozumieć należy, jako wstrzymanie się od copula carnalis. W razie niespełnienia się warunku matrimonium, jako non consumatum, może być wówczas rozwiązane, jak w ogóle rozwiązuje się matr. ratum, sed non consumatum. Copula carnalis w czasie zawieszenia małżeństwa równałaby się zrzeczeniu się warunków.

Jasnym jest, że przy tak pojętem małżeństwie sub conditione dołożenie warunków winno nastąpić przy oświadczeniu woli przed proboszczem i świadkami (jest kwestją faktu, kiedy tę współczesność należy przyjąć). W każdym razie pod wyżej wymienionymi założeniami złożone oświadczenie pod warunkiem nie czyni w prawie kanonicznem małżeństwa nieważnem, a tylko je zawieszają. Natomiast w ustawodawstwach świeckich takie oświadczenie pod warunkiem nie może być złożone, byłoby nieważne. Wyraźnie mówi to § 1317 ust. 2 k. c. n. „oświadczenia nie mogą być składane pod warunkiem lub z oznaczeniem terminu“. Otóż § 59 k. c. a. nie odnosi się do „oświadczenia“ złożonego pod warunkiem przed proboszczem etc., ale odnosi się do warunków, które „przed“ zawarciem małżeństwa, przed oświadczeniem woli zawarcia małżeństwa zostały ułożone. Jeżeli takie warunki zostały przed zawarciem małżeństwa ułożone, to trzeba czekać na ich spełnienie. Otóż § 59 mówi że, gdyby

strony nie czekały i zawarły małżeństwo, to małżeństwo to będzie ważne, choćby się ułożone przedtem te warunki nie spełniły.

c) Oszustwo. Żadne z ustawodawstw, które są przedmiotem tego wykładu, z wyjątkiem niemieckiego, nie uczyniło oszustwa, jako takiego, przyczyną nieważności. Pr. niem. wprowadziło je w § 1334 k. c. n. w następującej konstrukcji: „Małżeństwo może być przez tego małżonka wzruszonym, który skłonionym został do zawarcia małżeństwa przez podstępne zmylenie (arglistige Täuschung) co do takich okoliczności (Umstände), które przy znajomości stanu rzeczy i przy rozumnym ocenieniu istoty małżeństwa byłyby go wstrzymały od zawarcia małżeństwa. Wzruszenie nie ma miejsca na podstawie zmylenia co do stosunków majątkowych“.

Różnica między tym przypadkiem błędu a § 1333 k. c. n., o czym mówiliśmy wyżej, polega na tem, że § 1334 odnosi się do „okoliczności“ (Umstände, a § 1333 do „przymiotów osobistych“. Paragraf 1334 jest przeto o wiele szerszy. Zmylenie może polegać także na zamilczeniu. Stosunki majątkowe, zasadniczo wykluczone przez § 1334, mogą przecież odegrać rolę, jeżeli ludzenie co do nich pozwala wnioskować n. p. o „deprawacji moralnej“ etc. Ważne różnice co do stosunków majątkowych między małżonkami i co do obowiązku alimentacji powstają wedle §§ 1345 i 1346 k. c. n. w miarę tego, czy się skarży o nieważność z powodu błędu czy z powodu oszustwa.

d) P r z y m u s. Wszystkie ustawy, które omawiamy, uznają za nieważne małż. zawarte pod przymusem. § 55 k. c. a. mówi: „zezwolenie na małż. jest bez mocy prawnej, jeżeli zostało wymuszone przez uzasadnioną bojaźń (gegründete Furcht). Czy bojaźń była uzasadniona, należy ocenić wedle wielkości i prawdopodobieństwa niebezpieczeństwa tudzież z fizycznych i umysłowych właściwości zagrożonej osoby“. Art. 10 pr. małż. Kr. p. mówi, że „zezwolenie osób wchodzących w związek małżeński nie jest ważnem, jeżeli nastąpiło wskutek przymusu lub błędu“, a następny artykuł określa bliżej, że „zachodzi przymus niweczający zezwolenie, skoro jedna strona skłonioną była do zawarcia związków małżeńskich przez pogroźki, którym się oprzeć nie była w stanie i które czynione jej były w ten sposób, że mogły zastraszyć osobę nawet nietrwożliwą“. Kod. niem. przyznaje skargę o nieważność w § 1335, który mówi: „Małż. może być wzruszonym przez tego małżonka, który został skłoniony do zawarcia małż. przez groźbę (Drohung)“. Wreszcie pr. kan. w kan. 1087 orzeka: § 1. Invalidum quoque est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium. § 2. Nullus alius metus, etiamsi det causam contractui, matrimonii nullitatem secumfert“.

Z powyższych postanowień widać, że jedną i tę samą przyczynę nieważności, określają różne ustawy z różnych punktów

widzenia. We wszystkich idzie o brak swobody, brak wolności woli, koniecznej do oświadczenia. Jedne jednak ustawy ujmują tę sprawę z punktu widzenia środków (gwałt fizyczny, groźby), przez które ta swoboda woli staje się ograniczoną, inne ustawy określają stan psychiczny (bojaźń), w którym jednostka nie ma tej swobody, wreszcie inne, woli, która działa wewnętrznie, przeciwstawiają zewnętrzną działalność, zajmującą w swym efekcie miejsce efektu, który powinna wywołać wola swobodna. W gruncie rzeczy jednak zgadzają się wszystkie zacytowane ustawy, że zezwolenie na małż. jest nieważne *a)* bez względu na to, czy użyto do jego wymuszenia gwałtu fizycznego, czy gróźb oddziaływujących moralnie, *b)* bez względu na to, czy dopuścił się tego drugi kontrahent, czy trzecia osoba, byle przymus był z zewnątrz (np. wyrzuty sumienia nie podpadają pod przyczynę nieważności), wreszcie *c)* wszystkie ustawy przy ocenie stopnia groźby („*gravis*“, „*uzasadniony*“) muszą używać miary względnej, subiektywnej. Pozorna różnica jest w tem, że pr. kan. mówi o „*iniuste*“ *incussum metum*, a pr. niem. „o przeciwnej prawu groźbie, a pr. austr. i pr. małż. Kr. p. o tem kryterjum nie wspominają. Jest ono jednak zbyt cennym, bo każdy przymus jest *iniustus* i przeciwny prawu (p. np. orzec. X, 3679 zbioru G. U. W.). Wymieniany w pr. kan. przypadek *iusti metus* grożenia procesem w razie zerwania małżeństwa nie da się tem uzasadnić, że grożący ma skargę o zawarcie małż., bo z zaręczyn pr. kan. właśnie nie daje takiej skargi. Wreszcie notujemy, że tak zw. *timor reverentialis* sam przez się nie jest przyczyną nieważności, musi mieć ogólne cechy przymusu, aby nią być.

e) *U p r o w a d z e n i a*. Wedle pr. austr. (§ 56 k. c. a.) „zezwo-
lenie jest także nieważne, jeżeli zostało danem przez osobę upro-
wadzoną, której nie przywrócono jeszcze wolności“. Pr. kan. określa tę przeszkodę w kan. 1074: § 1. *Inter virum raptorem et mulierem, intuitu matrimonii raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum potest consistere matrimonium.* § 2. *Quod si rapta, a raptore separata et in loco tuto ac libero constituta, illum in virum habere consenserit, impedimentum cessat.* § 3. *Quod ad matrimonii nullitatem attinet, raptui par habetur violenta retentio mulieris, cum nenpe vir mulierem in loco ubi ea commoratur vel ad quem libere accessit, violentem intuitu matrimonii detinet*“. Pr. niem. i pr. m. Kr. pol. nie konstruują specjalnej przeszkody uprowadzenia.

Na czem polega istota tej przeszkody? Czy sam fakt uprowadzenia, czy też brak swobody woli jest tutaj przeszkodą? Gdyby pierwsza ewentualność miała miejsce, to np. dziewczyna, uprowadzona wbrew woli rodziców, ale godząca się na zawarcie małż., nie mogłaby oddać ważnego oświadczenia, w razie zaś drugiej ewentualności małż. takiej dziewczyny, chociaż była uprowadzoną wbrew woli rodziców, ale sama zgodziła się na małż., byłoby ważne. Uważam, że druga ewentualność jest uza-

sadniona, to zn. uprowadzenie jest traktowane jako szczególny rodzaj przeszkody metus, a więc jako przyczyna ograniczająca swobodę woli. W pr. austr. występuje to wyraźniej, bo *a)* małż. osoby uprowadzonej, z kimkolwiek byłoby zawarte, jest nieważne; *b)* przeszkoda uprowadzenia pomieszczona jest wśród tych, które powstają z braku rzeczywistego zezwolenia. W pr. kan. jest rzecz sporna, ale przechyla się ku temu samemu kierunkowi.

Różnice między pr. austr. a kan. są następujące:

a) pr. kan. mówi o porwaniu kobiety, pr. austr. o porwaniu osoby wogóle;

b) pr. kan. czyni nieważnem małżeństwo tylko inter virum raptorem a mulierem raptam, pr. austr. zaś czyni nieważnem każde małżeństwo zawarte między porwaniem a przywróceniem wolności, z kimkolwiekby przyszło do skutku;

c) pr. kan. wymaga, aby porwanie nastąpiło intuitu matrimonii, pr. austr. zaś nic o tem nie mówi, należy więc przyjąć, że uprowadzenie wywołuje nieważność, w jakimkolwiek celu zostało dokonane;

d) pr. kanoniczne stawia na równi raptum z violentia rentio, pr. austr. nie czyni tego rozróżnienia.

3. Przeszkody do zawarcia małżeństwa. Wyżej poznaliśmy podział przeszkód na impediencia (prohibentia) i dirimentia. Załączona tablica daje ich przegląd wedle ustaw, które są przedmiotem tego wykładu. Są między temi ustawami różnice w tym względzie. Z jednej strony widzimy pr. austr. i polskie oparte na pr. kan. z drugiej strony pr. niem. Jednakże między pr. austr. a pr. pol. są pewne różnice, jakkolwiek oba opierają się na pr. kan. Wreszcie od początku oba prawa, szczególnie austr., nie poszły we wszystkim za pr. kan., a obecnie po ogłoszeniu corporis iuris canonici stan jeszcze bardziej się skomplikował. Wszystkie te odcienie i różnice będą podniesione w ciągu wykładu, a tabela służy do doraźnej orientacji.

A. Impedimenta impediencia. *a)* Tylko prawu kanonicznemu znane są następujące pięć przeszkód tamujących: votum simplex virginitatis, imp. mixtae religionis, porzucenie wiary katolickiej i brak spowiedzi przedślubnej. Piąta przeszkoda tak zw. tempus clausum została przez corp. i. can. zreformowana. Zakazy zawierania małżeństw ujęte tutaj są w normy. Kościół jednak zna także zakazy w przypadkach konkretnych, tak zwane vetita ecclesiae. Wydawać je może z klauzulą dyrymującą tylko Stolica Święta, z klauzulą tamującą Ordynariusze. Takie vetita, jako nie będące normami, nie stanowią przedmiotu „prawa“, ale są możliwością, która służy „rządowi“. Odnosne postanowienie zawarte jest w kan. 1039: § 1. Ordinarii locorum omnibus in suo territorio actu commorantibus et suis subditis etiam extra fines sui territorii vetare possunt matrimonia in casu periculiari. Sed ad tempus tantum, iusta de

causa eaque perdurante. § 2. Vetito clausulam irritantem una Sedes Apostolica addere potest. *b)* Nieznaną jest prawu kanonicznemu przeszkoda, którą w tabeli nazwaliśmy czasem żałoby, a którą kodeksy nazywają czasem oczekiwania (*Wartezeit*), nieznaną jest też przeszkoda tamująca przy małżeństwach wojskowych i urzędników, które to dwie przeszkody przyjęte zostały przez wszystkie ustawy cywilne. *c)* W sprawie adopcji stosuje się pr. kan. do prawa cywilnego, jest ona więc w Niemczech przeszkodą tamującą, w Królestwie pol zaś zrywającą. *d)* Największe odchylenia przedstawia przeszkoda wieku i zezwolenie ojca m., o czym już mówiliśmy wyżej.

Wymienione w tabeli obowiązujące w pr. niem. przeszkody tamujące z §§ 1309 ust 2. 1314 i 1315 k. c. n. winny być zbadane o ile nie mają zastosowania i w innych prawach. Tak samo ma się rzecz z zaprowadzoną przez k. n. w § 1310 u 2, jako przeszkodą tamującą, przeszkodą *affinitatis illegitimae*.

Po tych ogólnych uwagach omówimy poszczególne przeszkody:

a) Tempus clausum, zakaz uroczystego („*sollemnis*“), błogosławieństwa małż. (nie prostych, bez pompy zaślubin) w pewnym czasie został skrócony i dozwolone zostały „wyjątki“ nawet w tym skróconym czasie. Obecnie sprawa ta jest uregulowana w kan. 1108:

§ 1. *Matrimonium quolibet anni tempore contrahi potest.*

§ 2. *Sollemnis tantum nuptiarum benedictio vetatur a prima dominica Adventus usque ad diem Nativitatis Domini inclusive et a feria IV Cinerum usque ad dominicam Paschatis inclusive.*

§ 3. *Ordinarii tamen locorum possunt salvis legibus liturgicis etiam praedictis temporibus eam permittere ex iusta causa, monitis sponsis ut a nimia pompa abstineant.*

Prawu cyw. przeszkoda ta nie jest znana.

b) Votum simplex virginitatis etc. Nieznaną prawu cywilnemu tamującą przeszkodą prostych ślubów kodyfikuje obecne *corp. iuris can.* w kan. 1058 w następujący sposób:

§ 1. *Matrimonium impedit votum simplex virginitatis, castitatis perfectae, non nubendi, suscipiendi ordines sacros et amplectendi statum religiosum.*

§ 2. *Nullum votum simplex irritat matrimonium, nisi irritatio speciali Sedis Apostolicae praescripto pro aliquibus statuta fuerit.*

Co do dyspensy podnieść należy ogólną zasadę wypowiedzianą w kan. 1040 c. i can.:

Praeter Romanum Pontificem, nemo potest impedimenta iuris ecclesiastici sive impedientia sive dirimentia abrogare aut illis derogare; item nec in eisdem dispensare, nisi iure communi vel speciali indulto a Sede Apostolica haec potestas concessa fuerit.

P. kan. 1048, 1050, 204 § 2 wreszcie kan. 1057, który opiewa :

Qui ex potestate a Sede Apostolica delegata dispensationem concedunt, in eadem expressam pontificii indulti mentionem faciant.

Prawo cywilne przeszkody tej nie zna.

c) Imp. mixtae religionis. Przeszkodę tamującą, wynikającą z tego, że z dwóch stron, które obie są chrzczone, ale jedna tylko jest katolicką, a druga akatolicką, normują kan. 1060—1064, 1102 i 1109. Opiewają one :

Kan. 1060. Severissime Ecclesia ubique prohibet ne matrimonium ineatur inter duas personas baptizatas, quarum altera sit catholica, altera vero sectae haereticae seu schismaticae adscripta; quod si adsit perversionis periculum coniugis catholici et prolis, coniugium ipsa etiam lege divina vetatur.

Kan. 1061. § 1. Ecclesia super impedimento mixtae religionis non dispensat, nisi :

1^o Urgeant iustae ac graves causae;

2^o Cautionem praestiterit coniux acatholicus de amovendo a coniuge catholico perversionis periculo, et uterque coniux de universa prole catholice tantum baptizanda et educanda;

3^o Moralis habeatur certitudo de cautionum implemento.

§ 2. Cautiones regulariter in scriptis exigantur.

Kan. 1062. Coniux catholicus obligatione tenetur conversionem coniugis acatholici prudenter curandi.

Kan. 1063, § 1. Etsi ab Ecclesia obtenta sit dispensatio super impedimento mixtae religionis, coniuges nequeunt, vel ante vel post matrimonium coram Ecclesia inutum, adire quoque, sive per se sive per procuratorem, ministrum acatholicum, ad matrimonialem consensum praestandum vel renovandum.

§ 2. Si parochus certe noverit sponsos hanc legem violaturos esse vel iam violasse, eorum matrimonio ne assistat, nisi ex gravissimis causis, remoto scandalo et consulto prius Ordinario.

§ 3. Non improbatum tamen quod, lege civili iubente, coniuges se sistant etiam coram ministro acatholico, officialis civilis tantum munere fungente, idque ad actum civilem dumtaxat explendum, effectuum civilium gratia.

Kan. 1064. Ordinarii aliique animarum pastores :

1^o Fideles a mixtis nuptiis, quantum possunt, absterreant;

2^o Si eas impedire non valeant, omni studio curent ne contra Dei et Ecclesiae leges contrahantur;

3^o Mixtis nuptiis celebrantis sive in proprio sive in alieno territorio, sedulo invigilent ut coniuges promissiones factas fideliter impleant;

4^o Assistentes matrimonio servant praescriptum can. 1102.

(Kanon 1060. Jak najsurowiej Kościół wszędzie zabrania, żeby małżeństwo było zawierane między dwiema osobami ochrzczonymi, z których jedna jest katolicką, druga zaś przynależna do

sekty heretyckiej tub schizmatyckiej; jeżeli tedy zachodzi niebezpieczeństwo znieprawienia współmałżonka katolickiego i potomstwa, (taki) związek małżeński samem także prawem boskiem jest zakazany. Kanon 1061. § 1. Kościół od przeszkody religji mieszanej (mieszanego, odmiennego wyznania), daje tylko wtedy dyspensę, jeśli: 1^o Nagłą przyczyny słuszne i ważne, 2^o Rękojmię złoży strona małżeńska akatolicka o usunięciu od strony małżeńskiej katolickiej niebezpieczeństwa znieprawienia, a oboje małżonkowie o ochrzczeniu i wychowaniu całego potomstwa tylko po katolicku; 3^o Istnieje pewność moralna o dopełnieniu rękojmi. § 2. Rękojmi należy z reguły wymagać na piśmie. Kanon 1062. Na małżonku katolickim ciąży obowiązek, żeby się starał roztropnie o nawrócenie współmałżonka akatolickiego. Kanon 1063. § 1. Lubo od Kościoła została uzyskana dyspenza od przeszkody religji mieszanej, małżonkowie, ani przed zawarciem małżeństwa w obliczu Kościoła, ani po niem (ani przed ślubem ani po ślubie w kościele katolickim), nie mogą, czy to sami osobiście czy też przez zastępcę, udawać się również do ministra akatolickiego, jako pełniącego służbę religijną, celem złożenia albo odnowienia konsensu małżeńskiego. § 2. Jeżeliby proboszcz wiedział pewnie, że oblu-bienicy złamią tę ustawę albo już złamali, nie ma asystować przy ich małżeństwie, chyba z przyczyn bardzo ważnych, po uchyleniu zgorszenia i poradzeniu się wpierv ordynariusza. § 3. Nie potępia się jednak, że małżonkowie z nakazu prawa cywilnego stawiają się także przed ministrem akatolickim, sprawującym tylko powinność urzędnika cywilnego i to jedynie dla dopełnienia aktu cywilnego ze względu na skutki cywilne. Kanon 1064. Ordynariusze i inni duszpasterze: 1^o Mają wiernych, ile mogą, odstraszać od małżeństw mieszanych; 2^o Jeżeli przeszkodzić im nie zdołają, całym wysiłkiem mają się starać, żeby nie były zawierane przeciwko prawom Boga i Kościoła; 3^o Po zawarciu małżeństwa mieszanego, czy to na własnem czy na obcem terytorjum, mają czuwać troskliwie, żeby małżonkowie wypełnili wiernie obietnice uczynione; 4^o Asystujący przy małżeństwie mają zachować przepis kanonu 1102¹⁾.

Sprawa małżeństw mieszanych między ochrzczoneymi, z których jedna strona jast katolicką, a druga akatolicką, przedstawia się wedle prawa kanonicznego w następujący sposób:

a) małżeństwa takie są ważne, ale wedle kan. 1060. kościół ich zabrania.

b) Katolicy, zawierający małżeństwo mieszane, chociaż ono jest ważnem, jeżeli uczynili to bez dyspenzy Kościoła, przez sam fakt wedle kan. 2375, ab actibus legitimis ecclesiasticis et Sacramentalibus exclusi manent, donec ab Ordinario dispensationem obtinuerint.

¹⁾ Tłómaczenie X. Prof. J. Fijałka, ogłoszone w „Polonia Sacra“ nr. 2 rok 1918.

c) Katolicy, zawierający małżeństwo wobec ministra akatolickiego wbrew zacytowanemu wyżej przepisowi kan. 1063 § 1, ściągają na siebie wedle kan. 2319 § 1 l. 1 klątwę latae sententiae zastrzeżoną ordynariuszowi.

d) Katolicka strona winna się więc starać o dyspensę. Dyspenza może być udzielana tylko pod warunkami wymienionymi w zacytowanym wyżej kanonie 1061. (Reforma polega na tem, że rękojmia, cautiones, ma być z zasady daną na piśmie, ale i tu dopuszczalne są wyjątki).

e) Jeżeli w ten sposób proboszcz katolickiej strony będzie asystował przy zawarciu małżeństwa, to wedle kan. 1102 ma przyjąć od stron do wiadomości konsens, lecz wszelkie obrzędy święte są wzbronione. Jednakże gdyby z powodu tego zakazu miało wynikać gorsze zło, to ordynariusz może pozwolić na jakąś ceremonję, ale msza św. jest zawsze wykluczona. Co do miejsca takich zaślubin, to kan. 1109 § 3 nakazuje, aby małżeństwa między stroną katolicką i akatolicką odbywały się extra ecclesiam. (Zwykle odbywają się takie śluby w kancelarii parafialnej bez komży i stuły w obecności dwóch świadków). Jednakże — mówi kan. 1109 § 3 — gdyby ordynariusz sądził, że tego bez złych następstw przeprowadzić nie można, może co do tej sprawy dać dyspensę, ale zawsze ze zachowaniem przepisu zawartego w kan. 1102, o czem dopieroczośmy mówili.

Oprócz tego postanawia wyżej zacytowany kan. 1061, że, choćby kościół udzielił dyspensy, to jednak stronom nie wolno czy to przed ślubem katolickim, czy po ślubie, udać się osobiście lub przez zastępcę do ministra akatolickiego dla wyrażenia lub odnowienia konsensu. Gdyby proboszcz się dowiedział, że strony ten przepis przekroczą lub przekroczyły, niema być przy ich ślubie, nisi ex gravissimis causis remoto scandalo et consulto prius Ordinario. Jeżeli jednak minister akatolicki funguje jako urzędnik cywilny, to strony mogą się przed nim stawić dla dokonania aktu cywilnego.

Prawo cywilne nie widzi w różności wyznania chrześcijan żadnej przeszkody, normuje tylko, kto ma dawać ślub w razie takiego mieszanego małżeństwa. Oczywiście mamy tu na myśli tylko prawo austriackie i prawo małżeńskie Królestwa Polskiego, bo w prawie niemieckiem, w którym są obligatoryjne śluby cywilne, nie ma potrzeby specjalnej normy w tym względzie. Otóż w prawie austriackiem art. II. i III. ustawy z 31 grudnia 1868 r. l. 4. dz. u. p., przez które uchylony został § 77 k. c. a., postanawiają; „uroczyste oświadczenie zezwolenia na małżeństwo należy złożyć przy zaślubinach osób przynależnych do różnych wyznań chrześcijańskich w obecności dwóch świadków przed właściwym duszpasterzem jednej ze stron lub przed jego zastępcą. To może się stać także w tym przypadku, gdy zapowiedź z powodu odmowy duszpasterza była ogłoszoną przez władze polityczne. Nupturjentom wolno w każdym razie uzyskać kościelne

błogosławieństwo ich małżeństwa zawartego przed duszpasterzem jednej strony od duszpasterza drugiej strony“. W Królestwie Polskiem poświęcony jest małżeństwu osób wyznających różną religię rozdział VI. pr. m. Odróżnia on małżeństwa rzymskich katolików z osobami wyznającymi inną religię od małżeństw osób wyznających religię grecko-rosyjską. Te ostatnie w myśl art. 200 muszą pod nieważnością być zawierane przed duchownym grecko-rosyjskim. Co do pierwszych postanawiają art. 192—194, co następuje: „Obrzęd ślubu religijnego strony rzymsko-katolickiej z ewangelicką (art. 198 rozszerza ten przepis na inne akatolickie wyznania z wyjątkiem grecko-rosyjskiego) powinien być dokonany przez duchownego wyznania, do którego należy narzeczona. Wolno jest jednak stronie żądać pobłogosławienia zawartego już małżeństwa, i przez duchownego wyznania, do którego należy przyszyły małżonek. Gdyby duchowny rzymsko-katolicki wzbraniał się dopełnić ślubu religijnego takiego mieszanego małżeństwa, ślub danym być może przez duchownego ewangelickiego“. Różnica między temi dwiema ustawami a prawem kanonicznem jest następująca: α) w prawie cywilnem różność wyznania nie jest przeszkodą tamującą i dlatego też nie ma mowy o dyspenzach; β) obie ustawy cywilne stwierdzają prawo narzeczonych żądania błogosławieństwa także przez duchownego drugiego wyznania.

Natomiast prawo kanoniczne zabrania pod karą tak składania, jak też i odnawiania konsensu przed ministrem akatolickim, tak przed, jak po zawarciu małżeństwa wobec duchownego rzymsko-katolickiego.

Jednakże w praktyce łagodzą tę sprawę ogólne indulty, szczególne dyspenzy, a wreszcie postanowienie § 3 wyżej cytowanego kan. 1063, co właśnie może mieć miejsce w Królestwie Polskiem, jeżeli narzeczona jest akatolicką.

Między prawem austriackiem a prawem Królestwa Polskiego jest ta różnica, że kompetentnym do udzielenia ślubu w razie małżeństwa mieszanego jest duchowny wyznania, do którego należy narzeczona, w razie zaś, gdyby ona była rzymsko-katolicką, ślub mógłby być dany przez duchownego ewangelickiego dopiero wówczas, gdyby duchowny rzymsko-katolicki odmówił. Natomiast prawo austriackie z góry zostawia stronom wybór.

d) Prawo kanoniczne zna dalej 2 przeszkody tamujące, nieznanne prawu cywilnemu. Pierwsza z nich odnosi się do tych, którzy porzucili wiarę katolicką, chociaż nie przystąpili do sekty akatolickiej, lub którzy należą do stowarzyszeń potępionych przez Kościół. Druga z tych przeszkód odnosi się do publicznego grzesznika, który nie chce przystąpić do spowiedzi i pojednać się z Kościołem. Przeszkody te normują obecnie kan. 1065 i 1066. Opiewają one:

Kan. 1065. § 1. Absterreantur quoque fideles a matrimonio

contrahendo cum iis, qui notorie aut catholicam fidem abiecerunt, etsi ad sectam acatholicam non transierunt, aut societatibus ab Ecclesia damnatis adscripti sunt.

§ 2. Parochus praedictis nuptiis ne assistat, nisi consulto Ordinario, qui, inspectis omnibus rei adiunctis, ei permittere poterit ut matrimonio intersit, dummodo urgeat gravis causa et pro suo prudenti arbitrio Ordinarius iudicet satis cautum esse catholicae educationi universae proles et remoti periculi perversionis alterius coniugis.

Kan. 1066. Si publicus peccator aut censura notorie innotatus prius ad sacramentalem confessionem accedere aut cum Ecclesia reconciliari recusaverit, parochus eius matrimonio ne assistat, nisi gravis urgeat causa, de qua, si fieri possit, consulat Ordinarium.

(Kanon 1065. § 1. Odstraszać również trzeba wiernych od zawierania małżeństwa z tymi, którzy notorycznie albo porzucili wiarę katolicką, choćby nie przeszli do sekty akatolickiej, albo (też) zaciągnęli się do stowarzyszeń potępionych przez Kościół. § 2. Proboszcz może przy rzeczonych związkach asystować tylko po zarządzeniu się ordynarjusza, który, zważywszy wszystkie rzeczy okoliczności, może mu pozwolić, żeby był obecny przy małżeństwie, jeśli tylko ważna zniewala przyczyna i zdaniem swem roztropnem ordynarjusz osądzi, że dostatecznie są dane rękojmie o wychowaniu po katolicku całego potomstwa i o usunięciu niebezpieczeństwa znieprawienia drugiej strony małżeńskiej. Kanon 1066. Jeśli grzesznik publiczny lub cenzurą notorycznie obłożony odmówi przystąpić wprzód do spowiedzi sakramentalnej lub pojednać się z Kościołem, proboszcz niema asystować jego małżeństwu, chyba że ważna zniewala przyczyna, w sprawie której, jeśli to być może, ma się zarządzić ordynarjusza¹⁾).

Od tego ostatniego przepisu, odnoszącego się do publicznego grzesznika lub obłożonego klątwą, który odmówi przystąpienia do spowiedzi, należy odróżnić przepis, zawarty w kan. 1033, nakazujący parochowi: „sponsos vehementer adhortetur ut ante matrimonii celebrationem sua peccata diligenter confiteantur et sanctissimam Eucharistiam pie recipiant“. W przypadku tyczącym się publicznego grzesznika mamy do czynienia z przeszkodą tamującą, paroch bowiem ma zakaz asystowania przy małżeństwie takiego grzesznika. W drugim przypadku jest mowa tylko o adhortatio bez sankcji tamującej. Tak samo nie stanowi przeszkody tamującej niezastosowanie się do przepisu kan. 1021 § 2: „Catholici qui sacramentum confirmationis nondum receperunt, illud antequam ad matrimonium admittantur, recipiant, si id possint sine gravi incommodo“. Wreszcie nie można traktować, jako przeszkody tamującej, przepisu zawartego w § 2. kan. 1020, a nakazującego parochowi

¹⁾ Tłómaczenie X. Fijałka, I, c.

zbadać, an sponsi in doctrina christiana sufficienter instructi sint, jakkolwiek § 3 tegoż kan. 1020 daje ordynariuszom prawo wydawania peculiare normas pro huiusmodi parochi investigatione.

Omówione wyżej przeszkody tamujące temporis clausi, voti simplicis, mixtae religionis i odpadnięcia od wiary katolickiej właściwe są tylko prawu kanonicznemu. Jedną tam, gdzie małżeństwo bywa zawieraniem w obliczu Kościoła, należy się z niemi liczyć na wypadek odmowy ze strony rz.-kat. duszpasterza Oczywiście stopień, w którym dane pr. cyw. liczy się z temi przeszkodami, jest różny. Widzieliśmy, że n. p. przy małżeństwach mieszanych daną jest stronom w razie odmowy rz.-kat. duszpasterza możność obycia się bez niego. W innych sprawach Kościół reformuje odnośne przepisy, jak n. p. co do tempus claustrum, ustanawia wyjątki i możność dyspens, aby praktykę uczynić łagodną i konflikty ograniczyć.

e) Czas żałoby (czas oczekiwania, obowiązek wdowy). § 120 k. c. a. postanawia: „Jeżeli małżeństwo zostało unieważnione, rozwiązane lub przez śmierć męża rozwiązane, to żona nie może zawrzeć nowego małżeństwa przed rozwiązaniem, jeżeli jest ciężarną, a przed upływem 180 dni, jeżeli co do jej ciąży powstaje wątpliwość, jeżeli zaś wedle okoliczności lub wedle zdania znawców ciąży ciężarność nie jest prawdopodobną, to po upływie trzech miesięcy może udzielić dyspensy w stolicy rząd krajowy, a w kraju urząd obwodowy“ (Wedle § 1 u. z dnia 4 lipca r. 1872 l. 111. dz. u. p. dyspensy udzielają w pierwszej instancji polityczne władze powiatowe, a w miastach o własnych statutach urzędy gminne). Następnym § 121 k. c. a. mówi o skutkach nie zachowania tego przepisu: „Przekroczenie tej ustawy (§ 120) nie pociąga za sobą wprawdzie nieważności małżeństwa, ale żona traci korzyści, które jej poprzedni mąż przyznał w umowach majątkowych małżeńskich, w kontrakcie dziedziczenia, w rozporządzeniu ostatniej woli lub w umowie o rozwód; mąż zaś traci przyznane mu przez § 58 z wyjątkiem tego przypadku prawo żądania unieważnienia małżeństwa; na obydwóch wreszcie małżonków nałożyć należy zastosowane te okoliczności kary. Jeżeli w takim małżeństwie urodzi się dziecko, a jest co najmniej wątpliwem, czy nie zostało spłodzone przez poprzedniego męża, to należy mu ustanowić kuratora do zastępowania jego praw“.

Pr. małż. Kr. pol. postanawia w art. 68: „Zabrania się kobietom, które w poprzednim znajdowały się małżeństwie, wchodzić w nowe związki małżeńskie, aż dopiero po upływie dziesięciu miesięcy od dnia, w którym poprzednie ustały, ze śmiercią męża, lub uznane zostały za nieważne. Za wykroczenie przeciw temu zakazowi ulegną one karze pieniężnej, która to kara rozciągniętą będzie także na rodziców i opiekunów, pozwoleniem swem zawarcie małżeństwa upoważniających“, art. 72 zaś

(zmieniony zd. r. państwa z 5 lipca 56, dz. pr. l. 77) opiewa: „Duchowny, któryby dopełnił obrzędu ślubu religijnego małżeństwa, z przekroczeniem zakazu art. 68 postanowionego, podpadnie karze porządkowej pieniężnej i prócz tego osobnej karze kościelnej“.

Wreszcie § 1313 k. c. n. postanawia: „Kobieta może dopiero w 10 miesiącach po rozwiązaniu lub unieważnieniu poprzedniego małż. wejść w nowe związki małżeńskie, chyba że tymczasem porodziła. Od tego przepisu może być uzyskanem zwolnienie“.

Przeszkoda, o której mówią powyższe przepisy, wypłynęła ze zwyczaju żaloby po zmarłym mężu i z dążenia usunięcia wątpliwości co do pochodzenia dziecka. W żadnym kierunku nie jest wskutek tego konsekwentnie przeprowadzoną i nosi cechy obydwóch na sobie.

Zgodne są wszystkie ustawy w tem, że obowiązek czekania spada na wdowę, na kobietę, której małż. unieważniono i na kobietę rozwiedzioną. Pr. m. Kr. p. nie mówi w art. 68 o tej ostatniej, bo ten artykuł odnosi się tylko do rz.-kat., ale w art. 168 powtarza tę regułę dla małż. ewangelickich, mówiąc „o ustaniu lub rozwiązaniu poprzedniego małż., w art. 145, zaś przez rozwiązanie małż. rozumie i rozwód.

Zgodne są także wszystkie ustawy w tem, że czas czekania jest tylko przeszkodą tamującą i że małż. zawarte wbrew temu przepisowi nie jest nieważne.

Natomiast różnią się powyższe ustawy co do długości czasu czekania i co do skutków przekraczania tego przepisu. Żadnych skutków nie naznacza pr. niem. Karę pieniężną względnie i kościelną nakłada pr. małż. Kr. p. Najsurowszem jest pr. austr., które na obydwóch małżonków nakłada kary, męża pozbawia prawa żądania unieważnienia małż. z powodu impregnationis a tertio, co jest logiczne, ale nadto żonę pozbawia majątkowych korzyści z poprzedniego małż., co jest ogólnie ganione.

Maż, któryby się znalazł w podobnej sytuacji, nie ma obowiązku czekania. Gdyby żona, po unieważnieniu małż. wchodziła w związki małżeńskie z pierwszym (pozornym) małżonkiem, przepis o czasie czekania nie powinien być do niej stosowany.

Zwrócić jeszcze należy uwagę na § 1600 k. c. n. „jeżeli kobieta, która po rozwiązaniu swego małż. weszła w ponowne związki małżeńskie, porodzi dziecko, które wedle §§ 1591 do 1599 byłoby dzieckiem ślubnem tak pierwszego, jak drugiego małżonka, to dziecko, jeżeli się urodziło w ciągu 270 dni po rozwiązaniu poprzedniego małż., jest uważanem za dziecko pierwszego męża, jeżeli zaś przyszło na świat później, za dziecko drugiego męża“.

f) Małż. wojskowych, urzędników. Przepisy odnoszące się do małż. wojskowych i urzędników znajdują się w wydaniach kodeksów przy § 47 i 54 k. c. a., art. 20 pr. m. K. p., § 1315

k. c. n. Paragrafy te opiewają: § 54 k. c. a. „Ustawy wojskowe postanawiają, z jakimi osobami wojskowymi lub należącymi do ciała wojskowego nie może być zawarta ważna umowa małżeńska bez pisemnego zezwolenia ich pułku, korpusu lub w ogóle ich przełożonych“. Art. 20 pr. m. K. p. opiewa: „Osoby w służbie wojskowej pozostające nie mogą zawierać małż. bez pozwolenia zwierzchniej komendy“. Wreszcie § 1315 k. c. n. opiewa: „Osoby wojskowe i tacy urzędnicy krajowi, dla których wedle ustaw krajowych potrzebnem jest do zawarcia małżeństwa szczególne pozwolenie, nie mogą zawrzeć związków małżeńskich bez przepisanego zezwolenia“. Ten ostatni paragraf w ustępie drugim stawia na równi z wojskowymi i urzędnikami krajowymi cudzoziemców, dla których do zawarcia małż. potrzebnem jest wedle ustaw krajowych pozwolenie lub świadectwo. Podkreślić wypada, że to wymaganie przedłożenia pozwolenia lub świadectwa jest wymaganiem ustaw tego państwa związkowego niemieckiego, w którym małż. ma być zawarte.

Przeszkoda, o której mówimy, jest przeszkodą tamującą, a nie zrywającą. Jest tak i dla prawa austr. mimo brzmienia § 54 „ważna umowa małż.“, jak wynika z odnośnych przepisów.

Co do urzędników, to należy odróżnić, czy odnośny przepis wymaga przedłożenia pozwolenia na zawarcie małż., a więc czy zaprowadza przeszkodę tamującą, czy też nakłada na urzędnika tylko obowiązek zawiadomienia przełożonej władzy o zawarciem małżeństwie. N. p. austriacka pragmatyka służbowa nakłada na urzędników tylko obowiązek zawiadomienia, a więc nie zaprowadza przeszkody tamującej. Inaczej rzecz się miała w Bawarii, Wirtembergji (w Prusach zniesiono ograniczenia).

g) Adopcja. W pr. austr. adopcja nie jest znana, jako przeszkoda do małż. W pr. niem. wedle § 1311 k. c. n. strona adoptująca nie może ze stroną adoptowaną lub z jej potomkami wejść w związki małżeńskie, dopóki istnieje stosunek prawny, powstały wskutek adopcji. Przeszkoda płynąca stąd jest tamującą. Gdyby mimo niej małż. zostało zawarte, stosunek adopcyjny zgasłby przez zawarcie małż. § 1771 k. c. n. W paragrafie tym odróżnione są dwa przypadki; a) jeżeli mał. między adoptującym a adoptowanym jest ważne, to stosunek adopcji ustaje, ale tylko między małżonkami, np. jeżeli adoptujący pojął za żonę córkę adoptowanego, to stosunek adopcyjny ustaje tylko między nimi, ale trwa dalej między adoptującym i adoptowanym tudzież innemi jego dziećmi; β) jeżeli małż. było nieważnem, a jednemu małżonkowi służyła nad drugim władza ojcowska, to ona gaśnie z chwilą zawarcia małż., chyba że małż. było nieważne z powodu braku formy i małż. nie było wpisane do rejestru małżeństw.

Najdalej idzie pr. m. Kr. p., bo w art. 34. postanawia, że „pokrewieństwo i powinowactwo cywilne stanowi przeszkodę do małż.

1. pomiędzy osobą przysposabiającą, osobą przysposobioną i jej zstępnyymi;
2. pomiędzy dziećmi przysposobionymi i dziećmi z małż. spółdżonemi z jednej i tej samej osoby;
3. pomiędzy przyspasabiającym i małżonkiem przysposobionego;
4. pomiędzy przysposobionym i małżonkiem przysposabiającego“.

Przeszkoda stąd płynąca jest zrywającą.

Corpus iur. can. odróżnia kraje, w których wedle pr. cyw. adopcja jest przeszkodą zrywającą, od tych, gdzie jest tamującą i stosuje się do pr. cyw. t. j. w pierwszych adopcja jest i wedle pr. kan. imp. dirimens, w drugich jest i wedle pr. kan. imp. impediens. Orzekają to kanony 1080 i 1059. Pierwszy z nich opiewa: *Qui lege civili inhabiles ad nuptias inter se ineundas habentur ob cognationem legalem ex adoptione ortam, nequeunt vi iuris canonici matrimonium valide inter se contrahere.* Kan. 1059 zaś postanawia: *In iis regionibus ubi lege civili legalis cognatio, ex adoptione orta, nuptias reddit illicitas, iure quoque canonico matrimonium illicitum est.* W Austrii przeto adopcja nie jest przeszkodą także w obliczu Kościoła, w Niemczech jest także iure canonico przeszkodą impediens, w Królestwie polskiem zaś także *vi iuris canonici* przeszkodą dirimens. Oczywiście, że wskutek tego tak pojęcie adopcji, jak rozmiary i stopień przeszkody przestają być w pr. kan. przedmiotem dyskusji i określeń, pr. kan. bowiem musi się stosować do pr. cywilnego.

g) *Wiek*, zezwolenie ojca. O przeszkodzie tej mówiliśmy już wyżej pod IV. 1.

h) *Affinitas illegitima*. Tylko pr. niem. zna przeszkodę tak zw. *affinitatis illegitimae*. Wedle § 1310 ust. 2. k. c. n. nie może być zawartem małżeństwo między osobami, z których jedna utrzymywała wspólność płciową z rodzicami lub potomkami drugiej. Zakazaniem jest więc np. jeżeli ktoś pragnie poślubić spółdżoną przez trzeciego córkę swojej konkubiny. Jest to przeszkoda tamująca (§§ 1323, 1330 k. c. n.). Małż. zawarte wbrew temu przepisowi jest ważne. Jeżeli zachodzą warunki § 1333 k. c. n., to w danych okolicznościach mogą mieć zastosowanie przepisy o błędzie.

i) *Przeszkoda* z § 1309 ust. 2 k. c. n. Wedle tego paragrafu: jeżeli przeciw wyrokowi, przez który poprzednie małż. zostało rozwiązane lub uznane za nieważne, wniesi no skargę o unieważnienie lub skargę restytucyjną, to małżonkowie nie mogą zawrzeć nowego małżeństwa przed załatwieniem tego sporu, chyba, że skarga została wniesiona dopiero po upływie przepisane go pięcioletniego terminu. Przepis ten jest konsekwencją zakazu bigamji. Sytuacja faktyczna jest następująca. Małżeństwo A z B zostało rozwiedzione lub unieważnione przez

wyrok sądowy. Wyrok ten jest prawomocny. Przeciwno temu prawomocnemu wyrokowi wniesiono skargę o unieważnienie tego wyroku lub skargę restytucyjną. Gdyby ta skarga odniosła skutek, natenczas wyrok uznający małż. za nieważne lub rozwiedzione, byłby zniesiony, z mocą wstecz, czyli małż. rzekomo nieważne lub rozwiedzione, istniałoby w rzeczywistości. Gdyby się tak stało, to nowe małż. byłoby bigamją, wskutek czego § 1309 ust. 2. zakazuje je zawierać, aż się spór o unieważnienie tego wyroku resp. o restytucję rozstrzygnie (przez wyrok, cofnięcie skargi, ugodę, śmierć jednej strony § 628 proc. cyw. niem.), chyba że skargę przeciwko wyrokowi wniesiono po upływie pięciu lat wedle § 586 proc. cyw. niem. Cdyby mimo tej przeszkody tamującej z § 1309 ust. 2. k. c. n. małżeństwo zostało zawarte, to ważność tego drugiego małż. zależałaby od treści wyroku, który zapadnie na skargę o unieważnienie wyroku unieważniającego pierwsze małż.

Wedle pr. austr. nie stoi nic na przeszkodzie, aby przeciwko wyrokowi unieważniającemu lub orzekającemu rozwód wniesioną została po myśli § 529 proc. cyw. austr. skarga o unieważnienie tego wyroku lub po myśli § 530 pr. cyw. austr. skarga restytucyjna. Jednak nie istnieje w pr. austr. przepis, któryby tamował zawarcie nowego małż. aż do rozstrzygnięcia sporu wszczętego taką skargą. Nie istnieje także obecnie taki, lub o podobnym skutku przepis w Król. pol. po zniesieniu art. 69 do 71 pr. małż. Kr. pol.

k) Przeszkoda tamująca z § 1349 k. c. niem. Podobnej natury jest przeszkoda tamująca z § 1349 k. c. niem. Rzecz się przedstawia w następujący sposób: Jeden małżonek został uznany za zmarłego. Drugi wszedł w nowe związki małżeńskie. Wedle § 1348 k. c. n. to drugie małż. nie jest dlatego nieważne, że małżonek uznany za zmarłego jeszcze żyje, chyba że obaj małżonkowie przy zawarciu małż. wiedzą, że przeżył uznanie za zmarłego.

Z chwilą zawarcia nowego małżeństwa -- mówi § 1348 -- rozwiązuje się poprzednie małżeństwo. Pozostaje i wówczas rozwiązaniem, gdy uznanie za zmarłego zostało zniesieniem wskutek skargi wzruszającej. Jeżeli jednak ten wyrok, uznający jednego małżonka za zmarłego, jest zaskarżonym właśnie w tym czasie, kiedy powtórne zawarcie małżeństwa jest planowane, to wedle § 1349 zawarcie tego drugiego małżeństwa jest wstrzymane, aż do załatwienia sporu wszczętego skargą wzruszającą wyrok uznający małżonka za zmarłego. Takie jest znaczenie § 1349 k. c. n., który opiewa: „jeżeli wyrok, przez który jeden z małżonków został uznany za zmarłego, został w drodze skargi wzruszony, to drugi małżonek nie może zawrzeć małżeństwa przed załatwieniem sporu chyba, że wzruszenie nastąpiło dopiero w 10 lat po ogłoszeniu wyroku“. Różnica między § 1349, któryśmy dopiero co zacytowali, a § 1348 jest przeto ta, że w tym osta-

tnim § jest mowa o przypadku, gdy małżeństwo już zostało zawarte, natomiast § 1349 ma na myśli przypadek, gdy małżeństwo jest dopiero zamierzone. Otóż jeżeli małżeństwo już zostało zawarte, to zawarte drugie małżeństwo istnieje dalej, choćby wyrok uznający jednego z małżonków z poprzedniego małżeństwa za zmarłego był wzruszony. Natomiast jeżeli małżeństwo jest dopiero zamierzone i w tym czasie wniesiono skargę o zniesienie wyroku, uznającego poprzedniego małżonka za zmarłego, to takie wniesienie skargi jest przeszkodą tamującą nowe małżeństwo. Jest to przeszkoda tylko tamująca, a nie zastosowanie się do tego przepisu nie pociąga za sobą nieważności.

l) Przeszkoda z § 1314 k. c. n. § 1314 k. c. n. opiewa: „kto ma dziecko ślubne, które jest małoletnie lub które jest pod jego opieką, ten może zawrzeć małżeństwo dopiero wówczas, gdy mu sąd opiekuńczy wystawi świadectwo, że określone w § 1669 obowiązki spełnił lub że one na nim nie ciążyą.

Jeżeli w przypadku utrzymywanej dalej wspólności majątkowej jeden z uprawnionych do udziału potomków jest małoletnim lub znajduje się pod opieką, to pozostały przy życiu małżonek może zawrzeć małżeństwo dopiero wtedy, gdy sąd opiekuńczy wystawi mu świadectwo, że określone w § 1493 ust. 2-gi obowiązki spełnił lub że one na nim nie ciążyą“.

Zacytowany wyżej paragraf omawia 2 przypadki. Przypadek, do którego odnosi się drugi ustęp, stanie nam się dopiero jasnym po przedstawieniu rzeczy o majątkowej wspólności małżeńskiej. Tam też omówimy także i wpływającą z tego ustępu przeszkodę tamującą.

W ust. 1. § 1314 jest mowa o tem, że ojciec może wejść w powtórne związki wtedy dopiero, gdy stosunki majątkowe pomiędzy nim a dzieckiem z poprzedniego małżeństwa, które jest małoletnie lub znajduje się pod jego opieką zostaną uregulowane. §§ 1740 i 1761 nakładają na ojca względnie na adoptującego, który chce wejść w związki małżeńskie w czasie, gdy nad dzieckiem wykonywa władzę ojcowską, obowiązki wymienione w §§ 1669 — 1671, n. p. obowiązek inwentaryzacji etc. Otóż dopóki sąd mu nie wystawi świadectwa, że on te obowiązki wypełnił lub że one na nim nie ciążyą, to małżeństwo jest wstrzymane. Sąd opiekuńczy może tylko po myśli § 1670 odebrać ojcu zarząd majątku dziecka, ale władza ojcowska istnieje nadal, p. §§ 1650 nast. k. c. n.

Inne ustawy cywilne nie znają tej przeszkody tamującej. Art. 18 pr. m. dla Królestwa Polskiego ma na myśli inny przypadek a mianowicie małżeństwo opiekuna z osobą zostającą pod jego opieką. Na ten przypadek wymaga, jak już wiemy, pozwolenia zwierzchności opiekuńczej, która udzielając je powinna „sprawdzić rachunki opiekuńcze“.

m) Nie przedłożenie dokumentów. § 78 k. c. a. postanawia: „jeżeli narzeczeni nie mogą przedłożyć pisemnego świa-

dectwa o dokonanych zwyczajnych zapowiedziach lub jeżeli wymienione w §§ 49, 50, 51, 52 i 54 osoby nie mogą przedłożyć potrzebnego do zawarcia małżeństwa pozwolenia; jeżeli dalej ci, których pełnoletność nie jest widoczną, nie mogą przedłożyć metryki chrztu lub pisemnego świadectwa swojej pełnoletności; lub wreszcie jeżeli inna przeszkoda małżeńska jest poruszoną, to duszpasterzowi jest pod ciężką karą zakazane przedsiębrać zaślubiny, dopóki narzeczeni nie przedłożą koniecznych świadectw i dopóki wszystkie przeszkody nie zostaną usunięte". P. nadto d. n. z 22 lutego r. 1817 l. 1319 zb. u. s., d. n. z 22 grudnia r. 1826 l. 2242 zb. u. s., ust. z 4 lipca r. 1872 l. 111 d. u. p.

Szereg przepisów w tym względzie zawiera pr. m. Królestwa Polskiego. Cytujemy je po kolei:

Art. 53. Proboszcz, przed przystąpieniem do dania ślubu, obowiązany jest także żądać złożenia sobie aktu urodzenia przyszłych małżonków, lub jeżeli jeden z nich jest wdowcem lub wdową, aktu zejścia poprzedniego małżonka, wyjąwszy przypadek, w którymby osobistą i niewątpliwą posiadał wiadomość, że strony mają lata potrzebne do zawarcia małżeństwa, lub że poprzednie ich związki ze śmiercią współmałżonka ustały.

Art. 54 Jeżeliby zachodziła trudność w otrzymaniu aktów urodzenia lub zejścia, duchowny dopełniający obrzędu ślubnego, może poprzestać na świadectwie dwóch osób, dobrze mu znanych.

Zeznania ich, przyjęte do protokołu przez proboszcza, sąd pokoju, burmistrza lub wójta, dołączone być winny do księgi stanu cywilnego.

Art. 55. Jeżeli wstępuje w nowe związki małżeńskie osoba, której poprzednie małżeństwo unieważnionem zostało i jeżeli o tem unieważnieniu księgi stanu cywilnego, przez proboszcza utrzymywane, wzmianki nie zawierają, osoba pomieniona winna złożyć proboszczowi poświadczoną przez duchowną władzę kopję wyroku, uznającego poprzednie małżeństwo za nieważne.

Art. 56. Pozwolenie zwierzchności wojskowej, lub opiekunczej na małżeństwo, złożone być winno duchownemu w oryginale. Pozwolenie rodziców i opiekunów, jeżeli nie są obecnymi obrzędowi ślubu, może być objawione w akcie z podpisem prywatnym i ten akt dołączony będzie do księgi małżeństwa; jednak podpis prywatny będzie musiał być poświadczony przez władzę sądową lub administracyjną. Wreszcie art. 57 opiewa: Jeżeli proboszcz, przystępujący do obrzędu ślubu, nie ma pewności względem przeciągu czasu, przez który strony mieszkają w jego parafji, obowiązany jest domagać się złożenia sobie w tym celu świadectwa miejscowej policji.

W prawie niemieckiem reguluje tę sprawę ustawa o stwierdzeniu stanu osobowego i o zawieraniu małżeństw z 6 lutego r. 1875 dz. pr. p. str. 23 w częściowo zmienionem brzmieniu przez art. 46 ust. wprowadzającej kodeks cywilny z 18 sierpnia roku 1896.

Wreszcie cytujemy przepisy prawa kanonicznego zawarte w kanonach 1021 § 1. i 1030 § 1. Pierwszy z tych przepisów opiewa: § 1. *Nisi baptismus collatus fuerit in ipso suo territorio, parochus exigat baptismi testimonium ab utraque parte, vel a parte tantum catholica, si agatur de matrimonio contrahendo cum dispensatione ab impedimento disparitatis cultus.*

Drugi z tych przepisów opiewa § 1. *Peractis investigationibus et publicationibus, parochus matrimonio ne assistat, antequam omnia documenta necessaria receperit, et praeterea, nisi rationabilis causa aliud postulet, tres dies recurrerint ab ultima publicatione.* Powyższe przepisy, nakładające obowiązek przedłożenia duszpasterzowi dokumentów, mają na celu stwierdzenie, że pewne przeszkody nie istnieją. Jasną jednak jest rzeczą, że tak, jak nieprzedłożenie dokumentów, o których powyższe przepisy mówią, tak też wstrzymująco działać musi zgłoszenie wogóle jakiegokolwiek przeszkody na ręce duszpasterza. Dlatego też n. p. k. a. w § 78 stawia na równi nieprzedłożenie wymienionych tam dokumentów z poruszeniem jakiejś „innej“ przeszkody małżeńskiej. Dopóki sprawa takim zgłoszeniem poruszona nie zostanie załatwiona, oczywistą jest rzeczą, że duszpasterz względnie urzędnik stanu musi się wstrzymać od przyjęcia uroczystego zezwolenia. Do tego zdąża instytucja zapowiedzi. Celem jej jest właśnie wywołanie zarzutów. Szczegółowe postanowienia, jak postępować w razie powstania wątpliwości, czy istnieje przeszkoda do małżeństwa, zawiera corpus iuris canonici w kan. 1031, który opiewa:

§ 1. *Exorto dubio de existentia alicuius impedimenti:*

1° *Parochus rem accuratius investiget, interrogando sub iuramento duos saltem testes fide dignos, dummodo ne agatur de impedimento ex cuius notitia infamia partibus oriatur, et si necesse fuerit, ipsas quoque partes.*

2° *Publicationes peragat vel perficiat, si dubium ortum sit ante inceptas vel expletas publicationes;*

3° *Matrimonio ne assistat, inconsulto Ordinario, si dubium adhuc superesse prudenter iudicaverit.*

§ 2. *Detecto impedimento certo:*

1° *Si impedimentum sit occultum, parochus publicationes vel absolvat, et rem deferat, reticens nomina, ad loci Ordinarium vel ad Sacram Poenitentiarium;*

2° *Si sit publicum et detegatur ante inceptas publicationes, parochus ulterius ne procedat, donec impedimentum removeatur, etsi dispensationem pro foro conscientiae tantum obtentam norit; si detegatur post primam aut secundam publicationem, parochus publicationes perficiat, et rem ad Ordinarium deferat.*

3° *Demum si nullum defectum fuerit impedimentum nec dubium nec certum, parochus expletis publicationibus, ad matrimonii celebrationem partes admittat.*

(Kan. 1021. § 1. Jeżeli chrzest nie był udzielony w samem terytorjum (okręgu) proboszcza, tenże winien zażądać świadectwa chrztu od stron obojga, albo tylko od strony katolickiej, jeżeli chodzi o zawarcie małżeństwa z dyspenzą a przeszkody różności wiary. Kan. 1030. § 1. Po przeprowadzeniu badań i (ogłoszeń) zapowiedzi proboszcz nie ma asystować przy małż. (ślubie), dopóki nie otrzyma wszystkich dokumentów potrzebnych, a nadto o ile rozumna przyczyna nie żąda inaczej (nie ma asystować), przed upływem trzech dni od ostatniej zapowiedzi. Kan. 1031. § 1. Kiedy powstała wątpliwość o istnieniu jakiejś przeszkody: 1. Proboszcz ma rzecz zbadać dokładnie, zapytując się pod przysięgą dwóch przynajmniej świadków wiarygodnych, byle tylko nie chodziło o przeszkodę, której wiadomość zrodziłaby stronom niesławę, a w razie konieczności także same strony; 2. Zapowiedzi ma odprawić albo dokończyć, jeżeli wątpliwość powstała przed rozpoczęciem albo zakończeniem zapowiedzi; 3. Małżeństwu nie ma asystować bez poradzenia się ordynariusza, jeżeli sądzi roztropnie, że wątpliwość wciąż jeszcze istnieje; § 2. Po wykryciu niezawodnej przeszkody: Jeżeli przeszkoda jest tajemna, proboszcz zapowiedzi odprawi albo zakończy, a o rzeczy doniesie z zamilczeniem nazwisk ordynariuszowi miejscowemu, albo S. Penitencjarji; 2. Jeżeli jest publiczną i wykryje się przed rozpoczęciem zapowiedzi, proboszcz nie ma ich głosić, dopóki przeszkoda nie zostanie usunięta, chociażby wiedział, że dyspenza została otrzymaną tylko dla trybunału sumienia; jeżeli się zaś wykryje po pierwszej lub drugiej zapowiedzi, proboszcz zakończy zapowiedzi i doniesie ordynariuszowi o rzeczy. § 3. Wreszcie jeżeli się nie wykryje żadnej przeszkody, ani wątpliwej, ani niezawodnej, proboszcz po dopełnieniu zapowiedzi dopuści strony do zawarcia małż. (do ślubu) ¹⁾.

Dla scharakteryzowania zarzutów, które wskutek zapowiedzi, mogą być podniesione przez trzecie osoby lub wskutek własnej wiadomości są znane dającym ślub, zarzutów, które mają na myśli omawiane wyżej trzy ustawy i prawo kanoniczne, pragnę zaznaczyć, że nie mają one natury opozycji przeciwko małż., którą przyjmuje i dokładnie normuje prawo francuskie, §§ 171 nast. c. c. Opozycja jest aktem, który może być wniesiony tylko przez osoby oznaczone w ustawie, w formie przepisanej, z motywów wskazanych w ustawie (z wyjątkiem opozycji wstępnych), jest aktem wreszcie, który musi być usunięty (mainlevée de l'opposition), bądź dobrowolnie przez oponenta bądź przez orzeczenie sądu. Tego wszystkiego nie znają ustawy cywilne obowiązujące na ziemiach polskich, a nie zna tego i pr. kan. Znają one raczej to, co literatura francuska nazywa simple avis, o ile idzie o zarzuty podnoszone przez osoby trzecie. Dający ślub jest pobudzony do ostrożności przez kary, które mu grożą w razie nie zachowania przepisów. Prawo francuskie, o ile zwalczyło

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

możliwość szykany, to ma w instytucji opozycji, jak również w instytucji tak zw. *actes respectueux*, środek odroczenia ślubu na pewien czas, przez który może jeszcze działać refleksja art. 151 nast. c. c. Tak zw. *acte respectueux* jest prośbą dziecka pełnoletniego, skierowaną do wstępnych, o radę co do małż. Odmowa nie jest przeszkodą małż., a powoduje tylko zwłokę, o którą prawo franc. szło.

B) **Impedimenta dirimentia.** a) Różnice w ustawodawstwach, które są przedmiotem naszego wykładu, są dwojakiego rodzaju: nie wszystkie przeszkody są wspólne wszystkim ustawom, o których mówimy, a powtórę, jeżeli pewna przeszkoda jest znaną wszystkim ustawom, to traktują ją rozmaicie, jedne zaliczają ją do *imp. impedientia*, inne do *impedim. dirimentia*, a wśród ostatnich znów jedne traktują ją, jako *imp. dirimens iuris privati*, inne zaś jako *impedim. dirimens iuris publici*. N. p. przeszkoda wyższych świąceń nie jest znaną prawu niemieckiemu, a *imp. impotentiae* nie jest mu także znane, jako takie, a tylko „może“ stać się przeszkodą błędu. Brak zezwolenia ojca jest w pr. małż. Kr. p. i w pr. kan. tylko *imp. impediens*, w pr. austr. zaś jest *imp. dirimens*, niemieckie zaś odróżnia brak zezwolenia ojca, jako takiego, od braku zezwolenia ojca, jako ustawowego zastępcy, i pierwszy czyni *imp. impediens*, drugi *dirimens*. Znaczne różnice są w określeniu przeszkody, jako *iuris publici* lub *privati* (p. tabelę). W kierunku publiczności szło i idzie najdalej prawo kanoniczne, ono też, mimo ostatniej reformy, ma wogóle największą ilość przeszkód, które oczywiście wpływały na ustawy austr. i Kr. pol., opierające się na pr. kan. Rzut oka na dołączoną tabelę wystarczy, aby ocenić różnicę między temi ustawami a pr. niem. i franc. które mają obligatoryjne śluby cywilne. Nie potrzeba też szczególnych wywodów, aby zrozumieć, że większa liczba przeszkód w pr. kan. płynie z stanowiska, podnoszącego przedewszystkiem stronę religijną małżeństwa, i z stanowiska uważającego, że przy małż. każda strona daje i odbiera *ius in corpus perpetuum et exclusivum*, że istotnymi właściwościami małżeństwa są *unitas et indissolubilitas*. Ta różnorodność idzie tak daleko, że w ustawodawstwach, które rozpatrujemy, dwie tylko przeszkody są we wszystkich jednakowo traktowane, jako *imp. dirim. iuris privati*, a cztery przez wszystkie traktowane, jako *imp. dirimentia iur. publici*. Do pierwszych należy błąd i pogróżki, do drugich bigamja, pokrewieństwo, powinowactwo i cudzołóstwo. Jednak co do treści, rozmiaru etc. tych sześciu przeszkód zachodzą między poszczególnymi ustawami różnice znaczne, co do bigamji zasadnicze.

Pr. austr. i pr. małż. Kr. p. opierają się (mówimy ciągle o małżeństwach rz. katolików, o innych wyznaniach będziemy mówić w dalszych rozdziałach) na pr. kan., jednakowoż nie w jednakowym stopniu. Wiemy już, że pr. m. Kr. pol. poszło dalej. Za pr. kan. przyjęło nieznanne prawu austriackiemu prze-

szkody publicae honestatis, cognationis spiritualis, adoptionis, raptus i zgodnie z prawem kanonicznem, a inaczej, jak pr. a., traktuje sprawę zezwolenia ojca i zapowiedzi, natomiast w wysnuciu konsekwencji stanowiska wyznaniowego poszło pr. austr. tylko w imp. catholicismi dalej, niż pr. małż. Kr. pol.

Dołączona do wykładu tabela pozwala zorientować się doraźnie w tych wszystkich różnicach, wykład oznaczy je i określi dokładniej.

Po tych najogólniejszych uwagach przystępujemy do omówienia poszczególnych przepisów mieszczących w sobie przeszkody zrywające (*dirimentia*) małż.

b) *Imp. impotentiae*. Pr. niemieckie nie uznaje osobnej przeszkody niemocy płciowej. Może ona stać się przyczyną rozwiązania małż. tylko wtedy, jeżeli da się podciągnąć pod błąd, t.j. jeżeli zachodzą wymagane przez przeszkodę błędu warunki. Pr. austr., idąc za pr. kan., uczyniło z impotencji osobną przeszkodę, jednakże z historii powstania odnośnych przepisów kodeksu cyw. wynika, że traktowało ją z punktu widzenia błędu. Także logicznie biorąc, tylko z punktu widzenia błędu można unieważnić małż., jeżeli się przyjmuje z jednej strony, że tylko *impotentia antecedens* unieważnia małż., a z drugiej strony stawia się na równi *impotentiam absolutam* ze względną niemocą, bo przecież ta ostatnia może być tylko *superveniens*. Wskutek tego unieważnienie w tym przypadku da się uzasadnić tylko tem, że małż. nie byłoby przyszło do skutku, gdyby *impotentia* była stwierdzona przed jego zawarciem. Mimo tych względów pr. kan., a za niem pr. austr. i pr. małż. Kr. pol. utworzyły samoistną przeszkodę niemocy fizycznej, jako *imp. dirimens*, z tą różnicą, że w pr. kan. jest ona *iuris publici*, jeżeli jest notoryczną, a w pr. cyw. jest zawsze *iuris privati*.

Odnośne przepisy pr. kan. opiewają. *Can. 1975 § 1 In causis impotentiae vel inconsummationis, nisi de impotentia vel inconsummatione aliunde certo constet, debet. uterque coniux testes, qui septimae manus audiunt, inducere, sanguine aut affinitate sibi coniunctos, sin minus vicinos bonae famae, aut alioquin de re edoctos qui iurare possint de ipsorum coniugum probitate, et praesertim de veracitate circa rem in controversiam deductam; quibus iudex ad normam can. 1759 § 3 alios testes potest ex officio adiungere. § 2 Testimonium septimae manus est argumentum credibilitatis quod robur addit depositionibus coniugum; sed vim plenae probationis non obtinet, nisi aliis adimnicultis aut argumentis fulciatur.*

Can. 1977. In peritis eligendis, praeter normas in can. 1792, 1805 datas, serventur praescripta canonum qui sequuntur.

Can. 1978. Ad periti munus ne admittantur qui coniuges privatim inspexerint circa factum cui innititur petitio declarationis nullitatis vel inconsummationis; licet tamen hos tanquam testes inducere.

Can. 1979 § 1. Ad inspiciendum virum, duo perite medici ex officio deputari debent.

§ 2. Ad mulierem vero inspiciendam duae obstetrices, quae legitimum peritiae testimonium habeant, ex officio designentur; nisi maluerit mulier a duobus medicis ex officio pariter designandis inspici vel id Ordinarius necessarium habuerit.

§ 3. Corporalis mulieris inspectio fieri debet, servatis plene christianae modestiae regulis et adstante semper honesta matrona ex officio designanda.

Kan. 1980 § 1. Mulieris inspectionem obstetrices vel periti, seorsum singuli, exsequi debent.

§ 2. Singuli medici vel obstetrices singulas relationes conficiant, intra terminum a iudice praefinitum tradendas.

§ 3. Potest iudex relationes ab obstetricibus confectas examini alicuius periti medici subicere, si id opportunum existimaverit.

Kan. 1981. Peracta relatione, periti, obstetrices ac matrona, seorsum singuli, a iudice interrogentur, secundum articulos vinculi defensore antea concinnatos quibus ipsi, praestito iuramento, respondeant.

*(Kan. 1975. § 1. W sprawach niemocy albo niedopełnienia, jeżeli niemoc albo niedopełnienie nie jest rzeczą skądinąd zupełnie pewną, oboje małżonkowie powinni przywieść świadków, których zowią siódmą ręką, związanych z sobą krwią lub powinowactwem, albo przynajmniej sąsiadów z dobrą sławą lub z inszcgo względu świadomych rzeczy, którzy mogą złożyć przysięgę o zacho-
ności samych współmałżonków, a zwłaszcza o prawdopodobności w sprawie przywiezionej do sądu; do tych (świadków) w myśl kanonu 1759 § 3² sędzia może dołączyć z urzędu innych świadków. § 2. Świadcstwo siódmą ręką stanowi dowód wiarygodności, który dodaje mocy zeznaniom małżonków; ale nie nabiera pełnej siły dowodowej, jeśli go nie wspierają inne umocnienia i dowody.*

Kan. 1977. Przy doborze znawców, prócz postanowień podanych w kanonach 1792—1805¹, należy zachować przepisy następujące.

Kan. 1978. § 1. Do oglądania mężczyzny powinni być przywołani z urzędu dwaj znawcy lekarze. § 2. Do oglądania zaś niewiasty ma się wyznaczyć z urzędu kobiety położne, posiadające legalne świadectwo swego zawstwa; chyba że niewiasta woli, żeby ją oglądali dwaj lekarze, wyznaczeni również z urzędu, albo ordynariusz uzna to za rzecz konieczną § 3. Oględziny ciała niewiasty winny się zawsze odbywać z zachowaniem prawideł skromności chrześcijańskiej i zawsze w przytomności szanownej matrony, którą się wyznacza z urzędu.

Kan. 1980. § 1. Oględzin niewiasty winny dokonać kobiety położne albo znawcy, każde z osobna. § 2. Każdy z lekarzy albo położne mają wygotować osobne sprawozdanie, jakie winni oddać w terminie oznaczonym przez sędziego. § 3. Sprawozdania zrobione przez położne sędzia może dać do zbadania, któremu z znawców lekarzy, jeśli to uzna

za rzecz wskazaną. Kan. 1981. Po złożeniu sprawozdania sędzia winien zadać pytania znawcom, położnym, tudzież matronie, każdemu z osobna, podług artykułów, ułożonych przedtem przez obrońcę węzła, na które oni, złożywszy przysięgę, mają odpowiadać¹⁾.

Przepisy prawa austriackiego odnoszą się tak do materialnej, jak i do formalnej strony danej kwestji. § 60 k. c. a. opiewa: „ciągła niemoc spełniania obowiązku małżeńskiego jest przeszkodą do małżeństwa, jeżeli już istniała w czasie zawarcia małżeństwa. Niemoc tylko czasowa lub jeżeli się wydarzyła w czasie trwania małżeństwa nie może rozwiązać małż.“ § 100 opiewa: „Szczególnie w przypadku, gdy idzie o poprzedzającą i trwałą niemoc pełnienia obowiązku małżeńskiego, należy przeprowadzić dowód przez znawców, mianowicie przez doświadczonych lekarzy i chirurgów, a wedle okoliczności także przez akuszerki“. Wreszcie § 101 k. c. a. brzmi: „jeżeli nie można ze stanowczością stwierdzić, czy niemoc jest trwałą, czy czasową, małżonkowie są zobowiązani jeszcze przez rok razem mieszkać, a jeżeli niemoc ten czas przetrwa, małżeństwo należy unieważnić“.

Cytujemy wreszcie odnośne postanowienie pr. m. Kr. pol. zawarte w artykule 22, który opiewa: „jeżeli jedna ze stron znajdowała się już przed zawarciem związku małż. w niemocy wiecznej, czyli nieuleczonej wykonywania powinności małżonka, małżeństwo może być, na żądanie drugiej strony, uznane za nieważne“.

Tak pr. austr., jak i pr. m. Kr. pol., przyjmują za prawem kan., że inpotencja unieważnia małż., jeżeli jest perpetua (nieuleczalna) i antecedens (to jest istniała już w chwili zawarcia małż.), a natomiast obojętnem jest, czy jest absolutna (niezdolność spółkowania w ogóle), czy relativa (niezdolność spółkowania tylko z małżonkiem), obojętnem jest, czy mieści w sobie także niezdolność płodzenia dzieci (inpetencja odnosi się tylko do zdolności spółkowania) obojętnem wreszcie jest, z jakiego powodu powstała (p. w Austrii orzec. 5966 uznające impotentiam z osłabienia nerwowego, 14741 z vaginismus, XI. 4253 z psychozy, XV. 5856 z hypostadii, p. dalej orzec. 15665 zb. G. U. W. o niemocy z braków psychicznych, możliwem jest także przyjęcie niemocy wskutek wieku za przyczynę unieważniającą). Pewne wątpliwości, nierozstrzygnięte w ustawie wyraźnie, należałoby rozwiązywać nie tylko z punktu widzenia logiki prawniczej, n. p. jeżeli impotentia da się usunąć przez lekką operację, a żona nie chce się jej poddać, nie uznałbym małżeństwa za ważne, jak to czyni dla Austrii orzec. 14741 zb. G. U. W. (zgodnie z moim poglądem orzec. XV. 6035 G. U. W.). Gdyby niemoc już po unieważnieniu małż. została usuniętą, przywrócenie do ważności (a takie jest stanowisko prawa kan.) może być niejednokrotnie zbyt smutnem i bolesnem wysnuwaniem konsekwencji z zasady. Wreszcie

¹⁾ Tłómaczenie X. Fijałka, l. c.

bogata w tej kwestji kazuistyka przynosi przypadek impotencji mimo spółdzenia dziecka, co nie jest wykluczeniem wobec możności zapłodnienia mimo nie zupełnego spółkowania. Jest to oczywiście kwestja faktu.

Tak w pr. kan. (a więc i w Kr. pol.), jak i w pr. austr., proces z powodu impotencji jest w pewnych punktach specjalnie unormowany.

W pr. austr. powstaje trudność z tego powodu, że w niem wedle § 99 k. c. a., co do przeszkody małż., ani zgodne przyznanie małżonków nie ma mocy dowodu, ani też nie można w kwestji przeszkody małż. dopuścić małżonków do przysięgi, wedle zaś art. VI. l. 1. ustawy wprowadzającej austriacką ordynację procesową przeszkoda małż. nie może być dowiedziona przez przesłuchanie stron po myśli §§ 371 nast. austr. pr. cyw. Wskutek tego główna waga w kwestji udowodnienia niemocy płciowej spocząć musi w Austrii na dowodzie ze znawców, do których prócz lekarzy i chirurgów przepis § 100 k. c. a. wedle okoliczności (a nie zawsze, jak chce kan. 197^o, chyba że kobieta sama woli lekarzy) zalicza i akuszerki. W pr. kan. dopuszczona jest przysięga małżonków z tą właściwością, że każdy małżonek winien inducere siedmiu świadków, mających stwierdzić jego wiarygodność. To tak zw. testimonium septimae manus nie jest samo przez się dowodem, a tylko wzmacnia wiarygodność zeznań małżonków. Obok przysięgi małżonków z owymi świadkami septimae manus (jednak przysięga jest środkiem dowodowym, który się dopuszcza w drugim rzędzie, nisi de impotentia aliunde certo constet), dopuszczonym i specjalnie unormowanym jest dowód ze znawców (inspectio corporalis), ale i ten dowód ma być oszczędzonym stronom, jeżeli ex adiunctis inutilis evidenter apparet. Wreszcie podnieść należy, że już tylko właściwością prawa austr. pozostaje przedłużenie cohabitationis na rok (§ 101 k. c. a.) gdyby się nie dało stwierdzić z pewnością, że niemoc jest perpetua. Corpus iuris can. nie zna już obecnie tej słusznie ganionej próby, której wystrzegala się zresztą także i praktyka sądów astryjackich (por. orzec. IV., 1364; XV., 6164; IV., 1412 zb. G. U. W., por. także orzec. III., 1002 zb. G. U. W.). Z kazuistyki podnieść jeszcze można przypadek, gdzie przez znawców stwierdzono niemoc małżonka nieobecnego (orzec. II., 612 zb. G. U. W.), a warto się zastanowić nad kwestją, czy można „zmusić“ małżonka, aby się poddał badaniu, jak to orzekł najw. tryb. austr. w orzec. z d. 25 maja 1904 r. VII., 2699 zb. G. U. W. Przepis § 101 k. c. a. jest ilustracją, że pr. austr. pozostało w tyle poza prawem kan. po jego ostatniej reformie. Przypadków takich znajdziemy więcej, jak mogliśmy to samo już stwierdzić w pr. małż. Kr. pol. co do adopcji, pokrewieństwa duchowego itd., Podkreślić także należy praktyczny, jakeśmy widzieli, przypadek, czy małżonka można zmusić, aby się poddał badaniu lekarskiemu,

bo on znowu może posłużyć do oświecenia prawa małż. z innego punktu widzenia, jak to później będą się starał przedstawić.

W związku z unieważnieniem małż. z powodu niemocy jest rozwiązanie *matrimonii rati sed non consummati*, jedyny przypadek, w którym pr. kan. — poza rozwiązaniem małż. przez śmierć i uznanie za zmarłego — dopuszcza rozwiązania małż. Przyczyna może być ta sama, a pr. kan. przez przyjęcie tej instytucji znajduje środek na rozwiązanie małżeństwa, jeżeli dowód impotencji się nie uda lub jeżeli strony z tego czy innego powodu dowodu tego nie chcą przeprowadzić. O takim związku myśli kan. 1963 § 2 c. i. c., wedle którego, jeżeli sędzia kompetentny przeprowadził proces nieważności małż. *ex capite impotentiae*, a wyłonił się stąd dowód nie niemocy, ale niedopełnienia małż., natenczas wszystkie akta mają być przesłane (*transmittantur*) do św. Kongregacji *de disciplina Sacramentorum*, która może ich użyć przy wydaniu wyroku *super rato et non consummato*. Tak w tej instytucji przeto, jak i w tem, że pr. kan. dopuszcza przysięgi stron w procesie małż., czego nie czyni pr. austr., przyznać należy pierwszeństwo prawu kan., które z drugiej strony oddaje już tylko hołd tradycji przez swą instytucję *świadków septimae manus*.

c) **Pokrewieństwo.** Najdalej dzisiaj posuwa zakaz małż. z powodu pokrewieństwa pr. m. Kr. p. Pozostało ono w tyle poza pr. kan. w jego obecnej mocy. Najliberalniejszym jest kodeks niemiecki. Poznajmy najpierw odnośne przepisy:

§ 1310 ust. 1 i 3 k. c. n. opiewają: „Małż. nie może być zawartem między krewnymi w linii prostej, między rodzicem i przyrodnim rodzeństwem tudzież między powinowatymi w prostej linii. Pokrewieństwo w rozumieniu tych przepisów istnieje także między dzieckiem nieślubnym i jego potomkami z jednej strony, a ojcem i jego krewnymi z drugiej strony“. Pr. austr. w § 65 k. c. a. postanawia: „Między krewnymi w linii wstępnej i zstępnej; między rodzonem i przyrodnim rodzeństwem; między dziećmi rodzeństwa; podobnie jak z rodzeństwem rodziców, mianowicie z wujem (stryjem) i ciotką ojczyściej i macierzystej strony, nie może być zawartem ważne małż., bez względu na to, czy pokrewieństwo powstaje ze ślubnego, czy nieślubnego pochodzenia“. Kan. 1076 brzmi: § 1. *In linea recta consanguinitatis matrimonium irritum est inter omnes ascendentes et descendentes tum legitimos tum naturales.* § 2. *In linea collateralis, irritum est usque ad tertium gradum inclusive, ita tamen ut matrimonii impedimentum toties tantum multiplicatur quoties communis stipes multiplicatur.* § 3. *Numquam matrimonium permittatur, si quod subsit dubium num partes sint consanguineae in aliquo gradu lineae rectae aut in primo gradu lineae collateralis.* Wreszcie cytujemy odnośne postanowienia pr. m. K. p., a mianowicie art. 30 opiewa: „Pokrewieństwo i powinowactwo, wynikające bądź z prawych, bądź

z nieprawych związków, stanowi przeszkodę do małż. w linii prostej pomiędzy wszystkimi wstępnymi i zstępnymi“. Art. 31: „W linii pobocznej pokrewieństwo i powinowactwo, wynikające z prawych związków, stanowi przeszkodę do małż. aż do czwartego stopnia kanonicznego włącznie“. Art. 32: „Pokrewieństwo i powinowactwo w linii pobocznej, wynikające z nieprawych związków, stanowi przeszkodę do małż., a mianowicie pokrewieństwo między krewnymi aż do czwartego stopnia kanonicznego włącznie i powinowactwo między powinowatymi aż do drugiego stopnia kanonicznego włącznie“.

Przedewszystkiem należy zwrócić uwagę na różnicę w określaniu odległości pokrewieństwa. Pr. małż. Kr. pol. i pr. kan. określają je wedle stopni, a pr. niem. i austr. wedle nazw, jakich krewni w stosunkach między sobą używają. Gdybyśmy przeszkodę pokrewieństwa wedle pr. austr. chcieli przedstawić także wedle stopni, to najdalej byłyby spokrewnione dzieci rodzeństwa, bo w czwartym stopniu wedle obliczenia cywilnego. Jednak nie możnaby zrównać tego określenia wedle stopni z tem, które przyjmuje § 65 k. c. a., bo w czwartym stopniu jest n. p. spokrewnionym nupturient z wnuczką swej siostry, a takie małż. jest ważne, bo pokrewieństwo to nie podpada pod żadną nazwę użytą przez § 65 k. c. a. Gdyby się więc pragnęło określić przeszkodę do małż. wedle pr. austr. przez użycie określenia pokrewieństwa zapomocą stopni, to należałoby powiedzieć, że pr. austr. przyjmuje czwarty stopień komputacji cywilnej, ale tylko in linea aequali (krewni są jednakowo odlegli od wspólnego pnia n. p. brat i siostra, cioteczne lub stryjeczne rodzeństwo, w przeciwstawieniu do linea inaequalis, gdzie krewni nie są jednakowo odlegli od wspólnego pnia, n. p. stryj i bratanka, ciotka i siostrzeniec).

Różnica w określeniu odległości pokrewieństwa, jako przeszkody do małż., przez poszczególne kodeksy widoczną jest z cytowanych wyżej postanowień. Pr. kan. zeszło na trzeci stopień obliczenia kanonicznego, pozostawiając poza sobą pr. Kr. pol. Jednak z powodu dyspenz wszystkie te różnice w praktyce nie mają znaczenia, z wyjątkiem oczywiście pokrewieństwa w linii prostej i pokrewieństwa między rodzeństwem. Dyspenzy udzielane bywają dzieciom rodzeństwa, a nawet wujowi z siostrzenicą, tak, że określenie prawa niem. wydaje się odpowiadać wymaganiom życia.

Pokrewieństwo z prawych związków zrównanem jest z pokrewieństwem ze związków nieprawych we wszystkich ustawach (pr. m. Kr. p. czyni różnicę co do powinowactwa, o czem niżej). Podnieść to należy szczególnie co do pr. niem., które w § 1589 k. c. n., mówi wyraźnie, że dziecko nieslubne i jego ojciec nie są krewnymi, a które tutaj, przy przeszkodzie pokrewieństwa, znowu wyraźnie postanawia, że „w rozumieniu tych przepisów“, t. j. w rozumieniu § 1310 k. c. n. pokrewieństwo między dzie-

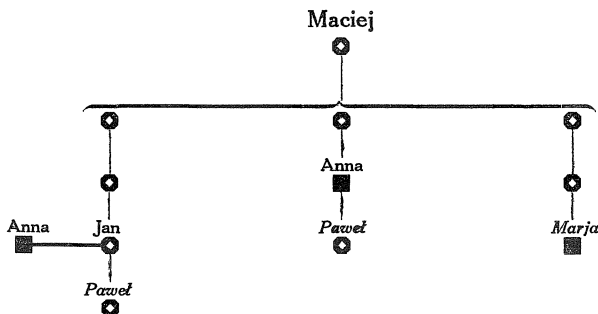
kiem nieślubnem a jego ojcem, tudzież między potomkami dziecka (znowu trzeba rozumieć: ślubnymi i nieślubnymi potomkami dziecka) a krewnymi ojca istnieje.

Wszystkie kodeksy unieważniają małżeństwo między przyrodnim rodzeństwem, wobec zrównania zaś pochodzenia ślubnego z nieślubnym należy przyjąć, że nie jest ważnem małż. między nieślubnymi dziećmi jednego ojca z różnych matek.

Przeszkoda pokrewieństwa jest uzasadnioną przez wspólność krwi. Istnieje więc tam, gdzie krew jest wspólna, choćby prawnie wspólność ta nie wynikała. N. p. Jan został spółdzony przez Józefa z Anną, żoną Pawła. Ponieważ Paweł nie zaprzeczył ślubności, Jan nosi jego nazwisko i ma stanowisko dziecka ślubnego. Mimo tego Jan nie może poślubić córki Józefa, swego nieślubnego ojca, bo jest jej przyrodnim bratem. Nieślubność winna być wskutek tego udowodnioną zwykłymi środkami dowodowymi, bez względu na domniemania prawne.

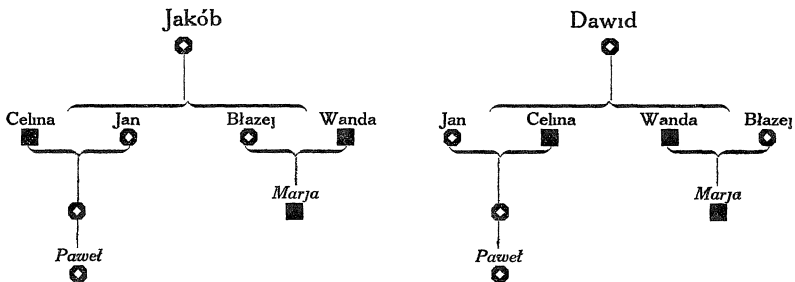
W pr. m. Kr. pol. jest ta właściwość, że, gdy inne ustawy czynią pokrewieństwo w całej rozciągłości przeszkodą zrywającą publici iuris, to prawo Kr. p. w art. 92 odróżnia pokrewieństwo w linii wstępnej i zstępnej tudzież między braćmi i siostrami rodzonymi i przyrodnimi a innymi krewnymi aż do czwartego stopnia kanonicznego. Tylko pierwsza grupa tworzy imp. dirimens iuris publici, druga tworzy im. dir. iuris privati.

Pr. kan. w § 2 kan. 1076 mówi o wielokrotnem pokrewieństwie; stawia jednak co do niego zasadę, że przeszkodę pokrewieństwa mnoży się tylko tyle razy, ile razy pień wspólny się mnoży. Pokrewieństwo wielokrotne powstaje wskutek małżeństw między krewnymi. Następujący przykład wyjaśni przypadki, w których zachodzi, i reformę wprowadzoną przez c. i. c.



Paweł jest spokrewniony z Marją dwukrotnie: raz przez to, że ojciec Pawła Jan był prawnukiem Macieja, z którym Marja jest spokrewnioną także w stopniu prawnuczki, drugi raz przez to, że Paweł jest przez matkę Annę prawnukiem Macieja, którego Marja jest również prawnuczką. Przez ojca jest Paweł spokrewniony z Marją w czwartym stopniu kanonicznym, przez

matkę w trzecim stopniu kanonicznym. Takiego wielokrotnego pokrewieństwa nie uwzględnia obecnie pr. kan., bo tu jest jeden pień, t. j. Maciej. Uwzględnionem natomiast będzie wielokrotne pokrewieństwo w następującym przypadku:



Dwie rodzone siostry, Celina i Wanda, poślubiły dwóch rodzonych braci, Jana i Błażeja. Z małżeństwa Błażeja z Wandą urodziła się Marja, z małżeństwa zaś Celiney z Janem jest wnuk Paweł. Powyższe wzory wykazują jasno, że Paweł jest z Marją dwukrotnie spokrewniony tak przez ten wspólny im pień, którym jest Jakób, jak i przez ten wspólny pień, którym jest Dawid. Ponieważ tutaj są różne pnie, więc pr. kan. przyjmuje tutaj pokrewieństwo wielokrotne, ponieważż zaś są dwa pnie, wspólne dwom osobom, o które nam idzie, więc pokrewieństwo jest dwukrotne.

d) **Powinowactwo.** Przepisy pr. niem. i Kr. p., odnoszące się do powinowactwa, zacytowaliśmy wyżej pod c). W pr. austr. § 66 k. c. a. mówi: „Z powinowactwa powstaje tego rodzaju przeszkoda do małż., że mąż nie może poślubić wymienionych w § 65 krewnych swej żony, a żona nie może poślubić wymienionych tam krewnych męża“. Wreszcie kan. 1077 opiewa: *Affinitas in linea recta dirimit matrimonium in quolibet gradu; in linea collateralis usque ad secundum gradum inclusive. § 2. Affinitatis impedimentum multiplicatur: 1. Quoties multiplicatur impedimentum consanguinitatis a quo procedit; 2. Iterato successive matrimonio cum consanguineo coniugis defuncti.*

Po obecnej reformie prawa kanonicznego, które w kan. 97 postanawia, że *affinitas oritur ex matrimonio valido sive ratantum sive rato et consummato*, wyrównało się pojęcie powinowactwa w prawie austr., niem. i kan. Wedle tych praw powstaje ono z faktu zawarcia małż. ważnego, a nie z *copula carnalis*. Wskutek czego oczywiście niema znaczenia obecnie także i odróżnienie, czy *copula* była *honestas*, czy *inhonestas*. Po reformie pr. kan., które w linii bocznej ograniczyło przeszkodę powinowactwa do drugiego stopnia, najdalej posuniętem pozostało pr. małż. Kr. p., bo nie tylko pozostaje na stanowisku, że *copula* sama rodzi powinowactwo, ale także utrzymuje w linii

bocznej czwarty stopień kanoniczny, jeżeli powinowactwo wynika z związków prawych, a tylko wtedy jest przeszkodą do drugiego stopnia kanonicznego, jeżeli wynikało ze związków nieprawych. Pr. niem. idzie w przeciwnym kierunku najdalej, bo z powinowactwa czyni przeszkodę tylko w linii prostej. Co do pr. austr., to z powodu, któryśmy przedstawili pod c), a mianowicie, że w pr. austr. przeszkoda nie jest określona wedle stopnia, ale wedle nazwy krewnego, nie można powiedzieć, aby pr. austr. było zrównaniem z pr. kan., albowiem czwarty stopień austr. równa się drugiemu kanonicznemu, tylko *in linea aequali*.

Założeniem powinowactwa jest ważne małż., jeżeli więc małż. zostało nieważnionem, to powinowactwo nie istnieje. Inna rzecz, jeżeli małż. zostało rozwiązane przez śmierć, uznanie za zmarłego, rozwód. Powinowactwo trwa dalej. Stwierdza to wyraźnie § 1590 k. c. n.: powinowactwo trwa dalej, chociaż małżeństwo, na którym ono się opiera, zostało rozwiązane. Sporną natomiast jest kwestja, czy powinowactwo istnieje między jednym małżonkiem a dziećmi drugiego, zrodzonymi po rozwiązaniu małż., czy więc n. p. mąż może się zenić z córką swej rozwiedzionej żony, zrodzonej w drugim małż. po rozwodzie. Ścisła interpretacja nie wykluczałaby takiego małżeństwa, odrzucają je uczucia.

Dla uprzyśtępnienia podajemy, że stosunek między jednym małżonkiem a dziećmi drugiego (ojczym, macocha, pasierb, pasierbica) jest powinowactwem, jak jest niem stosunek małżonka do rodziców drugiego (teść, świekra, zięć, synowa). W linii bocznej powinowactwem jest stosunek małżonka do bocznych krewnych drugiego (przedewszystkiem szwagier, szwagierka). Natomiast nie są między sobą powinowatymi powinowaci małżonków, n. p. mężowie dwóch sióstr nie są między sobą powinowatymi.

Korekturą tego stanu, że powinowactwo wypływa z zawarcia małż. a nie z *copula carnalis*, a więc korekturą tego stanu, że z małż. nieważnego nie powstaje powinowactwo, dalej korekturą tego, że powinowactwo nie istnieje w stosunku do dzieci zrodzonych po rozwiązaniu małż., jest w pr. niem. tamująca przeszkoda *affinitatis illegitimae* (§ 1310 ust. 2 k. c. n.), o czem mówiliśmy wyżej, w pr. kan. zaś określono dzisiaj inaczej przeszkodę *publicae honestatis*, o czem mówić będziemy niżej pod g). Prawo austriackie nie zna takiej korektury. Co do pr. małż. Kr. pol. p. niżej pod g).

Pr. kan. przyjmuje tak zw. powinowactwo wielorakie i stawia co do niego dwie reguły: powinowactwo wielorakie powstaje, t. j. przeszkoda powinowactwa mnoży się, ilekroć mnoży się przeszkoda pokrewieństwa, i powtórę przeszkoda powinowactwa mnoży się wskutek ponawianego kolejno małżeństwa z krewnymi zmarłego małżonka, n. p. Jan po śmierci pierwszej żony poślubił jej rodzoną siostrę, a gdy i ta umarła pragnie

poślubić córkę drugiej siostry swej pierwszej żony, między nią jednak a Janem jest wielorakie powinowactwo.

e) *Adopcja*. Mówiliśmy już, że pr. austr. nie zna tej przeszkody, jednak z chwilą zawarcia małż. między stroną adoptującą a adoptowaną, stosunek adopcyjny eo ipso gaśnie. W pr. niem. adopcja jest przeszkodą tamującą (§ 1311 k. c. n.) między stroną adoptującą a adoptowaną i jej potomkami dopóty, dopóki trwa stosunek adopcyjny. Jeżeli strony wbrew temu przepisowi wejdą w związek małżeński, to stosunek adopcyjny między nimi, ale tylko między nimi, gaśnie. Pr. kan. dostosowało się do pr. cyw. i orzekło, że w tych krajach, gdzie adopcja wedle pr. cyw. jest przeszkodą tamującą, jest nią także wedle pr. kan., tam zaś, gdzie ona jest wedle pr. cyw. przeszkodą zrywającą, jest nią i wedle pr. kan. (kan. 1059 i 1086). W Niemczech przeto jest ona przeszkodą tamującą, natomiast w Kr. p. jest imp. dir., tutaj bowiem wedle art. 35 pr. m. Kł. pol. pokrewieństwo i powinowactwo cywilne stanowi przeszkodę do małż.: α) między osobą przysposabiającą, osobą przysposobioną i jej zstępными; β) pomiędzy dziećmi przysposobionymi i dziećmi z małż. splodzonemi z jednej i tej samej osoby; γ) pomiędzy przysposabiającym i małżonkiem przysposobionego, wreszcie δ) między przysposobionym a małżonkiem przysposabiającego. Między pr. niem. a polskim jest przeto nietylko ta różnica, że w pr. niem. stosunek adopcyjny działa tylko jako imp. impediens, a w Król. jako dirimens, ale i co do koła osób objętych przeszkodą: w Niemczech obejmuje ona tylko adoptującego, adoptowanego i jego potomków, a w Kr. pol. oprócz tych osób także wymienione pod β) do δ).

f) *Cognatio spiritualis*. Pr. kan. (kan. 1079 i 768) zmieniło tę przeszkodę zrywającą. *Cognatio spiritualis* jest przeszkodą tylko wtedy, gdy rodzi się z chrztu, i obejmuje tylko chrzczonego, udzielającego chrztu i podającego do chrztu. Natomiast pr. m. Kr. p. zajmuje jeszcze dawne stanowisko prawa kan. i oprócz pokrewieństwa duchowego z chrztu przyjmuje także pokrewieństwo duchowe z bierzmowania, a nadto rozszerza krąg osób, objętych tą przeszkodą, wedle art. 34 bowiem pokrewieństwo duchowe stanowi przeszkodę nie tylko między osobą dającą chrzest z jednej strony, a osobą chrzest przyjmującą, lecz także między rodzicami chrzczonego, oprócz tego zaś przeszkoda ta istnieje nie tylko między osobą chrzest przyjmującą a ojcem i matką chrzestną, lecz także między osobą chrzest przyjmującą lub bierzmowaną i jej rodzicami z jednej strony, a ojcem i matką chrzestną lub osobami do bierzmowania podającymi z drugiej strony. Art. 34 wyjaśnia, że rodzicami chrzestnymi są tylko osoby trzymające dzieci w pierwszej parze i wtedy gdy chrzest udzielony był uroczyście ze zwykłymi ceremonjami. Pr. austr. i niem. przeszkody tej nie znają.

g) Przeszkoda przystojności publicznej (*imp. publicae honestatis*). Przeszkoda ta znana jest tylko pr. kan. i pr. m. K. p., jednakże i tutaj pr. polskie, wskutek reformy pr. kan., różni się od niego. Obecnie w pr. kan. przeszkoda ta jest w kan. 1078 określona w następujący sposób: *Impedimentum publicae honestatis oritur ex matrimonio invalido, sive consummato sive non, et ex publico vel notorio concubinato; et nuptias dirimit in primo et secundo gradu lineae rectae inter virum et consanguineas mulieris, ac vice versa*. Pr. m. K. p. zajmuje dawne stanowisko pr. kan., a różnica ta objawia się w następujących punktach: α) pr. m. Kr. pol. przyjmuje przeszkodę, o której mówimy, z zaręczyn, czego dzisiejsze pr. kan. już nie czyni; β) pr. małż. Kr' p. przyjmuje przeszkodę *publicae honestatis* tylko w razie unieważnienia lub rozwiązania *matrimonii non consummati* (z wyjątkiem jeżeli unieważnienie nastąpiło z braku *consensus*, bo wtedy nie zachodzi przeszkoda *publicae honestatis*). Natomiast prawo kan. przyjmuje inne kryterjum, mianowicie nieważność małżeństwa, bez względu na to, czy było *consummatum*, czy nie, a nadto przyjmuje jeszcze drugie źródło przeszkody *publicae honestatis*, t. j. publiczny lub jawny (*notorius*) konkubinaty, czego pr. małż. Kr. p. nie przyjmuje w kształcie *impedimenti publ. honestatis*, ale w kształcie *powinowactwa*. To wprowadzenie *imp. publicae honestatis* z powodu konkubinatu jest ekwiwalentem za to, że obecne prawo kan. nie zna *powinowactwa z copula carnalis*, a tylko z ważnego małż. Postanowienie zaś, że *consummatio* nie odgrywa roli, jeżeli *matrimonium* jest *invalidum*, tłumaczy się tem, że *ex matrimonio rato*, choćby było *non consummatum*, powstaje obecnie przeszkoda *powinowactwa*, a więc *publica honestas* nie jest potrzebna. W Kr. pol., gdzie *powinowactwo* powstaje także ze związków nieprawych, cel obecnego *impedimenti publicae honestatis* jest inną drogą osiągnięty. γ) Trzecia różnica polega na tem, że dzisiejsze pr. kan. nie wspomina nic o wpływie braku *consensus*, a w pr. m. Kr. p. odgrywa on (patrz pod β) rolę. δ) Wreszcie ostatnia różnica odnosi się do koła osób objętych tą przeszkodą; w pr. m. Kr. p. jest ono szerszem, niż w pr. kan.

Pr. niem. nie zna przeszkody *publicae honestatis*, ale jej cel spełnia do pewnego stopnia *imp. impediens affinitatis illegitimae*, § 1310 *ust. 2 k. c. n.*, o czym mówiliśmy wyżej. Pr. austr. nie zna przeszkody o podobnym celu, trafnie też ktoś powiedział, iż dziwnem jest, że są przypadki, w których pr. n. jest bardziej kościelne, niż pr. austr.

Odnośne przepisy pr. m. Kr. pol. opiewają:

37. Nie może dla przystojności publicznej zawierać małżeństwa strona zaręczona z krewnymi w pierwszym stopniu kanonicznym drugiej strony, jeżeli zaręczyny były zawarte uroczyście, ważnie, przy kapłanie i świadkach.

38. Jeżeli małżeństwo, w którym spełnienie powinności małżeńskiej nie nastąpiło, unieważnione zostało przez wyrok władzy duchownej, albo jeżeli rozwiązaniem zostało przez śmierć lub wstąpienie do zakonu jednej strony, wówczas nie będzie mógł drugi małżonek, dla przystojności publicznej, zawierać ślubów z krewnymi współmałżonka swego, aż do ezwartego stopnia kanonicznego włącznie. W przypadku jednak, gdyby małżeństwo pierwsze unieważnione zostało dla braku zezwolenia, żadna przeszkoda z powodu przystojności publicznej nie zachodzi.

39. Przeszkoda do małżeństwa, wynikająca z przystojności publicznej może być usuniętą przez dyspensę władzy duchownej.

40. Władza duchowna obowiązana jest uwiadomić natychmiast komisję rządową spraw wewnętrznych duchownych i oświecenia publicznego w każdym razie, tak o zaniesionych do niej podaniach celem uzyskania dyspens, jako i o sposobie, w jakim te podania rozwiązane zostały.

h) Wyższe święcenia i uroczyste śluby. Pr. n nie zna oczywiście tej przeszkody. Przyjęły ją pr. austr. i polskie za pr. kan.

Can. 1072 postanawia: „*invalide matrimonium attentant clerici in sacris ordinibus constituti*“, wedle zaś kan. 1073, item *invalide matrimonium attentant religiosi qui vota sollemnia profesi sint, aut vota simplicia, quibus ex speciali Sedis Apostolicae praescripto vis addita sit nuptias irritandi*“. W pr. aust. § 63 k. c. a. postanawia, że „duchowni, którzy już otrzymali wyższe święcenia, i osoby zakonne, obydwóch płci, które złożyły uroczyste śluby bezżeństwa, nie mogą zawrzeć ważnego małżeństwa“. Wreszcie pr. m. Kr. p. orzeka w art. 27, że „osoby, które w zakonie wykonały ślub czystości, i duchowni, którzy przyjęli wyższe święcenia, jako to: subdjakonat, djakonat albo kapłaństwo, nie mogą zawierać ślubów małżeńskich“.

O zgodnych tych postanowieniach powiedzieć należy:

α) Wyższe święcenia i śluby zakonne wtedy unieważniają małż., jeżeli zaszyły przed zawarciem małż., nie unieważniają natomiast małż., jeżeli otrzymane względnie złożone zostały po zawarciu małż.,

β) są przeszkodą *dirimens* dla osób tych wyznań, które znają wyższe święcenia i uroczyste śluby. W Austrii zachodzi to co do rz. kat., a uznanem zostało w praktyce co do grecko-orientalnych (orzecz. 5904 st. G. U. W.). Pr. m. Kr. p. nie zna tej przeszkody dla osób wyznających religię grecko-rosyjską.

(W ustawodawstwie rosyjskiem, swod zakonów t. X cz. 1 art. 2. duchownym i zakonnikom grecko-orientalnym wzbronione jest zawieranie małż. i to: zakonnikom wogóle, duchownym po święceniach).

γ) Oznaczenie, na czem polegają wyższe święcenia i uroczyste śluby, w szczególności w których zakonach składa się

takie śluby, należy do prawa kościelnego i jego też trzymać się mają w tym względzie i sądy cywilne.

δ) Obfitą, niejednokrotnie namiętną dyskusję w nauce i publicystyce wywołała w Austrii kwestja, czy przeszkoda z § 63 k. c. a. ma zastosowanie także po wystąpieniu z Kościoła rzymsko-kat.? Praktyka stale odpowiadała twierdząco, wychodząc z założenia, że u. z 25 maja 1868 przeszkody tej w niczem nie dotknęła, p. np. orz. XVI, 6707; X. 3703; IV, 1365; 13701 itd. Trzymała się praktyka tej zasady, że przeszkoda z § 63 k. c. a. ma walor także po wystąpieniu z Kościoła katolickiego, nawet wówczas, jeżeli małż. było zawarte przez cudzoziemca, orzecz. XVI 6707, lub za granicą, orzecz. 614, 5904 zb. G. U. W.

i) Disparitas cultus. Wedle § 64 k. c. a. nie mogą być zawarte ważne małżeństwa między chrześcijanami a osobami, które się nie przyznają do religii chrześcijańskiej. Ta zrywająca przeszkoda iuris publicis wzięta jest z pr. kan., które obecnie określa ją w kan. 1070: § Nullum est matrimonium contractum a persona non baptizata in ecclesia catholica vel ad eandem ex haeresi aut schismate conversa. § 2. Si pars tempore contracti matrimonii tanquam baptizata communiter habebatur aut eius baptismus erat dubius, standum est, ad normam can. 1014, pro valore matrimonii, donec certo probetur alteram partem baptizatam esse, alteram vero non baptizatam. Kan. 1071 postanawia: Quae de mixtis nuptiis in canonibus 1060—1064 praescripta sunt, applicari quoque debent matrimoniis quibus obstat impedimentum disparitatis cultus.

(Kanon 1070. § 1. Za nieistniejące uważa się małżeństwo, zawarte przez osobę nieochrzczonej z osobą ochrzczonej w Kościele katolickim, albo nawróconej do niego z herezji lub z schizmy. § 2. Jeżeli strona w czasie zawarcia małżeństwa uważana była powszechnie za ochrzczonej lub chrzest jej był wątpliwy, trzeba stać według przepisu kanonu 1014 przy ważności małżeństwa, dopóki na pewno nie będzie stwierdzone, że jedna strona jest ochrzczonej, druga zaś nieochrzczonej. Kanon 1071. Wszystko, co o małżeństwach mieszanych przepisują kanony 1060—1064, winno być zastosowane do małżeństw, którym zawadza przeszkoda różności wiary).¹⁾

W brzmieniu zbliżonem do brzmienia k. c. a. przyjęło tę przeszkodę pr. m. Kr. p., a nie zna jej oczywiście pr. niem. Art. 24 pr. m. K. p. opiewa: „Różność religii stanowi przeszkodę do małż. pomiędzy osobami wyznającemi religję rz. kat. i osobami nie należącemi do żadnego z wyznań chrześcijańskich“. W art. 24 użyto określenia „rz. kat.“, ponieważ tę samą przeszkodę zaprowadza pr. m. K. p. w art. 100 dla grecko-

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

rosyjs., w art. 133 dla ewangelików, a więc w rezultacie ustanawia ją dla „chrześcijan“ tak, jak pr. austriackie.

Różnica między pr. kan. a pr. cyw. jest ta, że pierwsze mówi o ochrzczonych, drugie o chrześcijanach, pierwsze przeto zajmuje stanowisko, że chrzest wyciska niezmażalne piętno, jakiegokolwiek dalsze koleje pod względem religii przechodziłaby osoba ochrzczona, drugie zaś, to jest pr. cyw. zajmuje to stanowisko, że rozstrzygającym jest, czy osoba w chwili zawierania małż. przyznaje się do chrześcijaństwa, czy nie. Zanim poznamy wszystkie konsekwencje tych stanowisk, zbadajmy przedewszystkiem treść pozytywnych przepisów, któreśmy wyżej podali.

Pr. kan. rozstrzyga dwa przypadki:

a) małż. osoby ochrzczonej w kościele rz. kat. z osobą nieochrzczoneą i to małż. uznaje za nieważne;

b) małż. osoby nieochrzczonej z osobą, która pierwotnie nie była chrzczoneą w kościele rz. kat., lecz do Kościoła rz. kat. później się nawróciła, to małż. uznaje także za nieważne;

c) nie rozstrzyga natomiast przypadku małżeństwa między osobą nieochrzczoneą, a ochrzczoneą, ale akatolicką, to jest osobą, która się z herezji lub schizmy do Kośc. rz. kat. nie nawróciła, lecz w tej herezji lub schizmie pozostaje.

Stosując zasadę wypowiedzianą w kan. 6 l. 4., wedle której in dubio num aliquid canonum praescriptum cum veteri iure disscipet, a veteri iure non est recedendum, należy takie małż. uznać ze stan. pr. kan. również za nieważne. Gdybyśmy jednak mieli przypuszczać, że opuszczenie tego jest celowe, to oznaczałoby to uznanie przez Kościół małżeństwa osoby nieochrzczonej z ochrzczoneą heretycką lub schizmatycką. Wniosek tak odstępowałby od dotychczasowego stanu, że należy oprzeć się na kan. 6. l. 4. i odrzucić go.

Co do pr. cyw., to należy się, przedewszystkiem porozumieć, co ustawa rozumie przez wyrażenie „chrześcijanin“ w przeciwstawieniu do „osoby, która się nie przyznaje do religii chrześcijańskiej“. Otóż „chrześcijanami“ są wyznawcy jakiegokolwiek wyznania chrześcijańskiego w Austrii bez względu na to, czy ono jest uznanem ustawowo, czy nie, w Kr. pol. zaś wymienionego w prawie małż. (p. art. 24, 100, 133, przedewszystkiem zaś art. 181, który obejmuje generalnie wszystkie wyznania chrześcijańskie, p. wreszcie art. 190 tak, że można przyjąć, iż pr. małż. Kr. p. zajmuje to samo stanowisko, jakie zajmuje pr. austr.). Chrześcijanami są więc także Anglikanie (orzeczenie 8066, 11110 zb. G. U. W.), Baptyści etc., chrześcijaninem jest jednak także np. żyd, który się ochrzcił, ale nie oznajmił swej dotychczasowej gminie, że występuje (orzecz. I. 43 zb. G. U. W.), za chrześcijanina należy także uważać katolika, który stał się bezwyznaniowym, ale o tem duszpasterzowi nie powiedział (orzecz. 12067, ale inaczej XII, 4684 zb. G. U. W.). „Osobami, które się nie przyznają do religii chrześcijańskiej“ są żydzi,

muzułmanie, buddyści, ale i bezwyznaniowi (małż. bezwyznaniowych z chrześcijanami są nieważne p. n. p. orzec. 14471 i 10227 i VIII, 3050 zb. G. U. W.).

Gdzież więc i kiedy objawia się różnica między pr. kan. a prawem cyw. ? Objawia się w razie zmiany religji, ale zmiany dokonanej przed zawarciem małżeństwa. Wedle pr. kan., kto raz został ochrzczony, nie może ważnie zawrzeć związku małż. z osobą nieochrzczoneą, np. z żydówką, choćby przed zawarciem małżeństwa zmienił religję, a więc stał się np. bezwyznaniowym. Inaczej jest w pr. cyw.: Jeżeli przed zawarciem małż. chrześcijanin zmienił religję (powtarzamy „przed“, nie „po“ zawarciu małżeństwa) i stał się np. bezwyznaniowym, może zawrzeć związek małż. z osobą nieochrzczoneą (orzec. VIII, 3092 zb. G. U. W.).

Reasumując, rozstrzygamy poszczególne możliwości w następujący sposób. Wedle pr. kan. nieważne są małżeństwa

α) katolików i to:

αα) katolików od urodzenia, /

ββ) katolików nawróconych z herezji i schizmy,

β) akatolików ochrzczonych,

γ) ochrzczonych różnowierców,

δ) ochrzczonych bezwyznaniowych, t. j. takich, którzy chrzest otrzymali, a później stali się bezwyznaniowymi;

zawarte z:

α) żydami,

β) poganami,

γ) nieochrzczonymi różnowiercami,

δ) nieochrzczonymi bezwyznaniowymi.

Pr. cyw. zajmuje to samo stanowisko z wyjątkiem punktów pod δ), bezwyznaniowych uważa bowiem za niechrześcijan, czy byli ochrzczeni, czy nie byli, jeżeli tylko chwila zawarcia małżeństwa zastała ich w bezwyznaniowości, t. j. jeżeli np. katolik, chcąc się żenić z żydówką, ogłosił się bezwyznaniowym przed zawarciem małż. (Jeżeli katolik ożenił się z żydówką, to małż. jego jest nieważne, chociaż p ó ź n i e j przeszedł na bezwyznaniowość, p. orzec. VIII, 3092 zb. G. U. W.). Wedle pr. kan. osoby wymienione od α) do δ) w pierwszej grupie są baptizati i dlatego nie mogą zawrzeć ważnego małż. z całą drugą grupą od α) do δ) bo ona obejmuje non baptizatos. Natomiast wedle pr. cyw. z pierwszej grupy tylko osoby od α) do γ) są „chrześcijanami“ i dlatego do wymienionych w pierwszej grupie pod δ) ochrzczonych bezwyznaniowych nie odnosi się przeszkoda § 64 k. c. a. nie są bowiem wedle pr. cyw. chrześcijanami w chwili zawierania małż.

Natomiast ważne są wedle pr. kan. i pr. cyw. małżeństwa:

α) katolików z akatolikami (p. w. imp. mixtae religionis),

β) akatolików ochrzczonych z akatolikami ochrzczonymi,

γ) katolików lub akatolików ochrzczonych z osobami

ochrzczeni, które po zawarciu małż. przeszły na judaizm, islamizm lub bezwyznaniowość,

δ) żydów z żydami, pogan z poganami,

ε) żydów z poganami,

ζ) bezwyznaniowych z bezwyznaniowymi, ale tu właśnie jest różnica między pr. kan. a prawem cyw., bo pierwsze uznaje małż. takie za ważne tylko wtedy, jeżeli byli nieochrzczeni, a dla drugiego jest to obojętne.

Co do pr. małż. Kr. p., to uważam, że zajmuje ono to stanowisko, które zajmuje pr. austr., bo niema w niem mowy o „ochrzczonech“, ale o „wyznających religję rz. kat.“ względnie religję grecko-rosyjską względnie osobami wyznania ewangelickiego względnie wyznającemi inną religję chrześcijańską, wszędzie przeto kryterjum jest przynależność do wyznania chrześcijańskiego, oczywiście w chwili zawierania małż., a nie chrzest.

§ 2 kanonu 1070 ma na myśli ten przypadek, gdy chrzest jednego z nupturjentów jest wątpliwy lub gdy nupturienta uważano w czasie zawierania małżeństwa powszechnie za ochrzczonego (a nie był nim!). Na ten przypadek pr. kan. każe zastosować praesumptionem iuris z kanonu 1014 i uznaje małż. za ważne, aż do przeprowadzenia dowodu, że nupturjent nie był ochrzczone.

Kanony 1060 — 1064 omówiliśmy wyżej przy imp. mixtae religionis.

k) Imp. ligaminis. Jeden mężczyzna, mówi § 62 k. c. a., może tylko z jedną kobietą, a jedna kobieta może tylko z jednym mężczyzną w jednym czasie być zaślubioną. Kto już zawarł związek małżeński, a pragnie wstąpić w nowe związki małżeńskie, musi udowodnić, że rozwód nastąpił, t. j. musi udowodnić zupełne rozwiązanie związku małżeńskiego. W art. 25 pr. m. Kr. p. czytamy: Mąż jedną tylko żonę, a żona jednego tylko męża w jednym czasie mieć może. Nie można wchodzić w następne związki małżeńskie, dopóki trwa poprzednie małż. prawnie nieunieważnione. Pr. niem. postanawia w § 1309 k. c. n.: Nikt nie może wstąpić w związki małżeńskie pierwej, nim poprzednie jego małż. nie zostało rozwiązane lub unieważnione. Jeżeli małżonkowie pragną powtórzyć zawarcie małżeństwa, to poprzedzające je stwierdzenie nieważności nie jest wymaganiem. Wreszcie cytujemy kanon 1069, który opiewa: *Invalide matrimonium attentat qui vinculo tenetur prioris matrimonii, quanquam non consummati, salvo privilegio fidei. § 2 Quamvis prius matrimonium sit irritum aut solutum qualibet ex causa, non ideo licet aliud contrahere, antequam de prioris nullitate aut solutione legitime et certo constiterit.*

(Kanon 1069. § 1. *Nieważnie kusi się (usiłuje) zawierać małżeństwo, kto jest związany węzłem uprzedniego małżeństwa, chociażby niespełnionego, z zastrzeżeniem przywileju wiary. § 2. *Jakkolwiek uprzednie małżeństwo jest nieważne lub rozwiązane z ja-**

kiejbądź przyczyny, nie wolno przecież zawierać innego, zanim nie będzie wiadomo prawnie i na pewno o nieważności lub rozwiązaniu uprzedniego)¹⁾.

Wszystkie powyższe postanowienia uświęcają monogamię pod jednakową sankcją nieważności małż. zawartego przez osobę pozostającą już w małż. Wprowadzają przeto imp. dir. i to zgodnie jako iuris publici. Różna forma nie zmienia rzeczy, jest bowiem tylko wysnuciem logicznego wniosku, że przed wejściem w nowe związki małżeńskie osoba, która już była w małżeństwie, musi wykazać jego rozwiązanie. Można więc pojmować powyższe przepisy, jako przeszkodę zrywającą w połączeniu z zakazem, a więc z przeszkodą tamującą.

Natomiast niezgodność zachodzi między ustawami, które omawiamy, co do rozwiązalności małżeństw. Wypada poświęcić jej uwagę, jako najbardziej aktualna bowiem doprowadziła do instytucji z pewnością patologicznych. Rozbierzemy najpierw stanowisko prawa kanonicznego, czyniąc je podstawą, na której porównanie z prawem austr. i pol. będzie mogło być najlepiej przeprowadzone. Prawo niemieckie zajmuje stanowisko odrębne.

Nim przystąpimy do kwestji rozwiązalności małż., podnieść jeszcze winniśmy kilka szczegółów o samej przeszkodzie wielożeństwa.

Przeszkoda węzła małżeńskiego zachodzi wówczas, jeżeli w chwili zawierania małżeństwa nupturjent znajdował się już w ważnem małżeństwie. Gdyby po zawarciu małżeństwa okazało się, że pierwsze było nieważne, to przeszkoda węzła małżeńskiego nie ma zastosowania i to drugie małż. jest ważne. Tak samo rzecz się ma, gdyby się okazało, że pierwszy małżonek nie żyje. Natomiast gdyby się okazało, że pierwszy małżonek żyje, drugie małżeństwo byłoby nieważne. (O uznaniu za zmarłego mówić będziemy osobno). Należy podkreślić, że idzie o chwilę zawarcia (drugiego) małżeństwa i o to, czy w tej właśnie chwili pierwsze małż. było ważne. Jeżeli w tej właśnie chwili pierwsze małż. było ważne, to bigamja ma miejsce, choćby później to pierwsze małż. zostało rozwiązaniem, to jest drugie małż. jest trwale, na zawsze nieważnem. Np. małż. przyszło do skutku w zaufaniu do metryki śmierci, później jednak okazało się, że pierwszy małżonek żyje, to drugie małżeństwo jest nieważne, choćby potem ten pierwszy małżonek już rzeczywiście umarł. (O uznaniu za zmarłego będziemy mówić osobno). Pr. polskie idzie nawet tak daleko, że w art. 26 postanawia, że „osoba, która się stała winną wielożeństwa, nie może nawet po śmierci prawego małżonka, zawierać ślubów ze współsprawcą popełnionego przez nią przestępstwa“. Ze stanowiska prawnego pytanie, które tu należy rozstrzygnąć, jest to: jeżeli pierwsze małż. jest nieważne rzeczywiście, to jak to należy wykazać, tu-

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

dzież jakie skutki pociąga za sobą fakt zawarcia drugiego małż., jeżeli to nie zostało należycie wykazanem? Wykazuje się nieważność pierwszego małż. przez wyrok prawomocny (śmierć wykazuje się przez metrykę śmierci lub orzeczenie uznające za zmarłego i stwierdzające rozwiązanie małż., rozwód przez orzeczenie prawomocne), gdyby zaś to nie nastąpiło i mimo tego małżeństwo (drugie) przyszło do skutku, gdyby więc to drugie małż. przyszło do skutku np. przed wniesieniem skargi o unieważnienie przy przeszkodach *iuris privati* lub jeszcze w ciągu trwania procesu, to to drugie małż. byłoby w zawieszeniu aż do rozstrzygnięcia sporu. Należy jednak co do tego przypadku uczynić dwa zastrzeżenia: 1. mamy ciągle na myśli przypadek, że pierwsze małż. jest rzeczywiście nieważne i że to „będzie“ wykazane, ale jeszcze nie „zostało“ wykazane; 2. mówimy wyłącznie o prywatno-prawnej stronie sprawy, a nie o jej stronie karnej, może się bowiem zdarzyć, że strona prywatno-prawna sprawy może być bez zarzutu, a będzie podlegać karze. Powyższe uwagi są szczególnie ważne ze względu na redakcję przeszkody związku małżeńskiego w kodeksie niemieckim, który w § 1326 mówi wyraźnie o „ważności“ pierwszego małżeństwa, gdy tymczasem w całej konstrukcji kodeks odróżnia nieważność (*Nichtigkeit*) od wzruszenia (*Anfechtung*). Otóż należy stwierdzić, że drugie małż. jest ważne tak wówczas, jeżeli pierwsze jest „*nichtig*“, jak i wtedy, gdy jest „*anfechtbar*“, oczywiście jeżeli skarga o unieważnienie względnie o wzruszenie odniesie skutek. Mniej wyraźnie występuje to w pr. polskim, które w art 25 mówi o „prawnym unieważnieniu“ poprzedniego małż. i tutaj jednak należy podnieść, że to unieważnienie może nastąpić także na skutek skargi z powodu przeszkody *privati iuris*. Pr. austr. i kan. mają ogólną stylizację.

Po tych uwagach wracamy do kwestji rozwiązalności małżeństwa, zaczynając od prawa kanonicznego. Zacytujemy najpierw odnośne przepisy, a potem poddamy je rozbirowi. Dla uniknięcia wszelkiego nieporozumienia podnosimy, że kwestja rozwiązalności małż. nie obejmuje oczywiście unieważnienia, bo małż. unieważnione nie jest i nie było małżeństwem. Rozwiązanie małż. obejmuje przypadki zgaśnięcia małż. przez śmierć, przez uznanie za zmarłego i przez rozwód, a w pr. kan. rozwiązanie w pewnych warunkach *matrimonii rati sed non consummati*. O tych to sprawach chcemy obecnie mówić, z punktu widzenia przeszkody węzła małżeńskiego, która jest przedmiotem rozbioru w tym ustępie wykładu.

Postanowienia prawa kanonicznego „*de dissolutione vinculi*“ opiewają:

Can. 1118. *Matrimonium validum ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest.* Can. 1119. *Matrimonium non consummatum inter baptizatos vel inter partem baptizatam et partem non bapti-*

zatham, dissolvitur tum ipso iure per sollemnem professionem religiosam, tum per dispensationem a Sede Apostolica ex iusta causa concessam, utraque parte rogante vel alterutra, etsi altera sit invita. Can. 1120. § 1. Legitimum inter non baptizatos matrimonium, licet consummatum, solvitur in favorem fidei ex privilegio Paulino. § 2. Hoc privilegium non obtinet in matrimonio inter partem baptizatam et partem non baptizatam inito cum dispensatione ab impedimento disparitatis cultus. Can. 1121. § 1. Antequam coniux conversus et baptizatus novum matrimonium valide contrahat, debet, salvo praescripto can. 1125., partem non baptizatam interpellare: 1^o An velit et ipsa converti ac baptismum suscipere; 2^o An saltem velit secum cohabitare pacifice sine contumelia Creatoris. § 2. Hae interpellationes fieri semper debent, nisi Sedes Apostolica aliud declaraverit. Can. 1122. § 1. Interpellationes fiant regulariter, forma saltem summaria et extraiudiciali, de auctoritate Ordinarii coniugis conversi, a quo Ordinario concedendae sunt quoque coniugi infideli, si quidem eas petierit, induciae ad deliberandum, eo tamen monito, fore ut, induciis inutiliter praeterlapis, responsio praesumatur negativa. § 2. Interpellationes etiam privatim factae ab ipsa parte conversa, valent, imo sunt etiam licitae, si forma superius praescripta servari nequeat; hoc tamen in casu de ipsis, pro foro externo, constare debet duobus saltem testibus vel alio legitimo probationis modo. Can. 1123. Si Interpellationes ex declaratione Sedis Apostolicae omissae fuerint, aut si infidelis eisdem negative responderit expresse vel tacite, pars baptizata ius habet novas nuptias cum persona catholica contrahendi, nisi ipsa post baptismum dederit parti non baptizatae iustam discedendi causam. Can. 1124. Coniux fidelis, licet post susceptum baptismum denuo matrimonialiter cum parte infideli vixerit, ius tamen novas celebrandi nuptias cum persona catholica non amittit, ideoque potest hoc iure uti, si coniux infidelis, mutata voluntate, postea discedat sine iusta causa, vel iam non cohabitet pacifice sine contumelia Creatoris. Can. 1125. Ea quae matrimonium respiciunt in constitutionibus Pauli III. Altitudo, 1 Iun. 1537; S. Pii V. Romani Pontificis, 2 Aug. 1571; Gregorii XIII. Populis, 25 Ian. 1585, quaeque pro peculiaribus locis scripta sunt, ad alias quoque regiones in eisdem adiunctis extenduntur. Can. 1126. Vinculum prioris coniugii, in infidelitate contracti, tunc tantum solvitur, cum pars fidelis reapse novas nuptias valide iniverit. Can. 1127. In re dubia privilegium fidei gandet favore iuris.

(Kan. 1118. Małżeństwo ważne, prawne i spełnione nie może być rozwiązane żadną władzą ludzką i z żadnej przyczyny, jak tylko przez śmierć. Kan. 1119. Małżeństwo niespełnione między ochrzczonymi albo między stroną ochrzczoneą i stroną nieochrzczoneą, rozwiązuje się bądź z samego (postanowienia) prawa przez uroczystą profesję zakonną, bądź też przez dyspensę udzieloną przez

Stolicę Apostolską z słusznej przyczyny na prośbę obojga albo jednej z nich, chociażby druga była niechętną. Kan. 1120. § 1. Prawowite między ochrzczoneymi małżeństwo, lubo spełnione, rozwiązuje się przez wzgląd na wiarę z mocy przywileju Pawłowego. § 2. Przywilej ten nie ma zastosowania w małżeństwie między stroną ochrzczoneą a stroną nieochrzczoneą zawartem z dyspenzą od przeszkody różności wiary. Kan. 1121. § 1. Zanim małżonek (nka) nawrócony (a) i ochrzczoney (a) zawrze ważne nowe małżeństwo, winien (winna), z zastrzeżeniem przepisu kanonu 1125., zapytać stronę nieochrzczoneą: 1^o Czy i sama chce się nawrócić oraz chrzest przyjąć; 2^o Czy przynajmniej chce z nią razem mieszkać spokojnie bez zniewagi Stworzyciela. § 2. Zapytania te powinny zawsze nastąpić, jeżeli Stolica Apostolska nie orzecze inaczej. Kan. 1122. § 1. Zapytania mają nastąpić z reguły, w formie przynajmniej sumarycznej i pozasądowej, z powagi ordynarjusza małżonka (i) nawróconego (ej), od którego to ordynarjusza udzielony być winien małżonkowi (nce) niewiernemu (nej) przeciąg czasu do namysłu, jeśliby go tylko zażądał, wszelako z upomnieniem go (jej), że kiedy przeciąg czasu upłynie bezskutecznie, odpowiedź będzie się uważała za odmowną. § 2. Zapytania, także prywatnie uczynione przez samą stronę nawróconą, są ważne, owszem są także dozwolone, jeśli nie można zachować formy wyżej przepisanej; w tym jednak wypadku powinno się o nich wiedzieć w trybunale zewnętrznym od dwóch przynajmniej świadków, albo innym jakim sposobem dowodzenia uprawnionym. Kan. 1123. Jeśliby zapytania na mocy orzeczenia Stolicy Apostolskiej były zaniechane, lub jeśliby niewierny (a) odpowiedział (a) im odmownie (i to) wyraźnie albo milcząco, strona ochrzczonea ma prawo zawrzeć nowy związek małżeński z osobą katolicką, jeżeli samą po chrzcie nie dała stronie niechrzczonej słusznego powodu odejścia t. j. zerwania węzła małżeńskiego. Kan. 1124. Małżonek (nka) wierny (a), lubo po przyjęciu chrztu żyje nadal w małżeństwie z stroną niewierną, nie utracą przecież prawa do zawarcia nowych ślubów małżeńskich z osobą katolicką, zaczem może użyć tego prawa, jeśli małżonek (nka) niewierny (a), zmieniwszy wolę, odejdzie później bez słusznej przyczyny, albo już razem nie mieszka spokojnie bez zniewagi Stworzyciela. Kan. 1125. To, co się ściąga do małżeństwa w konstytucjach Pawła III. Altitudo z 1 czerwca 1537, św. Piusa V. Romani Pontificis z 2 sierpnia 1571 (i) Grzegorza XIII. Populis z 25 stycznia 1585, i co jest pisane do miejsc poszczególnych, rozciąga się również do innych krajów w tychże samych okolicznościach. Kan. 1126. Węzeł uprzedniego związku małżeńskiego, zawartego w niewierności (pogaństwie), tylko wtedy się rozwiązuje, kiedy strona wierna rzeczywiście wchodzi ważnie w nowe śluby małżeńskie. Kan. 1127. W rzeczy wątpliwej przywilej wiary cieszy się przychylnością prawa).¹⁾

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

W pr. kan., jak z powyższych postanowień wynika, należy odróżnić:

- 1) małżeństwo między ochrzczonymi i
- 2) małżeństwo między nieochrzczonymi.

Ad. 1. Wśród małż. między ochrzczonymi odróżnić należy:

- a) małżeństwo ważne spełnione i
- b) małżeństwo ważne nie spełnione.

Ad. 2. Co do małżeństw między nieochrzczonymi, to w ogólności pr. kan. zajmuje to samo stanowisko, jakie zajmuje co do małżeństw ważnych i spełnionych między ochrzczonymi (pod 1. a), bo kan. 1118, nie odróżnia baptizatos od non baptizatos. W szczególności zaś wśród tych małżeństw między nieochrzczonymi przedmiotem unormowania przez pr. kan. jest przypadek, gdy jeden z tych nieochrzczonych małżonków nawrócił się i przyjął chrzest (conversus et baptizatus). Tylko ten przypadek jest przedmiotem norm. pr. kan., to jest przypadek, gdy żyjąca już w małżeństwie nieochrzczona strona później, t. j. po zawarciu tego małżeństwa, przyjęła chrzest, gdyby bowiem już przy zawieraniu małżeństwa była disparitas cultus, to jest jeden małżonek był ochrzczony, a drugi nie, to albo małżeństwo byłoby nieważne w obliczu Kościoła albo też odbyłoby się za dyspensą, wtedy byłoby ważne, ale wtedy, jak to stwierdza kan. 1120. § 2, nie podpadałoby pod przepisy, o których teraz mówimy. Otóż z tem ograniczeniem, że wśród małżeństw między nieochrzczonymi przedmiotem norm jest tylko przypadek, gdy jedna ze stron po zawarciu małż. przyjęła chrzest, odróżniamy znowu w tym przypadku dwie ewentualności:

a) Małż. nie było consummatum;

b) Kwestja spełnienia małż. jest obojętną, t. j. małż. mogło być spełnione („licet consummatum“ w kan. 1120 § 1).

Rozstrzygnijmy teraz te przypadki. Przedtem jednak zwracamy uwagę, że kanony 1118 i nast. mówią o ochrzczonych bez względu, czy są katolikami, czy akatolikami (inaczej w kan. 1070. przy imp. disparitatis cultus, gdzie „nieochrzczonemu“ przeciwstawiony jest „ochrzczony“ in ecclesia catholica vel ad eandem ex haeresi aut schismate conversa).

Ad. 1. a) Małż. ważne spełnione między ochrzczonymi może być rozwiązane tylko przez śmierć, kan. 1118.

Ad. 1. b) Małż. niespełnione między ochrzczonymi może być rozwiązane:

α) ipso iure przez złożenie uroczystych ślubów zakonnych;

β) przez dyspensę Stolicy Apostolskiej. O tej dyspensie mówi kan. 1119., że przyznana będzie ze słusznej przyczyny i nie muszą o nią prosić obie strony, ale może prośbę wnieść jedna, choćby wbrew woli drugiej (kan. 1119).

Ad 2) Ponieważ, jakeśmy powiedzieli, pr. kan. uważa małżeństwo między nieochrzczonymi również za nierozwiązalne, chyba przez śmierć (kan. 1118), przeto bez szczególnych przepisów

małżeństwo to musiałyby trwać, choćby jedna strona przyjęła później chrzest. To dla strony nawróconej mogłoby być połączone z niebezpieczeństwem i dlatego pr. kan. daje środki rozwiązania małżeństwa:

a) przedewszystkiem jeżeli małż. nie było spełnione, to małż. mieszane (między ochrzczonym a nie ochrzczonym) może korzystać z kan. 1169, jak małżeństwo ochrzczonych, p. wyżej pod 1 a;

b) jeżeli małżeństwo było spełnione, to małż. takie mieszane później (to jest pierwotnie było zawarte *inter non baptizatos*) może być rozwiązane „przez wzgląd na wiarę z mocy przywileju Pawłowego (*in favorem fidei ex privilegio Paulino*)”, kan. 1120 § 1.

Zanim przedstawimy sprawę przywileju Pawłowego i postępowania, którego w tym razie trzeba się trzymać, określimy stosunek tych dwóch sytuacji, któreśmy zaznaczyli pod a) i b).

Wyżej powiedzieliśmy, że małż. mieszane zawarte z dyspensą od przeszkody *disparitatis cultus* nie może korzystać z przywileju Pawłowego. Otóż takie małżeństwo może być rozwiązane tylko wtedy, jeżeli się znajdzie w sytuacji pod a), t. j. jeżeli nie zostało spełnionem.

Zaraz zobaczymy, że pragnący korzystać z Przywileju Pawłowego ma się zapytać małżonka o kwestje wymienione w kan. 1121. Gdyby odpowiedź była twierdząca, nie mógłby żądać rozwiązania małż. Otóż wówczas znowu małż. będzie mogło być tylko wtedy rozwiązane, jeżeli się znajdzie w sytuacji pod a), t. j. będzie niespełnione, bo wedle kan. 1119 można prosić o dyspensę nawet wbrew woli drugiego małżonka. Wróćmy jednak do przywileju Pawłowego i do postępowania, którego on jest podstawą. Przywilej ten opiera się na słowach S. Pawła (1. Kor. VII. 15): „A jeśli niewierny odchodzi, niechże odchodzi. Albowiem nie jest poddany niewolstwu brat albo siostra w takowych rzeczach, a do pokoju wezwał nas Bóg“. Na tej podstawie małżonek nawrócony i ochrzczony może zawrzeć nowe ważne małżeństwo. Pierwej jednak musi wystosować do drugiego małżonka *interpellationes*, które podaje kan. 1121, a uczynić to winien w sposób określony przez kan. 1122. Gdyby drugi małżonek a) nie odpowiedział na nie, b) odpowiedział odmownie, c) gdyby wskutek zwolnienia Stolicy Apost. interpelacji wogóle nie było i d), jeżeli małżonek ochrzczony nie dał już po chrzcie drugiemu małżonkowi, sam, słusznego powodu do tego, że nie chce z nim żyć (powodem tym nie jest chrzest, bo powód ma powstać „już po chrzcie“) — natenczas małżonek ochrzczony może wejść w nowe związki małżeństwa, jednakże tylko z osobą katolicą. Podkreślić należy, że wedle kan. 1121 wystosowanie pytań jest warunkiem ważności nowego małż., które nawrócony chce zawrzeć (w kan. 1121 „*valide contrahat*“).

W końcu jeszcze dwie uwagi. Wymienione w kan. 1125

konstytucje tyczą się, nawet po rozszerzeniu ich zakresu, tylko krajów, w których jest wielożęństwo. Przez „contumelia Creatoris“, o czym mówi kan. 1121, rozumieć należy, jako nakłanianie do śmiertelnego grzechu.

Reasumując, stwierdzamy, że wedle prawa kanonicznego:

1) Małżeństwa katolików, ważne i spełnione, rozwiązują się tylko przez śmierć małż., zaś katolików niespełnione rozwiązują się przez śluby uroczyste lub dyspensę Stolicy Apost.

2) Takie samo stanowisko zajmuje pr. kan. wobec małżeństw akatolików chrzczonych, bo kan. 1119 i 1120 mówią o chrzczonych, a nie o katolikach.

3) Takie samo stanowisko i z tego samego powodu zajmuje pr. kan. wobec małżeństw mixtae religionis, t. j. katolika z akatolikiem, bez względu na to, czy małżeństwo było pierwotnie już mieszanem, czy też później się niem stało.

4) Małż. między nieochrzczoneymi, spełnione, jest rozwiązalne tylko przez śmierć, bo kan. 1118 nie ogranicza się tylko do baptizatos, a więc wedle pr. kan. małżeństwo, w którym obie strony są żydami lub obie strony są ochrzczoneymi lub nieochrzczoneymi bezwyznaniowcami (byli nimi już podczas zawarcia małżeństwa) rozwiązuje się tylko przez śmierć. Do takich małżeństw nie mają zastosowania przepisy o matrimonium non consummatum z prostego powodu, że małżonkowie nie podlegają Kościołowi wedle S. Pawła (1. Kor. V. 12): „Quid enim ad nos de his, quae foris sunt, iudicare.“

5) Jeżeli małż. było mieszanem od początku co do cultus, t. j. jedna strona była ochrzczoneą, a druga nieochrzczoneą, i jeżeli przyszło do skutku na podstawie dyspensy ab imp. disparitatis cultus, to rozwiązuje się przez śmierć, ale jeżeli nie zostało consummatum, to mają do niego zastosowanie przepisy o tem małż. z kan. 1119.

6) Jeżeli małż. było pierwotnie zawarte między nieochrzczoneymi, n. p. żydami lub nieochrzczoneymi bezwyznaniowcami, a później jedna ze stron nawraca się i przyjmuje chrzest, to takie małż. rozwiązuje się (już z samego tego powodu, że jedna strona przyjęła chrzest) ex privilegio Paulino, a małżonek nawrócony może zawrzeć nowe małż., ale jest ono ważne, jeżeli α) uczynione były interpellationes lub było od nich zwolnienie i β) nowe małż. przyszło do skutku z osobą katolicką. (Kan. 1123: „pars baptizata cum persona catholica, byłoby lepiej, gdyby znaleziono taką redakcję, wedle której „pars baptizata“ rozumianą byćby musiała, jako również katolicka, bo tak to było z pewnością pomyślane).“

Obecnie możemy przystąpić do przedstawienia sprawy rozwiązalności małż. wedle tych ustaw cywilnych, które mają charakter wyznaniowy, a więc pr. austr. i pr. m. Kr. p., przy czem dla lepszego porównania trzymać się będziemy powyższego porządku.

1. Małż. katolików jest wedle § 111 k. c. a. rozwiązalne tylko przez śmierć. Pr. austr. nie zna różnicy między matrimonium consummatum, a non cons. Inaczej rzecz się przedstawia w pr. małż. Kr. p. (mówimy o małż. katolików). Art. 60 tego prawa postanawia: „Małżeństwo ustaje: 1. przez śmierć jednego z małżonków, 2. wskutek wyroku władzy duchownej, stanowiącego nieważność, 3. małż. niespełnione fizycznie rozwiązuje się przez wstąpienie jednego z małżonków do zakonu i wykonanie tamże ślubu czystości“. Art. 61: „Rozwiązanie małż. w ostatnim z powyższych przypadków wyrzeczom być powinno przez zwierzchność duchowną i wolno jest małżonkowi, który do zakonu nie wstąpił, nowe zawrzeć związku małżeńskie“. Wedle pr. m. Kr. p. przeto znaną jest temu prawu instytucja matrimonii non consummati (nieznana prawu austr.), jednakże z tą różnicą od prawa kan., że takie małż. rozwiązuje się w Kr. pol. tylko przez wstąpienie do zakonu i ślub czystości, a w pr. kan. oprócz tego przypadku także przez dyspensę Stolicy Apost. (a jest to ważna różnica). Prawniczo nie jest poprawnym uczynienie śmierci równorzędnym momentem z unieważnieniem, jak to czyni pr. m. Kr. p. Nie zapuszczamy się także w różnicę między określeniem kan. 1119 „per sollemnem professionem religiosam“ a określeniem art. 60 pr. m. Kr. p. „wstąpienie do zakonu i złożenie tamże ślubu czystości“, bo praktycznie nie wywoła to odchylenia.

2. Małżeństwa akatolickich chrześcijan mogą być wedle § 115 k. c. a. rozwiązane przez rozwód, § 115 k. c. a. odnosi się wedle d. k. n. z d. 20 listop. 1820 zb. u. prow. gal. str. 325 także do greków nie unitów. W pr. m. Kr. p. art. 111, 117 n. orzekają rozwód dla wyznawców religii grecko-rosyjskiej, art. 145 n. orzekają rozwód dla osób wyznania ewangelicko-ang. i ewang.-reformowanego, art. 189 dla osób innych wyznań. Jest to więc stanowisko zgoła odmienne od stanowiska prawa kan.

3. Co do małżeństwa katolika z akatolikiem, to k. c. a. odróżnia, czy małż. to było od początku mieszanem, czy też stało się niem później. Jeżeli małż. było od początku mieszanem, to wedle § 111 k. c. a. małżeństwo może być rozwiązaniem tylko przez śmierć, a rozwód jest niedopuszczalny. Jeżeli natomiast małżeństwo stało się później mieszanem, ale w ten sposób, że jeden z małżonków pierwotnie akatolickich przeszedł na katolicyzm, to małżonek akatolicki może wedle § 116 k. c. a. żądać rozwodu i po uzyskaniu go wejść w nowe związki małżeńskie, ale wedle d. n. z d. 26 sierpnia 1814 zb. u. s. l. 1099 tylko z osobą akatolicką, dopóki rozwiedziony z nim (pierwszy) małżonek żyje. Co się zaś tyczy rozwiedzonego małżonka katolickiego, to wedle d. n. z 17 lipca r. 1835 l. 61 zb. u. s. nie może on za życia małżonka akatolickiego (z którym się rozwiodł), wogóle wchodzić w żadne związki małżeńskie. Widzimy z tego, że te dwa dekryty, zaprowadzające tak zw. impedimentum catholicismi, są ustępstwem na rzecz stanowiska pr. kan.

Jest ono całkowicie zachowane co do małżonka katolickiego, częściowo co do małżonka akatolickiego, a mianowicie o ileby chciał się powtórnie zenić z osobą katolicką.

Prawo austr. rozwinęło się w kwestyi, którą rozbieramy, w kierunku, jakśmy widzieli, zbliżającym je do pr. kan., taki cel ma bowiem imp. catholicismi. W odwrotnym kierunku poszło pr. m. Kr. p., t. j. oddaliło się od pr. kan. przez nowelę z 11 czerwca r. 1911, która zmieniła art. 196 i 204, a uchyliła art. 197 i 205. Wedle tej zmiany „jeżeli osoby pozostające w małż. są wyznania chrześcijańskiego cudzoziemskiego i każdy małżonek jest odmiennego wyznania, to, chociażby te osoby brały ślub w kościołach tych dwu wyznań, wyrzeczenie rzeczywistego istnienia małżeństwa i ważności tegoż należy do sądu wyznania, którego duchowny wpierw ślubu udzielił, zaś wyrok dotyczący słuszności przyczyn rozwiązania i co do samego rozwiązania, stanowi sąd tego wyznania, do którego należy pozwany, lecz wyrok może być wydany dopiero po rozpoznaniu sprawy względem zawarcia małżeństwa i ważności tegoż. Orzeczenie co do tych dwóch wypadków i sam wyrok o rozwiązaniu lub nierozwiązaniu małżeństwa, wydany w ten sposób, uważa się za obowiązujący dla obojga małżonków“. Zmiana ta jest bardzo doniosła, poddaje bowiem sprawę rozvodu małż. rz. kat. strony sądowi wyznania akatolickiego, jeżeli strona akat. jest pozwaną, wyrok zaś tego sądu obowiązują obie strony. Jest to więc umożliwienie rozvodu rzymsko katolickim stronom. Rzec przedstawia się w następujący sposób: Kwestję ważności małż. mieszanego rozstrzyga sąd tego wyznania, którego duchowny dawał pierwszy ślub, kwestję zaś rozwiązanie sądu pozwanego. Przed wniesieniem sprawy o rozwiązanie należy przeprowadzić sprawę o ważność i dopiero wówczas przystąpić do procesu o rozwiązanie. Jeżeli więc katolik zawarł małż. z ewangelikiem i ślub odbył się w kościele ewangelickim, to proces o ważność małż. toczyć się będzie w sądzie wyznania ewangelickiego, proces zaś o rozwiązanie w sądzie pozwanego, jeżeli więc pozwanym będzie strona ewangelicka, to także w sądzie wyznania ewang. wyrok jednak będzie obowiązywał obie strony. Nowela nie czyni różnicy, czy małż. było od początku mieszane, czy później mieszane, a podpada pod nią nawet ten przypadek, gdy małżonkowie katolicy przeszli oboje na akatolicyzm. Osobne przepisy obowiązują co do małżeństw między osobami wyznania grecko-rosyjskiego z osobami innych wyznań. Co do rozwiązania takich małżeństw decydują prawa obowiązujące w cesarstwie rosyjskiem (art 199 pr. m. Kr. p.). Podług zaś tych praw — mówi art. 200 — sądy duchowne grecko-rosyjskie są jedynie właściwymi do rozpoznawania rozwiązania związku małżeńskiego. Tak samo wedle art. 203 pr. m. Kr. p. sąd grecko-rosyjski będzie właściwym w kwestji rozwiązania małż., ilekroć ślub był dany przez duchownego grecko-

irosyjskiego. Wedle praw cesarstwa zaś (tom X część 1 zводу zakonów art. 45). „Małżeństwo może być rozwiedzione tylko przez formalne postępowanie sądu duchownego na skargę jednego małżonka: 1) w przypadku dowiedzonego cudzołóstwa drugiego małżonka lub jego niezdolności do małżeńskiego spółkowania, 2) w przypadku, gdy jeden z małżonków został skazany na karę, połączoną z utratą wszystkich praw stanu iub zesłanym na Syberję z utratą wszystkich szczególnych praw i przywilejów, 3) w przypadku zaginięcia drugiego małżonka“.

4. Małżeństwa żydów są rozwiązalne przez rozwód, patrz §§ 133 k. c. a., małż. bezwyznaniowych są traktowane, jak małż. akatolików, bez względu na to, czy w swoim czasie przyjęli chrzest czy nie, ale w chwili zawarcia małż. i skargi o rozwód byli bezwyznaniowymi, p. § 2 u. z 9 kwietnia r. 1870 l. 51 d. u. p. W Król pol. wedle art. 179 pr. małż. „małżeństwa osób należących do różnych wyznań niechrześcijańskich, małżeństwa starozakonnych i mahometan, podlegają co do wszelkich szczegółów przepisom ich religji właściwej“, wedle art. 189 zaś rozwód będzie na żądanie stron wyrzeczonym, o ile jest dozwolony wedle zasad wyznania strony powodowej. Tak religja żydowska, jak i mahometañska dopuszczają rozwodów (odnośne przepisy przy art. 189 „Prawa cywilnego, obowiązującego w Król. Pol.“, wvdanego przez Towarzystwo prawnicze w Warszawie r. 1914).

5. Omówiony wyżej pod 5) przypadek jest właściwy tylko prawu kanonicznemu.

6. Wedle § 136 k. c. a przez przejście żydowskiego małżonka do religji chrześcijańskiej, małż. się nie rozwiązuje, może jednak być rozwiązane z przyczyn podanych w §§ 133 do 135“. D. n. z 28 czerwca 1806 l. 771 zb. u. s. tłumaczy, że małż. żydów należy uważać za prosty cywilny kontrakt, który przez przejście małżonka do religji chrześc. nie doznaje w swych prawnych skutkach zasadniczej zmiany. Pouczenie to nie bardzo zgadza się z d. n. z 10 sierpnia r. 1821 l. 1789 zb. ust. sąd., który w przypadku, gdy oboje żydowscy małżonkowie przeszli na religję chrześcijańską, nie nakazuje kategorycznie, ale samym małżonkom daje do wyboru, czy swoje małżeństwo chcą uświęcić przez kościelne błogosławieństwo. Z takiego postawienia kwestji wynikałoby, że, gdyby małżonkowie, obecnie już chrześciance, nie chcieli błogosławieństwa kościelnego, to żyliby nadal wedle d. n. z r. 1806, tylko w prostym cywilnym kontrakcie, chociażby byli n. p. katolikami.

Przypadek, gdy oboje żydowscy małżonkowie przeszli na religję chrześcijańską, rozstrzyga rozporz. minist. z 8 sierpnia r. 1853 w ten sposób, że kwestję rozvodu takich małżonków należy oceniać wedle przepisów obowiązujących to wyznanie chrześcijańskie, na które żydowscy małżonkowie przeszli. Na jedną jeszcze rzecz należy zwrócić uwagę. Oto wedle d. k. n. z 4 lutego r. 1837 l. 168 zb. u. s. impedimentum catholicismi

nie ma zastosowania do izraelitów, którzy przeszli na religię katolicką.

Co do małżeństw bezwyznaniowych, to powiedzieliśmy już wyżej, że ustawa z r. 1870 nakazuje ich traktować jak akatolików, że przeto rozwody są między nimi dopuszczalne.

Z powyższego przedstawienia widać, że prawo austriackie nie zna rozwiązania małżeństwa *ex privilegio Paulino*. Inaczej jest w prawie małżeńskim Królestwa polskiego. Wedle art. 207 pr. m. Król. pol. „małżonek, który należąc do jednego z wyznań niechrześcijańskich, przyjął chrzest święty, ma prawo żądać rozwiązania małżeństwa, jeżeli jego współmałżonek, który pozostał w dawnej wierze, wzbrania się w dalszem z nim zostawać pożyciu, albo przeszkadza mu w pełnieniu obowiązków nowej jego wiary“. Wedle tego postanowienia przeto, fakt przejścia na religję chrześcijańską może być powodem do rozwiązania małżeństwa pod warunkami, które odpowiadają wyłożonym już poprzednio *interpellationes*.

Przypadek, gdy oboje małżonkowie niechrześcijańscy przyjęli chrzest święty, rozstrzyga art. 206 pr. m. Król. pol.: „Małżeństwo osób, któreby, należąc do jednego z wyznań niechrześcijańskich, przyjęły chrzest święty, nie przestaje być ważnem, chociażby było zawarte w stopniach pokrewieństwa, zakazanych w nowem wyznaniu, jeżeli wedle przepisów wiary, w których poprzednio zostawały, małżeństwo nie podlegało unieważnieniu“.

Z powyższego przedstawienia widać, że, o ile pr. m. Król. pol. przez nowelę z r. 1891 rozwinęło się w kierunku rozszerzającym szanse rozwodów małżeństw katolickich, o tyle prawo austriackie szczególnie przez zaprowadzenie *inpedimenti catholicismi* ścieśniło te szanse. Wiodło to do obchodzenia ustawy i wytworzyło tak zw. małż. siedmiogrodzkie, a później węgierskie. Małżeństwa siedmiogrodzkie, które były praktykowane przed zaprowadzeniem na Węgrzech w r. 1894 ślubów cywilnych, polegały na następującym procederze: małżonek, który chciał wejść w nowe związki małż., uzyskiwał najpierw seperację od stołu i łoża, przechodził do Kościoła reformowanego lub do unitarjańskiego, nabywał obywatelstwo węgierskie i przeprowadzał rozwód przez wyznaniowy sąd małż. w Klausenburgu lub Maros-Vásárhely. Następnie zawierał nowe małż., które się właśnie nazywało siedmiogrodzkim. Gdy w r. 1894 zaprowadzono na Węgrzech śluby cywilne, zbytęzną już stała się zmiana wyznania i wskutek tego miejsce małżeństwa siedmiogrodzkiego zajęło małż. węgierskie. I tutaj musi najpierw nastąpić seperacja od stołu i łoża w Austrii. Następnie małżonek, który chce wejść w nowe śluby małż., zmienia poddaństwo, nabywając, zazwyczaj przez adoptację poddaństwo węgierskie (wedle art. 50 z r. 1870 wymaganem jest do uzyskania obywatelstwa węgierskiego z reguły pięcioletnie zamieszkanie na Węgrzech, od czego adoptacja przez

Węgra zwalnia). Wówczas przeprowadza rozwód w sądzie węgierskim, a gdy tymczasem i drugi przyszły małżonek nabył poddaństwo węgierskie, zawierają małżeństwo przed węgierskim urzędnikiem stanu. Najwyższy trybunał austr. od r. 1907 uznaje te małż. węgierskie za ważne: orzeczn. X. 3811, 4024; XIV. 5603 zbioru G. U. W. Ważność takiego węgierskiego małż. nie da się uzasadnić, jeżeli w małż. rozwiedzionem jeden tylko małżonek był poddanym węgierskim, jeżeli jednak obaj małżonkowie pierwszego małż. przyjmują obywatelstwo węgierskie, to zarzuty przeciwko ważności małż. odpadają (jeżeli nb. nie znajdzie uwzględnienia fakt, że to wszystko dzieje się dla obejścia ustawy). Powiedzieliśmy, że oboje małżonkowie pierwszego małż. winni być w czasie rozwodu obywatelami węgierskimi. W praktyce wystarczy nabycie obywatelstwa węgierskiego przez męża, bo żona uzyskuje obywatelstwo męża, ale też z tego wynika, że w praktyce da się to wszystko przeprowadzić tylko wtedy, jeżeli oboje małżonkowie (1-szego małż.) zgadzają się na rozwód. § 115 węgierskiej ustawy małż. (art. 31. z r. 1894) umożliwia zawieranie takich „węgierskich“ małż. Opiewa on: „Na podstawie takich, przed uzyskaniem węgierskiego obywatelstwa, zaszyłych faktów, które wedle poprzedniego prawa małżonków stanowią powód, do rozwiązania małż. lub do separacji od stołu i łoża, może sąd węgierski rozwiązać małż. małżonka, który uzyskał obywatelstwo węgierskie, jeżeli fakty służą za podstawę do rozwiązania małż., także wedle tej ustawy. Jeżeli sąd zagraniczny orzekł separację od stołu i łoża przed uzyskaniem obywatelstwa węgierskiego, to sąd węgierski może orzec rozwiązanie małż., jeżeli separacja nastąpiła na podstawie takiego faktu, na podstawie którego małż. może być rozwiązane także na podstawie tej ustawy“. Z przepisu tego wynika, że katolik poddany austr. może po uzyskaniu obywatelstwa węg. w dwojaki sposób wnieść skargę o rozwiązanie dotychczasowego małż., t. j. albo opierając się na ustępie 1. § 115 (gdzie niepotrzeba poprzedniej separacji) albo na ustępie 2., byle zarazem zachodziły wszystkie założenia skargi o rozwiązanie wedle prawa węgierskiego (§§ 77 ust. węg., szczególnie używany § 77 o złośliwym opuszczeniu).

Obejściem przepisów prawa austr. są także tak zw. małż. niemieckie. Rzecz przedstawia się w następujący sposób: Art. XVII. ustawy zaprowadzającej k. c. n. opiewa: „W sprawie rozwodu małż. rozstrzygające są ustawy tego państwa, do którego należy mąż w czasie wniesienia skargi. Fakt, który się wydarzył wówczas, gdy mąż należał do innego państwa, może być tylko wtedy użytym, jako powód do rozwodu, jeżeli ten fakt także wedle ustaw tego państwa jest powodem do rozwodu lub separacji. Jeżeli w czasie wniesienia skargi przynależność państwowa (Reichsangehörigkeit) męża zgasła, ale żona jest Niemką (die Frau aber Deutsche), to mają zastosowanie ustawy niemieckie.

Rozwód i zniesienie wspólności małż. mogą być w kraju (Im Inlande) tylko wtedy orzeczone na podstawie obcego prawa, jeżeli tak wedle prawa obcego jak i dla prawa niemieckiego rozwód jest dopuszczalnym“. Wedle wypowiedzianej tu zasady do spraw o rozwód stosować należy prawo tego państwa, do którego mąż należy w czasie wniesienia skargi. Wedle tej zasady przeto katolik, obywatel austriacki, nie może uzyskać w sądzie niemieckim rozwodu. Tak samo nie może uzyskać rozwodu protestantka, która do chwili zawarcia małż. z katolikiem, obywatelem austriackim, była obywatelką niemiecką. Jeżeli jednak obywatel austriacki uzyskał obywatelstwo niemieckie i w chwili wniesienia skargi o rozwód był już obywatelem niemieckim, to wówczas sprawę rozwodu rozstrzygać będą sądy niemieckie wedle prawa niemieckiego, ale tutaj wprowadza ustęp drugi zacytowanego art. 17 pewne ograniczenie. Ustęp ten przewiduje zmianę obywatelstwa i postanawia, że, jeżeli sprawę o rozwód oparto na fakcie, który się zdarzył jeszcze wtedy, gdy mąż należał do innego państwa, bo fakt ten może służyć za powód rozwodu w skardze wniesionej do sądu niem. tylko wtedy, jeżeli (fakt ten) jest powodem do rozwodu i separacji w tem innym państwie. Jednak mowa tu jest tylko o takim fakcie, który zaszedł jeszcze wtedy, gdy mąż był obywatelem innego państwa. Ograniczenie to odpada oczywiście, gdy fakt zaszedł już po zmianie obywatelstwa.

Otóż obejście prawa austr. odbyć się może w ten sposób, że mąż nabywa obywatelstwo niemieckie, następnie, t. j. po uzyskaniu obywatelstwa niemieckiego małżonkowie starają się wywołać fakt, któryby uzasadniał rozwód. Uzyskawszy go, mogą wchodzić w nowe związki małżeńskie.

1) Imp. catholicismi. Tę właściwą tylko prawu austr. przeszkodę omówiliśmy wyżej przy przeszkodzie węzła małż.

2) Cudzołóstwo i małżonkobójstwo. Wedle kan. 1075 c. i. can. „Valide nequeunt contrahere matrimonium: 1^o Qui, perdurante eodem legitimo matrimonio, adulterium inter se consummarunt et fidei sibi mutuo dederunt de matrimonio in eundo vel ipsum matrimonium, etiam per civilem tantum actum, attentarunt; 2^o qui perdurante pariter eodem legitimo matrimonio, adulterium inter se consummarunt eorumque alter coniugium patravit; 3^o Qui mutuo opera physica vel morali, etiam sine adulterio, mortem coniugi intulerunt“.

(Kan. 1075. *Ważnie nie mogą zawrzeć małżeństwa 1^o Ci, którzy w czasie trwania jednego i tego samego małż. dopuścili się między sobą cudzołóstwa i wzajemnie przyrzekli sobie zawrzeć w przyszłości małżeństwo lub nawet usiłowali je zawrzeć także tylko przez akt cywilny; 2^o ci, którzy w czasie trwania jednego i tego samego ważnego małż. dopuścili się między sobą cudzołóstwa, a jeden z nich dokonał małżonkobójstwa; 3^o Ci którzy*

fizycznie czy moralnie współdziałając, nawet bez cudzołóstwa, spowodowali śmierć małżonka.)¹⁾

Powyższy kanon, wprowadzający przeszkodę zrywającą przestępstwa (*criminis*), odróżnia właściwie dwie przeszkody: cudzołóstwa (*adulterium*) i małżonkobójstwa (*coniugicidium*). Pierwsze dwa ustępy odnoszą się do cudzołóstwa i postanawiają, że małż. osób, które ze sobą dopuściły się cudzołóstwa, jest nieważne. Cudzołóstwo to jednak musi mieć pewne kwalifikacje i w tym względzie pr. kan. odróżnia znowu dwa jego rodzaje. Wspólnem obydwom rodzajom jest to, że obojętnem jest, czy cudzołóstwo polega na tem, że kobieta była zamężną, czy, że mężczyzna był żonatym, tudzież wspólnem jest to, że cudzołóstwo przyszło do skutku *perdurante e o d e m* matrimonio. Natomiast różnica jest ta, że w pierwszym przypadku kwalifikacja cudzołóstwa polega na danej sobie wzajemnie obietnicy zawarcia w przyszłości małż. lub na usiłowaniu dokonania go w terażniejszości w szczególności przez zawarcie małż. cywilnego, w drugim zaś przypadku kwalifikacja polega na tem, że jeden z dopuszczających się cudzołóstwa dokonał małżonkobójstwa (bez współudziału i wiedzy drugiego). Drugą przeszkodą polega na dokonaniem wspólnie małżonkobójstwie, przyczem obojętnem jest, czy cudzołóstwo miało miejsce, czy nie, tudzież czy współudział był fizyczny, czy moralny.

W powyższem określeniu należy wyjaśnić niektóre punkty:

1. Cudzołóstwo jest wtedy *imp. dirimens*, jeżeli jest formalnem, t. j. jeżeli obie strony wiedziały, że dopuszczają się cudzołóstwa. Materyalne, gdy np. kobieta sądziła, że jest wdową, nie wystarcza.

2. Małżeństwo, które w ten sposób jedna ze stron zdradza, musi być ważne (*legitimum*).

3. Cudzołóstwo i kwalifikacja (to j. obietnica małżeństwa lub małżonkobójstwo dokonane przez jedną stronę) muszą zająć *perdurante eodem matrimonio*, t. j. w czasie trwania jednego i tego samego małżeństwa, np. A obiecuje B ożenić się z nią, żeni się jednak z C, a potem spotyka się z B i dopuszcza się z nią cudzołóstwa. W tym przypadku cudzołóstwo i obietnica małż. nie zaszyły *perdurante eodem matrimonio* i po śmierci C będzie mógł A ożenić się z B.

4. W ustępie pierwszym postawioną jest obietnica zawarcia małż. na równi z usiłowaniem zawarcia małż. Jako przykład przytoczonym jest ślub cywilny. Usiłowaniem takim może być także faktyczne pożycie (po uzyskaniu separacji od stołu i łoża).

5. Jeżeli kwalifikacja polega na obietnicy zawarcia małż., to obietnica ta musi być wzajemną.

6. Między ustępem pierwszym i drugim a ustępem trzecim

¹⁾ W tem miejscu nie użyłem tłumaczenia X. prof. Fijałka, bo nie oddaje jednego ze założeń przeszkody *adulteri*, a mianowicie, że cudzołóstwo i jego kwalifikacja muszą zająć w ciągu jednego i tego samego (*eodem*) małż.

jest ta różnica, że w pierwszych dwóch przeszkodą jest cudzołóstwo, w trzecim małżonkobójstwo.

7. Między ustępem drugim a trzecim jest ta różnica, że w drugim małżonkobójstwa dopuszcza się jedna ze stron cudzołożących, bez wiedzy i współdziałania drugiej strony, w trzecim zaś ustępie jest mowa o małżonkobójstwie dokonanem wspólnie przez obie strony, choćby nie dopuściły się cudzołóstwa.

Pr. austr. teoretycznie kształtuje przeszkodę cudzołóstwa surowiej, praktycznie jest ona jednak o wiele łagodniejszą. Innym też jest w pr. austr. stosunek małżonkobójstwa do cudzołóstwa. Wedle § 67 k. c. a. „małżeństwo między osobami, które popełniły ze sobą cudzołóstwo, jest nieważne. Cudzołóstwo musi być jednak udowodnione przed zawarciem małżeństwa“. Wedle § 68 k. c. a. „jeżeli dwie osoby, chociaż bez uprzedniego popełnienia cudzołóstwa, przyrzekły sobie zawrzeć małżeństwo i jeżeli w celu osiągnięcia tego zamiaru choćby jedna z nich nastawała na życie małżonka, który stał w drodze do ich małżeństwa, to między temi osobami nie może być zawartem ważne małżeństwo, nawet wówczas, gdyby morderstwo nie zostało rzeczywiście dokonane“. Różnice między pr. austr. a kan. są następujące :

1. Wedle pr. austr. cudzołóstwo jest imp. dir. bez kwalifikacji, których wymaga pr. kan. Jest więc przeszkodą, choćby a) nie było połączone z obietnicą wzajemną zawarcia małż. w przyszłości, b) choćby nie było połączone z usiłowaniem zawarcia małż. w teraźniejszości, c) choćby nie było połączone z małżonkobójstwem. Ponieważ pr. austr. nie wymaga kwalifikowanego cudzołóstwa, więc o tyle jest surowsze od prawa kan.

2. Surowość ta jednak jest teoretyczną, bo jedyne wymaganie, aby cudzołóstwo było przed zawarciem małż. udowodnione, sprawia, że w praktyce jest rzadko ta przeszkoda w użyciu, tego zaś wymagania pr. kan. nie stawia. Dowód musi być sądownie przeprowadzony bądź z okazji skazania małżonka za cudzołóstwo przez sąd karny, bądź z okazji procesu o separację lub o rozwód, bądź z okazji procesu o ojcostwo dziecka spółdzonego z cudzołóstwa. D. k. n. z 6 grudnia 1833, zadowalniająca się dowodem przed władzą polityczną przeprowadzonym, niema obecnie znaczenia, bo cudzołóstwo jest obecnie sądzonem przez sądy, a nie przez władze policyjne. P. orzec. XII, 4617 zb. G. U. W.

3. Pr. kan. odróżniało, jakśmy widzieli, małżonkobójstwo popełnione przez jednego z nupturjentów, bez wiedzy i udziału drugiego, i małżonkobójstwo popełnione przy współdziałaniu obydwóch nupturjentów. Do pierwszego wymagało cudzołóstwa, do drugiego nie. Pr. austr. stawia na równi małżonkobójstwo popełnione (lub usiłowane) przez jednego nepturjenta z małżonkobójstwem popełnionem (lub usiłowanym) przez obydwóch,

stawia na równi dokonanie z usiłowaniem (czego pr. kan. nie zna), nie wymaga do żadnego z nich cudzołóstwa, ale wymaga dla obydwóch rodzajów α) obietnicy zawarcia małżeństwa i β) wymaga, aby małżonkobójstwo było przedsięwzięte w zamiarze osiągnięcia celu tej obietnicy t. j. w zamiarze doprowadzenia do małżeństwa. Ponieważ do małżonkobójstwa nie potrzeba cudzołóstwa, więc trzeba dodać, że jeden przynajmniej z nupturjentów musiał być żonatym względnie zamężnym (wynika to z całego ujęcia § 68 i z tego, że morderstwo zostało lub miało być popełnionem na małżonku, który stał w drodze małżeństwa nupturjentów, z których jeden lub obaj popełnili lub usiłowali małżonkobójstwo). Właśnie wskutek tego, że do małżonkobójstwa nie potrzeba wedle pr. austr. uprzedniego cudzołóstwa, konstrukcja tej przeszkody była wyjątkowo trudną, z czego jednak k. c. a. wybrnął dobrze. Nie można tego powiedzieć o pr. m. Kr. p., którego postanowienia są niejasne. Przedewszystkiem podnieść należy, że, jeżeli jest mowa o przeszkodzie „przestępstwa wogóle, to zaliczyć do niej należy i przeszkodę z art. 26 pr. m. Kr. p., wedle którego „osoba, która się stała winną wielożeństwa, nie może, nawet po śmierci prawego małżonka, zawierać ślubów ze współsprawcą popełnionego przez nią przestępstwa“. Do cudzołóstwa odnoszą się art. 28 i 29 pr. m. Kr. p. Pierwszy z nich opiewa: „Cudzołóstwo połączone z morderstwem jednego z małżonków, stanowi przeszkodę do zawarcia małż. między osobą, która się cudzołowstwa dopuściła i jej współsprawcą; takąż przeszkodę stanowi cudzołóstwo, połączone z przyrzeczeniem pobrania się na przypadek śmierci niewinnego małżonka“. Art. 29 opiewa: „Osoba, która się dopuściła morderstwa na osobie swego małżonka, lub zmówiła się w tym celu z osobą trzecią, nie może zawierać małżeństwa ze sprawcą, współsprawcą, ani współnikiem popełnionego morderstwa“.

Pr. m. Kr. p. odróżnia więc na podobieństwo prawa kan. cudzołóstwo kwalifikowane (pr. austr. przyjmuje, jakżeśmy widzieli, cudzołóstwo proste) od małżonkobójstwa. Na czem jednak kwalifikacja cudzołóstwa w pr. m. Kr. p. polega? Dwie kwalifikacje wymienia art. 2 : 1) połączenie z małżonkobójstwem coby odpowiadało kan. 1079 ustęp 2 i 2) połączenie z przyrzeczeniem pobrania się na przypadek śmierci niewinnego małżonka, coby odpowiadało kan. 1079 ustęp 1-szy. Jednakże w kwalifikacji pod 1) niema powiedziane, kto dopuścił się małżonkobójstwa. Należy przypuszczać z przeciwstawienia artykułowi 29, że tylko jeden z nupturjentów. O ile kwalifikacja pod 2) różni się od kwalifikacji z kan. 1079 ust. 1, widać odrazu. Co do małżonkobójstwa bez cudzołóstwa, o czem mówi art. 29 pr. m. Kr. p., to odpowiada on kan. 1079 ustęp 3-ci, jednakże niejasne są w nim słowa „lub zmówiła się w tym celu z osobą trzecią“. Moznaby przypuszczać, że art. 29 ma tu na myśli usi-

łowanie małżonkobójstwa, gdyby nie główne zdanie, które się kończy słowami „popelnionego morderstwa“, z czego należy wnosić, że o usiłowaniu niema mowy. Redakcja tych dwóch artykułów nie jest przeto ani jasną ani wyczerpującą, jednak niewątpliwem jest, że pr. m. Kr. p. poszło w kwestji imp. criminis za prawem kan., które też powinno służyć do wypełnienia luk i usuwania wątpliwości. Wskutek tego między pr. m. Kr. pol. a pr. austr. są takie same różnice, jak między tem ostatniem a pr. kan.

Pr. niem. idzie w kierunku pr. austr. § 1312 k. c. n. mówi: „Małżeństwo nie może być zawartem między małżonkiem rozwiedzionym z powodu cudzołóstwa, a tym, z którym rozwiedziony małżonek popełnił cudzołóstwo, jeżeli we wyroku orzekającym rozwód to cudzołóstwo podanem zostało, jako powód rozwodu“. Od pr. kan. różni się pr. niem. tem, że przeszkodę stanowi adulterium simplex, a nie qualificatum. Z pr. austr. ma pr. niem. to wspólne, że w jednym i drugim cudzołóstwo musi być sądownie udowodnionem, jednakże pr. niem. jeszcze bardziej tę przeszkodę zacieśnia, bo za dowód przyjmuje tylko wyrok orzekający rozwód i to taki wyrok, w którego tenorze lub motywach wymienioną jest osoba, z którą rozwiedziony małżonek dopuścił się cudzołóstwa, gdy tymczasem w pr. austr. dowód może być nie tylko w ten sposób przeprowadzony, ale i z okazji separacji od stołu i łoża, z okazji skargi o ojcostwo, z okazji skazania za cudzołóstwo przez sąd karny (byle dowód był sądowy). We wyroku orzekającym rozwód (w tenorze lub w motywach) musi być wymienione nazwisko osoby, z którą rozwiedziony małżonek dopuścił się cudzołóstwa, bo ustawa wymaga, żeby „to“ cudzołóstwo było podane za przyczynę rozwodu, a nie wogóle cudzołóstwo. To też wyrok może być przedmiotem środków prawnych ze strony rozwiedzonego małżonka, jeżeli wyrok podaje mylne nazwisko. W pr. austr. niema tego wymagania właśnie dlatego, że tu nietylko wyrokiem udowodnionem może być cudzołóstwo.

Pr. niem. jeszcze i przez to ścieśnia tę przeszkodę, iż wymaga, aby dane cudzołóstwo było przyczyną rozwodu, a więc choćby przed sądem było udowodnionem, to jednak nie będzie przeszkodą z § 1312 k. c. n., jeżeli wyrok nie stwierdzi, iż ono właśnie (a nie inne przywiedzione i udowodnione przyczyny rozwioda) było przyczyną rozwodu.

Małżeństwo, które przez cudzołóstwo zostało złamanem, musi być ważnem. Gdzie niema ważnego małżeństwa, niema wogóle małżeństwa, a więc niema i cudzołóstwa. W drodze logiki dochodzi się jednak do przekonania, że tak się rzecz ma, gdy małżeństwo zostało unieważnione z powodu jakiegoś imp. iur. publ. Nie da się to przeprowadzić, gdy małż. tylko z inicjatywy strony może być wzruszonym.

Dyspenza, kiedykolwiek, a więc i w ciągu procesu o unie-

ważnienie z powodu cudzołóstwa, uzyskana czyni małżeństwo ważnem od początku (§ 1328 k. c. n.).

Sporną w prawie cywilnem jest kwestja, czy cudzołóstwo ma być formalnem czy materialnem, t. j. czy obie strony ponoszą winę, czy nie. W pr. austr. litera prawa przemawia za adulterium formale, § 67 k. c. a. bowiem jest zredagowany w ten sposób, że wymienia „dwie osoby“, jako dopuszczające się cudzołóstwa, a więc obie musiały wiedzieć, co robią, bo inaczej nie możnaby o obydwóch mówić jednakowo. Pr. pol., jak wogóle w tej kwestji, musi być traktowane, jako idące za prawem kanonicznem, a więc jako przyjmujące adulterium formale. Natomiast co do pr. niem., to nie można tego powiedzieć. § 1312 k. c. n. mówi tylko o jednej stronie, jako tej, która popełniła cudzołóstwo. Druga przeto mogła nie wiedzieć, że ma stosunek z osobą zamężną względnie żoną, tem bardziej, że ta druga osoba mogła być wolną lub zamężną wzgl. żoną, bo wedle pr. niem. wchodzi w grę i jedynie ma znaczenie to cudzołóstwo, które było przyczyną i doprowadziło rzeczywiście do rozwodu, a więc — żeby się tak wyrazić — „jedno“ cudzołóstwo.

m) Przeszkoda z § 119 k. c. a. § 119 k. c. a. postanawia: „Rozwiedzionym wolno wogóle wchodzić w ponowne związki małżeńskie; jednakże nie może być zawartem ważne małż. z tymi, którzy spowodowali uprzedni rozwód, wedle przedłożonych przy rozwodzie dowodów, przez cudzołóstwo, poduszczanie lub w inny karygodny sposób“.

O przeszkodzie tej, którą nazywają „współdziałem w przyczynie rozwodu“, a którą k. a. umieścił na czele przepisów, zatytułowanych „ograniczenie i ostrożności ze względu na ponowne zawarcie małż.“, nasuwają się odrazu trzy uwagi: 1) odnosi się tylko do akatolików, bo tylko co do nich może być w pr. a. mowa o rozwodzie, 2) ponowne małż. mogłoby przyjść do skutku tylko z akatolikiem ze względu na imp. catholicismi, wreszcie 3) w przypadku, gdzie współdział w rozwodzie polega na cudzołóstwie, przeszkoda z § 119 spada się z przeszkodą adulterii z § 68 k. c. a., zachodzi więc konkurencja ustaw, wskutek czego ten przypadek niepotrzebnie został umieszczony w § 119 k. c. a.

Pozostają dwa drugie przypadki współdziału w przyczynie rozwodu: przez poduszczanie i w inny karygodny sposób. Obydwa te przypadki nie mają prawniczo określonej postaci. W szczególności trzeci przypadek oznaczony przez słowa „w inny karygodny sposób“ nie powinien być tak rozumiany, jakoby tu chodziło o jakiś czyn zagrożony ustawą karną. Ale wówczas roztwiera się szerokie pole do interpretacji, której granice trudno zakreslić. Tak samo „poduszczanie“ może być interpretowane z niepożądaną dowolnością.

Przeszkoda z § 119 k. c. a. jest imp. dir. iuris publ. i jest właściwą tylko prawu austr.

^{St. d. 17. 1867}
^{18. 1867} n) Skazanie na ciężkie więzienie. § 61 k. c. a. postanawiał: „Przestępca, zasądzony na najcięższą lub ciężką karę więzienia, nie może od dnia ogłoszonego mu wyroku i dopóty, dopóki trwa czas kary, zawrzeć ważnego małżeństwa“. Paragraf ten został dla osób podlegających jurysdykcji cywilnej zniesiony przez § 5 u. z 15 listopada r. 1867 l. 131 d. u. p. Obowiązuje nadal dla osób zasądzonych na mocy austr. wojskowego kodeksu karnego.

Przeszkoda była właściwą tylko prawu austr.

o) *Vetitum*. Zakaz małżeństwa w szczególnym przypadku może z klauzulą unieważniającą wydać tylko Stolica Apostolska. Kan. 1039 § 2: „*Vetito clausulam irritantem una Sedes Apostolica addere potest*“. P. wyżej o *vetitum*, jako *impedimentum impediens*.

p) *Przeszkoda z § 1350 k. c. n.* Przeszkodę tę omówimy w ustępie o rozwiązywaniu małżeństwa przez uznanie za zmarłego.

4. Forma zawarcia

Na formę zawarcia małżeństwa składają się zapowiedzi

A) Zapowiedzi. Poznajmy naprzód

Prawo austriackie :

§ 69 k. c. a. Do ważności małżeństwa wymagana jest także zapowiedź i uroczyste oświadczenie zezwolenia.

a) Zapowiedź.

§ 70 k. c. a. Zapowiedź polega na ogłoszeniu mającego być zawartem małżeństwa z przytoczeniem imienia, nazwiska rodzinnego, miejsca urodzenia, stanu i miejsca zamieszkania obydwójga narzeczonych, z tą uwagą, że każdy, komu jest znaną jakaś przeszkoda, powinien o niej donieść. Doniesienie należy bezpośrednio lub pośrednio przez tego duszpasterza, który ogłosił zapowiedzi, uczynić u tego duszpasterza, który jest właściwym do dania ślubu.

§ 71 k. c. a. Ogłoszenie musi nastąpić w trzech niedzielach i świątach przed zgromadzeniem kościelnem parafji, a jeżeli narzeczeni mieszkają w różnych parafjach, w obydwóch parafjach. W razie małżeństw osób przynależnych do różnych chrześcijańskich wyznań zapowiedź ma nastąpić na zgromadzeniu odbywającym się dla służby bożej parafji społeczności religijnej każdego z narzeczonych w zwyczajny ustawowy sposób. (Drugie zdanie wedle art. I i III ustawy z 31/12 1868 l. 4 d. u. p. ex 1869.)

§ 72 k. c. a. Jeżeli narzeczeni lub jedno z nich nie mieszkają

Prawo małż. Kr. pol.

Art. 41. Osoby, które pragną wstąpić w związek małżeński, powinny zawiadomić o zamiarze swoim proboszcza parafji, w której są zamieszkałe. Obowiązkiem jest proboszcza przekonać się poprzednio o wzajemnem stron zezwoleniu, a następnie ogłosić w trzech po sobie idących niedzielach, w kościele, z ambony, zapowiedzi o zamierzonym związku małżeńskim.

Art. 42. Zapowiadający ogłosi imiona, nazwiska, powołanie i zamieszkanie przyszłych małżonków, oraz imiona, nazwiska, powołanie i zamieszkanie ich rodziców, następnie w spisanej akcie tegoż samego dnia, oprócz szczegółów powyższych wymieni dzień, godzinę i miejsce ogłoszenia.

Art. 43. Zapowiedzi ogłoszone będą w parafji każdego z przy-

małżeństwa.

i uroczyste oświadczenie zgodnej woli nupturjentów.
 przepisy odnoszące się do zapowiedzi:

Prawo niemieckie.

§ 1316 k. c. n. Zawarcie małżeństwa powinna poprzedzić zapowiedź

Zapowiedź polega na przybiciu (wywieszeniu) w gminie resp. gminach narzeczonych ogłoszenia § 45 nast. P. St. G. Ogłoszenie musi być wywieszane przez 14 dni § 47 P. St. G.

Prawo kanoniczne.

Kan. 1022. Publice a parochia denuntietur inter quosnam matrimonium sit contrahendum.

Kan. 1024. Publicationes fiant tribus continuis diebus dominicis aliisque festis de praecepto in ecclesia inter Missarum sollemnia, aut inter alia divina officia ad quae populus frequens accedat.

Kan. 1025. Potest loci Ordinarius pro suo territorio publicationibus substituere publicam, ad valvas ecclesiae paroecialis, aliisque ecclesiae, affixionem nominum contrahentium per spatium saltem octo dierum, ita tamen ut, hoc spatio, duo dies festi de praecepto comprehendantur.

Kan. 1023. § 1. Matrimoniorum publicationes fieri debent a pa-

jeszcze przez sześć tygodni w parafii, w której małż. ma być zawarte, to zapowiedź należy ogłosić także w ostatnim miejscu ich pobytu, gdzie mieszkali dłużej, niż przez właśnie oznaczony czas, albo narzeczeni muszą przedłużyć swój pobyt w miejscu, gdzie się znajdują, do sześciu tygodni, aby ogłoszenie ich małżeństwa było tam wystarczającym.

§ 73 k. c. a. Jeżeli w ciągu sześciu miesięcy po zapowiedziach małż. nie zostało zawartem, to trzy ogłoszenia muszą być powtórzone.

§ 74 k. c. a. Do ważności zapowiedzi i do zależnej od niej ważności małżeństwa wystarczy wprawdzie, aby nazwiska narzeczonych i ich mające być zawartem małżeństwo przynajmniej raz było ogłoszonym w parafii narzeczonego i narzeczonej, i chociaż usterka w formie lub liczbie ogłoszeń nie czyni małżeństwa nieważnym, to jednak tak narzeczeni i ich zastępca, jak duszpasterze są zobowiązani pod stosowną karą starać się o to, aby wszystkie przepisane tutaj ogłoszenia dokonane były we właściwej formie.

§ 85 k. c. a. W miejscowościach, gdzie niema rządu krajowego, udziela się urzędom obwodowym mocy zwalniania, z ważnych przyczyn, od drugiej i trzeciej zapowiedzi. Obecnie wedle u. z 4/7 1872 l. 111 d. u. p. pierwszą instancją jest starostwo wzgl. mag. gm. o własnym statucie.

szłych małżonków. Jeżeli jeden z nich lub obadwa nie dłużej mieszkają w jednym miejscu, jak trzy miesiące, wówczas zapowiedzi nadto w kościele parafjalnym poprzedzającego ich zamieszkania nastąpić powinny.

Art. 44. Jeżeli obrzęd ślubu nie został w ciągu sześciu miesięcy od ostatniej zapowiedzi dopełnionym, takowy nie może nastąpić, jak za poprzedniem zapowiedzi ponowieniem.

Art. 45. Władza duchowna mocną jest dozwałać w szczególnych przypadkach, aby zamiast trzechkrotnego ogłoszenia zapowiedzi, jedno tylko jej ogłoszenie nastąpiło. Wszelako w każdym przypadku jedna zapowiedź jest nieodzownie potrzebna.

Art. 46. Jeżeli władza ducho-

§ 1316 k. c. n. Zapowiedź traci swą moc, jeżeli małż. nie zostanie zawarte w ciągu sześciu miesięcy po dokonaniu zapowiedzi.

§ 1316 k. c. n. Zapowiedź może być zaniechana, jeżeli grożąca życiu choroba jednego z narzeczonych nie dozwala zwłoki. P. art. 46 u. zapr. k. c. n., wymagający w takim przypadku świadectwa lekarsk.
 § 1322 k. c. n. Zezwalanie na zwolnienia (od za-

rocho proprio. § 2. Si pars alio in loco per sex menses commorata sit post adeptam pubertatem, parochus rem exponat Ordinario, qui pro sua prudentia vel publicationes inibi faciendas exigat, vel alias probationes vel coniecturas super status libertate colligendas praescribat. § 3. Si aliqua sit suspicio de contracto impedimento, parochus etiam pro breviori commoratione consulat Ordinarium, qui matrimonium ne permittat, nisi prius suspicio, ad normam § 2, removeatur.

Kan. 1030 § 2. Si intra sex menses matrimonium contractum non fuerit, publicationes repetantur, nisi aliud loci Ordinario videatur.

Kan. 1019 § 2. In periculo mortis, si aliae probationes haberi nequeant, sufficit, nisi contraria adsint indicia, affirmatio iurata contrahentium, se baptizatos fuisse et nullo detineri impedimento.

Kan. 1026. Publicationes ne fiant pro matrimoniis quae con-

§ 86 k. c. a. W nagłych okolicznościach może rząd krajowy lub urząd obwodowy, a jeżeli bliskie stwierdzone niebezpieczeństwo śmierci nie dopuszcza zwłoki, także zwierzchność miejscowa, uwolnić zupełnie od zapowiedzi, jednakże narzeczeni muszą pod przysięgą stwierdzić, że nie jest im wiadomą żadna przeszkoda, stojąca na drodze ich małżeństwu. (Wedle § 1 u. z 4/7 1872 l. 111 d. u. p. do zwolnienia od zapowiedzi w nagłych okolicznościach kompetentną jest polityczna władza powiatowa, a w miastach o własnym statucie władza gm.)

§ 87 k. c. a. Zwolnienia od wszystkich trzech ogłoszeń należy po złożeniu wspomnianej przysięgi i wtedy udzielić, jeżeli mają się poślubić dwie osoby, o których już przedtem powszechnie przypuszczano, że stanowią małżeństwo. W takim przypadku duszpasterz może prosić w rządzie krajowym o zwolnienie, nie wymieniając nazwisk stron.

wna uwolniła od drugiej i trzeciej zapowiedzi, obrzęd ślubu religijnego dopiero po upływie trzech dni od dnia ogłoszenia pierwszej i ostatniej zapowiedzi, nie licząc tegoż dnia, dopełnionym być może.

Art 47. W następujących przypadkach wolno jest duchownemu przystąpić do dania ślubu bez zapowiedzi:

1. gdy przyszły małżonek wybierać się ma nagle w długą lub niebezpieczną podróż w interesach rządowych;

2. gdy osoby, o których powszechnie mniemano, iż zostają w związku małżeńskim, pragną dopełnić obrzędu ślubu religijnego.

powiedzi) służy państwu związkowemu, na którego obszarze małż. ma być zawarte. Rząd krajowy postanawia, kto ma udzielać pozwolenia, do których prawo służy państwu związkowemu.

trahuntur cum dispensatione ab impedimento disparitatis cultus aut mixtae religionis, nisi loci Ordinarius pro sua prudentia, remoto scandalo, eas permittere opportunum duxerit, dummodo apostolica dispensatio praecesserit et mentio omittatur religionis partis non catholicae.

Kan. 1028. § 1. Loci Ordinarius proprius pro suo prudenti iudicio potest ex legitima causa a publicationibus etiam in aliena dioecesi faciendis dispensare. § 2. Si plures sint Ordinarii proprii, ille ius habet dispensandi, in cuius dioecesi matrimonium celebratur; quod si matrimonium extra proprias, in-atur dioeceses, quilibet Ordinarius proprius dispensare potest.

Kan. 1030 § 1. Peractis investigationibus et publicationibus, parochus matrimonio ne assistat, antequam omnia documenta necessaria receperit, et praeterea, nisi rationabilis causa aliud postulet, tres dies decurrerint ab ultima publicatione.

Kan. 1031. § 1. Exorto dubio de existentia alicuius impedimenti: 2. (parochus) publicationes peragat vel perficiat, si dubium ortum sit ante inceptas vel expletas publicationes. § 2. Detecto impedimento certo: 1. si impedimentum sit occultum, parochus publicationes peragat vel absolvat, et rem deferat, reticens nomina, ad loci Ordinarium et ad sacram Poenitentiam. 2. Si sit publicum et detegatur ante inceptas publicationes, parochus ulterius ne procedat, donec impedimentum removeatur, etsi dispensationem pro foro conscientiae tantum obtentam



norit; si detegatur post primam aut secundam publicationem, parochus publicationes perficiat, et rem ad Ordinarium deferat.

Kan. 1104. Nonnisi ex gravissima et urgentissima causa et ab ipso loci Ordinario, excluso Vicario generali sine speciali mandato, permitti potest, ut matrimonium conscientiae ineatur, idest matrimonium celebretur omissis denuntiationibus et secreto, ad normam canonum qui sequuntur.

(Kanon 1022. Publicznie proboszcz winien ogłosić, między kim małżeństwo ma być zawarte. Kanon 1024. Zapowiedzi mają się głosić w trzy następujące po sobie niedziele i inne święta nakazane w kościele wśród mszy uroczystej lub wśród innego nabożeństwa, na które lud licznie przybywa. Kanon 1025. Ordynariusz miejscowy może na swoim terytorjum (w swoim okręgu) głoszenie zapowiedzi zastąpić publicznem u drzwi kościoła parafialnego lub innego przybiciem nazwisk pobierających się przez dni co najmniej ośm, tak atoli, żeby w tym czasie mieściły się dwa święta nakazane. Kanon 1023. § 1. Zapowiedzi małżeństw winny być zgłoszone przez właściwego proboszcza. § 2. Jeśli strona przebywała na innem miejscu przez sześć miesięcy po osiągnięciu dojrzałości, proboszcz przedłoży rzecz ordynariuszowi, który wedle swej roztropności albo zażąda, żeby tam dopełniono zapowiedzi, albo nakaze zebrać inne dowody czy przypuszczenia o wolności stanu. § 3. Jeżeli jest jakie podejrzenie o zachodzącej przeszkodzie, proboszcz także w razie krótszego pobytu ma się zaradzić ordynariusza, który na małżeństwo nie ma pozwolić, zanim wpierv podejrzenie, stosownie do przepisu § 2 nie zostało usunięte. Kanon 1030 § 2. Jeśli małżeństwo nie zostanie zawarte w sześć miesięcy, zapowiedzi należy powtórzyć, chyba, że ordynariusz miejscowy zarządzi inaczej. Kanon 1019 § 2. W niebezpieczeństwie śmierci, jeśli nie można mieć innych dowodów i jeżeli niema przytem oznak przeciwnych, wystarcza zaprzysiężone twierdzenie pobierających się, że zostali ochrzczeni i żadną nie związani przeszkodą. Kanon 1026. Zapowiedzi nie należy głosić przy małżeństwach, które się zawierają za dyspenzą od przeszkody różności wiary lub religji mieszanej (mieszanego, odmiennego wyznania), chyba, że ordynariusz miejscowy wedle swej roztropności, kiedy jest uchylone zgorzsenie, uważałby za stosowne pozwolić na nie, byle tylko dyspenza

apostolska (je) poprzedziła a opuściło się (w nich) wzmianki o religji strony niekatolickiej. Kanon 1028 § 1. Ordynariusz miejscowy właściwy wedle swego sądu roztropnego może dla słusznej przyczyny udzielić dyspenzy od głoszenia zapowiedzi także w innej dyciecji. § 2. Jeśli więcej jest ordynariuszów właściwych, ten ma prawo dyspenzowania, w którego dyciecji zawiera się małżeństwo; gdyby się jednak małżeństwo zawierało poza właściwymi dycieczami, każdy ordynariusz właściwy może dyspenzować. Kanon 1030 § 1. Po przeprowadzeniu badań i (ogłoszeniu) zapowiedzi proboszcz nie ma asystować przy małżeństwie (ślubie), dopóki nie otrzyma wszystkich dokumentów potrzebnych, a nadto, o ile rozumna przyczyna nie żąda inaczej, (niema asystować) przed upływem trzech dni od ostatniej zapowiedzi. Kan. 1031 § 1. Kiedy powstała wątpliwość o istnieniu jakiejś przeszkody: 2^o (Proboszcz) zapowiedzi ma odprawić albo dokończyć, jeżeli wątpliwość powstała przed rozpoczęciem albo zakończeniem zapowiedzi; § 2. Po wykryciu niezawodnej przeszkody: 1^o Jeżeli przeszkoda jest tajemna, proboszcz zapowiedzi odprawi albo dokończy, a o rzeczy doniesie z zamilczeniem nazwisk ordynariuszowi miejscowemu albo świętej Penitencjarji; 2^o Jeżeli jest publiczną i wykryje się przed rozpoczęciem zapowiedzi, proboszcz nie ma ich głosić, dopóki przeszkoda nie zostanie usunięta, chociażby wiedział, że dyspenza została otrzymaną tylko dla trybunału sumienia; jeżeli się zaś wykryje po pierwszej lub drugiej zapowiedzi, proboszcz dokończy zapowiedzi i doniesie ordynariuszowi o rzeczy. § 3. Wreszcie, jeśli się nie wykryje żadnej przeszkody, ani wątpliwej ani niezawodnej, proboszcz po dopełnieniu zapowiedzi dopuści strony do zawarcia małżeństwa (do ślubu). Kanon 1104. Jedyńie z przyczyny bardzo ważnej i bardzo naglącej i (to) sam ordynariusz miejscowy, a nie wikariusz generalny nie mający szczegółowego mandatu, może dozwolić na zawarcie małżeństwa sumienia t. j. żeby małżeństwo było zawarte z opuszczeniem zapowiedzi i tajemnic według postanowień kanonów, jakie następują.)¹⁾

Różnice między zacytowanymi czterema ustawami są następujące:

1. Tylko pr. austr. brak zapowiedzi uważa za imp. dirimens, wszystkie inne ustawy nie czynią z tego braku żadnej przeszkody. W pr. austr. brak wszystkich zapowiedzi jest przeszkodą zrywającą, brak dwóch zapowiedzi lub usterki w formie zapowiedzi nie są przeszkodą. Brak zapowiedzi jest imp. iuris privati.

2. W pr. niem. zapowiedzi ogłasza władza świecka, wedle innych ustaw duszpasterz. Pojęcie duszpasterza daje kan. 451 c. i. c. Właściwość duszpasterza jest w związku z zamieszkaniami, p. niżej pod 5). (W Austrii jest ewentualny ślub cywilny w razie odmowy duszpasterza, dla bezwyznaniowych zaś obligatoryjny. Zapowiedzi ogłasza starostwo względnie urząd gminny

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

i to w razie ewent. ślubu cyw. po udowodnieniu odmowyze strony proboszcza wedle art. II § 2 u. z d. 25 maja 1868 l. 47 d. u. p.).

3. W pr. niem. i w Austrii w razie ślubu cywilnego (§ 5 art. II. u. z r. 1868) zapowiedź odbywa się przez wywieszenie ogłoszenia, wszędzie indziej z reguły przez ustne ogłoszenie w kościele (pr. kan. dozwala obecnie ogłaszać zapowiedzi nie tylko podczas mszy). Mówimy „z reguły“, bo pr. kan. zna (kan. 1025) także ogłoszenie przez wywieszenie, przez plakatowanie.

4. Tam, gdzie zapowiedź odbywa się przez wywieszenie, ustawa oznacza termin, przez który ogłoszenie ma być zawieszonem (pr. niem. 14 dni, w Austrii trzy tygodnie, pr. kan. ośm dni). Tam, gdzie duszpasterz ustnie ogłasza zapowiedzi, ustawa oznacza liczbę ogłoszeń (wszystkie ustawy przyjmują z reguły trzy zapowiedzi) i oznacza dni, w których zapowiedzi mogą nastąpić. W tym względzie c. i. can. przyjęło niedzielę i święto, jak pr. austr., natomiast pr. Kr. pol. pozostało tylko przy niedzielach. Pr. kan. i pr. m. Kr. p. mówią o trzech „po sobie idących“ „continuis“ niedzielach i świętach resp. niedzielach, pr. austr. nie zawiera w § 71 k. c. a. tego przepisu (inaczej co do żydów § 126 k. c. a.).

5. Różnica jest w długości czasu, przez który nupturjent musi mieszkać w parafji, aby w niej mogły być ogłoszone zapowiedzi (pr. austr. sześć tygodni, w pr. m. Kr. p. trzy miesiące, pr. kan. sześć miesięcy, przyczem podnieść należy, że dopiero po upływie tego czasu mogą być ogłoszone zapowiedzi, a nie należy tego tak rozumieć, jakoby po upływie tego czasu mógł być danym już ślub, a zapowiedzi mogły wychodzić już w ciągu tego czasu).

6. W sprawie dyspenzy od zapowiedzi wogóle lub od dwóch zauważyć należy:

a) Wszystkie ustawy, z wyj. pr. m. Kr. p. znają zwolnienie od zapowiedzi z powodu niebezpieczeństwa grożącego życiu, a pr. kan. i pr. austr. wymagają w takim razie przysięgi (patrz tekst odnośnych przepisów);

b) wszystkie ustawy, z wyjątkiem pr. niem., znają matrimonium conscientiae t. j. bez zapowiedzi, z zachowaniem tajemnicy. (Pr. kan. powód, dla którego można zezwolić na takie małż. sekretne określa gravissima et urgentissima causa, pr. cyw. dopuszcza je, gdy chodzi o strony, o których powszechnie sądzono, że są już poślubione);

c) wszystkie ustawy znają zwolnienie z przyczyn, które mają jednakową naturę, chociaż noszą różne nazwy, „w nagłych wypadkach“, „w szczególnych przypadkach“, „ex legitima causa“. Pr. m. Kr. p. daje zwolnienie od dwóch zapowiedzi, inne ustawy od wszystkich.

d) Właściwem tylko pr. polskiemu jest zwolnienie z powodu podróży, a prawu kan. w razie, jeżeli małż. przychodzi do skutku z dyspenzą od disparitas cultus lub mixta religio. (Jednakże

ordynariusze mogą zezwolić na ogłoszenie tych zapowiedzi, jeżeli tylko dyspenza już nastąpiła, a w zapowiedziach niema być wzmianki o religji strony niekatolickiej).

W końcu podajemy, że wedle kan. 1030 c. i. can. po ogłoszeniu ostatniej zapowiedzi zaślubiny mogą się odbyć dopiero po upływie trzech dni, chyba, że istnieje słuszna przyczyna skrócenia tego terminu, w pr. pol. ten trzydniowy termin obowiązuje tylko wtedy, jeżeli było uwolnienie od pierwszej i drugiej zapowiedzi, art. 46.

Przypadek, gdzie nie potrzeba zapowiedzi, zawartym jest w § 88 k. c. austr. Powiem o tem niżej w ustępie o unieważnieniu małż.

Prawo austriackie.

a) Forma ślubu. Pojęcie duszpasterza. Właściwość duszpasterza.

§ 75 k. c. a. Uroczyste oświadczenie zezwolenia musi nastąpić przed właściwym duszpasterzem jednej ze stron, mających zawrzeć małżeństwo, czy on się nazywa wedle różnicy religii, proboszczem, pastorem, czy inaczej, lub przed jego zastępcą, w obecności dwóch świadków.

B) Ślub. Przedstawimy na-**Pr. m. Kr. pol.**

a) Forma ślubu. Pojęcie i właściwość duszpasterza.

Art. 48. Obrzęd ślubu małżeńskiego dopełnionym być winien w kościele, publicznie, w obecności dwóch świadków przynajmniej, przez proboszcza parafji, w której jeden z przyszłych małżonków jest zamieszkały, lub przez jego zastępcę.

Art. 51. Maż. jest nieważne, jeżeli ślub był dany: 1. przez duchownego niewłaściwego i nie mającego na to upoważnienia od przełożonego parafji jednego z małżonków lub od zwierzchności diecezjalnej, 2. nie w obecności przynajmniej dwóch świadków.

Art. 49. Zamieszkanie stron i właściwość proboszcza co do obrzędu ślubnego wynika z pobytu ich sześciomiesięcznego w jednej parafji. Jednak ten przeciąg czasu liczy się podwójnie, jeżeli strony mieszkały poprzednio nie w tej diecezji, w której ślub ma być dany.

Art. 50. Osobom, które nie mają stałego zamieszkania, jako to wojskowym i innym, może być ślub dany przez proboszcza w parafji, w której chwilowo przebywają.

Art. 157. Jeżeli proboszcz, przystępujący do obrzędu ślubu, nie ma pewności względem przeciągu czasu, przez który strony mieszkają w jego parafji, obowiązany jest domagać się złożenia sobie w tym celu świadectwa miejscowej policji.

przód odnośne przepisy :

Prawo niemieckie.

a) Formalności ślubu. Pojęcie urzędnika stanu. Właściwość.

α) Istota formy. § 1317 k.c.n. Małżeństwo zawiera się przez to, że narzeczeni stają równocześnie osobiście przed urzędnikiem stanu i oświadczają, że chcą ze sobą zawrzeć małżeństwo. Urzędnik stanu musi być skłonny do przyjęcia oświadczeń. Nie można składać oświadczeń pod warunkiem lub z oznaczeniem czasu.

β) Nieistotne formalności § 1318 k.c.n. Urzędnik stanu winien przy zawieraniu małżeństwa w obecności dwóch świadków zwrócić się do każdego z narzeczonych z osobna kolejno z zapytaniem, czy chcą ze sobą zawrzeć małżeństwo, a gdy narzeczeni pytanie potwierdzą, enuncjować, że odtąd są na mocy tej ustawy prawnie związanymi małżonkami. Jako świadkowie nie mogą być przywołanemi osoby, które po-

Prawo kanoniczne.

a) Formalności ślubu. Pojęcie duszpasterza. Właściwość.

α) Istota formy. Pojęcie duszpasterza. Can. 1094. *Ea tantum matrimonia valida sunt quae contrahuntur coram parcho, vel loci Ordinario, vel sacerdote ab alterutro delegato et duobus saltem testibus, secundum tamen regulas expressas in canonibus qui sequuntur, et salvis exceptionibus de quibus in can. 1098, 1099.*

Can. 1095. § 1. *Parochus et loci Ordinarius valide matrimonio assistunt: 1° A die tantummodo adeptae canonicae possessionis beneficii ad normam can. 334, § 3, 1444, § 1, vel initi officii, nisi per sententiam fuerint excommunicati vel interdicti vel suspensi ab officio aut tales declarati; 2° Intra fines dumtaxat sui territorii; in quo matrimoniis nedum suorum subditorum, sed etiam non subditorum valide assistunt; 3° Dummodo neque vi neque metu gravi constricti requirant excipientque contrahentium consensum.*

β) Ceremonje. Can. 1100. *Extra causum necessitatis, in matrimonii celebratione serventur ritus in libris ritualibus ab Ecclesia probatis praescripti aut laudabilibus consuetudinibus receptis. Can. 1101. § 1. Parochus curet ut sponsi benedictionem sollemnem accipiant, quae dari eis potest etiam postquam diu vixerint in matrimonio, sed solum in Missa, servata speciali rubrica et excepto tempore feriato. § 2.*



zbawione zostały obywatelskich praw czci, przez ten czas, na który nastąpiło odebranie im praw czci, nie mogą też być świadkami małżeńskimi. Osoby, które są spokrewnione lub spowinowaczone z jednym z narzeczonych, z urzędnikiem stanu lub między sobą, mogą być powołane na świadków.

δ) Właściwość urzędnika stanu. § 1319. Za urzędnika stanu po myśli § 1317 należy uważać także tego, który, nie będąc urzędnikiem stanu, wykonywa publicznie urząd urzędnika stanu, chyba, że narzeczeni znają brak urzędowego uprawnienia przy zawieraniu małżeństwa. § 1320. Małżeństwo powinno być zawarte przed właściwym urzędnikiem stanu. Właściwym jest ten urzędnik stanu, w którego okręgu

Sollemnem benedictionem ille tantum sacerdos per se ipse vel per alium dare potest, qui valide et licite matrimonio potest assistere. Can. 1102. § 1. In matrimoniis inter partem catholicam et partem acatholicam interrogationes, de consensu fieri debent secundum praescriptum can. 1095, § 1. n. 3. § 2. Sed omnes sacri ritus prohibentur; quod si ex hac prohibitione graviora mala praevideantur, Ordinarius potest aliquam ex consuetis ecclesiasticis caeremoniis, exclusa semper Missae celebratione, permittere.

γ) Forma nadzwyczajna. Can. 1098. Si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo parochus vel Ordinarius vel sacerdos delegatus qui matrimonio assistant ad normam canonum 1095, 1096: 1° In mortis periculo validum et licitum est matrimonium contractum coram solis testibus; et etiam extra mortis periculum, dummodo prudenter praevideatur eam rerum conditionem esse per mensem duraturam; 2° In utroque casu, si praesto sit alius sacerdos qui adesse possit, vocari et, una cum testibus matrimonio assistere debet, salva coniugii validitate coram solis testibus.

δ) Właściwość duszpasterza. Can. 1097. § 1. Parochus autem vel loci Ordinarius matrimonio licite assistunt: 1° Constituto sibi legitime de libero statu contrahentium ad normam iuris; 2° Constituto insuper de domicilio vel quasi-domicilio vel menstrua commoratione aut, si de vago agatur, actuali commoratione alterutrius contrahentis in loco matrimonii; 3° Habita, si conditiones deficient de quibus n. 2,

b) Małż. osób różnych wyznań. § 77 k. c. a. Wedle art. II i III u. z 31/12 r. 1868 l. 4 ex 1869: Uroczyste oświadczenie zezwolenia na małż. należy w razie małż. między przynależnymi do różnych chrześc. wyznań oddać w obecności 2 świadków przed właściwym duszpasterzem jednej ze stron mających zawrzeć małż. lub przed jego zastępcą. Może to i wtedy nastąpić, gdy zapowiedzi były ogłoszone przez władzę polityczną z powodu odmowy duszpasterza. Nupturjentom w każdym razie wolno uzyskać, aby ich małżeństwo, zawarte przed duszpasterzem jednej strony było kościelnie pobłogosławionem przez duszpasterza drugiej strony.

c) Odmowa duszpasterza. § 79 k. c. a. Jeżeli strony czują się pokrzywdzone przez odmowę ślubu, to mogą wnieść zażalenie do rządu krajowego, a w miejscach, gdzie go niema, do urzędu obwodowego.

(Obecnie wchodzi w zastosowanie ustawa o ślubach cywilnych z r. 1870).

b) Małż. osób różnych wyznań.

Oдноśne przepisy przytoczono wyżej w ustępie o imp. mixtae religionis.

jedna ze stron mających zawrzeć małżeństwo ma swoje miejsce zamieszkania lub zwyczajnie przebywa. Jeżeli żadna ze stron mających zawrzeć małżeństwo nie ma swojego miejsca zamieszkania w kraju lub w kraju nie przebywa zwyczajnie, a przynajmniej jedna z nich jest Niemcem, to właściwego urzędnika stanu wyznacza najwyższa władza nadzorcza tego państwa związkowego, do którego należy Niemiec, a gdyby do żadnego państwa związkowego nie należał, kanclerz. Między kilkoma właściwymi urzędnikami stanu mają nupturjenci wybór.

licentia parochi vel Ordinarii domicilii vel quasi-domicilii aut menstruae commorationis alterutrius contrahentis, nisi vel de vagis actu itinerantibus res sit, qui nullibi commorationis sedem habent, vel gravis necessitas intercedat quae a licentia petenda excusat. § 2. In quolibet casu pro regula habeatur ut matrimonium coram sponsae parochi celebretur, nisi iusta causa excusat; matrimonia autem catholicorum mixti ritus, nisi aliud particulari iure cautum sit, in ritu viri et coram eiusdem parochi sunt celebranda.

b) Małż. osób różnych
wyznań.

Oдноśne przepisy przytoczono
wyżej przy imp. mixtae religionis.

d) Księga ślubów. § 80 k. c. a. Celem utrwalenia dowodu na zawarcie umowy małżeńskiej przedłożeni parafji są zobowiązani własnoręcznie wpisać tę umowę małżeńską do osobnej do tego przeznaczonych księgi zaślubin. Musi być podane imię, nazwisko rodzinne, wiek, mieszkanie, tudzież stan małżonków z uwagą, czy już pozostawali w związkach małżeńskich, czy nie; dalej musi być podany stan ich rodziców i świadków, dzień, w którym małżeństwo zostało zawarte, a wreszcie nazwisko duszpasterza, przed którym zezwolenie zostało uroczyste oświadczone. Zaznaczone też muszą być dokumenty, przez które usunięte zostały podniesione zarzuty.

e) Zastępstwo duszpasterza. § 81 k. c. a. Jeżeli małż. ma być zawarte na terenie miejscu, do którego parafji żaden z nupturientów nie należy, to duszpasterz musi do księgi ślubów swojej parafji, równocześnie z dokumentem, w którym kogo innego mianuje swoim zastępcą,

d) Księga ślubów. Art. 58. Po dopełnionym obrzędzie religijnym, proboszcz utrzymujący księgę aktów stanu cywilnego, spisze w przytomności dwóch świadków akt cywilny, obejmujący w sobie: 1. imiona, nazwiska, powołanie, miejsce urodzenia, zamieszkanie i wiek małżonków, 2. imiona, nazwiska, powołanie i zamieszkanie ojców ich i matek, 3. pozwolenie rodziców, opieki i zwierzchności wojskowej w przypadkach, w których prawo tego wymaga, 4. wymienienie dnia i miejsca, w których nastąpiły zapowiedzi lub jeżeliby nie było zapowiedzi, wymienienie zwierzchności, która uwolniła od ich ogłoszenia, tudzież datę dyspenzy, 5. w przypadku zawierania małż. przez osobę, która była w poprzednich związkach małżeńskich, wzmianka o czasie, w którym poprzednie małż. ustało lub unieważnione zostało, 6. oświadczenie małżonków, czy zawarli lub nie, umowę przedślubną, a w pierwszym przypadku wymienienie daty i miejsca jej zawarcia, oraz rejenta, przed którym zawartą została, 7. imiona, nazwiska, powołanie, wiek i zamieszkanie świadków, jeżeli są krewnymi lub powinowatymi małżonków, wymienienie z której strony i w jakim stopniu, 8. oświadczenie duchownego i świadków, iż małż. religijne zostało zawarte.

e) Zastępstwo duszpasterza.

Art. 48 ustęp 2. Jednak ślub dany być może w innej parafji i przez innego duchownego, bądź za zezwoleniem przełożonego właściwej parafji, bądź za pozwoleniem zwierzchności diecezjalnej.

d) Rejestr małżeństw. § 1318. Ust. 3. Urzędnik stanu winien wpisać zawarcie małżeństwa do rejestru małżeństw.

e) Zastępstwo urzędnika stanu. § 1321 k. c. n. Na podstawie pisemnego upoważnienia właściwego urzędnika stanu, małżeństwo może być zawarte także przed urzędnikiem stanu innego okręgu.

d) Księga ślubów. Can. 1103.

§ 1. Celebrato matrimonio, parochus vel qui eius vices gerit, quamprimum describat in libro matrimoniorum nomina coniugum ac testium, locum et diem celebrati matrimonii atque alia secundum modum in libris ritualibus et a proprio Ordinario praescriptum; idque licet alius sacerdos vel a se vel ab Ordinario delegatus matrimonio adstiterit.

§ 2. Praeterea, ad normam can. 470, § 2, parochus in libro quoque baptizatorum adnotet coniugem tali die in sua paroecia matrimonium contraxisse. Quod si coniux alibi baptizatus fuerit, matrimonii parochus notitiam initi contractus ad parochum baptismi sive per se sive per Curiam episcopalem transmittat, ut matrimonium in baptizatorum librum referatur.

§ 3. Quoties matrimonium ad normam can. 1098 contrahitur, sacerdos, si eidem adstiterit, secus testes tenentur in solidum cum contrahentibus curare ut initum coniugium in praescriptis libris quamprimum adnotetur.

e) Zastępstwo duszpasterza lub ordynariusza. § 2. Kan. 1095: Parochus et loci Ordinarius qui matrimonio possunt valide assistere, possunt quoque alii sacerdoti licentiam dare ut intra fines sui territorii matrimonio valide assistat.

Kan. 1096 § 1. Licentia assi-

zapisać tę okoliczność z oznaczeniem miejsca, gdzie i przed którym duszpasterzem małż. ma być zawarte.

§ 82 k. c. Duszpasterz miejsca, w którym ślub ma miejsce, musi do swojej księgi ślubów wpisać dokonane zawarcie małż., z dodatkiem, przez którego duszpasterza został mianowany zastępcą. Musi także o zawarciu małż. donieść duszpasterzowi, od którego otrzymał upoważnienie.

stendi matrimonio concessa ad normam can. 1095 § 2 dari expresse debet sacerdoti determinato ad matrimonium determinatum, exclusis quibuslibet delegationibus generalibus, nisi agatur de vicariis cooperatoribus pro paroecia cui addicti sunt; secus irrita est. § 2. Parochus vel loci Ordinarius licentiam ne concedat, nisi expletis omnibus quae ius constituit pro libertate statu comprobanda.

Can. 1097 § 3: Parochus qui sine licentia iure requisita matrimonio assistit, emolumenta stolae non facit sua, eaque proprio contrahentium parochi remittat.

f) Obowiązanymi do zachowania powyższej formy są: can. 1099. § 1. Ad statutam superius formam servandam tenentur:

1° Omnes in catholica Ecclesia baptizati et ad eam ex haeresi aut schismate conversi, licet sive hi sive illi ab eadem postea defecerint, quoties inter se matrimonium ineunt; 2° Iidem, de quibus supra, si cum acatholicis sive baptizatis sive non baptizatis etiam post obtentam dispensationem ab impedimento mixtae religionis vel disparitatis cultus matrimonium contrahant; 3° Orientales, si cum latinis contrahant hac forma adstrictis.

§ 2. Firmo autem praescripto § 1, n. 1, acatholici sive baptizati sive non baptizati, si inter se contrahant, nullibi tenentur ad catholicam matrimonii formam servandam; item ab acatholicis nati, etsi in Ecclesia catholica baptizati, qui ab infanti aetate in haeresi vel schismate aut infidelitate vel sine ulla religione adoleverunt, quoties cum parte acatholica coniraxerint.

g) Małżeństwo przez pełnomocnika. § 76 k.c.a. Uroczyste oświadczenie zezwolenia na małżeństwo może nastąpić przez pełnomocnika; jednakże musi być na to uzyskanem pozwolenie rządu krajowego i w pełnomocnictwie musi być oznaczoną osoba, z którą ma być zawarte małżeństwo. Małżeństwo zawarte bez takiego szczególnego pełnomocnictwa jest nieważne. Jeżeli pełnomocnictwo zostało odwołane przed zawarciem małżeństwa, to małż. jest wprawdzie nieważne, ale mocodawca jest odpowiedzialny za szkodę spowodowaną swoim odwołaniem.

g) Małżeństwo przez pełnomocnika.

Can. 1088. § 1. Ad matrimonium valide contrahendum necesse est ut contrahentes sint praesentes sive per se ipsi sive per procuratorem.

Can. 1089. § 1. Firmis dioecesanis statutis desuper additis, ut matrimonium per procuratorem valide ineatur, requiritur mandatum speciale ad contrahendum cum certa persona, subscriptum a mandante et vel a parochi aut Ordinario loci in quo mandatum fit, vel a sacerdote ab alterutro delegato, vel a duobus saltem testibus. § 2. Si mandans scribere nesciat, id in ipso mandato adnotetur et alius testis addatur qui scripturam ipse quoque subsignet; secus mandatum irritum est. § 3. Si, antequam procurator nomine mandantis contraxerit, hic mandatum revocaverit aut in amentiam inciderit, invalidum est matrimonium, licet sive procurator sive alia pars contrahens haec ignoraverint. § 4. Ut matrimonium validum sit, procurator debet munere suo per se ipse fungi.

Can. 1090. Matrimonium per interpretem quoque contrahi potest.

Can. 1091. Matrimonio per procuratorem vel per interpretem contrahendo parochus ne assistat, nisi adsit iusta causa et de authenticitate mandati vel de interpretis fide dubitari nullo modo liceat, habita, si tempus suppetat, Ordinarii licentia.

(Kan. 1094. Te tylko małżeństwa są ważne, które się zawierają wobec proboszcza albo ordynariusza miejscowego, albo kapłana od jednego z nich obu wydelegowanego i (wobec) dwóch przynajmniej świadków, jednakowoż według prawideł wyrażonych w kanonach, jakie następują, i z zachowaniem wyjątków, o których (jest mowa) w kanonach 1098, 1099. Kan. 1095. § 1. Proboszcz i ordynariusz asystują ważnie przy małżeństwie: 1° Od dnia dopiero wejścia w posiadanie kanoniczne beneficjum wedle zasad kanonów 334 § 3, 1444 § 1, albo objęcia urzędu, jeżeli nie zostali mocą wyroku obłożeni klątwą albo interdyktem, albo zawieszeni od urzędu lub za takich ogłoszeni; 2° W granicach jedynie swego terytorjum (okręgu), na którym asystują ważnie przy małżeństwach nie tylko swoich poddanych, ale także niepoddanych; 3° Gdy tylko nie przymusem ani ciężką obawą zniewoleni wybadują i przyjmują konsens (zgode) pobierających się. Kan. 1100. Poza wypadkiem konieczności, przy zawieraniu małżeństwa (przy ślubie) mają się zachować obrzędy przepisane w księgach rytualnych, uznanych od Kościoła lub przyjęte chwalebnie zwyczajami. Kanon 1101. § 1. Proboszcz ma dbać, żeby narzeczeni brali błogosławieństwo uroczyste, jakie może być im także dane, kiedyby długo żyli w małżeństwie, ale jedynie we mszy, z zachowaniem osobnej rubryki i z wyjątkiem czasu ferjalnego. § 2. Uroczyste błogosławieństwo tylko ten kapłan dać może sam osobiście albo przez drugiego, który może ważnie i godziwie (w sposób dozwolony) asystować przy małżeństwie. Kanon 1102. § 1. W małżeństwach między stroną katolicką i stroną akatolicką zapytania o konsens (zgode) powinny się czynić wedle przepisu kanonu 1095 § 1 n. 3. § 2. Atoli wszystkie obrzędy święte są zakazane; gdyby się jednak z tego nakazu przewidywało większe zło, ordynariusz może dozwolnić na jakąś z zwyczajnych ceremonij kościelnych, (wszelako) z wykluczeniem zawsze odprawienia mszy. Kanon 1098. Jeśli niepodobna jest mieć (na miejscu) ani też się dostać bez wielkiej niedogodności do proboszcza albo ordynariusza albo kapłana wydelegowanego, którzy mają asystować przy małżeństwie w myśl postanowień kanonów 1095, 7096: 1° W niebezpieczeństwie śmierci ważnem i dozwolnem (godziwem) jest małżeństwo, zawarte wobec samych świadków; a także poza niebezpieczeństwem śmierci, byle się tylko rozsądnie przewidywało, że ten stan rzeczy trwać będzie przez miesiąc; 2° W jednym i drugim razie, jeśli się znajduje na miejscu inny kapłan, któryby mógł być obecny, winien być przywołany i wraz z świadkami asystować przy małżeństwie, z zastrzeżeniem (jednakże) małżeństwa (zawartego tylko) wobec samych świadków. Kan. 1097. § 1. Proboszcz zaś albo ordynariusz miejscowy asystują w sposób dozwolony (godziwie) przy małżeństwie: 1° Kiedy się prawnie dowiedzą o wolnym stanie pobierających się według przepisu prawa; 2° Kiedy ponadto się dowiedzą o mieszkaniu albo jakoby mieszkaniu albo miesięcznym pobycie lub, jeśli chodzi o tułacza, o pobycie aktualnym (w danej chwili) jednego

z obu pobierających się w miejscu małżeństwa; 3^o Kiedy, jeśli jest brak warunków, o których mowa n. 2, mają pozwolenie proboszcza albo ordynariusza mieszkania albo jakoby mieszkania lub miesięcznego pobytu jednego z obu pobierających, chyba że albo rzecz jest o tułaczach znajdujących się ciągle w drodze, którzy nie mają nigdzie siedziby pobytu (stałej), albo ważna zachodzi potrzeba, która wymawia od proszenia o pozwolenie. § 2. W każdymkolwiek wypadku trzeba mieć za regułę, żeby małżeństwo było zawierane wobec proboszcza narzeczonej, jeśli nie wymawia słuszna przyczyna; małżeństwa zaś katolików mieszanego obrządku, jeśli inaczej nie jest zastrzeżone prawem partykularnem, mają być w obrządku męzczyzny i wobec tegoż proboszcza. Kan. 1103. § 1. Po zawarciu małżeństwa (ślubu), proboszcz albo który go zastępuje, ma odrazu zapisać w księdze małżeństw nazwiska małżonków oraz świadków, miejsce i dzień zawartego małżeństwa (ślubu) tudzież (wszystko) inne w sposób przepisany w księgach rytualnych i przez własnego ordynariusza; i to choćby asystował przy małżeństwie inny kapłan, wydelegowany albo od niego (proboszcza) albo od ordynariusza. § 2. Póź tego, stosownie do przepisu kanonu 470 § 2, proboszcz ma również w księdze ochrzczonych zaznaczyć, że małżonek w tym a tym dniu zawarł małżeństwo w jego parafii. Gdyby jednak który z małżonków był ochrzczony gdzieindziej, proboszcz małżeństwa (t. j. miejsca, gdzie się ślub odbył) ma wiadomość o związku zawartym przesłać proboszczowi chrztu (t. j. miejsca, gdzie się chrzest odbył), czy to od siebie, czy też przez kurję biskupią, żeby małżeństwo zostało wciągnięte do księgi ochrzczonych. § 3. Ilekroć małżeństwo zawiera się według przepisu kanonu 1098, kapłan, jeśli przy nim asystował, w przeciwnym razie świadkowie są obowiązani razem wspólnie z pobierającymi się dbać o to, żeby zawarty związek małżeński został bezzwłocznie zapisany w księgach powyższych. Kan. 1095 § 2. Proboszcz i ordynariusz miejscowy, którzy mogą ważne asystować przy małżeństwie, mogą też dać pozwolenie innemu kapłanowi, żeby w granicach ich terytorjum asystował ważne przy małżeństwie. Kan. 1096. § 1. Pozwolenie na asystencję przy małżeństwie, udzielone po myśli kanonu 1095 § 2, winno być dane wyraźnie kapłanowi oznaczonemu do oznaczonego małżeństwa, z wykluczeniem jakichkolwiek delegacji ogólnych, chyba, że idzie o wikariuszów współpracowników dla parafii, do której są przydzieleni; inaczej jest (ono) nieważne § 2. Proboszcz albo ordynariusz miejscowy nie ma udzielać pozwolenia jak tylko wtedy, kiedy się dopełniło tego wszystkiego, co prawo postanawia o stwierdzeniu wolności stanu. Kanon 1097. § 3. Proboszcz, który asystuje przy małżeństwie bez pozwolenia wymaganego prawem, nie sobie zbiera dochody stufy, ale ma je odesłać właściwemu pobierających się proboszczowi. Kanon 1099. § 1. Do zachowania formy, ustanowionej powyżej, są zobowiązani: 1^o Wszyscy ochrzczeni w Kościele katolickim i nawróceni do niego

z herezji lub schizmy, choćby ci czy tamci odpadli później od niego, ilekroć między sobą wchodzi w związek małżeński; 2° Ci sami, o których (mowa jest) wyżej, jeśli zawierają małżeństwo z akatolikami, czy to ochrzczeni, czy nie ochrzczeni, nawet po otrzymaniu dyspenzy od przeszkody religii mieszanej (mieszanego wyznania) albo różności wiary; 3° Orjentalni, jeśli się żenią z łacinnikami związanymi tą formą. § 2. Pozostawiając zaś w mocy przepis § 1 n. 1, akatolicy czy to ochrzczeni czy nieochrzczeni, jeśli się żenią między sobą, nigdzie nie są obowiązani do zachowania formy katolickiej małżeństwa; też urodzeni z akatolików chociaż w kościele katolickim ochrzczeni, którzy od dziecięctwa wzrosli w herezji albo schizmie lub w pogaństwie albo bez żadnej religii, ilekroćby się żenili z stroną katolicką. Kan. 1088. § 1. Do zawarcia ważnego małżeństwa rzeczą jest konieczną, iżby pobierający się byli obecni, czy to sami osobiście czy też przez zastępcę (pełnomocnika). Kanon 1089. § 1. Zachowując w mocy statuty djecezjalne dodane w tym przedmiocie, żeby małżeństwo przez zastępcę przyszło ważne do skutku, wymagany jest mandat szczegółowy do zawarcia umowy (małżeńskiej) z pewną osobą, podpisany przez mocodawcę i albo przez proboszcza lub ordynariusza miejsca, gdzie jest mandat wydany, albo przez kapłana od jednego z nich obu wydelegowanego, albo przez dwóch przynajmniej świadków. § 2. Jeśli mocodawca nie umie pisać, ma się to zaznaczyć w samym mandacie i dodać jeszcze jednego świadka, który sam również podpisze pismo; inaczej mandat nie ma znaczenia. § 3. Jeśli, zanim jeszcze zastępca zawarł umowę imieniem mocodawcy, to odwołał mandat lub popadł w chorobę umysłową, małżeństwo jest nieważne, chociażby albo zastępca albo druga strona zawierająca (małżeństwa) nie wiedzieli o tem. § 4. Ażeby małżeństwo było ważne, zastępca powinien sam osobiście pełnić swój urząd. Kan. 1090. Małżeństwo przez tłumacza również może być zawarte. Kan. 1091. Przy małżeństwie zawieraniem przez zastępcę albo przez tłumacza, proboszcz tylko wtedy może asystować, kiedy jest słuszna przyczyna i o autentyczności mandatu albo rzetelności tłumacza, nie godzi się na żaden sposób powątpiewać, mając jeśli czas starczy, pozwolenie ordynariusza).¹⁾

1. Forma ślubu. Pr. m. Kr. pol. zna tylko jedną formę zawarcia małż.: może ono być zawarte tylko w obliczu Kościoła. Pr. niem. zna także tylko jedną formę zawarcia małż.: może ono być zawarte tylko przed urzędnikiem. Pr. austr. zna dwie formy zawarcia małż.: ma ono być zawarte w obliczu Kościoła, ale gdyby Kościół odmówił, może być zawarte przed władzą świecką (dla bezwyznaniowych zna tylko jedną formę: przed władzą świecką). Wszystkim jest wspólne: złożenie oświadczenia i uczynienie tego przed osobą urzędową. Pr. niem. nie uważa obecności świadków za istotną formalność, tem bardziej nie

¹⁾ Tłómaczenie X. Fijałka, l. c.

dozwala, aby małż. było zawarte tylko wobec świadków. Tymczasem inaczej jest w pr. kan. Zna ono obok zwyczajnej formy, polegającej na złożeniu oświadczenia przed duszpasterzem lub przed ordynariuszem lub przed ich delegatem w obecności przynajmniej dwóch świadków, jeszcze formę nadzwyczajną zawarcia małż., polegającą na tem, że oświadczenie składają nupturjenci tylko wobec świadków, bez udziału duszpasterza, wzgl. ordynariusza, wzgl. ich delegata. Małż. może być zawarte w takiej nadzwyczajnej formie tylko w dwóch wypadkach, przywiedzionych w kan. 1098. Ustęp 2 tego kan./mówi wprawdzie o przywołaniu kapłana „innego“ (nie duszpasterza kompetentnego, bo niemożność dostania się do niego jest właśnie powodem, dla którego małż. ma być zawartem w formie nadzwyczajnej), ale choćby przybył i asystował, to małż. jest ważne przez złożenie oświadczenia wobec samych świadków, a jego obecność jest pożądaną z innych względów, n. p. na mocy kan. 1044 do udzielenia dyspenzy. Założeniami formy nadzwyczajnej są a) albo niemożność dostania się do duszpasterza wzgl. ordynariusza wzgl. delegata i niebezpieczeństwo śmierci, b) albo niemożność dostania się do duszpasterza wzgl. ordynariusza wzgl. ich delegata i przewidywanie, że ten stan będzie trwał miesiąc, choćby niebezpieczeństwa śmierci nie było. Innych warunków niema.

Z pośród ustaw cywilnych tylko kodeks cyw. niemiecki określa, kto może być świadkiem. Inne ustawy nie podają wskazówek, należy przeto rozstrzygać bardzo swobodnie.

Dla zrozumienia tak tego ustępu, jak i wszystkich następnych należy odrazu stwierdzić, które punkty mają sankcję nieważności małż. Wedle pr. kan. a) małż. jest nieważnem, jeżeli kapłan, który udzielał ślubu, nie był duszpasterzem wzgl. ordynariuszem mającym dane z kan. 1095, b) małż. jest nieważne, jeżeli oświadczenie nie zostało złożone wobec duszpasterza i wobec dwóch świadków z wyjątkiem przypadku formy nadzwyczajnej, c) małż. jest nieważne, jeżeli delegacja nie pochodzi od duszpasterza, z danemi kan. 1095, d) małżeństwo jest nieważne, jeżeli pełnomocnictwo dla delegata nie ma wymagań kan. 1096. Natomiast nie czyni małżeństwa nieważnem niewłaściwość duszpasterza, t. j. jeżeli ślub był dany przez duszpasterza z danemi kan. 1095, to, choćby nie był właściwym wedle kryterjum zamieszkania, małż. będzie ważne. Inaczej jest wedle pr. pol., które czyni nieważnem małżeństwo w przypadku pod b), a powtóre wbrew prawu kanonicznemu, wówczas, gdy duszpasterz był niewłaściwym. Nie rozbiera pr. m. Kr. pol. kwestji, kto jest duszpasterzem, pozostawiając tę sprawę prawu kanonicznemu, co się zaś tyczy delegacji, to prawo małż. Kr. p. ogranicza się tylko do stwierdzenia, że zupełny brak pełnomocnictwa czyni małż. nieważnem. Przepis ten jest zbytecznym, bo mieści się w przepisie domagającym się właściwego duszpasterza. Inaczej

się ma rzecz z pr. kan. Jego przepisy nie są zbyt liczne, bo normują przypadek, gdy pełnomocnictwo było dane, ale przekracza granice, w których można je udzielić, lub nie jest wystawione na imię. Pr. austr. pozostawia tak, jak pr. m. Kr. p., kwestję, kogo należy uznać za duszpasterza, prawu kanonicznemu, dalej jednak nie mówi wyraźnie, w jakich punktach przekroczonego jest małżeństwo nieważnym. Interpretacja nakazuje stwierdzić, że pr. austr. przyjmuje trzy pierwsze przypadki (od a) do c), ale przyjmuje także niewłaściwość duszpasterza za przyczynę nieważności (dowodem tego wyraz „zwyczajny — ordentlicher“ w § 75 k. c. a.). Ponieważ pr. austr. nie przepisuje wymagań, jakim winno odpowiadać pełnomocnictwo, więc w sądzie świeckim nie będzie unieważnionem małżeństwo zawarte wobec kapłana, który wprawdzie miał pełnomocnictwo, ale nie wedle żądań kanonu 1096. W końcu podnosimy, że pr. austr. i pr. pol. mówią tylko o duszpasterzu i jego zastępcy, a pr. kan. o duszpasterzu i o ordynariuszu, tudzież o zastępcach obydwóch (z wyjątkiem § 2 kan. 1097). Jakże się rzecz ma w pr. niem.? W pr. niem. nieważność (§ 1324 k. c. n.) wtedy tylko następuje, jeżeli nie zostaną zachowane istotne formalności, a te zawiera § 1317 k. c. n., a więc małż. jest nieważnym, jeżeli a) strony nie złożyły oświadczenia, że chcą wejść w związku małż., b) jeżeli nie uczyniły tego osobiście (pr. niem. nie zna małż. per procurationem), c) jeżeli nie stawiły się równocześnie, wreszcie d) jeżeli nie złożyły tego oświadczenia przed urzędnikiem stanu. Nie jest więc przyczyną nieważności brak dwóch świadków i nie jest przyczyną nieważności niewłaściwość urzędnika. Kto jest urzędnikiem stanu, określa § 3 P. St. G. Oprócz tego dopuszcza pr. niem. zawarcie związku małż. przed tym, który publicznie wykonywa agendy urzędnika stanu, chociaż nim nie jest, jeżeli tylko obie (nie jedna tylko) strony nie wiedziały, że fungujący, jako urzędnik stanu, nie jest nim. Przypadek taki może zajść n. p. wówczas, jeżeli ślubu udzielił zastępca urzędnika stanu, uprawniony do innych spraw, ale nie do dawania ślubów.

Ślub cywilny jest w Niemczech obligatoryjnym i niema innej formy zawarcia małż. wedle pr. niem. Zwrócić należy uwagę na treść oświadczenia urzędnika stanu. Przepisuje ją § 1318 k. c. n., a wynika z niej, że urzędnik stanu tylko stwierdza, że małż. przyszło do skutku i to przyszło do skutku „na mocy kodeksu cywilnego“, jego funkcja przy ślubie nie jest więc aktem twórczym, ale deklaratoryjnym. Tak samo jest wedle tych praw, wedle których zawiera się małż. w obliczu Kościoła. Funkcja duszpasterza wystąpi na jaw, gdy przeciwstawimy akt twórczy aktowi deklaratoryjnemu, a nie funkcję duszpasterza, jako urzędnika. Duszpasterz spełnia z pewnością funkcje urzędowe i przy ślubie i przed nim, gdy bada, czy nie ma przeszkody, ale tu nie o to idzie. Czynność duszpasterza, już dlatego nie może być uważaną za akt twórczy, bo przy formie nadzwyczaj-

nej, znanej prawu kan., małż. jest ważnem, chociażby żadnego kapłana nie było. Z przepisu zaś zawartego w kan. 1095 § 1, l. 3 lub z przepisu § 1317 k. c. n., że urzędnik stanu musi „być skłonny (bereit) do przyjęcia oświadczeń stron“, nie można nic więcej wnioskować, niż że nadużycie nie czyni rzeczy wadliwej ważną. Przepisy te są zbyteczne, zamieszczono je niejako tylko z ostrożności, z powodu takich n. p. nadużyć, jak małż. à la Gaulmine. Ze ustawa traktuje duszpasterza, jako urzędnika, widać także z tego, że duszpasterz musi zanisać do księgi ślubów małżeństwa cywilne, chociaż sam pierwiej odmówił ślubu (r. m. z 1868).

W Austrii, jak już wiemy, ślub cywilny jest tylko ewentualnym (Notzivilhe, tylko dla bezwyznaniowych jest ślub cywilny w Austrii obligatoryjnym). Normuje go ustawa z 25 maja 1868 l. 47 d. u. p. i r. m. z 1 lipca 1868 l. 80 d. u. p. Funkcje urzędnika stanu przy ogłaszaniu zapowiedzi i ślubu pełni starostwo wzgl. w miastach mających swój statut, urząd gminny. Istotnemi formalnościami są: a) złożenie oświadczenia, b) złożenie musi nastąpić przed przewodniczącym odnośnej władzy lub jego zastępcą, c) muszą być dwaj świadkowie i zaprzysiężony pisarz. Pr. niem. nie wymaga ani świadków ani pisarza, jako istotnych formalności, których brak unieważniałby małż. Co do niewłaściwości władzy uważam ją za przyczynę unieważniającą, bo do ślubu cywilnego ma zastosowanie kod. cyw., o ile ustawa z r. 1868 inaczej nie mówi.

Jak już wiemy, ewentualny ślub cywilny może być tylko wówczas, jeżeli duszpasterz odmówi. Art. II § 2 u. z d. 25 maja r. 1868 l. 47 d. u. p. określa, w jaki sposób odmowa ma być udowodnioną (świadcstwo pisemne proboszcza, lub zeznanie dwóch świadków, a w braku tego wezwanie proboszcza przez władzę polityczną, w którym to przypadku brak odpowiedzi po upływie ośmiu dni uważa się za odmowę). Do przedsięwzięcia zapowiedzi przez władzę pol. potrzeba również w ten sam sposób udowodnionej odmowy. Władza pol. może także po myśli § 6 art. II powyższej ustawy delegować władzę pol. innego okręgu do przyjęcia oświadczenia.

2. Pojęcie duszpasterza i ordynariusza. Kwestję tę rozstrzyga kan. 1095 § 1 k. c. a. Składa się na nią a) oznaczenie dnia, od którego kapłan występuje jako ordynariusz względnie proboszcz, b) stwierdzenie, że jest nim w granicach swego terytorjum, c) stwierdzenie, że tylko wtedy ważną jest taka funkcja urzędowa, jeżeli nie odbywa się pod przymusem, wreszcie d) że duszpasterz wzgl. ordynariusz nie mogą być ekskomunikowani, obłożeni interdyktem lub zawieszeni w swych obowiązkach względnie za takich uznani. Co do pierwszego punktu, to kan. 1095 powołuje się na kanony 334 § 3 i 1444 § 1. Wedle pierwszego z nich biskupi residentiales obejmują dycjezę w kanoniczne posiadanie z chwilą, gdy albo sami albo przez

pełnomocnika przedstawią kapitule katedralnej apostolicas litteras w obecności sekretarza kapituły lub kanclerza kurji, który ma rzecz do aktów wciągnąć. Wedle drugiego z nich *missio in beneficium possessionem* odbywa się wedle poszczególnych przepisów lub wedle zwyczaju lub w razie dyspenzy ordynariusza od tych szczególnych przepisów względnie od zwyczaju ta dyspenza zastępuje objęcie posiadania. Zwyczajnie wymaga się faktycznego objęcia w posiadanie. Tylko kapłan odpowiadający powyższym danym jest duszpasterzem wzgl. ordynariuszem. Małż. zawarte przed innym kapłanem jest nieważne. Tylko też duszpasterz wzgl. ordynariusz może dać delegację; wystawiona przez innego kapłana byłaby nieważną, a małż. przed nim zawarte byłoby również nieważne. Pr. cyw. nie rozstrzyga, kto jest duszpasterzem względnie ordynariuszem, pozostawiając tę kwestję prawu kościelnemu. Co do urzędnika stanu w Niemczech, p. § 3 P. St. G.

3. Właściwość duszpasterza i ordynariusza. Sprawę tę normuje kan. 1097, oznaczając właściwość wedle miejsca zamieszkania, w drugiej linii wedle miejsca „jakoby zamieszkania“, w trzeciej linii miejsca miesięcznego pobytu. Regułą jest oznaczenie właściwości wedle powyższych kryteriów po stronie kobiety. Jednak są od tego dwa wyjątki: jeden jeżeli zachodzi słuszna przyczyna, a drugi w razie małżeństwa mieszanego katolików różnego obrządku. W pierwszym z tych wyjątków ślub może dawać proboszcz lub ordynariusz właściwy po stronie mężczyzny, w drugim właściwy po stronie mężczyzny proboszcz (o ordynariuszu niema w odnośnym ustępie mowy).

Pojęcie zamieszkania daje *corp. i., can. w § 1, can. 92: Domicilium acquiritur commoratione in aliqua paroecia, aut saltem in dioecesi, vicariatu apostolico praefectura apostolica; quae commoratio vel coniuncta sit cum animo ibi perpetuo manendi, si nihil inde avocet, vel sit protracta ad decennium completum.* Pojęcie „jakoby zamieszkania“ daje następny paragraf tegoż samego kanonu: *Quasi domicilium acquiritur commoratione uti supra, quae vel coniuncta sit cum animo ibi manendi saltem ad maiorem anni partem, si nihil inde avocet, vel sit reapse protracta ad maiorem anni partem.*

Pr. m. Kr. p. określa właściwość także wedle miejsca zamieszkania, p. wyżej podane art. 48, 49, 50. Pr. austr. mówi w § 81 o „przynależeniu do parafji“ (*eingepfarrt*), czego kryterjum jest zamieszkanie. W razie ślubu cywilnego w Austrii kompetentną jest ta władza świecka, w której urzędowym okręgu ma swą siedzibę urzędową odmawiający ślubu duszpasterz (§ 1, art. II, u z 25 maja r. 1868 l. 47 d. u. p.). Małż. bezwyznaniowych mają określoną kompetencję również wedle kryterjum zamieszkania (§ 1 u. z 9 kwietnia r. 1870 l. 51 d. u. p.) O żadnej jednak z tych ustaw austriackich, nie można powiedzieć, aby wydoskonalila pojęcie zamieszkania. Inaczej jest w pr. niem.

Przedewszystkiem przyjmuje ono dwa kryteria do oznaczenia właściwości urzędnika stanu: miejsce zamieszkania i zwykły pobyt. Oba te kryteria traktuje na równi; co do pojęcia „miejsca zamieszkania“ podaje dokładne przepisy w §§ 7 do 11 k. c. n.

4. Delegacja. Duszpasterz i ordynariusz, odpowiadający danym przytoczonym wyżej pod 2), ale tylko tacy duszpasterze i ordynariusze, mogą dać innemu kapłanowi pozwolenie, aby w granicach ich terytorjum waznie asystowali przy zawarciu małż. (§ 2 kan. 1095). Delegacja udzielona przez duszpasterza lub ordynariusza, nie mających powyższych danych, czyni więc małżeństwo nieważnem. Delegacja musi być imienna tak co do osoby delegata, jak i co do nupturjentów. Delegacja generalna jest nieważna z wyjątkiem delegacji danej wikarym przy parafji (§ 1 kan. 1096). Delegacja uprawnia tylko do dania ślubu, badanie zaś stanu wolnego winien przeprowadzić delegat (§ 2 can. 1095). Pr. austr. i pr. m. Kr. p. nie zawierają szczegółów, jakiem ma być pełnomocnictwo dane delegatowi, w Austrii więc przed sądem świeckim brak formy kanonicznej w takim pełnomocnictwie nie ma znaczenia. W Niemczech § 1321 wymaga formy pisemnej, coby i z § 81 k. c. a. wynikało, ani tam ani tu jednak niezachowanie tego przepisu nie pociąga za sobą skutków.

5. Księgę ślubów normują §§ 80, 81, 82, 122 k. c. a., § 9 art. II u. z d. 25 maja 1868 l. 47 d. u. p., §§ 13 nast. r. m. z d. 1 lipca 1868 l. 80 d. u. p. tudzież u. z 9 kwietnia 1870 l. 51 d. u. p. o rejestrach dla bezwyznaniowych: art. 58 pr. m. Kr. p. i kan. 1103 c. i. c. Pr. m. Kr. p. normuje nadto w osobnym (IX) rozdziale sprawę dowodów małżeństwa, p. art. 231 do 238 pr. m. Kr. p. W Niemczech prowadzi urzędnik stanu rejestr małżeństw (§ 1318 ust. 3 k. c. n.). Wpisanie do rejestru małż. ma w pr. niem. pewne znaczenie, choćby małż. z powodu braku formy było nieważne, p. § 1324 ust. 2, 1329, 1344, 1345, 1699, 1771 k. c. n.

6. Małż. per procurationem. Pr. austr. i kan. zna zawarcie małż. przez pełnomocnika. Pr. austr. wymaga do ważności takiego małż. tylko wymienienia osoby, z którą ma być małż. zawarte. Natomiast brak zezwolenia rządu krajowego nie czyni małżeństwa nieważnem. Z pr. austr. zgadza się pr. kan. w tem, że pełnomocnictwo musi być szczególnem, t. j. ma wymienić nupturjenta, zgadzają się też oba prawa, że, jeżeli pełnomocnictwo zostało odwołanem, to małż. jest nieważnem (choćby prokurator i druga strona o tem nie wiedziały). Natomiast różnią się tem, że pr. kan. pod zagrożeniem nieważności wymaga pewnych formalności dla pełnomocnictwa, o czem kan. 1089 § 1 i 2, a pr. austr. spełnienia formalności nie wymaga, a jedynego w tym kierunku postulatu t. j. zezwolenia rządu krajowego nie czyni istotną formalnością, bo jego brak nie powoduje nieważności małż.

7. Pr. kan. zna złożenie konsensu przez tłumacza, o czym pr. cyw. nie wspomina, z czego jednak nie wynika, aby nie miał być użytym tłumacz, gdy dający ślub nie zna języka nupturjenta. Inna rzecz z kwestją zawarcia małż. przez listy. Pr. kan. ani pr. cyw. o tem nie mówią i należy też ten sposób wykluczyć, bo wymaganem jest osobiste stawienie się przed dającym ślub. Uważać należy, że pr. cyw. zgadza się z pr. kan., gdy to ostatnie w kan. 1088 § 2 wymaga: *sponsi matrimonialem consensum exprimat verbis nec aequipollentia signa adhibere ipsis licet, si loqui possint*, jednakże podkreślić należy, że ma to zastosowanie wówczas, gdy nupturjenci mogą mówić, albowiem małż. n. p. niemych nie może być inaczej zawartem, jak przez znaki lub na piśmie (ale nie listownie, bo nupturjenci muszą się stawić osobiście i tylko zamiast słów, nie mogąc mówić, używają pisma).

8) **Małżeństwo tułaczów (vagi)**. Osobno omówić należy małżeństwo tułaczów (vagus). Prawo kanoniczne przez tułacza (vagus) rozumie tego, który nigdzie niema *domicilium* ani *quasi domicilium* (kanon 91). Wedle kan. 94 § 2 „*proprius vagi parochus vel ordinarius est parochus vel ordinarius loci in quo vagus actu commoratur*“. Do tak określonych tułaczów odnosi się w sprawie małżeństwa kanon 1097 i kanon 1032. Pierwszy z tych kanonów został wyżej podany, kanon 1032 zaś opiewa: *Matrimonio vagorum de quibus in can. 91, parochus, excepto casu necessitatis, nunquam assistat, nisi, re ad loci ordinarium vel ad sacerdotem ab eo delegatum delata, licentiam assistendi obtinuerit*.

Należy oznaczyć stosunek pomiędzy kanonem 1032 a 1097, o ile ten ostatni mówi o tułaczach (§ 1 l. 2 i 3) z jednej strony, a tymi dwoma kanonami a kan. 91 z drugiej strony. Trudność wynika z tego powodu, że wedle kanonu 91 tułaczem jest ten, kto nie ma ani *domicilium* ani *quasi domicilium*, a tymczasem kanon 1097 l. 1, odróżnia 4 kategorie, a mianowicie: aa) mających *domicilium*, bb) mających *quasi domicilium*, cc) takich którzy przez miesiąc w jednym i tem samem miejscu przebywają, wreszcie dd) tułaczów, mających *actualement commorationem*; kan. 1097 l. 2 zaś wprowadza jeszcze piątą kategorię, mianowicie tułaczów, którzy są *actu itinerantes, et nullibi commorationis sedem habent*. Sprawę tę rozumię w następujący sposób: w powszechności właściwość oznacza się wedle trzech kryterjów, t. j. wedle *domicilium*, *quasi domicilium* i wedle miejsca, gdzie *vagus actu commoratur*. Tę zasadę wypowiada kan. 91. W sprawie zawarcia małżeństwa jednak wprowadzonym jest kryterjum czwarte, na równi z *domicilium* i *quasi dom.* a mianowicie *menstrua commoratio* (kan. 1097 l. 2). Dopiero ci, którzy pozostają poza temi trzema kryterjami (t. j. poza kryterjum *domicilii*, *quasi domicilii* i *menstruae commorationis*), są tułaczami i dla nich jest właściwym paroch tego miejsca, w którym *actu commo-*

rantur. Kan. 1097 wprowadza w stosunku do kan. 91 tę zmianę, że ścieśnia pojęcie tułaczów, bo z pośród nich wyklucza tych, którzy mają *menstruam commorationem*, ale dla reszty tułaczów pozostaje w mocy tak kan. 91, jak kan. 1032, t. j. dla tułaczów właściwym jest paroch miejsca, w którym *actu commorantur*, a do dania im ślubu potrzebną jest *licentia ordynariusza*. Jakież wobec tego ma znaczenie l. 3 kanonu 1097? W tym przepisie jest mowa o przypadku, gdy ślub ma dawać paroch niewłaściwy. Jeżeli taki przypadek zachodzi, to paroch niewłaściwy wtedy tylko będzie mógł *licite assistere*, jeżeli otrzyma licencję od parocha właściwego, t. j. od parocha oznaczonego wedle jednego z trzech kryterjów: *domicilii, quasi domicilii, menstruae commorationis*, chyba, że zachodzi „*gravis*“ *necessitas*. Czy co do tułaczów może zająć potrzeba otrzymania licencji od parocha im właściwego? Nie, albowiem ten właśnie paroch jest dla nich właściwym, w którego parafji *actu commorantur*, gdyby zaś nawet tak długo nigdzie nie bawili, żeby o nich można użyć określenia „*commoratio*“, t. j. gdyby ciągle podróżowali, to tem bardziej nie można co do nich mówić o niewłaściwym dla nich parochu. Ślub dostaną od tego parocha, w którego parafji właśnie się znajdują, paroch ten zaś da im ślub wtedy, jeżeli otrzyma licencję od ordynariusza (kan. 1032), ale otrzymać ją ma nie ze względu na swoją właściwość lub niewłaściwość, lecz ze względu na tułactwo nupturjentów. Licencji ordynariusza ze względu na tułactwo, nie potrzeba, jeżeli zachodzi *casus necessitatis*, kan. 1032 c. i. can. (nie „*gravis*“ *necessitas*).

Wobec wprowadzenia przez kan. 1097 § 1, l. 2 nowego kryterjum „*menstrua commoratio*“ można się zachować dwojako: albo tak, jak to wyżej przedstawiłem, t. j. przyjąć w sprawie ślubu zmianę kan. 91, ścieśniającą pojęcie tułacza, albo też uznać, że kan. 1097 § 1, l. 2, podzielił tułaczów na dwie kategorie, t. j. na takich, którzy przez miesiąc przebywają na jednym i tem samem miejscu, i na innych. Za poglądem, który przyjąłem, przemawia stanowczo stylizacja kan. 1097 § 1, l. 2, w którym „*vagi*“ oddzieleni zostali od wszystkich trzech innych kategorii wyrazem „*aut*“.

Wedle pr. m. Kr. p. (art. 50) „osobom, które nie mają stałego zamieszkania, jako to wojskowym i innym, może być ślub dany przez proboszcza w parafji, w której chwilowo przebywają“, a więc zgodnie z pr. kan. Tak samo rzecz się ma w pr. austr., gdzie co do tułaczów wogóle przyjąć należy, że kompetencję duszpasterza określa pr. kan., co do wojskowych jednak w szczególności istnieją specjalne przepisy, podane przy § 75 k. c. a. W pr. niem. kwestję zamieszkania normuje §§ 7—11 k. c. n., wśród nich zaś o miejscu zamieszkania wojskowych § 9.

5. Zestawienie przeszkód małż. pr. cyw.

1.	Adopcja	W pr. niem. § 1311 k. c. n. imp. imp. W pr. m. Kr. p. art. 34 imp. dir. iuris privati. Pr. austr. nie zna tej przeszkody.
2.	Affinitas illeg.	W pr. niem. § 1310 ust. 2 k. c. n. imp. imp.
3.	Błąd	W pr. austr. imp. dir. iur. priv. „co do osoby“ § 57 k. c. a. W pr. małż. Kr. p. imp. dir. iur. priv. „co do tożsamości osoby“ art. 12 pr. m. W pr. niem. imp. dir. iur. priv. „co do osoby i co do takich przymiotów, które“ § 1333 k. c. n.
4.	Bigamja	W pr. austr. § 62 unieważnia małżeństwo nupturjenta, którego poprzedni związek małżeński nie został rozwiązany. Pr. niem. w § 1309 k. c. n. a pr. m. Kr. p. w art. 25 i 26 postanawiają to samo. Wszędzie przeszkoda związku małż. jest imp. dir. iur. publ.
5.	Ciężarność przedślubna	W pr. austr. § 58 k. c. a. imp. dir. iuris priv.; w pr. niem. nie znajduje się pod osobną nazwą, ale podpada pod błąd.
6.	Disparitas cultus.	Pr. austr. w § 64 unieważnia małżeństwo między chrześcijanami a osobami, które się nie przyznają do religji chrześcijańskiej. Pr. m. Kr. pol. w artykule 24 unieważnia małżeństwo między osobami wyznającymi religję rzym.-kat. i osobami nie należącymi do żadnego z wyznań chrześcijańskich. P. dalej art. 100, 133. Przeszkoda ta jest imp. dir. iur. publ.

7.	Cogn. spirit.	Art. 34 pr. m. Kr. p., imp. dir. iuris priv.
8.	Cudzołostwo	W pr. austr. § 67 unieważnia małż. między osobami, które popełniły ze sobą cudzołostwo, jeżeli zostało sądownie udowodnione przed zawarciem małż. W pr. małż. Kr. p. art. 28 postanawia, że cudzołostwo połączone z morderstwem jednego z małżonków i cudzołostwo połączone z przyrzeczeniem pobrania się na przypadek śmierci niewinnego małżonka, unieważnia małżeństwo. W pr. niem. § 1312 mówi, że małżeństwo nie może być zawarte między małżonkiem rozwiedzionym z powodu cudzołostwa a tym, z którym rozwiedziony małżonek popełnił cudzołostwo, jeżeli we wyroku orzekającym rozwód to cudzołostwo podane zostało jako powód rozwodu. Wszędzie jest to imp. dir. iur. publ.
9.	Imp. catholic.	Przeszkoda ta właściwą jest prawu austr., p. d. n z 26. VIII. 1814 zb. ust. sąd. l. 1099: akatolicki małżonek rozwiedz. może wejść w związki małżeńskie tylko z osobą akatolicką, dopóki pierwszy rozwiedziony z nim małżonek żyje, wedle zaś dekretu nadwornego z 17. VII. 1835 l. 61 zb. ust. sąd. małż. kat. nie może wogóle wchodzić w żadne związki małżeńskie, dopóki rozwiedziony z nim małżonek akatolicki żyje. Imp. cat. jest imp. dir. iur. publ.
10.	Nie przedłoż. dokumentów	§ 78 k. c. a., art. 53 do 57 pr. m. Kr. p., w. pr. niem. ust. 6. II. 75 str. 23 dz. pr. p., imp. imp.
11.	Forma	Pr. austr. unieważnia małżeństwo (§ 75 k. c. a.): a) Jeżeli kapłan nie ma wymagań, aby przez Kościół był uznany za duszpasterza; b) Jeżeli oświadczenie nie zostało złożone wobec zwyczajnego duszpasterza i dwóch świadków; c) Jeżeli delegacja nie pochodzi od kapłana kanonicznie uznanego za duszpasterza; d) Jeżeli duszpasterz nie był właściwy.

		<p>Prawo niemieckie (§ 1317 k. c. n.) unieważnia małżeństwo : a) jeżeli strony nie złożyły oświadczenia, że chcą wejść w związku małżeńskie ; b) jeżeli nie uczyniły tego osobiście ; c) jeżeli nie stawily się równocześnie ; d) jeżeli nie złożyły tego oświadczenia przed urzędnikiem stanu lub złożyły je przed urzędnikiem fungującym, jako urzędnik stanu, a nie będącym nim, jeżeli obie o tem wiedziały. Natomiast nie jest przyczyną nieważności brak świadków i niewłaściwość urzędnika stanu.</p> <p>Pr. małż. Kr. p. uważa za nieważne małżeństwo : a) gdy kapłan nie ma kanonicznych warunków duszpasterza ; b) gdy zezwolenie nie nastąpiło przed duszpasterzem i dwoma świadkami ; c) z braku pełnomocnictwa rzekomego delegata duszpasterza.</p> <p>W pr. niem. i w pr. austr. brak formy jest imp. dir. iur. publ., w pr. m. Kr. p. imp. dir. iur. priv.</p>
12.	Groźba	<p>W pr. austr. „uzasadniona bojaźń“ § 55 k. c. a. imp. dir. iur. priv.</p> <p>W pr. m. Kr. p. „przymus przez pogroźki“ art. 10 pr. m. imp. dir. iur. priv.</p> <p>W pr. niem. „groźba“ (Drohung) § 1335 k. c. n. imp. dir. iur. priv.</p>
13.	Impotentia	§ 60 k. c. a., art. 22 pr. m. Kr. p. imp. dir. iuris privati (w pr. niem. może być podciągnięta pod imp. błędu).
14.	Inkompetencja duszpasterza resp. urzęd. stanu	p. Forma.
15.	Małoletność	p. Wiek, niezdolność do działania, nie-dojrzałość.
16.	Małżonkobójstwo	Wedle § 68 k. c. a. jeżeli 2 osoby, chociaż bez uprzedniego popełnienia cudzołóstwa przyrzekły sobie zawrzeć małżeństwo i jeżeli w celu osiągnięcia tego zamiaru choćby jedna z nich nastawała na życie małżonka, który stał w dro-

		<p>dze do ich małżeństwa, to między temi osobami nie może być zawartem ważne małżeństwo nawet wówczas, gdyby morderstwo nie zostało rzeczywiście dokonane.</p> <p>W Kr. pol. do małżonkobójstwa odnosi się art. 28 pr. m. Kr. p. podany wyżej w rubryce „cudzołóstwo“ i art. 29, który opiewa: Osoba, która się dopuściła morderstwa na osobie swego małżonka lub zmówiła się w tym celu z osobą trzecią, nie może zawierać małżeństwa ze sprawcą, współsprawcą, ani współnikiem popełnionego morderstwa. W obydwóch ustawach małżonkobójstwo jest imp. dir. iuris publ. Prawo niem. nie zna tej przeszkody.</p>
17.	Niezdolność do działania	<p>W pr. niem. zupełna niezdolność do działania u tych, którzy nie ukończyli 7 r. ż., stale pozbawieni woli z powodu chorobliwego naruszenia czynności umysłowej i z powodu choroby umysłowej ubezwłasnowolnieni nie mogą ważnie zawrzeć małż. §§ 104, 1325 k. c. n. Jest to imp. dir. iur. publ. Ograniczona zdolność do działania u słabych umysłowo, marnotrawców etc. §§ 1306, 114 k. c. n., p. niżej „zezwozenie“ i „wiek“.</p> <p>W pr. austr. niezdadni do zaciągania zobowiązań, jak małoletni, p. „wiek“.</p>
18.	Niedojrzałość	<p>W pr. niem. niedojrzałość u męż. do 21 r. ż., u kobiet do 16 r. ż. jest imp. imp. § 1303 k. c. n. (p. jednak „niezdolność do działania“ i „wiek“).</p> <p>W Kr. pol. u mężcz. do 18 r. ż., u kob. do 16 r. ż. imp. imp. art. 7 pr. m. Kr. p., p. „wiek“.</p> <p>W pr. austr. niedojrzałość do 14 r. ż. imp. dir. iur. priv. § 48 k. c. a. p. „wiek“.</p>
19.	Obłąkanie	<p>Wedle pr. austr. szaleni, obłąkani, tępi na umyśle nie mogą ważnie zawrzeć małż., § 48 k. c. a., imp. dir. iur. priv., jednak wedle § 49 k. c. a. i §§ 1—4 ord. z 28. VI. 1896 l. 207 d. u. p. peł-</p>

		<p>noletni chorzy i słabi na umyśle mogą w określonych w tych przepisach warunkach, ważne zawrzeć małż. za zezwoleniem ojca, a br^z zezwolenia jest imp. dir. iur. priv.</p> <p>W pr. niem. α) chorzy na umyśle, nie mający zdolności do działania § 104, tudzież β) pozbawieni świadomości i będący w stanie przejściowego pomieszania umysłu nie mogą ważnego zawrzeć małż., imp. dir. iuris publ, § 1325. γ) natomiast słabi na umyśle muszą mieć zezwolenie ustawowego zastępcy, inaczey imp. dir. iur. priv. §§ 114, 1331 k. c. n.</p> <p>W Kr. pol. chorzy na umyśle, bez względu na ubezwłasnowolnienie, nie mogą zawrzeć ważnego małż., z wyjątkiem chwil wolnych od obłąkania, art. 14 pr. m., inaczey imp. dir. iur. priv.</p>
20.	Pokrewieństwo i powinowactwo	<p>W pr. austr. § 65 i 66 k. c. a. w linii prostej między krewnymi i powinowatymi, w linii bocznej między krewnymi i powin. do czwartego stopnia cywilnego in linea aequali. Imp dir. iur. publ.</p> <p>W pr. niem. § 1310 k. c. n. w linii prostej między krewnymi i powinowatymi, w linii bocznej zaś między rodzonem i przyrodnem rodzeństwem, imp. dir. iur. publ.</p> <p>W pr. m. Kr p. art. 30, 31 a) pokr. i pow. w linii prostej, b) pokr. i pow. w linii bocznej z związków prawych do czwartego stopnia kan., c) pokr. w linii bocznej z związków nieprawych do czwartego stop. kan., pow. w linii bocznej z związków nieprawych do drugiego st. kan. Imp. dir. iur. publ. względnie privati stosownie do art. 92.</p>
21.	Przestępstwo	P. cudzołostwo, p. małżonkobójstwo.
22.	Podstępne zwiedzenie	W pr. niem. „arglistige Täuschung“ imp. dir. iur. priv. § 1334 k. c. n.
23.	Braki w pełnomocnictwie	Wedl. § 76 k. c. a. pełnomocnictwo winno być szczególnem, t. j. opiewać na imię osoby. Brak taki czyni małż. niewa-

		żnem. Natomiast brak zezwolenia rządu krajowego nie jest imp. dir.
24.	Imp. publicae honestatis	Art. 37 do 40 pr. m. Kr. pol. imp. dir. iur. priv.
25.	Ograniczenie wznowienia małżeństw rozwiedzionych	Wedle § 119 k. c. a. rozwiedziony małżonek nie może wejść w związki małżeńskie z tymi, którzy spowodowali uprzedni rozwód wedle przedłożonych przy rozwodzie dowodów przez cudzołóstwo, poduszczanie lub w inny karygodny sposób. Jest to imp. dir. iur. publ. znane tylko prawu austr.
26.	Skarga o rozwiązanie nowego małżeństwa, jeżeli uznany za zmarłego małżonek z poprzedniego małż. żyje	W pr. niem. § 1350 k. c. n. imp. dir. iur. priv.
27.	Skazanie na ciężkie więzienie	§ 66 k. c. a. został zniesiony przez § 5 ustawy z 15. XI. 1867, l. 131 dz. ust. pań. dla osób podlegających iurydykcji cywilnej. Obowiązuje nadal dla osób zasądzonych na mocy austr. wojskowego kodeksu karnego. Przeszkoda ta była właściwą tylko prawu austr.
28.	Śluby zakonne i wyższe święc.	§ 63 k. c. a., art. 27 pr. m. Kr. p. imp. dir. iur. publ.
29.	Pendencja skargi o nieważność lub skargi restytucyjnej przeciwko wyrok, którym poprzednie małż. zostało rozwiązane lub unieważnione	W pr. niem. § 1309 ust. 2 k. c. n. imp. imp.
30.	Pendencja skargi przeciw wyrokowi w którym małż. jedn. z nupturjentów został uznany za zmarłego	§ 1349 k. c. n. imp. imp.
31.	Układ o dzieci z popr. małż.	Pr. niem. § 1314 k. c. n. imp. imp.
32.	Uprowadzenie	Pr. austr. imp. dir. publ. iur. § 56 k. c. a.

33.	Brak pozwolenia na małż. wojskowych, urzędników, cudzoziemców.	<p>§ 54 k. c. a., art. 20 pr. m. Kr. p., § 1315 k. c. n., imp. imp.</p> <p>W państwie polskiem art. 113 tymcz. ustawy o powsz. obow. służby wojsk. z d. 27 paźdz. r. 1918 poz. 28 d. pr. Kr. p. nr. 13 postanawia : „zawieranie małż. przez żołnierzy, odbywających służbę w wojsku stałym, względnie w zapasie, zasadniczo jest wzbronione“. Na wyjątki zezwala Komenda Główna Wojsk polskich.</p>
34.	Brak woli zawarcia małżeństwa	<p>Art. 9 pr. małż. Kr. pol. i § 1332 k. c. n. (w pr. austr. rozumie się sam przez się) imp. dir. iur. priv.</p>
35.	Wiek	<p>W pr. austr. a) do ukończonego 14 roku małż. nieważne imp. dirimens iur. priv. § 48 k. c. a. b) małoletni (od ukończonego 14 r. do pełnoletności) muszą mieć zezwolenie ojca, imp. dir. iur. priv. § 49 k. c. a., c) pełnoletni pod przedłużoną władzą ojcowską i opieką §§ 172, 251 k. c. a. § 2 ord. z 28. VI. 1916 l. 207 d. u. p. imp. dir. iur. priv., potrzebują zezwolenia ojca.</p> <p>W pr. niem. a) niezdolni do działania do ukończ. 7 roku życia, imp. dir. iur. publ. § 1325 k. c. n., b) niedojrzałość u m. do 21 r., u k. do 16 r. imp. imp. § 1303, c) małoletność § 1304 potrzeba zezwolenia, p. niżej, d) pełnoletni z ograniczoną zdolnością działania §§ 1306, 114, potrzebują zezwolenia, p. niżej.</p> <p>W Kr. pol. a) do 14 roku u mężczyzn, do 12 r. u kobiet imp. dir. iur. priv. art. 8 pr. m., b) u m. do 18, u k. do 16 r. imp. imp. art. 6 pr. m., c) małoletność art. 15 pr. m., brak zezwolenia ojca jest imp. imp.</p>
36.	Brak zezwolenia ustawowego zastępcy	<p>Pr. niem. odróżnia zezwolenie zastępcy ustawowego od zezwolenia ojca. Oba są potrzebne, ale pierwsze do pełnoletności, drugie do 21 r. (bez względu na</p>

		upełnoletnienie), brak pierwszego imp. dir. iur. priv. § 1304 k. c. n., brak drugiego tylko imp. imp. §§ 1305—8 k. c. n.
37.	Brak zezwolenia ojca	Pr. niem. p. wyżej „brak zezwolenia ustawowego zastępcy“. W pr. austr. do pełnoletności, brak stanowi imp. dir. iuris priv. § 49 k. c. a. W Kr. pol. do 21 roku życia, brak stanowi imp. imp. art. 15, 18, 20 pr. m. Kr. p.
38.	Zapowiedzi	Tylko w pr. austr. brak przynajmniej jednej zapowiedzi jest imp. dir. priv. (§ 74 k. c. a.). W razie ślubu cywilnego zapowiedź pod nieważnością musi być ogłoszona przez przybicie odpowiedniego pisma na tablicy władzy pol. i urz. gminnych miejsca zamieszkania nupturjentów; ogłoszenie ustne na t. zw. dniu urzędowym (Amtstag) nie wystarczy (art. II § 5 u. z d. 25. V. r. 1868 l. 47 d. u. p.).
39.	Czas żałoby	W pr. austr. § 120 k. c. a. aż do rozwiązania resp. 180 dni, resp. 3 miesiące, imp. imp. W pr. m. Kr. p. art. 68 dziesięć mies., imp. imp. W pr. niem. § 1313 k. c. n. dziesięć mies. względnie do rozwiązania, imp. imp.

6. Małżeństwo akatolików i niechrześcijan.

Pr. niem., znając, jak wiemy, obligatoryjne śluby cywilne, nie czyni różnicy między religjami i wyznaniem. O stosunkach w dziedzinie małżeństwa w prawie kan. i austr., o ile idzie o inne religje i wyznania, mówiliśmy już wyżej, przedstawiając sprawę przeszkody mixtae religionis i disparitatis cultus tudzież sprawę formy zawarcia małż. Z prawa austr. pozostaje nam do omówienia jeszcze tylko sprawa rozwodów u akatolików, o czym będziemy mówić w ustępie o rozwiązaniu małż., i sprawa małżeństw żydowskich. Prawo austr. traktuje tylko sprawę rozwodów akatolików (§§ 115 i 116 k. c.) i sprawę małż. żydowskich (§§ 123 do 136 k. c. a.) osobno, natomiast wszystkie inne sprawy przedstawia razem, ujmując je ogólnie dla wszystkich religji

i wyznań. Dlatego też do małżeństw żydowskich odnoszą się także te przepisy, o ile w §§ 123 do 136 k. c. a. nie zrobiono wyraźnego wyjątku tudzież o ile te ogólne przepisy dadzą się zastosować ze względów religijnych do małżeństw żydowskich, a to ostatnie zastrzeżenie odnosi się także do innych wyznań chrześcijańskich.

Inaczej przedstawia się rzecz w pr. małż. Król. p. Normuje ono w całości pr. małż. osobno dla każdego wyznania i religii. Dlatego omówimy tylko wedle pr. małż. Kr. pol. małżeństwa innych wyznań, a następnie skreślimy sprawy małżeństw żydowskich wspólne dla pr. austr. i pr. Kr. p.

a) Małż. grecko-rosyjskie. Zasada jest wedle ust. 98 pr. m. Kr. pol., że do tych małżeństw stosuje się prawo rosyjskie.

Warunkami istotnymi zawarcia małż. jest a) wiek u męż. lat 18, u kobiet 16, b) zezwolenie osób wstępujących w związek małż., c) pozwolecie rodziców lub opiekunów, d) pozwolecie zwierzchności dla osób w służbie zostających (art. 99).

Przeszkodami wspólnymi z innymi ustawami są choroba umysłowa, imp. ligaminis, disparitatis cultus, pokrewieństwa i powinowactwa. Natomiast tylko małżeństwom grecko-rosyjskim są właściwe postanowienia, że nie mogą zawrzeć związków małż. osoby, które już trzykrotnie w nich zostawały i osoby, które doszły lat 80 wieku (art. 100—102).

Forma zawarcia małż. odpowiada ogólnym zasadom z tą właściwością, że wedle art. 106 „wysłęczenie przeszkód do małż. nastąpi w ten sposób, iż świadkowie obecni zawarciu małż. zaręczą, że strony nie są przymuszone ani też zachodzi między nimi pokrewieństwo lub inna przeszkoda. Zaręczenie podpiszą świadkowie własną ręką w księdze na ten koniec utrzymywanej. Nie umiejący pisać upoważnią kogobądź do podpisania w ich imieniu“. Podkreślonym jest obowiązek zaślubin w kościele w obecności dwóch lub trzech świadków (art. 48 mówi tylko o dwóch świadkach) „wraz z t. zw. obruczenie“ (art. 103—110).

O rozwiązaniu małż. gr. ros. będziemy mówić w osobnym rozdziale. Tutaj zaznaczamy, że rozwód jest dopuszczonym i że w tych małż. jeden więcej istnieje powód rozwiązania, mianowicie: zesłanie do robót lub na osiedlenie (art. 111 do 121).

W sprawach małżeńskich kompetentne są tylko władze duchowne i sądy duchowne (art. 122 i 123).

b) Małż. ewang.-augs. i ewang.-reformowane.

aa) Pierwsza różnica między małż. rz. kat. a małż. akatolików odnosi się do wieku. Wyżej na str. 48 wykazaliśmy, że w Kr. pol. do 14 r. życia u męż., a do 12 r. u kobiet małż. rz. kat. jest nieważne, że przeto w tym okresie wiek jest imp. dirimens iuris privati (art. 8), dalej że wiek do 18 roku u męż., a do 16 u kobiet rz. kat. jest imp. impediens i że w tym okresie potrzeba zezwolenia trzeciej osoby (art. 6 i 7), wreszcie że do

pełnoletności potrzeba zezwolenia ojca etc., którego brak jest imp. impediens. Inaczej jest dla ewangelików. Art. 129 wymienia te artykuły, dotyczące się małż. rz. kat., które obowiązują także ewangelików. Są nimi artykuły 6, 7, 9, 15, 16, 17, 18 i 20, a więc niema między nimi art. 8, wedle którego małż. do 14 r. życia u mężczyzn, a do 12 r. u kobiet jest nieważnym. U ewangelików przeto pierwszy okres sięga od razu do 18 r. życia u męż., a do 16 r. życia u kobiet; wiek jest tutaj imp. imp. t. j. małż. zawarte w tym okresie pociąga za sobą kary, ale jest ważne, jednak jeżeli dostarczonem zostało wymagane zezwolenie trzeciej osoby. Natomiast gdyby wymaganego w art. 15 i 16 zezwolenia nie przedstawiono (tak samo ma się rzecz z zezwoleniem na małż. wojskowych art. 20), to wedle art. 30 „małż. pozostają ważnemi jeżeli nie będzie zaniesiona przeciw nim skarga, przez osoby i władze, których prawa zawarciem ich zostały nadwężone. W razie zaniesienia skargi i udowodnienia, iż małż. zawartem jest z obrząz przepisów, objętych w zmianowanych artykułach, związek małż. powinien być unieważniony, jako przeciwny prawu“. Pr. małż. Kr. p. przeto czyni z braku zezwolenia ojca wzgl. opiekuna, wzgl. zwierzchności opiek. dla małż. ewangelików imp. dirimens iuris privati, gdy tymczasem dla małż. rz. kat. brak zezwolenia jest imp. impediens, a tylko pociąga za sobą skutki wymienione w art. 19 i 21, których konsekwentnie niema dla małż. ewangelików. Dodać jednak należy, że skargę o unieważnienie takiego bez zezwolenia zawartego małż. ewangelików można wedle art. 131 wnieść tylko w ciągu roku „wyjawszy, gdyby osoby, których prawa zostały zawarciem tego małż. nadwężone, dowiodły, że w tym czasie albo nie miały wiadomości o zawarciu małż., albo nie miały możności zaniesienia skargi“.

bb) Charakterystycznym jest, że pr. m. Kr. p. nie wymienia art. 10 do 14, jako obowiązujących także dla ewangelików, jak gdyby na zawarcie tych małż. nie wpływał błąd, przymus, porwanie i choroba umysłowa. Oczywiście tak nie jest.

cc) Wedle art. 132 do 138 pr. m. Kr. p. przeszkodami (zrywającymi i to wedle art. 175 iuris publici) do zawarcia małż. ewangelików są różność religji, wielożeństwo, przestępstwo, pokrewieństwo i powinowactwo i adopcja, nadto art. 170 i 171 wprowadzają nową przeszkodę także zrywającą i także iuris publici. Natomiast nie są wymienione jako przeszkody: oczywiście wyższe święcenia i śluby zakonne, impotencja (jest przyczyną rozwodu art. 146), przystojność publiczna i pokrewieństwo duchowe. Z przyjętych dla ewangelików przeszkód: disparitas cultus jest tak samo skonstruowana, jak dla rz. kat. (art. 133), natomiast co do innych przeszkód są pewne różnice i tak:

α) co do imp. ligaminis i criminis mówi art. 134, że mają do nich zastosowanie art. 25, 28 i 29, a nie wymienia art. 26, wedle którego „osoba, która się stała winną wielożeństwa, nie

może, nawet po śmierci prawego małżonka, zawierać ślubów ze współsprawcą popełnionego przez nią przestępstwa“. To ograniczenie przeto nie obowiązuje ewangelików.

β) Co do imp. criminis, to dla małż. ewang. obowiązuje ono w tej samej konstrukcji, jak dla małż. rz. kat., z tym dodatkiem, że wedle art. 135 „małżonek rozwiedziony dla cudzołóstwa nie może zawierać związków małż. ze sprawcą popełnionego przezeń przestępstwa“. Jest to więc nowa kwalifikacja cudzołóstwa, równorzędna z poznaniami przy wykładzie małż. rz. kat. (por. pr. niem. w tym względzie).

γ) Tak dla rz. kat., jak i dla ewang., pokrewieństwo i powinowactwo jest przeszkodą bez względu na to, czy wynika z związków prawych, czy nieprawych, i jest przeszkodą bez ograniczeń między wstępnymi i zstępnymi. O ile jednak idzie o pokr. i powin. w linii bocznej, to zachodzi różnica: dla małż. rz. kat. czyniło pr. m. Kr. p. różnicę między pokr. i powin. z prawych związków, a pokr. i powin. z nieprawych związków, w pierwszym przypadku przeszkoda szła do czwartego stopnia kan., w drugim przypadku pokrew. szło do czwartego kan., a powin. do drugiego stopnia kan. Dla ewangelików pokrew. i powin. nie jest określone wedle stopnia, ale wedle nazw, art. 136 bowiem postanawia: „Małż. zabronione jest z powodu pokrew. i powin.: 1. między wszystkimi krewnymi w linii wstępnej i zstępnej; 2. między braćmi i siostrami, rodzonymi i przyrodnymi; 3. między ojczymem i pasierbicą, macochą i pasierbem, między zięciem i matką żony, między synową i świekrem i to bez względu, czy poprzedni związek rozwiązany został przez śmierć jednego z małżonków lub przez wyrok konsystorza, czyli małżonkowie spłodzili potomstwo lub żyli bezpotomnie; 4. między siostrzeńcem i ciotką. We wszystkich tych stopniach pokrew. i powin. zabronione jest małż. między krewnymi i powinowatymi bez względu na to, czy pokrew. lub powin. wynika ze związku prawego lub nieprawego“. Jest to więc znaczne ograniczenie przeszkody pokrew. i powin., w porównaniu z przepisami dla rz. kat. małż., gdyż od dalszych stopni, a mianowicie między wujem a siostrzenicą, stryjem i synowicą, wdową po stryju lub wuju i synowcem lub siostrzeńcem, — możliwą jest wedle art. 138 dyspenza, jakkolwiek „tylko w przypadkach nader ważnych“. Od przeszkody pokrew. i powin. przeto w granicach art. 136 nie może być daną dyspenza; od tej przeszkody w granicach art. 138 może być daną w ważnych przypadkach, ale nawet wtedy, gdyby nie była dawana, to i tak byłaby o wiele ciałniejszą, niż dla małż. rz. kat.

Przeszkodą publici iuris dla małż. ewang. jest — jak to wynika ze zestawienia logicznego art. 175 z art. 177 — pokrew. i powin. w granicach art. 136, natomiast małż. między krewnymi w granicach art. 138 może być unieważnionem w drodze skargi obydwóch stron (art. 177). Inaczej tę rzecz normuje art. 92 dla

małż. rz. kat.: przeszkodą publici iuris jest tylko pokr. i pow. w linii wstępnej i zstępnej tudzież pomiędzy bracią i siostrami rodzonymi i przyrodniami.

6) Adopcja jest dla małż. ewang. również w ograniczonym rozmiarze przeszkodą, wedle art. 137 bowiem zachodzi ona tylko między przysposabiającym i przysposobionym i to jeszcze możliwą jest dyspenza. Małż. zawarte bez dyspenzy jest nieważne.

e) W przepisach o formie małżeństwa ewangelickiego jest ta zasadnicza różnica w porównaniu z przepisami o małżeństwie rzym. kat., że dopełnienie obrzędu ślubnego przez niewłaściwego pastora nie czyni wedle art. 140 małżeństwa nieważnym. Wskutek tego mógł art. 139 utrzymać w mocy obowiązującej także i dla małżeństw ewangelickich wszystkie przepisy o formie małżeństwa rzym. kat. z wyjątkiem tych, które odnoszą się do właściwości duszpasterza. Ponieważ dalej wedle art. 142 małżeństwo ewangelickie może się odbywać także i w domu prywatnym, więc też i ten przepis, który nakazuje dopełnić ślub rzym. kat. w kościele tutaj odpada. Dla małżeństw ewangelickich przeto obowiązują art. 41—47 włącznie, 53—56 włącznie i 58 a nie obowiązują art. 48—52 włącznie i 57.

Ślub ewangelicki winien być wedle art. 140 danym podług obrzędu wyznaniu ewangelickiego, do którego należą małżonkowie, w przytomności przynajmniej dwóch świadków przez pastora gminy nupturjentów, a jeżeli być może, przez pastora narzeczonej. Jednakże art. 140 mówi wyraźnie w przeciwstawieniu do art. 51, że dopełnienie obrzędu ślubnego przez pastora innej gminy nie czyni małżeństwa nieważnym, a nadto art. 141 mówi, że, gdyby w gminach administracyjnych zamieszkania przyszłych małżonków, lub w gminach pobliskich, nie było pastora ewangelickiego, wolno jest stronom udać się do przełożonego parafii katolickiej celem dopełnienia obrzędu ślubnego.

g) Prawo małżeńskie Królestwa Polskiego wprowadza w art. 143 przeszkodę tamującą zabraniając osobom wyznania ewangelickiego zawierać małżeństwo, dopóki nie zostały bierzmowane i nie przyjęły świętej Komunii.

h) Przeszkoda, którąśmy nazwali „czasem żaloby“, jest inaczej sformułowaną. Dla małżeństw rzymsko-kat. polegała ona na zakazaniu kobietom wchodzenia w nowe związki małżeńskie przez 10 miesięcy, licząc od dnia, w którym poprzedni związek „ustał ze śmiercią męża lub uznany został za nieważny“. Dla małżeństw ewangelickich liczy ten termin „od dnia ustania lub rozwiązania poprzednich związków małżeńskich, co oczywiście ma w tem przyczynę, że powodem ustania małżeństwa ewangelików jest także rozwód.

i) Nową przeszkodę zrywającą i to wedle art. 172 przeszkodę iuris publici, wprowadzają art. 170 i 171 pr. małż. Kr. pol. Opiewają one: 170 „Ilekroć rozwód wyrzeczonym zostanie z powodu: a) rozwiązłego życia (7) b) postępowania gwałtow-

nego (8) c) udowodnionego złego zamiaru (9) i d) przestępstwa (10), strona winna nie będzie mocną zawierać nowych związków małżeńskich, za życia swego małżonka, przed upłynieniem lat trzech, od dnia wyrzeczenia rozwodu". 171 „Jeżeli rozwód wyrzeczonym zostanie z powodu cudzołóstwa (1), lub złościwego opuszczenia (2), strona winna nie będzie mocną zawierać nowych związków małżeńskich, za życia drugiego małżonka, aż po upływie lat sześciu, od dnia wyrzeczenia rozwodu.

c) Małżeństwa żydowskie.

Prawo małż. Król. Pol. przyjmuje dla małżeństw żydowskich tudzież dla małżeństw mahometańskich i dla wyznań chrześcijańskich nie będących wyznania rzym.-kat., grecko-rosyjskiego, ewangelicko-augsburskiego i ewangelicko-reformowanego następujące zasady:

aa) Małżeństwa te podlegają przepisom ich religii właściwym, z pewnemi wyjątkami, które zaraz poznamy (art. 179).

bb) Ślub ma być dopełniony przez duchownego, przełożonego gminy lub starszego gminy duchownej, wedle właściwego obrządku małżonków, jednakże państwo wprowadza w tę religijną dziedzinę swoje postulaty, mianowicie żąda zapowiedzi i spisania aktu cywilnego (art. 185—188).

cc) Kwestja ważności małżeństwa i rozwodu ocenianą ma być według zasad wyznania strony powodowej, ale przez trybunały cywilne, które też są właściwe do rozpoznawania wykroczeń, jakichby się stali winnymi duchowni, dający ślub, z obrażą przepisów prawa cywilnego (art. 189 i 191).

dd) Przeszkodami zrywającemi iuris publici są wedle art. 190: *disparitas cultus*, *ligamen* tudzież pokrewieństwo w linii prostej i pokrewieństwo między braćmi i siostrami rodzonymi i przyrodnymi.

Prawo małż. Król. pol. zajmuje w zasadzie stanowisko wyznaniowe, jednak ze względów państwowych czyni pewne wyjątki.

Ad aa) art. 180 uznaje za obowiązujące także i dla tych małżeństw, o których teraz mówimy, art. 6, 7, 9, 15, 16, 17, 18, 20 i 21, a więc w kwestji wieku i zezwolenia ojca względnie opiekuna, względnie zwierchności opiekunczej zajmuje to stanowisko, które prawo małżeńskie Król. pol. zajmuje dla małżeństw rzym. kat. z tym wyjątkiem, że dla tych małżeństw, o których teraz mówimy, nie obowiązuje art. 8, zawierający *impedimentum dirimens* z powodu wieku lat 14 u mężczyzn, lat 12 u kobiet. Pierwszy okres przeto dla tych małżeństw, o których teraz mówimy, sięga lat 18 u mężczyzn a 16 u kobiet, a zakaz odnośny stanowi *impedimentum impediens*.

Obowiązują dalej małżeństwa starozakonnych, mahometan i tych chrześcijan, którzy nie są rzym.-kat. gr.-ros. lub ewang. przeszkody z art. 24, 25, 28 i 168, przeszkodami są nadto pokrewieństwo i powinowactwo w linii prostej tudzież między

braćmi i siostrami rodzonymi i przyrodnymi, wreszcie przeszkoda jest adopcja, ale tylko między przysposabiającym a przysposobionym. Z wyjątkiem przeszkody *disparitas cultus* (art. 24) wszystkie inne tu wymienione nie obowiązują w tym zakresie, jaki ustanowiony jest dla małżeństw rzym. kat., albowiem co do *impedimentum ligaminis* nie obowiązują art. 26, co do *impedimentum criminis* nie obowiązują art. 29, przeszkoda, którąśmy nazwali czasem żałoby przyjętą została o brzmieniu obowiązującym akatolików art. 168, wreszcie co do pokrewieństwa, to możliwym jest rozszerzenie przeszkody tej na dalsze stopnie, jeżeli tak nakazują przepisy odnośnych wyznań (art. 184).

Ad bb) Dopełnienie uroczystości ślubnej odbywać się ma również wedle właściwego obrządku małżonków, państwo jednak stawia pewne wymagania, mianowicie: żąda zapowiedzi, chociażby odnośne wyznania nie wymagały zapowiedzi, żąda, aby ślub dany był przez duchownego przełożonego gminy, lub starszego gminy duchownej, w której te osoby są zamieszkałe, albo przez duchownego lub starszego gminy najbliższej (art. 185); żąda wreszcie, aby po dopełnionym obrzędzie spisany był akt cywilny wymagany przez art. 58 i w tym celu nakazuje rabinowi i imanowi lub innemu duchownemu, który dopełnił obchodu religijnego udać się ze świadkami i narzeczonymi do urzędnika utrzymującego akta stanu cywilnego (art. 187). Na urzędnika stanu nakłada art. 188 obowiązek zawiadomienia prokuratora, gdyby odkrył wykroczenia przeciwko przepisom prawa cywilnego.

Ad cc) Charakteryzuje stanowisko prawa małżeńskiego wobec małżeństw żydowskich i innych przez nas tutaj wymienionych, postanowienia art. 189, że ważność małżeństwa i kwestję rozwodu ocenia się wedle zasad wyznania strony powodowej jednakże rozpoznawanie spraw małżeńskich tego rodzaju należy do trybunałów cywilnych, które sądzić je powinny przy zamkniętych drzwiach, bez instytucji obrońców wężła małżeńskiego.

Inne stanowisko w sprawie małżeństw żydowskich zajmuje kodeks austriacki. Nie odwołuje się on do zasad religii żydowskiej w sprawach małżeńskich, ale normuje sam całe prawo małżeńskie żydowskie. To odmienne stanowisko odbija się przedewszystkiem na sprawie rozwodu. Wedle prawa małżeńskiego Król. pol. kwestję dopuszczalności rozwodu małżeństw żydowskich oceniać należy wedle zasad religii żydowskiej. Natomiast w Austrii normuje tę kwestję kodeks cywilny (§§133—136), bez odwoływania się do przepisów religii mojżeszowej.

Jako zasadę przyjmuje kodeks austriacki, że do małżeństw żydowskich odnoszą się powszechnie obowiązujące przepisy prawa małżeńskiego, a tylko zachodzą pewne wyjątki, które podają właśnie §§ 123—136. Wyjątki te odnoszą się:

- aa) do przeszkody pokrewieństwa,
- bb) do zapowiedzi,
- cc) do ślubu,
- dd) do separacji,
- ee) do rozwodu.

O separacji i rozwodzie będziemy mówić później, tutaj zaś omówimy inne wyjątki.

Ad aa) Przeszkoda pokrewieństwa jest wedle § 125 szerszą, niż w pr. mał. Król. Pol. W linii bocznej pokrewieństwo jest przeszkodą nie tylko między bratem i siostrą, ale także między siostrą a synem lub wnukiem jej brata lub jej siostry. Inaczej też określona jest przeszkoda powinowactwa. § 125 postanawia: „po rozwiązaniu małżeństwa mąż nie może poślubić krewnej swojej żony w linii wstępnej i zstępnej, ani też siostry swojej żony, a żona nie może poślubić krewnego swojego męża w linii wstępnej i zstępnej, nie może także poślubić brata swojego męża, (t. zw. małż. leviratu jest więc niedopuszczalne), tudzież syna lub wnuka brata lub siostry swojego męża.

Ad bb) W sprawie zapowiedzi małżeństw żydowskich zawiera § 126 następujące postanowienia:

α) Zapowiedź ma się odbyć w synagodze lub w domu wspólnych modlitw, a gdzieby takiego nie było, przez zwierchność miejscową w głównej lub szczególnej gminie, do której jeden i drugi oblubieniec należy;

β) ogłoszenie ma nastąpić w 3 po sobie idących dniach szabasowych lub świątecznych (zwracamy uwagę, że dni szabasowe i świąteczne mają po sobie następować);

γ) §§ 70—73 obowiązują przy zapowiedziach żydowskich, ale nie obowiązuje § 74 k. c. a. Pr. małż. Kr. Pol. nie normuje sposobu ogłoszenia zapowiedzi, istnieje tylko rozporządzenie komisji spraw wewnętrznych i duchownych z 26 maja r. 1827 numer 8331/1250, wedle którego między jedną a drugą zapowiedzią ma być tygodniowa przerwa, a w braku domu modlitwy zapowiedzi mają być wywieszane na drzwiach domu gminnego, ale tylko w tem miejscu, gdzie mieszka narzeczony;

δ) Przepisy §§ 83—88 obowiązują także o małżeństwach żydowskich.

Ad cc) Najważniejszym jest postanowienie, że ślub ma się odbyć wobec rabina lub jego zastępcy (§ 127 k. c. a. ze zmianą wprowadzoną przez § 17 ust. z 21 marca r. 1890 l. 57 d. p. p.). Nieważne są przeto t. zw. rytualne małżeństwa, zawierane nie przed rabinem względnie jego zastępcą. (Wyrażenie „nieważne“ nie oddaje należycie sytuacji. W literaturze francuskiej mówi się o mariage inexistant, w niemieckiej literaturze stosunek taki nazywa się „Nichtehe“: dzieci z niego są nieślubnymi; § 160 nie ma zastosowania; rytualnie zaślubiony nie popełnia bigamji, wchodząc z kim innym w związki małż.; związek taki nie rodzi powinowactwa). Małżeństwo ma się odbyć w obecności dwóch

świadków. Właściwym jest rabin jednego lub drugiego nupturjenta, dozwoloną jest jednak delegacja, a wedle dekretu nadwornego z 11 czerwca r. 1813 l. 1053 zb. ust. sąd. dozwołonym jest także zawarcie małżeństwa per procuratorem za zezwoleniem namiestnictwa. Wpisu małżeństwa do księgi małżeństw dokonywa obecnie urzędnik prowadzący metryki żydowskie (r. m. z 15 marca r. 1875 l. 55 d. u. kr. z r. 1876).

Nieważność powoduje brak zapowiedzi i nie złożenie oświadczenia przed rabinem względnie jego zastępcą w obecności dwóch świadków, natomiast zaniechanie wpisu do księgi ślubów nie czyni małżeństwa nieważnym (orz. 12093 zb. G. U. W.). § 129 k. c. a. mówi, że „małż. żydowskie, zawarte bez zachowania ustawowych przepisów, jest nieważne“. Postanowienie to jest skierowane przeciwko małż. rytualnym. Znaczenie tego paragrafu tkwi we wyrazie „ustawowych“, wskutek czego właśnie skierowanym on jest przeciwko zwyczajom i rytuałom.

§§ 130 i 131 k. c. a. grożą karami za niezachowanie przepisów. Zauważyć należy, że w miejsce zacytowanego tam § 252 drugiej części ustawy karnej wchodzi obecnie w zastosowanie § 507 k. k., a za nieodpowiednie prowadzenie księgi ślubów są obecnie odpowiedzialni prowadzący metryki, a nie rabini.

7. Dyspenzy.

Zwolnienie (dyspenza) od przeszkody, będące cofnięciem zakazu w pewnym konkretnym przypadku, jest uzasadnionem potrzebą indywidualizacji. Gdzie nie da się tą potrzebę wytłómaczyć, jest świadectwem, że norma nie odpowiada wymaganiom życia, lub że jest używaną, jako środek władzy, środek wywierania wpływu. Tak się ma rzecz z dyspensami przed zawarciem małżeństwa. Dyspenza po zawarciu małżeństwa ma na celu uniknięcie skutków, które powstałyby wskutek zburzenia rodziny, a które dla interesu ogólnego byłyby gorsze, niż istnienie małżeństwa zawartego wbrew normom. Dyspenza jest wskutek tego możliwą tylko od przeszkód mających charakter publiczno-prawny. Ustawodawca zastrzega dla rządu możliwość udzielania jej, bądź to wiążąc go z góry przez określenie, w których przypadkach może jej udzielić, bądź też nie krępując go ustanowieniem granic, w którym to razie granicą będzie tylko istota małżeństwa. Analogji do tego rodzaju upoważnień dostarcza obficie każde pr. administracyjne, w którego naturze tkwi zdolność przystosowywania się do zmieniających się stosunków. Najszerze znaczenie ma dyspenza w pr. kan., w którym też literatura mówi o dyspensie, jako o akcie ustawodawczym, suspendującym ustawę powszechną.

W sposób najprostszy załatwioną jest sprawa dyspens w pr. niem. Jest to wynik szczupłej liczby przeszkód. § 1322 k. c. n. postanawia: „Przyzwolenie na zwolnienie, dopuszczalne

wedle §§ 1303, 1313 służy temu państwu związkowemu, do którego należy żona, przyzwolenie na zwolnienie, dopuszczalne wedle § 1312, służy temu państwu związkowemu, do którego należy małżonek rozwiedziony. Dla Niemców, którzy nie należą do żadnego państwa związkowego, służy przyzwolenie kancelarzowi państwa. Przyzwolenie na zwolnienie, dopuszczalne wedle § 1316, służy temu państwu związkowemu, na którego terytorjum małż. ma być zawarte. O udzieleniu przyzwolenia, służącego państwu związkowemu, postanawia rząd krajowy“. Powołane w tym przepisie paragrafu odnoszą się: a) § 1303 uwolnienie od przeskody niedojrzałości małżeńskiej (Eheunmündigkeit) kobiet, dyspenzy udziela w Prusach minister spraw; b) § 1312 uwolnienie od przeskody cudzołóstwa; dyspenzy udziela w Prusach min. spraw; c) § 1313 uwolnienie od przeskody „czasu czekania“; dyspenzy udziela w Prusach sąd (Amtsgericht); d) § 1316 uwolnienie od zapowiedzi; dyspenzy udziela w Prusach minister spraw wewnętrznych.

Udzielenie dyspenzy od przeskody cudzołóstwa (§ 1312) może nastąpić także po zawarciu małż., w którym to przypadku wedle § 1328 ust. 2. następuje konwalidacja małż. t. j. uważa się je za ważne od początku.

Ani pr. austr. ani pr. m. Kr. p. ani pr. kan. nie wylicza przeskód, od których może być udzieloną dyspenza. Można zrozumieć powód, dla którego tak się stało. Jest w tem z pewnością intencją zachowania sobie możności dostosowania się do tych wszystkich momentów, które wpływają na zmianę ustaw, na reformę prawa. Prawo ma wówczas potrzebną elastyczność.

Rozstrzygając, które przeskody mogą być dyspenzowane, wyjść winniśmy z założenia, że tylko te nie mogą być usunięte, które, gdyby się tak stało, zmieniałyby istotę małżeństwa. Drugie kryterium znajdziemy n. p. dla pr. austr. w kodeksie karnym, nie jest bowiem dopuszczalnem, aby stosunek, podpadający pod karę, być skądinąd uznany za dozwolony. W tym kierunku wskazówką są §§ 131, 206 i 501 k. k. a. Wychodząc z założenia, że dyspenzowane mogą być tylko imp. iuris publici, że nie mogą być dyspenzowane przeskody, których usunięcie wpływałoby na istotę małż., wrzeczcie że granicą powinno być także pr. karne, dojdziemy do przekonania, że nieusuwalnemi przez dyspenzę są tylko: przeskoda węzła małżeńskiego, pokrewieństwo w linii prostej i między rodzeństwem tudzież powinowactwo w linii prostej i między szwagrem a szwagrową. Jednakże i tutaj pr. ktyka czyni pewne wyłomy, pozwalając na dyspenzę od imp. ligaminis w przypadkach, gdy ją Kościół daje n. p. w razie matrimonii rati, sed non consumati, i ograniczając nieusuwalność powinowactwa do ojcyma wzgl. macochy i pasierbów. Przedstawiając w ten sposób sprawę dyspenz wedle pr. austr., zastrzegamy sobie omówienie sprawy braku formy

tudzież niedojrzałości i choroby umysłowej do następnych rozdziałów.

Jeżeli ten stan rzeczy uznamy za trafnie oddający stanowisko prawa austr., to będziemy mogli stwierdzić, że w praktyce między prawem niemieckim a austriackim niema różnicy co do przeszkód, które są nieusuwalne przez dyspensę. Z tego punktu widzenia oceniając pr. małż., możemy powiedzieć, że zakazy odnoszące się do wielożeństwa, pokrewieństwa i powinowactwa w linii prostej i pokrewieństwa w linii bocznej, ograniczonego do rodzeństwa, stanowią konieczne minimum, które nie może być usuniętem.

Powtórzyć jednak należy, że brak formy i wpływ niedojrzałości i choroby umysłowej nie były tutaj rozpatrywane.

Zostawia więc pr. austr. otwartą kwestję, które przeszkody są usuwalne przez dyspensę, a natomiast zajmuje się kwestją, kto ma prawo udzielać dyspensy, kwestją motywów, które udzielenie ich powodują, i kwestję sposobu, w jaki się o nie prosi.

a) Dyspensy od zapowiedzi udzielają:

α) od drugiej i trzeciej „z ważnych przyczyn powiatowa władza polityczna, w miastach zaś o własnym statucie władza gminna (§ 1 u. z. d. ⁴/₇ 1872 l. 111 d. u. p., zmieniający § 85 k. c. a.). Na podstawie tego samego postanowienia te same władze mogą określić czas, przez który zapowiedź ogłoszona przez władzę świecką, ma być wywieszona.

β) Dyspenza od wszystkich zapowiedzi może być udzieloną w trzech przypadkach:

αα) W nagłych przypadkach i wtedy udziela jej pow. władza pol. względnie władza gminna w miastach o własnym statucie (§ 86 k. c. a. i zacytowany wyżej § 1 u. z r. 1872).

ββ) in periculo mortis i wtedy udziela jej władza miejscowa (§ 86 k. c. a.);

γγ) W przypadku, gdy małż. mają zawrzeć osoby, o których powszechnie przypuszczano, że są poślubione, dyspensy udziela rząd krajowy (§ 87 k. c. a.).

W przypadkach pod ββ) i γγ) nupturjenci mają złożyć przysięgę, że nie jest im znana jakakolwiek przeszkoda.

W przypadku pod γγ) może prosić o dyspensę duszpasterz z zatajeniem nazwisk.

b) Dyspensy od czasu żałoby (§ 110 k. c. a.) udziela pow. władza pol. względnie władza gminna w miastach o własnym statucie (§ 1 zacytowanej ustawy z r. 1872). Tak samo ma się rzecz z dyspensą od obowiązku przedłożenia metryki (d. u. z d. ²²/₂ r. 1817 nr. 1319 zb. u. s., d. n. z ²²/₁₂ roku 1826 l. 2242 zb. u. s. i § 1 zacyt. ust. z r. 1872).

c) O dyspensę od innych przeszkód należy prosić rządu krajowego. Wedle § 83 k. c. a.) który opiewa: „z ważnych przyczyn, można prosić o zwolnienie od przeszkód małż. rząd

krajowy, który wedle natury okoliczności wdroy dalsze postępowanie". Postępowanie, o którym tu mowa, ma na celu zbadanie owych ważnych przyczyn.

Najwyższą instancją w sprawie dyspenz jest min. spraw wewnętrznych (r. m. z d. 1/7 r. 1868 nr. 80 d. u. p.).

Prośbę mają wnieść strony, gdy jednak prośba ma być wniesiona już po zawarciu małż., to mogą to uczynić przez duszpasterza, który uczyni to, zatajając nazwiska. Normuje tę sprawę § 84 k. c. a.: „Przed zawarciem małż. winny strony same pod własnym nazwiskiem prosić o zwolnienie od przeszkód małżeńskich. Gdyby jednak po zawarciu małż. miała się okazać jakaś pierwiej nieznaną, dająca się usunąć przeszkoda, to strony mogą się zwrócić do rządu krajowego także przez swoich duszpasterzy i z zatajeniem nazwisk“.

d) Jeżeli dyspenza udzieloną została po zawarciu małż. to ślub musi być ponowiony wedle przepisanej formy, jednakże zapowiedzi nie trzeba powtarzać. Ten ponowny ślub działa wstecz (p. następny ustęp o unieważnieniu). W tym względzie postanawia § 88 k. c. a.: „Jeśli udzieloną zostanie dyspenza od przeszkody małżeńskiej, która istniała przy zawarciu małż., to bez powtarzania zapowiedzi ponowionem być musi zezwolenie na małż. wobec duszpasterza i dwóch świadków i ta uroczysta czynność winna być zanotowaną w księdze ślubów. Jeżeli ten przepis zachowano, „to małż. należy uważać tak, jakgdyby było pierwotnie ważnem“.

Pr. małż. Kr. pol. zajmuje się sprawą dyspenz fragmentarycznie. Przedewszystkiem zaznaczamy, że wedle art. 45 władza duchowna może w „szczególnych przypadkach“ dać dyspenzę od dwóch zapowiedzi, wedle zaś art. 47 są dwa przypadki gdy wprost duchowny może przystąpić do dania ślubu bez zapowiedzi (p. w ustępie o zapowiedziach zacytowane dwa artykuły). Wspomina także o dyspenzie art. 39, wedle którego „przeszkoda do małżeństwa wynikająca z przystojności publicznej może być usunięta przez dyspenzę władzy duchownej“. Wreszcie art. 36 postanawia: „duchowna władza mocną jest przez dyspenzę usunąć przeszkody do małżeństwa, wynikające z pokrewieństwa w linii bocznej w drugim stopniu kanonicznym i dalszych. Ta władza mocną jest również przez dyspenzę usunąć przeszkody, wynikające z powinowactwa w linii bocznej, z pokrewieństwa i powinowactwa duchowego i cywilnego. (O dyspenzie od przeszkody pokrewieństwa między wujem i siostrzenicą, pomiędzy stryjem i synowicą, pomiędzy wdową po stryju lub wuju i synowcem lub siostrzeńcem w małżeństwach ewangelickich mówi art. 138, o dyspenzie zaś od pokrewieństwa cywilnego pomiędzy przyspasabiającym a przysposobionym przy takichże małżeństwach ewangelickich mówi art. 137 pr. m. Kr. pol.).

Z zacytowanych przepisów widać, że w całym szeregu na-

suwających się tutaj kwestji decydować będą władze duchowne według prawa kanonicznego, o ile oczywiście idzie o małżeństwo rzym. katolickie. Należy nam więc obecnie poznać przepisy tego ostatniego.

Przepisy prawa kan. w kwestji dyspensowania przeszkód opiewają:

Kan. 1040. Praeter Romanum Pontificem, nemo potest impedimenta iuris ecclesiastici sive dirimentia abrogare, aut illis derogare; item nec in eisdem dispensare, nisi iure communi vel speciali indulto a Sede Apostolica haec potestas concessa fuerit. Kan. 1041. Consuetudo novum impedimentum inducens aut impedimentis existentibus contraria reprobatur. Kan. 1042. § 1. Impedimenta alia sunt gradus minoris, alia maioris. § 2. Impedimenta gradus minoris sunt: 1^o Consanguinitas in tertio gradu lineae collateralis; 2^o Affinitas in secundo gradu lineae collateralis; 3^o Publica honestas in secundo gradu; 4^o Cognatio spiritalis; 5^o Crimen ex adulterio cum promissione vel attentatione matrimonii etiam per civilem tantum actum. § 3. Impedimenta maioris gradus alia sunt omnia. Kan. 1043. Urgente mortis periculo, locorum Ordinarii ad consulendum constientiae at, si casus fuerat legitimationi prolis, possunt tum super forma in matrimonii celebratione servanda, tum super omnibus et singulis impedimentis iuris ecclesiastici, sive publicis sive occultis etiam multiplicibus, exceptis impedimentis provenientius ex sacro presbyteratus ordine et ex affinitate in linea recta, consummato matrimonio, dispensare proprios subditos ubique commorantes et omnes in proprio territorio actu degentes, remoto scandalo, est, si dispensatio concedatur super potestas disparitate aut mixta religione, praestitis consuetis cautionibus. Kan. 1044. In eisdem rerum adiunctis de quibus in can. 1043 et solum pro casibus in quibus ne loci quidem Ordinarius adiri possit, eadem dispensandi facultate pollet tum parochus, tum sacerdos qui matrimonio ad normam can. 1098, n. 2, assistit, tum confessarius, sed hic pro foro interno in actu sacramentalis confessionis tantum. Kan. 1045. § 1. Possunt Ordinarii locorum, sub clausulis in fine can. 1043 statutis, dispensationem concedere super omnibus impedimentis de quibus in cit. can. 1043, quoties impedimentum delegatur, cum iam omnia sunt parata ad nuptias, nec matrimonium, sine probabili gravis mali periculo, differi possit usque dum a Santa Sede dispensatio obtineatur. § 2. Haec facultas valeat quoque pro convalidatione matrimonii iam contracti, si idem periculum sit in mora nec tempus suppetat recurrendi ad Sanctam Sedem. § 3. In iisdem rerum adiunctis, eadem facultate gaudeant omnes de quibus in can. 1044 sed solum pro casibus occultis in quibus ne loci quidem Ordinarius adiri possit, vel nonnisi cum periculo violationis secreti. Kan. 1046. Parochus aut sacerdos de quo in can. 1044, de concessa dispensatione pro foro externo Ordinarius loci statim

certiorem faciat; eaque adnotetur in libro matrimoniorum. Kan. 1047. Nisi aliud ferat S. Poenitentiariae rescriptum dispensatio in foro interno non sacramentali concessa super impedimento occulto, adnotetur in libro diligenter in secreto Curiae archivo de quo in can. 379 asservando, nec alia dispensatio pro foro externo est necessaria etsi postea occultum impedimentum publicum evaserit, sed est necessaria si dispensatio concessa fuerat tantum in foro interno sacramentali. Kan. 1048. Si petitio dispensationis ad Sanctam Sedem missa sit, Ordinarii locorum suis facultatibus, si quas habeant, ne utantur, nisi ad normam can. 204. § 2. Kan. 1049. § 1. In matrimoniis sive contractis sive contrahendis, qui gaudet indulto generali dispensandi super certo quodam impedimento, potest, nisi in ipso indulto aliud expresse praescribatur, super eo dispensare etiamsi idem impedimentum multiplex sit. § 2. Qui habet indultum generale dispensandi super pluribus diversae speciei impedimentis, sive dirimentibus sive impedientibus, potest dispensare super iisdem impedimentis, etiam publicis, in uno eodemque casu occurrentibus. Kan. 1050. Si quando cum impedimento seu impedimentis publicis super quibus ex indulto dispensare quis potest, concurrat aliud impedimentum super quo dispensare nequeat, pro omnibus Sedes Apostolica adiri debet si tamen impedimentum seu impedimenta super quibus dispensare potest, comperiantur post impetratam a Sancta Sede dispensationem, suis facultatibus uti poterit. Kan. 1051. Per dispensationem super impedimento dirimente concessam sive ex potestate delegata per indultum generale, non vero per rescriptum in casibus particularibus, conceditur quoque eo ipso legitimatio prolis, si qua ex iis cum quibus dispensatur iam nata vel concepta fuerit, excepta tamen adulterina et sacrilega. Kan. 1052. Dispensatio ab impedimento consanguinitatis vel affinitatis, concessa in aliquo impedimenti gradu, valet licet in petitione vel in concessione error circa gradum irreperit, dummodo gradus revera existens sit inferior, aut licet reticentum fuerit aliud impedimentum eiusdem speciei in aequali vel inferiore gradu. Kan. 1053. Data a Sancta Sede dispensatio super matrimonio rato et non consummato vel facta permissio transitus ad alias nuptias ob praesumptam coniugis mortem, secumfert semper dispensationem ab impedimento proveniente ex adulterio cum promissione vel attentatione matrimonii, si qua opus sit, minime vero dispensationem ab impedimento de quo in can. 1075, nn. 2. 3. Kan. 1954. Dispensatio a minore impedimento concessa, nullo sive obreptionis sive subreptionis vitio irritatur, etsi unica causa finalis in precibus exposita falsa fuerit. Kan. 1055. Dispensationes super publicis impedimentis Ordinario oratorum commissas, exsequatur Ordinarius qui litteras testimoniales dedit vel preces transmisit ad Sedem Apostolicam, etiamsi sponsi sponsi, quo tempore executioni danda est dispensatio

relicto illius dioecesis aut quasi domicilio, in aliam dioecesim discesserint non amplius reversuri, monito tamen Ordinario loci in quo matrimonium contrahere cupiunt. Kan. 1056. Excepta modica aliqua praestatione ex titulo expensarum cancellariae in dispensationibus pro non pauperibus, locorum Ordinarii eorumque officiales, reprobata quavis contraria consuetudine, nequeunt, occasione concessae dispensationis, emolumentum ullum exigere nisi haec facultas a Sancta Sede expresse eis data fuerit, et si exegerint, tenentur ad restitutionem. Kan. 1047. Qui ex potestate a Sede Apostolica delegata dispensationem concedunt in eadem expressam pontificii indulti mentionem faciant.

(Kan. 1040. *Prócz biskupa rzymskiego nikt nie może znosić ani naruszać (zmieniać) przeszkód prawa kościelnego, czy to tamujących czy rozrywających ani też od nich dyspenzować, jeśli ta władza nie jest udzielona prawem powszechnem albo indultem szczegółowym Stołcy Apostolskiej.* Kan. 1041. *Odrzuca się zwyczaj, wprowadzający nową przeszkodę lub przeciwny przeszkodom istniejącym.* Kan. 1042. § 1. *Przeszkody jedne są stopnia niższego, drugie wyższego.* § 2. *Przeszkody stopnia niższego są: 1° Pokrewieństwo w stopniu trzecim linii bocznej; 2° Powinowactwo w stopniu drugim linii bocznej; 3° Przyzwoitość publiczna w stopniu drugim; 4° Pokrewieństwo duchowne; 5° Występek cudzołóstwa z obietnicą albo kuszeniem się na zawarcie małżeństwa także przez ślub tylko cywilny.* § 3. *Przeszkody stopnia wyższego są wszystkie inne.* Kan. 1043. *W groźnym niebezpieczeństwie śmierci, ordynariusze miejscowi dla uspokojenia i — jeśli zachodzi wypadek — uprawnienia potomstwa, zarówno od formy zachowywanej przy zawieraniu małżeństwa (przy ślubie), jako też od wszystkich i poszczególnych przeszkód prawa kościelnego, czy to publicznych czy tajemnych, nawet wielokrotnych, z wyjątkiem przeszkód wynikających z sakramentu kapłaństwa i z powinowactwa w linii prostej, po spełnieniu małżeństwa, mogą dyspenzować własnych poddanych, gdziekolwiek oni przebywają i wszystkich, którzy się znajdują aktualnie (w danej chwili) na (ich) własnym terytorjum, kiedy jest uchylone zgorzenie i po złożeniu zwyczajnych rękojmi, jeśli się udziela dyspenzy od różności wiary lub religii mieszanej.* Kan. 1044. *W tych samych okolicznościach rzeczy, o których (jest mowa) w kanonie 1043 i jedynie w wypadkach, kiedy nie można się dostać do ordynariusza miejscowego, tę samą moc dyspenzowania posiada tak proboszcz jak kapłan, asystujący przy zawarciu małżeństwa (przy ślubie) w myśl kanonu 1098 n. 2, tudzież spowiednik, lecz ten w trybunale wewnętrznym tylko w akcie spowiedzi sakramentalnej.* Kan. 1045. § 1. *Ordynariusze miejscowi pod klauzulami, ustanowionemi w końcu kanonu 1043, mogą udzielać dyspenzy od wszystkich przeszkód, o jakich (jest mowa) w wspomnianym kanonie 1043, ilekroć wykrywa się przeszkoda, kiedy już wszystko jest przygo-*

towane do ślubu a zawarcie małżeństwa bez prawdopodobnego niebezpieczeństwa ciężkiego zła nie może być odłożone aż do tego czasu, kiedyby się otrzymało dyspensę od Stolicy św. § 2. Ta moc (dyspensowania) przysłuży również do uważnienia małżeństwa już zawartego, jeśli to samo zagraża niebezpieczeństwo, a niema już czasu zwrócić się do Stolicy św. § 3. W tych samych okolicznościach rzeczy tę samą moc posiadają wszyscy, o których (jest mowa) w kanonie 1044, ale jedynie w wypadkach tajemnych, kiedy (albo wogóle) nie można się dostać do ordynariusza miejscowego, albo tylko z niebezpieczeństwem złamania tajemnicy (spowiedzi). Kan. 1046. Proboszcz lub kapłan, o którym (jest mowa) w kanonie 1044, ma natychmiast uwiadomić ordynariusza miejscowego o udzielonej dyspensie w trybunale zewnętrznym ona ma być zapisana w księdze małżeństw (w metryce ślubów). Kan. 1047. Jeśli inaczej nie zaznacza reskrypt św. Penitencjarji, dyspenza udzielona w niesakramentalnem forum internum od przeszkody tajemnej, ma być zanotowana w księdze przechowywanej w archiwum tajem kurji (biskupiej), o którym (jest mowa) w kanonie 379, i inna dyspenza pro foro externo nie jest potrzebna, chociażby później przeszkoda tajemna stała się publiczną; ale jest potrzebna, jeśli dyspenza była tylko udzielona w sakramentalnem forum internum. Kan. 1048. Jeśli prośba o dyspensę została posłana do Stolicy św., ordynariusze miejscowi nie mają używać swoich uppełnomocnień, jeśli jakie posiadają, chyba tylko w myśl kanonu 204 § 2¹. Kan. 1049. § 1. W małżeństwach, czy to zawartych czy też zawarzyć się mających, kto posiada indult ogólny na udzielanie dyspens od pewnej jakiejś przeszkody, może od niej dyspenzować, chociażby ta przeszkoda była wielokrotną, jeśli w samym indulcie nie jest inaczej wyraźnie przepisane. § 2. Kto ma indult ogólny na udzielanie dyspens od więcej przeszkod różnego gatunku, czy to rozrywających czy tamujących, może dyspenzować od tychże przeszkod, także publicznych, jakie zachodzą w jednym i tym samym wypadku. Kan. 1050. Jeśli kiedy z przeszkodą lub z przeszkodami publicznymi, od których ktoś może dyspenzować na mocy indultu, schodzi się inne przeszkoda, od której nie może dyspenzować, dla wszystkich powinno się zwrócić do Stolicy Apostolskiej; jeżeli jednak przeszkoda lub przeszkody, od których może dyspenzować, wyjdą na jaw po uzyskanej od Stolicy św. dyspensie, może użyć swoich uppełnomocnień. Kan. 1051. Przez dyspensę od przeszkody rozrywającej, udzielonej czy to mocą władzy zwyczajnej, czy też mocą władzy delegowanej przez indult ogólny, a nie przez reskrypt w wypadkach szczegółowych, zostaje udzielona również tem samem legitymacja potomstwa, jeśli się jakie z tych, którzy otrzymują dyspensę, już urodziło albo zostało poczęte, wyjąwszy jednak cudzołożne i świętokradzkie. Kan. 1052. Dyspenza od przeszkody pokrewieństwa albo powinowactwa, udzielona w jakimś stopniu przeszkody, jest ważna, chociażby do prośby albo do udzielenia wkraść się błąd dotyczący

stopnia, jeśli tylko stopień rzeczywiście istniejący jest niższy, lub chociażby została zamieszczona inna przeszkoda tego samego gatunku w stopniu równym albo niższym. Kan. 1053. Dyspenza dana przez Stolicę św. od małżeństwa prawnego a niespełnionego albo pozwolenie udzielone na przejście do innych ślubów z powodu domniemanej śmierci jednego z małżonków, mieści w sobie zawsze dyspensę od przeszkody pochodzącej z cudzołóstwa wraz z obietnicą albo kuszeniem się na zawarcie małżeństwa jeśliby jej było potrzeba, bynajmniej zaś nie dyspensę od przeszkody o której (jest mowa) w kanonie nn. 2, 3. Kan. 1054. Dyspenza, udzielona od mniejszej przeszkody, żadną wadą czy to obrepcji czy subrepcji nie staje się nieważną, choćby jedyny główny powód przedstawiony w prośbie, był fałszywy. Kan. 1055. Dyspenzy od przeszkód publicznych, poruczone ordynariuszowi proszących, ma wykonać ordynariusz, który dał list poświadczalny albo przesłał prośbę do Stolicy Apostolskiej, chociażby narzeczeni w tym czasie, kiedy dyspenza miała być wykonana, opuściwszy mieszkanie lub jakoby mieszkanie w jego dyecezi, odeszli do innej dyecezi nie zamierzając już więcej powrócić, po zawiadomieniu przeciw ordynariusza miejscowego, gdzie pragnę zawrzeć małżeństwo. Kan. 1056. Wyjąwszy drobną jakąś opłatę z tytułu wydatków kancelaryjnych przy dyspensach dla niebiednych, ordynariusze miejscowi lub ich oficjałowie, odrzuciwszy każdy zwyczaj przeciwny, nie mogą z okazji udzielonej dyspenzy domagać się jakiegokolwiek zapłaty (właściwie: zysku emolumentum), jeśli im upoważnienia na to nie dała wyraźnie Stolica św., a jeśliby się domagali, są zobowiązani do zwrotu. Kan. 1057. Udzielający dyspenzy na mocy władzy, delegowanej przez Stolicę Apostolską, mają uczynić w niej wzmiankę wyraźną o indulgencjach papieskich).¹⁾

Zasadnicza i pierwsza kwestja: „które przeszkody mogą być dyspenzowane“, została w kan. 1040 w ten sposób rozstrzygnięta, że Stolica św. ma prawo dyspenzować wszystkie przeszkody, tak zrywające, jak tamujące, prawa kościelne. Wynika z tego, że przeszkody prawa przyrodzonego i Bożego nie mogą być przedmiotem dyspenzy. Jest jednak rzeczą sporną, które przeszkody do nich należą i w jakim rozmiarze. Nie mogą się tutaj zapuszczać w tę kontrowersję i stwierdzić tylko, od których przeszkód nic bywa nigdy udzielaną dyspenza. Zajmując stanowisko, że przeszkody iuris privati nie mogą być przedmiotem dyspenzy z natury dyspenzy, i zajmując stanowisko, że forma decyduje o tem, czy stosunek mężczyzny i kobiety jest wogóle małżeństwem, a więc, że co do formy nie może też być mowy o dyspensie, możemy powiedzieć, że przeszkodami, od których nigdy nie była daną dyspenza są: pokrewieństwo w linii prostej i między rodzeństwem rodzonym i przyrodnim, powinowactwo między ojczymem względnie macochą a pasierbem

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

względnie pasierbicą, wyższe święcenia co do biskupów i małżonkobójstwo jawne.

Drugą kwestją, którą zajmują się podane wyżej przepisy c. i. can. jest kwestja, kto może udzielać dyspenzy. Najwyższą władzą jest Pontifex Romanus. Mają jednak w granicach, które podamy, prawo dyspencjonowania: ordynariusz, proboszcz, kapłan asystujący przy małżeństwie i spowiednik.

Ordynariusz ma prawo dyspencjonowania:

- 1) na podstawie kodeksu, t. j. ex potestate ordinaria,
- 2) na podstawie indultu udzielonego mu przez Ojca Św. czyli ex potestate delegata, co może mieć znowu dwojaki rozmiar: albo indult może być ogólny albo też upoważnienie odnosi się tylko do przypadków poszczególnych.

Ad 1. Potestatem ordinariam t. j. prawo dyspencjonowania na podstawie ustawy, ma ordynariusz w dwóch przypadkach: a) *urgente mortis periculo* (kan. 1043) i b) jeżeli wykrywa się przeszkoda, gdy już wszystko było przygotowane do małżeństwa, a zawarcie małż. bez prawdopodobnego niebezpieczeństwa ciężkiego zła nie może być odłożone do czasu otrzymania dyspenzy od Stolicy Św. (kan. 1045).

Rozmiar prawa dyspencjonowania jest bardzo obszerny, bo obejmuje dyspensę od wszystkich przeszkód prawa kościelnego, z wyjątkiem przeszkody *ordinis* i przeszkody powinowactwa w linii prostej, jednak co do tej ostatniej tylko „po spełnieniu małż.”, co należy rozumieć, że od przeszkody powinowactwa w linii prostej powstającego z małż. nie skonsumowanego dyspenza jest możliwa.

Udzielenie dyspenzy jest zależne od pewnych warunków. W przypadku przewidzianym przez kan. 1043 warunki są następujące:

α) Jeżeli idzie o uspokojenie sumienia (*ad consulendum conscientiae*) lub o uprawnienie potomstwa (*per subsequens matrimonium*),

β) o ile zgorszenie zostało uchylone (*remoto scandalo*),

γ) jeżeli dane zostały wymagane w razie przeszkody *disparitas cultus* lub *mixta religio* wymagane przez prawo gwarancje.

W przypadku określonym przez kanon 1045 ordynariusz ma udzielone mu tym kanonem prawo dyspencjonowania pod dwoma warunkami:

α) jeżeli uchylonem zostało zgorszenie i

β) jeżeli dostarczone zostały wymagane przez prawo gwarancje wtedy, gdy idzie o *disparitas cultus* lub o *mixta religio*.

Takie samo prawo, jak ordynariusz, ma proboszcz, kapłan asystujący przy małżeństwie i spowiednik w obydwóch przypadkach określonych w kanonie 1043 i 1045, ale w przypadku określonym przez kanon 1043 tylko wówczas, gdy nie można się dostać do ordynariusza miejscowego, w przypadku zaś okre-

ślonym przez kanon 1045 tylko wówczas, gdy idzie o wypadki tajemne i gdy albo wogóle nie można się dostać do ordynariusza miejscowego, albo tylko z niebezpieczeństwem złamania tajemnicy spowiedzi. Nadto spowiednik może tylko dyspensować pro foro interno.

Ad 2. O prawie dyspensowania na podstawie indultu mówi kanon 1049 i następne.

Inne kanony zawierają przeważnie reguły interpretacyjne.

W końcu zaznaczamy, że wedle dekretu z 25 kwietnia 1918 r. wszystkie uprawnienia pro foro externo, które ordynariusze zwykli byli otrzymywać in brevi vigintiquinque annorum et in facultatibus decennialibus, quinquennialibus et triennialibus zostały z dniem 18 maja odwołane, z wyjątkiem krajów podległych propagandzie, o ile odbiegają od uprawnień przyznanych w kodeksie. Natomiast pozostają w mocy owe uprawnienia, o ile idzie o forum internum lub o ile zostały wydane z powodu obecnej wojny, także i dla Polski. Te ostatnie facultates, wydane z powodu obecnej wojny, mają mieć zastosowanie, o ile można przewidywać, że przez miesiąc przystęp do Stolicy Apostolskiej będzie niemożliwy lub utrudniony. O dyspensie w razie małżeństwa ważnego ale niespełnionego mówiliśmy już wyżej.

VIII. Unieważnienie małżeństwa.

Obydwa wyrazy w tym tytule są tylko obrazami. „Unieważnienie“ jest stwierdzeniem, że pewien stosunek prawny nie powstał, nie powstało więc „małżeństwo“, które ma być „unieważnione“. Wskutek tego nie ma przedmiotu, który miałyby być unieważniony. Mimo tego używamy tych pojęć, świadomi, że idzie tu tylko o skrócone określenie pewnych sytuacji faktycznych, z którymi prawo łączy pewne skutki.

Rzecz się przedstawia w następujący sposób:

Kościół, państwo i jednostka zwracają się do prawnika, aby ich postulaty w sprawie małżeństwa przeprowadził tj. aby zapewnił poszanowanie i zaspokojenie interesów tych trzech czynników. Prawnik dobiera środki z arsenału, który mu stoi do dyspozycji, wybiera te, które najlepiej służą do zaspokojenia powyższych interesów, a najmniejszą wyrządzają szkodę, gdy są zastosowane. Prawnik otrzymuje gotowe i ściśle określone postulaty; na ich powstanie, na ich intensywność nie wpływa. Nie jest to rzecz prawnika. We walce tych trzech czynników, które pragną opanować dziedzinę małżeństwa, nie bierze udziału. Służy tylko swoją sztuką, wiedzą i doświadczeniem, gdy już idzie tylko o transponowanie gotowych rezultatów na język prawniczy.

W tych granicach praca prawnika polega na określeniu, skutków prawnych, które pewne fakty mają za sobą pociągnąć. W tem i w tem tylko, t. j. w określeniu skutków prawnych,

które ma pociągnąć za sobą pewien fakt, pewna faktyczna sytuacja, wyczerpuje się praca prawnika. Dzieje się to formalnie, t. j. — powiedzielibyśmy — redakcyjnie, w różny sposób i dlatego, czytając paragrafy, musimy niejednokrotnie odtwarzać proces, który do tych paragrafów doprowadził. Jeszcze trudniej przychodzi odsłonić to właściwe zadanie, które prawnik ma spełnić, gdy mamy do czynienia nie z regułami prawnymi, ale już z pojęciami, z konstrukcjami prawniczymi. Jakikolwiek przykład wyjaśni sprawę, o którą mi tu idzie. Weźmy n. p. pod uwagę paragraf 1327 k. c. n. Opiewa on: „Małżeństwo jest nieważne, jeżeli zostało zawarte między krewnymi lub powinowatymi wbrew zakazowi § „1310 ust. 1“. Jest to reguła, która przysłała do skutku, jako rozwiązanie zadania, które miał spełnić prawnik, gdy mu przedstawiono pewną sytuację faktyczną i kazano złączyć z nią pewne skutki. Sytuacja faktyczna polegała na tem, że mężczyzna i kobieta, spokrewnieni, wymienili konsens w formie przez ustawę przepisanej. Prawnikiem rozwiązuje tę sytuację w ten sposób, że postanawia odmówić tej sytuacji skutków prawnych na przyszłość, te zaś, które faktycznie powstały od dnia wymienienia konsensu do dnia orzeczenia sądowego, że ta sytuacja faktyczna ma odmówione skutki prawne, odpowiednio modyfikuje, usuwa etc. To rozwiązanie wyraża prawnik zapomocą pojęć: „unieważnienie“, „małżeństwo“, „działanie wstecz“. Wszystko to są jednak tylko skrócone określenia, mające nie tylko tę wartość, że są skróceniem, ułatwiającem szybkie porozumienie, ale i tę wartość, że odrazu okazują mi związek między tą sytuacją, którą obecnie mam rozwiązać, a wszystkimi innymi, które rozwiązuję, używając również skrótów „unieważnienie“ etc.

Rozpatrując dany materiał w ten sposób, jak wyżej zaznaczyłem, zyskując samodzielność w badaniu i zwiększając gwarancję, że z tego materiału nic nie pozostawię bez rozwiązania.

Następujące sytuacje faktyczne winny być tutaj rozstrzygnięte:

A) Mężczyzna z kobietą żyją wspólnie w sposób, który na zewnątrz uchodzi za małżeństwo, nie oświadczyli jednak nigdy i nigdzie przyzwolenia na małżeństwo, albo złożyli to oświadczenie, lecz nie w sposób przepisany ustawą. Ta sytuacja faktyczna ma nazwę w literaturze „małżeństwo nie egzystujące, Nicht-Ehe“. Do stosunków takich należy: a) konkubinaty, b) żydowskie małżeństwo rytualne w Austrii, c) małżeństwo nieważne z powodu braku formy i niewpisane w rejestr małżeństw w Niemczech, d) tak zwane matrimonium conscientiae, wreszcie) związek dwóch osób, z których jedna okazuje się hermafrodytą. Taką „Nicht-Ehe“ staje się także nieważne małż. po unieważnieniu, jeżeli małżonkowie się nie rozeszli. Prawo zachowuje się wobec tych związków w ten sposób, że im odmawia wszelkich skutków, że ich nie uznaje

za małżeństwo. O konwalidacji tych związków nie ma mowy. Stwierdza to pr. kanoniczne w kan. 1140: „§ 1. Si in utraque vel alterutra parte deficiat consensus, matrimonium nequit sanari in radice, sive consensus ab initio defuerit, sive ab initio praestitus, postea fuerit revocatus. § 2. Quod si consensus ab initio quidem defuerit, sed postea praestitus fuerit, sanatio concedi potest a momento praestiti consensus“. Jeżeli strony chcą stworzyć małżeństwo, muszą je zawrzeć wedle przepisanej formy, oczywiście z wyjątkiem przypadku pod e, w którym wogóle nie może być mowy o małżeństwie. Stwierdza to pr. kanoniczne w kan. 1197: „Matrimonium nullum ob defectum formae, ut validum fiat, contrahi denno debet legitima forma. (Zwracamy uwagę, że w tem miejscu, o ile idzie o prawo niemieckie, mówimy o małżeństwie, które zawarte zostało wbrew przepisom o formie i nie zostało wpisane do rejestru małżeństw, o związku zaś wpisanym do rejestru małżeństw będziemy mówić później). Jeżeli przychodzi do zawarcia małżeństwa między osobami, które dotychczas żyły w takiej „Nicht-Ehe“, to zachodzi pytanie, czy istnieją pewne ułatwienia co do formy. Przedewszystkiem zaznaczyć należy, że do takiego przypadku nie odnosi się § 88 k. c. a., ani § 1324 ust. 2 k. c. n. Natomiast mogą mieć zastosowanie § 87 k. c. a., art. 47 l, 2 pr. m. Kr. Pol., § 1316 ust. 3 wreszcie kanony 1104 – 1107 c. i. can. Zacytowane wyżej paragrafy prawa cywilnego podane zostały w ust. mówiącym o zapowiedziach, tam także podaliśmy kanon 1105. Reszta kanonów odnoszących się do matrimonium conscientiae opiewa:

Can. 1105. Permissio celebrationis matrimonii conscientiae secumfert promissionem et gravem obligationem secreti servandi ex parte sacerdotis assistantis, testium, Ordinarii eiusque successorum, et etiam alterius coniugis, altero non consentiente divulgationi. Can 1106. Huius promissionis obligatio ex parte Ordinarii non extenditur ad casum quo vel aliquod scandalum aut gravis erga matrimonii sanctitatem iniuria ex secreti observantia immineat, vel parentes non curent filios ex tali matrimonio susceptos baptizari aut eos baptizandos curent falsis expressis nominibus, quid interim Ordinario intra triginta dies notitiam prolis susceptae et baptizatae cum sincera indicatione parentum praebeant, vel christianam filiorum educationem negligant. Can 1107. Matrimonium conscientiae non est adnotandum in consueto matrimoniorum ac baptizatorum libro, sed in peculiari libro servando in secreto Curiae archivo de quo in can. 379.

(Kan. 1105. Pozwolenie na zawarcie małżeństwa sumienia mieści w sobie przyrzeczenie i ściśle zobowiązanie do zachowania tajemnicy ze strony kapłana asystującego, świadków, ordynariusza i jego następców, a także jednego z współmałżonków, kiedy się drugi nie zgadza na rozgłoszenie. Kan. 1106. Zobowiązanie tego przyrzeczenia ze strony ordynariusza nie rozciąga się do wypadku, kiedyby jakie zgorzsenie albo ciężka obraza świętości małżeństwa

miały wyniknąć z zachowania tajemnicy, albo rodzice nie starali się o ochrzcenie dzieci z takiego małżeństwa zrodzonych lub dali je ochrzcić z podaniem fałszywych nazwisk, a tymczasem nie powiadomili ordynarjusza w ciągu dni trzydziestu o potomstwie zrodzonym i ochrzczonym z rzetelnym wymienieniem rodziców, albo nie dbali o wychowanie chrześcijańskie dzieci. Kan. 1107. Małżeństwa sumienia nie należy zapisywać w zwyczajnej księdze małżeństw i ochrzczonych, lecz w księdze osobnej przechowującej się w archiwum kurji (biskupiej) sekretnej, o której (jest mowa) w kanonie 379.)¹⁾

Ułatwienia polegają przeto w prawie cywilnem na zwolnieniu od zapowiedzi, w prawie kanonicznem zaś na zwolnieniu od zapowiedzi i na zachowaniu tajemnicy ślubów.

W grupie tej niema mowy o skardze o unieważnienie Związki tego rodzaju nie mogą być przedmiotem procesu małżeńskiego, a więc nic mogą być ani separowane ani rozwiedzione; dopuszczalna jest tylko skarga o ustalenie, że małżeństwo nie egzystuje. Osoby żyjące w takim stosunku, mogą zawierać małżeństwo z osobą trzecią, nie popełniając bigamji dzieci z takiego stosunku są nieślubne, stosunek taki nie wywołuje żadnych prawno-majątkowych skutków; ze związków takich nie powstaje powinowactwo, niema zastosowania § 160 k. c. a. i t. d.

B) Sytuacja faktyczna jest następująca: przyzwolenie na małżeństwo złożone zostało w sposób sprzeciwiający się przepisom o formie, ale mimo tego zapisaniem zostało do rejestru małżeństw. (Przypominamy, że nie wpisanie małż. do rejestru małżeństw nie czyni wedle pr. niem. małżeństwa nieważnem, nieważność przeto płynie z innych defektów formy, a fakt wpisanania, względnie niewpisanania ma znaczenie tylko dla konwolidacji). Przypadek ten ma znaczenie tylko w Niemczech. § 1324 ust 2. normuje ten przypadek w następujący sposób: „Jeżeli małżeństwo zostało zapisane do rejestru małżeństw i jeżeli małżonkowie, po zawarciu małż., przez 10 lat, lub jeżeli jeden z nich wcześniej umarł, aż do jego śmierci, jednak najmniej 3 lata, żyli ze sobą jako małżonkowie, to małżeństwo należy uważać jako ważne od początku. Przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli przy upływie 10 lat lub w czasie śmierci jednego małżonka wniesioną została skarga o nieważność“.

Z przepisu tego widzimy, jaka jest różnica między małżeństwem nieważnem z braku formy, które nie jest wpisane do rejestru małżeństw, a małżeństwem nieważnem z braku formy, ale wpisanem do rejestru małżeństw. Różnice te są następujące:

a) Małżeństwo zawarte wbrew przepisom o formie z § 1317, ale wpisane do rejestru małżeńskiego, może być unieważnione

¹⁾ Tłómaczenie X. Fijałka, l. c.

tylko zapomocą skargi o nieważność, § 1329, drugie zdanie k. c. n. Natomiast małżeństwo, zawarte wbrew przepisom § 1317 i niezapisane do rejestru małżeństw nie potrzebuje być atakowane przez skargę o nieważność.

b) Małżeństwo zawarte wbrew przepisom § 1317, ale wpisane do rejestru małżeństw, może być uleczone przez upływ czasu (konwalidowane), o czym właśnie mówi zacytowany drugi ust. § 1324. Natomiast związek sprzeciwiający się przepisowi § 1317 o formie małżeństwa i niezapisany do rejestru małżeństw, nie może być uleczone. Uleczenie pierwszego sprawia, że małżeństwo należy uważać za ważne od początku. Natomiast w drugim przypadku, gdy nie było wpisu do rejestru, późniejsze zawarcie małżeństwa już z zachowaniem formy wywołuje skutki *ex tunc*.

c) Do trzeciej grupy należą przypadki następujące: mężczyzna i kobieta składają w przepisanej formie zezwolenie na zawarcie małżeństwa, ale zezwolenie to było złożonym wskutek błędu, przymusu lub wogóle wśród takich okoliczności faktycznych, które wyżej określiliśmy z punktu widzenia przeszkód, jako przeszkody prawa prywatnego. Czy taka sytuacja faktyczna ma pociągać za sobą skutki prawne, zależy od jednostki, bo tutaj jej interes wchodzi w grę. Prawo konstruuje wówczas małżeństwo, jako umowę, i określa tylko granice, w których jednostka może żądać usunięcia skutków prawnych, powstałych wskutek złożenia zezwolenia na małżeństwo t. zn. prawo oznacza te punkty, w których umowa małżeńska różni się od umowy w ogóle. (Charakterystycznym jest, że *corpus iuris canonici* nie ujmuje błędu, *vim ac metum* i *conditionem* z punktu widzenia „przeszkód“ ale mówi o nich w rozdziale o *consensus*, przez co konstrukcję małżeństwa, jako umowy, o ile idzie o powstanie małżeństwa, konsekwentnie przeprowadza). Prawo daje wtedy interesowanemu małżonkowi skargę, którą kodeks niemiecki nazywa skargą o wzruszenie, inne zaś prawa skargą o unieważnienie. Ponieważ wniesienie tej skargi zależy od woli interesowanego, przeto zaniechanie jej sprawia, że małżeństwo wywołuje pełne skutki, jak gdyby zezwolenie nie było złożonym pod przymusem, wskutek obłądu etc.

Prawo rozstrzygnąć tu ma następujące kwestje:

a) czy stroną interesowana może tylko w pewnym czasie kresie wnieść skargę o unieważnienie, względnie o wzruszenie, czy też skargę tę może wnieść kiedykolwiek?

b) jeżeli zaniechała wniesienia skargi, czy ma być ponownym *consensus*?

c) jeżeli małżeństwo zostało unieważnionem, czyli jeżeli jak mówią prawnicy, małżeństwo uważa się za nieważne *ex tunc*, to jak należy postąpić z faktami, których nie można złagodzić, a które zaszły w czasie między zawarciem małżeństwa a wyrokiem unieważniającym.

Ad a) Najdokładniej odpowiada na to pytanie pr. niem., § 1339 k. c. n. postanawia: „Wzruszenie może nastąpić tylko w ciągu sześciu miesięcy. Czasokres zaczyna się w przypadkach § 1331 z chwilą, gdy ustawowy zastępca dowiaduje się o zawarciu lub o potwierdzeniu małż. lub gdy małżonek uzyskuje nieograniczoną zdolność do działania, w przypadkach §§ 1332 do 1334 z chwilą, gdy małżonek odkrywa błąd lub zmylenie, w przypadku § 1335 z chwilą, w której ustaje położenie przymusowe. Do czasokresu mają odpowiednie zastosowanie §§ 203, 206 o przedawnieniu“. Powołane wyżej §§ 1331 do 1335 k. c. n. opiewają:

§ 1131. Małżeństwo może być wzruszonym przez małżonka, który w czasie zawarcia małżeństwa, lub który w przypadku § 1325 w czasie potwierdzenia małżeństwa był w zdolności do działania ograniczony, jeżeli zawarcie małżeństwa lub potwierdzenie małżeństwa nastąpiło bez zezwolenia jego ustawowego zastępcy. (Powołany § 1325 opiewa: „Małż. jest nieważne, jeżeli jeden z małżonków był w czasie zawierania małż. nie zdolnym do działania lub znajdował się w stanie nieświadomości lub przemijającego naruszenia działalności umysłowej. Małż. należy uważać za ważne od początku, jeżeli małżonek potwierdza je po ustaniu niezdolności do działania, nieświadomości lub naruszenia działalności umysłowej, nim zostało uznane za nieważne lub zostało rozwiązane. Potwierdzenie nie wymaga formy przepisanej do zawarcia małżeństwa“). § 1332. Małżeństwo może być wzruszone przez małżonka, który przy zawarciu małżeństwa nie wiedział, że idzie o zawarcie małżeństwa, lub wprowadzie o tem wiedział, ale nie chciał złożyć oświadczenia, że chce zawrzeć małżeństwo. § 1333. Małżeństwo może być wzruszonym przez małżonka, który przy zawarciu małżeństwa pomylił się co do osoby drugiego małżonka, lub który pomylił się co do takich osobistych przymiotów drugiego małżonka, które przy znajomości stanu rzeczy i przy rozumnym ocenieniu istoty małżeństwa byłyby go wstrzymały od zawarcia małżeństwa. § 1334. Małżeństwo może być wzruszone przez małżonka, który skłonionym został do zawarcia małżeństwa przez podstępne zmylenie go co do takich okoliczności, które przy znajomości stanu rzeczy i przy rozumnym ocenianiu istoty małżeństwa byłyby go wstrzymały od zawarcia małżeństwa. Jeżeli wprowadzenia w błąd nie dopuścił się drugi małżonek, to małżeństwo jest tylko wtedy wzruszalne, jeżeli ten drugi małżonek wiedział przy zawarciu małżeństwa o wprowadzeniu w błąd. Na podstawie wprowadzania w błąd co do stosunków majątkowych wzruszenie nie ma miejsca. § 1335. Małżeństwo może być wzruszonym przez małżonka, który skłonionym został do zawarcia małżeństwa bezprawnie przez pogrózki.

W pr. austr. nie ma ściśle określonego czasokresu, jaki widzieliśmy wyżej w pr. niem. Wedle pr. austr. małżonek „traci

prawo“ wniesienia skargi wzruszającej, gdy wiedząc o okolicznościach, dających prawo skargi, potwierdzi małżeństwo wyraźnie lub milcząco. Przez milczące potwierdzenie rozumieć należy kontynuację małżeństwa, t. j. kontynuację spółkowania, przyczem słusznie się żąda, aby ta kontynuacja wykazywała pewną trwałość (wskutek tego w razie impotencji, tępoty umysłowej nie może być mowy o kontynuacji małż., a więc i o utracie „prawa skargi“, w razie zaś przymusu kobieta nie „traci“ wedle praktyki orzec. IX 3432 zb. G. U. W. „prawa“ skargi, dopóki nie uzyska separacji). Odnosny przepis, zawarty w § 96 k. c. a. opiewa: „Wogóle tylko niewinny małżonek ma prawo żądać, aby kontrakt małżeński był uznany za nieważny; traci jednak to prawo, jeżeli po uzyskaniu wiadomości o przeszkodzie kontynuował małżeństwo. Małż. zawarte samowolnie przez małoletniego lub zostającego pod opieką może być zaprzeczonem przez ojca lub przez opiekę tylko dopóty, dopóki trwa władza ojcowska lub opieka“.

W pr. małż. Kr. pol. znajdujemy o kwestji, którą się teraz zajmujemy, tylko fragmenty. I tak art. 87 postanawia: „Wszakże nie będzie przyjęta skarga strony domagającej się wyrzeczenia nieważności zawartego przez nią małżeństwa, wskutek doznanego przymusu, jeżeli zanieśioną została po upływie 18 miesięcy od chwili, w której przymus ustał, lub jeżeli przed upływem tego czasu spełnioną była przez nią dobrowolnie powinność małżeńska“. Art. 216 odnosi się także do naszej materji: „Skoro małżeństwo nie było za życia małżonków zaskarżone, jako nieważne, nie będzie już mogło być skarżonem po śmierci jednego z małżonków. O samej konwalidacji z wyjątkiem zacytowanego art. 87, który przepisuje utratę skargi, gdy małż. było kontynuowane (a więc zasadniczo przyjmuje konwalidację), nie zawiera zresztą pr. małż. Kr. pol. żadnych postanowień, obowiązują przeto tam przepisy prawa kanonicznego, które też poznać musimy bliżej.

Rozdział 11-ty poświęcony konwalidacji małżeństwa dzieli się na 2 artykuły. Pierwszy obejmuje kanony 1133—1137 i mówi o konwalidacji prostej (de convalidatione simpliciter), art. drugi obejmuje kanony 1138—1141 i mówi de sanatione in radice. Opiewają one:

Kan. 1133. § 1. Ad convalidandum matrimonium irritum ob impedimentum dirimens, requiritur ut cesset vel dispensetur impedimentum et consensus renovet saltem pars impedimenti conscia. § 2. Haec renovatio iure ecclesiastico requiritur ad validitatem, etiamsi initio utraque pars consensus prestiterit nec postea revocaverit. Kan. 1134. Renovatio consensus debet esse novus voluntatis actus in matrimonium quod constat ab initio nullum fuisse. Kan. 1135. § 1. Si impedimentum sit publicum, consensus ab utraque parte renovandus est forma iure praescripta. § 2. Si sit occultum et utriusque parti notum, satis

est ut consensus ab utraque parte renovetur privatim et secreto. § 3. Si sit occultum et uni parti ignotum, satis est ut sola pars impeditenti conscia consensum privatim et secreto renovet, dummodo altera in consensu praestito perseveret. Kan. 1136. § 1. Matrimonium irritum ob defectum consensus convalidatur, si pars quae non consenserat, iam consentiat, dummodo consensus ab altera parte praestitus perseveret. § 2. Si defectus consensus fuerit mere internus, satis est ut pars quae non consenserat interius consentiat. § 3. Si fuerit etiam externus, necesse est consensum etiam exterius manifestare, vel forma iure praescripta si defectus fuerit publicus, vel alio modo privato et secreto si fuerit occultus. Kan. 1137. Matrimonium nullum ob defectum formae, ut validum fiat, contrahi denuo debet legitima forma. Kan. 1138. § 1. Matrimonii in radice sanatio est eiusdem convalidatio secumferens, praeter dispensationem vel cessationem impeditenti, dispensationem a lege de renovando consensu, et retractionem, per fictionem iuris, circa effectus canonicos, ad praeteritum. § 2. Convalidatio fit a momento concessionis gratiae, retractio vero intelligitur facta ad matrimonii initium inisi aliud expresse caveatur. § 3. Dispensatio a lege de renovando consensu concedi etiam potest vel una tantum vel utraque parte inscia. Kan. 1139. § 2. Quodlibet matrimonium initum cum utriusque partis consensu naturaliter sufficiente, sed iuridice inefficaci ob dirimens impedimentum iuris ecclesiastici vel ob defectum legitimae formae, potest in radice sanari, dummodo consensus perseveret. § 2. Matrimonium vero contractum cum impedimento iuris naturalis vel divini, etiamsi postea impedimentum cessaverit, Ecclesia non sanat in radice, ne a momento quidem cessationis impeditenti. Kan. 1140 § 1. Si in utraque vel alterutra parte deficiat consensus, matrimonium nequit sanari in radice, sive consensus ab initio praestitus, postea fuerit revocatus. § 2. Quod si consensus ab initio quidem defuerit, sed postea praestitus fuerit, sanatio concedi potest a momento praestiti consensus. Kan. 1141. Sanatio in radice concedi unice potest ab Apostolica Sede.

Kanon 1133. § 1. Do uważnienia małżeństwa nieważnego z powodu przeszkody rozrywającej wymaga się, aby przeszkoda ustała albo była uchylona przez dyspenzę i przynajmniej jedna strona przeszkody świadoma ponowiła konsens. § 2. Tego ponowienia wymaga prawo kościelne do ważności, chociażby obie strony oświadczyły na początku (swoją) konsens i później (go) nie odwołały. Kanon 1134. Ponowienie konsensu winno być nowym aktem woli na małżeństwo, o którym wiadomo, że od początku było nieważne. Kanon 1135. § 1. Jeżeli przeszkoda jest publiczna, obydwie strony muszą odnowić konsens w formie przepisanej prawem. § 2. Jeżeli jest tajemna, a obu stronom znana, wystarczy, że obie strony ponowią konsens prywatnie i tajnie. § 3. Jeżeli jest tajemna a jednej stronie nieznaną, wystarczy, że sama strona

przeszkody świadoma ponowi konsens prywatnie i tajnie, skoro tylko druga trwa w konsensie (już oświadczonym). Kanon 1136. § 1. Małżeństwo nieważne z powodu braku konsensu zostaje uważnionem, jeżeli strona, która się nie była zgodziła, już się zgadza, skoro tylko trwa konsens oświadczony przez drugą stronę. § 2. Jeśli brak konsensu był czysto wewnętrzny, wystarczy, że strona, która się nie była zgodziła, zgodzi się wewnętrznie. § 3. Jeśli także był objawiony na zewnątrz, potrzeba objawić także konsensus zewnętrznie, albo w formie prawem przepisanej, jeżeli brak był publiczny, albo w inny sposób prywatny i tajny, jeżeli był tajemny. Kanon 1138. § 1. Sanacja małżeństwa u korzenia jest jego uważnieniem, mieszczącym w sobie oprócz dyspenzy albo ustania przeszkody, dyspensę od przepisu prawnego o ponowieniu konsensu (i nadto) działanie wstecz przez fikcję prawa, ze względu na skutki kanoniczne do przeszłości. § 2. Uważnienie następuje od chwili udzielenia łaski, działanie zaś wstecz rozumie się uczynione od początku małżeństwa, jeśli się inaczej nie zastrzeże wyraźnie. § 3. Dyspenza od przepisu prawnego o ponowieniu konsensu może być także udzielona, gdy albo jedna, albo jedna i druga strona jest nieświadoma. Kanon 1139. § 1. Jakiegokolwiek małżeństwo zawarte z konsensem stron obojga wystarczającym z prawa natury, ale prawnie bezskutecznym z powodu przeszkody rozrywającej prawa kościelnego albo z powodu braku formy prawnej, może być uzdrowione u korzenia, skoro tylko konsens trwa. § 2. Atoli małżeństwa zawartego z przeszkodą prawa naturalnego albo boskiego, chociażby potem przeszkoda ustała, Kościół nie uzdrawia u korzenia, nawet od chwili ustania przeszkody. Kanon 1140. § 1. Jeśli brak jest konsensu u stron obojga albo u jednej z nich, małżeństwo nie może być uzdrowione u korzenia, czy to że konsensu nie było od początku, czy też gdy oświadczony na początku został potem odwołany. § 2. Jeżeli zaś konsensu nie było od początku, lecz potem został oświadczony, sanacja może być udzielona od chwili udzielenia konsensu. Kanon 1141. Sanacji u korzenia może jedynie udzielić Stolica Apostolska¹⁾.

Zacytowane wyżej kanony mówią o dwóch instytucjach: konwalidacja prosta różni się tem od sanatio in radice, że przy pierwszej potrzebnem jest odnowienie konsensu, druga zaś polega właśnie na uwolnieniu od odnowienia konsensu. Założeniem instytucji, która się nazywa sanatio in radice, jest zaistnienie i trwanie konsensu, nieważność zaś płynie z przeszkody zrywającej prawa kościelnego lub z powodu braku ustawowej formy, byle, powtarzamy, consens ów trwał.

Inaczej rzecz się ma z konwalidacją prostą. Nieważność wypływać tutaj może, albo α) z przeszkody zrywającej, albo

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

β) z braku formy, albo wreszcie γ) z braku zezwolenia. Konwalidacja następuje: α) jeżeli przeszkoda zrywająca ustała lub udzielono co do niej dyspenzy, β) jeżeli małżeństwo zawarto w ustawowej formie, wreszcie γ) jeżeli zezwolenie nastąpiło, ale we wszystkich trzech przypadkach konsens musi być odnowiony.

Do grupy, którą obecnie omawiamy, odnosi się kanon 1136. Mówi on właśnie o przypadkach, gdy małżeństwo zawarte zostało w ustawowej formie, ale brakowało konsensu, bo jedna strona nie zezwoliła na małżeństwo (n. p. z powodu błędu, przymusu i t. d.). Konwalidacja następuje, jeżeli ta strona już się zgadza (oczywiście druga strona musi trwać przy swoim pierwotnym zezwoleniu na małżeństwo). Idzie teraz o to, aby konsens był odnowiony. Otóż kanon 1136 odróżnia, czy brak konsensu był czysto wewnętrznym, czy też był zewnętrznym. W pierwszym przypadku wystarczy, jeżeli strona, która się nie godziła na małżeństwo, zgodzi się obecnie wewnątrznie. W drugim przypadku, t. j. jeżeli brak konsensu był zewnętrznym, należy odróżnić, czy ten zewnętrzny brak był publiczny, czy tajny. W pierwszym przypadku t. j. jeżeli zewnętrzny brak był publiczny, odnowienie musi nastąpić we formie przepisanej prawem. W drugim przypadku t. j. jeżeli ten zewnętrzny brak był tajnym, odnowienie winno nastąpić w inny sposób, prywatny i tajny.

Z powyższego przedstawienia wynika jedna tylko rzecz, jako pewna, mianowicie, że odnowić konsens ma tylko ta strona, która dotychczas nie godziła się na małżeństwo, a obecnie się na nie już godzi, że przeto nie potrzebnym jest ponowienie zezwolenia obydwóch stron. Poza tem kanon 1136 pozostawia nasuwające się tu kwestje nie rozstrzygniętymi, wskutek czego uciec się należy do interpretacji. Wiedzie ona do tego, że wyrażenie „interius consentiat“ w § 2 kanonu 1136 rozumiemy jako spełnienie aktu małżeńskiego, lub jako wspólne mieszkanie, a więc to, co kodeks austriacki w § 96 nazywa kontynuacją małżeństwa. Jeżeli brak konsensu był zewnętrzny i publiczny, to, jak już wiemy, odnowienie ma nastąpić we formie przepisanej prawem, co znaczyć winno, że strona, która się dotąd nie zgadzała na małżeństwo, a obecnie się zgadza, ale tylko ona jedna, ma stanąć przed duszpasterzem i wobec dwóch świadków powinna odnowić konsens. Natomiast jeżeli brak konsensu był zewnętrzny, ale tajny, to odnowienie może nastąpić przez copula carnalis, lub przez dobrowolne wspólne zamieszkanie.

Czy i jaka zachodzi różnica w tej kwestji między prawem austriackim, a prawem kanonicznym? Porównanie jest przez to utrudnione, że prawo austriackie ujmuje sprawę z punktu widzenia unieważnienia małżeństwa, któremu brak konsensu, prawo kanoniczne zaś ujmuje sprawę z punktu widzenia od-

nowienia konsensu. Różnica uwydatnia się już w tem, że prawo austriackie wyznacza czynną rolę stronie niewinnej, jako mającej prawo skarżyć, prawo kanoniczne zaś wyznacza czynną rolę stronie, która dotychczas nie godziła się na małżeństwo, a obecnie się na nie godzi. Jednak § 96 mówi, że „prawo skargi traci“ strona niewinna, jeżeli po dowiedzeniu się o przeszkodzie kontynuowała małżeństwo. Kontynuacja małżeństwa ma znaczenie konsensu, który prawo kanoniczne nazwałoby wewnętrznym, prywatnym, tajnym. W gruncie rzeczy przeto schodzą się te dwa prawa w oznaczeniu osoby, która odegrać tu ma czynną rolę: jest nią ta osoba, która dotychczas nie godziła się na małżeństwo, a obecnie przez kontynuację małżeństwa godzi się na nie. Gdzież więc tkwi różnica między prawem austriackim a kanonicznym?

Widzę ją tylko w tem, że prawo kanoniczne obok renowacji konsensu przez copula carnalis, lub cohabitatio przepisuje w pewnych przypadkach renowację publiczną. Ale prawo austriackie jej nie wyklucza. Wyrażenie § 96 „traci prawo żądania, aby małżeństwo uznane zostało za nieważne“ jest konsekwencją tego, że prawo austriackie, jakieśmy mówili, ujęło sprawę z punktu widzenia konsensu, w gruncie rzeczy jednak sytuacja jest jedna i ta sama, a mianowicie: i w prawie austriackim i w prawie kanonicznym umowa nie przyszła do skutku, bo jedna strona była w błędzie, pod przymusem etc.; sytuacja się zmienia, bo ta strona godzi się na małżeństwo; jeżeli tylko w sposób jawny lub tajny (przez kontynuację małżeństwa) objawiła to, to umowa powstaje, ważna i skuteczna. Jeżeli się przeto mówi, że wówczas strona „traci prawo skargi“, to tylko dlatego, że się pamięta o poprzednim stadium, w którym umowy nie było. Zupełnie jednak to samo odmalowaniem jest przez wyrażenie, jakiego używa prawo kanoniczne: „małżeństwo konwaliduje się, jeżeli strona, która się na nie nie godziła, obecnie się już na nie godzi“.

Reasumując, podnosimy, że „kontynuacja małż.“, o której mówi § 96 k. c. a., jest renowacją konsensu, że przeto niema różnicy między pr. kan. (i pr. małż. Kr. p., bo przyjmuje, że ono idzie w sprawie konwalidacji za pr. kan.), a pr. austr. w konstrukcji konwalidacji, o ile idzie o sytuację, które określamy z punktu widzenia „pzeszkód“, jako przeszkody iuris privati. Tak samo i w tem zgadza się pr. kan. (w pr. m. K. p. jest jeden wyjątek co do przymusu p. wyżej cytowany art. 87) z austr., że terminu do wniesienia skargi nie oznacza kalendarzowo, jak to czyni pr. niem. Zasadniczo co do konstrukcji zajmuje prawo niem. takie same stanowisko w tej kwestji. Wedle § 1337 i nast. k. c. n. małż. nie może być wzruszonym, jeżeli zostało „potwierdzonym“, a zaniechanie wniesienia skargi w czasokresie wyznaczonym przez § 1333 k. c. n. nie jest ni-

czem innym, jak potwierdzeniem małż., jak odnowieniem konsensu.

Powyższy pogląd może być wypróbowanym na kwestji, kto ma legitymację do wniesienia skargi wzruszającej i czyje potwierdzenie małżeństwa, zawartego z przeszkodą *iuris privati*, wyklucza tę skargę. Jest to jedna z najtrudniejszych kwestji dla pr. austr. W pr. niem. natomiast jest szczegółowo unormowana. W pr. m. K. p. odnajdujemy tylko fragmenty, w pr. kan. dla najzawilszych części tej kwestji nie znajdujemy oparcia w pozytywnych przepisach.

W prawie austriackiem mamy trzy określenia legitymacji czynnej:

a) § 94 k. c. a. wylicza przeszkody *iuris publici*, potem zaś mówi: „w wszystkich innych przypadkach musi się oczekiwać prośby ze strony tych, którzy przez małż. zawarte z przeszkodą zostali pokrzywdzeni w swych prawach“.

β) § 95 k. c. a. daje określenie negatywne, bo wymienia stronę, której nie służy skarga. Czyni to w następujący sposób: Małżonek, który wiedział o błędzie w osobie lub o bojaźni, o którą druga strona przyprawiona była; tudzież małżonek, który zataił okoliczność, iż podług § 49, 50, 51, 52 i 54 sam z własnej woli nie może zawierać ważnego małżeństwa, lub zmyślił potrzebne dla siebie zezwolenie, nie może z powodu własnej bezprawnej czynności, zaskarżać małżeństwa o nieważność.

γ) 96 k. c. a. daje wreszcie ogólną regułę w słowach: W ogólności tylko niewinnej stronie służy prawo żądać uznania nieważności małżeństwa, lecz i ta nie może już więcej wnosić takiej skargi, jeżeli pomimo otrzymanej wiadomości o zachodzącej przeszkodzie, dalej w pożyciu małżeńskim zostawała. Dopóki trwa władza ojcowska lub opieka, ojciec lub opiekun może zaskarżyć małżeństwo zawarte samowolnie przez małoletniego lub zostającego pod opieką.

Zachodzi pytanie, jaki jest stosunek między § 94 a 96 k. c. a., które tak są zredagowane, że należałoby przyjąć, iż oba zawierają ogólne znamiona, które razem wskazują powoda. Drugie pytanie, które się tu nasuwa, odnosi się do kwestji, czy w sytuacjach, któreśmy określili, jako przeszkody *iuris privati*, jest w każdej z nich strona „pokrzywdzona w swych prawach“, np. kto jest pokrzywdzony w swych prawach, gdy małż. ma być wzruszonym z braku zapowiedzi? Jeżeli przyjmiemy, że oba kryteria t. j. i pokrzywdzenie i brak winy muszą razem zachodzić, to nie przyznamy skargi żadnemu z małżonków, gdy oboje wiedzieli o przeszkodzie, zawierając małżeństwo (tak też orzec. 5 909 zb. G. U. W.), choćby jeden był pokrzywdzony w swych prawach. Wyraźnie jest to powiedziane w razie *impregnatio a tertio* § 58 k. c. a., gdzie się wymaga, aby mąż nie wiedział o ciąży, przy zawarciu małż. (wedle orzec.

15988 przeciwna strona ma udowodnić, że mąż wiedział o ciąży, wedle orzec. IX. 3390 zb. G. U. W. „podejrzanie“, że żona jest ciężarną, nie wyklucza prawa skargi). Tam, gdzie niema strony pokrzywdzonej, należy przyznać skargę oby dwom małżonkom, jeżeli oboje są bez winy (tak co do zapowiedzi orzec. XIII. 5112 zb. G. U. W.). Tu jednak zaraz nasuwa się kwestja, czy nieznanostwo ustaw uniewinnia, czy nie? Praktyka stale odpowiada, że nie uniewinnia (np. XIII. 5112, XII. 4653 zb. G. U. W.), przez co np. już przy zapowiedziach, użycie skargi jest ścięsnione. Na tej podstawie np. orz. 4974 zb. G. U. W. odmawia małoletniemu skargi, który, wiedząc o swej małoletności, zawarł małż., choćby wedle orzec. 4974 zb. G. U. W. nie postępował dolose.

Zasady, wypowiedziane w §§ 94, 95 i 96 k. c. a. odnoszą się do wszystkich sytuacji faktycznych, któreśmy określili z punktu widzenia przeszkód, jako przeszkody iuris privati. Jeszcze ogólniej ujmuje tę rzecz pr. kan., bo stawia zasady dla wszystkich przeszkód, tak iuris publici, jak iuris privati. Odnosne przepisy opiewają:

Kan. 1970. Tribunal collegiale nullam causam matrimonialem cognoscere vel definire potest, nisi regularis accusatio vel iure facta petitio praecesserit. Kan. 1971. §. 1. Habiles ad accusandum sunf: 1o Coniuges, in omnibus causis separationis et nullitatis, nisi ipsi fuerint impedimenti causa; 2o. Promotor iustitiae in impedimentis natura sua publicis. §. Reliqui omnes, etsi consanguinei, non habent ius matrimonialia accusandi sed tantummodo nullitatem matrimonii Ordinario vel promotori iustitiae denuntiandi. Kan. 1972. Matrimonium, quod, utroque coniuge vivente, non fuerit accusatum, post mortem alterutrius vel utriusque coniugis ita praesumitur validum fuisse, ut contra hanc praesumptionem non admittatur probatio, nisi incidenter oriatur quaestio. Kan. 1913. Soli coniuges ius habent petendi dispensationem super matrimonio rato et non consummato.

Kanon 1970. Trybunał kolegjalny nie może żadnej sprawy małżeńskiej rozpoznawać ani orzekać, jeśli naprzód nie nastąpi zaskarżenie prawidłowe albo prośba prawnie wniesiona. Kanon 1971. § 1. Do zaskarżenia są zdolni: 1o Małżonkowie we wszystkich sprawach separacji i nieważności, o ile nie byłiby oni przyczyną przeszkody; 2o Promotor sprawiedliwości w przeszkodach z natury swojej publicznych. § 2. Wszyscy inni, chociażby krewni, nie mają prawa zaskarżać małżeństwa, lecz tylko donieść o nieważności małżeństwa ordynarjuszowi albo promotorowi sprawiedliwości. Kanon 1972. Wążność małżeństwa, które za życia obu współmałżonków nie było zaskarżone, po śmierci jednego z nich lub obojga przyjmuje się do tego stopnia za wążne, iż przeciwko temu przypuszczeniu nie dopuszcza się dowodzenia, chyba że wypadkowo zajdzie powątpiewanie. Kanon 1973. Tylko sami mał-

żonkowie mają prawo prosić o dyspensę od małżeństwa prawnego a nie spełnionego ¹⁾).

W kwestji przeszkód iuris privati § 1, l. 1. kan. 1971 pozwala na stwierdzenie, że ¹⁰ oboje małżonkowie mają prawo skargi, ale ²⁰ jeżeli sami nie wywołali przeszkody; czyli jeżeli są niewinni. Jest to więc to samo stanowisko, które zajmuje pr. austr. (Możliwość skargi ze strony także tego małżonka, który nie był w błędzie, nie był pod przymusem etc., przyjmuje także § 1 kan. 1136, bo mówi, że małż. się konwaliduje, gdy małżonek dotąd nie godzący się, obecnie się już godzi, jednak byle drugi trwał przy swym konsensie, a więc może zmienić swą wolę, czego objawem jest skarga). Ogólnej zasady nie daje pr. Kr. p. i pr. niem.

Trzeba więc omówić poszczególne przypadki:

α) Jeżeli zezwolenie na małżeństwo nastąpiło wskutek błęd u, to zachodzi pytanie, czy skargę o wzruszenie małżeństwa ma tylko „błądzący“, czy także i druga strona? Wedle prawa austriackiego nie jest wykluczone przyznanie skargi także drugiemu małżonkowi, jeżeli tylko zachodzą wymienione wyżej kryteria z §§ 94, 95 i 96 k. c. a.. Jednakowoż nasuwa się zaraz trudność: czy ten drugi małżonek ma skargę o wzruszenie nawet wówczas, jeżeli znajdujący się w błędzie małżonek potwierdził małżeństwo, a więc skargę stracił. Na to nie ma odpowiedzi w żadnym pozytywnym przepisie. Wedle mnie daleko lepiej jest uzasadnioniem stanowisko kodeksu cywilnego niemieckiego, który w § 1333 (zacytowaliśmy go wyżej) przyznaje skargę tylko małżonkowi znajdującemu się w błędzie, przyczem kwestja winy nie odgrywa roli. Pr. kan. zajmuje, jak z § 1. l. 1. kan. 1971 wynika, takie stanowisko, jak pr. austr. Natomiast pr. m. Kr. pol. w art. 86 staje na stanowisku, które obecnie zajmuje pr. niem., bo skargę przyznaje tylko tej stronie, „która prawnego zezwolenia na małż. nie oświadczyła“.

β) Zupełnie to samo odnosi się do przypadku vis a c met u s. I tutaj prawo niemieckie przyznaje w § 1335 skargę temu, który przez groźbę został do zawarcia małżeństwa skłoniony. Pr. małż. Kr. p. zajmuje takie samo stanowisko, jak przy błędzie (art. 86), z tym jednak dodatkiem, że art. 87 (wyżej podany) wyznacza termin do wniesienia skargi.

γ) Prawo niemieckie zna jeszcze skargę o wzruszenie w przypadku braku woli zawarcia małżeństwa, w razie p o d s t ę p n e g o z m y l e n i a. §§ 1332 i 1334 rozstrzygają te przypadki konsekwentnie z powyższemi. P. w. zacytowane §§ 1332 i 1334. Tak samo w razie braku zezwolenia pr. m. Kr. p., którego art. 86 mówi: „Wyrzeczenie nieważności małż., które zawartem zostało, chociaż nie było zezwolenia,

1) Tłómaczenie X. J. Fijalka l. c.

może być żądaniem tylko przez stronę, która prawnego zezwolenia na małż. nie oświadczyła“.

δ) Najbardziej zawikłaną jest sprawa wzruszenia małżeństwa w tych wszystkich przypadkach, gdzie wchodzi w grę wiek... Przypomnijmy sobie stan rzeczy. W prawie austriackim do 14 roku życia nie może być zawarte ważne małżeństwo, do ukończonego dwudziestego czwartego zaś roku życia potrzeba zezwolenia ojca względnie oświadczenia zwyczajnego zastępcy i zezwolenia władzy sądowej. Jedna tylko kwestja jest pozytywnie rozstrzygniętą. Mianowicie d. n. w 17. VI. r. 1825 l. 2112 zb. u. s. mówi wyraźnie, że władza opiekuńcza niema prawa wzruszenia małżeństwa. Wysłuliśmy wyżej z § 96 wniosek, że małoletni, który wiedząc o swej małoletności zawarł małżeństwo, nie ma prawa wnosić skargi. Wreszcie § 95 postanawia, że niema prawa skargi małżonek, który zataił okoliczność, iż nie może wedle §§ 49, 50, 51, 52 i 54 sam zawrzeć ważnego małżeństwa lub który sfałszował wymagane zezwolenie 3-ciej osoby. Zresztą wszystkie inne kwestje, które się tu nasuwają, nie są pozytywnie rozstrzygnięte. Zawikłanie sytuacji wynika z następujących powodów:

αα) Czy prawo wniesienia skargi służy tak małoletniemu, jak ojcu względnie opiekunowi, niezależnie od siebie, czy też jednemu z nich;

ββ) Kto ma prawo potwierdzić małżeństwo; jeżeli to uczyni n. p. małoletni, czy mimo tego ojciec względnie opiekun ma prawo wzruszyć małżeństwo, wreszcie

γγ) czy w razie małżeństwa zawartego przez małoletniego 2-ga stroną, własnowolna, ma prawo wnieść skargę wzruszającą małżeństwo.

ad αα) Prawo wniesienia skargi należy przyznać ojcu względnie opiekunowi, nawet wbrew woli dziecka, ale nie tylko na podstawie §-u 96 k. c. a., lecz także dlatego, że inaczej wymaganie, aby na zawarcie małżeństwa przyzwolili, byłoby iluzoryczne. Niezależnie od prawa ojca względnie opiekuna, a więc nawet wbrew ich woli, ma prawo wniesienia skargi małżonek, który zawarł małżeństwo bez zezwolenia ojca względnie sądu. Prawo to służy mu w granicach §§ 94, 95 i 96 k. c. a. i na podstawie tych paragrafów, które mu je wyraźnie dają. Pr. małż. Kr. p. w art. 86 postanawia: „Wyrzeczenie nieważności małż., zawartego przez mężczyznę przed skończeniem lat 14, wyrzeczenie nieważności małż. zawartego przez kobietę przed skończeniem lat 12, tudzież małż. zawartego przez osobę cierpiącą pomieszanie zmysłów, może być żądaniem przez obiedwie strony, a jeżeli te są nieletnie lub bezwłasnowolne, przez ich ojca, matkę lub opiekunów“, z paragrafu tego wynikałoby, że ojciec, matka, lub opiekun mogliby skargę wnieść tylko wtedy, gdy małżonkowie są nieletni, lub bezwłasnowolni i na odwrót nieletni i bezwłasnowolni małżonkowie

nie mogą sami wnieść skargi, a tylko ojciec ich. Jednak art. 90 nasuwa wątpliwości, bo postanawia: „Wszakże rodzice i opiekunowie nie mogą w powyższych przypadkach zaskarżać małż., jeżeli oni swe udzielili pozwolenie“. Jeżeli do tego dodamy jeszcze art. 89, który postanawia, że „wyrzeczenia nieważności małż., zawartego mimo przeszkód, w oddziale drugim niniejszego rozdziału opisanych, dyspenzą zwierzchności duchownej nie usuniętych, mogą domagać się o biedwie strony, a jeżeli strony są nieletnie, ich rodzice i opiekunowie“, to otrzymamy następujący stan rzeczy: mogą wnieść skargę:

1. w przypadku określonym przez art. 35 tylko małżonkowie, gdy są pełnoletni i własnowolni, a tylko ojciec etc., gdy małżonkowie są nieletni lub bezwłasnowolni;

2. w przypadkach §§ 86, 87 (błąd i przymus) i 88 (impotencja) tylko małżonek to jeden;

3. we wszystkich innych przeszkodach iuris privati tylko małżonkowie, jeżeli są pełnoletni i własnowolni, a tylko ojciec etc., jeżeli małżonkowie są nieletni i bezwłasnowolni, jednakowoż tak w tym przypadku, jak i w cmówionym wyżej pod 1), ojciec etc. nie ma skargi, jeżeli na małż. zezwolił. Jak to rozumieć, wyjaśnia artykuł 91 (p. niżej). W każdym razie należy stwierdzić, że są przypadki, gdy nieletni i bezwłasnowolni mają sami tylko skargę.

ad $\beta\beta$) Że małżonek, który zawarł małż bez zezwolenia ojca wzgl. opiekuna, ma prawo potwierdzić je, to wynika jasno z §§ 94, 95 i 96 k. c. a., jasnym jest jednak także i to, że gdy „potwierdzenie pojętem jest jako kontynuacja małż.“, może wyjść tylko od małżonka. Ojciec względnie opiekun może tylko zaniechać skargi w tych przypadkach, gdy mu ona służy. To samo należy powiedzieć o prawie małż. Kr. p.

ad $\gamma\gamma$) Na podstawie §§ 94 do 96 k. c. a. nie można wykluczyć drugiego małżonka, jeżeli kryteria tych paragrafów odnoszą się do niego, od prawa skargi. Jednakże ta sama trudność, o której mówiliśmy wyżej, powtarza się i tutaj: czy to jego prawo gaśnie, gdy małżonek małoletni potwierdził małż.? Względy słuszności przemawiają za tem, ale przepisu pozytywnego niema. Stan rzeczy w pr. m. Kr. p. przedstawiliśmy pod $\alpha\alpha$).

Wedle pr. niem., jak już wiemy, do uzyskania pełnoletności małż. niezdolnych do działania jest nieważne, do małż. zaś niezdolnych w sposób ograniczony potrzeba pod sankcją nieważności zezwolenia ustawowego zastępcy. Pr. niem. odpowiada na wyżej postanowione pytanie wprost:

ad $\alpha\alpha$) W tej sytuacji należy odróżnić następujące ewentualności:

$\alpha\alpha\alpha$) W razie ograniczonej niezdolności do działania nie potrzebuje małżonek zezwolenia swego ustawowego zastępcy do wniesienia skargi o wzruszenie małż., § 1336 ustawy 1 k. c. n.

βββ) W razie zupełnej niezdolności do działania skargę wzruszającą może wnieść ustawowy zastępca małżonka, jednak potrzebuje do tego zezwolenia sądu opiekuńczego, § 1336 ust. 2 zdanie 1. k. c. n.

γγ) Małż. było zawarte przez zupełnie niezdolnego. Po ustaniu niezdolności zupełnej zostało potwierdzone przez małżonka, który jednak w czasie tego potwierdzenia był jeszcze w stanie ograniczonej niezdolności, a na potwierdzenie małż. nie uzyskał zezwolenia swego ustawowego zastępcy. Otóż w takim przypadku nie ma zastosowania reguła przedstawiona pod *ααα*), ale wedle § 1336 ust. 2 zdania 2, k. c. n. skargę może wnieść tylko ustawowy zastępca i to bez zezwolenia sądu opiekuńczego.

Odnoszący się do tej kwestji § 1336 k. c. n. opiewa:

„Wzruszenie małż. nie może nastąpić przez zastępcę. Jeżeli uprawniony do wzruszenia małżonek jest ograniczony w zdolności do działania, to nie potrzebuje zgody swojego ustawowego zastępcy.

„Za niezdolnego do działania małżonka może wzruszyć małż. jego ustawowy zastępca z przyzwoleniem sądu opiekuńczego. W przypadkach § 1331 małż. może wzruszyć tylko ustawowy zastępca małżonka uprawnionego do wzruszenia, dopóki ten ostatni jest ograniczony w zdolności do działania“.

Ad *ββ*) Drugą stroną tej kwestji stanowi pytanie, kto może potwierdzić małż.? Rozstrzyga je § 1337 k. c. n. w ten sposób, że małż. nieważne z powodu braku zezwolenia zastępcy ustawowego może potwierdzić tylko on sam dopóty, dopóki małżonek nie uzyska pełnej zdolności do działania. Z tą chwilą już tylko małżonek może potwierdzić małż. Powołany § 1337 k. c. n. opiewa:

„Wzruszenie małżeństwa jest w przypadkach § 1331 wykluczone, jeżeli ustawowy zastępca przyzwolił na małżeństwo, lub jeżeli uprawniony do wzruszenia małżonek, gdy stał się nieograniczenie zdolnym do działania, potwierdził małżeństwo. Jeżeli ustawowym zastępcą jest opiekun, to przyzwolenie, jeżeli go opiekun odmówił, może być na wniosek małżonka zastąpione przez sąd opiekuńczy; sąd opiekuńczy ma zastępczo zezwolić na małżeństwo, jeżeli utrzymanie małżeństwa jest w interesie małżonka. W przypadkach §§ 1332—1335 wzruszenie jest wykluczone, jeżeli uprawniony do wzruszenia małżonek potwierdzi małżeństwo po odkryciu błędu, lub zmylenia, lub po ustaniu położenia przymusowego. Przepisy § 1336 ust. 1 mają zastosowanie także do potwierdzenia“. Cytujemy jeszcze kilka następnych paragrafów, rozstrzygających pewne szczegóły:

§ 1338. Wzruszenie jest wykluczone po rozwiązaniu małżeństwa, chyba, że rozwiązanie nastąpiło przez śmierć tego małżonka, który nie był uprawnionym do wzruszenia małżeństwa.

§ 1340. Jeżeli ustawowy zastępca małżonka niezdolnego do

działania nie wniósł na czas skargi o wzruszenie małżeństwa, to po ustaniu niezdolności do działania małżonek może już sam wzruszyć małżeństwo w równy sposób, jak gdyby był bez ustawowego zastępcy. § 1341. Wzruszenie następuje, dopóki małżeństwo nie jest rozwiązane, przez wniesienie skargi wzruszającej. Jeżeli skarga została cofnięta, to należy uważać, że wzruszenie nie nastąpiło. Tak samo ma się rzecz, jeżeli wzruszone małżeństwo, nim zostało uznane za nieważne lub zostało rozwiązane, zostało wedle § 1337 przyzwolone lub potwierdzone. § 1342. Jeżeli małżeństwo zostało rozwiązane przez śmierć małżonka, który nie był uprawniony do wzruszenia, to wzruszenie następuje przez oświadczenie wobec sądu spadkowego; oświadczenie należy złożyć w formie uwierzytelnionej publicznie. Sąd spadkowy winien zakomunikować oświadczenie tak temu, który w razie ważności małżeństwa, jak też i temu, który w razie nieważności małżeństwa jest dziedzicem zmarłego małżonka

Ad γγ). Jak wyżej przedstawiono, pr. niem. rozstrzyga wyraźnie kwestję, które się tutaj nasuwają. O prawie skargi własnowolnego małżonka nic nie mówi, nie można jej też dopuścić.

ε) W razie impotencji w pr. austr. należy, konsekwentnie z innymi przypadkami przeszkód *inris privati*, przyznać skargę obom małżonkom w granicach §§ 94—96 k. c. a. W pr. niem. impotencja może podpadać pod błąd, zastosować więc należy wyłożone tam zasady. W pr. m. Kr. p. rzecz jest wyraźnie rozstrzygnięta w art. 88: „nieważność małż., wynikająca z niemocy fizycznej jednej ze stron, może być wyrzeczona również tylko na żądanie drugiej strony“.

ζ) W pr. austr. brak zapowiedzi daje skargę i jednemu i drugiemu małżonkowi, ale w granicach §§ 94—96 k. c. a. to jest o ile wina nie wyklucza skargi. W pr. Kr. p., gdzie brak formy jest w całości przeszkodą *iuris priv.*, sprawa jest rozstrzygnięta przez art. 91:

„Skarga o unieważnienie małż. z powodu, że ślub dany był przez duchownego niewłaściwego, nie mającego na to upoważnienia od przełożonego parafji jednego z małżonków lub od władzy djecezalnej, niemniej skarga o unieważnienie małż. z powodu, iż ślub dany był w nieobecności dwóch przynajmniej świadków, zanieśioną być może przez każdego z małżonków, a w razie nieletności tychże, przez ich rodziców i opiekunów, jeżeli ci wszakże nie upoważnili swem pozwoleniem małżeńskiego związku“.

η) W razie *impregnationis a tertio* skargę ma mąż, jeżeli o ciężarzości nie wiedział.

ad b) Po długiej okrężnej podróży wracamy do punktu, z którego, już bez epizodów, będziemy mogli wywód nasz kontynuować.

Mówimy o grupie C) sytuacji taktycznych. Z punktu widzenia przeszkód przedstawiają się one, jako małżeństwa zawarte mimo przeszkód *iuris privati*. Sytuacje te konstruuje prawo, jako umowę, z której dla stron wypływa skarga. Strona może zaniechać wniesienia skargi, a wówczas otwiera się pole do różnych konstrukcji. Ustawy, które rozbieramy, noszą na sobie ślady takich rozmaitych konstrukcji. Powstają też rozmaite określenia stosownie do tego, jaka konstrukcja służy za podstawę danej reguły prawnej, stosownie do tego, z jakiego punktu widzenia jeden lub drugi kodeks na sprawę patrzy. Jedna ustawa mówi o „utracie skargi“ inna o „potwierdzeniu małżeństwa“ inna o „konwalidacji małżeństwa“ inna o „uważeniu małżeństwa“ i t. d. W tym stanie rzeczy wychodząc z konstrukcji umowy i skargi, zadaliśmy sobie trzy pytania: Czy skargę może strona wnieść tylko w pewnym czasokresie, czy w razie zaniechania skargi należy odnowić consensus; wreszcie w razie wniesienia skargi ze skutkiem, co się dzieje z następstwami, które pociągnęło za sobą zawarcie małżeństwa, a które nie dadzą się zgładzić.

Dotychczas omawialiśmy pierwsze pytanie i staraliśmy się wykazać, że mimo rozmaitych konstrukcji i mimo ujmowania rzeczy z różnych punktów widzenia, wszystkie ustawodawstwa stoją na jednym gruncie, jeżeli na rzecz będziemy patrzeć nie poprzez jakieś pojęcia i konstrukcje prawnicze, ale jeżeli na rzecz będziemy patrzeć jako na sytuację faktyczną.

Jakże się ta sytuacja faktyczna przedstawia? Strony oświadczają zezwolenie na małżeństwo, ale jedna ze stron, oświadczając swą wolę zawarcia małżeństwa, uczyniła to z błędu, albo pod przymusem, albo bez zezwolenia ojca, chociaż jest małoletnią i t. d. Cóż dalej? Albo ten małżonek, który był w błędzie, pod przymusem etc., pod wpływem n. p. pewnych wiadomości lub w razie ustania przymusu etc., żąda uznania, że on nie złożył zezwolenia na zawarcie małżeństwa, i wskutek tego żąda wysnucia konsekwencji z takiego stanu rzeczy. Albo też małżonek, który dotychczas nie godził się na małżeństwo, bo właśnie był w błędzie, pod przymusem etc., godzi się już nadal na to małżeństwo. Taka jest sytuacja faktyczna, którą ustawy mają ubrać we formę prawniczą, ale taką formę, która by wszystkie nasuwające się tutaj ewentualności i kwestje szczegółowe rozstrzygnęła. Temu dążeniu należy przypisać wszystkie pojęcia prawnicze, wszystkie konstrukcje, które na tem tle powstały. My jednak widzimy w nich wszystkich pewne wspólne punkty. I tak: Jeżeli małżonek nie wnosi skargi, ale małżeństwo kontynuuje przez dalsze obcowanie małżeńskie, to widzimy w tem, że godzi się na małżeństwo, na które pierwotnie się nie godził. Czy to będzie się nazywać potwierdzeniem małżeństwa, czy utratą skargi, czy konwalidacją małżeństwa, to jest rzecz drugorzędna. Idzie o to, aby wszystkie kwestje, które się tu nasu-

wają były rozstrzygnięte, a więc, aby rozstrzygnięto pytanie, czy do wniesienia skargi jest jakiś czasokres, czy też skarga ma wisieć ciągle nad małżeństwem, jak miecz Damoklesa; dalej czy skargę ma jeden małżonek, a wówczas który, czy obaj małżonkowie; dalej czy ta zmiana woli małżonka, który dotychczas nie godził się na małżeństwo, ma być objawioną i w jaki sposób. Na wszystkie te pytania staraliśmy się dać odpowiedzi. Odpowiedź ta wykazała zgodność ustawodawstw co do zasad, różnice okazały się tylko w szczegółach. W najważniejszej rzeczy t. j. w tem, że w razie zmiany woli u małżonka, który dotychczas się nie godził na małżeństwo, małżeństwo staje się nadal niewzruszalnym, jest zgoda między kodeksami. Różnice były co do czasokresu, co do tego, czy obaj małżonkowie, czy tylko jeden z nich, ma prawo i t. d.

Zgodne są także ustawodawstwa, że w razie, jeżeli małżonek, który był w błędzie, pod przymusem etc. godzi się już na małżeństwo, to ta zgoda musi być na zewnątrz objawioną przez ponowienie konsensu. Tylko otwartą pozostaje kwestja, jak to ponowienie ma nastąpić. To staraliśmy się także dokładnie wedle porównywanych ustaw przedstawić. Dodać jeszcze nam wypada tylko tyle, że § 88 austr. kodeksu cywilnego nie odnosi się do tej grupy sytuacji faktycznych, którą dotychczas omawialiśmy, ale do przypadków grupy D.

ad c) Mamy przed oczyma ciągle sytuację faktyczną, w której małżonkowie oświadczyli w przepisanej formie zezwolenie na małż., jednak jeden z nich był w błędzie, pod przymusem etc. Powiedzieliśmy, że później, t. j. po akcie złożenia tego zezwolenia, mogą zająć dwie ewentualności: albo małżonek wnosi skargę, opierając się na tem, że oświadczył zezwolenie pod przymusem etc., albo też objawia w taki lub inny sposób, że obecnie godzi się na małż. W pierwszym przypadku skarga może odnieść skutek, jaki małżonek zamierzył przez nią wywołać, albo też może nie odnieść tego skutku. Wszystkie te ewentualności są pewnymi zdarzeniami, które w pierwotnej sytuacji faktycznej mogą wywołać zmiany. Należy je określić.

Mówiliśmy, że w tej grupie, którą obecnie omawiamy, możemy małż. skonstruować, jako umowę. Jeżeli jedna ze stron oświadczyła swe zezwolenie w błędzie, pod przymusem etc., to umowa nie przysła do skutku. Skarga wzruszająca, którą małżonek wnosi, ma na celu stwierdzenie, że umowy nie było. Jeżeli spełni ten cel, t. j. jeżeli wyrok orzeknie, iż umowa nie powstała, to wyrok ten stanie się zdarzeniem, które wpłynie na skutki, jakie powstały i trwały od chwili złożenia owego wzruszającego zezwolenia aż do wyroku, a nadto wyrok stanie się zdarzeniem, które wywoła dalsze, t. j. od chwili wyroku mające się pojawić skutki. Ustawa więc normuje: od chwili złożenia oświadczenia do wyroku, żona nosi nazwisko męża, mąż zarządza jej majątkiem etc. Od chwili zapadnięcia wyroku, żona

przestaje nosić nazwisko męża etc. Ale ustawa normuje dalej: z zarządu majątkiem żony mąż nie składa rachunków za czas do wyroku, dzieci zrodzone w tym czasie są prawe etc.

Weźmy drugą ewentualność: Małżonek wniósł skargę, ale został oddalony. Oddalenie ma to znaczenie, iż zostało stwierdzonym, że umowa przyszła do skutku. W takim przypadku niema powodu do zmian materialno-prawnych.

Przypatrzmy się trzeciej ewentualności: małżonek nie wniósł skargi, ale w taki a taki sposób objawił, że godzi się na małż., na które pierwotnie oświadczył zezwolenie pod przymusem etc. Prawniczo rzecz się przedstawia niewątpliwie w ten sposób, że pierwotna umowa nie powstała, że chwilą jej powstania jest chwila ponowienia konsensu, że przeto ustawa powinna unormować skutki, które się zrodziły w czasie między pierwotnym oświadczeniem a ponowieniem konsensu. Praktycznie należy odróżnić, czy odnowienie konsensu stwierdzone zostało w drodze excepcji podniesionej przez drugiego małżonka przeciwko skardze wzruszającej, czy też nie zostało w ten sposób stwierdzonym. W drugim przypadku ustawa nie ma powodu do wydawania norm. W pierwszym przypadku okres od pierwotnego oświadczenia do ponowienia konsensu nie może być uważany za wynikający z umowy, jeżeli go więc chcemy za taki uważać, to ustawa musi to w taki lub inny sposób powiedzieć, to jest musi powiedzieć, że w tym okresie żonie należały się alimenty od męża, że mąż mógł zarządzać jej majątkiem bez składania rachunków itd.

Oto są zagadnienia, które prawo musi rozstrzygnąć. Czyny to przy użyciu pewnych uogólnień, które są z natury swej fikcjami. Np. przez użycie fikcji, że małż. zawarte w przepisanej formie, uważa się za ważne aż do chwili, gdy zostanie wyrokiem sądowym uznane za nieważne. Albo konstruuje się na ten okres małżeństwo tak zw. prowizoryczne, albo tak zw. matrimonium putativum, przyczem dobra wiara małżonków odgrywa rolę. Albo używa się fikcji, że w razie ponowienia konsensu małżeństwo się uważniło, że nastąpiła konwalidacja. Przeciwko używaniu takich fikcji nie byłoby zarzutów, gdyby one mieściły w sobie zdolność roztrzygania wszystkich pytań, (bez żadnej reszty) jakie się nasuwają do rozstrzygnięcia w sytuacji faktycznej, do której uogólnienia te fikcje służą. Ale tak nie jest zawsze. Nie można powiedzieć, aby fikcje, któreśmy wymienili, miały zawsze w tym względzie powodzenie. Wystarczy przytoczyć prawość dzieci, które zrodziły się z takiego później unieważnionego małżeństwa. Wystarczy przypomnieć, że umowy zawarte przez żonę w granicach gospodarstwa domowego obowiązują męża, mimo unieważnienia małżeństwa. Wystarczy uprzytomnić sobie wszystkie trwałe następstwa, wynikłe z majątkowych umów małżeńskich w okresie aż do wyroku unieważniającego. Wystarczy to mieć na pamięci, aby przyznać, że

fikcje, używane do odmalowania sytuacji, tworzących się przez koleje, jakie przechodzi takie małżeństwo, muszą być szczegółowo badane i przy tem badaniu odkrywa się zawsze „wyjątki“. Wówczas pożytek fikcji nie okazuje się niezawodnym. Gdyby się zaś nadto pokazało, że fikcje także przynoszą czasem szkodę, którą wywołuje operowanie pojęciami tam, gdzie decydującą rolę powinny mieć fakty, toby powinno zrodzić się dążenie do przyjmowania ich z pewną ostrożnością, jeżeli nie z podejrzliwością.

Zapewne, owe pojęcia, konstrukcje tworzą język, którym się prawnicy porozumiewają, ale każdy język powinien być przedmiotem badań i analizy. Przyzwyczajaliśmy się patrzeć na prawo przyodziane w pewną szatę. Możemy też mieć chwilę zdziwienia, gdy je ktoś z tej szaty zaczyna rozbierać i tłumaczyć, jak uszycie jej przyszło do skutku, z jakiego powstała materiału, jakie są właściwe kształty i treść tego, co ona pokrywa. Należy pamiętać, że pojęcia, konstrukcje, to tylko środki ujmowania materiału, środki ujmowania faktów. Sądzę, że budowanie pojęć, kryjących dane fakty, jest nie dającą się zaspokoić do sytości dążnością umysłu ludzkiego w każdej dziedzinie, a więc i w dziedzinie prawa, dążnością konieczną. Chcę tu tylko powiedzieć rzecz znaną i uznaną, chcę powiedzieć, że to, co w naszym wykładzie nazywamy faktami, sytuacjami faktycznymi, zdarzeniami, jest czemś całkiem innym. A prawnik ma właśnie te sytuacje urządzać. Jak on je będzie nazywał, na podstawie jakiego procesu myślowego do swej decyzji dojdzie, to jest kwestją środka, — istota tkwi w tem, że żąda się od niego, aby urządził pewne sytuacje faktyczne.

Pojęcia, konstrukcje, teorie są konieczne. Bez nich zylibyśmy w chaosie przepisów. Bez nich porozumienie byłoby prawie niemożliwym. Ale jeżeli spostrzeczemy — a spostrzeżenie to rzeczywiście czynimy — że te pojęcia, konstrukcje, teorie nie pokrywają bez reszty sytuacji faktycznych, do których ujęcia zostały stworzone, to uznamy, że nauka polega na ciągłym ich tworzeniu i doskonaleniu. Tu jednak uczynić należy najważniejsze zastrzeżenie, do którego cały dotychczasowy mój wywód i sposób postawienia kwestji zdążyły :

To doskonalenie musi się odbywać przez uwzględnienie faktów, przez uwzględnianie, aby powtórzyć używany dotąd przez nas wyraz, sytuacji faktycznych. Tylko na ich podstawie uzasadnioną jest krytyka i tylko one wskazują, w jakim kierunku udoskonalenie ma pójść. Ignorowanie tego jest właśnie owem niebezpieczeństwem, którego nauka powinna przede wszystkim unikać. Operowanie bowiem pojęciami przenosi w świat abstrakcji i przytępia zmysł spostrzegawczy, przytępia interesowanie się faktami, sprawia, że nauka prawa staje się obcą (jak się to obrazowo, ale pospolicie mówi), życiu. Dlatego to w najtrudniejszej, ze stanowiska prawa, kwestji tak zw. unie-

ważnienia małżeństwa, wolałem odrazu stanąć na gruncie faktów, na gruncie sytuacji faktycznych i przyrzeć się im wprost, zamiast docierać do nich poprzez pojęcia. Metodę, którą uważam za trafną przy badaniu, wyjaśni jakikolwiek przykład. Idzie przede wszystkim o dokładne i ściśle określenie sytuacji faktycznej, a więc stwierdzam np. następujący stan rzeczy:

Dwie osoby różnej płci składają w przepisanej ustawą formie zezwolenie, że chcą stanowić małż., jedna z nich jednak działała pod przymusem. Nim na wniesioną przez nią skargę sąd wydał wyrok „unieważniający“ to „małżeństwo“, przyszło na świat dziecko. Jakie zadania ma w tej sytuacji faktycznej do spełnienia prawo? Ma urządzić, uregulować (czy jak chcemy to określić) wiele stosunków, które się z powyższych faktycznych zdarzeń zrodziły, między innymi ma określić stanowisko dziecka. Prawnik otrzymuje — powiedzmy: od społeczeństwa — polecenie takiego uregulowania tego stosunku, aby dziecko, które przyszło na świat w takich stosunkach nie doznało wskutek tego ujmę, nie było narażone na cierpienie. Takie zadanie otrzymuje prawnik. Jak on je rozwiąże, to już jego rzecz. Ustanawia więc np. fikcję, że dziecko zrodzone w takich warunkach jest dzieckiem ślubnym. Ale nie potrzeba długich badań, aby dojrzeć, że ta fikcja jest dla pewnych rozstrzygnięć produktywną, ale wielu nie jest w stanie rozstrzygnąć lub, wzięta niekrytycznie, wprowadziłaby na mylną drogę. Dziecko bowiem wobec tego, że małż. nie istnieje, ma ojca i matkę, ale nie ma rodziców, nie ma domu rodzicielskiego, który polega na „wspólności małżeńskiej“ etc. Wszystko to musi być osobno uregulowane. Do czegoż więc służy owa fikcja? Jest to niejako pierwsza orientacja, we wszystkich sprawach tego rodzaju konieczna, ale nie uwalniająca od dalszego badania faktów, od krytyki, od dalszych usiłowań wydoskonalenia tej fikcji. W tem tylko tkwi tajemnica powodzenia tej pracy, tych usiłowań, aby się one opierały na faktach, aby nie polegały na zestawianiu, przetrabianiu, przetwarzaniu samych pojęć, samych konstrukcji. Nie jest więc frazesem, jeżeli się od prawnika żąda, aby widział życie, aby umiał je dostrzegać. Ale jeżeli uznamy to wymaganie za uzasadnione, to zaraz musimy się zastrzedz, że prawnik nie jest politykiem, nie jest ekonomistą, nie jest socjologiem, nie jest filozofem. Od nich wszystkich odbiera tylko wskazania, bez nich byłby budowniczym, nietylko bez cegły i drzewa, ale budowałby bez celu, bez potrzeby, którą ta budowla ma zaspokoić. Jest to jeden z tych nieszczęsnych błędów, które tak komplikują naukę prawa, przez to, że wiodą do pomieszania zadań, które różne nauki mają spełnić różnemi metodami, do różnych ideałów zdążając i — co najważniejsza — używając się wzajemnie za narzędzie, licząc na swą pomoc, jednak nie tracąc samodzielności. Prawnik powinien znać każdoczesne rezultaty ekonomji, socjologii, ale nie wolno mu ich wślaczać

w normy, które powstały w czasie, gdy stan tych nauk był inny, nie wolno mu nadużywać ich do interpretacji. Moze tylko stwierdzić braki lub zacołanie obowiązującego prawa, zadzwonić na alarm, pobudzić „prawodawcę“ do zmiany reformy, i ofiarować mu swoje usługi, swoją sztukę, swoją bystrość i doświadczenie.

Przedstawiając ten pogląd, zastrzegam się przed zarzutem wszelkiej skrajności. Wszak dziedzina, granice polityki, ekonomii, socjologii — to także konwencja. Wszystko jest w związku, który troskliwie musi być rozpatrywany. Jednak używać musimy tych pojęć, tych określeń, bo inaczej musielibyśmy zrezygnować z możliwości wszelkiego porozumienia się ze sobą.

Oto powody, dla których sprawę „nieważności małż.“ przedstawiam nie na tle pojęć — uznając całą ich doniosłość i konieczność — ale na tle sytuacji faktycznych. Pozwoliło mi to odróżnić różne grupy przypadków, któreby trudniej wystąpiły na jaw, gdybym rzecz przedstawił na tle pojęć i konstrukcji.

Tak przygotowani możemy przystąpić do przedstawienia skutków, jakie prawo łączy z sytuacjami faktycznymi, stanowiącymi grupę C). Ponieważ jednak obowiązujące ustawy mówią o skutkach prawnych sytuacji faktycznych grupy C), łącznie ze skutkami prawnymi sytuacji faktycznych grupy D), przeto najpierw omówić należy te ostatnie.

D) Grupę czwartą stanowią sytuacje faktyczne, polegające na zawarciu małż. wśród okoliczności, któreśmy określili, z punktu widzenia przeszkód, jako przeszkody iuris publici. Odrazu spostrzegamy, że dalsze losy t. zw. małżeństwa, zawartego w tych stosunkach, wysuwają się z rąk stron. Stwierdzenie tego stanu wiedzie nas do wniosku, że w tej grupie sytuacji faktycznych nie pomoże nam konstrukcja małżeństwa, jako umowy, choćbyśmy ją chcieli ograniczyć tylko do powstania. Właśnie przy powstaniu małżeństwa odgrywają rolę przeszkody iuris publici. Jeżeli prawnik mimo publiczno-prawnego charakteru przeszkód, o których mówimy, szuka sposobów dania prawniczego wyrazu tym przeszkodom w analogjach zaczerpniętych z dziedziny prawa prywatnego, specjalnie w analogji z umową, to dzieje się to wskutek nieśmiałości, którą przejęta jest jeszcze ciągle nauka prawa publicznego wobec starego i ciągle jeszcze prawie wszechwładnego prawa prywatnego. Jest to jednak daremny trud: sytuacje faktyczne grupy, o której teraz mówimy, nie dadzą się rozstrzygnąć przez konstrukcję umowy. Małżeństwo jest w rękach władzy, urzędu. Urząd bada, czy między nupturjentami zachodzi przeszkoda iuris publici; gdy ją wykryje, nie dopuszcza do zawarcia małżeństwa lub daje dyspensę: gdy mimo przeszkody małż. zostanie „zawarte“, urząd ogłasza je i traktuje, jako nie powstałe etc. etc. Gdzież więc tutaj miejsce na umowę, gdzie miejsce na konwalidację? W tej grupie sytuacji faktycznych musimy się uciec do konstrukcji małżeństwa,

jako związku socjalnego. Patrząc na małżeństwo z punktu widzenia związku socjalnego, uwolnimy się odrazu od wszystkich przymierzań, przystosowywać małżeństwa do konstrukcji umowy, zyskujemy przez to wielką swobodę. Nie jest to znowu nic nowego: idzie tylko o zrozumienie, że rzecz pozostanie tą samą, jeżeli patrzeć będziemy na nią z różnych punktów widzenia, a więc w różnych odświeżeniach i określimy ją każdym razem inaczej wedle barwy, kształtu etc. Na pytanie przeto, czym jest małżeństwo, możemy śmiało odpowiedzieć, że z punktu widzenia religii jest sakramentem, z punktu widzenia interesu jednostki umową, z punktu widzenia państwa jest związkiem socjalnym. Czyniąc te rozróżnienia, pamiętać jednak musimy, że czynimy to znowu tylko dla ułatwienia sobie myślenia, bo historia, a więc życie, skrajności takich ani takiej izolacji nie zna.

Badając małż. z publiczno-prawnego punktu widzenia, jako związek socjalny, dostrzeżemy odrazu, że odpadają tutaj wszystkie kwestje, które płyną z inicjatywy małżonków. Małżeństwo jest w rękach czynników publicznych. Nie od woli więc jednostki zależy, czy małż. ma być „unieważnione“, bo z akcją w tym kierunku występuje władza. Nie od woli jednostki zależy konwalidacja małżeństwa, ale od władzy, która daje dyspensę lub jej odmawia, żądając nowego konsensu (§ 88 k. c. a.) lub zwalniając od niego (*sanatio in radice* w pr. kan.). Dla istnienia małż. (jego „uważnienia“) obojętną jest kontynuacja małż. Jeżeli jakaś ustawa (np. pr. m. Kr. p., które w art. 215 nakazuje małżonkom natychmiast się rozłączyć, gdy się dowiedzą o przeszkodzie *iuris publici*, wbrew której małż. ich zostało zawarte) nakazuje małżonkom rozłączyć się, to czyni to z innych względów, na sprawę ważności nie ma to wpływu.

Do doskonałym objawem tej publiczno-prawnej strony małżeństwa jest *sanatio in radice* w prawie kanonicznem. Przeprowadza ją Papież, gdy małżonek nie wie o przeszkodzie, gdy właśnie zachodzi obawa, że wiedząc o niej, nie dałby się nakłonić do ponowienia konsensu. Takie zarządzenie nie da się żadną miarą zmieścić w konstrukcji małżeństwa, jako umowy, i trzeba w tych przypadkach patrzeć na małż. z punktu widzenia związku socjalnego, ale to nie dotyka w niczem małż. właśnie jako umowy, bo nieodzownem założeniem *sanationis in radice* jest trwanie konsensu. Jeszcze raz więc podnosimy, że konstrukcja, teorie, mogą być różne, na pozór sprzeczne, jeżeli są powzięte z różnych punktów widzenia. Błędne są tylko wówczas, jeżeli są sprzeczne, chociaż je powzięto z jednego i tego samego punktu widzenia.

Pragnę usunąć z góry pewne nieporozumienie, które — obawiam się — mogłoby się zrodzić z moich wywodów. Czy nie mieszam „prawa“ z „nauką“ prawa? Otóż tu muszę znowu powtórzyć, że w życiu, w rzeczywistości, pomieszczenie to jest stałym zjawiskiem, pożądanym, koniecznym. Mogę stanowczo

stwierdzić, że kodeks w państwach pewnej kultury jest dziełem naukowem. W państwach wielkiej kultury kodeksy bywają dziełami naukowymi wspaniałemi. Życie nie zna takiej izolacji. Kodeksy miewają systemy o wielkiej konsekwencji i wielkiej skrupulatności. To tylko znowu dla ułatwienia sobie myślenia, szczególnie w kwestjach metodycznych, odróżniamy prawo od nauki prawa. Ta ostatnia jest tem, czem jest każda nauka: przetworzeniem, scharmonizowaniem pewnego materiału, którym w nauce prawa jest właśnie prawo. Ten materiał może być dostarczony nauce już w pewnem przerobieniu, ale nauka ma właśnie tę moc, że tem się nie krępuje: w swoich usiłowaniach dojścia do jedności, do harmonji, jest twórczą, powinna nią być w pełnem tego słowa znaczeniu.

Znowu tylko dla ułatwienia sobie myślenia możemy sprawę tak przedstawić:

społeczeństwo żąda uregulowania w sposób prawniczy pewnych sytuacji faktycznych i wytyka kierunki, cele tej regulacji; prawnik przeprowadza tę regulację swoją sztuką, bystrością, doświadczeniem etc. i wydaje ustawy, przepisy etc.;

nauka przetwarza, harmonizuje, zlewa w jedność te ustawy, przepisy etc., jest twórczą, jak twórczem jest społeczeństwo, wydające ze siebie pewne postulaty, gdy prawnik przeistacza je tylko w „środki“, z których składa się prawo, dające lub odmawiające skutków i przez to wiążące władzę, która siłą, przymusem, powagą ma spełnić to, czego domaga się społeczeństwo.

Ta analiza jednak, to rozróżnienie niejako pewnych stadiów, to — powtarzamy — tylko ułatwienie myślenia. Życie nie zna takiej izolacji.

Przystąpmy jednak do określenia skutków prawnych, które pociągają za sobą opisane wyżej sytuacje faktyczne. Uczynimy to na podstawie prawa niemieckiego, wykazując różnice między niem a innemi prawami, o ile te różnice wynikają z pozytywnych przepisów. Jedno bowiem tylko prawo niem. traktuje i reguluje szczegółowo wchodzące tutaj w grę sytuacje, inne prawa normują tylko pewne szczegóły, jakgdyby za czasów odnośnych kodyfikacji nie była dostatecznie przemyślana cała sprawa.

Musimy przypomnieć, że pr. niem. odróżnia skargę o nieważność (z powodu przeszkód *iuris publici*) od skargi wzruszającej (z powodu przeszkód *iuris privati*). Inne prawa nie czynią tej różnicy i znają tylko skargę o unieważnienie. Mimo tego odróżnienia skargi o nieważność od skargi wzruszającej, sprawa, o którą nam tutaj idzie, t. j. sprawa skutków prawnych, jest jednakowo urządzona. Z dziedziną objętą przez skargę o nieważność jest identyczną nasza grupa D), z dziedziną skargi wzruszającej jest identyczną nasza grupa C). Mówiąc o skutkach prawnych wywołanych odnośnemi sytuacjami, odróżnić należy

dwie fazy: przed unieważnieniem (wzgl. wzruszeniem) i po unieważnieniu (wzgl. wzruszeniu).

1. Stan prawny przed unieważnieniem wzgl. wzruszeniem § 1329 k. c. n. postanawia: „Nieważność małżeństwa nieważnego wedle §§ 1325 do 1328 może być dochodzoną tylko w drodze skargi o nieważność, dopóki małż. nie zostało uznane za nieważne lub rozwiązane. To samo ma zastosowanie do małż. nieważnego wedle § 1324, jeżeli zostało wpisane do rejestru ślubów“. Z paragrafu tego wynika nie tylko to, że małż. może być unieważnione tylko w drodze skargi, a nie incydentalnie, ale przede wszystkim to, że do chwili „formalnego“ zniesienia małż. na skutek skargi o nieważność rzekome małż. uważa się za istniejące. To samo postanawia § 1341 k. c. n. co do małż. zawartych z przeszkodą iuris privati (nasza grupa C), a więc wzruszalnych: „Zniesienie następuje, dopóki małż. nie jest rozwiązane, przez wniesienie skargi wzruszającej. Jeżeli skarga została cofniętą, to należy uważać, że wzruszenie nie nastąpiło...“. Z paragrafu tego wynika również, że małż. nie może być incydentalnie wzruszonym, a tylko przez skargę (na równi z nią stoi wedle § 1342 oświadczenie wobec sądu spadkowego, jeżeli małż. zostało rozwiązane przez śmierć małżonka nie uprawnionego do wzruszenia), ale wynika dalej, że aż do zniesienia małż. wskutek tej skargi małż. uważa się za ważne.

W obydwóch przypadkach przeto, tj. tak w razie skargi o nieważność, jak i w razie skargi wzruszającej, prawnik określa skutki sytuacji faktycznych, przedstawiających się na zewnątrz jako zawarcie małżeństwa, przez fikcję, że małż. uważa się za ważne aż do chwili formalnego zniesienia przez wyrok. Jeżeli wyrok stwierdza, że małżeństwo nie powstało, (wyrok jest deklaratoryjny ze względu na przeszłość, ale sam jest znowu zdarzeniem i dlatego ze względu na przyszłość jest konstytutywnym), to fikcją jest uznawanie, że to rzekome małż. jest przez jakikolwiek czas ważne. Fikcja ta jest skróconem wyrażeniem, że sytuacja faktyczna, przedstawiająca się na zewnątrz, jako małż., kryjąca jednak w sobie śmiertelną chorobę w postaci przeszkody małżeńskiej, wywołuje wszystkie skutki, jakie wywołuje ważne małżeństwo, tak w dziedzinie prawa osobowego jak i majątkowego małżeńskiego.

2. Stan prawny po unieważnieniu wzgl. wzruszeniu.

W razie wydania wyroku stwierdzającego unieważnienie małż. (tak na skutek skargi o nieważność, jak i na skutek skargi wzruszającej), małżeństwo uważa się za nieistniejące od początku (§ 142, 1343 k. c. n.). Jest to również fikcja, która ma wyrażać, że sytuacja faktyczna, przedstawiająca się na zewnątrz, jako zawarcie małżeństwa, nie zrodziła i nie może w przyszłości zrodzić skutków, które rodzi ważne małż. W tym przypadku

jednak fikcja ta nie oddaje wiernie stanu rzeczy. Od chwili zawarcia rzekomego małż. aż do chwili jego formalnego zniesienia zaszły fakty, których nie można usunąć z widowni, a których też nie można pozbawić znaczenia prawnego. Dlatego też należy tę fikcję rozpatrzyć krytycznie. Uczynimy to w trzech kierunkach.

a) Rozpatrzmy rzekome małż. w świetle stosunków do osób trzecich;

b) w świetle wzajemnych stosunków rzekomych małżonków do siebie i

c) w świetle stosunków do dzieci,

Przypominamy, że mamy na myśli tylko sytuacje faktyczne z grupy C. i D. Dwie poprzednie grupy (A. i B.) omówiliśmy już wyżej i tam fikcja, którą chcemy krytycznie rozpatrzyć, ma pełne zastosowanie. We wszystkich grupach żona przestaje nosić nazwisko męża (art. 202 pr. m. Kr. pol., § 1355 k. c. n.

Ad a). Wedle § 1344 k. c. n.: „Wobec trzeciego mogą być zarzuty, płynące z nieważności małż., tylko wtedy podniesione przeciwko aktowi prawnemu, zawartemu między nim a jednym małżonkiem, lub przeciw wyrokowi, który w sprawie między nimi zapadł, jeżeli w czasie przedsięwzięcia aktu prawnego lub w czasie wszczęcia sporu małżeństwo było uznane za nieważne lub nieważność była znaną trzeciemu. Bez tego ograniczenia może być nieważność wtedy tylko zużytkowaną, jeżeli polega na braku formy, a małż. nie było wpisane do rejestru małżeństw“. Z paragrafu tego widzimy, że fikcja, iż nieważność sięga wstecz, nie dopisuje we wszystkich sprawach i sporach, które zostały zawarte wzgl. wszczęte w czasie od chwili zawarcia rzekomego małż. aż do formalnego orzeczenia nieważności małż., a których skutki sięgają poza chwilę tego orzeczenia. Jeżeli np. żona w granicach § 1357 k. c. n. wypowiedziała kontrakt, to to wypowiedzenie jest skuteczne wobec męża, chociaż małż. zostało uznane za nieważne. Wszystkie umowy, zarządzenia etc., opierające się na pr. małż. majątkowym, są skuteczne mimo orzeczenia nieważności małż. § 1344 k. c. n. bierze więc w obronę trzeciego i pozostawia skuteczność umów i sporów w swej mocy. Wyjątek ma miejsce oczywiście wówczas, gdy trzeci wiedziało uznaniu małż. za nieważne lub wiedział o nieważności małż. później skargą dochodzonego.

§ 1344 k. c. n. ma zastosowanie tak w razie nieważności małż. (Nichtigkeit), jak i w razie wzruszenia (Anfechtung).

Ad b) Wedle § 1345 k. c. n.: „Jeżeli nieważność małż. była jednemu małżonkowi znaną w czasie zawarcia małż., to drugi małżonek, o ile także jemu nieważność nie była znaną, może po orzeczeniu nieważności lub rozwiązaniu małż. żądać, aby ich stosunek w dziedzinie prawnomajątkowej, w szczególności w kwestji alimentów, był traktowany, jak gdyby małż. w czasie orzeczenia nieważności lub w czasie rozwiązania było

rozwidzione, a małżonek, któremu nieważność była znana, był uznany za jedynie winnego. Przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli nieważność polega na braku formy, a małż. nie było wpisane do rejestru małżeństw“. Następne paragrafy omawiają szczegółowe przypadki. I tak § 1346 k. c. n. mówi, że, „jeżeli małż. zostało z powodu przymusu wzruszone, to prawo z § 1345 ust. 1. służy temu małżonkowi, który był uprawniony do wniesienia skargi wzruszającej. Jeżeli małż. zostało wzruszone z powodu błędu, to prawo to służy małżonkowi, który nie był uprawniony do wniesienia skargi wzruszającej, chyba że o błędzie wiedział przy zawarciu małż., lub wiedzieć musiał“. Wedle § 1347 k. c. n.: „Jeśli małżonek, któremu służy prawo z § 1345 ust. 1., oświadczy drugiemu małżonkowi, że z tego prawa czyni użytek, to nie może już dochodzić skutków nieważności małż.; jeżeli zaś oświadczy drugiemu małżonkowi, że przy tych skutkach pozostaje, to gaśnie służące mu z § 1345 ust. 1. prawo. Drugi małżonek może małżonka uprawnionego wezwać, z oznaczeniem terminu, aby się oświadczył, czy z prawa robi użytek. Prawo może być w tym przypadku wykonane tylko do upływu terminu“.

Powyższe przepisy, regulujące stosunki majątkowe (między niemi sprawę alimentów) między małżonkami, w razie unieważnienia małż. (bez względu, czy to się stało na podstawie skargi o nieważność, czy skargi wzruszającej), są wymownym przykładem, jak krytycznie trzeba brać wszelkie fikcje. Unieważnienie, rozumiane wedle fikcji, jako stwierdzenie, że małż. nie powstało, miałoby ten skutek, że stosunki majątkowe między małżonkami, z czasów aż do formalnego orzeczenia nieważności, musiałyby być regulowane wedle zasad o niesłusznym zbogaceniu, wedle zasad o negotiorum gestio i tp. Tutaj znowu fikcja nie dopisuje, bo pod warunkiem, że jeden małżonek w czasie zawarcia małż. (późniejsza wiadomość nie ma znaczenia) wiedział o nieważności, ma drugi, o ile nie wiedział o nieważności, prawo wyboru;

albo uregulować te stosunki majątkowe wedle zasad niesłusznego zbogacenia etc.

albo żądać uregulowania ich wedle zasad o rozwodzie (§§ 1578—1582, 1584, 1421 n., 1427 n., 1471 n., 1546 k. c. n.). P. rozdział o prawie małżeńskim majątkowym.

Postanowienie § 1346 k. c. n. było koniecznym, bo inaczej małżonek, który był pod przymusem, nie miałby prawa wyboru, o przyczynie nieważności bowiem wiedział; postanowienie zaś o błędzie jest wpływem zasady ogólnej, wypowiedzianej w § 122 k. c. n., że błędzący ponosi sam niebezpieczeństwo.

Pr. austr. daje niewinnemu małżonkowi prawo żądania wynagrodzenia szkody (§§ 102, 1265 k. c. a.), a konsekwentnie z tem § 11 r. m. spraw. z 9 listopada r. 1897 l. 283 d. u. p. poleca we wyroku orzec, czy i który z małżonków ponosi winę unieważnienia. A więc i w pr. austr. fikcja, jakoby unieważnienie

małż. tworzyło tabulam rasam, winna być krytycznie zbadaną. P. rozdział o pr. małż. majątkowem.

Co do Kr. p., p. przedewszystkiem art. 260 n. k. c. Pierwszy z nich postanawia wyraźnie, że „uznanie małż. za nieważne nie niszczy przecież wynikłych z niego skutków cywilnych tak względem małżonków, jako też względem dzieci, jeżeli małż. zawarte było w dobrej wierze“. Fikcja, że małż. nigdy nie powstało, ma zastosowanie tylko wówczas, gdy małżonkowie byli w złej wierze (art. 262), i w pr. pol. przeto fikcję tę należy krytycznie rozpatrzyć. P. rozdział o pr. małż. majątkowem.

Ad c). Co do dzieci, patrz § 1699 k. c. n., § 160 k. c., a co do Kr. p. zaś p. prawo z 13 czerwca r. 1913 o polepszeniu losu dzieci nieślubnych. P. jeszcze kan. 1114 n. c. i. c. Tutaj okazuje się znowu, że fikcja nie dopisuje. P. rozdział o stosunku rodziców do dzieci.

Uczynić jeszcze nam wypada dwie uwagi, aby uniknąć nieporozumień:

α) Fikcja, której używają ustawy dla określenia stanu przed uznaniem małżeństwa za nieważne, byłaby sprzeczną z fikcją, której używają dla określenia stanu po orzeczeniu nieważności, gdyby nie uczyniono pewnego ograniczenia. Czyni to wyraźnie pr. niem. Paragraf 1343 mówi, że małż., które zostało wzruszone, należy uważać za nieważne od początku, dodaje jednak, że § 142 ust. 2 ma zastosowanie. Wedle tego ostatniego paragrafu, „kto znał lub musiał znać wzruszalność czynności prawnej, ten jest traktowany, jeżeli wzruszenie nastąpiło, tak, jak gdyby znał lub musiał znać nieważność czynności prawnej“. Wynika z tego, że kto zna wzruszalność małż., a mimo tego zapuszcza się w interesy z małżonkami, musi się przygotować na to, że w razie uznania małż. za nieważne, interesy te będą również bez skutków. Bez tego ograniczenia, a wobec ograniczenia ustanowionego w § 1344 k. c. n., byłaby luka, którąby można tłómaczyć, jako sprzeczność.

β) Druga uwaga tyczy się wpływu śmierci na losy unieważnienia. Wedle § 1338 k. c. n. „wzruszenie jest wykluczone po rozwiązaniu małż., chyba, że rozwiązanie nastąpiło przez śmierć tego małżonka, który nie był uprawniony do wzruszenia małż.“ Wedle § 1342 zaś, „jeżeli małż. zostało rozwiązane przez małżonka, który nie był uprawniony do wzruszenia, następuje wzruszenie przez oświadczenie złożone przed sądem spadkowym; oświadczenie należy złożyć w formie uwierzytelnionej publicznie“.

Wzruszenie jest niedopuszczalne:

- αα) jeżeli małż. zostało rozwiązane przez rozwód,
- ββ) „ „ „ „ „ śmierć małż., który był
upraw. do wzruszenia,
- γγ) „ „ „ „ „ na podstawie § 1348 ust. 2
k. c. n.,
- δδ) „ „ „ „ „ potwierdzone wedle § 1337 k. c. n., wreszcie

εε) w razie upływu terminu (§ 1339 k. c. n.).

W przypadkach tych małż. warunkowo ważne (bo zależne od wniesienia skargi) staje się bezwarunkowo ważnem.

Natomiast jeżeli małż. zostało rozwiązane przez śmierć małżonka, który nie był uprawniony do wzruszenia, to małż. może być nadal wzruszone przez pozostałego przy życiu małżonka uprawnionego do wzruszenia.

Pr. m. Kr. p. stawia w art. 216 ogólną zasadę: „Skoro małżeństwo nie było za życia małżonków zaskarżone, jako nieważne, nie będzie już mogło być skarżone po śmierci jednego z małżonków“. Pr. m. Kr. p. nie odróżnia przeto, czy małżeństwo zostało rozwiązane przez śmierć małżonka uprawnionego do wzruszenia, czy przez śmierć małżonka, który nie był uprawniony do wzruszenia.

Z porównania ustaw w kwestji nieważności małż. widać odrazu, jak bogatym jest pr. niem., opierające się na wiekowej pracy naukowej i jaki wpływ ma nauka na dokładność każdej kodyfikacji.

Staralem się zaznaczyć i rozstrzygnąć wszystkie główne kwestje t. zw. unieważnienia małż., wychodząc wprost z sytuacji faktycznych, a nie z pojęć. Jako produktywne uznałem tylko pojęcie przeszkód *iuris privati* (grupa C) i pojęcie przeszkód *iuris publici* (grupa D) tudzież konstrukcję małż., jako umowy w grupie C, a konstrukcję małż., jako związku socjalnego, w grupie D. Obeznanym z literaturą tej kwestji jasno staną przed oczyma różnice tego postępowania a postępowania, które zaczyna się od pojęć i niemi operuje. Wydaje mi się, że rozróżnianie n. p. nieważności bezwzględnej i względnej nie jest produktywne. Najpierw: niema zgody co do tych pojęć, stąd każdy autor musi je sam określać. Powtóre: nie widzę, aby się bez nich nie mogło obejść. Także i rozróżnienie kodeksu niemieckiego na nieważność i wzruszenie nie jest niezbędnem, bo mogliśmy wyżej stwierdzić, że stan prawny przed i po unieważnieniu i wzruszeniu jest jeden i ten sam. Małż. wzruszone przez wyrok jest wskutek tego „nieważne (nichtig)“, jak i małżeństwo unieważnione przez skargę o nieważność. Wypada tu przeto jeszcze raz stwierdzić, że tylko wyjście z podziału na przeszkody *iuris privati* i *publici* jest produktywne. Otwiera ono oczy na dwie strony małż., na dwa sploty interesów: jednostki i ogólne, tłómaczy też moment, mimo wszystko najważniejszy, to jest rolę inicjatywy prywatnej w dziedzinie małż. i rolę urzędu. Do ocenienia tej roli nie dochodzi się po przez pojęcia urabiane jeszcze zawsze przeważnie na prawie prywatnem, ale przez wyjście z sytuacji faktycznych, jako materiału, który się ma uregulować prawnie.

IX. Separacja i rozwód.

A) Ustawodawstwa dają małżonkom poróżnionym środki do zniesienia wspólności małżeńskiej. Jednym z tych środków jest separacja od stołu i łoża, uwalniająca małżonków od niektórych lub od wszystkich obowiązków, ale nie dopuszczająca, aby małżonkowie wchodzili w inne związki małżeńskie. Drugim środkiem jest rozwód, będący zupełnym rozwiązaniem małżeństwa tak, że każdy z małżonków może wejść w nowe związki małżeńskie z trzecią osobą. Trzeci wreszcie środek poznamy przy małżeństwach żydowskich.

Ustawodawstwa przyjmują różne kombinacje tych środków:

1. Prawo kanoniczne i prawa, które się na nim oparły, o drzucają rozwód, a dopuszczają tylko separację od stołu i łoża. Kanon 1118 przyjmuje jako zasadę, że matrimonium validum ratum et consumatum nie może być żadną mocą ludzką rozwiązane i z żadnej przyczyny, jak tylko przez śmierć. O rozwiązaniu małżeństwa ważnego, lecz nie spełnionego, tudzież o rozwiązaniu z mocy przywileju Pawłowego mówiliśmy już wyżej, omawiając impedimentum ligaminis. Prawo kanoniczne przeto odrzuca rozwód. Natomiast dopuszcza separacji z ważnej przyczyny (caput X de separatione conjugum, art. II de separatione tori, mensae et habitationis canon 1128—1132). Takie samo stanowisko zajmuje prawo małżeńskie włoskie. Art. 148 kodeksu cywilnego włoskiego postanawia, że małżeństwo może być rozwiązane tylko przez śmierć jednego małżonka, jednakże dozwoloną jest separazione personale. Jest tak mimo tego, że prawo włoskie przyjmuje śluby cywilne dla wszystkich, jako jedynie ważne. Takie samo stanowisko zajmuje Monaco, Portugalja i Hiszpanja.

Przepisy prawa kan. w sprawie separacji opiewają:

Can. 1128. Coniuges servare debent vitae coniugalis communionem, nisi iusta causa eos excuset. Can. 1129. § 1. Propter coniugis adulterium, alter coniux, manente vinculo, ius habet solvendi, etiam in perpetuum, vitae communionem, nisi in crimen consenserit, aut eidem causam dederit, vel illud expresse aut tacite condonaverit, vel ipse quoque idem crimen commiserit. § 2. Tacita condonatio habetur, si coniux innocens, postquam de crimine adulterii certior factus est, cum altero coniuge sponte, maritali affectu, conversatus fuerit; praesumitur vero nisi sex intra menses coniugem adulterum expulerit vel dereliquerit, aut legitimam accusationem fecerit. Can. 1130. Coniux innocens, sive iudicis sententia sive propria auctoritae legitime discesserit, nulla unquam obligatione tenetur coniugem adulterum rursus admittendi ad vitae consortium; potest autem eundem admittere aut revocare, nisi ex ipsius consensu ille statum matrimonio contrarium susceperit. Can. 1131. § 1. Si alter coniux sectae acatholicae nomen dederit; si prolem acatholice educaverit; si

vitam criminosam et ignominiosam ducat; si grave seu animae seu corporis periculum alteri facessat; si saevitiis vitam communem nimis difficilem reddat, haec aliaque id genus, sunt pro altero coniuge totidem legitimae causae discedendi, auctoritate Ordinarii loci, et etiam propria auctoritate, si de eis certo constet, et periculum sit in mora. § 2. In omnibus his casibus, causa separationis cessante, vitae consuetudo restauranda est; sed si separatio ab Ordinario pronuntiata fuerit ad certum incertumve tempus, coniux innocens ad id non obligatur, nisi ex decreto Ordinarii vel exacto tempore. § Can. 1132. Instituta separatione, filii educandi sunt penes coniugem innocentem, et si alter coniugum sit acatholicus, penes coniugem catholicum, nisi in utroque casu Ordinarius pro ipsorum filiorum bono, salva semper eorundem catholica educatione, aliud decreverit.

Kanon 1120. Małżonkowie powinni zachować wspólność życia małżeńskiego, jeśli nie wymawia ich słuszna przyczyna. Kan. 1129. § 1. Z powodu cudzołóstwa jednego małżonka, drugi małżonek, przy trwaniu węzła, ma prawo do rozwiązania, nawet na stałe, wspólności życia, jeśli nie pozwolił na występki (cudzołóstwa) lub nie dał do niego powodu, albo nie przebaczył go wyraźnie lub milcząco, albo sam również nie dopuścił się tego występku. § 2. Milczące przebaczenie zachodzi, jeśli strona niewinna, kiedy się dowiedziała o występku cudzołóstwa, obcuje z drugą stroną dobrowolnie z chęcią utrzymania małżeństwa, przypuszcza się zaś (ono), jeżeli w ciągu sześciu miesięcy nie wypędziła albo nie opuściła strony cudzołożnej, lub nie wniosła skargi uprawnionej.

Kanon 1130. Małżonek (nka) niewinny (a), kiedyby odszedł prownie czy to z wyroku sędziego, czy też z własnej mocy, nie jest niczem nigdy zobowiązany (a) przypuścić napowrót stronę cudzołożną do współuczestnictwa życia; może ją przecież dopuścić lub przywołać, jeśli za jego (jej) zgodą nie obrała sobie ona stanu przeciwnego małżeństwu. Kanon 1131. § 1. Jeśli jeden z małżonków przystanie do sekty akatolickiej; jeśli wychowuje potomstwo nie po katolicku; jeśli prowadzi życie występne i hańbiące; jeśli drugiej stronie staje się wielce niebezpiecznym na duszy lub ciele; jeśli (swą) brutalnością czyni życie wspólne zbyt uciążliwym, te i inne tego rodzaju sprawy stanowią dla drugiego małżonka za każdym razem uprawnioną przyczynę odejścia za powagą ordynarjusza miejscowego i nawet własną mocą, jeśli o nich niewątpliwie jest wiadomo, a niebezpieczeństwo jest bezzwłoczne. § 2. W wszystkich tych wypadkach, kiedy ustaje przyczyna separacji, wspólność życia winna być przywróconą; ale jeśli ordynarjusz ogłosił separację na przeciąg czasu oznaczony lub nieoznaczony, małżonek (nka) niewinny (a) jest obowiązany (a) do tego tylko na mocy rozporządzenia ordynarjusza albo po upływie terminu. Kanon 1132. Po ustanowionej separacji dzieci powinny się chować przy małżonku niewinnym, a jeśli jedno z małżonków jest okatolickie, to przy małżonku katolickim, chyba, że w obu wypad-

kach ordynariusz postanowi inaczej dla dobra samych dzieci, (ale) z zastrzeżeniem zawsze wychowania ich po katolicku¹⁾.

W kwestji separacji podnieść należy dwie właściwości prawa kanonicznego. Pr. kan. przyjmuje separację dozgonną i czasową, powtóre zaś przyjmuje separację dokonaną z interwencją sądu i separację bez wyroku sądu. Kan. 1129 odnosi się do separacji dozgonnej („etiam in perpetuum“), kan. 1131 zaś do separacji czasowej. Separację dozgonną należy tak rozumieć, że wbrew woli małżonka niewinnego separacja nie może być zniesioną, natomiast separacja czasowa ustaje nietylko wtedy, gdy na to się godzi małżonek niewinny, ale bez względu na jego wolę, gdy przyczyna separacji ustała. Tu jednak należy odróżnić, czy separacja nastąpiła na podstawie wyroku ordynariusza, czy bez wyroku. W drugim przypadku separacja ustaje, gdy przyczyna jej ustąpiła. W pierwszym przypadku należy znowu odróżnić, czy wyrok opiewał na tempus certum, czy na tempus incertum. Jeżeli tempus było certum, to, bez względu na wolę małżonka niewinnego, separacja ustaje tylko po upływie tego czasu, t. j. małżonek niewinny nie jest obowiązany przyjąć wcześniej drugiego małżonka. Jeżeli tempus było incertum, separacja ustaje, t. j. małżonek niewinny jest obowiązany przyjąć małżonka drugiego, gdy zapadnie dekret ordynariusza, że przyczyna separacji, a z nią i separacja, ustała.

Druga właściwość prawa kan. polega — jak już wzmiankowaliśmy — na tem, że pr. kan. dozwala na separację bez wyroku sądu duchownego („sive iudicis sententia sive propria auctoritate“ w kan. 1130, „et etiam propria auctoritate“ w kan. 1131). Separacja propria auctoritate jest dozwoloną pod dwoma warunkami — jeżeli przyczyna jest na pewne znaną i jeżeli niebezpieczeństwo jest in mora.

Pr. kan. dozwala separacji propria auctoritate, ale skutków jej majątkowych (kan. 1132 zawiera postanowienia tylko co do dzieci i to tylko co do ich wychowania) nie normuje, sprawa przeto przyjść musi zawsze przed sąd cywilny, prawo kan. bowiem nie ma na myśli separacji za obopólną zgodą, o której, jak z zacytowanych przepisów widać, wogóle nie mówi. (Czy taka separacja za obopólną zgodą jest wedle pr. kan. dopuszczoną, zależy od interpretacji założenia separacji „iusta causa“ w kan. 1128). Separacja propria auctoritate ma przeto znaczenie dla konfesjonału.

Należy jeszcze wyjaśnić słowa „nisi ex ipsius consensu ille statum matrimonii contrarium susceperit“ w kan. 1130. Odnoszą się one prawdopodobnie do święceń i ślubów zakonnych, które małżonek „za zgodą drugiego“ otrzymał względnie złożył.

2). Druga kombinacja polega na tem, że ustawodawstwo nie dopuszcza rozvodu dla katolików, którym

¹⁾ Tłómaczenie X. J. Fijałka l. c.

pozostaje tylko separacja od stołu i łoża, ale zezwala na rozwód akatolikom, którzy jednak mogą także korzystać ze separacji od stołu i łoża. Takim właśnie jest system prawa austriackiego. § 103 k. c. a. dopuszcza separację dla wszystkich wyznań (powtarza to dla małżeństw żydowskich § 132 k. c. a.), co do rozwodu zaś, wyklucza go dla małżeństw katolickich i od początku mieszanych, a natomiast § 115 dopuszcza rozwód dla akatolików, § 133 dla żydów, § 116 dla małż. później mieszanych, d. k. n. z 20 listopada r. 1820 str. 325 zb. u prow, gal dla Greków nie unitów, wreszcie § 2 u. z 9 kwietnia r. 1870 l. 51 d. u. p. dla bezwyznaniowych. Kombinację tę spotykamy jeszcze w Kroacji i Sławonji, gdzie dla katolików rz. obrządku dopuszczoną jest tylko separacja od stołu i łoża, dla małż. zaś protestanckich i żydowskich obowiązującym jest pr. austr., a więc dopuszczonym jest dla nich tak rozwód, jak i separacja. Taka tylko jest tam odmiana, że dla grecko-orientalnych dopuszczonym jest tylko rozwód, gdy cytowany wyżej d. k. n. z 1820 dopuszcza dla Greków nie unitów rozwód, ale nie wyklucza separacji.

Pr. austr. nie zna czasowej separacji w tem znaczeniu, jakie przyjmuje pr. kan., a za niem pr. m. Kr. p. (poniżej pod 3). Nie zna także pr. austr. separacji bez interwencji sądu (§ 93 k. c. a.: „małżonkom nie jest dozwolonem znosić samowolnie wspólność małżeńską, choćby się na to oboje godzili“), jaką uznaje pr. kan. Pociąga to za sobą ten skutek, że taka posądowa separacja powinna być wobec prawa bez skutków. Jednakże praktyka liczy się z życiem i wbrew konsekwencjom odmawia stosowania przymusu do podjęcia wspólności małżeńskiej, chociaż nie było sądowej separacji, gdy ją spowodowały ważne moralne przyczyny (np. orzec. 14432, 4650 zb. G. U. W.). Tak samo uznaje praktyka zobowiązanie się do renty na czas faktycznej separacji za ważne, p. np. orzec. 8433 zb. G. U. W. Jednakże posunęlibyśmy się za daleko, przyznając faktycznie separowanej małżonce skargę o alimenty lub skargę o zwrot posagu (orzec. VI 2368 zb. G. U. W. ma na myśli zobowiązania się do zwrotu posagu w razie faktycznej separacji, przyjęte przy ustanowieniu posagu). Konsekwentnie z nieuznawaniem pozasądowej separacji uważa praktyka niewierność faktycznie separowanego małżonka za powód do separacji sądowej (orzec. 14769 zb. G. U. W.).

Pr. austr. różni się więc w tych dwóch punktach wyraźnie od pr. kan., to jest nie przyjmuje separacji czasowej i nie uznaje separacji pozasądowej. Natomiast przyjmuje pr. austr. separację za obopólną zgodą, którą pr. kan. pomija, jakkolwiek jej nie wyklucza. Gdy jednak pr. austr. w razie zgody małżonków, nie bada powodów separacji, to w pr. kan. separacja za zgodą stron może być dopuszczoną, gdy zachodzi iusta causa, przez co należy rozumieć nie tylko te przyczyny, które przyjmują ka-

nony 1129 i 1131. Obopólna zgoda małżonków na separację miałaby przeto to znaczenie, że rozszerzałaby przyczyny separacji, t. j. umożliwiałaby ją poza przypadkami wymienionymi w kan. 1129 i 1131, jakkolwiek praktycznie nie znachodziłoby to może częstego zastosowania wobec tego, że kan. 1131 przytacza przyczyny separacji tylko przykładowo („haec aliaque id genus“).

W pr. austr. różnica między zgodną a niezgodną separacją polega na tem, że pierwszą otrzymuje się w drodze postępowania niespornego, drugą w drodze procesu; pierwszą na podstawie uchwały, drugą wyroku; pierwszą rozpatruje sąd powiatowy, drugą trybunał; w pierwszej strony muszą stwierdzić, że ułożyły się także co do stosunków majątkowych, w drugiej zapadają i w tych stosunkach decyzje sądu. Szczegóły widoczne są z przepisów k. c. a. o separacji, które opiewają:

§ 103. Jeżeli na rozdział co do stołu i łoża i na warunki takiego rozdziału zgadzają się obydwójce małżonkowie, sąd zachowując przepisane niżej formalności, powinien nań pozwolić. § 104. Małżonkowie, którzy chcą się rozłączyć, powinni wprzód zamiar swój z przytoczeniem powodów objawić właściwemu proboszczowi. Proboszcz obowiązany jest zwrócić uwagę małżonków na wzajemne przez nich przy ślubie uroczyste uczynione przyrzeczenie, i przedłożyć im dobitnie złe skutki wynikające z rozdziału. Przedstawienia takie mają być czynione po trzykroć w pewnych przerwach czasu. Jeżeli okazują się bez skutku, proboszcz powinien wydać stronom świadectwo na piśmie, iż pomimo trzechkrotnie czynionych im przedstawień, trwają w zamiarze rozłączenia się. § 105. Żądanie o rozdział powinni obydwójce małżonkowie, przy dołączeniu świadectwa proboszcza, podać do właściwego dla siebie sądu. Sąd obowiązany jest wezwać ich do osobistego stawienia się, i jeżeli małżonkowie potwierdzą wobec sądu, iż tak względem rozdziału, jakoteż pod względem warunków co do majątku i utrzymania, porozumieli się między sobą, sąd na żądany rozdział powinien bez dalszego postępowania pozwolić i zezwolenie to w aktach sądowych zapisać. Jeżeli są dzieci, powinien sąd rozciągnąć nad nimi pieczę, według przepisów, zawartych w następującym rozdziale. § 106. Małżonek małoletni lub zostający pod opieką, może wprawdzie sam za siebie zezwolić na rozdział, jednak co do ułożenia się co do majątku małżonków i co do ich utrzymania, niemniej co do utrzymania dzieci, potrzebnem jest zezwolenie prawnego zastępcy i sądu opiekuńczego. § 107. Przedstawienia proboszcza, zmierzające do zgody, potrzebne są w tym nawet przypadku, jeżeli jedna ze stron nie chce zezwolić na rozdział, a druga strona ma prawne powody do żądania. Jeżeli przedstawienia te okazują się bezskutecznymi, lub jeżeli strona oskarżona nie chce stawić się przed proboszczem, natenczas żądanie rozdziału wraz z świadectwem proboszcza i potrzebnymi dowodami powinno być wniesionem do zwyczajnego sądu, który obowiązany

jest z urzędu sprawy dochodzić, a następnie wyrok w tej mierze wydać. Może także sędzia jeszcze przed wydaniem wyroku dozwolnić stronie, wystawionej na niebezpieczeństwo, aby w oddzielnem i przyzwolitem miejscu mieszkała. § 108. Spory o oddzielenie majątku lub utrzymanie dzieci zachodzące w sprawie o rozdział co do stołu i łoża, prowadzonej bez wzajemnego porozumienia się stron, winny być załatwiane według przepisów podanych w § 117 co do rozwodu. § 109. Powodami ważnemi, dla których rozdział co do stołu i łoża może być orzeczonym są: uznanie oskarżonego małżonka za winnego cudzołóstwa lub jakiej zbrodni; złośliwe opuszczenie przez niego skarżącego się małżonka albo prowadzenie nieporządnego życia, z powodu czego znaczna część majątku skarżącego się małżonka, lub dobre obyczaje familji narazone są na niebezpieczeństwo; niebezpieczne nastawianie na życie lub zdrowie, ciężkie pokrzywdzenie na ciele, lub częste i ze względu na stan osób dokuczliwe dręczenia, wady ciała ciągle trwające, połączone z niebezpieczeństwem zarazy. § 110. Małżonkowie rozdzieleni mogą na nowo połączyć się ze sobą, powinni jednak donieść o tem zwyczajnemu swemu sądowi. Gdyby małżonkowie po takim połączeniu się chcieli znowu rozdziału, natenczas to wszystko, co postanowiono pod względem pierwszego rozdziału, powinni zachować.

Odnosnie do wyżej zacytowanych przepisów podnieść należy, że nałożony w §§ 104 i 107 na małżonków obowiązek zgłoszenia się u duszpasterza został przez u. z d. 31 grudnia r. 1868 nr. 3 d. u. p. ex 1869 zniesiony. Stronom wolno jednak zgłosić się u niego, a wówczas jego świadectwo, że trzykrotne próby pojednania spełzły na niczem, uwalnia sąd od przedsięwzięcia tych prób. Inaczej podejmuje je sąd w odstępach ośmiiodniowych trzykrotnie.

3. Trzecia kombinacja polega na tem, że dozwoloną jest albo tylko separacja (dla rz. kat.) albo tylko rozwód (dla innych wyznań). Takie stanowisko zajmuje Rosja, gdzie dla wyznawców religji rosyjskiej istnieje tylko rozwód, dla katolików tylko separacja, dla protestantów tylko rozwód, dla żydów tylko rozwód. Do tej grupy zaliczyć też należy pr. m. Kr. pol.: dla małż. rz. kat. przyjmuje ono tylko separację, dla innych tylko rozwód.

Wedle art. 60 „małż. (rz. kat.) ustaje 1. przez śmierć jednego z małżonków, 2. wskutek wyroku władzy duchownej, stanowiącego nieważność, 3. małż. niespełnione fizycznie rozwiązuje się przez wstąpienie jednego z małżonków do zakonu i wykonanie tamże ślubu czystości“. (Błąd logiczny jest widoczny: nie można zestawiać na równi unieważnienia z rozwiązaniem, czy ustaniem „małżeństwa“, bo teoria unieważnienia polega na założeniu, że „małżeństwa“ nigdy nie było). Z drugiej jednak strony pr. m. Kr. p. w art. 62 postanawia, że „pożycie (u rz. kat.) ustaje wskutek rozłączenia co do stołu i łoża“.

Natomiast co do innych wyznań dopuszczonym jest tylko rozwód, a o separacji niema mowy. I tak: art. 111 mówi o małż. grecko-rosyjskich, że kończą się ze śmiercią jednego z małżonków, przez zesłanie, przez nieobecność i przez rozwód; art. 145 mówi o małż. ewangelików, że ustają ze śmiercią jednego z małżonków, a rozwiązują się przez rozwód; art. 189 postanawia dla innych wyznań, że rozwód będzie na żądanie stron wyrzeczonym, o ile jest dozwolonym wedle zasad wyznania strony powodowej; wreszcie co do małż. mieszanych obowiązuje zd. rady państwa z 11/23 czerwca r. 1891, omówione już przez nas wyżej w ustępie o impedimentum ligaminis.

Pr. m. Kr. p. przyjmuje za wzorem pr. kan. separację czasową, art. 67 bowiem postanawia: „rozwiązanie co do stołu i łoża może być orzeczonem przez zwierzchność duchowną na czas ograniczony i nieograniczony“. Separacja orzeczona na czas ograniczony jest odrębną instytucją i nie można jej łączyć ani z separacją na czas nieograniczony ani z tą separacją, którą sędzia dopuszcza, jako tymczasowe zarządzenie, w procesie o rozwód, lub o stałą separację tudzież o unieważnienie małż. Separacja, jako tymczasowe zarządzenie, znaną jest wszystkim ustawodawstwom. § 107 k. c. a. mówi, że „sędzia może stronie zagrożonej także jeszcze przed rozstrzygnięciem (sporu o separację) zezwolić na osobne mieszkanie“ (§ 382 l. 8 proc. cyw. austr. mówi o przyznaniu w takim przypadku żonie i dzieciom także prowizorycznych alimentów); tak samo należy postąpić w razie procesu o rozwód (co do tymczasowych alimentów o. § 117 k. c. a.) W pr. małż. Kr. p. art. 219 mówi, że „wolno jest żonie w czasie sprawy o nieważność, rozwiązanie małż., albo rozłączenie od stołu i łoża, opuścić wspólnie mieszkanie“, a wówczas „sąd cywilny właściwy, na żądanie stron, oznaczy mieszkanie, w którym żona obowiązana będzie ciągle przebywać i oznaczy ilość alimentów, które mąż będzie obowiązany dostarczyć jej w ciągu procesu“. Pr. niem. idzie w tym kierunku najdalej. Proc. cyw. niem. zna, nie tylko separację na czas trwania procesu, jako tymczasowe zarządzenie, ale dopuszcza także na żądanie powoda przerwy w procesie o rozwód, a § 620 proc. cyw. niem. nakazuje w przypadku, gdy idzie o rozwód z § 1568 k. c. n. (p. niżej) z urzędu przerwać proces (jednak raz tylko w ciągu procesu i najwyżej na dwa lata), gdy jest nadzieja pogodzenia się. Z tą separacją z § 620 proc. cyw. niem. da się porównać w pr. austr. czasowa separacja, którą może (nie musi, ks. judykatów 168) orzec sędzia w procesie o rozwód z powodu nieprzewyciężonej odrazy, § 115 k. c. a. Wszystkie powyżej wymienione przypadki separacji mają naturę tymczasową, trwają tylko na czas procesu, w szczególności sprawa alimentów jest uregulowaną tymczasowo jakkolwiekby długo takie tymczasowe zarządzenie trwało. Inną instytucją jest separacja na czas ograniczony, którą za wzorem

pr. kan. wprowadza art. 69 pr. m. Kr. pol. Jest ona przede wszystkim „wyrzeczona“, to jest następuje na podstawie definitywnej i nie ma charakteru tymczasowego, ale stały, chociaż trwa przez oznaczony czas, co ma znaczenie zwłaszcza w kwestji stosunków majątkowych. Taką czasową separację znała ustawa niemiecka z $\frac{1}{2}$ r. 1875 i pierwszy projekt kodeksu niemieckiego (jednak tylko na dwa lata z przyczyn odpowiadających dzisiejszemu § 1568 k. c. n.).

Pr. małż. Kr. pol. zgadza się więc z prawem kan. w kwestji separacji czasowej (w czem różni się od pr. austr.); nie pomija, jak to czyni pr. kan., separacji za obopólną zgodą, w gruncie jednak godzi się z niem, bo dopuszcza jej w art. 66 tylko dla „przyczyn godziwych“ (w czem znowu różni się od pr. austr., wedle którego w razie zgody sąd nie bada przyczyn). Natomiast nie sankcjonuje pr. m. Król. pol. separacji pozasądowej, bo tę wprowadziła dopiero ostatnia reforma pr. kan. (art. 62 „rozłączenie co do stołu i łoża może być wyrzeczone przez zwierzchność duchowną...“).

4. Czwartą grupę stanowią państwa, w których dla wszystkich, a więc i dla katolików, dopuszczonym jest tylko rozwód. Należą tutaj: Bułgaria i Serbia (separacja w tych dwóch państwach dopuszczoną jest tylko do przedsięwzięcia prób ugodowych), Finlandja, Szwecja i Grecja (wszystkie te trzy państwa znają separację tylko jako tymczasowe zarządzenie), tak samo jest w Rumunii. System ten istniał we Francji między rewolucją a kodeksem Napoleona i w Niemczech w czasie „kullurkampfu“.

5. Wreszcie ostatnią grupę stanowią państwa, w których dozwolonym jest rozwód i separacja dla wszystkich, wedle wyboru. Nie wchodzimy w szczegóły, ów „wybór“ jednak, o którym mówimy, jest o tyle ograniczony, że w niektórych państwach są różnice między przyczynami separacji a przyczynami rozwodu. Należą do tej grupy: Belgja, Danja, Francja, Wielka Brytania, Luxemburg, Montenegro, Holandia, Norwegja i Węgry. Szczególnie obchodzą nas Niemcy, które należą do tej grupy, jakkolwiek nazwa „separacji“ nie znajduje się w kodeksie cywilnym.

Wedle pr. niem. małż rozwiszuje się w trzech przypadkach: przez śmierć jednego małżonka, o czem k. c. n., jako o rzeczy rozumiejącej się sama przez się, nie mówi; przez zawarciu nowych związków małżeńskich przez małżonka, którego poprzedni małżonek został uznany za zmarłego (§ 1348 k. c. n.), o czem będziemy mówić później, i przez rozwód (§§ 1564 nast. k. c. n. przyczem nadmieniamy, że wedle k. c. n. rozwód nazywa się „Scheidung“, a separacja „Trennung von Tisch und Bett“, gdy w pr. austr. jest odwrotnie: rozwód nazywa się „Trennung“ a separacja „Scheidung von Tisch und Bett“). Obok tych środków rozwiązania małżeństwa, które małżonkowi

pozostałemu przy życiu wzgl. rozwiedzionemu pozwalają wstąpić w nowe związki małżeńskie. zna k. c. n. instytucję „zawieszenia wspólności małż. (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft)“, §§ 1575 n. k. c. n., będącej w gruncie rzeczy separacją od stołu i łoża, (jednak z pewnymi właściwościami), nie przwalającą małżonkom zawierać nowych związków małżeńskich. Odnosne przepisy kodeksu cywilnego niemieckiego w sprawie zniesienia wspólności małżeńskiej opiewają: § 1575 k. c. n. „Małżonek uprawniony do skargi o rozwód, może skarżyć o zawieszenie wspólności małżeńskiej zamiast o rozwód. Jeżeli drugi małżonek postawi wniosek, ażeby małżeństwo w razie, jeżeli skarga jest uzasadniona, zostało rozwiedzione, to należy orzec rozwód. Do skargi o zawieszenie wspólności małżeńskiej mają zastosowanie przepisy §§ 1573 i 1574. „Następny przepis mieści się w § 1576, który brzmi: Jeżeli wyrok zapadł na zawieszenie wspólności małżeńskiej, to na podstawie tego wyroku może każdy z małżonków postawić wniosek o rozwód, chyba, że po wydaniu wyroku wspólność małżeńska została przywrócona. Przepisy §§ 1570—1574 nie mają zastosowania; jeżeli małżeństwo zostało rozwiedzione, to małżonka uznanego za winnego należy także we wyroku orzekającym rozwód uznać za winnego“. Wreszcie § 1586 postanawia, że w razie zawieszenia wspólności małżeńskiej nie jest dozwolonem zawarcie nowych związków małżeńskich, a przepisy o nieważności i wzruszeniu małż. mają zastosowanie, jak gdyby wyrok nie był zapadł.

Zawieszenie wspólności małżeńskiej różni się tem od zawieszenia domowej wspólności (Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft), że pierwsze polega na wyroku sądowym, drugie jest pozasądowym, Zawieszenie wspólności małżeńskiej nie jest też tymczasowem zarządzeniem, bo nie jest wywołanem i ograniczonem przez proces (p. wyżej). Zawieszenie wspólności małżeńskiej różni się tem od rozwodu, że nie powoduje rozwiązania małżeństwa, że przeto małżonkowie nie mogą zawierać nowych związków małżeńskich. Ta cecha sprawia, że zawieszenie wspólności małżeńskiej ma naturę separacji od stołu i łoża prawa kanonicznego, zostało też wprowadzonym do prawa niemieckiego na żądanie katolików. Jednak zawieszenie wspólności małżeńskiej różni się od separacji tem, że może być zamienionem na rozwód:

α) Powód ma przedewszystkiem odrazu prawo wyboru między żądaniem rozwodu i żądaniem zawieszenia, a to ostatecznie może tylko wtedy postawić, jeżeliby mógł postawić pierwsze, to jest założenia skargi o zawieszenie są takie same, jak skargi o rozwód. Tak samo przyznać mu należy prawo przemiany żądania aż do prawomocności wyroku (mówimy o „przemianie żądania“, które nie jest „przemianą skargi“ w znaczeniu §§268 n. 527 proc. cyw. niem.) Zauważyć należy, że konsekwentnie przyznać należy powodowi, który wniósł skargę o roz-

wód, prawo zmienienia żądania o rozwód na żądanie zawieszenia aż do prawomocności wyroku (a więc nawet jeszcze w ciągu rewizji).

β) Pozwany ma prawo aż do prawomocności wyroku żądać rozwodu na wypadek, gdyby skarga o zawieszenie odniosła skutek. Jeżeli to uczynił, wyrok musi orzec rozwód.

γ) Po prawomocności wyroku orzekającego zawieszenie może każdy małżonek (dotychczas mówiliśmy o prawie jednego tylko małżonka) żądać rozwodu i to już tylko na podstawie owego wyroku, orzekającego zawieszenie. Przeciwna strona może to żądanie oddalić tylko wykazaniem, że tymczasem przywróconą została wspólność małżeńska. Sporną jest kwestja, czy takie żądanie rozwodu na podstawie wyroku orzekającego zawieszenie ma nastąpić w drodze skargi, czy też na podstawie prostego wniosku. Pierwsza alternatywa wydaje mi się uzasadnioną.

Różnica między zawieszeniem wspólności małżeńskiej a kanoniczną separacją tkwi nie w punktach wyżej pod α) i γ) przywiezionych, bo ich z prawem kanonicznem porównać wogóle nie można, ale w punkcie wyżej pod β) przytoczonym. Zawieszenie wspólności małżeńskiej zależy od woli pozwanego, chociaż zachodzą i stwierdzone zostały jego przyczyny. Separacja (oczywiście nie mamy na myśli separacji za obopólną zgodą) nie może być udaremnioną przez pozwanego, gdy zachodzą przyczyny dopuszczające ją wedle ustawy. W pr. niem. spokój sumienia małżonka, który ze względów religijnych żądał zawieszenia, a nie rozwodu, zależy od dobrej woli pozwanego małżonka.

B) Przyczyny rozwodu. Przepisy odnoszące się do przyczyn rozwodu są następujące:

1. **Pr. austr.** a) Rozwody a katolików, starokatolików, (orzeczn. XI, 4169 G. U. W.), greków nieunitów (d. kan. n. z ²⁰/₁₁ 1820 zb. u. prow. gal. str. 325), bezwyznaniowych, u. z ⁹/₄ 1870 l. 71 d. u. p.) i muzułmanów (§ 1 u. z d. ¹⁵/₇ r. 1912):

§ 115. Małżonkom nie wyznającym religji katolicko-chrześcijańskiej, dozwala ustawa według zasad ich religji żądać rozwodu dla ważnych przyczyn. Przyczynami takimi są: dopuszczenie się przez małżonka cudzołóstwa lub takiej zbrodni, za którą był skazanym na karę przynajmniej pięcioletniego więzienia; złośliwe opuszczenie przez niego drugiego małżonka i niestawienie się w ciągu jednego roku pomimo publicznego zapozwania przed sąd w tym przypadku, gdy miejsce pobytu jego nie było wiadomem, nastawanie zagrażające życiu lub zdrowiu, ciężkie i częste pokrzywdzenie na ciele, nieprzez wyciążony wstręt, dla którego obydwójce małżonkowie żądają rozwodu, w tym atoli ostatnim przypadku rozwód nie musi być od razu udzielony, lecz naprzód, według okoliczności nawet

kilka razy, winien być dozwolonym rozdział co do stołu i łoża. Wreszcie we wszystkich tych przypadkach winny być zachowane te przepisy, które obowiązują co do dochodzenia i wyrokowania w sprawach o nieważność małżeństwa.

§ 116. Małżonek niekatolik może dla przyczyn w §§ poprzedzających przywiedzionych, żądać rozwodu, chociażby drugi małżonek przeszedł na religię katolicką.

§ 117. Jeżeli w postępowaniu rozwodowym zachodzą spory odnoszące się do kontraktu osobno zawartego, do oddzielenia majątku, utrzymania dzieci, lub innych wzajemnych żądań, sędzia właściwy starać się winien przedewszystkiem spory te na drodze ugody załatwić, a jeżeli strony pogodzić się nie mogą, odesłać je do zwyczajnej drogi prawa; w takim razie należy według przepisów, w rozdziale o kontraktach małżeńskich zawartych, wyrok wydać, tymczasowo zaś wyznaczyć żonie i dzieciom przyzwoite utrzymanie.

§ 118. Gdy rozwiedzeni małżonkowie chcą się znowu z sobą połączyć, połączenie to uważanem być ma, jak nowe małżeństwo i z wszystkimi uroczystościami, jakich ustawa do małżeństwa wymaga, winno być zawartem.

§ 122. Jeżeli małżeństwo zostanie uznanem za nieważne, lub jeżeli orzeczonem zostanie rozwód, powinna być o tem zapisana wzmianka w książce ślubów w miejscu, gdzie ślub był wpisanym, a w tym celu sąd, w którym postępowanie o unieważnienie małżeństwa lub o rozwód miało miejsce, obowiązany jest donieść o tem władzy, do której należy przestrzeganie dokładnego utrzymywania książki ślubów.

b) Rozwody Żydów:

§ 134. Małżeństwo ważne, między Żydami zawarte, może być rozwiązane za wzajemnem dobrowolnem zezwoleniem małżonków przez list rozwodowy, przez męża żonie dany; przedewszystkiem jednak obowiązani są małżonkowie oświadczyć rabinowi lub szkolnikowi chęć rozwiedzenia się. Rabin lub szkolnik powinni użyć najenergiczniejszych przełożeń dla pojednania małżonków i wtenczas dopiero, gdy przełożenia te skutku nie odniosą, wydać im świadectwo na piśmie, że obowiązku swego dopełnili, lecz pomimo wszelkiego usiłowania nie mogli ich odwieść od powziętego zamiaru.

§ 134. Z takim świadectwem małżonkowie stawić się powinni w sądzie krajowym obwodu, w którym mieszkają. Jeżeli sąd uważa z okoliczności, że jest jeszcze jaka nadzieja do pojednania, nie powinien zaraz dawać rozwodu, lecz udzielenie go do jednego lub dwóch miesięcy wstrzymać. Jeżeliby odroczenie to nie przyniosło skutku, lub jeżeli zaraz z początku nie ma żadnej nadziei pojednania, sąd obowiązany jest dozwolić, aby żonie list rozwodowy przez męża był wydany i gdy potem obydwójce małżonkowie jeszcze raz w sądzie oświadczą, iż za dobrowolnem zezwoleniem postanowili, jedno

wydać list rozwodowy, a drugie go przyjąć, natenczas udzielenie listu ma być uznane za prawnie dokonane, a tem samem małżeństwo za rozwiązane.

§ 135. Jeżeli będzie dowiedzionein, że żona dopuściła się cudzołóstwa, mężowi służy prawo oddalić ją od siebie przez list rozwodowy nawet pomimo jej woli. Skarga o rozwód przeciwko żonie winna być wniesioną do sądu szlacheckiego tego obwodu, w którym małżonkowie mają zwyczajne swoje mieszkanie, a postępować z nią należy tak, jak z innemi sprawami.

§ 136. Małżeństwo między Żydami nie rozwiązuje się wskutek przejścia jednego z małżonków na religję chrześcijańską, lecz może być rozwiązaniem z przyczyn dopiero przywiezionych (§§ 132--135).

2. **Pr. Kr. p.** a) Rozwody osób wyznających religję grecko-rosyjską:

Art. 117. Przyczyny rozvodu wyszczególnione są w ustawach kościoła grecko-rosyjskiego. Art. 118. Nie może być zatwierdzony wyrok, którym rozwiązane jest małżeństwo na zasadzie prostego przyznania strony obwiniającej się o cudzołóstwo, jeżeli inne okoliczności nie stwierdzą należycie tego przyznania. Przyznanie się strony powinno być uczynione w sądzie, przed sędzią, dobrowolnie, rzetelnie i zgodnie z okolicznościami sprawy.

b. Rozwody osób wyznań ewangelicko-augsburskiego i ewangelicko-reformowanego:

Art. 145. Małżeństwo osób wyznających religję ewangelicką, ustaje ze śmiercią jednego z małżonków, a rozwiązuje się przez rozwód. Art. 146. Stanowią prawne przyczyny rozvodu:

1. cudzołóstwo;
2. złośliwe opuszczenie współ-małżonka;
3. długa nieprzytomność jednego z małżonków, choćby niedobrowolna, lecz przeszło pięć lat trwająca;
4. niemożność fizyczna spełniania powinności małżeńskiej;
5. choroba zaraźliwa i nieuleczalna, albo choroba zaraźliwa odrażająca;
6. pomieszanie zmysłów;
7. życie rozwiązłe;
8. postępowanie gwałtowne i wzniecające obawę o życie małżonka;
9. udowodniony sądownie zamiar pozbawienia współmałżonka honoru, urzędu lub rzemiosła;
10. przestępstwa pociągające za sobą karę śmierci, więzienia warownego, lub ciężkiego i występki przeciwko naturze.

Art. 147. Może być wyrzeczony rozwód z powodu cudzołóstwa nietylko wtenczas, kiedy tego przestępstwa są zupełne dowody, ale nawet w przypadku, gdy gwałtowne podejrzenie wynikające z czynów przez inkwizycję wykrytych, jest tego ro-

dzaju, iż wedle przepisów kodeksu postępowania karnego pociąga za sobą ukaranie przestępnego.

Art. 148. Jeżeli strona skarżąca sama także dopuściła się złamania wiary małżeńskiej, skarga jej nie będzie przyjętą, wyjąwszy przypadek, w którymby udowodniono, iż ta strona, wiedząc oddawna, a przynajmniej od roku o przestępstwie współmałżonka, nie zaniósła przeciw niemu skargi.

Art. 149. Cudzołóstwo nie może uzasadnić skargi rozwodowej, jeżeli strona obrażona dopełniała powinności małżeńskiej, chociaż wiedziała o przeniewierzeniu się małżonka, jeżeli wybaczyła winę małżonkowi występniemu, lub nie podała na niego skargi w ciągu roku od dnia, w którym powzięła wiadomość o popełnionem przezeń przestępstwie.

Art. 150. Skoro będzie wyrzeczony rozwód z powodu cudzołóstwa, akta sprawy powinny być natychmiast komunikowane prokuratorowi właściwego sądu karnego, dla uczynienia wniosków o wyrzeczeniu przeciwko stronie winnej kary, kodeksem karnym postanowionej.

Art. 151. Małżeństwo może być rozwiązane, na żądanie jednego z małżonków, jeżeli drugi, bez dostatecznych powodów i ważnych okoliczności, opuszcza go i wzbrania się do niego wrócić.

Art. 152. Prosta zmiana mieszkania ze strony męża nie stanowi jeszcze złośliwego opuszczenia żony; przeciwnie, żona obowiązana jest podług żądania męża, udać się za nim, gdzie mu się mieszkać podoba.

Art. 153. Jeżeli żona porzuci męża bez jego zezwolenia i bez prawych przyczyn, mąż mocen jest wtedy dopiero żądać rozwodu, gdy żona nie chce wrócić do niego, pomimo otrzymanego od władzy policyjnej wezwania.

Art. 154. Strona, zamierzająca wnieść skargę rozwodową z powodu złośliwego opuszczenia, powinna wyjednać sobie u konsystorza generalnego ewangelickiego pozwolenie do zapoznania strony przeciwnej przez woźnego, aby stawiła się przed tym konsystorzem i podała przyczyny porzucenia strony skarżącej.

Art. 155. Jeżeli jedna ze stron, porzuciwszy drugą, przed rokiem nie daje onej żadnych o sobie wiadomości, strona przeciwna może żądać rozwodu; lecz poprzednio udać się winna do konsystorza generalnego z prośbą o uczynienie do władz krajowych potrzebnych kroków celem wyśledzenia miejsca pobytu nieobecnego małżonka. W przypadku, gdyby pobyt jego wyśledzonym być nie mógł, zapozwanie, o którym mowa w artykule poprzednim, uczynione być winno przez pisma publiczne.

Art. 156. W jednym i drugim przypadku rozwód będzie mógł być wyrzeczonym dopiero po upływie roku od dnia doręczenia lub ogłoszenia zapozwu.

Art. 157. Mąż ma prawo żądać rozwodu, jeżeli żona, powracająca do niego po nieprawem oddaleniu się, nie udowodni godnemi wiary świadectwy, że postępowanie jej w czasie niebytności było nienagannem.

Art. 158. Nieprzytomność jednego z małżonków, dłużej jak lat pięć trwająca, i sądownie ogłoszona, upoważnia drugiego małżonka do żądania rozwodu.

Art. 159. Będzie mógł być wyrzeczony rozwód na żądanie jednej ze stron, jeżeli druga strona znajdowała się już przed zawarciem małżeństwa w niemożności pełnienia powinności małżeńskiej, albo jeżeli popadła później w tę niemożność z własnej swej winy.

Art. 160. Nie będzie mógł być żądany rozwód z powodu niemożności fizycznej, aż po upływie lat trzech od czasu powzięcia wiadomości o niemożności fizycznej jednego z małżonków.

Art. 161. Małżeństwo może być także rozwiązane na żądanie jednej strony, jeżeli druga podlega chorobie nieuleczalnej i zaraźliwej, lub chorobie zaraźliwej i mocno odrażającej, której nie miała lub którą ukrywała w chwili zawarcia małżeńskiego związku.

Art. 162. Rozwód może być wyrzeczony na żądanie jednego z małżonków jeżeli sądownie udowodnionem będzie, że drugi małżonek cierpi pomieszenie zmysłów lub ma napady szaleństwa, że ten stan trwa przynajmniej od roku i że wedle opinii lekarzy, potwierdzonej przez Radę Ogólną Lekarską, niema nadziei, aby ten małżonek wrócił do zdrowia. Strona, poszukująca rozwodu, powinna przedewszystkiem zapewnić utrzymanie się drugiej strony, jeżeli ta nie ma dostatecznego funduszu.

Art. 163. Rozwód może być wyrzeczony na żądanie jednej ze stron, jeżeli prowadzenie się drugiej strony jest zupełnie złe, jeżeli ta strona oddaje się pijaństwu, innym poniżającym nałogom lub marnotrawstwu, tak dalece, iż majątek małżonków przywiedziony jest do upadku, a wszelkie przestrogi, które jej dawali przyjaciele, pastor i zwierzchność miejscowa, nie przyniosły żadnego skutku.

Art. 164. Postępowanie gwałtowne, wzniecające obawę o życie małżonka, połączone z łajaniem, uderzaniem i innymi ciężkimi obelgami dają prawo stronie cierpiącej niewinnie, żądania rozwodu, który wszakże nie będzie mógł być wyrzeczonym, aż wtedy, gdy usiłowania pastora i przyjaciół wspólnych do pogodzenia małżonków, i wśród tego nakazane im na próbę rozłączenie się czasowe przez konsystorz ewangelicki generalny, pozostaną bez skutku.

Art. 165. Jednakże rozwód nie będzie mógł być wyrzeczonym, jeżeli okaże się, że strona pokrzywdzona, swoim prowadzeniem się nieprzyzwoitem lub swą złośliwością, ściągnęła

na siebie doznane od małżonka nieprzyjemne obejście, jeżeli wywołała je dla otrzymania rozwodu, jeżeli wybaczyła urazę stronie winnej lub nie zaniósła skargi w ciągu roku, rachując od dnia wyrządzenia jej obelgi.

Art. 166. Jeżeli jeden z małżonków usiłował, bądź spotwarszeniem współmałżonka, bądź innemi nieprawnymi postępkami pozbawić go honoru, wolności urzędu lub rzemiosła, strona przeciwna będzie mogła otrzymać rozwód, lecz jedynie wtedy, gdy zły zamiar i złe postęпки swego małżonka należycie udowodni. Gdyby wszelako strona pokrzywdzona, której postęпки strony przeciwnej były wiadome, w przeciągu sześciu miesięcy nie zaniósła skargi, przedłużenie z jej strony pożycia małżeńskiego będzie uważane jako darowanie winy współmałżonkowi.

Art. 167. Współmałżonkowie skazanych na karę śmierci, na karę więzienia warownego lub ciężkiego, mają prawo żądać rozwodu. To prawo służy również małżonkowi niewinnemu, jeżeli drugi skazany został na karę za występki przeciwko naturze, lub jeżeliby zbiegł, popełniwszy zbrodnię lub występki.

Art. 168. Zabrania się niewiastom, które zostawały w poprzednim małżeństwie, wstępować w nowe związki małżeńskie przed upływem dziesięciu miesięcy od dnia ustania lub rozwiązania poprzednich.

Art. 169. Osoby, przestępujące powyższy zakaz, tudzież ich opiekunowie, na przestąpienie onego zezwalający, podpadną karze pieniężnej; tej karze ulegnie również pastor, obrząd religijny ślubu dopełniający, a nadto karze dyscyplinarnej.

Art. 170. Ilekroć rozwód wyrzeczonym zostanie z powodu: a) rozwiązłego życia (7); b) postępowania gwałtownego (8); c) udowodnionego złego zamiaru (9), i d) przestępstwa (10), strona winna nie będzie mocną zawierać nowych związków małżeńskich, za życia swego małżonka przed upłynieniem lat trzech od dnia wyrzeczenia rozwodu.

Art. 171. Jeżeli rozwód wyrzeczonym zostanie z powodu cudzołóstwa (1), lub złośliwego opuszczenia (2), strona winna nie będzie mocną zawierać nowych związków małżeńskich, za życia drugiego małżonka, aż po upływie lat sześciu od dnia wyrzeczenia rozwodu.

Art. 172. Małżeństwo, zawarte z obrazą zakazów w art. 170 i 171 objętych, będzie nieważnem i zaskarżonem być powinno z urzędu przez prokuratora królewskiego.

c) Rozwody innych wyznań chrześcijańskich i rozwody małż. niechrześcijańskich.

Arś. 189. Rozwód będzie na żądanie stron wyrzeczonym, o ile podług zasad wyznania strony powodowej jest dozwolony.

3 Prawo niemieckie.

Przepisy dotyczące się rozwodu, są tutaj, oczywiście dane bez względu na wyznanie.

§ 1564. małżeństwo może być rozwiedzione z przyczyn oznaczonych §§ 1565—1569. Rozwód następuje przez wyrok. Rozwiązanie małżeństwa następuje z chwilą prawomocności wyroku. § 1565. Małżonek może skarżyć o rozwód, jeżeli drugi małżonek stał się winny cudzołóstwa, lub czynności zagrożonej karą wedle §§ 171 i 175 kodeksu karnego. Prawo małżonka do rozwodu jest wykluczonem, jeżeli zgadza się na cudzołóstwo lub na karygodną czynność lub jeżeli się staje winnym uczestnictwa w tych przestępstwach. § 1566. Małżonek może skarżyć o rozwód, jeżeli drugi małżonek nastaje na jego życie. § 1567. Małżonek może skarżyć o rozwód, jeżeli drugi małżonek opuścił go złośliwie. Złośliwe opuszczenie zachodzi tylko wówczas, 1) jeżeli małżonek, po prawomocnem zasądzeniu go na przywrócenie domowej wspólności, przez rok przeciwko woli drugiego małżonka w złośliwym zamiarze nie uczynił zadość wyrokowi; 2) jeżeli małżonek przez rok przeciwko woli drugiego małżonka w złośliwym zamiarze trzymał się zdala od domowej wspólności, a założenia publicznego doręczenia istniały przeciwko niemu od roku. Rozwód nie jest dopuszczalny, w przypadku ustępu 2 ncr 2, jeżeli założenia publicznego doręczenia nie istnieją już na końcu ustnej rozprawy, po której wychodzi wyrok. § 1568. Małżonek może skarżyć o rozwód, jeżeli drugi małżonek przez ciężkie naruszenie płynących z małżeństwa obowiązków lub przez zachowanie bez czci lub niemoralne stał się winnym tak głębokiego wstrząśnienia stosunku małżeńskiego, że od małżonka nie można żądać kontynuacji małżeństwa. Ciężkiem naruszeniem obowiązków jest także brutalne pokrzywdzenie (grobe Misshandlung).

§ 1569. Małżonek może skarżyć o rozwód, jeżeli drugi małżonek popadł w chorobę umysłową, jeżeli choroba podczas małżeństwa trwała co najmniej 3 lata i osiągnęła taki stopień, że duchowa wspólność między małżonkami ustała, a także wykluczoną jest nadzieja przywrócenia tej wspólności. § 1570. Prawo do rozwodu gaśnie w przypadkach §§ 1565—1568 przez przebaczenie. § 1571. Skarga o rozwód musi być w przypadkach §§-ów 1565—1568 wniesioną w ciągu 6-ciu miesięcy od chwili, w której małżonek dowiedział się o przyczynie rozwodu. Skarga jest wykluczona, jeżeli od zajścia przyczyny rozwodu upłynęło 10 lat. Czasokres nie biegnie, dopóki domowa wspólność małżonków jest zawieszoną. Jeżeli małżonek uprawniony do skargi zostanie przez drugiego wezwany, aby albo domową wspólność przywrócił, albo skargę wniósł, to czasokres biegnie od chwili otrzymania wezwania. Na równi z wniesieniem skargi stoi zaproszenie na termin pojednania. Zaproszenie traci swój skutek, jeżeli małżonek uprawniony do skargi nie stawia się na terminie pojednania, lub jeżeli po ukończeniu postępowania pojednawczego upłynęło 3 miesiące, a skarga nie została pierwaj wniesioną. Do biegu sześciu i trzy miesięcznego czasokresu

mają zastosowanie przepisy §§-ów 203–206 o przedawnieniu. § 1572. Przyczyna do rozwodu może także wówczas, jeżeli oznaczony dla jej dochodzenia w § 1571 czasokres minął, być dochodzoną w ciągu sporu, o ile czasokres jeszcze nie upłynął w czasie wniesienia skargi, § 1573. Fakty, na których się nie może oprzeć skarga o rozwód, mogą być zużytkowane do poparcia skargi o rozwód opartej na innych faktach. § 1574. Jeżeli małżeństwo zostało rozwiedzione z jednej z przyczyn podanych w §§ 1565–1568, to należy we wyroku orzec, że pozwany ponosi winę rozwodu. Jeżeli pozwany wniósł skargę ze swej strony i jeżeli zostanie ona uznana również za uzasadnioną, to należy oboje małżonków uznać winnymi. Jeżeli pozwany małżonek nie wniósł od siebie skargi, to na wniosek pozwanego może także powód być uznany za winnego, jeżeli zachodzą fakty, z powodu których pozwany mógłby skarżyć o rozwód lub w razie, jeżeli jego prawo do rozwodu jest wykluczone przez przebaczenie lub przez upływ czasu, był uprawniony skarżyć o rozwód w czasie nastąpienia tej przyczyny rozwodu, na której oparł się powód.

Dla łatwiejszego porównania zestawiamy przyczyny rozpol., dla bezwyznaniowych w Austrii i dla ślubów cywilnych tudzież dla innych niechrześcian (w szczególności dla mahome-

Pr. austrjackie

Rozwody akatolików, Greków nie unitów i bezwyznaniowych mogą nastąpić z następujących przyczyn :

1. Cudzołostwo,
2. Zbrodnia ukarana pięcioletniem więzieniem,
3. Złośliwe opuszczenie i nie stawienie się w ciągu roku mimo wezwania przed sąd, gdy miejsce pobytu nie było wiadomem,
4. Nastawanie na życie i zdrowie,
5. Ciężkie i częste pokrzywdzenie na ciełe,
6. Nieprzezwyeczony wstręł,
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.

Pr. małż. Kr. pol.

Przyczyny rozvodu osób wyznających religię grecko-rosyjską (zw. zak. X, 1, 45):

Cudzołostwo,

Skazanie na utratę wszystkich praw stanu lub zesłanie na Sybir z utratą wszystkich szczególnych praw i przywilejów,

Impotentia (tylko antecedens),

Zaginienie,

Wstąpienie do klasztoru (zw. zak. IX art. 347),

Zmiana religji (zw. zak. X, l. 80—83).

wodu, najpierw dla chrześcian akatolików w Austrii i Królestwie w Niemczech; dalej osobno dla Żydów w Austrii i Król. pol.: tan) w Królestwie polskiem :

Pr. małż. Kr. pol.

Przyczyny rozvodu ewangelików :

Cudzołostwo, bigamja, nierząd przeciwko naturze,

Przestępstwa wedle art. 167.

Postępowanie gwałtowne i wzbudzające obawę o życie małżonka, nastawianie na życie,

Pięcioletnia nieprzytomność, Impotentia (także subsequens), Choroba etc.

Pomieszanie zmysłów, Życie rozwiązłe,

Udowodniony zamiar pozbawienia współmałż. honoru, wolności, urzędu lub rzemiosła,

Pr. niemieckie

Cudzołostwo,

Cudzołostwo, bigamja i nierząd przeciwko naturze, jeżeli przed skargą o rozwód zostały ukarane.

Brutalne pokrzywdzenie na ciełe (grobe Misshandlung),

Choroba umysłowa, Życie bez czci i moralności (ehrloses oder unsittliches Leben),

Z powyższego zestawienia widać, że tylko trzy przyczyny rozwodu są wspólne wszystkim rozpatrywanym tutaj ustawom i to jeszcze z znacznymi różnicami. Są nimi: cudzołóstwo, przestępstwo i złośliwe opuszczenie, które jednak w pr. ros. ma postać „zaginienia“. Inne przyczyny są wspólne tylko częściowo i tak:

nastawanie na życie (z różnicami w szczegółach) jest wspólne prawu austr., prawu pol. co do akatolików i prawu niem.;

impotencja (z różnicami kwalifikacji) jest przyczyną rozwodu małż. gr. ros. i małż. akat. wedle pr. m. Kr. pol.;

choroba w różnych rodzajach i określeniach tudzież niemoralne życie są przyczyną rozwodu u akat. w Kr. p. i w prawie niem.

Natomiast tylko pr. austr. zna nieprzewyciężony wstręt, a tylko pr. ros. zna wstąpienie do klasztoru i zmianę religii, jako przyczyny rozwodu.

Niektóre z powyższych przyczyn rozwodu wymagają objaśnienia:

a) Cudzołóstwo.

Najsurowiej stawia tę sprawę pr. austr., bo nie rozstrzygając żadnej z nasuwających się tutaj ewentualności, daje możliwość praktyce surowej interpretacji. Kwestje, które się tutaj następują, są następujące:

α) czy cudzołóstwo, aby się stać przyczyną rozwodu, musi być pierwiej w sądzie karnym udowodnione i ukarane,

β) jeżeli nie, to należy rozstrzygnąć, czy małżonek, obrażony może kumulować skargę o rozwód i ściganie karno-sądowe;

γ) jeżeli nie może kumulować, to należy się zdecydować, czy ten zakaz kumulacji działa od początku, czy dopiero po zapadnięciu wyroku o rozwód względnie wyroku karnego,

δ) Czy i jakie przyczyny wykluczają prawo żądania rozwodu?

Ad α) W pr. austr. dopiero od orzeczenia wpisanego do ks. judykatów nr. 224 przyjęto, że żądanie rozwodu z powodu cudzołóstwa nie jest zależne od poprzedniego wyroku karnego. To samo wynika z brzmienia art. 147 do 150 pr. m. Kr. pol., a wedle pr. niem, które na równi z cudzołóstwem stawia bigamię i nierząd przeciw naturze nawet dla tych ostatnich nie wymaga poprzedniego skazania (§ 1565 k. c. n. mówi o „czynności zagrożonej karą“, nie o „przestępstwie“ jako przedmiocie winy). Pr. ros. wyklucza nawet skargę o rozwód, jeżeli nastąpiło skazanie karne, p. niżej pod β). We Francji akcja karna i cywilna są również zupełnie od siebie niezależne.

Ad β) Z wyjątkiem prawa rosyjskiego kumulacja jest dopuszczona. Pr. ros. dozwala małżonkowi albo wnieść (w ciągu dwóch lat) skargę o ukaranie albo skargę o rozwód, ale tylko jedno lub drugie.

Ad γ) Z wyjątkiem prawa rosyjskiego, które kumulacji wogóle nie dopuszcza, nie znajdujemy w ustawach innego postanowienia w tej kwestji, jest tylko przepis o wykluczeniu skargi o rozwód z powodu upływu czasu etc. p. niżej pod δ).

Ad δ) W pr. niem. wykluczonem jest prawo małżonka do rozwodu w razie

αα) przebaczenia,

ββ) upływu czasu,

γγ) zgody małżonka obrażonego na cudzołóstwo,

δδ) udziału jego w niem.

Natomiast nie traci małżonek obrażony prawa do rozwodu:

εε) z powodu kompensacji i

ζζ) z tego powodu, że przez złe prowadzenie się, opuszczenie etc. dał drugiemu małżonkowi powód do cudzołóstwa.

Ad αα) Z wyjątkiem pr. ros., o którym w tej kwestji nie mam bezpośredniej wiadomości, stwierdzam, że dwa inne prawa, które tu rozpatrujemy, przyjmują przebaczenie, jako przyczynę wykluczającą prawo do rozwodu, jeżeli przebaczenia nie będzie się pojmować jako wewnętrzny proces. Wynika to w pr. m. Kr. pol. z art. 149, w pr. austr. zaś kontynuacja małż. „mimo wiadomości o cudzołóstwie“, wyklucza prawo do rozwodu w myśl ostatniego zdania §-u 115 w zestawieniu z § 96 k. c. a. wedle których tylko niewinny małżonek może skarżyć. Tak zaś orzeka austriacka praktyka n. p. orzeczn. XVI, 6642 zb. G. U. W.

Ad ββ) Prawo austr. nie określa czasu, w którym można wnieść skargę o rozwód. Pr. ros. mówi o przedawnieniu tylko skargi karnej (dwa lata). Natomiast pr. niem i pr. Kr. pol. wykluczają skargę o rozwód z powodu upływu czasu, pierwsze wedle postanowień § 1571 k. c. n., drugie wedle art. 149 i 148 pr. m. Kr. p.

Ad γγ) i δδ) O pr. ros. nie mam bezpośredniej wiadomości. W pr. austr. wykluczenie skargi w tych przypadkach wynika z ostatniego zdania §-u 115 w zestawieniu z § 96 k. c. a. (tak też praktyka np. orzeczn. X, 3722 zb. G. U. W.). W pr. m. Kr. pol. nie jest to wyraźnie powiedziane, jednak m. zd. wynika niewątpliwie z ducha art. 147. do 150.

Ad εε) Pr. m. Kr. pol. pozbawia wyraźnie w art. 148 prawa skargi małżonka, który sam dopuścił się także cudzołóstwa. To samo stanowisko zajmuje literatura pr. ros. Natomiast praktyka prawa austr. idzie za prawem niemieckiem (p. § 1574 K. c. n.) i małżonka, który sam także dopuścił się cudzołóstwa, nie pozbawia skargi o rozwód przeciwko małżonkowi z powodu popełnionego przez tego ostatniego cudzołóstwa (np. orzeczn. XI, 4234; VIII, 3014 zb. G. U. W.)

Ad ζζ) Wymienione tam okoliczności nie pozbawiają nigdzie skargi o rozwód, mogą tylko dać powód, w pewnych warunkach, dać podstawę do skargi wzajemnej.

– b) Skazanie za przestępstwo jest wspólnym wszystkim tu rozpatrywanym prawom powodem do rozwodu, jednakże są różnice dotyczące stę następujących punktów:

α) Wedle pr. austr., pr. m. Kr. p. dla akatolików i prawa rosyjskiego jakakolwiek zbrodnia, byle została ukaraną wedle podanego wymiaru, jest powodem do rozwodu. Pr. m. Kr. p. dodaje do zbrodni ukaranej w wymiarze oznaczonym w art. 167. jeszcze występki przeciwko naturze i dodaje przypadek, gdzie ktoś zbiegł, popełniwszy występki lub zbrodnię. W tych dwóch ostatnich przypadkach nie wywiera wpływu wysokość kary. W pr. niem. niema osobnego postanowienia, że skazanie za przestępstwo jest powodem rozwodu. Ponieważ jednak wedle § 1565 k. c. n. cudzołóstwo, bigamja i nierząd przeciwko naturze są przyczynami rozwodu bez względu na to, czy zasądzenie za nie już nastąpiło, czy nie, przeto jeżeli skazanie nastąpiło, przypadek taki równa się „skazaniu za przestępstwo“ innych ustawodawstw, z tą różnicą, że nie za jakiegokolwiek przestępstwo skazanie jest przyczyną rozwodu, ale tylko za te trzy przestępstwa (cudzołóstwo, bigamja, nierząd przeciwko naturze). Skazanie za inne zbrodnie może być użytym, jako uzasadnienie innego powodu do rozwodu, w szczególności określonego w § 1568 k. c. n.

β) Jak z zacytowanych przepisów widać, wysokość kary jest inną w pr. austr., inną w pr. m. Król. pol., a w pr. niem. jest obojętną.

γ) Specjalnie unormowanem jest w pr. m. Kr. pol. dla wyznawców religji gr. ros. skazanie na Sybir, p. wyżej odnośne przepisy.

c) Wszystkie rozpatrywane tu prawa z wyjątkiem prawa rosyjskiego, znają złośliwe opuszczenie, jako przyczynę do rozwodu. Pr. ros. zna „zaginienie“ jako przyczynę rozwodu, nie przyjmuje natomiast złośliwego opuszczenia, jako przyczyny rozwodu. Z natury swej jest zaginienie równoznacznem z uznaniem za zmarłego w innych ustawodawstwach i dlatego mówić o niem należy w innym miejscu (w ustępie o „rozwiązaniu małż.“). Utwierdza mnie w mniemaniu, że „zaginienie“ prawa rosyjskiego różni się, co do swej natury, od „opuszczenia“ innych ustaw, że w Rosji nie jest wymagana „złośliwość“ opuszczenia. Pr. franc. nie mówi osobno o opuszczeniu, uważając je za grave injure.

Pr. austr., polskie i niem. odróżniają t. zw. niewłaściwą dezercję (quasi dezercję) i właściwą dezercję, zależnie od tego, czy pobyt małżonka, który złośliwie drugiego opuścił, jest znany, czy nie. (Pr. niem. rozróżnia *expressis verbis* te dwa rodzaje dezercji, gdy w innych ustawach trzeba je dodrukować; nadto pr. niem. przyjmuje szersze pojęcie właściwej dezercji wedle § 203 proc. cyw. niem.) Jednakże postępowanie jest wedle tych praw różne. Pr. austr. nie wydaje żadnych przepisów co do

dezercji niewłaściwej, a co do dezercji właściwej wymaga sądowego publicznego wezwania i upływu roku. Podobne przepisy co do dezercji właściwej zawiera pr. m. Kr. p. w art. 155 i 156. Natomiast co do dezercji niewłaściwej pr. m. K. p. żąda poprzedniego wezwania małżonka przez władzę policyjną (jak dopiero co powiedziano pr. austr. w razie dezercji niewłaściwej nie daje żadnych norm). Najdokładniej normuje tę sprawę prawo niemieckie w § 1567 k. c. n., gdzie w drugim zdaniu nr. 1 mówi o niewłaściwej (quasi) dezercji, a nr. 2. o dezercji właściwej. Dla zrozumienia tych przepisów podaję, że skarga o przywrócenie „domowej“ wspólności opiera się na § 1353 k. c. n., a założenia publicznego doręczenia podane są w § 203 poc. cyw. niem. W przypadku nr. 1 paragrafu 1567 k. c. n. rozwód otrzymuje się po przeprowadzeniu dwóch procesów (o przywrócenie domowej wspólności i o rozwód w przypadku nr. 2 tego paragrafu jest tylko jeden proces (o rozwód).

d) Pr. niem. odróżnia przyczyny rozwodu bezwzględne i względne. Przez pierwsze należy rozumieć te, które są uzasadnione samym faktem, jak cudzołóstwo, skazanie, złośliwe opuszczenie, nastawanie na życie. Drugie, tj. przyczyny względne, oceniać należy w odniesieniu do wchodzących w grę osób, ich charakteru, pozycji i t. p., gdzie przeto sędzia ma szerokie pole do uznania. Patrząc z tego punktu widzenia, możemy stwierdzić, że pr. rosyjskie nie zna ani jednej przyczyny względnej. Inaczej jest z innymi prawami. Oprócz wyżej wymienionych przyczyn (cudzołóstwo, nastawanie na życie, złośliwe opuszczenie i skazanie za przestępstwo), wszystkie inne tak w pr. austr., jak w pr. niem. i w pr. Kr. pol. dla akatolików są względne. W pr. franc. *excès, sévices, injures* są również przyczynami względnymi. Sędzia ma więc tutaj, jak powiedzieliśmy, szerokie pole do swobodnego uznania, ale z drugiej strony dogmatyk prawniczy jest bezradnym wobec daru wynalazczego małżonków, którzy zgodnie chcą się rozwieść, bo wówczas znajdują zawsze fakty, dające się podciągnąć pod jedną z przyczyn „nazwanych“ w kodeksie. Nie przywiązują przeto wagi do prawniczej analizy względnych przyczyn rozwodu. Prawo austr. n. p. zna „nieprzewyciężony wstręt“, jako przyczynę rozwodu, ale nie zna choroby umysłowej, jako przyczyny rozwodu. Myliłby się jednak, ktoby sądził, że w innych prawach fakty, które w pr. austr. uzasadniałyby przyczynę „nieprzewyciężony wstręt“, nie spowodowałyby rozwodu, użytkowanoby je tylko z punktu widzenia innej przyczyny. Myliłby się także ten, ktoby sądził, że w pr. austr. choroba umysłowa nie jest przyczyną rozwodu. Wystarczy wówczas przyczyna „nieprzewyciężonego wstrętu“.

Zrzekając się z tych powodów rozbioru przyczyn względnych rozwodu, stwierdzić jednak należy jedną rzecz: separację można uzyskać na podstawie obopólnej zgody, ale rozwód może być

orzeczony tylko z jednej z przyczyn przewidzianych w ustawie. Strony mogą zawrzeć umowę, że zgodnie będą „żądać“ rozwodu i taka umowa jest wiążąca (np. w pr. austr. orzec. XIII, 4958 zb. G. U. W.), ale obowiązuje ona tylko do wniesienia skargi i do zaniechania obrony, rozwód jednak może być orzeczony tylko wtedy, gdy jest do niego ustawowa przyczyna. Dlatego także „nieprzewyciężony wstręt“ musi być udowodniony (orzecz. ks. judykatów 168). Mówiliśmy jednak, że, gdy małżonkowie zgodnie chcą rozwodu, nie trudno im przychodzi pewne fakty podciągnąć pod ustawową przyczynę lub, gdyby tych faktów nie było, stworzyć je, aby uzasadnić rozwód, n. p. dezercję. Pierwotny Kodeks Napoleona znał rozwód na podstawie zgody małżonków, nie był jednak wówczas wcale łatwym i dzisiaj, gdy został zarzuconym, prędzej i łatwiej uzyskuje się go na podstawie *excès, sévices* lub *injures*, niż dawniej na podstawie zgody małżonków. Jeden więcej dowód, że, gdy raz rozwód jest dopuszczonym i gdy wprowadzono do ustawy przyczyny względne, dające sędziemu szeroką władzę, łatwość uzyskania rozwodu zależy od ducha panującego w sądach.

Prawa, które tutaj rozpatrujemy, stawiają kobietę na równi z mężczyzną co do prawa żądania rozwodu. Podnieść to należy w szczególności co do cudzołóstwa, gdyż w Austrii co do żydów jest inaczej, tutaj bowiem żona nie może żądać rozwodu z powodu cudzołóstwa męża.

Można podnieść jeszcze jedną charakterystykę przyczyn rozwodu. Dzielą się one wedle tego, czy strona pozwana ponosi winę, czy nie. W pr. niem. n. p. z wyjątkiem choroby umysłowej wszystkie inne przyczyny są zawinione. W pr. austr. nie ma nawet tego wyjątku. Na drugim biegunie stoi prawo rosyjskie, gdzie jest najwięcej przyczyn nie imputujących winy, jak wstąpienie do klasztoru, zmiana religii, impotencja.

W końcu podkreślamy, że przyczyny rozwodu podane są w ustawach *taxative*, nie *exemplificative*.

Przystępujemy obecnie do przedstawienia przyczyn rozwodu żydów w Austrii, tudzież żydów i machometan w Kr. pol. Odnoszące się tutaj §§ 133 do 136 k. c. a. i zasadniczy art. 189 pr. m. Kr. p. zostały już wyżej podane. Pozostaje nam obecnie uzupełnić te przepisy:

a) Pr. austr:

1. D. n. z d. 19 maja 1827 l. 2277 zb. u. s. postanawia: 1. Wręczenie i przyjmowanie listu rozwodowego może się odbywać przez pełnomocnika. Druga strona, która przeszła na religję chrześcijańską, a która pragnie być zastąpioną, powinna pełnomocnikiem ustanowić izraelitę, a pełnomocnictwo tak sporządzić, aby nie zawierało nic sprzecznego z zasadami i przepisami religii katolickiej lub innej chrześcijańskiej, którą wyznaje, z drugiej zaś strony, aby, o ile to wobec tego możliwe, usuwało wszystkie z żydowskich zwyczajów religijnych wpływające

wątpliwości sumienia małżonka żydowskiego tak, żeby nie miał żadnej uzasadnionej przeszkody do uznania małżeństwa za zupełnie rozwiązane.

2. Małżeństwo, zawarte między dwiema osobami religii żydowskiej, należy uważać jedynie za umowę, która wskutek przejścia jednego małżonka na religię chrześcijańską w skutkach prawnych żadnej istotnej nie doznaje zmiany i musi zawsze jeszcze być osądzana według patentu o rozwiązalności małżeństw żydowskich, wydanego 21 marca 1791 dla niemieckich krajów dziedzicznych, a który patentem z 28 paźdz. 1800 ze zmianami nieznaczniemi został także na Galicję rozszerzony. Z mocy pt. tego małżeństwo rozwiązuje się za wzajemnem przyzwoleniem, jeżeli bezskutecznie usiłowano połączyć małżonków, lub zaraz z początku nie ma ku temu nadziei, a ciż oświadczyli sądownie, że mąż chce dać żonie list rozwodowy, a ona chce go przyjąć. Z tego wynika: 1) że wskutek przejścia jednego z małżonków z religii żydowskiej na chrześcijańską, małżeństwo ważne zawarte z drugim małżonkiem, który pozostaje przy religii żydowskiej, samo przez się wprawdzie się nie rozwiązuje, lecz może być rozwiedzione przez wspomniane wzajemne przyzwolenie, oświadczone w sądzie. Po tem oświadczeniu przed sądem pozwała 2) ustawa obu stronom zawrzeć nowe małżeństwo. Gdyby jednak 3) mąż, złożwszy oświadczenie, nie chciał dać listu rozwodowego, mógłby być do tego zniewolony, tembardziej wtedy, jeżeli oświadczenie swe wzmocnił zawarciem nowego małżeństwa. Zawsze jednak 4) do rozwiązania małżeństwa wymagane jest w myśl §§ 109, 92 i 93 u. c. orzeczenie sądowe. Małżeństwo zawarte samowolnie przez nawróconego przed wydaniem orzeczenia, jest nieważne i wymaga do ważności nowego ślubu (dk. n. z 28 czerwca 1806 l. 761 r. u. s.).

3. Pod względem rozwodu i rozdziału małżonków żydowskich, jeżeli jedna strona lub obie przejdą na religię chrześcijańską, postanowiono „że tak przed rozwodem, jako też przed separacją małżonków żydowskich, z których jedna strona przeszła na religję chrześcijańską, zawsze najpierw właściwy duszpasterz chrześcijański i nauczyciel religii czynić ma z tego powodu małżonkowi, który stał się chrześcijaninem, odpowiednie upomnienia, przyczem mu także wolno zwrócić się z niemi do małżonka, który pozostał żydem, jeżeli dobrowolnie na jego wezwanie się stawia. Po bezskutecznych upomnieniach chrześcijańskiego nauczyciela religii przedsięwziąć ma sąd dotyczący z oboma małżonkami usiłowania pojednawcze i dopiero, gdyby i one były bezskuteczne, urzędować dalej wedle ustawy. Jeżeli następnie oboje małżonkowie żydowscy przeszli na religię chrześcijańską, im samym pozostawić należy, czy chcą uświęcić swe małżeństwo błogosławieństwem kapłańskiem swego nowego właściwego duszpasterza“ (dk. n. z 10 sierpnia 1821 l. 1789 z. u. s. dod. 27).

4. Rk. m. sp. z d. 8 sierpnia r. 1853 l. 160 d. u. p. inty-

muje naj. post. z 6 sierpnia 1863, które wyjaśnia, że odnośnie do małżeństw, przez osoby religii izraelskiej zawartych, wedle przepisów, istniejących dla wyznawców tej wiary, po przejściu obojga małżonków na religię chrześcijańską, pytania co do rozwodu małżeństwa i rozdziału od stołu i łoża osądzić należy według przepisów, istniejących dla wyznawców tej religii chrześcijańskiej, do której małżonkowie przystąpili.

5. Pytanie, czy żydzi ochrzczeni mogą za życia swych rozwiedzionych małżonków żydowskich zawrzeć nowe małżeństwo z katolikami, rozstrzyga dk. n. z 4 lutego 1837 l. 168 z. u. s., intymujący naj. post. z 27 stycznia 1837, jak następuje: „Dk. n. z 26 sierpnia 1814 (l. 1099 z. u. s.) nie należy stosować do żydów, którzy przeszli na religję katolicką i ze swym starozakonnym małżonkiem rozwiedli się listem rozwodowym według przepisów u. c.; lecz do nich należy pozostać przy postanowieniach dk. n. z 28 czerwca 1806 (l. 771 z. u. s.) i §§ 133–136 u. e.

b) Pr. małż. Król. pol.:

1. Rozporządzenie Komisji Rządzącej Sprawiedliwości z d. 18 marca 1826 Nr. 3328. Wyjątek z Alkoranu, tyczący się rozwiązania małżeństw między wyznawcami religii mahometańskiej:

Jeżeli małżeństwo z poróżnienia się między sobą idzie do rozwodu i jeżeli przez ciąg 4-ch miesięcy nie pojedna się, wtenczas rozwód jest ważny: wolno jednak w czasie powyżej tu nadmienionym pogodzić się.

W razie kiedy małżonkowie z obu stron dobrowolnie idą do rozwodu i gdy takowy rozwód między nimi nastąpi, żona powinna czekać z wyjściem za mąż dotąd, dopokąd 3 miesięczną regularność odbędzie; przytem nie wolno jej taić tego, jeżeli zaszła w ciążę.

Jak żona od męża, tak też mąż od żony nie równie większego ma prawo wymagać uszanowania; gdyby więc mąż żony, albo żona męża nie szanowała, nie była onemu posłuszną, wolno przeto komukolwiek z nich domagać się rozwodu. Jeżeli mąż żąda rozwodu, powinien żonę oddać to, co jest jej własnością, tak też i żona, jeśli z powyższych przyczyn żąda rozwodu, ma oddać mężowi to, co jego jest własnością, odstępując przytem swojego posagu i należności za wiano, lecz to wtenczas tylko, jeśli sama jest przyczyną do rozwodu.

Gdyby który z małżonków, n. p. mąż albo żona, przestępował granice małżeńskie, wówczas ważny jest bardzo punkt do rozwodu, jednak i w tym razie rozwodząc się, ani mąż od żony, ani też żona od męża odbierać tego, co ich jest własne, nie może; zawsze przecież mąż żonę przy rozwodzie z korzyściami oddalać powinien.

Po pierwszym i drugim rozłączeniu się wolno jest małżonkom znowu złączyć się z sobą; lecz gdy raz trzeci małżonkowie się rozwiodą, wtenczas nie pierwiej żona z przeszłym swym mężem złączyć się będzie mogła, aż chyba wstąpi w zwią-

zki małżeńskie z kim innym, z którym rozwiódłszy się może pójść po raz czwarty za dawnego swojego męża, z którym już trzy razy rozwodziła się.

Jeżeli małżonkowie idą do rozwodu z kłótni domowej, obowiązkiem jest męża trzymać żonę w swym domu przez ciąg 3 miesięcy, dostarczając jej wszystkiego co do życia i innych wygod nieodzownie jest potrzebne. Po skończeniu tego terminu, może się mąż z żoną znowu złączyć albo się rozwieść na zawsze; rozwodząc się jednak, nie wolno jest w niczem krzywdzić przeszłej swej żony, tak co do majątku, jako i co do osoby.

2. Sprawozdanie Komisji rządzącej Sprawiedliwości z dnia 9 października 1837 Nr. 1551. Wyciąg z prawa o rozwodach z książki Ewen-Hueser, przez komitet starozakonnych 9 stycznia sporządzony.

Główne zasady praw i ustaw religii żydowskiej, dotyczące się rozwodów u izraelitów, znajdują się w księdze kanonicznej Ewen-Hueser, wyjęte z Tahundu i innych pism religijnych obowiązujących. Przepisy i ustawy w tej księdze zawarte zawierają 36 rozdziałów co do samych rozwodów a mianowicie od rozdziału 135 inclusive teje księgi. Zbiór ten jest kompletny; obejmuje wszystkie przepisy dotyczące się rozwodów.

Pierwszą zasadą prawa rozwodowego u izraelitów według tych przepisów jest, że mąż wydaje rozwód żonie swojej w obecności rabina i dwóch duchownych. Prawo to służyło mężowi w dawnych czasach w sposobie nieograniczonym i bezwarunkowym. Później dopiero, mianowicie za czasów rabina Gierszona około lat 600 po narodzeniu Chrystusa, zgromadzenie rabinów w liczbie tysiąca, na którego czele stał wyż wyrażony Gierszon postanowiło przepisać mężowi pewne określenia, z duchem praw talmudowych zgodne co do powodów wydać się mającego żonie rozwodu. Określenia te znajdują się szczególnie w rozdziale 144 księgi Ewen-Hueser; a głównejsze z pomiędzy nich są:

1-o Ażeby mąż pierwszej żonie swojej nie dawał rozwodu bez powodów przynajmniej tak ważnych, iżby te w oczach bogobojnego człowieka za słuszne uznaniami być mogły.

2-o Iżby przy zawieraniu aktu małżeńskiego nie rezerwował sobie w duchu i myśli swojej wypadku rozwodu, dla zapobieżenia związkom małżeńskim, któreby tylko w widokach pieniężnych lub innych prywatnych mogły mieć miejsce.

3-o Że, gdyby powody przez męża przytoczone nie były od żony dobrowolnie za ważne do rozwodu uznane, wyrok rabina w asystencji dwóch duchownych stanowić powinien ważność rozwodu. W przeciwnym razie rozwód jest tylko separacją, nie mającą żadnej legalnej cechy wyraźnego rozwodu, i mąż żonę i dzieci obowiązany jest utrzymywać.

Ogólna uwaga, tycząca się praw męża we względzie rozwodów, jest ta, że nawet za najdawniejszych czasów, gdzie mąż miał nieograniczone prawo dawania żonie swojej rozwodu,

użycie prawa tego uważane było za niemoralne w duchu religijnym i tylko w takim razie przez sumienie usprawiedliwionem być mogło, gdy do tego zachodziły nader ważne i słuszne powody.

W dalszym ciągu określeń postanowione zostały także i takie, które tyczyły się powodów, jakie żona mieć mogła do żądania z mężem rozwodu; główniejsze z tych są:

4-o Fizyczne dolegliwości męża, po nastąpionym związku małżeńskim wynikłe lub odkryte, czyniące niepodobne pozycie.

5-o Zajęcie się męża po nastąpionym związku małżeńskim pracami i obowiązkami takimi, które niebezpieczeństwem utraty zdrowia lub życia żonie zagrażają.

6-o Oddanie się męża obyczajom i nałogom zapamiętałym, zagrażającym żonie utratą życia.

7-o Kiedy mąż bądź przez lenistwo, lub ze złej woli, nie chce pracować i dać funduszu żonie na utrzymanie.

8-o Kiedy mąż przejdzie na inną religię, lub nie wypełnia przykazań boskich i religijnych swojego zakonu i żonę wprowadza w grzech we względzie religii.

Wszystkie te powody żony wyrokowi rabina i dwóch duchownych ulegają i wtenczas tylko są ważne, gdy przez nich za takie uznane zostaną. We wszystkich tych przypadkach ma prawo żądać od męża zwrócenia posagu wniesionego i oprawy (ksuby), wyjąwszy gdy żądała rozwodu z tytułu niemożności męża. W przypadkach zaszłego legalnie rozwodu, mąż powinien dzieci żywić i utrzymywać. Mąż nie jest winien zwracać żonie oprawy (ksuby), jeżeli żąda i otrzyma rozwód z powodu rozwiązłości żony, lub przejścia jej na inną religję, pod warunkiem jednak, jeżeli dowiedzie przez świadków, że ją poprzednio w tej mierze upominał. Posag przecież oddać jej powinien.

Na podstawie powyższych przepisów przyczyny rozwodu małż. żydowskich w Austrii i Król. pol., a w tem ostatniem także małż. mahometańskich (w Austrii rozwody małż. mahometańskich ocenia się wedle przepisów dla małż. akatolików) można zestawić w następujący sposób:

Pr. austrjackie	Prawo małż. Królestwa polskiego	
Małż. żydowskie	Małż. żydowskie	Małż. machomet.
1) Rozwód udziela się na podstawie wzajemnego wolnego zezwolenia; 2) mąż ma skargę o rozwód przeciwko żonie, która się dopuściła cudzołóstwa, wbrew jej woli (żonie nie służy skarga o rozwód przeciwko mężowi, który się dopuścił cudzołóstwa, skargę taką należy odrzucić a limine, orzecz. 15548 zb. G. U. W.).	1) obopólne zezwolenie na rozwód; 2) Mąż ma prawo do rozwodu z powodów tak ważnych, że w oczach bogobojnego człowieka za słuszne uznane być mogą; 3) Żona ma skargę o rozwód z powodu fizycznych dolegliwości męża etc. p. wyżej wyjątki z książki Ewen Hueser.	1) obopólna zgoda; 2) tak mąż, jak i żona, mają prawo żądać rozwodu z braku szacunku etc. p. wyżej wyjątek z Alkoronu.

Prosta repudiatio t. j. odtrącenie żony od męża, bez przyczyny, któraby miała być przez władzę (rabinów, sąd) uznaną nie jest znaną, ani prawu austr., które samo reguluje rozwody żydowskie, ani prawu żydowskiemu względnie mahometanickiemu, na które się powołuje pr. m. Kr. p. Odtrącenie żony przez męża może nastąpić wedle pr. austr. tylko w dwóch przypadkach; a) gdy żona się godzi, b) gdy żona dopuściła się cudzołóstwa. Sama żona nie ma przeto nigdy (wbrew woli męża) prawa żądać rozwodu (w praktyce: okupuje się mężowi). Pr. austr. jest przeto najsurowszem. W Kr. pol. przyczyny rozwodu są bardzo szeroko pojęte, tak u żydów, jak u Machometan, a nadto żona ma prawo (wbrew woli męża) żądać w pewnych przypadkach rozwodu. Pr. m. Kr. p. jest przeto dla kobiet korzystniejsze.

Wobec powyższego stanu rzeczy w Austrii przyczyny rozwodu z § 115 k. c. n. nie mają zastosowania do małżeństw żydowskich.

Jeżeli jeden małżonek przeszedł na chrześcijaństwo, islam lub stał się bezwyznaniowym, przepisy o żydowskim rozwodzie mają zastosowanie (§ 136 k. c. a.) Inaczej się rzecz ma, jeżeli oboje małżonkowie przyjęli inną religię lub stali się bezwyznaniowymi, bo wówczas przepisy odnoszące się do tych wyznań mają zastosowanie (orzecz. XI. 3399 zb. G. U. W.).

W razie sporu wyrok daje mężowi prawo doręczenia żonie listu rozwodowego w drodze egzekucji.

List rozwodowy zatrzymany został ze względu na tradycję, która przekazała pewną formę rozwodu. Co do treści, to zawiera on utwierdzenie, że mąż żonę zwalnia, że ona może kogo innego poślubić etc.

C) Przyczyny seperacji od stołu i łoża.

1, Przepisy prawa kanonicznego o seperacji podane zostały wyżej pod A.

2) Przepisy prawa niemieckiego ze względu na stosunek i naturę „zawieszenia wspólności małżeńskiej“ podane zostały wyżej pod B).

3) W Kr. pol. seperacja od stołu i łoża dopuszczoną jest tylko dla małż. kat. (w Austrii dla wszystkich wyznań).

Odnośne przepisy opiewają:

Art. 62. Pożycie małżeńskie ustaje wskutek rozłączenia co do stołu i łoża. Rozłączenie co do stołu i łoża może być wyrzeczzone przez zwierzchność duchowną na żądanie jednego z małżonków:

1) z powodu cudzołóstwa;

2) z powodu ciężkich obelg doznanych od współmałżonka;

3) w razie, gdy jeden z współmałżonków dopuszcza się zbrodni i występków, lub znagła drugiego do popełnienia onych.

Art. 63. Nie służy małżonkowi pokrzywdzonemu skarga o rozłączenie co do stołu i łoża z powodu cudzołóstwa, jeżeli sam dopuścił się tego przestępstwa, lub jeżeli przebaczył stronie winnej.

Art. 64. Strona niewinna ma prawo żądać w powyższym przypadku, aby pożycie małżeńskie, które ustało z mocy wyroku, było następnie przywrócone.

Art. 65. Mąż nie ma prawa żądać rozłączenia co do stołu i łoża z powodu cudzołóstwa, jeżeli sam skłonił żonę do popełnienia tego przestępstwa, lub jeżeli gwałtem przymuszoną była do przełamania wiary małżeńskiej.

Art. 66. Rozłączenie co do stołu i łoża może być żądane wskutek wzajemnego zezwolenia, lecz tylko dla przyczyn godziwych.

4) Przepisy prawa austriackiego w przedmiocie seperacji od stołu i łoża opiewają:

§ 103. Jeżeli na rozdział co do stołu i łoża i na warunki takiego rozdziału zgadzają się obydwój małżonkowie, sąd zachowując przepisane niżej formalności, powinien nań pozwolić.

§ 104. Małżonkowie, którzy chcą się rozłączyć, powinni wprzód zamiar swój z przytoczeniem powodów objawić właściwemu proboszczowi. Proboszcz obowiązany jest zwrócić uwagę małżonków na wzajemne przez nich przy ślubie uroczyście czynione przyrzeczenie i przedłożyć im dobitnie złe skutki, wynikające z rozdziału. Przedstawienia takie mają być czynione po trzykroć w pewnych przerwach czasu. Jeżeli okazują się bez skutku, proboszcz powinien wydać stronom świadectwo na piśmie, iż pomimo trzechkrotnie czynionych im przedstawień, trwają w zamiarze rozłączenia się.

§ 105. Żądanie o rozdział powinni obydwój małżonkowie, przy dołączeniu świadectwa proboszcza, podać do właściwego dla siebie sądu. Sąd obowiązany jest wezwać ich do osobistego stawienia się, i jeżeli małżonkowie potwierdzą wobec sądu, iż tak pod względem rozdziału, jakoteż pod względem warunków co do majątku i utrzymania, porozumieli się między sobą, sąd na żądany rozdział powinien bez dalszego postępowania pozwolić i zezwolenie to w aktach sądowych zapisać. Jeżeli są dzieci, powinien sąd rozciągnąć nad nimi pieczę, według przepisów, zawartych w następującym rozdziale.

§ 106. Małżonek małoletni lub zostający pod opieką, może wprowadzić sam za siebie zezwolić na rozdział, jednak co do utrzymania dzieci potrzebnem jest zezwolenie prawnego zastępcy i sądu opiekuńczego.

§ 107. Przedstawienia proboszcza zmierzające do zgody, potrzebne są w tym przypadku, jeżeli jedna ze stron nie chce zezwolić na rozdział, a druga strona ma prawne powody do żądania. Jeżeli przedstawienia te okazują się bezskutecznymi, lub jeżeli strona oskarżona nie chce stawić się przed proboszczem, natenczas żądanie rozdziału wraz z świadectwem proboszcza i potrzebnymi dowodami powinno być wniesionem do zwyczajnego sądu, który obowiązany jest z urzędu sprawy dochodzić, a następnie wyrok w tej mierze wydać. Może także sędzia jeszcze przed wydaniem wyroku dozwolić stronie, wystawionej na niebezpieczeństwo, aby w oddzielnem i przyzwoitem miejscu mieszkała.

§ 108. Spory o oddzielenie majątku lub utrzymanie dzieci zachodzące w sprawie o rozdział co do stołu i łoża, prowadzonej bez wzajemnego porozumienia się stron, winny być załatwiane według przepisów podanych w § 117 co do rozwodu.

§ 109. Powodami ważnemi, dla których rozdział co do stołu i łoża może być orzeczonym, są: uznanie oskarżonego małżonka za winnego cudzołóstwa lub jakiej zbrodni, złośliwe opuszczenie przez niego skarżącego się małżonka albo prowadzenie nieporządnego życia, z powodu czego znaczna część ma-

jątku skarżącego się małżonka, lub dobre obyczaje familji narażone są na niebezpieczeństwo; niebezpieczne nastawanie na życie lub zdrowie, ciężkie pokrzywdzenie na ciele, lub częste i ze względu na stan osób dokuczliwe dręczenia, wady ciała ciągle trwające, połączone z niebezpieczeństwem zarazy.

§ 110. Małżonkowie rozdzieleni mogą na nowo połączyć się ze sobą, powinni jednak donieść o tem zwyczajnemu swemu sądowi. Gdyby małżonkowie po takim połączeniu się chcieli znowu rozdziału, natenczas to wszystko, co postanowiono pod względem pierwszego rozdziału, powinni zachować.

Pr. kan. poszło w sprawie separacji w kierunku bardzo liberalnym. Będzie to miało z pewnością ten wpływ, że wszystkie kwestje, dotychczas wątpliwe i przez praktykę tylko tolerowane, będą tem śmielej rozstrzygane w kierunku rozszerzającym separację, nawet choćby ustawa milczała lub wymagała dość odważnej interpretacji dla dozwolenia separacji. A mianowicie: a) Pr. kan. zna separację za obopólną zgodą małżonków, pr. Kr. p. dopuszcza taką separację, ale dodaje „z przyczyn godziwych“ (art. 66 pr. m. Kr. p.), pr. austr. zaś nakazuje po próbach pogodzenia, dozwolić separacji, bez dalszego badania (§ 108 k. c. a.); b) Pr. kan. dopuszcza wyraźnie separację pozasadową („*propria auctoritate*“ w kan. 1130, „*et etiam propria auctoritate*“ w kan. 1131); pr. austr. ignoruje taką separację, nie daje więc małżonkowi skargi o alimentata (p. orzec. V, 1840; XIII, 5080 zb. G. U. W.), nie zmienia nic w umowach majątkowych małżeńskich, ale p. np. orzec. 8433 zb. G. U. W. na str. 203, tudzież VI, 2368. Na takiej samej zasadzie stoi pr. m. Kr. pol., w którym art. 211 zakazuje małżonkom samowolnie rozrywać związek małżeński, a odnośne umowy są nieważne. W pr. austr. § 93 k. c. a. mówi to samo, t. j. zakazuje samowolności. Mimo tego życie stawia inne wymagania, a jak kościół liczy się z niemi w dziedzinie sumienia, tak musi się z niemi liczyć — w taki czy inny sposób — prawo cywilne.

c). Pr. kan. zna separację na czas ograniczony, w czem idzie za niem pr. m. Kr. p. (art. 67). Pr. austr. nie mówi o separacji na czas ograniczony.

d) Pr. kan. nie wymienia *taxative* przyczyn separacji, w czem pr. Kr. p. nie będzie od niego odbiegać. Pr. kan. stwierdza to wyraźnie („*haec aliaque id genus*“ w kan. 1131), jak to także w pr. austr. nie ulega wątpliwości (orzec. 7031, 2105 zb. G. U. W.). W tem tkwi różnica, o ile idzie o przyczyny, między separacją a rozwodem, którego przyczyny są wymienione *taxative*. W ustawach, w których rozwód jest tylko dopuszczonym dla *akatolików* i *niechrześcijan*, a separacja dla *katolików*, ta różnica w przyczynach jest rzeczą nie wywołującą komplikacji, ale mogą one powstać w tych ustawodawstwach, w których, jak w pr. austr., rozwód jest dopuszczonym tylko dla *akatolików* i *niechrześcijan*, a separacja dla wszystkich, t. j. tak dla *katolików*,

jak dla akatolików i niechrześcijan (§ 132 k. c. a.). Co do tych ostatnich ustawodawstw, a więc austr., musimy wobec tego stwierdzić, że przyczyny rozwodu są inne, jak przyczyny separacji, bo nieograniczenie przyczyn tej ostatniej nawet przy przyczynach jednakowo nazwanych nie wyklucza różnej treści. Stwierdza to praktyka sądów austr., gdzie możliwym jest n. p. spór o to, czy stosunek miłosny męża uzasadnia separację z przyczyny cudzołóstwa, czy z przyczyn nieporządnego trybu życia (orzecz. IX, 4394 zb. G. U. W.). Z tych powodów całkiem inne znaczenie dla separacji ma określenie cudzołóstwa, jak je ma dla rozwodu. Dla rozwodu było ważnem, czy cudzołóstwo, jako przyczyna rozwodu, jest wykluczone n. p. przez kompensatę, przez przebaczenie, przez upływ czasu, przez współudział (taki lub inny) męża etc. Dla separacji nie jest to rzecz decydująca, bo, jeśli przyczyny nie są wymienione taxative, to między niemi może się znaleźć i takie cudzołóstwo, które przy rozwodzie byłoby wykluczone, jako przyczyna. (Pr. kanoniczne w kan. 1129 wyklucza cudzołóstwo jako przyczynę rozwodu, z szeregu powodów, między niemi: kompensacji, przebaczenia, współudziału, podobnie pr. m. Kr. p. w art. 63 do 65). Wszystko to jednak nie ma m. zd. decydującego znaczenia wobec nie zamknięcia przyczyn separacji. Wskutek tego pr. kan. może zupełnie słusznie uznać przyczynę separacji w przynależeniu małżonka do sekty akatolickiej lub w akatolickiem wychowaniu dzieci (kan. 1131), a pr. austr. może widzieć przyczynę separacji w namiętnej grze w karty lub na giełdzie (orzecz. 4077 zb. G. U. W.), w płciowych excessach (orzecz. 5366 zb. G. U. W.), w epilepsji (orzecz. 2105 zb. G. U. W.), w kradzieży na majątku żony (orzecz. 10109 zb. G. U. W.), w odmawianiu powinności małżeńskiej (orzecz. 11738 zb. H. U. W.), w porzuceniu przemysłu (orzecz. 6855 zb. G. U. W.) itp.

Na naturę separacji rzucają światło dwie kwestje, sporne w praktyce austriackich sądów. Jedną z nich odnosi się do uregulowania stosunków majątkowych między separowanymi małżonkami, drugą do przemiany separacji zgodnej na sporną i na odwrót.

W razie separacji zgodnej strony muszą w sądzie potwierdzić, że porozumiały się ze sobą co do majątku i utrzymania, a wówczas sąd „bez dalszego badania“ zezwala na separację (§ 105 k. c. a.). Powstaje wątpliwość, co robić, gdy się okaże, że strony wprawdzie twierdziły przed sądem, iż porozumienie co do majątku przyszło do skutku, ale w rzeczywistości układu takiego nie było. Przyszyłam się do zdania, że należy dodatkowo rozpatrzyć kwestję winy (orzecz. 15056 i V, 1807 zb. G. U. W.), sąd bowiem tylko dlatego odrazu tego nie uczynił, iż tak, jak w samej kwestji separacji, także i w kwestji majątkowej, zgoda stron uwalniała go „od dalszego badania“, to „dalsze badanie“

musi więc nastąpić, gdy się okaże, że zgody (co do stosunków majątkowych) nie było.

Co do przemiany separacji zgodnej na separację dozwoloną po sporze i na odwrót, to praktyka oświadcza się przeważnie przeciwko dopuszczeniu takiej przemiany (p. np. orzec. 1087, 12071, XI, 4245, XII, 4495 zb. G. U. W.). Idzie tu oczywiście przedewszystkiem o stosunki majątkowe i z tego punktu widzenia uważam praktykę za uzasadnioną, decydującą bowiem jest tutaj natura „umowy“ w całej tej kwestji. Umowa, raz zawarta, może być zasadniczo także tylko w drodze umowy rozwiązana, zmieniona etc. Musiałaby ustawa wyraźnie dopuszczać takiej zmiany respective rozwiązania umowy wskutek zmiany stosunków (p. np. § 1241, 936 k. c. a.). Łączy się z tem kwestja zmiany wysokości alimentów, umówionych zgodnie przez separujących się małżonków, w razie późniejszej zmiany stosunków majątkowych. Uważam za trafne postawienie tej kwestji w ten sposób, że jest to rzecz interpretacji układu, ale tylko interpretacji (p. ostatecznie ks. judykatów nr. 244).

D) Skutki separacji i rozwodu.

P. rozdział o stosunkach prawnych między małżonkami i rozdział o majątkowym prawie małżeńskim.

X. Rozwiązanie małżeństwa.

Przez rozwiązanie rozumiemy ustanie, zgaśnięcie. Jest to więc pojęcie szersze, niż rozwód, będący obok śmierci etc. jednym tylko ze sposobów zgaśnięcia, ustania, zakończenia małż.

Sprawę rozwiązania przedstawiliśmy dokładnie przy wykładzie o przeszkodzie węzła małżeńskiego i wyżej w ustępie IX, poświęconym rozwodowi. Pozostaje nam tylko omówić sprawę uznania za zmarłego, w której trzy pytania domagają się rozstrzygnięcia: założeń uznania za zmarłego, postępowanie i skutki w odniesieniu do małż. dotychczasowego i nowego. O postępowaniu nie będziemy mówić, pozostawiając jego przedstawienie wykładowi postępowania cywilnego, w szczególności tej jego części, która mówi o postępowaniu niespornem. Natomiast dwie drugie kwestje będą przedmiotem naszego rozbioru. Przedtem jednak ogólna uwaga: dopiero w ustępie B) o skutkach uznania za zmarłego przedstawiamy je prawniczco, odróżniając kwestję rozwiązania małż. od kwestji legitymacji pozostałego małżonka do zawarcia nowego małż. W ustępie A) mówimy dla skrócenia o rozwiązaniu małż., jak się zresztą wyrażają ustawy, chociaż w razie zjawienia się uznanego za zmarłego każą trwać pierwszemu małżeństwu.

A. Założenia uznania za zmarłego.

1. Pr. m. Kr. pol.

Wedle art. 53 przed przystąpieniem do dania ślubu, proszcy obowiązyany jest także żądać złożenia sobie ..., jeżeli jeden

z małżonków jest wdowcem lub wdową, aktu zejścia poprzedniego małżonka, wyjąwszy przypadek, w którymby osobistą i niewątpliwą posiadał wiadomość,, że poprzednie związki stron ze śmiercią współmałżonka ustały“. Następny zaś art. 54 postanawia: „Jeżeliby zachodziła trudność w otrzymaniu aktu zejścia, duchowny dopełniający obrzędu ślubnego może poprzestać na świadectwie dwóch osób, dobrze mu znanych. Zeznania ich, przyjęte do protokołu przez proboszcza, sąd pokoju, burmistrza lub wójta, dołączone być winny do księgi stanu cywilnego“.

Paragrafy te, umieszczone w pr. małż., nie odnoszą się do „uznania nieobecnego“ za zmarłego, ale normują tylko sprawę dowodu śmierci, gdy ta nie może być udowodnioną dokumentem publicznym. Wyżej zacytowane artykuły odpowiadają przeto § 10 u. z d. ¹⁶/₂ r. 1883 1, 20. d. u, p.: „Gdy dowód śmierci nieobecnego nie da się ustalić przez dokumenty publiczne, można prowadzić dowód śmierci przed sądem, oznaczonym w § 1 i wyjednać orzeczenie, że dowód ten należy uważać za ustalony“. W przypadku tym niema przeto mowy o żadnych założeniach „uznania“ za zmarłego. Przeciwnie. Idzie tu o udowodnienie faktu t. j. śmierci, w ten sposób, jak udowadnia się wogóle fakty. Postanowienie odrębne dlatego okazało się potrzebnem, że normuje ono przypadek, w którym zwykły sposób dowodu, przez metrykę śmierci, okazał się niemożliwym, a z drugiej strony, gdy to się dzieje dla celów małżeńskich, było pożądanem dać pewną rolę duchownemu. Gdy więc art. 139 kodeksu cyw. Kr. p. mówi o udowodnieniu śmierci dla celów majątkowych i wymienia jako środki dowodowe dokumenty i świadków, to specjalne postanowienie art. 53 i 54 o dowodzie śmierci dla celów małżeńskich, nie wymienia dokumentów jako środka dowodowego, precyzuje dowód ze świadków („dwóch“, „dobrze znanych“) a nadto postanawia, że nie potrzeba aktu zejścia, gdy proboszcz sam „ma osobistą i niewątpliwą wiadomość“ o śmierci. Orzeczenie, że dowód śmierci został ustalony, ma takie znaczenie, jak metryka śmierci, nie potrzeba więc w takim orzeczeniu specjalnego wymienienia, że małż. zostało rozwiązane. Jeżeli po wydaniu takiego orzeczenia, okaże się, że małżonek żyje, to kwestja jego małżeństwa przedstawia się tak samo, jak w przypadku, gdy wydano metrykę śmierci dla żyjącego, z jakiegokolwiek bądź powodu by się to stało. Małż. pozostałoby ważne, a późniejsze małżeństwo drugiego małżonka byłoby nieważnem (tak także w pr. austr., inaczej w pr. niem.).

Natomiast instytucja „uznania nieobecnego“ za zmarłego prawo „małżeńskie“ Kr. p. nie zna. Zna ją kodeks cyw. Kr. p. ale dla celów majątkowych. Unormowaną jest w tyt. III Ks. pierwszej (art. 36 nast.) i tutaj wchodzi w grę domniemania (art. 39: brak wiadomości od lat czterech; art. 40: dziesięć lat

od zaginięcia lub od ostatniej wiadomości, gdy strona została pełnomocnika). Jednakowoż jak powiedzieliśmy, uznanie takie za zmarłego następuje dla celów majątkowych. Gdyby przeto potrzebnem się okazało dla wejścia w ponowne związki małżeńskie, to najprostszym sposobem byłoby przedłożenie aktów sądowych Ordynarjuszowi, który na podstawie zbadania ich, nie krępowany orzeczeniem sądu cyw., wydałby dla celów małżeńskich orzeczenie o uznaniu za zmarłego. W razie powtórnych związków małżeńskich drugiego małżonka, rzecz ma się tak samo, jak wyżej.

2. Pr. austr.

Inaczej przedstawia się rzecz w prawie austr. Tutaj znaną jest i osobno unormowaną instytucja „uznania za zmarłego” dla celów małżeńskich. Odnoszą się do niej §§ 112 do 114 k. c. a. i § 9 u. z d. ¹⁶/₂ r. 1883 l. 20 d. u. p.

§ 112 k. c. a. opiewa: „Sam upływ czasu, jaki w § 24. do uznania kogoś za zmarłego jest przepisany i przez którego ciąg jeden małżonek jest nieobecnym, nie daje jeszcze drugiemu małżonkowi prawa do uznania małż. za rozwiązane i do zawierania drugiego małż., jeżeli atoli tej nieobecności towarzyszą okoliczności, które żadnej nie pozostawiają wątpliwości, że śmierć nieobecnego rzeczywiście nastąpiła, natenczas pozostały małżonek może wnieść podanie do sądu tego obwodu, w którym mieszka, aby nieobecny został uznany za zmarłego i aby małż. było uważane za rozwiązane“. § 9 u. z r. 1883 opiewa: „Jeżeli nieobecny pozostawił małżonka, natenczas może tenże przy zachodzących warunkach, określonych w prawie cywilnem, postawić żądanie, aby z uznaniem śmierci połączono także orzeczenie, że małż. uważać należy także za rozwiązane“. §§ 113 i 114 k. c. a., reszta § 9 u. z r. 1883, jak i cała ta ustawa normują postępowanie w kwestji uznania za zmarłego. Przed określeniem stosunku §-fu 112 k. c. a. do § 9 u. z r. 1883, poznać nam jeszcze wypada § 24 k. c. a., na który się powołuje § 112 k. c. a., i określić wzajemny stosunek tych dwóch paragrafów do siebie. § 24 k. c. a. (w brzmieniu zreformowanem przez nowelę) opiewa: „Domniemanie śmierci nieobecnego zachodzi: 1. jeżeli upłynęło siedmdziesiąt lat od jego urodzenia, a pięć lat od ostatniej wiadomości o jego życiu, lub jeżeli upłynęło trzydzieści lat od jego urodzenia, a dziesięć lat od ostatniej wiadomości, licząc czasokresy pięciu i dziesięciu lat od końca ostatniego roku, w którym wedle istniejących wiadomości jeszcze żył; 2. jeżeli w wojnie był ciężko rannym, lub jeżeli jako uczestnik w wojnie zaginął, a od końca roku, w którym wojna ustała, upłynęło trzy lata, bez nadejścia do tej chwili wiadomości o jego życiu; 3. jeżeli był na zatoniętym okręcie, lub w innem bliskim niebezpieczeństwie, grożącym śmiercią, a przez trzy lata był nieobecnym (vermisst), licząc od

końca roku, w którym to zdarzenie nastąpiło. Domniemanie, że okręt zatonął, zachodzi, jeżeli nie przybył na miejsce przeznaczenia, lub też, w braku stałego celu podróży, jeżeli nie powrócił, a od ostatniej wiadomości upłynęło trzy lata. Za dzień utonięcia należy uważać ostatni dzień tego czasokresu. We wszystkich tych przypadkach można prosić o uznanie za zmarłego“.

Dopiero co zacytowany § 24 k. c. a. określa instytucję uznania za zmarłego dla wszystkich celów, z wyjątkiem małżeńskich, w szczególności dla celów majątkowych, a więc spadkowych, dla celów rodzinnych, jak opieka etc. Natomiast § 112 k. c. a. mówi o tej instytucji tylko dla celów małż. i podnosi, że sam upływ czasu wedle normy § 24 nie wystarcza do uznania małżeństwa za rozwiązane, tak, że muszą zachodzić takie okoliczności, które nie pozostawiają wątpliwości, że nieobecny umarł. Rodzi się przeto pytanie, czy § 112 k. c. a. wymaga pewnego *plus* ponad wymagania stawiane przez § 24 k. c. a. czy też są to te same wymagania, z innego tylko punktu widzenia oglądane i oceniane. Praktyka określa stosunek tych paragrafów w ten sposób, że obok założeń, stawianych przez § 24 k. c. a. wymaga faktów, które uzasadniają „przekonanie“ o śmierci nieobecnego (orzecz, XIII, 5013; XII, 4516 zb. G. U. W). Nie mogę tej różnicy zrozumieć, bo nie mogę przypuścić, aby można uznać kogoś za zmarłego, wedle samego § 24 k. c. a. „bez przekonania“, że umarł. § 9 u. z r. 1883 kwestji tej niestety nie rozjaśnia, tak, że § 112 k. c. a. może być interpretowanym (wbrew zamiarom redaktorów kodeksu), jako utrudnienie uznania za zmarłego, w porównaniu z § 24. k. c. a. Przeciwnie temu należy wystąpić z przyczyny, którą zaznaczyłem: nie da się uzasadnić uznanie jednej i tej samej osoby za zmarłą — dla celów majątkowych — na podstawie okoliczności budzących pewne wątpliwości co do jej śmierci, a dla celów małżeńskich wymagać okoliczności, któreby były w stanie usunąć wszelkie wątpliwości. W § 112 k. c. a. są zbyteczne słowa, wymagające pewnego *plus*, czy ono byłoby ilościowe, czy jakościowe.

Z powyższych przepisów jedna rzecz wypływa jednak niewątpliwie, a mianowicie, że orzeczenie uznające kogoś za zmarłego, wtedy tylko rozwiązuje małż., jeżeli wyraźnie zawiera stwierdzenie, że „nieobecny ma być uważany za zmarłego, a małż. za rozwiązane“ (§ 112 k. c. a.). § 9 u. z r. 1883 mówi tak samo, że „w orzeczeniu, wypowiadającym uznanie śmierci, orzec należy także co do żądania, że małż. uważać się ma za rozwiązane“. Konsekwentnie przeprowadzone są różnice między postępowaniem o uznanie za zmarłego dla celów majątkowych a postępowaniem o uznanie za zmarłego dla celów małżeńskich. Gdybyśmy więc nawet co do materialno-prawnych założeń nie chcieli widzieć różnic mimo brzmienia § 112 k. c. a. w porównaniu

z § 24 k. c. a., to nie możemy zaprzeczyć, że pod względem formalnym są różnice, które dają się ująć w słowa: orzeczenie uznające kogoś za zmarłego nie ma znaczenia w dziedzinie małżeństwa, chyba, że to orzeczenie wyraźnie mówi, że dana osoba zostaje uznaną za zmarłą, a jej małż. za rozwiązane. Inaczej jest w pr. niem., jak zaraz zobaczymy. Zaznaczam tu jeszcze tylko, że to podwójne uznanie za zmarłego ma wedle m. zd. swe źródło we wpływie Kościoła na jurysdykcję w sprawach małżeńskich.

3. Pr. niemieckie.

Wykazaliśmy, że pr. m. Kr. p. nie zna osobnej instytucji uznania za zmarłego, „osobnej“ t. j. tylko dla celów małżeńskich (zna tylko „dowód“ śmierci odrębnie unormowany dla celów małżeńskich). Jednak powiedzieliśmy, że uznanie za zmarłego, przeprowadzone dla celów majątkowych wedle kodeksu cyw. Kr. p., ma wtedy znaczenie dla celów małżeńskich, jeżeli Ordynarjusz — na jego podstawie — dojdzie do tego samego wniosku i daną osobę uzna za zmarłą. W każdym razie mamy w Kr. pol. do czynienia z podwójnością.

W Austrii podwójność występuje na zewnątrz formalnie bardzo jaskrawo. Pod względem materialnych założeń uznania kogoś za zmarłego, zająłem stanowisko negujące podwójność. Ale formalnie nie da się zaprzeczyć, że osobnego trzeba orzeczenia, aby małż. uznać za nieważne, i osobne też jest tutaj postępowanie.

Natomiast w pr. niem. jest i materialnie i formalnie jedno uznanie za zmarłego. Materialne założenia uznania za zmarłego normują §§ 13 do 20, a skutki w dziedzinie małżeństwa §§ 1348 do 1352 k. c. n. Wedle § 18 ust. 1 k. c. n. uznanie za zmarłego uzasadnia domniemanie, że zaginiony umarł w tej chwili, którą oznaczył wyrok, uznający go za zmarłego. Projekt pierwszy k. c. n. mówił w § 1235 ust. 2., że to domniemanie ma znaczenie także i odnośnie do małżeństwa. Przy obradach nad drugim projektem określono ten dodatek jako rozumiejący się sam przez się. Wskutek tego wyrok, uznający daną osobę za zmarłą, sprawia sam przez się, że małżeństwo rozwiązuje się w chwili oznaczonej w wyroku, jako dzień śmierci. Nietylko więc niema dwóch postępowań, nietylko niema dwóch orzeczeń (nie idzie o dwa pisma, bo w pr. austr. w jednym piśmie mogły być zawarte obydwie orzeczenia), nie tylko niema różnicy w założeniach materialnych, ale wprost uznano za zbyteczne nawet wspominać, że uznanie za zmarłego ma znaczenie także dla małżeństwa, bo to uważano za rozumiejące się samo przez się.

Założenia materialne uznania za zmarłego podają §§ 13 i nast, k. c. n. Obecny § 24 k. c. a., po zreformowaniu go przez nowelę, nosi silne ślady postanowień kodeksu niemie-

ckiego. Ten ostatni jest jednak wogóle dokładniejszy, nie tylko dlatego, że zawiera normy, wywołane specjalnymi stosunkami handlowymi Niemiec, dla Austrii nie aktualnymi.

Tak pr. niem., jak pr. austr., przyjmuje trzy założenia uznania za zmarłego: nieobecność, udział w wojnie i podróż na zatoniętym okręcie.

a) § 14 k. c. n. odpowiada § 24 l. 1 k. c. a. Różnica jest drobna. § 14 k. c. n. opiewa: „Uznanie jest dopuszczalne, jeżeli od dziesięciu lat nie nadeszła wiadomość o życiu zaginionego. Uznanie za zmarłego nie może nastąpić przed ukończeniem tego roku, w którym zaginiony ukończyłby trzydziesty pierwszy rok życia. Zaginiony, któryby ukończył siedmdziesiąty rok życia, może być uznany za zmarłego, jeżeli od pięciu lat nie nadeszła wiadomość o jego życiu. Czasokres dziesięciu lub pięciu lat zaczyna się z końcem ostatniego roku, w którym zaginiony, wedle istniejących wiadomości jeszcze żył“. Jak od razu widać, różnica odnosi się do przypadku pierwszego, w którym pr. austr. wymaga nie 31, ale 30 lat. Pr. austr. mówi o „ostatniej wiadomości“, przez co należy rozumieć wiadomość nie na ostatku nadeszłą, ale oznaczającą ostatnią chwilę, w której zaginiony jeszcze żył. Tak samo rozumię i w pr. niem. „wiadomość o jego życiu“.

b) § 15 k. c. n. opiewa: „Kto, jako przynależny do zbrojnej siły, brał udział we wojnie, podczas wojny zginął i odtąd nie było o nim wiadomości, ten może być uznany za zmarłego, jeżeli od chwili zawarcia pokoju upłynęło trzy lata. Jeżeli pokój nie został zawarty, to trzechletni okres zaczyna się z końcem roku, w którym wojna ustała (der Krieg beendet worden ist). Za przynależnego do siły zbrojnej należy uważać także tego, kto się znajduje przy zbrojnej sile w stosunku urzędowym lub służbowym lub dla ochotniczej pomocy“. Pr. niem. odróżnia chwilę zawarcia pokoju od chwili ustania wojny, pr. austr. zaś podaje za ogólną regułę „ustanie (Beendigung) wojny“, która obejmuje tak formalne (przez zawarcie pokoju) jak i faktyczne ustanie wojny. Tutaj nie widzę przeto różnicy. Pr. niem. dokładniej określa „udział w wojnie“, należy go jednak tak samo pojmować w pr. austr. To ostatnie wymienia osobno „ciężko rannych“, czego pr. niem. nie czyni. Wymienienie to nastąpiło dlatego, że wówczas, t. j. w razie ciężkiego zranienia, nie potrzeba kryterjum udziału w wojnie.

c) § 16 k. c. n. opiewa: „Kto się w podróży znajdował na okręcie, który w czasie podróży zatonął i o kim od zatonięcia okrętu wieść zaginęła, ten może być uznany za zmarłego, jeżeli od zatonięcia okrętu upłynął rok. Domniemanie, że okręt zatonął, zachodzi, jeżeli nie przybył na miejsce swego przeznaczenia lub jeżeli w braku stałego celu podróży nie powrócił i jeżeli upłynęło w razie podróży na morzu Bałtyckiem rok, w razie podróży po innych morzach europejskich z włączeniem

wszystkich części morza Śródziemnego, Czarnego i Azowskiego dwa lata, na morzach pozaeuropejskich trzy lata od początku podróży. Jeżeli nadeszły wiadomości o okręcie, to taki upływ czasu jest potrzebny, jakiby musiał upłynąć, gdyby okręt z tego miejsca odszedł, na którym wedle wiadomości znajdował się na ostatku“. § 17 k. c. n. opiewa: „Kto w innych okolicznościach, jak określone w §§ 15 i 16, popadł w niebezpieczeństwo grożące życiu i odtąd zaginęła o nim wieść, ten może być uznany za zmarłego, jeżeli od wydarzenia, przez które powstało niebezpieczeństwo, upłynęło trzy lata“. Różnica między pr. niem. a austr. (które ściąga w jeden ustęp § 24 l. 3, oba powyższe przypadki) polega na tem, że w przypadku zatonięcia okrętu pr. niem. wymaga upływu jednego roku, a austr. trzech lat. Zwracamy uwagę, że w przypadku zatonięcia okrętu mamy do czynienia z dwoma domniemaniami: domniemanie śmierci liczy się od dnia zatonięcia statku i domniemanie zatonięcia statku, które się liczy od dnia rozpoczęcia podróży względnie ostatniej wiadomości o okręcie (w tym ostatnim punkcie nie widzę różnicy między pr. niem. a austr.). W pr. niem. wskutek tego podróży będzie mógł być uznany za zmarłego po upływie dwóch, trzech, czterech lat. w pr. austr. zawsze po upływie sześciu lat, licząc od dnia rozpoczęcia podróży względnie ostatniej wiadomości.

B) Skutki uznania za zmarłego.

Przed określeniem skutków uznania za zmarłego w dziedzinie małżeństwa, podnosimy jeszcze jeden szczegół, mianowicie kwestję chwili, którą orzeczenie ma przyjąć za chwilę „śmierci“. Pr. austr. w § 8 u. z. r. 1883. a więc w tej części ustawy, która reguluje postępowanie o uznanie za zmarłego dla celów majątkowych, mówi: „gdy orzeczono uznanie śmierci, należy także wymienić dzień domniemanej śmierci. Jeżeli podług przedsięwziętych dochodzeń da się oznaczyć dzień, który można przyjąć za dzień śmierci, a względnie za dzień, którego nieobecny nie przeżył, należy oznaczyć, jako domniemany dzień śmierci, ten dzień, a nadto ten dzień, w którym skończył się termin, którego upływ w dotyczącym wypadku uzasadnia domniemanie śmierci w myśl § 24 u. c. „W § 10 zaś tejże ustawy, a więc w tej części, która mówi o dowodzie śmierci, powiedziane jest: „Jeżeli dowód śmierci zostanie uznany za ustalony, należy w rostrzygnięciu podać dzień, co do którego udowodniono, że jest dniem śmierci, względnie że go nieobecny nie przeżył; dzień ten uważany być ma w ostatnim przypadku za dzień śmierci“. Pr. niem. idzie dalej, bo wydaje normy na przypadek, gdyby dochodzenia nie wydały rezultatu. § 18 k. c. n. postanawia: „Przez uznanie za zmarłego staje się uzasadnionem domniemanie, że zaginiony umarł w tej chwili, która została ustalona w wyroku orzekającym uznanie za zmarłego. Za chwilę śmierci należy przyjąć, jeżeli dochodzenia nie wydały innego rezultatu: w przypadku

§ 14-go chwilę, w której uznanie za zmarłego stało się dopuszczalnym; w przypadku § 15-go chwilę zawarcia pokoju lub koniec roku, w którym wojna ustała: w przypadkach § 16-go chwilę, w której okręt zatonął lub od której zatonięcie jest domniemanem; w przypadkach § 17-go chwilę, w której zdarzenie to nastąpiło. Jeżeli chwilę śmierci ustalono tylko wedle dnia, to koniec dnia należy uważać za chwilę śmierci“. Wedle § 18 do chwili ustalonej jako chwila śmierci, zaginionego należy uważać za żyjącego. Wreszcie wedle § 19, jeżeli kilka osób we wspólnem niebezpieczeństwie zginęło, to należy je uważać za zmarłe równocześnie.

Przedstawmy jednak skutki uznania za zmarłego. Tutaj mówić będziemy tylko o skutkach w dziedzinie małż. i to nie o skutkach majątkowych małżeńskich, bo o tem właściwe miejsce będzie w odnośnym rozdziale. Już wyżej omawiając stan sprawy w Kr. p., powiedziałem, że, gdyby uznany za zmarłego żył, to nowe małż., któreby zawarł drugi małżonek, byłoby nieważne, a pierwsze okazałoby się jako nadal trwające. Takie samo stanowisko zajmuje pr. austr., powinno zaś je zająć także i pr. niem., stanowisko to bowiem jest konsekwencją nie tylko małżeństwa, jako sakramentu, ale także zasady monogamii. Tymczasem pr. niem. w § 1348 k. c. n. wprowadza inną normę: „Jeżeli małżonek, po uznaniu drugiego małżonka za zmarłego, wchodzi w nowe związki małżeńskie, to to nowe małż. nie jest dlatego nieważne, że uznany za zmarłego małżonek jeszcze żyje, chyba, że obaj małżonkowie przy zawieraniu małż. wiedzą, że przeżył uznanie za zmarłego. Z chwilą zawarcia nowego małż. rozwiązuje się poprzednie małż. Pozostaje ono i wtedy rozwiązaniem, gdy uznanie za zmarłego zostało zniesione wskutek skargi wzruszającej“. Pomijając narazie § 1349, zawierający pewną szczegółową sytuację, cytujemy § 1350, który rzuca dalsze światło na stanowisko, jakie pr. niem. w tej kwestji zajmuje. Mówi on: „Jeżeli uznany za zmarłego małżonek jeszcze żyje, to każdy małżonek nowego małżeństwa może nowe małż. wzruszyć, chyba, że przy zawieraniu małżeństwa wiedział o jego życiu. Wzruszenie może nastąpić tylko w ciągu sześciu miesięcy, licząc od chwili, w której wnoszący skargę wzruszającą małżonek dowiedział się, że uznany za zmarłego małżonek jeszcze żyje. Wzruszenie jest wykluczone, jeżeli uprawniony do wzruszenia małżonek potwierdzi małżeństwo, po otrzymaniu wiadomości, że uznany za zmarłego małżonek żyje, lub jeżeli nowe małż. zostało rozwiązane przez śmierć jednego z małżonków“. Dwa następne paragrafy mówią o kwestjach majątkowych, które się wyłaniają w tak skomplikowanej sytuacji.

Mówiąc o założeniach uznania za zmarłego, wykazaliśmy, że w pr. m. Kr. p. i w pr. austr. jest podwójne uznanie za zmarłego: dla celów małżeńskich i innych celów. Pr. niem. tem się różni od poprzednich, że zna tylko uznanie za zmarłego dla

wszystkich celów. Obecnie mamy poznać drugą różnicę, która praktycznie jest łatwo zrozumiała, ale prawniczo jest subtelną. Odnosi się ona do skutków uznania za zmarłego w dziedzinie małżeństwa. Zagadnienie, które tutaj należy rozstrzygnąć, brzmi: czy przez uznanie za zmarłego rozwiązuje się małżeństwo tego właśnie uznanego za zmarłego, czy też nie? Wszystkie trzy kodeksy odpowiadają przecząco, t. j. wszystkie trzy mówią, że uznanie za zmarłego nie powoduje rozwiązania małżeństwa poprzedniego (jakkolwiek wszystkie trzy dają drugiemu małżonkowi legitymację do zawarcia nowego małżeństwa), ale gdy pr. m. Kr. p. i pr. austr. przy tem pozostają, to prawo niem. mówi:

Uznanie za zmarłego nie rozwiązuje poprzedniego małż. ale zawarcie nowego małżeństwa rozwiązuje poprzednie małżeństwo. W tem tkwi różnica między pr. niem. a innymi. Pr. niem. wprowadza więc jeden więcej przypadek (obok śmierci i rozwodu) rozwiązania małż., a ochrona nowego małż. idzie tak daleko, że, gdyby nawet uznanie za zmarłego zostało zniesione, to i tak poprzednie małż. pozostałoby rozwiązane.

Wszystko to, cośmy określili, ma oczywiście wówczas miejsce, gdy się okaże, że małżonek uznany za zmarłego żyje.

Wszystkie trzy kodeksy przeczą — jak powiedzieliśmy — aby uznanie za zmarłego rozwiązywało poprzednie małżeństwo. Widać to z tego, że, jeżeli uznany za zmarłego zjawi się, małż. okaże się trwającym wedle wszystkich kodeksów, a wedle pr. m. Kr. p. i pr. austr. nawet wówczas, gdy drugi małżonek zawrze nowe małż. To ostatnie będzie nieważne. Otóż w tym punkcie jest różnica między pr. niem. a innymi: jeżeli zawarto nowe małż., to poprzednie się rozwiązuje. To rozwiązanie nie następuje jednak przez uznanie za zmarłego, ale przez zawarcie nowego małż.; następuje wówczas z ustawy.

Przedstawiliśmy rzecz w prostych konturach. Jednak w tak prostej kombinacji sprawa rzadko się przydarza. Są różne klauzule, zastrzeżenia, warunki, które stawiają odnośne normy. Poznajmy je:

a) Pr. niem. uznaje nowe małż. za ważne, ale nie wtedy, jeżeli oboje małżonkowie wiedzieli, że uznany za zmarłego przeżył chwilę uznania za zmarłego. Tutaj każde słowo jest ważne „oboje“ małżonkowie musieli wiedzieć. Gdyby jeden tylko wiedział, to ten wiedzący nie miałby skargi wruszającej z § 1350, a nie wiedzący miałby skargę z § 1334 k. c. n. Musieli wiedzieć „że przeżył chwilę uznania za zmarłego“. To określenie w paragrafie 1348 jest ważne, bo § 1350 żąda czego innego, żąda „wiadomości, że uznany za zmarłego żyje“.

b) Jeżeli przez zawarcie nowego małż. rozwiązuje się poprzednie, to pytanie, w której chwili to rozwiązanie nastąpiło? Logicznie wynikałoby, że chwila zawarcia nowego małż. jest

chwilą rozwiązania dawnego. Praktyka sądowa jednak przyjmuje, że małż. rozwiązuje się już z chwilą ustaloną wedle § 18 k. c. n.

c) Utrzymanie nowego małż. w ważności nie jest jednak rzeczą łatwą do zniesienia dla każdego sumienia. Stąd § 1350 daje małżonkom nowego małżeństwa, o ile nie wiedzieli o życiu uznanego za zmarłego, skargę wzruszającą, którą oddalić można zarzutem α) wiadomości o życiu, β) potwierdzeniem małż. przez wzruszającego, γ) wreszcie tem, że małż. przez śmierć już się rozwiązało (śmierć któregośkolwiek małżonka, uprawnionego do wzruszenia, lub nie uprawnionego).

Wykazaliśmy wyżej, że w ten sposób pr. niem. zna jeden więcej przypadek rozwiązania małż., innym kodeksom nieznanym. Pr. niem. wprowadza jednak jeszcze nową przeszkodę zawieszającą.

Powiedzieliśmy wyżej, że wedle § 1348 ust. 2. k. c. n. dawne małż. rozwiązuje się przez zawarcie nowego i że pozostaje rozwiązaniem, choćby uznanie za zmarłego zostało zniesionem wskutek skargi wzruszającej. Jednakowoż wedle § 1349 k. c. n. „jeśli wyrok, uznający jednego małżonka za zmarłego, ulega w drodze skargi wzruszeniu, to drugi małżonek nie może przed załatwieniem tego sporu wejść w nowe związki małżeńskie, chyba, że wzruszenie nastąpiło dopiero w dziesięć lat po ogłoszeniu wyroku“. Przeszkoda ta, stojąca w drodze nowemu małż., jest tylko zawieszającą. Zawarcie małż. mimo tej przeszkody nie powoduje ani wzruszenia małż. ani jego nieważności. Właściwy charakter zawieszający tej przeszkody sprawia, że między § 1348 a 1349 nie ma sprzeczności.

ROZDZIAŁ TRZECI.

Prawo małżeńskie międzynarodowe.

Międzynarodowe prawo prywatne zajmuje się problemem, czy i kiedy sędzia ma stosować ustawy obcego państwa. Oczywiście może to mieć miejsce w międzynarodowym obrocie, a więc wówczas, gdy w danym stosunku prawnym występuje cudzoziemiec, lub gdy stosunek powstał za granicą, a tutaj ma być ocenionym. Międzynarodowe prawo nie zawiera przeto norm materialno-prawnych; wypełniają je tylko przepisy, które możnaby określić, jako kompetencyjne, rozstrzygają bowiem, którego państwa ustawy mają mieć w danym przypadku zastosowanie. Tak pojęte międzynarodowe prawo prywatne rodzi wątpliwość, czy rzeczywiście jest prywatnem, czy też publicznem. Nie wchodzę w tę kwestję, zaznaczając tylko, że wątpliwość jest uzasadnioną.

Rozumiejąc przez międzynarodowe prawo prywatne przepisy, jak powiedzieliśmy, kompetencyjne, możemy powiedzieć, że kodeks cyw. Kr. pol. wyraźnych takich przepisów nie posiada; że pr. austr. ma ogólne przepisy, ale kwestji międzynarodowych z dziedziny prawa małżeńskiego wyraźnie nie rozstrzyga, że wreszcie pr. niem. daje przepisy ogólne i normuje szczegółowo kwestje z międzynarodowego prawa małżeńskiego. Do tego stanu rzeczy zastosujemy nasz wykład. Po przedstawieniu, jak się rzecz ma w pr. polskim, będziemy zmuszeni omówić owe ogólne zasady międzynarodowego prawa austriackiego prywatnego, aby z nich mózż wydedukować rozstrzygnięcia w dziedzinie pr. małżeńskiego austriackiego. W prawie niemieckiem natomiast będziemy uwolnieni od przedstawienia ogólnych zasad, bo to prawo zajmuje się szczegółowo międzynarodowymi kwestjami prawa małżeńskiego, będziemy je więc mogli odrazu przedstawić. Dla międzynarodowego prawa małżeńskiego mają jednak pierwszorzędną doniosłość jeszcze dwie konwencje hagskie nie tylko ze względu na stosunek, jaki zachodzi między nimi a prawami państw zaborczych (Rosja tych konwencji nie podpisała), ale także z tego powodu, że Polska do nich przystąpi. Obie konwencje są poważnym postępem w dziedzinie międzynarodowego prawa małżeńskiego i na ich tle stanie dopiero jasno porównanie trzech kodeksów, które jest zadaniem tej książki.

II. Pr. Kr. pol.

Art. 3. k. c. Kr. pol., wzięty dosłownie z Kod. Nap., opiewa: „Prawa policyjne i bezpieczeństwa obowiązują wszystkich znajdujących się w kraju. Nieruchomości wszelkie, choćby przez cudzoziemców posiadane były, podlegają prawom Kr. p. Prawom, ściągającym się do stanu i zdolności podlegają Polacy poddani Kr. pol., choćby zagranicą mieszkali“. Art. 11, 12, 13 i 14 k. c. Kr. pol. są wypływem tej zasady. Problemu przeto, stanowiącego treść międzynarodowego pr. pryw., tj. problemu, czy i gdzie stosować obce prawo, k. c. Kr. p. nie rozstrzyga wyraźnie. W szczególności także z punktu widzenia swojego prawa określa k. c. Kr. p. w art. 11 stanowisko cudzoziemca w Polsce: „Cudzoziemcy używać będą również jak Polacy praw cywilnych, wyjąwszy jednak następujących: 1. Nie mogą być przypuszczonymi do dobrodziejstwa odstąpienia dóbr. 2. Nie mogą być ani opiekunami ani członkami rady familijnej w opiece nad Polakami poddanymi Kr. pol., wyjąwszy nad własnymi dziećmi i dalszymi zstępными. 4. Nie są wolnymi od przymusu osobistego w sprawach cywilnych, nawet w przypadkach, w których przeciw Polakowi, poddanemu Kr. pol. nie ma miejsca, jeżeli nie posiadają w Polsce odpowiadającego majątku nieruchomego lub zakładu przemysłowego, albo jeżeli nie stawią dostatecznej rękojmi. Nadto, jeżeliby Polacy, poddani Kr.

pol., w którym kraju w używaniu praw cywilnych ograniczonymi być mieli, w tym razie, prawem wzajemności poddani takiego kraju również o tyleż w Kr. pol. w używaniu praw cywilnych ograniczonymi będą. Tak samo o stosowaniu „swojego“ prawa do cudzoziemców i do Polaków o zobowiązania zaciągnięte zagranicą mówią art. 13 i 14. Pierwszy z nich opiewa: „Cudzoziemiec, w Kr. pol. nawet nie mieszkający, może być pociągany przed sądy polskie o wykonanie zobowiązań w temże Kr. zaciągniętych. Co do zobowiązań, przez cudzoziemca względem Polaka w kraju obcym zaciągniętych, może cudzoziemiec przed sądy polskie być pociągany wtenczas, gdy sam z osoby swej lub gdy majątek jego w Król. p. znajduje się“. Art. 14 opiewa: „Polak poddany Kr. p. i każdy mieszkający w temże Kr. może być pociągany przed sądy polskie o zobowiązania, choćby w obcym kraju zaciągnięte, nawet względem cudzoziemca“. W żadnym przeto z powyższych przepisów niema mowy o stosowaniu obcego prawa, a więc o międzynarodowym prawie prywatnem. Jedna tylko kwestja jest unormowaną, tj. kwestja formy aktu cywilnego o zawarciu małżeństwa. Wedle art. 121 k. c. Kr. p. „jeżeli małż. zagranicą zawartem zostało, służy przepis art. 84“, ten zaś artykuł postanawia: „Metryki lub akta, bądź Polaków, bądź cudzoziemców, w obcym kraju zdziałane będą miały wiarę, jeżeli podług form w tymże kraju używanych sporządzone zostały“. Kwestję przeto formy rozstrzyga prawo Kr. pol. wedle zasady *locus regit actum*, a więc do formy każe stosować prawo obce. Z milczenia jednak Kr. p. w innych kwestjach nie należy wnioskować aby w innych sprawach nie było stosowane obce prawo. Dział się to musi na zasadzie wzajemności (art. 11 ustęp ostatni k. c. Kr. pol.) Kwestja więc ważności małżeństwa i rozvodu cudzoziemca ocenianą będzie wedle prawa obcego, jak wogóle cudzoziemca co do jego stanu i zdolności brać należy takim, jakim on jest wedle swego prawa, i to prawa oznaczonego wedle zasady narodowości, a nie zasady zamieszkania. Jeżeli bowiem k. c. Kr. p. w art. 3. postanawia, że Polacy poddani Kr. p. podlegają swemu prawu co do stanu i zdolności, a więc przyjmują zasadę narodowości, to w drodze wzajemności musi także tę zasadę, a nie inną, stosować do cudzoziemców. P. niżej zestawienie pod VI, i tamże różnicę między małż. katolików a innemi.

III. Prawo austr.

Do międzynarodowego prawa prywatnego odnoszą się następujące paragrafy k. c. a.:

§ 4. Ustawy cywilne obowiązują wszystkich obywateli państwa tych krajów, dla których zostały ogłoszone. Obywatele państwa są także w tych czynnościach i aktach, które przed-

siębiorą poza obszarem państwa związani temi ustawami, o ile przez nie ograniczoną jest osobista zdolność do ich przedsięwzięcia i o ile te czynności i akta mają także w tych krajach wywołać prawne skutki. O ile cudzoziemcy są związani temi ustawami, oznacza następny rozdział.

§ 33. Cudzoziemcy mają wogóle równe cywilne prawa i obowiązki z tubylcami, jeżeli do korzystania z tych praw nie jest wyraźnie wymaganym przymiot obywatela państwa. Muszą także cudzoziemcy, aby korzystać z równego prawa z tubylcami, w wątpliwych przypadkach udowodnić, że państwo, do którego należą, tutejszych obywateli państwa traktuje na równi ze swoimi odnośnie do prawa, o które chodzi.

§ 34. Osobistą zdolność cudzoziemców do aktów prawnych należy oceniać w ogólności wedle praw miejsca zamieszkania cudzoziemca lub, gdyby nie miał właściwego miejsca zamieszkania, wedle praw miejsca urodzenia, jako poddany, o ile dla poszczególnych przypadków ustawa wyraźnie czego innego nie postanawia.

§ 35. Czynność przedsięwzięta przez cudzoziemca w tym kraju, przez którą innym udziela praw, nie obowiązując ich wzajemnie, ma być ocenianą wedle tego kodeksu albo wedle ustawy, której cudzoziemiec podlega, jako poddany, stosownie do tego, czy jedna czy druga ustawa chroni lepiej (am meisten begünstigt) ważność czynności.

§ 36. Jeżeli cudzoziemiec zawiera tutaj z obywatelem państwa obustronnie zobowiązującą czynność prawną, to należy ją oceniać bez wyjątku wedle tego kodeksu; o ile ją jednak zawiera z cudzoziemcem, należy ją oceniać wedle tego kodeksu tylko wówczas, jeżeli nie będzie udowodnionem, że przy zawarciu miano wzgląd na inne prawo.

§ 37. Jeżeli cudzoziemcy zawierają zagranicą czynności prawne z cudzoziemcami lub poddanymi tego państwa, to należy je oceniać wedle praw tego miejsca, gdzie czynność została zawartą, o ile przy zawieraniu nie czyniono widocznie innego prawa podstawą i o ile wyżej podany przepis § 4 nie stoi temu na zawadzie.

§ 38. Posłowie, publiczni pełnomocnicy (öffentliche Geschäftsträger) i znajdujące się w ich służbie osoby korzystają z uwolnień, opierających się na prawie narodów lub na publicznych umowach.

Podobnie, jak w prawie polskiem, kodeks austr. ma na myśli przede wszystkim swoich obywateli (§ 4), a co do cudzoziemców stawia również zasadę, że są równi obywatelom (§ 33), ale gdy prawo polskie nie wychodzi poza te kwestje, kodeks austr. w następnych paragrafach 34 do 38 zajmuje się już wyraźnie międzynarodowym prawem prywatnem. Określa je w ogólnych zasadach i nie bez wątpliwości. Musimy przeto wszystkie

te przepisy poddać przedewszystkiem interpretacji, aby zyskać podstawę do rozstrzygnięcia kwestji z prawa małżeńskiego.

Znaczenie pierwszego zdania § 4 występuje na jaw na tle np. §§ 732, 763, 1349, 39 k. c. W granicach państwa, dla którego kodeks cywilny ogłoszono, obowiązuje on wszystkich obywateli bez względu na stan, płeć, religję etc. Por. ust. VII pat. obw. Wedle d. kanc. nadw. z d. 15 grudnia r. 1838 (zbiór ustaw powinč. dla niższej Austrii, tom 20 str. 1058) kodeks cywilny obowiązuje wszystkie osoby, znajdujące się w rzeczywistej służbie niemieckiego zakonu, a mieszkające w budynkach tegoż zakonu we Frankfurcie nad Menem, tudzież te osoby przynależne do poprzednich, których właściwość sądową ocenia się w ustawach austriackich wedle sądu właściwego dla głowy familji. Na podstawie analogji z dk. z d. 19 sierpnia r. 1826 l. 2215 zb. u. s. tudzież wedle § 21 art. II editto politico di navigazione mercantile Austriaca z d. 25 kwietnia r. 1774 okręty austriackie, a to wojenne wszędzie, handlowe zaś na pełnym, nie podlegającym obcej zwierzchności państwowej morzu, są uważane za austriacki obszar państwowy.

Materję objętą w trzecim zdaniu § 4 i §§ 33 do 38 tudzież w § 300 k. c. formułuję w ten sposób, że zajmują się one rozwiązaniem pytania, czy sędzia austriacki, mający rozstrzygnąć jakiś prawny stosunek, ma przytem stosować tylko prawo austriackie, czy też w podobnych okolicznościach może zastosować prawo obce, a jeżeli tak, to kiedy to ma się stać i jakie zagraniczne prawo ma być stosowane? Zacytowane paragrafy dają odpowiedź twierdzącą, na pytania zaś, kiedy to obce prawo ma być stosowane i jakie obce prawo ma być do tego użytem, dają odpowiedź w odniesieniu do poszczególnych stosunków, a mianowicie: w odniesieniu do zdolności osobistej (§§ 4 i 34), do rzeczy (§ 300) i do interesów prawnych (§§ 35 do 37 k. c.). Odpowiedź na powyżej sformułowane pytanie poprzedza t. zw. zasada wzajemności formalnej (formelle Reciprocität), wypowiedziana w § 33 k. c. Związek tej zasady z materją, określoną wyżej, jest taki, że wedle ustawodawstwa austr. używanie (Genuss) praw przez cudzoziemców jest w ogóle zależne od zachowania wzajemności formalnej. Wyjątkowe stanowisko w kwestji, która nas tutaj zajmuje, mają osoby, używające prawa t. zw. exterytorjalności, a mówi o nich § 38 k. c.

W zacytowanych paragrafach następujące punkty wymagają wyjaśnienia.

1. §§ 4 i 34 k. c. Wyrażenie „poza terytorjum państwa (ausser dem Staatsgebiete)“ w § 4 oznacza okrąg, w którym ustawy austriackie nie obowiązują, a więc także Węgry i Bośnię wraz z Hercegowiną.

Przez wyrażenie „osobista zdolność (persönliche Fähigkeit)“ w §§ 4 i 34 rozumieć należy zdolność prawną i zdolność do działania, por. §§ 356, 366, 865 i 1460 k. c. Zdolność ta wy-

stępuje jasno na tle §§ 310, 538 do 544, 566, 568, 569, 573, 574, 865, 1352 k. c.

Wedle § 4 obywatel austriacki związany jest ustawami austriackimi w czynnościach przedsięwziętych zagranicą, pod dwoma warunkami: *a)* o ile ich osobista zdolność jest przez te ustawy ograniczoną i *b)* o ile te czynności zarazem także w tych krajach mają wywołać skutki prawne. Łącznik „i” ma tutaj to znaczenie, że oba warunki muszą kumulatywnie zachodzić, aby w takim przypadku mógł do czynności obywatela austr. stosować ustawy austriackie. Stwierdzają to materiały do kodeksu cywilnego.

Gramatyczna interpretacja użyta do pierwszego z powyższych założeń, o których mówi § 4 k. c., to jest do zdania „o ile te ustawy ograniczają ich osobistą zdolność do przedsięwzięcia tych czynności i aktów”, wydałaby ten rezultat, iż należałoby przypuszczać, że zdolność osobista obywatela austriackiego co do czynności, zawartych przez niego zagranicą, nie byłaby ocenianą wedle prawa austriackiego, ale wedle prawa obcego, wtedy, gdyby prawo austriackie nie ograniczało tej jego zdolności osobistej, czyli gdyby prawo obce było dla niego nieprzychylniejsze, niż prawo austriackie, czyli wreszcie, że w sprawie zdolności osobistej należałoby zawsze stosować to prawo, które dla obywatela austr. jest niekorzystniejsze. Materiały jednak do kodeksu cywilnego nie uzasadniają tego wniosku.

Zdanie § 4 „o ile te czynności i akta mają zarazem w tych krajach wywołać skutki prawne” należy uważać tylko za stwierdzenie rzeczy, która się sama przez się rozumie, której przypomnienie jednak było tutaj dla wyrażenia zasady w całości potrzebnem.

§§ 4 i 34 k. c. odpowiadają na pytanie, czy, kiedy i jakie obce prawo ma sędzia stosować co do zdolności osobistej, § 4 k. c. twierdzi, że co do zdolności osobistej austriackiego obywatela należy stosować prawo austriackie nawet wtedy, jeżeli czynności i akta przedsięwzięte zostały zagranicą. Warunki, pod którymi ma się to stać, przedstawiono wyżej. Na pytanie przeto sformułowane powyżej odpowiada § 4 k. c. przecząco, idzie zaś w niem o obywatela austriackiego. Natomiast co do zdolności osobistej cudzoziemca decydować ma sędzia austriacki stosownie do postanowienia § 34 k. c. wedle prawa obcego. Zachodzi teraz pytanie, wedle jakiego obcego prawa? Gdyby § 34 k. c. był sformułowany konsekwentnie, to jest zgodnie ze zasadą wypowiedzianą w § 4 k. c., to powinienby orzekać, że za podstawę służyć tu ma prawo tego państwa, którego obywatelem jest cudzoziemiec. Czy w wyrażeniu § 34 „według ustaw, którym cudzoziemiec ze względu na swe zamieszkanie lub gdyby go nie miał, ze względu na urodzenie podlega jako poddany” — jest naruszoną tą konsekwencją, czy nie?

Jestem zdania, że ta konsekwencja nie została naruszona, t. j. że wedle § 34 k. c. zdolność osobistą cudzoziemca należy oceniać wedle praw tego państwa, którego jest obywatelem. Dowodzą tego: *a)* w § 34 k. c. wyrazy „jako poddany“ odnoszą się tak do słów „ze względu na swe zamieszkanie“, jak i do słów „ze względu na urodzenie“, o zamieszkaniu zaś i o urodzeniu wspomniano dlatego, bo są to momenta ważne dla oznaczenia, którego państwa ktoś jest obywatelem; *b)* następny § 35 k. c. przeciwstawia tutejszemu ustawodawstwu tylko ustawodawstwo tego państwa, którego cudzoziemiec jest poddany, nie można więc sądzić, by w poprzednim paragrafie przyjętą była inna zasada; *c)* tem bardziej nie można tak sądzić, że historia kodyfikacji (Ofner I str. 50 nast.) wykazuje, iż dzisiejsze §§ 33 do 37 k. c. były razem omawiane, powstały odrazu, trudno więc przypuszczać, by bez uzasadnienia w dwóch przypadkach tej samej materji przyjęto dwie różne zasady, to jest inną w § 34, a inną w § 35 k. c.

2. § 33 k. c. Powiedzieliśmy, że §§ 4, 34 do 27 i 300 k. c. rozwiązują pytanie, czy, kiedy i jakie obce prawo może stosować sędzia austriacki? Przed rozstrzygnięciem jednak tego pytania należało określić wogóle, jakie stanowisko prawne zajmują cudzoziemcy w państwie austriackim, czyli jak w obradach nad kodeksem (Ofner I str. 53) podniósł Ehrenberg, należało rozstrzygnąć, czy „cudzoziemcy w naszym państwie mogą dochodzić i czy mogą nabywać równe z tutejszymi obywatelami prawa“? Otóż na to pytanie odpowiada § 33 k. c., przyznając cudzoziemcom stanowisko prawne („prawa i obowiązki“) równe z obywatelami austriackimi. Czyni to jednak naturalnie w dziedzinie prywatno-prawnej, a nadto w zależności od dwóch warunków: *a)* że do używania praw nie jest wymaganiem wyraźnie obywatelstwo austriackie i *b)* że państwo, do którego cudzoziemiec należy, postępuje co do prawa, o które chodzi, z austriackimi obywatelami tak samo, jak ze swymi. Co do pierwszego warunku, to nie odgrywa on roli w dziedzinie prawa prywatnego. Co do drugiego warunku, to jest on wpływem tak zwanej zasady formalnej wzajemności, polegającej na tem, że nie stanowi różnicy, czy postępowanie z austriackim obywatelem zagranicą zgadza się z prawem austriackim, czy nie, byle tylko obywatel austriacki miał zapewnione stanowisko równe temu, które ma obywatel odnośnego państwa. (Inaczej przedstawia się tak zwana materialna wzajemność).

Zachodzi pytanie, czy i kto ma udowodnić, że austriacki poddany ma w państwie, do którego należy cudzoziemiec, używający danego prawa, stanowisko równe co do tego prawa stanowisku obywateli tego obcego państwa. § 33 k. c. nakłada ten obowiązek na cudzoziemca, ale tylko w przypadkach wątpliwych. Obecnie obowiązuje w tym względzie § 271 proc. cyw.,

który opiewa: „Prawo obowiązujące w obcym terytorjum państwowem, prawa zwyczajowe, przywileje i statuta wymagają dowodu tylko o tyle, o ile są nieznanne sądowi. Przy badaniu tych norm prawnych sąd nie jest ograniczonym do dowodów ofiarowanych przez strony; może wdrożyć z urzędu wszystkie dochodzenia, które mu się wydają potrzebne w tym celu, a w szczególności żądać interwencji (Einschreiten) ministra sprawiedliwości“.

Tak przedstawia się sprawa, jeżeli między państwem, do którego należy cudzoziemiec, a państwem austriackiem nie ma międzynarodowej umowy (traktatu państwowego), któraby regulowała stanowisko prawne obywateli obydwóch stron w drugim państwie. Jeżeli taki traktat został zawarty, to stanowi on prawo singularne i przede wszystkim wedle niego należy oceniać stanowisko prawne cudzoziemca. (Tak samo art. 12 k. c. K. p.).

3. §§ 35 do 37 k. c. Zajmują się one kwestją, wedle jakich ustaw należy oceniać akta prawne (Rechtsgeschäft, Geschäft), w których jednym z podmiotów jest cudzoziemiec. Mogą tutaj zajść następujące kombinacje:

a) akt prawny przyszedł do skutku w kraju,

b) akt prawny przyszedł do skutku zagranicą.

Ad a) W pierwszym przypadku należy odróżnić:

α) czy akt ten wywołuje skutki prawne między cudzoziemcem a cudzoziemcem, czy też

β) między cudzoziemcem a tutejszym obywatelem. W każdym zaś z tych przypadków należy odróżnić, czy akt ten

αα) dawał prawo innym, nie obowiązując ich wzajemnie, czy też

ββ) był wzajemnie obowiązującym.

Ad b). Jeżeli akt prawny przyszedł do skutku zagranicą, to obowiązuje jednakowa norma, bez względu na to, czy przyszedł do skutku między cudzoziemcami, czy też między cudzoziemcem a tutejszym obywatelem, tudzież obojętnem jest, czy akt ten jest jednostronnym, czy dwustronnym.

Nim zbadamy, w jaki sposób §§ 35 do 37 k. c. te kwestje rozstrzygają, należy stwierdzić, że przez wyrażenie „Geschäft, Rechtsgeschäft“ rozumieć należy, opierając się na protokołach (Ofner, I str. 51 nastr.), tak jednostronnie obowiązujące czynności (einseitig verbindliche Handlungen), których przykładem przytoczonym przez redaktorów jest testament, jak i w ogóle wszelkie umowy. W dalszym ciągu zobaczymy, w jaki sposób należy skorzystać z tego pojęcia aktu prawnego. Powtórnie należy stwierdzić, że Zeillerowi w dzisiejszych §§ 35 do 37 k. c. chodziło tylko o rozwiązanie kwestji, czy akt (Geschäft) został sporządzony wedle prawnej formy. Z przykładów jednak, które przytaczał dla ilustracji poszczególnych przepisów, widzimy, że te przepisy mają rozstrzygać także i o treści aktu. Wogóle

Zeiller uważał, że dzisiejsze §§ 33 do 37 k. c. „wyczerpują w zupełności wszystkie stosunki“ (Verhältnisse) cudzoziemców, o ile wchodzi one w dziedzinę prawa prywatnego.

Z tego, co dopiero powiedziano, wynika, że wyrażenie „akt prawny (Rechtsgeschäft)“ ma tutaj znaczenie każdej czynności, wywołującej pewne skutki prawne, tudzież, że przepisy §§ 35 do 37 k. c. służą za normę przy ocenianiu nie tylko formy, ale i treści aktu.

Przy interpretacji paragrafów, którymi się zajmujemy, sądzę, że wystarczy takie określenie aktu prawnego (Rechtsgeschäft), jakie podałem. Z §§ 35 do 37 k. c. można stwierdzić tylko tyle, że akt prawny (Rechtsgeschäft) jest wedle nich czynnością zależną od woli i to czynnością wywołującą skutki prawne. Że jest czynnością zależną od woli, wynika z roli, którą wedle tych paragrafów odgrywają „osoby“. Że jest czynnością, wywołującą skutki prawne, wynika z tego, że te paragrafy mówią o ich „oceniu (beurtheilen)“. Nie można jednak z przepisów tych wysnuć żadnego wniosku o stosunku woli do skutków, a wskutek tego należy przestrzedz przed identyfikowaniem kodeksowego aktu prawnego z tem pojęciem aktu prawnego, które jest przyjętem w pewnej części literatury prawniczej¹⁾. Powtóre należy przestrzedz przed identyfikowaniem kodeksowej „jednostronności“ aktu prawnego i kodeksowej „dwustronności“ aktu prawnego z tem pojęciem, które w literaturze takie same nazwy noszą, a oznaczają niezupełnie to samo, co myśli kodeks. Wedle kodeksu akt prawny jest albo takim, że „daje innym prawa, nie obowiązując ich wzajemnie“, albo też jest „wzajemnie obowiązującym“.

Przewidziane przypadki rozstrzygnięto w następujący sposób:

a) Akt prawny przyszedł do skutku w kraju.

α) Akt prawny wywołuje skutki prawne między cudzoziemcem a cudzoziemcem;

αα) Akt ten daje prawa jednej stronie, nie obowiązując jej wzajemnie.

Wedle § 35 k. c., który „cudzoziemca“ przeciwstawia „innym“, a więc tak „cudzoziemcom“, jak i „austr. obywatelom“, należy taki akt prawny oceniać albo wedle ustaw tutejszych albo wedle ustaw państwa, którego obywatelem jest cudzoziemiec, w miarę tego, które z tych ustawodawstw sprzyja więcej ważności tego aktu.

ββ) Akt jest wzajemnie obowiązującym.

Wedle § 36 k. c. (2-gie zdanie) należy go oceniać wedle tutejszych ustaw tylko wtedy, kiedy niema dowodu, że przy przedsięwzięciu go miano wzgląd na inną ustawę.

¹⁾ Z tego powodu w tłómaczeniu paragrafów 35 do 37 k. c. nie przywiązywałem wagi do jedności nomenklatury.

β) Akt prawny wywołuje skutki prawne między cudzoziemcem a tutejszym obywatelem.

αα) Akt daje prawa jednej stronie, nie zobowiązując jej wzajemnie.

§ 35 k. c. rozstrzyga tylko ten przypadek, gdy zobowiązanym jest cudzoziemiec, a prawa otrzymuje tutejszy obywatel. Ma wówczas zastosowanie ustawodawstwo tego państwa, które ważności aktu najbardziej sprzyja. Natomiast nie jest rozstrzygniętym przypadek, gdy tutejszy obywatel jest zobowiązanym, a cudzoziemiec otrzymuje prawo.

ββ) Akt jest wzajemnie obowiązującym. Natenczas wedle § 36 (1-sze zdanie) k. c. ocenia się go bez wyjątku wedle tutejszego ustawodawstwa.

b) Jeżeli akt prawny przyszedł do skutku zagranicą, to obowiązuje zasada wypowiedziana w § 37 k. c., w razie zawarcia aktu między cudzoziemcami lub między cudzoziemcem a tutejszym obywatelem. Natomiast nie jest rozstrzygniętym przypadek, gdy akt przyszedł do skutku między tutejszymi obywatelami za granicą.

4. § 38 k. Materja, którą zajmuje się § 38 k. c. znaną jest w nauce pod nazwą zakrajowości (Exterritorialität). Rozumieć przez nią należy przymiot służący pewnym osobom lub pewnym częściom obszaru państwowego, mocą którego wykluczonym jest co do nich w pewnych kierunkach panowanie terytorjalnego prawa, jakkolwiek wedle ogólnych zasad prawo to w tych kierunkach powinno obowiązywać. Osobami, którym służy przymiot zakrajowości, są wedle prawa narodów, ambasadorowie, legaci, nuncjusze, posłowie, ministrowie pełnomocni i inne osoby, uwierzytelnione przy osobie samego monarchy, sprawujący interesy obcych państw, uwierzytelnieni przy ministrze spraw zagranicznych, o ile te osoby nie są poddanymi austriackimi lub węgierskimi (d. nadw. z d. 10 kwietnia 1829 zb. u. s. 2392 i z d. 15 marca r. 1834 l. 2646 zb. u. s.); dalej ich żony, dzieci i inni członkowie rodziny, znajdujący się przy nich; osoby zatrudnione w poselstwie w charakterze urzędowym; wreszcie służba, co do której szczegółowe przepisy zawiera d. n. z d. 7 lutego r. 1834 l. 2641 zb. u. s. z d. 2 września 1839 l. 375 zb. u. s. Dalej rozciąga się przymiot zakrajowości i na budynek zamieszkały przez posła, i na jego ruchomości, służące do urządzenia tego budynku, Konsulom nie służy w zasadzie zakrajowość, traktaty państwowe mogą postanawiać inaczej. Odrębne też stanowisko mają konsulowie w krajach wschodnich.

Dla oznaczenia zakresu zakrajowości przyjmuje się fikcję, że państwo we wykonywaniu swej władzy ma wobec wymienionych osób takie granice zakreślone, jak gdyby te osoby znajdowały się extra territorium. Fikcja ta wiedzie do mylnych rezultatów. Raczej przyjąć należy, iż zakrajowość polega na

zasadzie, że posłowie ze względu na swą osobę i wymienione rzeczy są uwolnieni od prawnego przymusu, że przeto terytorjalne prawo musi ustąpić, o ile urzeczywistnienie go zależnem jest od możliwości użycia tego przymusu.

Nas może tutaj zajmować tylko pytanie, o ile zakrajowość ma znaczenie w dziedzinie prawa prywatnego materialnego? Pytanie to można sformułować jeszcze w ten sposób: czy i o ile do osób i rzeczy, którym służy przymiot exterytorjalności, należy w państwie austriackim stosować inne zasady, aniżeli to się dzieje w ogóle co do cudzoziemców? Wiemy już z interpretacji §§4, 33—37 k. c., że w pewnych przypadkach należy co do cudzoziemców stosować obce prawo.

Obecnie należy zbadać, czy przymiot zakrajowości działa w ten sposób w dziedzinie prawa prywatnego materialnego, że osoby mające przymiot zakrajowości nie podlegają temu prawu, któremoby podlegały, gdyby były cudzoziemcami, nie posiadającymi tego przymiotu.

Otóż na to pytanie należy odpowiedzieć, że w dziedzinie materialnego prawa prywatnego przymiot zakrajowości nie wywiera żadnego wpływu, to jest, że osoby i rzeczy, mające ten przymiot, podlegają temu prawu, jakiemoby podlegały w ogóle ze względu na swój obcokrajowy charakter. Wyjątek przyjęto od dawna tylko w tem, że poseł nie nabywa domicilium w państwie, w którym funguje jako poseł.

Exterytorjalność wywiera wpływ — pomijając prawo publiczne — w dziedzinie procesu cywilnego, lecz w dziedzinie prawa prywatnego materialnego, nie ma pozytywnego powodu do przyjęcia innego zapatrywania, chyba że traktaty państwowe postanawiają inaczej, bo wtedy te obowiązują.

Z § 38 k. c. nie wynika nic innego. Wprawdzie z obrad nad tym paragrafem wypływa niezbiecie, że redaktorowie nie doszli do zgodnego definitywnego rezultatu w tej materji i że przez zamieszczenie przepisu o exterytorjalności chcieli tylko ostrzedz obywateli austriackich, aby przy zawieraniu interesów z posłami zagranicznymi poradzili się pierwej adwokatów, czy co do tych posłów etc. nie ma jakich szczególnych postanowień bądź w prawie austriackim, bądź w umowach publicznych, jednakowoż z obrad tych wynika także niewątpliwie, że redaktorowie odróżniali formalne prawo prywatne od materialnego i że co do tego ostatniego pewna ich część zajmowała stanowisko, które wyżej określiłem (Ofner I str. 56 nast.).

Zajęte przez nas stanowisko w sprawie exterytorjalności uwalnia nas od przedstawiania szczegółów dotyczących się tej instytucji, należą one bowiem wobec tego do prawa formalnego i wogóle do prawa publicznego.

Na podstawie powyższego wyciągniętego możemy przystąpić do rozstrzygnięcia tych kwestji z dziedziny międzynarodowego

prawa małżeńskiego, które nam się już nasunęły, a nadto rezultaty osiągnięte w drodze interpretacji §§ 4 i 34 — 38 k. c. a. służyć nam będą do decyzji w dalszych kwestjach. Obecnie zając się mamy kwestją zawarcia małżeństwa, rozwodu i sepe-racji; w pierwszej z nich jest zawarta także sprawa unieważnienia małż.

Formę zawarcia małżeństwa oceniać należy wedle prawa tego państwa, na którego terytorjum małżeństwo zawarto. Wynika to z §§ 35 do 37 k. c. Stosownie do tego przyjąć należy, że n. p. cywilne małżeństwo austriackiego obywatela z Francuzką zawarte we Francji, jest w Austrii ważnem mimo braku kościelnych zapowiedzi i kościelnego ślubu. Na odwrót cudzoziemcy zawierający małżeństwo w Austrii muszą się stosować do tutejszych przepisów o formie zawarcia małżeństwa. W praktyce wyrobiło się zapatrywanie, że małżeństwo austriackich obywateli, zawarte zagranicą, jest ważne, jeżeli przy jego zawarciu zachowano wymagania prawa austriackiego; ważność takiego małżeństwa wedle praktyki nie ulega wątpliwości, chociaż nie zachowano przy jego zawarciu form, przepisanych przez prawo obce. P. orzec. z d. 13 grudnia 1893, l. 14.420 u Linksa 3533; z d. 20 listopada 1894, l. 12.254 w G. Ztg. 1895, nr. 17; z d. 29 listopada r. 1893, l. 13.551 w Jur. Bl. 1894, nr. 4. Praktyce tej możnaby przyznać rację, gdyby takie zawarcie małżeństwa za granicą przy zachowaniu form wymaganych przez ustawodawstwo austriackie było faktycznie możliwem. Należy przyznać jej rację, ponieważ §§ 36 i 37 k. c. wogóle zezwalają na zastosowanie obcego prawa. Jednakowoż faktycznie zawarcie małżeństwa przy zachowaniu formalności prawa austriackiego w obcym państwie, którego ustawodawstwo różni się co do przepisów o formie małżeństwa od ustawodawstwa austriackiego, jest niemożliwem, ponieważ zagranicznemu duszpasterzowi brak charakteru urzędowego, którego austriackiemu duszpasterzowi użycza ustawodawstwo austriackie.

Przy badaniu austriackiego międzynarodowego prawa prywatnego w przedmiocie m a t e r i a l n y c h w y m a g a ń (materielle Erfordernisse) małżeństwa, czyli — jeżeli zechcemy patrzeć z negatywnego punktu widzenia — tak zwanych przeszkód do małżeństwa (Ehehindernisse), należy rozróżnić, czy te przeszkody odnoszą się do zdolności osobistej nupturjentów, czy też do samego aktu, jakim jest bez wątpienia w rozumieniu §§ 36 i 37 k. c. akt zawarcia małżeństwa. Do pierwszych należy stosować przepisy zawarte w §§ 4 i 34 k. c., do drugich przepisy zawarte w §§ 36 i 37 k. c. (P. orzec. IX. 3527, orzec. 152788 zb. G. U. W., wedle których §§ 34 — 37 k. c. a. odnoszą się także do prawa do zawarcia małżeństwa „das Recht zur Eheschliessung“).

Stosownie do tego zdolność osobistą do zawarcia

małżeństwa (zdolność prawną i do działania) oceniać należy wedle prawa tego państwa, którego obywatelami są nupturjenci, i to odnośnie do każdego z nich z osobna wedle jego prawa. Zdolność osobistą austriackiego obywatela do zawarcia małżeństwa należy więc oceniać zawsze wedle prawa austriackiego (§ 4 k. c.), zdolność osobistą zaś cudzoziemca do zawarcia małżeństwa wedle prawa tego państwa, którego jest obywatelem (§ 34 k. c.). (Wedle orzeczn. XIV. 5003 rozstrzygającym jest wedle § 34 k. c. a. obywatelstwo, nie zamieszkanie). Jeżeli małżeństwo ma być zawarte między obywatelami różnych państw, to zdolność nupturjentów do zawarcia małżeństwa ocenić należy wedle dwóch odnośnych praw dla każdego z nich wedle jego prawa, jednakowoż nie in abstracto, ale in concreto, to jest ze względu na dany związek małżeński, a nie czy w ogólności mają zdolność do zawarcia małżeństwa.

Natomiast jeżeli owe przeszkody odnoszą się do samego aktu zawarcia małżeństwa, a należą tutaj braki w oświadczeniu woli, a mianowicie przymus i błąd, to stosownie do zasad przyjętych w §§ 36 i 37 k. c., ważność małżeństwa oceniać należy wedle prawa tego państwa, w którym małżeństwo zostało zawarte, a więc wedle prawa austriackiego, jeżeli małżeństwo zostało zawarte w Austrii, a wedle odnośnego prawa zagranicznego, jeżeli małżeństwo zostało zawarte zagranicą. Stosuje się do nich przepisy §§ 36 i 37 k. c., ponieważ te przepisy odnoszą się nie tylko do formy, ale i do treści aktu.

Seperację i rozwód ocenić należy wedle osobistego prawa męża w czasie wniesienia skargi, a więc wedle prawa tego państwa, którego mąż jest obywatelem. Stosuję tu analogję z przepisami o zdolności osobistej (§§ 4 i 34 k. c.), a nie rozstrzygam wedle §§ 36 i 37 k. c., bo rozwodu i seperacji nie mogę uważać za jeden z objawów aktu prawnego (Rechtsgeschäft), ale za objaw małż., jako związku socjalnego, a więc za objaw natury publiczno-prawnej. (Tak też orzeczn. XVI. 6706 zb. G. U. W., wedle którego małż. katolickiej obywatelki austriackiej zawarte w Austrii z akatolickim cudzoziemcem jest nierozwiązalnym, a wedle orzeczn. V. 1957 zb. G. U. W. nierozwiązalnym jest takie małż., chociaż jest zawarte zagranicą). Sędzia austr. nie uwzględni jednak takiej przyczyny seperacji lub rozwodu, wziętej z obcego ustawodawstwa, która nie jest znana ustawodawstwu austr. Za przyjęciem tego wyjątku przemawiają względyyczajowe. Jeżeli seperacja lub rozwód zostały orzeczone za granicą, a osobistym prawem męża było pr. austr., to tę seperację i rozwód należy uznać tutaj wtedy, jeżeli nastąpiły z przyczyn uznanych przez pr. austr. Natomiast bezwarunkowo uznać należy w Austrii rozwód cudzoziemców orzeczony przez sąd zagraniczny (p. orzeczn. XVI., 6461 zb. G. U. W.).

IV. Prawo niemieckie.

Do międzynarodowego prawa małżeńskiego odnoszą się następujące artykuły ustawy o zaprowadzeniu kodeksu cywilnego :

Art. 13. „Jeżeli chociaż jeden z nupturjentów jest Niemcem, ocenia się zawarcie małż. odnośnie do każdego z nupturjentów wedle ustaw tego państwa, do którego należy. To samo ma zastosowanie do cudzoziemców, którzy w państwie niemieckim (im Inlande) zawierają małżeństwo.

Formę małżeństwa, które się zawiera w państwie niem. (im Inlande), oznacza się wyłącznie wedle ustaw niemieckich“.

Art. 17. „O rozwodzie małż. decydują ustawy tego państwa, do którego mąż w czasie wniesienia skargi należy. Fakt, który się przydarzył wówczas, gdy mąż przynależał do innego państwa, może stanowić przyczynę rozwodu, jeżeli fakt ów jest także wedle ustaw tego państwa przyczyną rozwodu lub separacji (ein Scheidungsgrund oder Trennungsgrund). Jeżeli w czasie wniesienia skargi przynależność państwowa męża zgasła, ale żona jest Niemką, to zastosowanie mają ustawy niemieckie. Rozwód i zniesienie wspólności małżeńskiej może być w państwie niemieckim (im Inlande) wtedy tylko orzeczonym wedle ustawy zagranicznej, jeżeli rozwód jest dopuszczalnym tak wedle ustawy zagranicznej, jak i wedle ustaw niemieckich“.

Na pierwszy rzut oka widzimy, że z jednym wyjątkiem, o którym niżej, zasadniczo pr. niem. zajmuje w kwestjach pr. małż. to samo stanowisko, do którego doszliśmy w drodze dedukcji i w pr. austr.

W kwestji formy zawarcia małżeństwa odróżnić należy następujące przypadki :

- a) małżeństwo zawarte w państwie niem. (im Inlande) i to
 - α) między Niemcami,
 - β) między Niemcem a obywatelem innego państwa,
 - γ) między cudzoziemcami;
- b) małżeństwa zawarte zagranicą i tutaj znowu
 - α) między Niemcami,
 - β) między Niemcem a obywatelem innego państwa,
 - γ) między cudzoziemcami.

W przypadku pod a) we wszystkich trzech ewentualnościach stosować należy co do formy wyłącznie ustawy niemieckie (Art. 13 ustęp 3). Tak samo przeto, jak w pr. austr., małż. cudzoziemców, w których ojczyźnie wymagana jest do ważności forma kościelna, małżeństwo będzie w Niemczech ważne, jeżeli w Niemczech, gdzie ślub cywilny jest obligatoryjny, będzie zawarte przed urzędnikiem stanu. Czy będzie ważnem w ich ojczyźnie, zależy od ustaw ojczyzny. W każdym razie mogą po ślubie cywilnym stanąć (w Niemczech) przed duszpasterzem

Na odwrót: nie będzie w Niemczech ważnym małżeństwo, któreby w Niemczech zawarto tylko w obliczu Kościoła, choćby w ojczyźnie nupturjentów tylko forma kościelna była obligatoryjna.

W przypadku pod b) we wszystkich trzech ewentualnościach obowiązuje art. 11 ust. 1. u. o zaprowadzeniu k. c. n. opiewający: „Formę aktu prawnego (Rechtsgeschäft) oznacza się wedle ustaw, które są decydujące dla stosunku prawnego stanowiącego przedmiot aktu prawnego. Wystarczy jednak zachowanie ustaw miejsca, na którym akt prawny został przedsięwzięty“. A więc i w tym przypadku we wszystkich trzech ewentualnościach oceniać należy formę zawarcia małż. wedle ustaw miejsca zawarcia małż. Tak samo rozstrzygnąć należy (dla Niemiec) następujący przypadek: cudzoziemcy zawarli za granicą małż., ale nie w swej ojczyźnie, gdzie jest wymagana forma X., lecz w państwie, gdzie jest wymagana forma Y. Małżeństwo będzie w Niemczech uważane za ważne, jeżeli zachowano przy jego zawarciu formę Y.

Co do materialno-prawnych wymagań małż. odróżnić należy następujące przypadki:

a) małż. zawarte w państwie niemieckim (im Inlande)

α) między cudzoziemcami,

β) między cudzoziemcem a Niemcem;

b) małż. zawarte zagranicą

α) między cudzoziemcami,

β) między cudzoziemcem a Niemcem.

Art. 13 ust. 1 rozstrzyga przypadki pod a) α) i β) tudzież przypadek pod b) β), natomiast nie jest rozstrzygniętym przypadek pod b) α).

Przypadki pod a) α) β) i pod b) β) rozstrzyga art 13 ust. 1. wedle zasady przynależności państwowej każdego z nupturjentów.

Przypadek pod b) α) może być aktualnym, gdy małżonkowie cudzoziemcy, po zawarciu małż., zyskają obywatelstwo niemieckie lub stale w Niemczech osiadają. Nie ulega wątpliwości, że i tutaj dla Niemiec decyduje zasada przynależności państwowej każdego z nupturjentów, (zasada zaś stosowania ustaw obowiązujących w miejscu zawarcia małż. wystarczy wówczas, jeżeli ustawy państwa przynależności nupturjentów nie wykluczają stosowania ustaw loci actus). Tak też tę sprawę postanowiono w obradach nad kodeksem niem.

Różnica między pr. niem a pr. austr. polega na tem, że art. 13. ust. 1 k. c. n. obejmuje wszystkie materialno-prawne wymagania małż., a więc tak kwestję zdolności do zawarcia małż., jak i kwestję braków w oświadczeniu woli (przymus, błąd), gdy w pr. austr. zmuszeni byliśmy odróżnić te dwie grupy: do pierwszej, zgodnie z pr. niem., stosujemy ustawy państwa

przynależności każdego z nupturjentów, do drugiej grupy zaś ustawy państwa, w którym małż. zostało zawarte.

Od zasady wypowiedzianej w art. 13 ust. 1 są dwa wyjątki:

a) art. 27 u. o zapr. k. c. n. postanawia:

„Będą stosowane ustawy niemieckie, jeżeli nakazuje je stosować prawo obcego państwa, którego ustawy uznane zostały za obowiązujące w art. 7. ust. 1. 13 ust. 1., 15 ust. 2, 17 ust. 1 i 25“.

Jeżeli więc n. p. ustawy szwajcarskie, argentyńskie każą stosować do materialnych wymagań małż. legem domicilii lub legem loci actus, to do małż. Szwajcara lub Argeńtyńczyka, zawieranego w Niemczech, stosować się będzie pr. niem.

b) Art. 30 u o zapr. k. c. n. postanawia:

„Zastosowanie prawa zagranicznego jest wykluczone, jeżeli stosowanie go wykracza przeciwko dobrym obyczajom lub przeciwko celowi ustawy niemieckiej“.

Należą tu przypadki polygamji, małżeństwa między rodzeństwem, zobowiązanie się do zawarcia małżeństwa.

Przy zawieraniu, w Niemczech, małż. przez cudzoziemców, których prawo ojczyście dopuszcza n. p. polygamji etc., sędzia niemiecki nie będzie wobec art. 30 stosował prawa ojczyściego nupturjentów, ale gdy małż. było już zawarte (zagranicą), to uzna je za ważne; nowego małż. nie dopuści sędzia niemiecki, dopóki poprzednie nie będzie wyrokiem rozwiązane.

Obydwa wyjątki zawarte w art. 27 i 30 u. o zaprow. k. c. n., są zupełnie uzasadnione i dla pr. austr.

Wszystko, cośmy dotąd mówili, ustępuje wobec umów międzynarodowych.

W sprawie rozwodu i zniesienia wspólności małż. pr. niem. przyjmuje zasadę przynależności państwowej męża w czasie wniesienia skargi. Jest to więc to samo stanowisko, które zajmuje pr. austr., z tą różnicą, że pr. austr. nie zna zniesienia wspólności małżeńskiej, a zna separację od stołu i łoża. Od tej zasady są następujące wyjątki:

a) O pierwszym zawartym w ustępie 2 art. 17 mówiliśmy już wyżej przy imp. ligaminis, omawiając t. zw. małżeństwa niemieckie. Podkreślić tylko jeszcze należy, że tutaj przyczyna rozwodu zrównana jest z przyczyną separacji od stołu i łoża.

b) Drugi wyjątek, na korzyść prawa niemieckiego, określonym jest w ustępie trzecim art. 17. Wyjaśnić tylko należy, że wedle niemieckiej ustawy o przynależności związkowej i państwowej możliwym jest przypadek, że mąż traci przynależność, a żona ją zatrzymuje.

c) Wreszcie trzeci wyjątek zawartym jest w ostatnim ustępie art. 17, a wyjątki zawierają także zacytowane wyżej art. 27 i 30 o zaprowadzeniu k. c. n.

Wedle zasady przywiedzionej wyżej, a zawartej w ustępie pierwszym art. 17., stosowaniem będzie obce prawo, jeżeli w czasie wniesienia skargi o rozwód mąż był cudzoziemcem. Jeżeli wedle tego obcego prawa rozwód jest niedopuszczalnym, a temu obcemu prawu znaną jest tylko separacja od stołu i łoża, jak n. p. dla katolików w pr. austr., to w Niemczech katolicki austriacki obywatel nie będzie miał skargi o rozwód, bo mu jej jego prawo nie daje, a nie będzie miał skargi o separację od stołu i łoża, bo tej instytucji nie zna pr. niemieckie, instytucja bowiem zniesienia wspólności małżeńskiej nie może być identyfikowaną z separacją od stołu i łoża.

Omówić jeszcze wypada dwie kwestje. O jednej należy tylko wspomnieć bo ona nie należy do prawa cywilnego. Jest to sprawa odwetu. Wedle art. 31 u. o zapr. k. c. n. „może kanclerz państwa za zgodą rady związkowej zarządzić prawo odwetu przeciwko obcemu państwu, jego przynależnym i ich sukcesorom“. Od tej instytucji retorsji należy odróżnić instytucję wzajemności (reciprocitas), polegającej na tem, że cudzoziemca traktuje się na równi ze swoimi obywatelami, jeżeli wzajemność jest zapewniona.

Druga kwestja, którą tu jeszcze należy podnieść, odnosi się do instytucji uznania za zmarłego. Art. 9 u. o zapr. k. c. n. postanawia: „Zaginiony może być w państwie niemieckiem (im Inlande) uznany wedle ustaw niemieckich za zmarłego, jeżeli na początku tego czasu, przez który o nim nie było wieści, był Niemcem. Jeżeli zaginiony przynależał na początku tego czasu do obcego państwa, to w państwie niemieckiem (im Inlande) może być wedle ustaw niemieckich uznany za zmarłego, ze skutkiem oddziaływującym na te stosunki prawne, które się określają wedle ustaw niemieckich, i ze skutkiem oddziaływującym na znajdujący się w państwie niemieckiem majątek; przepisy § 2369 ust. 2. k. c. mają być odpowiednio zastosowane. Jeżeli zaginiony mąż, będący obcym obywatelem, miał swoje ostatnie mieszkanie w państwie niemieckiem, a żona, która w Niemczech pozostała, lub do Niemiec wróciła, jest Niemką lub aż do zawarcia małżeństwa z zaginionym, była Niemką, to zaginiony może na jej wniosek być uznany w państwie niemieckiem wedle ustaw niemieckich za zmarłego, bez określonego w drugim ustępie ograniczenia“. W uzupełnieniu tej materji należy jeszcze dodać, że w drugim ustępie artykułu 13 u. o zapr. k. c. znajdujemy postanowienie: „Zawarcie małżeństwa przez żonę cudzoziemca, który został wedle art. 9 ust. 2. uznany za zmarłego, ocenia się wedle ustaw niemieckich“.

Powyższe postanowienia zawierają wyjątki na korzyść prawa niemieckiego. W prawie austriackiem nie można odnośnych kwestij rozstrzygnąć w sposób, który te przepisy podają, bo, jako wyjątki od zasady, muszą takie przepisy wyraźnie być dane.

V. Konwencje Hagskie.

Doniosłe znaczenie, jakkolwiek oczywiście obowiązują tylko państwa kontraktujące, mają Konwencje Hagskie. W tem miejscu wykładu interesują nas dwie z d. 12 czerwca r. 1902, jedna o zawieraniu małżeństw, druga o rozwodzie i separacji, Pierwsza została ratyfikowana w r. 1904 i 1905 dla Niemiec, Belgji, Francji, Włoch, Hiszpanji, Luxemburgu, Holandji, Rumunii, Szwecji, Norwegji, Szwajcarii i Portugalji, druga dla tych samych państw z wyjątkiem Norwegji. Obie konwencje podpisała Austrja i Węgry, jakkolwiek tu nie zostały ratyfikowane; natomiast Rosja ich nie podpisała. W każdym razie Polska do nich przystąpi, będą ją więc obie konwencje w stosunku do państw kontraktujących obowiązywać. Podaję je także w tekście autentycznym, bo przekład musi być z natury przedmiotu wolnym. Zamieszczam przekład prof. M. Roztworowskiego (przekład pierwszej konwencji został ogłoszony w *Czas. Prawniczem* z r. 1903, drugiej został rozdany członkom Tow. prawniczego w Krakowie w r. 1908).

1. Konwencja Hagska w sprawie zawierania małżeństw.

Art. 1.

Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.

Prawo [zdolność] do zawarcia małżeństwa ocenia się według ojczywej ustawy każdego z przyszłych małżonków, chyba że przepis tej ustawy sam odwołuje się wyraźnie do innej ustawy.

Art. 2.

La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant :

Ustawa kraju, w którym ma być zawarte małżeństwo, może zabronić cudzoziemcom zawierania takiego małżeństwa, któreby stało w sprzeczności z jej postanowieniami odnoszącemi się do :

1^o les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue ;

1^o przeszkody pokrewieństwa lub powinowactwa w tych stopniach, dla których zakaz ten jest bezwzględny;

2^o la prohibition absolue de se marier édictée contre les coupables de l'adultère à raison duquel le mariage

2^o do bezwzględnej przeszkody zachodzącej między osobami winnymi cudzołóstwa, z powodu którego

de l'un d'eux a été dissous ;

3^o la prohibition absolue de se marier édictée contre des personnes condamnées pour avoir de concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles.

Le mariage célébré contrairement à une des prohibitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de nullité pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée par l'article 1-er.

Sous la réserve de l'application du premier alinéa de l'article 6 de la présente Convention, aucun État contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux, serait contraire à ses lois. La violation d'un empêchement de cette nature ne pourrait pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui où le mariage a été célébré.

Art. 3.

La loi du lieu de la célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquée à l'art. 1. lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.

Les autres États ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances.

rozwiązano małżeństwo jednej z nich ;

3^o do bezwzględnej przeszkody zachodzącej między osobami skazanymi za wspólne nastawanie na życie małżonka jednej z nich.

Małżeństwo zawarte wbrew jednemu z powyższych zakazów będzie [jednak] ważne, byleby było ono ważnem według ustawy wskazanej w Art. 1.

Pominąwszy zastosowanie Art. 6-go ust. 1. niniejszego układu, żadne z państw kontraktujących nie zobowiązuje się do zarządzenia, by celebrowano małżeństwo, któreby z tytułu poprzedniego małżeństwa lub przeszkody natury religijnej sprzeciwiało się jego ustawom. Pominięcie tych przeszkód nie mogłoby spowodzić nieważności małżeństwa w krajach innych prócz tego, w którym je zawarto.

Ustawa kraju, w którym ma być zawartem małżeństwo, może cudzoziemcom dozwolić zawierania małżeństwa z pominięciem przeszkód ustawy wskazanej w Art. 1., gdy przeszkody są wyłącznie oparte na motywach natury religijnej.

Innym państwom wolno jest nie uznać za ważne małżeństwa zawartego w tych okolicznościach.

Art. 4.⁵¹₂₃

Les étrangers doivent, pour se marier, établir qu'ils rem-

Cudzoziemcy, ażeby zawrzeć małżeństwo, mają wykazać, że

plissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée par l'art. 1.

Cette justification se fera, soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires autorisés par l'État dont les contractants sont les ressortissants, soit par tout autre mode de preuve, pourvu que les conventions internationales ou les autorités du pays de la célébration reconnaissent la justification comme suffisante.

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans que cette prescription ait été observée.

Les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront être respectées, mais le défaut de ces publications ne pourra pas entraîner la nullité du mariage dans les pays autres que celui dont la loi aurait été violée.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays de chacun des époux.

posiadają wymogi niezbędne podług ustawy wskazanej w Art. 1.

Wykazanie to nastąpi albo przez świadectwo dyplomatycznych lub konsularnych agentów upoważnionych [do tego] przez państwo, którego nupturjenci są obywatelami, albo też zapomocą wszelkiego innego środka dowodu, pod warunkiem, że konwencje międzynarodowe lub władze miejscowe uznają formę wykazania się za wystarczającą.

Art. 5.

Wszędzie uznanym będzie za ważny pod względem formalnym ślub dany zgodnie z ustawą kraju, w którym się odbył.

Zastrzeżę się jednak państwom, których ustawodawstwo domaga się formy religijnej [kościelnej] możliwość nieuznawania za ważne małżeństw zawartych przez ich obywateli zagranicą z pominięciem tego przepisu.

Przepisy ustawy ojczyściej, odnoszące się do zapowiedzi, mają być przestrzegane, ale brak tych zapowiedzi nie pociągnie za sobą nieważności małżeństwa w krajach innych prócz tego, którego ustawę przekroczono.

Autentyczny odpis aktu ślubnego będzie przesłany władzom ojczystym każdego z małżonków.

Art. 6.

Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent

Wszędzie uznanym będzie za ważny pod względem formalnym ślub dany przez agenta

diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si aucune des parties contractantes n'est ressortissante de l'État où le mariage a été célébré et si cet État ne s'y oppose pas. Il ne peut pas s'y opposer quand il s'agit d'un mariage qui à raison d'un mariage antérieur ou d'un obstacle d'ordre religieux serait contraire à ses lois.

La réserve du second alinéa de l'article 5 est applicable aux mariages diplomatiques ou consulaires.

dyploma tycznego lub konsularnego zgodnie z jego ustawodawstwem, jeżeli żaden z nupturjentów nie jest obywatelem państwa, gdzie ślub się odbywa i jeżeli państwo to temu się nie sprzeciwia. A nie może się ono sprzeciwić, gdy chodzi o małżeństwo, którego zawarcie byłoby sprzeczne z jego ustawami [jedynie] z tytułu poprzedniego małżeństwa lub przeszkody natury religijnej.

Zastrzeżenie z Art. 5. ustęp 2. stosuje się do ślubów dyplomatycznych lub konsularnych.

Art. 7.

Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable dans les autres pays si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée.

Małżeństwo nieważne co do formy [z braków formalnych], gdzie je zawarto, będzie mimo to mogło być uznane za ważne w innych krajach, jeżeli przestrzeżono formy przepisanej ustawą ojczystą każdego z nupturjentów.

Art. 8.

La présente Convention ne s'applique qu'aux mariages célébrés sur le territoire des États contractants entre personnes dont une au moins est ressortissante d'un de ces États.

Niniejszy układ dotyczy jedynie małżeństw zawartych na terytorjum państw kontraktujących pomiędzy osobami, z których choć jedna ma obywatelstwo, któregośkolwiek z tychże państw.

Aucun État ne s'oblige, par la présente Convention à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un État contractant.

Żadne z państw nie zobowiązuje się niniejszym układem do stosowania ustawy, która nie byłaby ustawą jednego z państw kontraktujących.

Art. 9.

La présente Convention qui ne s'applique qu'aux territoires européens des États contractants, sera ratifiée et les rati-

Niniejszy układ, mający zastosowanie jedynie do europejskich terytorjów państw kontraktujących, będzie ratyfiko-

fications en seront déposées à la Haye dès que la majorité des Hautes Parties contractantes sera en mesure de le faire.

Il sera dressé de ce dépôt un procès verbal dont une copie, certifiée conforme sera remise par la voie diplomatique à chacun des États contractants.

wany, a ratyfikacje będą złożone w Hadze, skoro tylko większość Dostojnych Kontrahentów będzie w możności to uczynić.

Protokół złożenia ratyfikacji będzie spisany, a jego kopia, zaświadczona jako zgodna z oryginałem, będzie doręczona drogą dyplomatyczną każdemu z państw kontraktujących.

Art. 10.

Les États non signataires qui ont été représentés à la troisième Conférence de Droit international Privéé sont admis à adhérer purement et simplement à la présente Convention.

L'État qui désire adhérer notifiera au plus tard le 31 Décembre 1904 son intention par un acte qui sera déposé dans les archives du Gouvernement des Pays-Bas. Celui-ci en enverra une copie, certifiée conforme, par la voie diplomatique à chacun des États contractants.

Państwa, które nie podpisały [niniejszej konwencji], a były reprezentowane na III-ej Konferencji dla [kondyfikacji] prawa międzynarodowego prywatnego, mogą wprost przystąpić do tego układu.

Państwo, pragnące to uczynić, oznajmi swój zamiar nie później jak 31 grudnia 1904 dokumentem, który zostanie złożony w Archiwach Rządu niderlandzkiego. Ten zaś przysze zeń kopię uwierzytelnioną każdemu z państw kontraktujących w drodze dyplomatycznej.

Art. 11.

La présente Convention entrera en vigueur le soixantième jour à partir du dépôt des ratifications ou de la date de la notification des adhésions.

Niniejszy układ zacznie obowiązywać sześćdziesiątego dnia od chwili złożenia ratyfikacji a względnie od daty oznajmienia o przystąpieniu.

Art. 12.

La présente Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date du dépôt des ratifications.

Ce terme commencera à courir de cette date, même pour les États qui auront fait le dépôt après cette date ou qui auraient adhéré plus tard.

Niniejszy układ trwać będzie lat pięć począwszy od daty złożenia ratyfikacji.

Czasokres ten rozpocznie płynąć od tej daty nawet dla państw, które złożą ratyfikację po tej, dacie, lub później [do układu] przystąpią.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation devra être notifiée, au moins six mois avant l'expiration du terme visé aux alinéas précédents, au Gouvernement des Pays-Bas, qui en donnera connaissance à tous les autres États contractans.

La dénonciation ne produira son effet qu'à l'égard de l'État qui l'aura notifiée. La Convention restera exécutoire pour les autres États.

Układ odnawia się milcząco co pięć lat na dalszych lat pięć, z zastrzeżeniem wypowiedzenia.

Wypowiedzenie należy zgłosić, conajmniej na sześć miesięcy przed upływem terminu wyżej oznaczonego, do Rządu Niderlandzkiego, który zawiadomi o niem wszystkie inne państwa kontraktujące.

Wypowiedzenie wywrze swój skutek jedynie wobec państwa, które je notyfikowało. Układ obowiązywać będzie nadal pozostałe państwa.

2. Konwencja Hagska w sprawie rozwodu i separacji od stołu i łoża.

Art. 1.

Les époux ne peuvent former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu ou la demande est formée admettent le divorce l'une et l'autre.

Il en est de même de la séparation de corps.

Małżonkowie tylko wówczas mogą żądać rozwodu, gdy ich ustawa ojczysta i ustawa miejsca, gdzie skarga została wniesiona, obie rozwód dopuszczają.

To samo ma miejsce odnośnie do separacji [odłączenia od stołu i łoża].

Art. 2.

Le divorce ne peut être demandé que si, dans le cas dont il s'agit, il est admis à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où la demande est formée, encore que ce soit pour des causes différentes.

Il en est de même de la séparation de corps.

Rozwodu żądać można tylko wówczas, gdy jest on dopuszczalnym w danym konkretnym przypadku i w myśl ustawy ojczystej małżonków, i w myśl ustawy miejsca wniesionej skargi — choćby nawet z przyczyn odmiennych.

To samo ma miejsce odnośnie do separacji.

Art. 3.

Nonobstant les dispositions des articles 1 et 2, la loi natio-

Pomimo przepisów zawartych w artykule 1 i 2, przestrzegać

nale sera seule obsevée, si la loi du lieu où la demande est formée le prescrit ou le permet.

się będzie jedynie ustawy ojczystej, gdy ustawa miejsca wnieśienia skargi to przepisuje lub na to zezwala.

Art. 4.

La loi nationale indiquée par les articles précédents ne peut être invoquée pour donner á un fait, qui s'est passé alors que les époux ou l'un d'eux étaient d'une autre nationalité, le caractère d'une cause de divorce ou de séparation de corps.

Na ustawę ojczyzną wskazaną w poprzednich artykułach nie można się powoływać w celu nadania cechy przyczyny do rozwodu lub separacji faktowi, który się zdarzył, gdy obaj małżonkowie lub jeden z nich mieli obywatelstwo innego kraju.

Art. 5.

La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée :

1^o devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux ;

2^o devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur. Dans le cas d'abandon et dans le cas d'un changement de domicile opéré après que la cause de divorce ou de séparation est intervenue, la demande peut aussi être formée devant la juridiction compétente du dernier domicile commun.

Toutefois, la juridiction nationale est réservée dans la mesure où cette juridiction est seule compétente pour la demande en divorce ou en séparation de corps.

La juridiction étrangère reste compétente pour un mariage

Skargę o rozwód lub separację wnieść można :

1^o przed jurysdykcję właściwą według ustawy ojczystej małżonków ;

2^o przed jurysdykcję właściwą miejsca, gdzie małżonkowie mają stałe zamieszkanie. Gdyby według ich ustawodawstwa ojczyzstego nie posiadali małżonkowie tego samego domicilium, właściwą jest jurysdykcja miejsca zamieszkania pozwanego.

W przypadku opuszczenia [jednego małżonka przez drugiego], a także w przypadku zmiany stałego zamieszkania po zajściu przyczyny do rozwodu lub separacji, skargę wnieść można także przed jurysdykcję właściwą ostatniego wspólnego domicilium.

Wszakże zastrzega się jurysdykcję ojczyzną, o ile ta jurysdykcja jest [uchodzi według ustawodawstwa ojczyzstego za] wyłącznie właściwą dla skarg o rozwód lub separację.

Jurysdykcja obca pozostaje właściwą, gdy małżeństwo [za-

qui ne peut donner lieu á une demande en divorce ou en séparation de corps devant la juridiction nationale compétente.

warte jest tego rodzaju iz] nie moe spowodowa skargi o rozwód lub separacj  przed [sk d- in d] wlaciw  juryzdykcj  ojczyst .

Art. 6.

Dans le cas où des époux ne sont pas autorisés à former une demande en divorce ou en séparation de corps dans le pays où ils sont domiciliés, ils peuvent néanmoins l'un et l'autre s'adresser à la juridiction compétente de ce pays pour solliciter les mesures provisoires que prévoit sa législation en vue de cessation de la vie en commun. Ces mesures seront maintenues si, dans le délai d'un an, elles sont confirmées par la juridiction nationale; elles ne dureront pas plus longtemps que ne le permet la loi du domicile.

Gdy maonkom nie przysuguje prawo wniesienia skargi rozwodowej lub separacyjnej w kraju, gdzie maj  miejsce zamieszkania, wolno im mimo to — jednemu i drugiemu — zwr ci si  do juryzdykcji wlaciwej tego kraju z prob  o zarz dzenie srodkow* tymczasowych przewidzianych w miejscowym ustawodawstwie ze wzglodu na zniesienie wsp l- nego [maeskiego] poycia. Zarz dzenia te b d  utrzymane w mocy, jeeli w przeci gu roku zostan  potwierdzone przez juryzdykcj  ojczyst ; duej jednak trwa nie b d , ni na to zezwala ustawa miejsca zamieszkania.

Art. 7.

Le divorce et la séparation de corps, prononcés par un tribunal compétent aux termes de l'art. 5. seront reconnus partout sous la condition que les clauses de la présente Convention aient été observées et que, dans le cas où la décision aurait été rendue par default, le défendeur ait été cité conformément aux dispositions spéciales exigées par sa loi nationale pour reconnaître les jugements étrangers.

Rozwód i separacja orzeczone przez trybuna wlaciwy po myli artykuu 5-go b d  uznane wsz dzie pod warunkiem, e postanowienia niniejszej konwencji zostaly uszanowane i e na wypadek wyroku zaocznego pozwany zostal by wezwany zgodnie z przepisami specjalnymi jego ustawy ojczystej obowi zuj cymi przy uznawaniu obcych wyrokow.

Seront reconnus également partout le divorce et la séparation de corps prononcés par

R wnie powszechnie uznane b d  rozwód i separacja orzeczone przez juryzdykcj  administracyjn , jeeli ustawa [ojczysta] kadego z maonkow

une juridiction administrative, si la loi de chacun des époux reconnaît ce divorce et cette séparation.

uznaje taki rozwód i taką separację.

Art. 8.

Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale.

Gdy małżonkowie nie mają tegoż samego obywatelstwa, za ich ustawę ojczyzną należy uważać, przy stosowaniu poprzednich artykułów, ostatnie ich wspólne ustawodawstwo.

Art. 9.

La présente Convention ne s'applique qu'aux demandes en divorce ou en séparation de corps, formées dans l'un des Etats contractants, si l'un des plaideurs au moins est le ressortissant d'un de ces Etats.

Aucun Etat ne s'oblige, par la présente Convention, à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant.

Konwencja niniejsza znajduje zastosowanie do tych jedynie skarg rozwodowych lub separacyjnych, które są wniesione w jednym z państw kontraktujących i o ile jedna przynajmniej ze stron posiada obywatelstwo któregośkolwiek z państw powyższych.

Żadne z państw nie obowiązują się niniejszą konwencją do stosowania ustawy, która nie byłaby ustawą jednego z państw kontraktujących.

Zwróćmy się najpierw do pierwszej konwencji. Przepisy jej są dwojakiego rodzaju: jedne są pozwalające, upoważniające państwa kontraktujące do wydania pewnych norm, które, gdy się ukazały, będą przez inne państwa kontraktujące przestrzegane, jeżeli granic dozwoleń nie przekroczą; drugie obowiązują państwa kontraktujące od razu od daty ratyfikacji. Przepisy pierwszego rodzaju stają się aktualne, gdy któreś z państw kontraktujących, korzystając z dozwoleń, wydało odnośną ustawę. Dopóki to nie nastąpi, można mówić o nich tylko z punktu widzenia legis ferendae. Ponieważ stawianie wniosków legislacyjnych nie jest zadaniem tej książki, przeto zajmiemy się tylko przepisami drugiego rodzaju, t. j. przepisami imperatywnymi, obowiązującymi od razu państwa kontraktujące. Do przepisów kategorii pozwalającej należą te, które mówią, że państwu kontraktującemu „wolno“ to i to nakazać lub zakazać, że państwo kontraktujące „może“ wydać taką a taką ustawę, a więc należą tutaj: przepis art. 2, utrudniający cudzoziemcom zawieranie małż., ustęp 2 artykułu 5. i art. 7. Zajmiemy się resztą przepisów.

Dopóki ustawy poszczególnych państw w powyżej zaznaczonych spornych kwestjach nie wyjdą, obowiązuje obecny stan każdego poszczególnego ustawodawstwa także i wobec państw kontraktujących.

Co do materialno-prawnych wymagań małż. zajmuje konwencja stanowisko legis patriae (art. 1), przyjmuje jednak odesłanie (renvoi, Rückverweisung), postanawia bowiem, że zdolność do zawarcia małżeństwa ocenia się według ustawy ojczystej każdego z nupturjentów, „chyba że przepis tej ustawy (t. j. ojczystej) sam odwołuje się do innej ustawy“ (z pośród państw kontraktujących czyni to Szwajcaria). Od pr. niem. różni się to postanowienie konwencji tem, że pr. niem. zna instytucję odesłania (Rückverweisung), ale tylko na korzyść prawa niemieckiego, gdy obecnie w obrębie państw kontraktujących musi się zastosować do tej ustawy, którą państwo odsyłające uważałoby za właściwe oznaczyć. Od pr. austr. różni się konwencja tem, że ta ostatnia obejmuje wyżej przywiedzioną zasadą całość sprawy zawarcia i unieważnienia małż., gdy tymczasem w pr. austr. odróżniliśmy sprawę oświadczenia woli (przymus, błąd etc.) od innych wymagań i do każdego z tych rodzajów inną uznaliśmy zasadę za obowiązującą. Od chwili złożenia ratyfikacji Austria trzymać się będzie jednej zasady dla wszystkich sąd płynących kwestij.

Konwencja, jak pr. austr. i niem., każe stosować legem patriae „do każdego“ z nupturjentów, ale nie rozstrzyga, jak się to ma dziać, a nawet z innych jej postanowień nie widać, aby zdawano sobie sprawę, że to może wywołać poważne sprzeczości. W tym względzie niepewny obecny stan poszczególnych ustawodawstw trwać będzie dalej. (Np. czy ex-ksiądz, obywatel niemiecki, może poślubić katoliczkę, obywatelkę austriacką? Na III Konferencji w Hadze Renault odpowiedział, że po stronie ex-księdza niema wedle jego ustawy ojczystej przeszkody, a niema jej wedle pr. austr. i po stronie kobiety, bo pr. austr. tylko duchownym zabrania wchodzić w związki małżeńskie, a nie zakazuje kobietom poślubić duchownych. Tymczasem nie mamy wątpliwości, że pr. austr. chce czego innego i że niezdolność zawarcia małż. jest i po stronie kobiety. Przykład ten dowodzi niepewności, w jakiej ta kwestja się znajduje).

Druza konwencja zajmuje się najtrudniejszą kwestją, bo kwestją rozwodów i separacji. Jest to prawniczo najtrudniejsza, religijnie i politycznie najdrażliwsza, socjalnie najdotkliwsza sprawa. Prawnik ma odpowiedzieć na pytanie, w jakich przypadkach sędzia będzie orzekał o rozwodzie i separacji wedle obcego prawa? Oczywiście stać się to może (mówimy na razie: in potentia), gdy obie lub jedna ze stron jest cudzoziemcem. Logicznie należałoby przedtem rozstrzygnąć pytanie, w jakich to przypadkach sąd będzie właściwym dla sporu o rozwód lub separację cudzoziemców resp. cudzoziemca? Tą

kwestją się nie zajmujemy, bo ona należy do prawa procesowego. Przyjmujemy, że spór o rozwód lub separację znajduje się już w sądzie, że obie strony lub jedna są cudzoziemcami, i zapytujemy, czy ten fakt, że obie lub jedna strona są cudzoziemcami, nakazuje stosować prawo ojczyście tego cudzoziemca. Pr. austr. nakazuje to uczynić, jeżeli w chwili wniesienia skargi cudzoziemcem jest mąż; do takiego sporu stosować należy prawo ojczyście męża. Tak samo normuje tę sprawę pr. niem., wymieniliśmy jednak szereg wyjątków, między niemi zawarty w ust. 4 art. 17 u. o zaprow. k. c.: „Rozwód lub zniesienie wspólności małżeńskiej może być na podstawie obcego prawa orzeczonem w państwie niemieckiem (im Inland) tylko wówczas, jeżeli rozwód byłby dopuszczalny tak wedle obcej ustawy, jak wedle ustaw niemieckich“. O ile przeto zasada, uznana przez pr. niem. akceptuje legem patriae, o tyle ustanowienie wyjątku sprawia, że nie jest ona panująca, że doznaje bardzo poważnego ograniczenia przez lex fori. W pr. austr. ograniczenie to na korzyść legis fori znajduje uwzględnienie pod postacią „dobrych obyczajów i porządku publicznego“. Konwencja zajmuje to samo stanowisko, ale legem fori wprowadza nie w formie wyjątku, nie w formie ograniczenia legis patriae, ale wprost w art. 1 i 2 postanawia, że rozwód (i separacja) musi być dopuszczalna i przez lex patriae i przez lex fori, choćby przyczyny były odmiennie. Postanowienia zawarte w art. 3 i 4 konwencji znane nam są już także z pr. niem., nowem natomiast, a bardzo ważnem, jest postanowienie art. 8. Sprawia ono, że zmiana obywatelstwa, dokonana przez jednego małżonka w celu uzyskania rozwodu, nie odniesie skutku, bo wedle właśnie tego artykułu 8, gdy małżonkowie nie mają tegoż samego obywatelstwa, za ich ustawę ojczyścą należy uważać ostatnie ich wspólne ustawodawstwo. Wprawdzie jeżeli mąż zmienił obywatelstwo, pociąga to za sobą zmianę obywatelstwa żony, ale na to szukało np. austriackie ustawodawstwo rady w ten sposób, że w ustawie wprowadzającej konwencję w wykonanie proponowała komisja prawnicza postanowienie: „Jeżeli mąż, który był dotychczas austriackim obywatelem, uzyskał przyjęcie do zagranicznego państwa, to przyjęcie to jest bez skutku wobec żony, jeżeli nie przystąpiła do prośby o uzyskanie obywatelstwa“. W ten sposób np. w Austrii położonoby (dla obrębu państw kontraktujących) kres t. zw. małżeństwu węgierskiemu, o ileby nie było zgody małżonków na rozwód.

Dla uniknięcia nieporozumienia, powtarzamy, że wedle konwencji rozwód i separacja będą oceniane tak wedle legis patriae, jak i wedle lex fori, a zgodność tych dwóch ustaw musi się odnosić nie tylko do tego, aby rozwód wzgl. separacja były przez te ustawy w ogóle dopuszczone (art. 1), ale żeby wedle obydwóch ustaw zachodziła możliwość in concreto rozwodu wzgl. separacji, choćby z odmiennych przyczyn (art. 2). (Wyjątek

zachodzi w przypadku art. 3, gdzie *lex fori* ustępuje przed *lex patriae*). W Niemczech nie mogą więc cudzoziemcy prosić o separację, którą jedynie zna ich *lex patriae*, w Austrii nie mogą prosić o rozwód katolicy, którego *lex fori* nie zna itd. W przypadkach, gdyby poróżnieni małżonkowie z powodu braku owej zgodności ustaw nie mogli znaleźć sposobu rozłączenia się, daje pewną możliwość (tymczasową) art. 6 konwencji.

VI. Zestawienie.

Na podstawie powyższych wywodów otrzymujemy następujący obraz:

	Austria	Francja
<p>A) Małż. zawarte zagranicą.</p> <p>a) obyw. państwa, w którym się toczy spór</p> <p>α) z obywatelem tego państwa</p> <hr/> <p>β) z obyw. państwa, gdzie się ślub odbywa</p> <hr/> <p>γ) z obyw. trzeciego państwa</p>	<p>Locus regit actum, § 37 k. c. a.; orzec. VIII, 2925; 15276 zb. G. U. W., a więc sędzia austriacki stosuje obce prawo, także i co do zapowiedzi, orzec. XVI, 6508 zb. C. U. W. Praktyka, m. zd. mylna, zadawalnia się formą prawa austr., orzec. VII, 2737, ale inaczej 14950; XVI, 6345 zb. G. U. W. Por art. 7 konw. Hagskiej.</p> <hr/> <p>Locus regit actum, § 37: „jeżeli cudzoziemcy... z obywatelami tego państwa zagranicą ...“</p> <hr/> <p>Lex loci actus rozstrzyga o ważności.</p>	<p>Locus reg. it artum (art. 170 k. N.), a więc pr. obce, miejsca, gdzie się odbywa ślub, obowiązuje sędziego, byle zachowano przepis o zapowiedziach w art. 63, co jednak zależy od uznania sędziego. Nie zachowanie art. 171 nie pociąga nieważności (zaniechanie wpisu do ks. ślubów po powrocie do kraju).</p> <hr/> <p>Jak pod a) α), p. art. 170 k. N.</p> <hr/> <p>Jak pod a) a), p. art. 170 K N. t zn lex loci actus przepisuje formę dla takiego przypadku, a więc może przepisać stosowanie prawa, gdzie się ślub odbywa, lub innego prawa, w każdym razie będzie to prawo obce.</p>
<p>b) między cudzoziemcami</p>	<p>Locus regit actum, § 37 k. c. a. „cudzoziemcy z cudzoziemcami... zagranicą“.</p>	
<p>B) Małż. zawarte w kraju.</p> <p>a) obyw. kraju z obyw. obcego państwa</p> <hr/> <p>b) między cudzoziemcami</p>	<p>Lex loci actus.</p> <hr/> <p>Lex loci actus.</p>	<p>Tylko wedle prawa francuskiego należy ocenić formę.</p> <hr/> <p>Forma ma być zachowana wedle prawa franc., z wyjątkiem, jeżeli umowy międzynarodowe upoważniają do zawarcia małż. w poselstwie lub konsulacie. Spornem jest, czy forma nie odpowiadająca prawu franc., ale zgodna z formą legis patriae, unieważnia małż. M. zd.: tak, oczywiście w obrębie Francji.</p>

m a

Królestwo Polskie	Niemcy	Konwencja Hagska
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">Locus regit actum, a więc obowiązuje lex loci actus z uwzględnieniem zasady wzajemności.</p> <p>Locus regit actum., sędzia ma więc zastosować prawo obce, pr. miejsca, gdzie się odbył ślub. Małżeństwo obywateli Kr. p. zawarte w państwie, gdzie ślub cywilny jest obligatoryjny, bez następnego ślubu kościelnego, jest wobec kościoła nieważne w Kr. p., ale wobec państwa powinno być ważne.</p>	<p>Obowiązuje w tym względzie art. 11 ust. 1 u. o zaprow. k. c. n., a więc formę ocenia się w pierwszej linii wedle lex contractus, aie wystarzającą jest lex loci actus. Małż. cudzoziemców przeto, zawarte w zagranicą, ważne jest w Niemczech, choćby potem uzyskali obywatelstwo niemieckie. Małż. obywateli obcego państwa X, zawarte w państwie Y, wedle formy państwa Y, jest w Niemczech ważne.</p> <p>Wedle art. 13 ust. 3 u. o zaprow. k. c. n. obowiązują wyłącznie ustawy niemieckie.</p> <p>Wedle art. 13 ust. 3 u. o zaprow. k. c. n. obowiązują ustawy niemieckie. Wyjątków mogą dopuszczać umowy międzynarodowe.</p>	<p>W sprawie formy obowiązuje lex loci actus (art. 5).</p> <p>1. Jednak państwo, które wymaga ślubu kościelnego, może uznać ślub cywilny, zawarty zagranicą, za nieważny (art. 5/3). Rozstrzyga to wątpliwość podaną w rubryce pr. Kr. p.</p> <p>2. Zaniechanie zapowiedzi przed ślubem, odbytym zagranicą, czyni małż. nieważnym w kraju, który wymaga zapowiedzi, ale nie w innych krajach (art. 5/3). Rozstrzyga to wątpliwość podaną w rubryce pr. franc.</p> <p>Małż. może być zawarte przed funkcjonariuszem dyplomatycznym lub konsularnym, jeżeli oboje nupturjenci są cudzoziemcami i jeżeli państwo goszczące ich nie sprzeciwia się, a nie może się sprzeciwić, jeżeli idzie o imp. ligaminis lub o przeszkodę natury religijnej (art. 6).</p> <p>Art. 7 rozstrzyga przypadek podany w rubryce pr. franc.: małż. zawarte w formie nieodpowiadającej legi loci actus i w tem państwie nieważne, może być ważne w innych państwach, o ile forma legis patriae każdego z nupturjentów została zachowana.</p>

Materjalno prawne

	Austria	Francja
<p>A) Małż. zawarte za granicą.</p> <p>a) obyw. państwa, w którym się toczy spór</p> <p style="padding-left: 20px;">a) z obyw. tegoż państwa</p> <hr/> <p style="padding-left: 20px;">β) z obywatelem obcego państwa, w którym małż. zostaje zawarte.</p> <hr/> <p style="padding-left: 20px;">γ) z obyw. trzeciego państwa</p> <p>b) między cudzoziemcami</p>	<p style="text-align: center;">Wymagania dotyczące się oświadczenia woli</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Inne materjalno prawne wymagania</p> <hr/> <p style="text-align: center; font-weight: bold;">Lex loci actus</p>	<p>Obyw. franc. związany jest wszędzie pr. franc. (art. 3 ust. 3), a więc lex patriae rozstrzyga o pokrewieństwie, powinowactwie etc.</p> <hr/> <p>Cudzoziemcy związani są swoją lex patriae; art. 3 ust. 3 K. N. ma do nich — wedle pr. franc. — również zastosowanie. Małż. jest więc ważne, gdy wedle obydwóch legum patriae jest ważne.</p>
<p>B) Małż. zawarte w kraju.</p> <p>a) obyw. kraju z obyw. obcego kraju.</p> <hr/> <p>b) między cudzoziemcami</p>	<p style="text-align: center;">Lex fori, bo to jest zarazem lex loci actus.</p> <hr/> <p style="text-align: center;">Lex patriae każdego z nupturjentów.</p>	<p>Obowiązuje lex patriae każdego z nupturjentów, ale we Francji nie stosuje się takiego obcego prawa, które sprzeciwia się „interesowi socjalnemu“ w pojmowaniu francuskim. Zakres jednak tych wykluczeń jest sporny: o ile pewnem jest, że Francja nie dopuszcza n. p. polygamji, o tyle sprzeczne są opinie n. p. co do przeszkody adopcji, co do pokrewieństwa w bocznych liniach, ale np. małż. zakonnik, za granicą nieważne, jest we Francji ważne etc.</p>

wymagania małż.

Królestwo Polskie	Niemcy	Konwencja Hagska
<p>Wobec międzynarodowego charakteru Kościoła kat. nie powstały normy międzynarodowe prawnoprywatne, a w grę mogą wchodzić tylko normy procesowe, wskutek czego kryterjum domicilii wysuwa się na pierwszy plan. P. kan. 1964, podany w tabeli „Rozwód i separacja”. Por. także kan. 14, który opiewa: § 1. Peregrini: 1° Non adstringuntur legibus particularibus sui territorii quamdiu ab eo absent, nisi aut earum transgressio in proprio territorio noceat, aut leges sint personales; 2° Neque legibus territorii in quo versantur iis exceptis quae ordinii publico consultant, vel actuum solemnium determinant; 3° At legibus generalibus tenentur, etiamsi hae suo in territorio non vigeant, minime vero si in loco in quo versantur non obligent. Kanonu tego nie można oczywiście wprost stosować, bo mówi o kolizji tylko norm generalnych i partykularnych i ponieważ peregrinus jest tylko ten, który przebywa między swem domicilium a quasi domicilium, ale z jego ducha wynika, że pr. kan. odróżnia „leges personales“ (do tych peregrinus wszędzie się stosuje), actuum solemnium (tu decyduje lex loci actus) sprawy porządku publicznego (tym peregrinus wszędzie podlega). Wszystko to jednak jest wedle kryterjum domicilii. Te analogie mogą mieć znaczenie tylko dla sądów kat. duchow. (P. orz. warsz. cyw. sen. 1854. nr. 296/33, 1855 nr. 342/4, 1864 nr. 1, wedle których ważność małż. oceniana się wedle lex domicilii męża). — Dla innych Sądów trzeba szukać pomocy w pr. fr. wobec ident. art. 3 K. p. i K. N.</p>	<p>Art. 13 u. 1 u. o zaprow. k. c. n. każe stosować legem patriae odnośnie do każdego z nupturjentów, „o ile przynajmniej jeden jest Niemcem“, tj. małż. musi być ważne tak wedle lex patriae męża, jak wedle lex patriae żony.</p> <p>Ta sama zasada obowiązuje co do małż. cudzoziemców zawartych zagranicą, jakkolwiek u. o zaprow. k. c. n. ten przypadek przemilcza.</p> <p>Art. 13 ust. 1 u. o zaprow. k. c. n. postanawia, że stosować w takim razie należy legem patriae do każdego z nupturjentów, t. j. małż. musi być ważne tak wedle lex patriae męża, jak wedle lex patriae żony.</p> <p>Tenże art. 13 mówi, że, to samo odnosi się do cudzoziemców, którzy w kraju zawierają małż.“, to j. do każdego z nupturjentów stosuje się jego legem patriae.</p>	<p>Wedle art. 1 prawo do zawarcia małż. reguluje się wedle lex patriae każdego z nupturjentów, o ile ta lex patriae wyraźnie nie odsyła do innej ustawy (renvoi, Rückverweisung).</p> <p>P. niżej art. 2 i 3 konw.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Lex loci actus może zakazać małż. obcych, jeżeliby się to małż. sprzeciwiało jego normom o przeszkodzie pokrew. i powin., cudzołóstwa i nastawiania na życie. Ale, jeżeli małż. będzie zawarte wbrew tym przeszkodom, ale odpowiada lex patriae, to jest ważne (art. 2 ust. 1 i 2). 2. Lex loci actus może zakazać pod nieważnością (jednak tylko w swoim państwie) małżeństw, sprzeciwiających się tej legi loci actus in puncto impedimenti legitimi i przeszkód natury religijnej (art. 2 ust. 3). Ale wówczas wedle art. 6 wchodzi w grę agenci dyplomatyczni i konsularni. 3. Lex loci actus może uznać w swoim państwie (inne państwa nie są obowiązane) za ważne małż. sprzeciwiające się legi patriae in puncto przeszkody natury religijnej (art. 3).

Rozwód i separacja.

Austria	Francja	Królestwo polskie	Niemcy	Konwencja Haska
<p>Lex patriae męża w chwili wniesienia skargi (uznają to pośrednio orzeczenia XVI, 6461 i w Jur. Bl. z r. 1916 nr. 26, bo uznają w kraju rozwód cudzoziemców orzeczony zagranicą, chociaż żona była pierwiej austr. obywatelką, a dopiero po zameżciu uzyskała inne obywatelstwo).</p>	<p>Lex patriae obydwóch małżonków (mąż nie użył prawa rozwodu, jeżeli jest dopuszczalny wedle jego lex patriae, a niedopuszczalny wedle lex patriae żony), art. 3 ust. 3. (Wyrok zagraniczny, orzekający rozwód cudzoziemca, jest uznany w Francji, choćby żona była Francuzką i choćby małż. było zawarte w Francji, gdzie nie możnaby było uzyskać rozwodu, orzec. tryb. kas. z 18 lipca r. 1878).</p>	<p>Oprócz art. 3 k. c. Kr. p. niema innego przepisu z dziedziny pr. międzynarodowego prywatnego. Sądy duchowne, wobec międzynarodowego charakteru prawa kościelnego, muszą wysuwać legem domicilii na czoło. Por. kan. 1964: „In aliis causis matrimonialibus iudex competentis est iudex loci in quo matrimonium celebratum est aut in quo pars conventa vel, si una sit acatholica, pars catholica domicilium habet“. Analogia ta służyć może oczywiście tylko w sprawach o separację. W aralogia z prawem francuskim.</p>	<p>Lex patriae męża w czasie wniesienia skargi, jednak i niemiecka lex fori muszą dopuszczać rozwody (art. 17 ust. 1 i 44).</p>	<p>Lex patriae i lex fori mająć w poszczególnym przypadku, choćby z różnych przyczyn (art. 1 i 2); jeżeli nie mają różnego obywatelstwa, to ostatnie wspólne prawo jest lex patriae (art. 8).</p>
<p>Wyjątki: 1. W razie odesłania (Rückverweisung) ma zastosowanie ustawa, do której lex patriae odsyła;</p> <p>2. Niema zastosowania lex patriae, jeżeli dopuszcza prawo austr., jeżeli lex patriae sprzeciwia się „dotrym byczajom i porząd-“</p>	<p>Wyjątki: 1. Niema powodu nie przyjąć wyjątku w przypadku odesłania (renvoi);</p> <p>2. Niema zastosowania lex patriae, jeżeli dopuszcza prawo austr., jeżeli lex patriae sprzeciwia się „dotrym byczajom i porząd-“</p>	<p>Wyjątki: 1. W razie odesłania (Rückverweisung, ale tylko do ustawy niemieckiej, art. 27);</p> <p>2. Przyczyna, która się wydarzyła przed zmianą obywatelstwa musi być znaną dawniej lex patriae, a więc tu trzeba zgodności</p>	<p>Wyjątki: 1. Jeżeli lex fori odsyła tylko do lex patriae (renvoi, Rückverweisung, art. 3);</p> <p>2. Lex patriae nie ma zastosowania, jeżeli zdarzenie miało miejsce przed zmianą obywatelstwa obu lub jednego małżonka,</p>	<p>Wyjątki: 1. Jeżeli lex fori odsyła tylko do lex patriae (renvoi, Rückverweisung, art. 3);</p> <p>2. Lex patriae nie ma zastosowania, jeżeli zdarzenie miało miejsce przed zmianą obywatelstwa obu lub jednego małżonka,</p>

kowi publicznemu" w po-
jęciu fori (por. orzec. V,
1870, które każe ocenić
„założenia rozwodu wedle
pr. austr.“).

cialnych. Sporną jest kwe-
stja, czy zmiana obywa-
telstwa na francuskie, do-
konana tylko dlatego, że
poprzednie nie pozwalało
skarżyć o rozwód, umożli-
wia rozwód.

ści lex fori z dwiema le-
ges patriae (art 17 ust. ?).

a lex patriae ma dać zda-
rzeniu charakter przyczyny
rozvodu lub separacji
(art. 4).

3. Tylko lex fori, tj. tylko
ustawa niemiecka, ma za-
stosowanie, jeżeli żona jest
Niemką, a obywatelstwo
państwowe męża zgasiło
(art. 17 ust. 3);

4. Ustawy obcej nie mo-
żna stosować, jeżeli zasto-
sowanie sprzeciwiałoby się
dobrym obyczajom lub ce-
lowi ustawy niemieckiej
(art. 30).

ROZDZIAŁ CZWARTY.

Prawo małżeńskie. Mąż i żona.

I. Wiedomości ogólne.

Na pierwszy rzut oka widzimy zasadniczą różnicę między prawem Królestwa Polskiego, które w unormowaniu stosunków wzajemnych między małżonkami poszło za prawem francuskim, z jednej strony, a prawem austriackim i niemieckim z drugiej strony. Wiemy, że życie nie odpowiada literze prawa. Ale tu o to nie idzie, mamy bowiem za zadanie przedstawić stan tak, jak on wynika ze samej ustawy. Prawo małżeńskie Królestwa Polskiego charakteryzuje zasadniczo postanowienie art. 208 i 209 prawa małżeńskiego, w których mąż winien jest żonie obronę, a żona mężowi posłuszeństwo. Wypowiedziana została w ten sposób zasada subordynacji żony mężowi, która w kodeksie Napoleona znalazła wyraz w tych samych słowach w art. 213: *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*. Prawo francuskie nosi na sobie ślady (już wówczas) przesadnego pojmowania małżeństwa przez Napoleona. Wedle Thibaudeau powiedział Napoleon: „*La Nature a fait de nos femmes nos esclaves! Le mari a le droit de dire à sa femme: Madame, vous ne sortirez pas! Madame, vous n'irez pas à la Comédie! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne! c'est-à-dire: Madame, vous m'appertenez corps et âme!*“ Przekonaniu temu pozostał Napoleon wierny, bo jeszcze na wyspie św. Heleny mówił; „*La femme est la propriété de l'homme, parce qu'elle fait des enfants. Il en est comme de l'arbre fruitier qui produisant des fruits, est la propriété du jardinier*“. Wiemy, że Napoleon powiedział także, iż małżeństwo jest „związkiem dusz“; wiemy, że jego pogląd nie został w swej skrajności przyjętym przez kodeks; możemy dać się przekonać, że życie jest dalekiem od litery prawa, ale nie możemy zaprzeczyć, że w prawie francuskim, a za niem w prawie polskim, istnieje instytucja „*Autorité maritale*“, która musi być w życiu urzeczywistniana, a która wyciska zasadnicze piętno na prawie narodów łacińskich i na prawie Królestwa Polskiego, które za niem poszło. Wedle kodeksu cywilnego czynności prawne żony (z pewnemi wyjątkami) wymagają autoryzacji ze strony męża, a ta właśnie autoryzacja różni zasadniczo prawo francuskie i prawo Królestwa Polskiego od prawa austriackiego i od prawa niemieckiego, gdybyśmy nawet przepis o „posłuszeństwie“ chcieli uważać za frazes.

Dzisiaj, gdy kobiety uzyskały prawa polityczne, przepisy o stosunkach wzajemnych między małżonkami, będą przede wszystkim wołać o rewizję. Nie jest zadaniem tej książki stawianie wniosków *de lege ferenda*, ale pomóż do ich postawienia przez sumienne wydobyte kwestji, które się z obecnego

stanu prawnego wyłaniają. Zacytujemy więc przedewszystkiem dotyczące przepisy trzech kodeksów, na ich podstawie przedstawimy systematycznie problematy, które one rozstrzygają, a potem jeszcze raz wrócimy do ogólnej charakterystyki, która dopiero wówczas będzie się mogła stać pełną.

II. Obowiązujące przepisy.

A) Prawo małżeńskie Królestwa Polskiego.

O prawach i obowiązkach wynikających z małżeństwa mówi rozdział VII. pr. m. Kr. p. Odnosne artykuły opiewają:

Art. 208. Mąż obowiązany jest kochać i szanować swą żonę, winien jej wierność i obronę.

Art. 209. Żona powinna być posłuszną mężowi, jako głowie familji, winna mu miłość, uszanowanie i wierność.

Art. 210. Żona obowiązana jest mieszkać z mężem i iść za nim wszędzie, gdzie mu się zostawać podoba. Mąż zaś jest obowiązany przyjąć żonę i opatrywać ją we wszelkie potrzeby życia, według swej możności.

Art. 211. Nie wolno jest małżonkom samowolnie rozrywać małżeńskiego związku; wszelkie przeto umowy mające na celu rozwiązanie małżeństwa, są nieważne.

Art. 212. Żona nosi nazwisko męża, przybiera jego tytuły familijne i nie utracą ich, choćby mężowi wyrokiem były odjęte.

Art. 213. Małżeństwo ze szlachcicem nadaje szlachectwo niewieście stanu nie szlacheckiego.

Art. 214. Żona potrzebuje upoważnienia od męża do różnych czynności życia cywilnego i umów, jak to jest urządzone prawami obowiązującemi.

Do praw i obowiązków między małżonkami ze względu na ich osoby odnoszą się jeszcze art. 182 do 190 k. c. p. Opiewają one:

Art. 182. Żona nie może stawać w sądzie bez upoważnienia męża, chociażby się trudniła kupiectwem publicznie, i chociażby sprawa tyczyła się majątku pod jej własną administracją zostającego. (Przepis ten uległ pewnej zmianie przez prawo z 12/25 marca 1914, które opiewa: 1. Mężatki, chociażby małoletnie, mieszkające oddzielnie od mężów, przy wynajmowaniu się do robót, jak również przy wstępowaniu do służby prywatnej, społecznej i rządowej, oraz i zakładów naukowych, nie są obowiązane wyjednywać na to zezwolenia mężów. 2. W Królestwie Polskiem w sprawach wynikłych ze stosunków umownych, w artykule poprzedzającym wskazanych, mężatki mogą stawać w sądzie bez zezwolenia mężów. 3. W Królestwie Polskiem wszystko, co nabyte zostało pracą i staraniem żony oddzielnie od męża mieszkającej, stanowi jej własność wyłączną, na którą nie rozciąga się moc art. 192 i 193 k. c. p.).

Art 183. Upoważnienie od męża nie jest potrzebne, gdy żona pociągana jest do sądu w materji karnej.

Art. 184. Żona bez asystencji męża, lub zezwolenia jego

na piśmie nie może: 1-mo czynić darowizn lub nabywać tytułem darmym; 2-do alienować lub zaciągać zobowiązań co do majątku, który, podług praw lub umów między małżonkami zawartych pod administracją męża zostaje; 3-tio alienować lub obciążać hypoteką nieruchomości swoich, nawet pod jej własną administracją zostających. (Wedle art. 90 ustawy o przemyśle przy najmowaniu mężatek i osób niepełnoletnich, posiadających osobny dowód pobytowy, specjalne pozwolenie rodziców, opiekunów lub mężów nie jest wymagane).

Art. 185. Jeżeli mąż odmawia żonie upoważnienia do stawiania w sądzie lub zawarcia jakowego aktu, żona może zapoznać męża przed sąd, w którego okręgu jest wspólne małżonków zamieszkanie, Sąd, wysłuchawszy męża, lub zaocznie, jeżeli ten przyzwoicie zapozwany, nie stawia, może udzielić lub odmówić upoważnienia.

Art. 186. Żona, trudniąca się publicznie kupiectwem, może bez upoważnienia męża, zaciągnąć zobowiązania dotyczące się jej handlu. Żona wtenczas tylko za trudniącą się publicznie handlem jest uważana, gdy prowadzi handel oddzielny od męzowskiego, nie zaś, gdy tylko towary z handlu męża częściowo sprzedaje.

Art. 187. Wszelkie ogólne upoważnienie żony przez męża, chociażby nawet przez umowę małżeństwa zawarowane zostało, nie jest ważnem, chyba tylko co do zarządzenia jej majątkiem.

Art. 188. Żona tylko, mąż albo następcy po nich mogą zarzucać nieważność z powodu braku prawnego upoważnienia, a to wtenczas tylko, gdy mąż, mając wiadomość o działaniu żony, ani wyraźnie, ani milczeniem takowego działania nie zatwierdził.

Art. 189. Żona może czynić testament bez upoważnienia męża.

Art. 190. Przepisom w oddziale niniejszym zawartym nie można ubliżać przez umowy,

B.) Prawo austriackie.

Prawa i obowiązki małżonków regulują paragrafy 89 do 93 k. c. a. Opiewają one:

§ 89. Prawa i obowiązki małżonków wynikają z celu połączenia, z ustawy i z zawartych umów. Tutaj są określone tylko prawa osobowe małżonków; natomiast prawa majątkowe wynikające z umów małżeńskich są określone w drugiej części

§ 90. Przedewszystkiem mają obie strony równy obowiązek do powinności małżeńskiej, wierności i przyzwoitego zachowania.

§ 91. Mąż jest głową familji. W tym przymiocie służy mu szczególnie prawo kierowania gospodarstwem; ciąży jednak na nim także obowiązek dostarczania żonie wedle swej możliwości przyzwoitego utrzymania i zastępowania jej we wszystkich przypadkach.

§ 92. Małżonka otrzymuje nazwisko męża i używa praw

jego stanu. Jest obowiązana towarzyszyć mężowi do jego siedziby, w gospodarstwie domowym i w zarobkowaniu wedle sił pomagać tudzież, o ile tego porządek domowy wymaga, wydane przez niego zarządzenia sama wykonywać i o wykonanie się starać.

§ 93. Małżonkom nie jest dozwolone zrywać samowolnie małżeński związek, choćby co do tego byli z sobą zgodni; mogą więc twierdzić nieważność małżeństwa lub chcieć przeprowadzić rozwód małżeństwa lub tylko separację od stołu i łoża.

C) Prawo niemieckie.

Materję, którą się obecnie zajmujemy, to jest wzajemne osobowe stosunki małżonków, normują § 1353 do 1362 k. c. n. stanowiące piąty tytuł pierwszego rozdziału czwartej księgi. Opiewają one:

§ 1353. Małżonkowie są wzajemnie zobowiązani do małżeńskiej wspólności życia. Jeżeli żądanie jednego małżonka, aby wspólność była przywróconą, okazuje się jako nadużycie jego prawa, to drugi małżonek nie jest obowiązany uczynić zadość temu żądaniu. To samo ma zastosowanie, jeżeli drugi małżonek jest uprawniony skarżyć o rozwód.

§ 1454. Mężowi przysługuje rozstrzygnięcie we wszystkich sprawach tyczących się wspólnego małżeńskiego życia; w szczególności on oznacza miejsce zamieszkania i mieszkanie. Żona nie jest zobowiązana uczynić zadość rozstrzygnięciu męża, jeżeli to rozstrzygnięcie przedstawia się jako nadużycie jego prawa.

§ 1355. Żona otrzymuje nazwisko rodzinne męża.

§ 1356. Żona jest, bez naruszenia przepisów § 1354, uprawnioną i zobowiązaną do prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego. Do prac w gospodarstwie domowym i gospodarstwie męża jest żona zobowiązana, o ile taka działalność wedle stosunków, według których małżonkowie żyją, jest w zwyczaju.

§ 1357. Żona jest uprawnioną w granicach swego domowego zakresu działania, interesy męża za niego załatwiać i go zastępować. Czynności prawne, które w granicach tego zakresu działania podejmuje, uważa się za podjęte w imieniu męża, jeżeli z okoliczności nie wynika co innego. Mąż może prawo żony ograniczyć lub wykluczyć. Jeżeli ograniczenie lub wykluczenie przedstawia się jako nadużycie prawa męża, to może być zniesionem na wniosek żony przez sąd opiekuńczy. To ograniczenie lub wykluczenie jest wobec trzecich tylko wedle paragrafu 1435 skuteczne.

§ 1358. Jeżeli żona zobowiązała się wobec trzeciego do świadczenia, które ma być przez nią osobiście wykonane, to mąż może stosunek prawny wypowiedzieć, bez dotrzymania terminu wypowiedzenia, jeżeli został do tego upoważniony na swój wniosek przez sąd opiekuńczy. Sąd opiekuńczy ma udzielić upoważnienia, jeżeli się okaże, że działalność żony przynosi szkodę małżeńskim interesom.

Prawo wypowiedzenia jest wykluczone, jeżeli mąż zgodził się na zobowiązanie lub też jeżeli jego zgodzenie się zostało na wniosek żony zastąpione przez sąd opiekuńczy. Sąd opiekuńczy może w jego zastępstwie dać przyzwolenie, jeżeli mężowi przeszkodziła w złożeniu oświadczenia choroba lub nieobecność, a ze zwłoką połączone było niebezpieczeństwo, lub jeżeli odmowa przyzwolenia przedstawia się, jako nadużycie jego prawa. Dopóki wspólność domowa jest zniesiona, mężowi nie służy prawo wypowiedzenia. Przyzwolenie, jak też i wypowiedzenie, nie może nastąpić przez zastępcę męża. Jeżeli mąż jest ograniczony w zdolności do działania, to nie potrzebuje pozwolenia swojego ustawowego zastępcy.

§ 1359. Przy wypełnianiu zobowiązań wynikających ze stosunku małżeńskiego odpowiadają małżonkowie wobec siebie wzajemnie tylko za taką staranność, której zwykli dokładają w swoich własnych sprawach.

§ 1360. Mąż winien dać żonie utrzymanie wedle swojego stanowiska życiowego, swojego majątku i swojej zdolności zarobkowania. Żona winna jest mężowi, jeżeli on nie jest w stanie sam się utrzymać, dostarczyć odpowiadającego jego stanowiżki życiowemu utrzymania wedle swojego majątku i swojej zdolności zarobkowania. Utrzymanie należy dostarczyć w sposób wskazany przez małżeńską wspólność życia. Przepisy zawarte w §§ 1605, 1613 do 1615, odnoszące się do obowiązku utrzymania krewnych, mają tutaj odpowiednio zastosowanie.

§ 1361. Jeżeli małżonkowie żyją osobno (getrennt), to dopóty, dopóki jednemu z nich wolno odmówić przywrócenia małżeńskiego życia i dopóki go odmawia, należy dostarczać utrzymania przez wypłacanie renty pieniężnej. Do renty stosują się przepisy § 760. Mąż winien także wydać żonie potrzebne do prowadzenia osobnego gospodarstwa rzeczy, chyba, że te rzeczy są dla niego niezbędne lub chyba, że takie rzeczy znajdują się w majątku, którym rozporządza żona. Obowiązek utrzymania, ciążący na mężu, ustaje lub ogranicza się do płacenia dodatku, jeżeli ustanie lub ograniczenie odpowiada słuszności ze względu na potrzeby tudzież na majątkowe i zarobkowe stosunki małżonków.

§ 1362. Na korzyść wierzycieli męża istnieje domniemanie, że ruchomości znajdujące się w posiadaniu jednego lub obydwu małżonków należą do męża. Odnosi się to w szczególności do papierów na okaziciela i do papierów na zlecenie zapatrzonych w indos in blanco. Co do rzeczy przeznaczonych do osobistego użytku żony, w szczególności co do sukien, strojów (Schmucksachen) i narzędzi pracy, ma w stosunku małżonków do siebie wzajemnie i do wierzycieli zastosowanie domniemanie, że te rzeczy należą do żony.

III. Wzajemne prawa i obowiązki małżonków.

A) Stanowisko socjalne żony.

1. **Stanowisko żony.** „Żona nosi nazwisko męża“, mówi art. 212. pr. m. Kr. p.; „żona otrzymuje nazwisko męża“, mówi § 92 k. c. a.; „żona otrzymuje nazwisko rodzinnego męża“, mówi § 1355 k. c. n. Żona nie traci jednak swego panieńskiego nazwiska i może go używać z dodatkiem „urodzona“. Nazwiska męża nie traci w razie śmierci męża, ale je traci w razie unieważnienia i rozwodu. Tylko pr. n. postanawia, że w razie rozwodu żona „może“ przybrać poprzednie nazwisko, a „musi“ to uczynić, jeżeli ponosi winę rozwodu lub jeżeli niewinny małżonek tego żąda. Pr. franc. nie zawiera żadnego postanowienia o nazwisku żony z wyjątkiem ustawy z r. 1893, wedle której po rozwodzie każdy z małżonków „reprend l'usage de son nom“. Użycie wyrazu „reprend“, zamiast „conserve“, wskazuje, że żona używa nazwiska męża w czasie trwania małżeństwa, ale to nie polega na ustawie, lecz na zwyczaju.

Wedle wszystkich trzech kodeksów (oczywiście nie w pr. franc.) żona jest także obowiązana do noszenia nazwiska męża i może być do tego skargą zmuszona. Wynika to z obowiązku wspólnego pożycia. Obowiązek ten nie wyklucza możliwości używania w świecie naukowym i artystycznym nazwiska panieńskiego, pod którym żona zyskała w nim stanowisko.

2. **Szlachectwo.** Tytuł. Wedle § 92 k. c. a. i art. 213 pr. m. Kr. p. żona nabywa szlachectwo męża. W pr. niem. kodeks o ten nie wspomina, kwestja należy bowiem do pr. publicznego, jednak już z § 1353 k. c. n. wynika, że żonie służy socjalne stanowisko męża. Używanie przez żonę innych, jak szlacheckie, tytułów męża nie jest w pr. pryw. ustalonym.

3. **Przynależność państwowa.** We wszystkich ustawodawstwach żona nabywa przynależność męża. Sprawa należy do pr. publicznego, które też rozstrzyga, jak wpływa zmiana obywatelstwa męża, już w ciągu małż., na obywatelstwo żony.

B) Życie wspólne.

1. **Supremacja męża czy równouprawnienie małżonków?** System opieki męża nad żoną nie jest znanym żadnemu z omawianych praw. Pr. fr. jednak, a za nim pr. Kr. p. (art. 209 pr. m. Kr. p.) nakłada na żonę obowiązek posłuszeństwa wobec męża, a nadto w art. 214 (również za pr. fr.) wymaga pr. m. Kr. p. do różnych czynności życia cywilnego i umów, zawieranych przez żonę, upoważnienia ze strony męża. Kwestja tej autoryzacji będzie dalej szczegółowo omówioną. Pr. austr. nie mówi o posłuszeństwie żony, a uznaje w mężu tylko „głowę familji“ (§ 91) i jako takiemu, przyznaje mu prawo „kierowania“ gospodarstwem domowym. Pr. niem. nie mówi również o posłuszeństwie żony wobec męża, przyznaje tylko mężowi w § 1354

k. c. n. prawo decyzji we wszystkich sprawach dotyczących się wspólnego małżeńskiego życia (jednak nie moralnych, ale w sprawach codziennego gospodarskiego pożycia), w tych zaś granicach daje żonie (§ 1356 k. c. n.) kierownictwo, jako prawo i obowiązek, gospodarstwem domowem. W sformułowaniu tych zasad odbijają się z pewnością sprzeczne poglądy ustawodawstw łańskich i germańskich (nowożytnych) na stosunek żony do męża, ale mają one mniejsze znaczenie w życiu, gdzie decyduje zwyczaj, duch i przekonanie panujące w społeczeństwie. Zresztą możnaby krytykować i samo sformułowanie owych zasad. Dla tego m. zd. zasadnicza różnica między normami łańskimi (i Kr. p.) a normami k. a. i n. tkwi nie w powyższych określeniach, ale w kwestji autoryzacji czynności prawnych żony, jakkolwiek bowiem przyjęlibyśmy tutaj konstrukcję prawniczą, faktem pozostanie, że tam, gdzie autoryzacja męża jest wymagana, żona jest uważaną za niezdolną (incapable) nie z przyczyny swej płci, ale z tej przyczyny, że jest zamężną.

Zyskamy obraz kwestii, o które tu chodzi, z następujących przykładów. Literatura i praktyka sądowa zgadzają się, że na podstawie § 1354 k. c. n. przyznającego, jak już wiemy, mężowi decyzję w wszystkich kwestjach, które dotyczą wspólnego małżeńskiego pożycia, mąż n. p. rozstrzyga, w którym pokoju ma się mieszkać, o której godzinie ma być wspólny obiad, ale że mężowi nie służy prawo przepisywanie żonie lektury, toalety, nie służy mu prawo zakazu obcowania z krewnymi etc. Pr. decyzji z § 1354 k. c. n. nie odnosi się więc do czysto osobistych spraw żony, ale do spraw wspólnego pożycia małżeńskiego i to do spraw codziennych. Poza temi sprawami służy małżonkom równouprawnienie, jednak objawy tego równouprawnienia nie dadzą się ani pozytywnie ani negatywnie ująć prawniczo i skodyfikować, bo istota małż. musi się wspierać na podstawach etycznych. Wskutek tego § 1353 k. c. n., który jest używany do unormowania tych spraw, znajdujących się poza granicami owej „codzienności“, nie jest także w stanie zadowolnić. Pr. niem. daje małżonkom skargę „o przywrócenie małżeńskiego życia“ w przypadkach § 1353, a mężowi w przypadkach § 1354 k. c. n., drugiej stronie zaś w obu przypadkach excecpcję, że żądanie powoda jest „nadużyciem jego prawa“. Skarga ta jest obszerną, obejmuje wszystkie przypadki naruszenia obowiązków małżeńskich. Można nią skarżyć małżonka o powrót w razie opuszczenia (§ 1567 wymienia specjalnie skargę o „przywrócenie domowej wspólności“); o wypełnianie powinności małżeńskiej; o wydalenie konkubiny z wspólnego mieszkania; o to, aby żona nosiła nazwisko męża (skarga o alimanta urządzona jest specjalnie, p. poniżej). Ale wyrok zapadający na podstawie takiej skargi nie może być sądownie przymusowo wykonany (§ 888 ust. 1 pr. c. n.), a także — literatura jest prawie zgodna w tem — i policyjnie. Znaczenie wyroku polega więc na tem, że ewentualnie może

służyć w procesie rozwodowym. Ta niewykonalność wyroku to jedna strona obrazu. Druga przedstawi się przy ocenie excepcji, które małżonkowi służą. Małżonek może wedle (1353, 1354 k. c. n.) odmówić wspólności życia małżeńskiego, jeżeli żądanie przedstawia się jako „nadużycie“ prawa drugiego małżonka. Nadużyciem są pokrzywdzenia wszelkiego rodzaju, których małżonek może się w uzasadniony sposób obawiać, nadmierne lub niewłaściwe wymagania co do wypełniania powinności małżeńskiej, choroby, ale także żądanie wspólności przed ślubem kościelnym, jeżeli był umówiony przed zawarciem małż., a wspólność się nie zaczęła itd. Decyduje tutaj sędzia wedle swego uznania, a pole ma bardzo szerokie. Druga excepcja, służąca małżonkowi, określona jest w ostatniem zdaniu § 1353 k. c. n.: „To samo ma zastosowanie, jeżeli drugi małżonek jest uprawniony do wniesienia skargi o rozwód“. Jest to oznaczenie przyczyn, które wykluczają wspólność, a które nie potrzebują mieć „charakteru“ nadużycia.

Jakże rzecz przedstawia się w pr. franc., a za niem i w pr. Kr. p.? Zdawałoby się, że wszystkich tych wątpliwości niema wobec tego, że żona ma obowiązek „posłuszeństwa“. Z pewnością w życiu tak nie jest. Z pewnością skrajnym jest wyrok sądu w Bordeaux, z którego wynika, że do granic przyczyn rozwodu żona podlega autorité maritale („żona musi mieszkać z mężem, chociaż jest chora i chociaż zachowanie męża naraża ją na śmierć, bo nie skarży ani o rozwód, ani o seperację“), ale skrajnym jest także sąd, sporadycznie pojawiający się w literaturze niemieckiej, że żona nie podlega mężowi aż do granic przyczyn rozwodu. Równouprawnienie kobiety z mężczyzną w małżeństwie zdobywa coraz większy teren w świecie cywilizowanym, to nie ulega wątpliwości. Nie jest jednak m. zd. także wątpliwem, że małżeństwo, aby pozostać małżeństwem, musi nakładać obowiązki na małżonków i musi się znaleźć kompromis w razie konfliktu między stronami, ale też nie jest dla mnie wątpliwem, że unormowanie tego kompromisu przez prawo nie ma widoków powodzenia. Prawo może chwytać tylko te objawy, których unormowanie wydaje skutki w domenie prawa. Widzieliśmy np., że skarga kodeksu niemieckiego „o przywrócenie małżeńskiej wspólności życia“ nie realizuje się, bo wyrok nie może być sądownie egzekwowany, a to, że może służyć do rozwodu, jest tylko ewentualnością, a nie koniecznością. Dlatego m. zd. różnicy między pr. franc. (i polskiem) a pr. niem. i austr. szukać można tylko w autoryzacji czynności prawnych żony przez męża, bo tutaj brak takiej autoryzacji wywołuje niezaprzeczenie skutki w dziedzinie prawa. W ten też punkt uderzyć musi przede wszystkim każda reforma ustawy o stosunkach prawnych między mężem a żoną.

W powyższym wywodzie przeciwstawialiśmy prawu francuskiemu nie tylko prawo niemieckie, ale i austrjackie. To ostatnie bowiem, mimo wyrażenia „die Gewalt des Mannes“ w § 175

k. c. a., stoi na równi z k. c. n. w kwestji, którą teraz rozbie-
ramy. Mąż rozstrzyga sprawy wspólne, nie osobiste żony. W razie
różnic między małżonkami wkracza sędzia, ale — przeważająca
opinja w literaturze i praktyce — w drodze postępowania nie-
spornego. Grunt jednak w tem, że nikt nie radzi siłą wykonywać
zarządzeń sędziego, bo to nie prowadzi do celu. A więc w rezul-
tacie jest tak, jak w pr. niem.

Nie wspominamy, że mężowi nie służy prawo karania cie-
lesnego żony (orzec. XV., 6143 zb. G. U. W.), ale warto podnieść,
jako moment charakteryzujący pr. fr., dyskusję, czy mąż ma pra-
wo kontrolować i przyjmować korespondencję żony? Przeważnie
praktyka przyznaje to prawo mężowi, a w procesach o rozwód
i separację daje mężowi prawo produkowania listów żony, ale
odmawia go żonie. W literaturze niemieckiej przeważa zdanie,
że mąż ma prawo wglądu w korespondencję żony, o ile ona
dotyczy w s p ó l n e g o życia, a nie ma go, o ile dotyczy o s o -
b i s t y c h spraw żony. Jest to konsenkwentne, ale nasuwa się
pytanie, jak to ma być wykonane.

2. W s p ó l n e mieszkanie. A l i m e n t a. Wedle wszyst-
kich praw mąż obiera siedzibę, a żona obowiązana jest towa-
rzyszyć mu i wspólnie z nim mieszkać (§ 92 k. c. a. art. 210
pr. m. Kr. p. § 1354 k. c. n.). Temu obowiązкови żony towa-
rzyszenia mężowi odpowiada obowiązek tego ostatniego przy-
jęcia jej do swego mieszkania. Małżonkom nie wolno jest sa-
mowolnie zrywać wspólności małżeńskiej (§ 93 k. c. a. § 1353
k. c. n. art. 211 pr. m. Kr. p.). Wspólnym jest także wszystkim
kodeksom obowiązek męża do utrzymania żony według swej
możności (art. 210 pr. m. Kr. p., § 91 k. c. a. § 1360 k. c. n.).
Te wspólne zasady zostały jednak rozmaicie wykształcone i nie-
jednakowo wyczerpująco skodyfikowane.

W sprawie wspólnego mieszkania należy się najpierw pro-
zumieć co do terminologii. Pr. niem. (§ 1354 k. c. n.) mówi, że
„mąż oznacza miejsce zamieszkania (Wohnung)“; pr. austr. (§ 92
k. c. a.) mówi, że „żona ma towarzyszyć mężowi do jego sie-
dziby (Wohnsitz)“; pr. m. Kr. p. (art. 210) postanawia, że „żona
obowiązana jest mieszkać z mężem i iść za nim wszędzie, gdzie
mu się zostawać podoba“, a tak samo określa ten obowiązek
K. N. w art. 214 z tem, że wyraz „pozostawać“ jest tłumacze-
niem wyrazu „résider“. Nie jest to obojętne, bo właśnie ten wyraz
pozwala rozstrzygnąć, że żona nie jest obowiązana iść za mężem,
gdy on nie ma stałej rezydencji, t. j. nie jest obowiązana z nim
ciągle p o d r ó ż o w a ć; mąż winien jej dostarczyć s a m o d z i e l -
n e g o mieszkania. Uznają to inne prawa (p. np. orzec. X.
3942 zb. G. U. W., praktyka niemiecka mówi nawet o „o d p o -
w i e d n i e m (geeignete)“ mieszkaniu). Wracając jednak do termi-
nologji, należy podnieść, że różnice wyrażen nie sprowadzają
różnicy w rzeczy. Tak w sprawie domicilium, jak i w sprawie
rzeczywistego, faktycznego miejsca pobytu, a w niem znowu

w sprawie mieszkania, żona idzie za mężem. Co do tego punktu przeto nie ma znaczenia to, że k. c. a. mówi o „Wohnsitz“, a k. c. n. o „Wohnort“, jakkolwiek w ogóle przez pierwszy wyraz rozumie się miejsce pobytu z zamiarem stałego zatrzymania się, a przez drugi tylko miejsce rzeczywistego pobytu.

Wszystkie prawa są w zasadzie zgodne, że żona powinna mężowi towarzyszyć także wówczas, gdy się przenosi zagranicą. Praktyka pr. niem. pragnie rozstrzygać każdy taki przypadek wedle zachodzących okoliczności, ale i w innych prawach żona będzie zwolniona od obowiązku, gdy zagranicą „wspólne“ mieszkanie jest wykluczone.

W ustępie o rozwodzie i separacji mówiliśmy, że pr. niem. nie zna w ogóle separacji, a pr. austr. nie dopuszcza separacji pozasadowej, którą uznaje pr. kan. Mówiąc o separacji takiej czy innej, mamy na myśli instytucję (względnie) stałą, a nie prosty, faktyczny stan, który wobec obowiązku małżonków do wspólnego mieszkania musi być uznanym za patologiczny. Jednakże zależy od przyczyn tego stanu patologicznego (t. j. od przyczyn, dla których jeden małżonek opuścił drugiego), jakie skutki ten stan patologiczny wywołuje w dziedzinie prawa. Praktyka sądów austr. np. przyjmuje, że bez sądowej separacji można z wa ż n y c h m o r a l n y c h p o w o d ó w odmówić powrotu do wspólności pożycia (p. np. orzec. 14432, 9427, 4650 zb. G. U. W.), a w pr. niem. § 1361 k. c. n. mówi wyraźnie o przypadkach, gdy małżonek ma prawo odmówić powrotu. Wolno mu odmówić, gdy żądanie powrotu jest „nadużyciem“ (§ 1353 ust. 2), gdy małżonek może skarżyć o rozwód (ibidem), wreszcie w razie tymczasowego zarządzenia w procesie o rozwód lub unieważnienie względnie wzruszenie. Tak samo postanawia art. 219 pr. m. Kr. p. : „Wolno jest żonie w czasie sprawy o nieważność, rozwiązanie małż. albo rozłączenie co do stołu i łoża, opuścić wspólne mieszkanie. Sąd cywilny właściwy, na żądanie stron, oznaczy mieszkanie, w którym żona obowiązana będzie ciągle przebywać, i oznaczy ilość alimentów, które mąż obowiązany będzie dostarczać jej w ciągu procesu“. Wszystkie przeto kodeksy liczą się z przypadkami takiego patologicznego stanu, gdy małżonkowie żyją oddzielnie, chociaż separacja nie została sądownie orzeczoną, i z tym stanem łączą pewne skutki prawne. Skutki te objawiają się przedewszystkiem w dziedzinie sprawy „ponoszenia ciężarów małżeńskich“ i w dziedzinie sprawy „utrzymania“. Musimy więc najpierw te sprawy omówić, aby oznaczyć wpływ, jaki na nich wywiera oddzielne pożycie małżonków.

Mąż ma obowiązek „ponoszenia ciężarów małżeńskich“ (§ 1389 k. c. n., art. 192 k. c. Kr. p., § 1218 k. c. a.) i ma obowiązek dostarczania żonie wedle § 91 k. c. a. „przyzwoitego utrzymania“, wedle § 1360 k. c. n. „utrzymania stosownie do swojej pozycji (Lebensstellung), swego majątku i swojej zdolności zarabkowania“ wreszcie wedle art. 210 pr. m. Kr. p. „mąż jest

obowiązany opatrywać żonę we wszelkie potrzeby życia, według swej możności“. Obowiązki te należy odróżnić od siebie. „Ciężary małżeńskie (onera matrimonii, ehelicher Aufwand)“ obejmują „utrzymanie“ żony, ale to ostatnie jest tylko ich częścią, ciężary małżeńskie obejmują bowiem wydatki na wspólne mieszkanie, pożywienie etc., kosztą wychowania i nauki wspólnych dzieci, kosztą leczenia itd. „Utrzymanie“ zaś żony oznacza zaspokojenie wszystkich jej (t. j. żony) potrzeb życiowych (w tem oczywiście i kosztów leczenia). Dwa te obowiązki męża są odrębnie unormowane. Wspólną wszystkim kodeksom jest różnica, którą, dla skrócenia, nazwałbym obowiązkiem wzajemności żony. Idzie tu o kwestję, czy i kiedy żona jest obowiązana dostarczać mężowi utrzymania tudzież czy i kiedy żona obowiązana jest ponieść względnie przyczynić się do ponoszenia ciężarów małżeńskich? Pierwsza kwestja rozstrzygnięta jest zgodnie przez kodeksy. § 1360 k. c. n. nakłada na żonę obowiązek dostarczania mężowi utrzymania, gdy mąż nie jest w stanie sam się utrzymać. Wysokość utrzymania ma odpowiadać pozycji (Lebensstellung) męża, ale obraca się w granicach majątku żony i w granicach zdolności zarobkowania żony. W pr. austr. obowiązek żony utrzymywania męża, który popadł w nędzę, wypływa z § 44 k. c. a., który nakłada na małżonków obowiązek wzajemnej pomocy. Obowiązek ten jednak żony nie daje prawa wierzycielom męża żądać zwrotu udzielonych mężowi świadczeń, bo (mówimy o pr. austr.) nie jest samodzielnem zobowiązaniem żony; tak pojmuję np. orz. 9607 zb. G. U. W. co do zwrotu kosztów leczenia męża zakładowi). Z istoty małż. wypływa także ten obowiązek dla pr. c. Kr. p., które też w specjalnym przypadku normuje to wyraźnie. art. 265 k. c. Kr. p. bowiem postanawia: „Jeżeli w razie uznania małż. za nieważne małżonek dobrej wiary niema sposobu utrzymania się, może sąd naznaczyć mu od drugiego małżonka, czy tenże w dobrej lub złej był wierze, alimentu, mając wzgląd na istotną potrzebę pierwszego oraz na możność drugiego, i zachowując przepis art. 243“. (Jednak inaczej orzec. cyw. kasacyjnego Dep. Sen. 22/1797, wedle którego obowiązek żony do utrzymania męża wogóle nie wchodzi w zakres skutków cywilnych małżeństwa). Tak się przedstawia obowiązek żony do utrzymania męża. Gdy mąż zawsze bez względu na majątek żony, jest obowiązany ją utrzymać, żona ma względem męża ten obowiązek tylko wówczas, gdy popadł w nędzę, gdy nie jest w stanie sam się utrzymać. Jakże się rzecz ma z ponoszeniem „ciężarów małżeńskich“ przez żonę? Aby odpowiedzieć na to pytanie, musimy uprzedzić wykład o majątkowym prawie małżeńskim i pewne wiadomości przyjąć za znane.

α) Pr. austr. przyjmuje system odrębności majątkowej małżeńskiej, a sprawy ulżenia ciężarów małżeńskich załatwia przez specjalną umowę o posag. Posag ma na celu ulżenie ciężarów małżeńskich, ale polega na umowie, nie należy przeto do sfery pro-

blematu, któryśmy sobie wyżej postawili, a który polega na kwestji, czy i o ile żona obowiązana jest z ustawy przyczyniać się do ponoszenia ciężarów małżeńskich. Tak samo i ustawowy obowiązek rodziców etc. udotowania dzieci nie należy do dziedziny naszego problemu, bo otrzymanem udotowaniem mogą swobodnie rozporządzać, jakkolwiek myśl i cel takiego udotowania polega z pewnością na ulżeniu ciężarów małżeńskich. Ten sam cel ma z pewnością zarząd męża majątkiem żony, opierający się na ustawie, ale i on nie wchodzi w dziedzinę naszego problemu, bo każdej chwili przez żonę może być odwołanym.

β) Inaczej przedstawia się rzecz w prawie niemieckiem i w prawie polskiem. Prawo niemieckie odróżnia, a mamy na myśli tylko ustawowe prawo majątkowe, następujące instytucje: Dobra zastrzeżone, dobra wniesione i rozdział majątków małżonków. W instytucji dóbr wniesionych, na których mężowi z ustawy służy użytkowanie, występuje już na jaw kwestja, którą się obecnie zajmujemy. § 1389 mówi wyraźnie, że żona może żądać, aby mąż czysty dochód z dóbr wniesionych, o ile on jest potrzebny do pokrycia własnego utrzymania i do pokrycia utrzymania, które ma być dostarczone żonie i wspólnym potomkom, użył na ten cel bez względu na inne swoje zobowiązania. W razie zagrożenia tego prawa przez zachowanie męża, ma żona prawo żądać zabezpieczenia (§ 1391 k. c. n.), a w razie jeżeli mąż naruszył obowiązek dostarczania żonie i wspólnym potomkom utrzymania może żona żądać zniesienia zarządu i użytkowania męża. Jeszcze wyraźniej występuje obowiązek ustawowy żony przyczyniania się do ponoszenia ciężarów małżeńskich odnośnie do dóbr zastrzeżonych, to jest do tych, na które nie rozciąga się ustawowy zarząd i użytkowanie męża (§§ 1365 do 1370). Z dóbr tych żona winna wedle § 1371 przyczyniać się do ponoszenia ciężarów małżeńskich o tyle, o ile mąż nie otrzymuje odpowiedniego dodatku z owoców dóbr wniesionych. Obowiązek przyczyniania się żony do ponoszenia ciężarów małżeńskich zwiększa się oczywiście w razie rozdziału majątków małżeńskich (§1426 k. c. n.). Wówczas wedle § 1428 żona ma przyczyniać się w sposób odpowiedni, gdy bowiem nie istnieją już dobra wniesione, nie może być mowy o ograniczeniu, które wprowadza § 1371, a dalej przyczyniać się ma żona do ponoszenia ciężarów małżeńskich nie tylko dochodami swojego majątku, ale także dochodami ze swojej pracy lub z interesu zarobkowego, który samodzielnie prowadzi. §§ 1428 i 1429 zawierają jeszcze pewne gwarancje w tej kwestji. Wreszcie obowiązek żony przyczyniania się do ciężarów małżeńskich występuje w razie ogólnej wspólności majątkowej: umową mogą małżonkowie (nietylko żona) wyjąć pewne rzeczy z masy wspólnej i te rzeczy w połączeniu z tem, co małżonek nabędzie wedle §§ 1369 i 1370, nazywają się również dobrami zastrzeżonemi, ale takie dobra zastrze-

żone może mieć tak mąż i żona. O ile żona ma takie dobra zastrzeżone, to jest dobra wyjęte z masy wspólnej, to do tych dóbr zastrzeżonych żony mają wedle § 1441 odpowiednio zastosowanie przepisy o rozdziale majątku, a żona ma się przyczyniać do ponoszenia ciężarów majątkowych, ale tylko o tyle, o ile dochody wpływające do masy wspólnej nie wystarczają do pokrycia ciężarów małżeńskich.

γ) Podobnie jest wedle kodeksu cyw. Król. polsk. Mężowi również z ustawy tak, jak w prawie niemieckim, służy zarząd i użytkowanie majątku żony, a art. 192 k. c. Kr. p. wyraźnie mówi, że służy mu dlatego, ponieważ obowiązany jest ponosić ciężary małżeńskie. Gdyby wskutek złego zarządu przez męża lub wskutek zajęcia przychodów przez wierzycieli męża nie mogło być dostarczonem utrzymanie należące się żonie i dzieciom, wówczas wedle § 189 żona może żądać odjęcia mężowi zarządu i użytkowania, ale wówczas wedle art. 201 ma obowiązek przykładania się do wspólnych ciężarów małżeństwa w stosunku swojej i męża możliwości, a nawet ponoszenia ich całkowicie, gdyby mąż majątku ani sposobu zarobku nie miał. Jest to więc przypadek identyczny z przypadkiem, któryśmy w prawie niem. poznali, jako rozdział dóbr (§ 1427 k. c. n.), z tą różnicą we wyrażeniu, że prawo niemieckie mówi o „odpowiednim przyczynianiu (angemessener Beitrag)“. Tak samo ma się rzecz z majątkiem żony, który wyjęty jest z pod ustawowego zarządu i użytkowania męża, czy to dlatego, że pochodzi z oddzielnego handlu, przemysłu, kunsztu, profesji lub talentu żony (art. 204), czy też wyjęty został z pod użytkowania męża na podstawie specjalnej umowy (art. 213). W obydwóch przypadkach żona ma obowiązek przyczyniania się do ciężarów małżeńskich w tej samej wysokości, jak w razie odjęcia mężowi zarządu i użytkowania wyrokiem sądownym (art. 201). Te przypadki odpowiadają przypadkowi unormowanemu w prawie niem. w § 1371 co do dóbr zastrzeżonych.

Odgraniczyliśmy w powyższy sposób dwa obowiązki ciążące zasadniczo na mężu, a w wyjątkowych sytuacjach na żonie, jednakże, jak widzieliśmy, odbijających się na żonie, jej majątku i dochodach w sposób różny.

Po tem wyjaśnieniu wrócimy do kwestji, którą postawiliśmy wyżej, t. j. czy w patologicznym przypadku, gdy małżonkowie, bez rozwodu, bez sądowej separacji, bez zniesienia wspólności małżeńskiej (w prawie niemieckim), w ciągu trwania ważnego małżeństwa, bez konkursu (wszystkie te przypadki będą osobno omawiane) — żyją oddzielnie, czy, powtarzamy, w takim patologicznym przypadku należą się małżonkowi uprawnionemu alimentu od drugiego? Rozstrzygnięcie tego pytania rzuci nam światło na intensywność obowiązku wspólnego pożycia małżonków i z tego też punktu widzenia rozpatrujemy to pytanie. Intensywność obowiązku wspólnego pożycia zależy dlatego od kwestji

alimentów, że ustanie obowiązku dostarczania alimentów jest w rzeczywistości jedyną sankcją realizacji obowiązku wspólnego pożycia. Opuszczenie jednego małżonka przez drugiego jest zawsze powodem do separacji sądowej resp. do rozwodu, ale to jest ultimum refugium. Można wnieść skargę wzgl., jak w Austrii, dochodzić rzeczy w postępowaniu niespornem, ale to nie wiedzie, jakeśmy (pod B. 1.) to widzieli, do praktycznego rezultatu. Jurysprudencja francuska dyskutowała, gdy używanie policji okazało się niepraktycznym, nad pytaniem, czy małżonka stroniącego od wspólnego ogniska nie możnaby do niego sprowadzić karami pieniężnymi, ale dyskusja ta nie miała powodzenia. Pozostaje więc naprawdę tylko jeden środek: wstrzymanie alimentów. Stawia tę kwestję pr. niem., ale nie wprost, lecz przy odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób należy dostarczać alimentów: jeżeli żyją razem, to utrzymanie należy wedle § 1360 k. c. n. uiszczać „w sposób wskazany przez małżeńską wspólność życia“ (co nie wyklucza świadczenia w pieniądzu, § 1361 ust. 2 k. c. n. tak samo praktyka austr., p. np. orzec. VII., 2820 zb. G. U. W.), ale jeżeli żyją osobno, to (wedle § 1361 k. c. a.) zawsze w rencie pieniężnej stosownie do przepisów § 760 k. c. n. Wobec tego należało już koniecznie powiedzieć, w jakich to przypadkach, mimo oddzielnego mieszkania, alimenty będą dalej płacone. Wyżej określiliśmy te przypadki: gdy małżonek ma prawo odmówić powrotu do wspólnego pożycia i odmawia go, a to mu znowu wolno w razie nadużycia; w razie, gdy może wnieść skargę o rozwód; wreszcie w razie tymczasowego zarządzenia. To pośrednie załatwienie sprawy separacji faktycznej przez k. c. n. rzuca interesujące światło na jego stanowisko. Wszak k. c. n. nie zna wogóle separacji, a zna tylko rozwód i zniesienie wspólności małżeńskiej. Tą drogą zostało zmuszonym prawo niemieckie przez życie do przyjęcia separacji i to, jeżeli się zważy, jak elastycznym jest pojęcie „nadużycia“, szerokiej. Jaśniej postawiło tę sprawę pr. kan., przyjmując pozasądową separację, jakkolwiek ma ona znaczenie tylko w dziedzinie sumienia.

Nie mogła się zamknąć przed tą koniecznością i praktyka sądów austriackich, jak to już kilkakrotnie wspominaliśmy. Faktyczna separacja jest w praktyce tolerowaną, praktyka jednak nie jest ustaloną. Można zasadniczo widzieć uzasadnienie w odmowie żądania żony o alimenty, ale nie wtedy, gdy mąż ją opuścił (XV., 5525 zb. G. U. W.) lub gdy mąż wszystko czyni, aby żona w domu nie mogła pozostać. Nie powinno być także wątpliwem, że, gdy małżonek gotów jest wrócić do domu, służy mu roszczenie o alimenty (orzec. VI., 2539 zb. G. U. W.). Poza tem jednak orzecznictwo austr. tryb. najw. jest chwiejne i podzielone. Nie da się jednak zaprzeczyć, że życie zapełni lukę w ustawie i poczyni wyłomy w judykaturze.

Tak samo ma się rzecz w pr. Kr. p., na które wpłynie stanowisko pr. kan. w sprawie faktycznej separacji, w kierunku

uwzględniania jej także w dziedzinie prywatno-prywatnej. Unormowane są stany, wywołane zarządzeniami tymczasowemi. P. art. 219 i 220 pr. m. Kr. p. Co do innych zaś przypadków faktycznego oddzielnego pożycia, to za przyznaniem potrzebującemu małżonkowi alimentów przemawiałaby analogia z art. 265 k. c. Kr. p., przyznającym małżonkowi nawet w razie unieważnienia małż. alimentu, jeżeli był w dobrej wierze. Tembardziej należałoby tak samo postąpić, gdy małż. trwa (choć małżonkowie nie żyją razem), jeżeli potrzebujący jest w dobrej wierze.

Omawiana wyżej kwestja przedstawia następujące ewentualności:

Małżonkowie żyją faktycznie osobno, lecz obaj lub jeden z nich

- a) ma prawo odmówić wspólnego pożycia,
- b) lub żaden z nich nie ma motywu usprawiedliwiającego opuszczenia drugiego małżonka.

ad a) Małżonkowie

- α) albo zawarli ze sobą umowę w sprawie alimentów,
- β) albo nie zawarli takiej umowy.

ad b) Takie same ewentualności zachodzą i w tym przypadku:

- α) małżonkowie zawarli umowę o alimentu,
- β) nie zawarli jej.

Kodeks niemiecki rozstrzyga powyższe ewentualności w następujący sposób:

w przypadku pod a) obowiązek utrzymania trwa dalej i obciąża jak dotąd, męża względnie żonę, lecz przemienia się w rentę pieniężną;

w przypadku pod b) obowiązek utrzymania ustaje.

W obydwóch przypadkach obowiązuje umowa, jeżeli małżonkowie ją zawarli, lecz w przypadku pod b) obciążony tą umową małżonek może żądać przywrócenia wspólności małżeńskiej, a wtedy umowa traci znaczenie. W przypadku pod a) obciążony nie ma, praktycznie rzecz biorąc, interesu w obaleniu umowy, chyba że spodziewałby się po procesie lepszego dla siebie rezultatu.

W pr. austr. i Kr. pol. powyższe kwestje nie są unormowane. Pozostawione są praktyce sądowej, ta zaś jest chwiejną: n. p. orzec. XIII, 5089, V, 1840 zb. G. U. W. uznają za nieważne umowy o alimentu, zawarte w celu trwałego faktycznego rozdziału, orzec. zaś 8433, 6480 uznają za ważne przyrzeczenie renty na czas faktycznego rozdziału. Ta chwiejność powinna jednak ustąpić wobec tego, że „faktyczny“ rozdział może być wyrokiem zniesiony, a ten wyrok, choćby był co do rozdziału niewykonany, to na sprawę alimentów nie może pozostać bez skutku. Z tego punktu widzenia oceniam n. p. przypadki rozstrzygnięte w orzec. V, 1840, XIII, 5089 zb. G. U. W. (umowa o alimentu staje się nieważną, gdy żona bez koniecznej potrzeby

wzbrania się wrócić do domu) i w rezultacie uważam je za trafne. Inna rzecz, gdy małżonkowie nie przy rozstawaniu się, ale przy zawarciu ślubu umówili się naprzód, co będzie na przypadek faktycznego rozdziału. Praktyka uznaje te umowy za ważne, X, 4048 zb. G. U. W.

Z powyższych wywodów widać, jak skomplikowaną jest sprawa alimentów między małżonkami. Dalsze zróżniczkowanie wyniknie, jeżeli zechcemy porównać alimenty między małżonkami z alimentami, które należą się krewnym. Podnosimy niektóre różnice:

a) żonie należą się alimenty bez względu na jej sytuację majątkową, natomiast mężowi od żony i krewnym od tych, którzy są im obowiązani dawać alimenty, należą się wtedy, jeżeli uprawnieni znajdują się w biedzie etc. P. n. p. art. 238, 239, 240, 242 k. c. Kr. p. przyjmujące kryterjum „zostawanie w potrzebie“; wedle pr. niem. (§ 1602 k. c. n.) uprawnionym do poboru alimentów jest ten, „kto nie jest w stanie sam się utrzymać“; w pr. austr. § 141 k. c. a. nakłada na ojca obowiązek utrzymywania dzieci, dopóki same nie potrafią się wyżywić, a § 154 k. c. a. nakłada na dzieci obowiązek utrzymywania rodziców, jeżeli popadli w nędzę.

b) Obowiązek męża utrzymywania żony nie znajduje żadnych granic, o ile małżonkowie żyją wspólnie. Mąż musi się dzielić z żoną wszystkim, co ma. Wobec innych i wobec żony nie żyjącej z mężem wspólnie, *via facti* obowiązek obciążonego znajduje granicę w jego zdolności świadczenia. Obciążony nie jest obowiązany świadczyć, jeżeli świadczenie pozbawiałoby jego samego utrzymania lub odbierało mu zdolność zarobkowania. P. n. p. § 1603 k. c. n., p. niżej pod c). Owo ograniczenie obowiązku męża nie potrzebuje specjalnego poparcia pozytywnymi przepisami, bo jest podstawą całej instytucji alimentów. Inaczej jest z poglądem, że z żoną winien się mąż wszystkim, co ma, dzielić. Pozytywnego przepisu nie znajdujemy, ale wynika on z istoty małżeństwa. Powtórzyć jednak należy, że zachodzi tylko wówczas, gdy małżonkowie żyją wspólnie. Orzec. przeto XV, 5859 zb. G. U. W., pozostawiające mężowi tyle, aby siebie mógł wyżywić i zarabiać, nie powinno być brane bezkrytycznie.

c) Wysokość utrzymania, jego miara jest także inaczej określona, gdy idzie o alimenty żony, a inaczej w innych przypadkach. Miarę alimentów należących się żonie od męża określa § 1360 k. c. n. wedle pozycji (*Lebensstellung*), majątku i zdolności zarobkowania męża, ale miarę alimentów należących się żonie od męża określa się wedle pozycji męża, lecz wedle majątku i zdolności zarobkowania żony. Innym uprawnionym przyznaje § 1610 k. c. n. utrzymanie wedle ich (t. j. uprawnionych) pozycji (*Lebensstellung*), t. zw. utrzymanie odpowiadające stanowi (*standesmäßiger Unterhalt*). P. jednak § 1611 k. c. n.

Wedle § 91 k. c. a. należy się żonie „przyzwoite“ (anständige) utrzymanie, ale wedle majątku męża. Dzieciom należy się wedle § 139 k. c. a. „przyzwoite“ utrzymanie. Pr. m. Kr. p. określa w art. 210 obowiązek męża w ten sposób, że mąż ma żonę opatrywać we wszelkie potrzeby życia, ale według swej możności. Art. 242 k. c. Kr. p. stawia ogólną zasadę, że „alimenty dostarczane być winny tylko w stosunku do potrzeb osób, prawo do nich mających, i w stosunku do majątku obowiązanych je dawać“.

d) Różnica jest także w sposobie dostarczania utrzymania. Jeżeli obciążony mieszka wspólnie z uprawnionym (mąż z żoną, rodzice z dziećmi), utrzymanie dostarczane bywa z reguły, ale nie zawsze (jeżeli n. p. mąż jest w więzieniu) w sposób wskazany wspólnym pożyciem, jeżeli zaś żyją oddzielnie, w rencie pieniężnej. Odróżnia to n. p. wyraźnie § 1360 i 1362 k. c. n. Ale na odwrót: dostarczanie alimentów przez płacenie pensji czy renty pieniężnej może być zmienione na alimenty dostarczane we wspólnym pożyciu. Określa to wyraźnie n. p. k. c. Kr. p. w art. 244: „Jeżeli osoba do dawania alimentów obowiązana usprawiedliwia, że nie jest w stanie płacenia pensji alimentarnej, sąd, po rozpoznaniu stanu rzeczy, może jej nakazać, ażeby osobę, której się alimenty należą, do siebie na mieszkanie przyjęła, onę żywiła i utrzymywała“, art. 245 zaś postanawia: „sąd postanowi również, czyli ojciec lub matka, ofiarując przyjąć do swego mieszkania, żywić i utrzymywać dziecię, któremu się alimenty należą, mają być w tym przypadku wolni od płacenia pensji alimentarnej“. Łączy się z tem kwestja, czy w ciągu trwania obowiązku alimentowania może być wysokość alimentów zmieniona. Wyraźnie rozstrzyga to k. c. Kr. p. w art. 243: „Gdy albo dający albo pobierający alimenty do takiego przydziału stanu, że albo tamten nie będzie w możności wydawania, albo ten nie będzie ich całkiem lub w części potrzebował, natenczas zniesienie lub zmniejszenie obowiązku tego żądane być może“.

Zaznaczyliśmy tylko w grubych konturach różnice między obowiązkiem małżonka utrzymywania drugiego małżonka z obowiązkiem, który zstępni mają wobec wstępnych w kwestji alimentów. Obszerniej mówić będziemy o tych rzeczach w rozdziale poświęconym stosunkom prawnym między rodzicami a dziećmi. Tutaj uczyniliśmy to dlatego, aby także w ten sposób wykazać, jak skomplikowaną jest kwestja alimentów małżeńskich i jak wiele punktów nie jest przez kodeksy unormowanych.

Obraz sprawy alimentów, przedstawiony przez nas na tak skromnym materiale, jak dogmatyczne porównanie trzech kodeksów, pozwala jednak na uczynienie pewnych uwag, które się same narzucają. Sprawa alimentów jest oczywiście w najściślejszym związku z rozwojem rodziny. Prawnik wyodrębnia

ją i okrywa jednym pojęciem w miarę, jak rodzina, głównie pod wpływem stosunków ekonomicznych, przestaje prowadzić wspólne gospodarstwo. Występują wówczas przede wszystkim kwestje: kto jest uprawnionym, a kto obciążonym, kwestja sposobu dostarczania alimentów (renta pieniężna), kwestja wysokości etc. Najdłużej były te kwestje nie aktualnymi w stosunku męża do żony i dlatego tutaj najwięcej punktów nie rozstrzygniętych. Widzimy to choćby na naszym materiale. Najmłodszy kodeks, niemiecki, doszedł w zróżniczkowaniu rodziny tak daleko, że ma wyraźne normy na ten przypadek, gdy nawet mąż i żona (bez rozvodu, bez separacji) żyją oddzielnie. Najmniej wykształconym w tym kierunku jest Kodeks Napoleona. W stosunku męża do żony nie zna nawet wyrażenia „alimenty“ ale odnośny obowiązek małżonków określa w art. 212 wyrażeniem „secours“. O „utrzymaniu“ mówi już kodeks austriacki (§ 91). Pr. m. Kr. pol. podnosi w art. 210, że mąż „jest obowiązany opatrywać żonę we wszystkie potrzeby życia, według swej możliwości“, idzie więc za prawem franc., które zawiera to samo postanowienie w art. 214.

Tym rozwojem historycznym rodziny, mieszkającej i gospodarującej z początku wspólnie, a potem rozdzielającej się, tudzież rozwojem historycznym stanowiska żony, zdobywającej sobie równouprawnienie i samodzielność, możemy sobie wytłómaczyć wiele zamilczeń w kodeksach. O jednym mówiliśmy: tylko najmłodszy kodeks zawiera wyraźne normy na przypadek, gdy małżonkowie żyją faktycznie oddzielnie. Także tylko on zawiera wyraźną normę w kwestji, czy żona ma obowiązek utrzymywać męża? W pr. austr. i pr. franc. (a za niem pol.) obowiązek ten mieści się w obowiązku „wzajemnej pomocy“ (§ 44 k. c. a. mówi o „gegenseitiger Beistand“, art. 212 K. N. mówi, że małżonkowie winni są sobie „mutuellement . . . secours“). Tylko najmłodszy kodeks mówi, w jaki sposób mają być żonie dostarczane alimenty, w jakich przypadkach w pieniądzu, w jakich inaczej. Pr. franc. zajmuje stanowisko, że obowiązek, który ono nazywa „secours“, pochłania w sobie obowiązek alimentów, jest szerszym, większym. Jasnem jest skutek tego, że obowiązek alimentów występuje dopiero wtedy samodzielnie, gdy następuje rozłączenie małżonków, ale i wówczas występuje w całej precyzji, gdy pożycie oddzielne jest faktycznym, bo przy sądowym sprawie jest uregulowana umową lub orzeczeniem sądowym. Także i w dziedzinie skargi stadjum historycznego rozwoju wyciska swe piętno na charakterze utrzymania. Pr. austr. waha się jeszcze między postępowaniem niespornem a skargą przed zwyczajnym sądem. Prawo niemieckie zaś odróżnia już wyraźnie przypadki samodzielnej skargi (§ 1361 k. c. n.) od przypadków, gdy o alimenty skarży się skargą o przywrócenie wspólności małżeńskiej (§ 1360 k. c. n.). Wreszcie dopiero najmłodsze prawo zawiera pewniejsze dane, czy umowy regu-

lujące stosunki w razie faktycznej separacji są ważne, czy zawsze, pod jakimi założeniami. Dawniejsze kodeksy oddechają atmosferą patryarchalną, ale ciśnienie atmosfery nowożytnej jest tak silne, że raz w raz praktyka wydaje orzeczenie pod wpływem tej ostatniej.

Z usilnością zwracałem uwagę na kwestje alimentów między małżonkami, bo prawo powinno tutaj spełnić jedno z najważniejszych zadań. Prawo musi się liczyć z nowożytnymi stosunkami, zwłaszcza ekonomicznymi, które rozpraszają członków rodziny, szukających zarobku po całym świecie. Prawo musi się też liczyć z coraz samodzielniejszym stanowiskiem kobiety wogóle, a więc i żony. Licząc się z tym stanem, musi jednak rozstrzygnąć pytanie, do jakich granic pożądanem jest faworyzowanie tej atomizacji, pożądanem w interesie ogólnym. Kwestja alimentów jest jednym ze środków, który może być rozmaicie użyty i różne też, jeżeli nie wywołać, to wzmocnić lub osłabić może tendencje. Gdy celem tej książki nie jest stawianie programu reformy, starałem się tylko wydobyć te problemy, na które prawo powinno położyć swą rękę. Okazało się, że są liczne i skomplikowane. Rzeczą legislatora będzie ocenić, w jakim kierunku zechce posunąć dalszy rozwój rodziny, któremu pomódz, a który osłabić. Jego też rzeczą będzie ocenić wagę wszystkich tych względów, które w tych kwestjach odgrywają rolę, a są to względy, jedne bardzo prymitywne, inne subtelne. To wszystko sprawa, że zadanie prawnika w tej dziedzinie jest trudniejsze, niż gdzieindziej.

Pozostaje nam jeszcze jedna kwestja do omówienia a mianowicie sposób dochodzenia alimentów. Wedle prawa austriackiego żona może dochodzić alimentów tak w drodze postępowania niespornego, jak i w drodze skargi, w tem ostatniem przypadku przed zwykłym sądem, a nie przed sądem małżeńskim. Praktyka skłania się raczej ku skardze (orzeczenie VII, 2820; III. 1078; 15175 zb. G. U. W.), w literaturze nie brak głosów popierających gorąco postępowanie niesporne, trudno mi się jednak do nich nakłonić. W prawie niemieckiem skarga o alimenty wynika z obowiązku wspólności życia małżeńskiego, o ile się opiera na § 1360. W tym przypadku jest więc skargą o przywrócenie pożycia małżeńskiego i podlega obowiązującym te skargi odrębnym przepisom. Natomiast skarga z § 1361, gdy idzie o zapłatę renty pieniężnej lub o wydanie wymienionych w tym paragrafie przedmiotów, jest zwyczajną skargą.

3. *Debitum coniugale*; obowiązek wierności. Pierwszy obejmuje obowiązek do copula carnalis. W nowożytnych ustawodawstwach nie znajduje ten obowiązek odpowiedzialnej sankcji. Natomiast obowiązek wierności ma sankcję cywilną, może być bowiem podstawą separacji względnie rozwodu. Oprócz tego ma sankcję karną, która jednak przybiera w różnych ustawodawstwach bardzo różną postać. Jedne ustawodawstwa

uważają cudzołóstwo kobiety za przestępstwo, a cudzołóstwo męża pozostawiają bezkarné. Inne uważają cudzołóstwo i męża i żony za przestępstwo, ale czynią różnice wedle tego, czy idzie o męża czy o żonę. W Austrii, Holandji i Rosji cudzołóstwo męża jest zupełnie na równi traktowane z cudzołóstwem żony. W Niemczech wedle kodeksu karnego z roku 1870 traktuje się cudzołóstwo męża na równi z cudzołóstwem żony, ale karaniem jest ono tylko wówczas, jeżeli było przyczyną wyroku cywilnego, wreszcie w Anglii, w niektórych stanach północno-amerykańskich i wedle kodeksu karnego kantonu genewskiego z r. 1884 cudzołóstwo nie jest karane.

4. Wzajemna pomoc. § 44 k. c. a. mówi o wzajemnej pomocy, którą winni sobie małżonkowie. Kodeks francuski wymienia także wyraźnie między obowiązkami małżonków wzajemną pomoc (art. 212: „Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance“). „Secours“ odnosi się do alimentów, a „assistance“ odpowiada „gegenseitigem Beistand“ kodeksu austriackiego). Prawo małżeńskie Kr. p. nie używa wyrażenia, odpowiadającego wprost powyżej wymienionym, jednak z art. 208 i 209 niewątpliwie wynika, że i wedle tego prawa, jak wedle prawa francuskiego i austriackiego, małżonkowie winni są sobie wzajemną pomoc, n. p. w razie choroby, nieszczęśliwego przypadku i t. p. Kodeks niemiecki nie zawiera żadnego podobnego określenia, nie można jednak mieć wątpliwości, że obowiązek tej pomocy płynie z obowiązku wspólnego pożycia małżeńskiego. Zresztą w żadnem ustawodawstwie nie ma ten obowiązek innej sankcji, jak tylko tę, że w pewnych okolicznościach może przybrać jego naruszenie postać i znaczenie przyczyny do rozvodu względnie separacji. W pr. austr. oparliśmy na obowiązku „wzajemnej pomocy“ obowiązek żony utrzymywania męża niezdolnego do utrzymywania siebie, który to obowiązek w pr. niem. jest w § 1360 k. c. n. samodzielnie określony. (Dla pr. Kr. p. dedukujemy go z istoty małżeństwa art. 208, 209 pr. m. Kr. p.).

5. Zastępstwo, obrona. Kodeks austr. wymienia w § 91 między obowiązkami męża obowiązek „zastępowania jej we wszystkich przypadkach“. Jest to wyrażenie ogólne, z którego nie można wysnuwać żadnych pozytywnych wniosków. W prawie austriackiem żona może sama działać, może ustanowić pełnomocnika, a jeżeli tym pełnomocnikiem jest mąż, to tylko w granicach, które mu oznacza żona lub w przypadku ustawowego zarządu majątkiem żony ustawa (p. §§ 1029, 1238 k. c. a.). Obowiązek „obrony“ nakłada na męża art. 208 pr. m. Kr. p. O ile wyrażenie to jest refleksem teorii o supremacji męża, rozprawiliśmy się z niem wyżej pod B. 1. Nie można więc z tego wyrażenia także wysnuwać żadnych konsekwencji wobec specjalnie unormowanych stosunków, któreby tak pod wyrażenie „za-

stępstwo“ kodeksu austriackiego, jak wobec wyrażenia „obrona“ prawa małżeńskiego Kr. p. mogły podpadać.

6. Gospodarstwo domowe. W sprawie gospodarstwa domowego („Haushalt“, „le ménage commun“) interesują prawnika następujące kwestje:

Wedle § 91 k. c. a. mąż kieruje gospodarstwem domowym, następny zaś paragraf nakłada obowiązek na żonę pomagania mu wedle sił w gospodarstwie domowym i w zarobkowaniu i — o ile tego wymaga porządek domowy — obowiązek wykonywania wydanych przez męża zarządzeń i starania się, aby były wykonane („befolgen zu machen“). § 91 k. c. a. używa wyrażenia „Hauswesen“, § 92 zaś wyrażenia „Haushaltung“. Nie ulega wątpliwości, że pierwsze jest pojęciem obszerniejszem, niż drugie, i że obejmuje nie tylko sprawy ekonomiczne, gospodarcze. Należałoby to oddać i w tłumaczeniu, gdyby dla wyrazu „Hauswesen“ znalazł się odpowiedni wyraz. Wyrażenie „rodzina“ w tem miejscu byłoby za ogólne, jak również wyrażenie „dom rodzinny“ etc. Z powyższych przepisów wynikają dwa obowiązki żony: kollaboracji z mężem i kierowania gospodarstwem domowym (Haushaltung) w granicach prawa kierowania służącego mężowi wogóle w sprawach rodziny (Hauswesen). Dowodem, że w tych granicach służy żonie kierownictwo, jest wyrażenie § 92 k. c. a. „befolgen zu machen“. Z tych obowiązków wylaniają się dla prawnika następujące kwestje:

α) Czy żona za kollaboracją może żądać od męża wynagrodzenia? Zgodna odpowiedź brzmi: nie (orzecz. w „Ger. Ztg.“ z r. 1856 nr. 139; nie może też żądać macocha wynagrodzenia za pieczę nad pasierbem, p. orzecz. 14864 zb. G. U. W.).

β) Jaki jest zakres czynności prawnych, które podpadają pod § 92 k. c. a. i jak się przedstawia odpowiedzialność żony w tych sprawach tak wobec męża, jak wobec trzecich? Pytania te nie są rozstrzygnięte przez kodeks. Co do zakresu, jedynym kryterjum jest to, że czynności prawne, które zawiera żona, muszą być potrzebne dla gospodarstwa domowego, ale w granicach już utworzonego, określonego i puszczonego w ruch gospodarstwa domowego (Haushalt). Najem mieszkania należy do tych czynności, które tworzą, konstytuują dane gospodarstwo domowe, i dlatego stroną w kontrakcie najmu jest mąż, a nie żona (orzecz. XVI, 6677 zb. G. U. W.). Natomiast wszystkie zakupy, potrzebne do prowadzenia i utrzymania już założonego gospodarstwa może załatwiać żona, zobowiązując przez te swoje czynności męża, a więc działając w jego zastępstwie (orzecz. X, 3884, X, 3827), chyba że żona objęła wyraźnie solidarną odpowiedzialność (orzecz. 16006 zb. G. U. W.). Zastępstwo żony ma swe źródło w ustawie, nie w umowie, jednak o ile żona nie przekracza kompetencji, którą wyżej określiliśmy.

Tak przedstawia się rzecz wedle prawa austriackiego. Natomiast pr. franc., a za niem pr. Kr. p., w tych kwestjach mil-

czy. Ponieważ życie domaga się rozstrzygnięcia tych kwestji, przeto praktyka rozstrzyga je, subsumując odnośne objawy pod inne pojęcia. Albo więc przyjmuje dla powyższych czynności żony milczącą autoryzację męża albo milczącej mandat, łącząc nieraz drugi pogląd z versio in rem. Ta ostatnia ma chronić męża przed odpowiedzialnością za wydatki żony, które przekraczają jej kompetencję. Teorii o milczącej autoryzacji nie pochwalam, w tej grupie bowiem stosunków między żoną a mężem, o której obecnie mówimy, idzie o skonstruowanie odpowiedzialności męża za czynności żony, do których przedsięwzięcia żona jest uprawnioną i zobowiązaną z ustawy. Autoryzacja zaś męża odnosi się do czynności żony, z których odpowiedzialność na nią spada, a których tylko przedsięwziąć nie może bez zezwolenia męża. Pozostaje przeto teoria mandatu, ewentualnie wspomagana przez in rem versio.

Wszystkie powyższe kwestje rozstrzyga wyraźnie pr. niem., a nadto normuje nowe kwestje, do których podniesienia przepisy prawa austriackiego nie upoważniały.

Obydwa obowiązki, które na żonę nakłada pr. austr., znajdują się także w pr. niem. § 1356 k. c. n. nakłada na żonę tak obowiązek kollaboracji z mężem (ustęp 2), jak i obowiązek (jest to zarazem i prawo żony, a z tego punktu widzenia mówi się o t. zw. Schlüsselgewalt żony) kierowania wspólnem gospodarstwem (ustęp I.: „das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten“). Obowiązek kollaboracji ograniczony jest obiektywnym kryterjum: „o ile taka działalność jest wedle stosunków, w których małżonkowie żyją, w zwyczaju“, gdy pr. austr. przyjmuje kryterjum subiektywne: „wedle sił“. Obowiązek kierowania gospodarstwem domowem jest ograniczony prawem decyzji, który mężowi służy wedle § 1354 (k. n. nie czyni różnicy między wyrażeniem „Hauswesen“ a „Haushalt“, którą dostrzegliśmy w pr. austr.). Z obowiązków tych płynie niezaprzeczenie tak samo, jak w pr. austr. konsekwencja, że żona nie może żądać wynagrodzenia za tę swoją działalność, a zupełnie wyraźnie, w § 1357, podaną jest konstrukcja odpowiedzialności za czynności przedsięwzięte przez żonę w granicach jej kompetencji. Jest nią pełnomocnictwo z ustawy. Do tego stosunku między mężem a żoną stosują się też odpowiednie przepisy o pełnomocnictwie (żona może żądać nawet zaliczki na prowadzenie gospodarstwa i zwrotu nakładów). Za czynności żony w granicach jej kompetencji jest odpowiedzialnym wyłącznie mąż, a drugie zdanie § 1357 daje regułę interpretacyjną, że wszystkie czynności wpadające w zakres tej tak zw. „Schlüsselgewalt“ żony, uznać należy za przedsięwzięte przez męża, chyba że z okoliczności co innego wynika, a oczywiście także wówczas, gdy żona wyraźnie zawiera jakiś interes we własnem imieniu. Wszystko to ma miejsce, jeżeli żona działa w granicach swej kompetencji. Jaką jednak jest ta kompetencja, czem jest t. zw.

„Schlüsselgewalt“ żony? Tego pr. niem., podobnie jak pr. austr., wyraźnie nie określa. Dla rozstrzygnięcia tej kwestji, przypomnieć musimy, o co tu idzie. W skomplikowanych stosunkach między małżonkami wtedy tylko uregulowanie ich przez prawo może liczyć na powodzenie, jeżeli troskliwie będziemy odróżniać poszczególne objawy, jeżeli potrafimy je izolować od innych i możliwie najściślej określimy. W życiu zachodzą komplikacje nieraz tak zawile, że taka izolacja jest trudną, ale prawo winno się jej podjąć, jeżeli i tak już znaczna chwiejność judykatury niema się zwiększyć. Tych myśli trzymamy się i w obecnej kwestji. Jeżeli mówimy o gospodarstwie domowym małżeństwa i o stanowisku prawnem żony wśród niego, to musimy przyjąć za założenie:

- a) że małż. jest ważne i że małżonkowie nie żyją oddzielnie,
- b) że ciężary małżeńskie, a więc kosztą tego gospodarstwa ponosi mąż,
- c) że kierunek w zasadniczych punktach tego gospodarstwa służy mężowi, a więc że mąż oznacza stopę życia.

Na tem tle jakże się rysuje prawo i obowiązek żony (tylko żony — nie innej osoby ewentualnie kierującej gospodarstwem) kierowania tem gospodarstwem domowym czyli t. zw. „Schlüsselgewalt“?

Ponieważ mąż ponosi ciężary małżeńskie, więc on jest odpowiedzialny z czynności prawnych, które związane są z prowadzeniem gospodarstwa domowego.

• Ponieważ żona ma prawo i obowiązek kierowania gospodarstwem domowym, więc żona zawiera czynności prawne, z których odpowiedzialność spada w myśl poprzedniej zasady, na męża.

Ponieważ w zasadniczych punktach decyzją służy mężowi, przeto, jako zakres kompetencji t. zw. „Schlüsselgewalt“ żony, przyjąłem dla pr. austr., że żona zawiera czynności prawne w granicach już puszczonego w ruch gospodarstwa domowego, natomiast ukonstytuowanie go (oczywiście i późniejsze zmiany tej konstytucji), należą do męża w ten sposób, że w nich żona nie zastępuje go z ustawy, a gdyby taką czynność przedsięwzięła, to mąż nie będzie z niej odpowiedzialny. Sądzę, że literatura i praktyka prawa niemieckiego przyjmują takie samo kryterjum t. zw. „Schlüsselgewalt“, choć tego nie wyrażają. Wedle tego poglądu rozmiar mieszkania, ilość i jakość służby, trzymanie koni lub automobilu etc., są to kwestje, które nie należą do kompetencji żony, bo one stanowią o stopie życia, którą bezsprzecznie określa mąż (obojętnem jest, czy zaraz po zawarciu, czy w miarę zmiany swego stanowiska socjalnego i majątkowego, później i to znowu, czy na gorsze, czy na lepsze). Ale gdy już raz gospodarstwo jest założone, gdy określonym jest n. p. rozmiar mieszkania, ilość i jakość służby etc., to dla utrzymania tego gospodarstwa żona jest uprawnioną i zob-

wiązaną czynić zakupy środków żywności, robić umowy o oświetlenie i opał, odprawiać i przyjmować służbę itp., we wszystkim tem czyniąc męża odpowiedzialnym. Weźmy jeszcze jeden przykład: mąż oznacza, jak mają być dzieci kształcone, do jakich chodzić szkół etc., ale gdy to raz jest postanowionem, żona w granicach swej kompetencji kupuje książki, materiały do pisania etc. Wezwanie lekarza dla siebie i dzieci płynie z obowiązku utrzymania, który ciąży na mężu, ale nie miałbym wątpliwości przyznać, że i tu może żona działać z mocy swej Schlüsselgewalt.

Pr. niem. normuje jeszcze dwie kwestje, do których rozstrzygnięcia nie mamy pozytywnych danych w pr. austr.

Wedle pr. niem. (§ 1357 ust. drugi) mąż może ograniczyć lub znieść t. zw. Schlüsselgewalt żony. Sądzę, że to samo mąż może uczynić i wedle prawa austr. Wyrażnego postanowienia na to nie potrzeba w pr. austr., bo prowadzenie gospodarstwa przez żonę ujęte jest w § 91 k. c. a. tylko jako obowiązek żony. Natomiast w pr. niem. § 1357 k. c. n. ujmuje władzę żony wyraźnie, jako jej prawo. Ale z tego różnego pojmowania płynie ta konsekwencja, że w pr. niem. żona może przed takim ograniczeniem lub zniesieniem bronić się przed sądem opiekuńczym zarzutem, że ono jest nadużyciem prawa męża, a w pr. austr. takiej obrony nie mógłbym jej przyznać. W tym punkcie (mimo wszystkiego) widać starsze stanowisko kodeksu austr. wobec kobiety.

Druga kwestja, którą pr. niem. normuje wyraźnie, zawartą jest w § 1359 k. c. n.

Stan spraw, wynikających z gospodarstwa domowego małżonków, przedstawił nam się — z drobnym wyjątkiem — zgodnym w pr. austr. i pr. niem. Nie doradzałbym (mówię o nauce prawa, nie o kodyfikacji) przenoszenia rezultatów do pr. pol., które powinno pozostać, w obecnem brzmieniu, przy praktyce, oceniającej czynności żony wedle milczącego mandatu, złączonego ewentualnie z *in rem verus*. Nie doradzałbym raz dlatego, że nie może być mowy o zastępstwie z ustawy, o pełnomocnictwie z ustawy, tam, gdzie ustawa nic o tem nie mówi, a powtóre z innego jeszcze powodu, którego przedstawienie wymaga znowu kilku przypomnień. Tak zw. Schlüsselgewalt wspiera się na założeniach, że a) ciężary małżeńskie ponosi mąż; b) że żona ma w gospodarstwie domowym samodzielność, wprawdzie ograniczoną, ale ją ma; c) że instytucja t. zw. Schlüsselgewalt jest najzupełniej niezależną od stanu majątkowego, jaki istnieje między małżonkami, że d) żona — poza ograniczeniami płynącymi z ustroju majątkowego małżeńskiego — nie potrzebuje do czynności prawnych autoryzacji męża. Czy w pr. franc. i polskiem, które za niem poszło, zachodzą wszystkie te ograniczenia? Praktyka jest zmuszoną iść z wymaganiami życia, ale prawo nie daje w K. N. żonie potrzebnej samo-

dzielności i do jej czynności wymaga autoryzacji męża, a to może, nie musi, kępować ją we wszystkich wogóle czynnościach, jeżeli z góry nie wykaże zezwolenia męża. Mówimy „może, nie musi“, bo praktyka czyni co innego. Ale też praktyka opiera swoje orzeczenia nie na „Schlüsselgewalt“, a więc na prawie płynącym ze stosunku rodzinnego, specjalnie: małżeńskiego, lecz na analogji z mandatem, a więc z zwyczajnym stosunkiem obligatoryjnym.

Wszystko, cośmy wyżej przedstawili, opiera się na założeniu, że mąż ponosi ciężary małżeńskie. Stąd płynie jego prawo decyzji, prawo kierowania. W miarę zmiany jednak tego założenia, zmiany, którą można przewidywać wobec samodzielności kobiety, wobec tego, że z jej zarobku utrzymywać się będzie coraz częściej rodzina, uleść muszą zmianie i odnośne przepisy. W każdym razie muszą być dość elastyczne, aby objąć obie ewentualności: starą i nadchodzącą.

C) Samodzielna działalność żony.

Kodeks austr. zajmuje w sprawie mężatki handlującej stanowisko zacofane. Wedle art. 7 k. h. „Kobieta nie może być bez zezwolenia męża mężatką handlującą („Handelsfrau“). Jednak wedle § 6 n. o zaprow. k. h. zezwolenie sędziego może zastąpić zezwolenie męża. Wymaganie zezwolenia męża jest w związku z odpowiedzialnością majątkową handlującej mężatki, mającej wpływ na ustroj majątkowy małżeński. Za zobowiązania te odpowiada posag bez względu na prawny stosunek męża do niego i odpowiada wspólny majątek w razie umówionej wspólności majątkowej, choćby ta wspólność była szczególną. Ograniczenie to żony nie odnosi się do przemysłu żony, który też żona może prowadzić bez zezwolenia męża. Nawet jednak w przypadku, gdy mężatka handlująca musi mieć zezwolenie męża, nie może się jego brakiem zaślaniać wobec wierzycieli. Poza ograniczeniem prawa handlowego nie zna prawo austr. innych ograniczeń żony.

Powyzsze ograniczenie żony zostało przejęte przez Austrię z poprzedniego niemieckiego kodeksu handlowego. Nowy k. h. n. z 10 maja 1897 już tego ograniczenia nie zawiera, w pr. niem. przeto mężatka może bez zezwolenia męża prowadzić handel. To ograniczenie poprzedniego k. h. n. zostało jeszcze w następujący sposób zniesione. Wedle § 1399 k. c. n. żona nie potrzebuje zezwolenia męża do czynności prawnych, przez które żona zobowiązuje siebie do świadczenia, § 52 ust. 2, pr. cyw. niem. zaś postanawia, że kobieta przez to, że jest mężatką, nie jest ograniczoną w swej zdolności procesowej. Te dwa paragrafy przeto zniosły art. 7 k. h. w Niemczech. To ograniczenie żony padło także implicite przez przepis § 1367 k. c. n. Wreszcie k. c. n. rozciąga kwestję, o której tu mówimy, wogóle na dzia-

łalność zarobkową żony (Erwerbsthätigkeit), interes zaś zarobkowy (Erwerbsgeschäft) obejmuje tak handel, jak przemysł, jak zawód artystyczny i naukowy. Do przedsięwzięcia tych wszystkich zajęć żona jest uprawnioną, zasadniczo bez żadnych ograniczeń. Mogłyby się one wyłonić wtedy, gdyby przez działalność zarobkową żony naruszona została małżeńska wspólność życia, gdyby żona nie mogła pełnić swych obowiązków wynikających z §§ 1353, 1354 i 1356 k. c. n. Wówczas mąż mógłby dążyć do zmiany przez skargę o przywrócenie wspólności małżeńskiej, przeciwko której żona broniłaby się zarzutem, że żądanie jest nadużyciem prawa męża. Skarga ta męża nie jest związana z kwestją zezwolenia męża na prowadzenie interesu zarobkowego: żona nie potrzebuje do interesu zarobkowego zezwolenia męża.

Wobec powyższego stanu rzeczy zbyt cennym jest wykazywać, że mężatki mogą samodzielnie prowadzić przemysł. Tak też pojął tę rzecz k. c. n., bo art. 36 ust. 1 ustawy o zaprow. k. c. n. zniósł § 11 ust. 1 ustawy przem. niem., który mówił o samodzielności kobiety, wolnej i zamężnej, w dziedzinie przemysłu. Uznano ten przepis § 11 ust. 1. ordynacji przemysłowej za zbyt cenny i słusznie.

Dla jasności musimy ciągle przypominać, że prawo (tak ustawy, jak przedewszystkiem nauka prawa) izolują poszczególne objawy, określają je możliwie najściślej, wykazują ich rolę w coraz szerszych dziedzinach, że jednak życie jest powikłane i nie zna takiej izolacji. W życiu widzimy, że kobieta zawiera całe szeregi czynności prawnych. Rzeczą prawnika jest zbadać, czy daną czynność zawarła kobieta (mamy na myśli mężatkę) a) z mocy służącej jej t. zw. Schlüsselgewalt, czy też wyłącznie dla siebie i w swoim imieniu; b) czy zawarła ją, jako samodzielnie zarobkująca, a więc jako kupiec, przemysłowiec, artystka, nauczycielka, lekarz etc., czy nie; c) czy czynność odnosi się do majątku będącego jej własnością i zostającego pod jej zarządem, czy też odnosi się do jej majątku, ale majątek ten jest (z mocy ustawy lub umowy) pod zarządem męża; d) czy mężatka, zawierająca pewną czynność prawną, żyje w wspólności majątkowej z mężem, czy nie i t. d. Zbadawszy to, prawnik otrzymuje podstawę do ocenienia danej czynności prawnej, ale tylko podstawę, bo dokonał izolacji tylko w myśli, ale nie jest w stanie danej czynności izolować w życiu, pozostanie ona bowiem spletaną z wszystkimi innymi czynnościami żony, z jej pozytywną majątkową etc. etc. Musi więc przebiegnąć odwrotną drogę i dokonawszy izolacji, poznawszy naturę danej czynności prawnej, poznać także jej wpływ na całą resztę tych zjawisk, które składają się razem na stanowisko kobiety w małżeństwie. Doszliśmy n. p., że mężatka w pr. niem. nie potrzebuje zezwolenia męża do prowadzenia handlu, przemysłu etc. Z tego możemy wynioskować tylko tyle, że bez zezwolenia męża może otwo-

rzyć handel, przemysł etc. i bez jego zezwolenia zawierać wszystkie stąd płynące czynności prawne. Dalszy wniosek byłby, że odpowiada za te czynności tak, jak gdyby była wolną. Czy tak jednak jest, niewolno z góry powiedzieć, bo też kobieta, wskutek tego, że jest mężatką, znajduje się już w pewnych specjalnych stosunkach majątkowych wobec męża, a to nie może pozostać bez wpływu na osoby trzecie. Jeżeli przeto, oceniając pewną czynność żony, stwierdziłem, że ją zawarła jako n. p. prowadząca samodzielnie handel, to dowiedziałem się wiele, ale nie wszystko. Muszę zbadać wpływ tej czynności na całość kształtu sytuacji żony, a więc w danym przykładzie, gdy idzie o samodzielny interes zarobkowy żony, muszę zbadać, jaki na tę czynność żony wywierają wpływ §§ 1367, 1405, 1411 nast., 1427 ust. 2, 1452, 1462, 1519, 1524 ust. 1, 1525 ust. 2, 1526 ust. 3, 1533, 1549 k. c. n.

Wedle art. 4 kod. k. franc. żona do samodzielnego prowadzenia handlu potrzebuje zezwolenia męża („consentement“ — nie „autorisation“), lecz dla tego zezwolenia nie jest wymagana żadna forma: mąż zezwala, gdy się nie sprzeciwia. Wówczas, t. j. z zezwoleniem męża, nie potrzebuje do swych aktów handlowych specjalnej autoryzacji. Takie samo stanowisko zajmuje prawo polskie. Patrz art. 4 K. N., art. 182 i 186 k. c. Kr. p. Zwracamy uwagę, że francuskie „consentement“ tem się różni od autoryzacji, w szczególności od autoryzacji milczącej „autorisation tacite“, że „consentement“ polega na prostej tolerancji. Czy ta dystynkcja ma znaczenie także w Kr. p., zobaczymy zaraz niżej.

Już ustawa o przemyśle zajmuje inne stanowisko, art. 90 bowiem postanawia, że przy najmowaniu mężatek i osób niepełnoletnich, posiadających osobny dowód pobytowy, specjalne pozwolenie rodziców, opiekunów lub mężów nie jest wymagane. Decydujący jednak krok naprzód w usamodzielnieniu mężatki uczyniło prawo z 12/25 marca 1914. Wedle tego prawa mężatki uzyskały następujące trzy zwolnienia z dotychczasowych ograniczeń: a) niepotrzebują zezwolenia mężów do zawarcia umów, któremi wynajmują się do robót, jak również nie potrzebują zezwolenia mężów przy wstępowaniu do służby prywatnej, rządowej oraz do zakładów naukowych; b) mężatki mogą stawać w sądzie również bez zezwolenia mężów w sprawach wynikłych ze stosunków umownych wskazanych pod a). Najem, służba prywatna i społeczna polegają na umowie. Natomiast służba rządowa oraz służba w zakładach naukowych publicznych uregulowana jest przepisami publiczno-prawnymi. Zwolnienie pod b) odnosi się do umów i dlatego musiało być osobno unormowane. Ze stosunków wynikających ze służby rządowej lub w publicznych zakładach naukowych nie może wynikać sprawa nadająca się przed sąd. c) Trzecie zwolnienie polega na tem, że to, co zostało nabyte staraniem i pracą żony

oddzielnie od męża mieszkającej, stanowi jej własność i nie podpada pod ustawy zarząd i użytkowanie męża. d) Jednakże wszystkie trzy powyższe zwolnienia odnoszą się tylko do takich mężatek, które mieszkają oddzielnie od mężów. Mężatki mieszkające z mężami potrzebują więc zezwolenia męża we wszystkich powyższych przypadkach. Prawo z roku 1914 nie mówi, na czym polega oddzielne mieszkanie, czy to jest separacja faktyczna czy też separacja sądowa. Jakkolwiek rzecz się ma, to we wszystkich trzech prawach możemy dla kobiety żyjącej oddzielnie stwierdzić odpadnięcie ograniczeń. Prawo z r. 1914 zwalnia mężatki mieszkające oddzielnie; gdy ustawa milczy, przyjąć należy, że obojętnym jest, czy ta oddzielność jest faktyczna, czy sądownie orzeczona (praktyka sądów polskich powołuje się na orzeczenie izby podań sądu kasacyjnego franc. z 6 sierpnia 1878 D. 79, 1, 490, wedle którego żona porzucona przez męża staje się milcząco upoważnioną do najmu swych usług, aby móżd zaspokoić potrzeby własne i swych dzieci); we Francji prawo z roku 1893 zwalnia kobiety separowane autorytatywnie od wszelkiej autoryzacji; wreszcie i w Niemczech w praktyce dojdziemy do stwierdzenia, że mężatka, żyjąca faktycznie oddzielnie (separacji sądowej prawo niemieckie wogóle nie zna), wolną jest nawet od skargi o przywrócenie wspólności małżeńskiej, którą mąż wedle §§ 1353 i 1354 może wnieść przeciwko żonie prowadzącej samodzielnie interes zarobkowy. Skarga ta bowiem opiera się właśnie na wspólnem pożyciu i na tem, że żona prowadząca samodzielny interes zarobkowy nie może wypełniać obowiązków płynących ze wspólnego pozycia. Jeżeli więc małżonkowie żyją oddzielnie, to odpada tu podstawa skargi. Mąż musiałby więc w pierwej wytoczyć i wygrać spór, ze żądaniem, aby żona do niego wróciła, a potem dopiero mógłby wnieść skargę z powodu naruszenia przez nią obowiązków małżeńskich przez prowadzenie samodzielnego interesu zarobkowego. Prawo austriackie nie podaje żadnej normy, któraby sytuowała lepiej mężatkę mieszkającą oddzielnie, sądzę jednak, że sędzia, który ewentualnie zastępuje męża w razie odmowy przez niego zezwolenia żonie na prowadzenie handlu, tem łatwiej udzieli tego zezwolenia, jeżeli żona mieszka oddzielnie.

D) Autoryzacja.

Przystępujemy obecnie do przedstawienia instytucji, która w dziedzinie prawa, normującego stosunki między małżonkami, najwybitniej odróżnia prawo polskie, które poszło za prawem francuskim, od prawa austriackiego i prawa niemieckiego. Jest to instytucja autoryzacji przez męża pewnych czynności żony, choćby się te czynności odnosiły do majątku zostającego pod jej własną administracją. Konsekwencją tego ograniczenia żony jest to, że bez upoważnienia męża nie może stawać w sądzie, chociażby sprawa tyczyła się majątku zostającego pod jej wła-

sną administracją. Charakterystyka autoryzacji polega przede wszystkim na tym, że ona jest potrzebną niezależnie od ustroju majątkowego małżeńskiego. Tak pojętą autoryzację możemy nazwać autoryzacją osobową i wytlómaczenie jej możemy znaleźć tylko w poglądzie, że kobieta mężatka ma ograniczoną zdolność do działania nie dlatego, że jest kobietą, ale dlatego, że jest mężatką. Następujący przykład wyjaśni, o co tu idzie. K. c. K. p. w art. 182 do 190 mieści nie tylko przepisy o autoryzacji osobowej, wydobyte więc z niego tego przypadku, który nie należy do pojęcia autoryzacji osobowej, tem lepiej uwydatni, czem jest ta ostatnia. Wedle art. 184 pod liczbą 2 jest powiedziane, że żona bez asystencji męża lub zezwolenia jego na piśmie nie może alienować lub zaciągać zobowiązań co do majątku, który, podług praw lub umów między małżonkami zawartych, zostaje pod administracją męża. Zaraz w następnym ustępie, pod liczbą 3, mówi ten sam art. 184, że żona bez asystencji męża lub zezwolenia jego na piśmie nie może alienować lub obciążać hypoteką nieruchomości swoich, nawet pod jej własną administracją zostających.

Jakaż jest różnica między temi dwoma ustępami? Trzeci ustęp wpada w dziedzinę autoryzacji osobowej, bo wymaga zezwolenia męża nawet co do majątku, który jest pod administracją żony. Drugi ustęp wpada w dziedzinę autoryzacji rzeczowej, bo wymaga zezwolenia męża co do tego majątku, który jest pod administracją męża, a więc czyni autoryzację zależną od ustroju majątkowego istniejącego między małżonkami. Taka autoryzacja rzeczowa znaną jest tak prawu austriackiemu, jak prawu niemieckiemu. Natomiast autoryzacja osobowa jest cechą tylko prawa polskiego.

Do autoryzacji odnoszą się przepisy zawarte w art. 182² do 190 k. c. K. p. Przypatrzmy się najpierw ich treści.

a) Czynności, do których potrzeba autoryzacji (a mamy na myśli tylko autoryzację osobową):

aa) Darowizny lub nabycia pod tytułem darmem tak ruchomości, jak nieruchomości, w szczególności wedle art. 776 mężatki nie mogą ważnie przyjmować spadku bez upoważnienia męża lub sądu; patrz art. 184, 905, 934.

bb) Alienowanie lub obciążanie hypoteką nieruchomości.

cc) Stawanie przed sądem (przypominamy, że mężatka handlująca nie może stawać przed sądem bez upoważnienia męża, chociaż na prowadzenie handlu otrzymała pozwolenie męża i chociaż do czynności handlu nie potrzebuje zezwolenia).

dd) Wedle artykułu 1029 przyjęcie obowiązku wykonawcy testamentowego.

Art. 184 k. c. Kr. p. wymaga autoryzacji także do alienowania lub zaciągania zobowiązań co do majątku, który, podług praw lub umów między małżonkami zawartych, zostaje pod administracją męża. Przypadku tego nie zaliczam do dziedziny objętej instytucją autoryzacji osobowej, jest to bowiem przypadek auto-

ryzacji rzeczowej. (Zwracam uwagę na różnicę między ustępem l. 2 a ustępem l. 3 w art. 184 k. c. Kr. p. W ustępie l. 2 jest mowa o alienowaniu i tylko o obciążaniu hipoteką. Jest to jeden dowód więcej, że przepisy o autoryzacji osobowej winny być jak najściślej interpretowane).

b) Czynności, do których nie potrzeba zezwolenia męża:

- aa) alienowanie lub obciążanie prawem zastawu ruchomości;
- bb) nabywanie pod tytułem obciążającym;
- cc) zaciąganie zobowiązań, o ile te zobowiązania nie są alienacją lub obciążaniem hipoteką;
- dd) zaciąganie zobowiązań dotyczących się handlu, jeżeli żona otrzymała na otwarcie handlu zezwolenie męża;
- ee) sporządzenie testamentu;
- ff) o czynnościach prawnych kobiet mieszkających oddzielnie mówiliśmy wyżej pod C.;
- gg) patrz art. 66, 940 k. c. Kr. p.;
- hh) p. przepisy o opiece (gdy mężatka jest opiekunką);
- ii) p. w nauce o zobowiązaniach ustęp o zob. ex delicto żony, o niesłusznym z bogaceniu, o negotiorum gestio.

C) Sposób udzielenia zezwolenia:

aa) Asystencja męża lub zezwolenie jego na piśmie potrzebnem jest:

α) do czynienia darowizn lub aktów nabycia pod tytułem darmem;

β) do alienacji lub obciążania hipoteką nieruchomości.

bb) Nie jest określony sposób upoważnienia żony przez męża do stawania w sądzie. Praktyka dopuszcza wszelkich sposobów stwierdzających, że upoważnienie było dane. Upoważnienie może być nawet milczące.

cc) Ogólne upoważnienie żony przez męża ważne jest tylko co do zarządzania jej majątkiem.

D) Sankcja:

Zarzucić nieważność z powodu braku prawnego upoważnienia może wedle art. 188 tylko żona, mąż lub ich dziedzice, ale tylko wówczas, gdy mąż, mając wiadomość o działaniu żony, ani wyraźnie ani milczeniem działania tego nie zatwierdził. — Wedle art. 1304 skarga o unieważnienie aktów sporządzonych przez mężatki bez upoważnienia może być wniesioną w ciągu lat dziesięciu, licząc od dnia rozwiązania małżeństwa.

K. c. Kr. p. przeto (tak samo K. N.) nie daje skargi o nieważność osobom trzecim, a wyklucza skargę, jeżeli czynność prawna została ratyfikowana przez męża. Tego ostatniego postanowienia nie zawiera odpowiadający artykułowi 188 k. c. Kr. p. art. 225. W pr. c. Kr. p. niema przeto miejsca na kontrowersję, czy ratyfikacja męża odbiera skargę tylko mężowi, czy także żonie? W pr. c. Kr. p. w razie ratyfikacji nie ma jej nikt.

E) Ochrona żony:

P. art. 185 k. c. Kr. p.

F) Charakter przepisów o autoryzacji:

Przepisy autoryzacji są prawem obowiązującym bezwzględnie. Kodeks cyw. Kr. pol. przyjął instytucję autoryzacji z Kodeksu Napoleona, jednakże z pewnymi różnicami. Wykazanie tych różnic pozwoli nam uwydatnić istotę autoryzacji, dlatego też przeprowadzimy porównanie.

a) Art. 182 odpowiada art. 215 Kod. Napoleona, jest jednak różnica: art. 182 powiada, że żona nie może stawać w sądzie bez upoważnienia męża, chociażby sprawa tyczyła się majątku pod jej administracją zostającego. Kod. Napoleona określa ten przypadek słowami: „quand même la femme serait séparée de biens“, zna jednak jeszcze jeden przypadek, który określa słowami: „quand même la femme serait non commune“. Ten ostatni przypadek odnosi się do systemu majątkowego małżeńskiego, który się nazywa „sans communauté“. System ten jest pośrednim pomiędzy systemem wspólności a separacji, jest jednak w praktyce rzadki.

b) Najważniejsza różnica odnosi się do liczby i rodzaju czynności, do których potrzeba autoryzacji. Zakres czynności wymagających autoryzacji jest w prawie francuskim daleko większy, aniżeli w prawie polskim. Według artykułu 217 K. N. żona nie może bez autoryzacji: czynić darowizn, alienować, ustanawiać hypoteki i nabywać pod tytułem darmym lub obciążającym. Różnice są znaczne: prawo francuskie nie pozwala żonie wogóle alienować, gdy prawo polskie nie pozwala alienować tylko nieruchomości. Prawo francuskie nie pozwala żonie bez zezwolenia męża nabywać pod tytułem darmym lub obciążającym, prawo polskie zaś ogranicza żonę tylko do nabywania pod tytułem darmym. Dalsza różnica zachodzi co do czynności, które nie są ani darowizną, ani alienacją, ani obciążaniem hypoteką, ani nabyciem pod tytułem darmym lub obciążającym. Należy się zgodzić z prawem francuskim, że sprzedaż, zamiana, zapłata, ugoda, nawet zrzeczenie się spadku otwartego są alienacją. Należy się zgodzić także, że ustanowienie służebności wszelkiego rodzaju i ciężarów rzeczowych jest także alienacją częściową. Ale nie są przekonującymi argumenty prawników francuskich, że kobieta wogóle nie może zobowiązywać się przez umowy. W szczególności art. 1124 i 1125 mówią, że mężatki są niezdolne do zawierania umów tylko w przypadkach przez ustawę przewidzianych, a więc nie mówią, aby były wogóle niezdolne do zawierania umów. Również art. 220 K. N., odpowiadający art. 186 k. c. K. p. nie jest dowodem, bo stanowi wyjątek tylko od zasady wypowiedzianej w art. 217 K. N. względnie 184 k. c. Kr. p. Prawnicy francuscy muszą jednak mimo tego poglądu, dla mężatki „séparée de biens“ uczynić wyjątek i przyznać jej zdolność do aktów administracyjnych

(dzierzawa, recepcja owoców, pobieranie czynszów etc.) bez zezwolenia męża, a wymagają autoryzacji do t. zw. *actes de disposition*, a więc do alienacji, obciążania hipoteką, służebnościami. O cóż więc idzie? Autoryzacja osobowa ma wtedy rację bytu, jako samodzielna instytucja, jeżeli krępuje właśnie mężatkę „*separée de biens*“, t. j. α) mężatkę, która w umowie małżeńskiej przyjęła separację dóbr albo β) na podstawie wyroku uzyskała oddzielenie dóbr albo wreszcie γ) przy ustroju dotalnym jest co do parapherny uważaną za „*separée de biens*“. Właśnie na takiej mężatce okazuje się istnienie (wprost: istnienie, a nie rozmiar) autoryzacji. Potrzeba autoryzacji dla mężatek znajdujących się w innych sytuacjach majątkowych może wynikać z tych sytuacji, a nie z niezdolności mężatki, jako mężatki, na tej zaś niezdolności opiera się instytucja autoryzacji. Należy przeto trzymać się twardo zdania, że dla prawa francuskiego art. 217 K. N., a dla prawa polskiego art. 184 k. c. Kr. p. powinny być ściśle, jak najściślej interpretowane. Czy w takim stanie rzeczy autoryzacja męża przedstawi nam się, jako wyjątek, a zasadą będzie zupełna zdolność mężatki do zawierania czynności prawnej, to jest rzecz klasyfikacji różnych systemów. Dla nas jest to rzecz obojętna, bo nasz teren porównań jest ograniczony, obejmuje bowiem tylko trzy kodeksy, a tutaj wystarczy nam wykazać, że autoryzację osobową zna tylko jeden, t. j. k. c. Kr. p., a dwa inne, t. j. austr. i niem., jej nie znają. Obowiązek ścisłego, jak najściślej, określenia istnieje zawsze, czy autoryzacja jest zasadą, czy wyjątkiem.

c) K. c. Kr. p. w art. 184 przetłómaczył przez wyraz „asystencja męża“ słowa art. 217 K. N. „*concours du mari dans l'acte*“. Tłómaczenie to uważam za trafne, bo owo współdziałanie męża (*concours*) polega na tem, że przez podpis swój na akcie dowodzi, że był przy nim obecnym.

d) K. N. w art. 221, 222 i 224 zawiera postanowienia na wypadek skazania, interdykcji, nieobecności lub małoletności męża. Odpowiednich postanowień nie zawiera k. c. Kr. p. w tem miejscu, p. jednak art. 200, 219 n. i 480 k. c. Kr. p.

e) W ust. 1. art. 186 nie zawiera k. c. Kr. p. słów „w tym przypadku (żona) zobowiązuje także męża, jeżeli między nimi zachodzi wspólność“, który to przepis mieści się w odpowiadającym artykule 226 K. N.

Obecnie możemy już dokładniej określić istotę autoryzacji osobowej, znanej tylko prawu polskiemu, a nie znanej prawu austriackiemu i niemieckiemu.

System autoryzacji osobowej różni się tem od systemu opieki męża nad żoną (n. p. Hanza, dawne prawa niektórych kantonów szwajcarskich, poniekąd Szwecja i Danja), że ten ostatni polega na tem, że mąż reprezentuje żonę, że ona nie interweniuje sama. Systemu opieki nie zna żaden z kodeksów, które przedstawiamy.

Od t. zw. Schlüsselgewalt różni się instytucja autoryzacji osobowej: a) po pierwsze tem, że na mocy Schlüsselgewalt żona zobowiązuje męża, przy autoryzacji idzie właśnie o to, że żona ma siebie zobowiązać, ale mimo to potrzebuje do tego zezwolenia męża; b) powtórnie tem, że kompetencja t. zw. Schlüsselgewalt jest ściśle określona, bo związana jest najdokładniej z gospodarstwem domowem, przy autoryzacji idzie właśnie o czynności żony poza gospodarstwem domowem; c) wreszcie instytucja tak zw. Schlüsselgewalt stała się prawniczo potrzebna, t. j. odnośne stosunki musiały zostać unormowane, ponieważ ponoszenie ciężarów małżeńskich spada na męża, gdy tymczasem terenem, na którym autoryzacja występuje najjaśniej, jest majątek oddzielony żony, zostający pod jej zarządem i przez nią użytkowany.

Czemże się różni autoryzacja osobowa od autoryzacji rzeczowej, którą to ostatnią przyjmuje pr. niem.? Tem, że autoryzacja osobowa jest konieczną zawsze, bez względu na to, w jakim systemie, ustroju, układzie majątkowym żyją małżonkowie, a natomiast w tych prawach, które przyjmują autoryzację rzeczową, zezwolenie męża na taką a taką czynność żony jest wtedy tylko konieczne, jeżeli tego wymaga urząd majątkowy, w którym małżonkowie żyją. Tę właśnie różnicę winniśmy obecnie przedstawić obszerniej.

Wedle § 1363 k. c. n. majątek żony, stanowiący tak zw. dobra wniesione (eingebrachtes Gut), poddany zostaje, przez zawarcie małż., zarządowi i użytkowaniu męża. Ten stosunek, ale tylko ten stosunek rzeczowy, a nie charakter kobiety, jako żony, sprawia, że żona w swoim prawie dysponowania swym majątkiem, a nie w swej zdolności do działania, jest ograniczoną. Ograniczeniami temi zajmują się §§ 1395 do 1407 k. c. n. i wymagają w określonych tam przypadkach zezwolenia męża. Ale co do tak zw. dóbr zastrzeżonych (Vorbehaltsgut) żony, o których mówią §§ 1365 do 1371 k. c. n., i w razie rozdziału dóbr (Gütertrennung), o którym mówi § 1426 nast. k. c. n., mężatka nie jest niczem ograniczoną. Tymczasem właśnie w tych przypadkach, t. j. gdy mężatka sama zarządza swym majątkiem (art. 200, 213 k. c. Kr. p.), objawia w pr. pol. swoje działanie instytucja autoryzacji osobowej. Wyjaśni to jakikolwiek przykład: mężatka pragnie sprzedać grunt stanowiący jej własność. W pr. niem. potrzebować będzie do odnośnego aktu zezwolenia męża, jeżeli grunt należał do dóbr wniesionych, ale nie będzie potrzebować zezwolenia, jeżeli grunt należał do dóbr zastrzeżonych lub jeżeli małżonkowie żyją w rozdziale dóbr. Tymczasem wedle pr. pol. mężatka potrzebuje do sprzedaży gruntu zawsze zezwolenia męża, bez względu na to, w jakim ustroju majątkowym małżonkowie żyją. Jeżeli tę różnicę między autoryzacją osobową a rzeczową uchwycimy i będziemy silnie w pamięci trzymać, to stwierdzimy, że te prawa, które przyjmują autoryzację osobową,

znają także autoryzację rzeczową, ale nie na odwrót. Jest tak z następujących powodów: a) pr. franc. i pr. polskie, a więc prawa przyjmujące autoryzację osobową, żądają w tych przypadkach, do których potrzebne jest zezwolenie męża dla mężatki, administrującej swoim majątkiem (art. 182 k. c. Kr. p., a w art. 215 K. N. „femme non commune ou séparée de biens“), także zezwolenia męża, jeżeli żona znajduje się w jakimś ustroju majątkowym z mężem, bo te prawa żądają dla tych oznaczonych przypadków zawsze, w każdej majątkowej sytuacji żony, autoryzacji ze strony męża (w art. 182 k. c. Kr. p. „chociażby“, w art. 213 K. N. „quand même“); b) k. c. Kr. p. mówi *expressis verbis* o autoryzacji rzeczowej w art. 184 l. 2; c) przy rozbiorze umownego prawa majątkowego małżeńskiego okaże się konieczność zgody małżonków obojga w całym szeregu przypadków, a więc potrzeba autoryzacji ze strony męża, gdy inicjatywa do czynności prawnej wychodzi od żony.

Jeżeli porównujemy prawo francuskie i polskie z jednej strony z prawem niemieckiem z drugiej strony, to stwierdzić należy, że dwa pierwsze przyjmują instytucję autoryzacji osobowej, a drugie przyjmuje autoryzację rzeczową. Jest jednak i trzeci system: system zupełnej niezależności, zupełnej samodzielności kobiety. Na papierze istnieje on w Rosji, w rzeczywistości istnieje n. p. w Anglii. Reforma stanowiska mężatki rozpoczęta została przez Married Womens Property Act z r. 1870, a uzupełniona została przez nowelę z roku 1874, aby doznać gruntownej zmiany przez ustawę z roku 1882 i z roku 1893. W braku umowy (*settlement*) ma żona na nieruchomości i ruchomym majątku swoim takie prawa, jak gdyby była stanu wolnego (*feme sole*), nie potrzebuje więc do rozporządzania tym majątkiem zezwolenia, którego dawne prawo wymagało, wyznaczając do udzielania takich zezwoleń męża zaufania „wierną rękę“ (*truste*). Oddzielny majątek żony stanowi cały jej nieruchomy i ruchomy majątek, wedle wyrażenia prawa angielskiego. „Warunkowe i bezwarunkowe, teraźniejsze i przyszłe posiadanie i przyrost (*vestedor contingent lub in possession, reversion or remainder*)“. Do oddzielnego majątku należy więc zarobek z jakiegokolwiek przez żonę samodzielnie prowadzonego interesu z jej działalności literackiej i t. d. i t. d. Żona może w sprawach swojego oddzielnego majątku zawierać umowy, pozywać i być pozwaną, jak gdyby była stanu wolnego.

Różnica jest oczywistą: od prawa francuskiego i polskiego różni się prawo angielskie tem, że autoryzacji osobowej wogóle nie zna, od prawa niemieckiego zaś różni się tem, że, gdy ustawowe prawo majątkowe małżeńskie polega na systemie oddzielności dóbr, nie zna prawo angielskie także i autoryzacji rzeczowej, bo ta ostatnia jest konsekwencją tego, że prawo niemieckie daje z ustawy zarząd i użytkowanie na tak zw. dobrach wniesionych.

Jakież stanowisko zajmuje w tej sprawie prawo austriackie? Pewnem jest, że prawo austriackie nie zna autoryzacji osobowej, czy jednak nie należy go postawić obok prawa niemieckiego i powiedzieć, że prawo austriackie zna autoryzację rzeczową? Jakkolwiek kodeks austriacki nigdzie nie mówi o wymaganiu zezwolenia, męża i jakkolwiek zarząd majątkiem żony służy mężowi tylko pretaryjnie, bo mu go żona każdej chwili może odebrać, to jednak póki ten zarząd trwa, dopóty nie można mężowi odmówić wpływu na czynności prawne żony, dotyczące jej majątku, zostającego w zarządzie męża. Intenzywność wpływu męża jest oczywiście inna w Austrii, gdzie taki zarząd może być mężowi bez żadnego powodu przez żonę odebrany, a inną jest w Niemczech, gdzie zarząd może być odebrany tylko na podstawie orzeczenia sądownego, ale mimo tego, dopóki zarząd trwa z całą komplikacją wszystkich stosunków, które się przy zarządzie n. p. nieruchomości rozwijają, to nie można mężowi odmówić pewnego wpływu na prawo dysponowania żony swoim majątkiem. Możemy ten wpływ nazwać inaczej, ale będzie on zawsze pokrewnym niemieckiej autoryzacji rzeczowej. Żona może się z pod tego wpływu każdej chwili uwolnić, ale to znaczy, że musi odebrać mężowi zarząd i zlikwidować go. Dopóki to się nie stanie, męża nie można zupełnie ignorować. Z tych powodów byłbym skłonny zamieścić prawo austriackie w tej grupie, w której znajduje się prawo niemieckie. Prawo austriackie znalazłoby się w grupie, w której jest prawo angielskie wówczas, gdyby mężowi nawet prekaryjny, jak obecnie, nie służył zarząd majątkiem żony.

Wyjaśnić musimy jeszcze jedną kwestję. Prawo niemieckie daje mężowi w § 1358 prawo wypowiedzenia zawartej przez żonę umowy, którą żona zobowiązała się wobec trzeciego doświadczenia, które ma być przez nią „w jej osobie“ wykonane (należy tu przedewszystkiem kontrakt usług, ale także kontrakt spółki i t. p.). Mąż nie ma tego prawa wypowiedzenia, jeżeli się zgodził na kontrakt żony. Czy w tem postanowieniu nie tkwi przypadek autoryzacji osobowej? praktycznie możnaby ten przepis uważać za przypadek autoryzacji, bo praktycznie kontrakt taki zawarty przez żonę nie będzie mógł być atakowany przez męża, jeżeli na niego przedtem dał zezwolenie, a więc tak jak przy autoryzacji. Teoretycznie jednak jest to wypływ zupełnie innego poglądu na stanowisko kobiety w małżeństwie, aniżeli ten pogląd, który był podstawą autoryzacji osobowej w państwach łacińskich. W tych ostatnich wynikała ona z poglądu, że mężatka jest niezdolną do działania dlatego, że jest mężatką. W prawie niemieckiem zaś prawo męża do wypowiedzenia umowy ma tylko wówczas miejsce, jeżeli kontrakt zawarty przez żonę przynosi szkodę interesom małżeńskim. Wynika z tego, że prawo wypowiedzenia służące mężowi jest tylko innym środkiem stworzonym przez sztukę prawniczą, aby mąż

mógł dochodzić sędownie, aby żona wypełniała swoje obowiązki. Ten sam efekt mógłby mąż osiągnąć przez skargę o przywrócenie wspólności pożycia małżeńskiego, środek jednak, który mężowi daje § 1353, jest prędzszy i skuteczniejszy, bo w razie wygrania skargi o przywrócenie małżeńskiego pożycia, musiałaby żona wypowiedzieć kontrakt (a wedle § 1358 wypowiada go mąż), a nadto żona wówczas musiałaby dotrzymać terminu wypowiedzenia, od którego mąż zwolnionym jest właśnie przez § 1358. (Co do szczegółów odsyłamy do podanego na wstępie tego rozdziału tekstu § 1358, tu tylko zwracamy uwagę, że mąż ma prawo wypowiedzieć, jeżeli sąd opiekuńczy do tego go upoważnił, ale żona może wykluczyć to prawo, jeżeli sama zwróci się do tego sądu opiekuńczego z prośbą, aby miasto męża dał jej przyzwolenie). Z tych powodów nie widzę w § 1353 przypadku autoryzacji osobowej.

Ze instytucja autoryzacji osobowej wypływa z poglądu o niezdolności mężatki, jako mężatki, wynika także z charakteru sankcji, którą prawo franc. i polskie zagraża w razie, gdyby mężatka zawarła czynność bez autoryzacji. Wedle art. 188 k. c. Kr. p. zarzucić nieważność z powodu braku prawnego upoważnienia może nietylko żona, ale także mąż i ich sukcesorowie (tak samo art. 225 K. N.). W przypadku § 1353 nie da się pomyśleć przypadek, żeby tego rodzaju sankcja mogła mieć zastosowanie.

Staralem się przedstawić instytucję autoryzacji osobowej w jej odosobnieniu pojęciowym, a z drugiej strony jej stosunek do całego ustroju majątkowego małżeńskiego. Wynika z tego wywodu niezaprzeczenie wniosek, że instytucji autoryzacji osobowej, gdyby ją chciano usunąć, nie możnaby znieść bez rewizji całego prawa majątkowego małżeńskiego.

E) Wpływ rozwodu i separacji od stołu i łoża na stosunki prawne między małżonkami.

W tem miejscu przedstawimy wpływ rozwodu i separacji od stołu i łoża na wymienione wyżej kwestje, a więc nie na stosunki majątkowe małżeńskie, bo o nich mowa będzie w następnym rozdziale. Z góry można powiedzieć, że wszystkie te prawa i obowiązki, które płyną ze wspólnego życia małżonków, nie mają w razie rozwodu lub separacji od stołu i łoża terenu do ujawnienia się. A więc nie ma mowy o wspólnem mieszkaniu, o gospodarstwie domowem, o debitem coniugale. Pozostają do załatwienia inne kwestje, które też obecnie mamy zamiar omówić.

1. Nazwisko. W razie separacji od stołu i łoża kwestja nazwiska nie jest aktualną, bo małżeństwo trwa nadal. W razie rozwodu żona wedle pr. austr. zatrzymuje nazwisko męża, tak przynajmniej brzmi opinja ministerstwa sprawiedl. z 13 marca

1870 l. 2180, w „Zeitschrift für Verwaltung“ rocznik IV Nr 26 str. 102, w przypadkach zaś uwzględnienia godnych może jej być dozwolona zmiana nazwiska (patrz orz. min. spraw wewn. z 20 marca 1870 l. 3988 i z 3 czerwca 1871 l. 6828 l. c.). Przypominamy, że w razie uznania małżeństwa za nieważne żona odzyskuje własne nazwisko rodowe i traci prawo do nazwiska mniemanego męża.

Wedle pr. m. Kr. p. prawa i obowiązki małżonków opisane w rozdziale VII zupełnie ustają, skoro małżeństwo uznane zostanie przez wyrok za nieważne lub rozwiązane (art. 227). Gdy do tych praw, względnie obowiązków, należy wedle art. 212 także i to, że żona nosi nazwisko męża, przeto w prawie Królestwa polsk. rzecz się ma tak, jak i w prawie austr. Inaczej jest w prawie niemieckiem. Wedle § 1577 mężatka rozwiedziona zachowuje nazwisko rodzinne męża. Jednakże dwa tutaj zachodzą wyjątki, jeden na korzyść żony, drugi na korzyść męża. Na korzyść żony postanawia drugi ustęp § 1577 k. c. n. co następuje: „Żona może przyjąć napowrót swoje nazwisko rodowe. Jeżeli przed zawarciem rozwiedzionego małżeństwa była zameżna, to może także to nazwisko przyjąć napowrót, które miała przy zawieraniu rozwiedzionego małżeństwa, chyba że została uznana za wyłącznie winną. Przyjęcie napowrót nazwiska następuje przez oświadczenie wobec właściwej władzy; oświadczenie należy złożyć w formie publicznie uwierzytelnionej“. Postanowienie to daje przeto rozwiedzonej żonie prawo odrzucenia nazwiska rozwiedzionego męża, a prawo to służy jej niezależnie od tego, czy w rozwodzie orzeczono, że ona jest winna lub nie. Żona rozwiedziona, jeżeli już raz była zameżna, to ma wybór między nazwiskiem swoim rodzinnem a nazwiskiem swego poprzedniego męża, jednak to drugie może tylko wtedy przyjąć, jeżeli nie była uznana za wyłącznie winną. Drugi wyjątek ustanowiony na korzyść męża jest w ustępie 3 § 1577, który opiewa: „Jeżeli żona została uznana za wyłącznie winną, to mąż może jej zakazać nosić jego nazwisko. Zakaz następuje przez oświadczenie wobec właściwej władzy; oświadczenie należy złożyć w formie publicznie uwierzytelnionej. Władza powinna udzielić to oświadczenie do wiadomości żony. Z utratą nazwiska męża otrzymuje żona napowrót swoje nazwisko rodzinne“.

W razie rozwiązania małżeństwa przez śmierć wszystkie prawa zgadzają się w tem, że żona zatrzymuje nazwisko męża, jak zgadzają się w tem, że w razie unieważnienia małżeństwa żona ma nosić swoje nazwisko rodzinne. Dodać jeszcze należy, że w razie zniesienia wspólności małżeńskiej, którą zna prawo niemieckie, skutki są takie same, jak skutki rozwodu (§ 1586).

2. W razie separacji, a mamy tu oczywiście na myśli prawo austr. i prawo polskie, nie ustaje obowiązek wierności. Na przyjęcie tego zapatrywania nie potrzeba cytować przepisów (patrz orzec. XVI. 6709; XIII. 5215; XII. 4495 G. U. W.).

3. Najważniejsza jest kwestja alimentów.

Rozbierzemy najpierw tę sprawę co do rozvodu. W prawie austriackiem zasadniczo gaśnie obowiązek utrzymywania w razie rozvodu. Jednakże wedle § 1266 K. c. a. należy się małżonkowi niewinnemu pełne zadosyćczynienie, jeżeli rozwód orzeczony został przez wyrok, a nie został dozwolony na żądanie obydwóch małżonków z powodu nieprzewycięzonego wstrętu. W pełnym zadosyćczynieniu mieści się utrzymanie odpowiadające stanowi. W razie rozvodu z powodu nieprzewycięzonego wstrętu odpada zupełnie obowiązek alimentowania, patrz orzeczenie III. 1147 G. U. W. Na winnego małżonka nakłada § 1265 K. c. a. obowiązek o odszkodowanie także i w razie unieważnienia małżeństwa § 1265 K. c. a. używa wyrażenia „Entschädigung“, gdy § 1266 K. c. a., mówiący o skutkach rozvodu, mówi o „volle Genugthuung“. Zaznaczam tę różnicę w wyrażeniu, nie sądzę jednak, aby miała wpływ na kwestję alimentów, które należą się niewinnemu małżonkowi w razie unieważnienia małż. tak, jak w razie rozvodu.

W prawie polskiem wypowiedziana jest w art. 227 ogólna zasada, że prawa i obowiązki małżonków, opisane w rozdziale VII., zupełnie ustają, jeżeli małżeństwo będzie przez wyrok uznane za nieważne albo zostanie rozwiązane. Do tych praw należy, jak wiemy, obowiązek utrzymywania. Jednakże ani w razie unieważnienia ani w razie rozvodu obowiązek utrzymania nie gaśnie w zupełności, albowiem uczyniono wyjątek dla małżonka niewinnego. Art. 265 K. c. przyznaje małżonkowi w dobrej wierze, nie mającemu sposobu utrzymania się, alimentu od drugiego małżonka w razie uznania małżeństwa za nieważne. Art. 266 zaś postanawia, że małżonkowi niewinnemu może sąd w razie rozvodu stosownie do art. 265 wyznaczyć alimentu od drugiego małżonka, bez różnicy, czy tenże drugi jest winny lub niewinny.

Od prawa austriackiego różni się to postanowienie tem, że wyraźnie jest powiedziane, iż niewinny małżonek otrzymuje alimentu tylko wtedy, jeżeli nie ma sposobu utrzymania się, gdy o prawie austriackiem nie możemy tego z góry powiedzieć, tutaj bowiem założenia roszczenia o alimentu są takie same, jak każdego roszczenia o wynagrodzenie szkody wogóle. Innym też jest wymiar alimentów. W prawie austriackim należy się niewinnemu małżonkowi pełne zadosyćczynienie, przeto alimentu co do swej wysokości winny odpowiadać stanowi uprawnionego. Wedle prawa polskiego zaś alimentu oznaczone są co do swej wysokości dwoma kryterjami: potrzebą uprawnionego i możliwością obciążonego obowiązkiem alimentów. Zwracamy jeszcze uwagę, że w jednym i w drugim prawie mowa jest o małżonku, jako uprawnionym, a nie obciążonym. Jest to naturalne, jeżeli obowiązek alimentowania uważa się za wynagrodzone szkody. Z tego samego powodu przyjąć należy, że ob-

wiązek alimentowania przechodzi na dziedziców. Jakże się rzecz ma w prawie niemieckiem? Prawo niem. najdokładniej z pośród porównywanych przez nas praw normuje kwestję, nad którą się zastanawiamy. W przeciwstawieniu do prawa austr. i pol. obowiązek utrzymania po rozwodzie nie jest uzasadnionym poniesioną szkodą, ale ma naturę familijno-prawną. Obowiązek utrzymania ciąży na mężu (względnie na żonie), jeżeli mąż (względnie żona) został uznany w procesie rozwodowym za wyłącznie winnego. Jeżeli obie strony są winne, to obowiązek utrzymania nie egzystuje.

a) Założenia. Dwa są założenia obowiązku utrzymania po rozwodzie: niedostatek uprawnionego i zdolność do świadczenia obciążonego. Pierwsze założenie określone jest w § 1578 i 1583, drugie założenie określone jest w § 1579. Co do pierwszego założenia, to § 1578 odróżnia obowiązek męża od obowiązku żony. Obowiązek męża określony jest w pierwszym ust. § 1488, który opiewa: „Uznany wyłącznie za winnego mąż ma rozwiedzionej żonie dostarczyć odpowiadającego stanowi utrzymania o tyle, o ile go ona nie może pokryć z dochodów swojego majątku lub z dochodów swojej pracy, jeżeli wedle stosunków, w których małżonkowie żyli, zarobkowanie żony jest w zwyczaju“. Obowiązek żony określony jest w drugim ust. § 1578, który opiewa: „Żona uznana wyłącznie za winną ma rozwiedzionemu mężowi dostarczyć odpowiadającego stanowi utrzymania o tyle, o ile on nie jest w stanie sam się utrzymać“. Nie potrzebują bliższego objaśnienia różnice w kryterjum niedostatku odnośnie do męża a żony. Żona nie jest obowiązana obracać na swoje utrzymanie substancji majątku, bo § 1578 mówi tylko o dochodach jej majątku. (Żona jest obowiązana pokrywać swoje utrzymanie z substancji swojego majątku tylko wtedy, jeżeli zachodzą warunki wymienione w ust. I. § 1579 t. j. jeżeli przez dostarczanie żonie utrzymania jest zagrożone utrzymanie męża odpowiadająca jego stanowi.). Nie musi także żona bezwzględnie pracować, bo § 1578 mówi tylko o „zwyczaju“. Natomiast nie ma tych złagodzeń co do męża. Musi on zawsze pracować i § 1578 nie oszczędza substancji jego majątku. Rozwiedziony chorey na umyśle małżonek ma zawsze prawo do utrzymania wedle § 1583, który opiewa: „Jeżeli małżeństwo zostało rozwiedzione z powodu choroby umysłowej jednego z małżonków, to drugi małżonek winien dostarczyć mu utrzymania w równy sposób, jak małżonek uznany za winnego“. Drugie założenie unormowane jest w § 1579, który opiewa: „Jeżeli małżonek uznany wyłącznie za winnego, przy uwzględnieniu jego innych zobowiązań, nie jest w stanie, bez narażenia swojego własnego odpowiadającego stanowi utrzymania dostarczyć drugiemu małżonkowi utrzymania, to jest uprawniony zatrzymać z przeznaczonych na jego utrzymanie dochodów $\frac{2}{3}$ części lub jeżeli te $\frac{2}{3}$ części nie wystarczają do

jego koniecznego utrzymania, zatrzymać tyle, ile potrzeba do pokrycia tego utrzymania. Jeżeli uznany za wyłącznie winnego małżonek ma obowiązek dostarczać utrzymanie małoletniemu stanowi wolnego dziecku lub też wskutek ponownego małżeństwa nowemu małżonkowi, to obowiązek jego wobec rozwiedzionego małżonka ogranicza się do tego, co odpowiada słuszności ze względu na potrzeby, tudzież na stosunki majątkowe i zarobkowe interesowanych. Mąż jest wobec żony pod warunkami pierwszego ustępu wtedy zupełnie zwolniony od obowiązku utrzymania, jeżeli żona może pokryć utrzymanie z substancji swojego majątku“.

b) Sposób dostarczania utrzymania. Ta kwestja unormowana jest przez § 1580, który opiewa: „Utrzymanie należy dostarczać przez uiszczenie renty pieniężnej wedle przepisu § 760. Oznacza się wedle okoliczności, czy, w jaki sposób i dla jakiej kwoty zobowiązany do utrzymania ma dostarczyć zabezpieczenia. Zamiast renty może uprawniony żądać odprawy w kapitale (Abfindung), jeżeli zachodzi ważny powód. Zresztą mają odpowiednie zastosowanie przepisy §§ 1607, 1610, 1611 ust. 1., 1613 obowiązujące o obowiązku utrzymania krewnych i przepisy § 1615 obowiązujące na wypadek śmierci uprawnionego“.

c) Zgaśnięcie obowiązku utrzymania. α) Wedle § 1581 gaśnie obowiązek utrzymania, jeżeli uprawniony wejdzie w ponowne związki małżeńskie. Natomiast jeżeli zobowiązany wejdzie w ponowne związki małżeńskie, to mają odpowiednie zastosowanie przepisy § 1604. W tym ostatnim przypadku obowiązek utrzymania istnieje nadal, ale powtórne związki małżeńskie mogą mieć wpływ na wysokość utrzymania. Jeden z takich momentów wywierających wpływ na wysokość utrzymania jużesmy poznali w § 1579, który mówi o konkurencji roszczeń o utrzymanie nowego małżonka i małżonka rozwiedzionego. Wpływ także wywiera ustrój majątkowy małżeński nowego małżeństwa. Jeżeli zobowiązanym do utrzymania z powodu rozwodu jest mąż, to w razie, jeżeli przez nowe małżeństwo nabył ustawowy zarząd i użytkowanie na majątku nowej żony, to jego stosunki majątkowe mogą się polepszyć, co, jakesmy widzieli, ma wpływ na utrzymanie dostarczane rozwiedzionej żonie. Jeżeli nowe małżeństwo urządziło swoje stosunki majątkowe w drodze umowy, to ma odpowiednie zastosowanie § 1604, który omówimy w rozdziale o stosunku rodziców do dzieci.

β) Wedle § 1582 obowiązek utrzymania nie gaśnie ze śmiercią obciążonego. Przechodzi on na jego dziedziców. Jako dług spadkowy podlega ten obowiązek przepisom o ograniczonej odpowiedzialności dziedzica wedle § 1967 i 1975. Jako obowiązek utrzymania podlega on przepisom §§ 1578 do 1581, jednakże z ograniczeniami wypowiedzianymi w ust. 2 i 3 § 1582,

które opiewają: „Zobowiązanie dziedzica nie podlega ograniczeniom § 1579. Uprawniony musi jednak znieść zniżenie renty do połowy dochodów, które zobowiązany pobrał w czasie śmierci ze swego majątku. Dochody z prawa, które gaśnie z nadejściem pewnego oznaczonego czasu lub wydarzenia, nie są uwzględniane od chwili nadejścia oznaczonego czasu lub wydarzenia. Jeżeli jest więcej uprawnionych, to dziedzic może renty wedle stosunku ich wysokości o tyle obniżyć, żeby razem wyniosły połowę dochodów“. Postanowienie, że obowiązek alimentowania przechodzi na dziedziców dłużnika, tłumaczy się tą racją legislacyjną, że w razie śmierci dłużnika, gdy małżeństwo nie było rozwiedzione, służą małżonkowi pozostałemu przy życiu prawa spadkowe, które odpadają, gdy śmierć nastąpiła w rozwodzie. W pr. austr. i pol. takiego postanowienia nie potrzeba, bo tam obligacja alimentowania, będąc obligacją płynącą ze szkody, podlega ogólnym przepisom o dziedziczeniu.

Wszystkie powyższe przepisy o utrzymaniu w razie rozwodu mają wedle § 1586 zastosowanie także i w razie zniesienia wspólności małżeńskiej (*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*), którą zna prawo niemieckie. Wedle zaś § 1345 k. c. n. mają powyższe przepisy zastosowanie także w razie unieważnienia małż., p. str. 196 n.

Z przedstawionego wyżej stanu rzeczy ocenić możemy różnicę między stanowiskiem pr. austr. i polskiego z jednej strony a pr. niem. z drugiej. Wedle pierwszych należą się niewinnemu rozwiedzionemu małżonkowi alimenty tytułem wynagrodzenia szkody; wedle drugiego tytułem roszczenia familijno-prawnego. Odpowiada temu sformułowanie obowiązku: w pr. pol. art. 265 i 266 mówią, że sąd „może“ wyznaczyć alimenty (tak samo art. 301 K. N. „le tribunal pourra lui accorder“), w pr. niem. zaś obowiązek nałożony jest w § 1578 k. c. n. imperatywnie. Jeszcze szerszą margę, niż w pr. pol. i franc., ma sędzia w pr. austr., bo tutaj może nałożyć na winnego małżonka tak rentę, jak ryczałtową sumę, bo tutaj jest wprost mowa wogóle o odškodowaniu. Różnica w stanowiskach kodeksów tłumaczy się tem, że kodeks niem. świadomie porzucił teorię kar cywilnych za rozwód, a dwa inne kodeksy, jakkolwiek byłaby terminologia, normują omawianą sprawę z punktu widzenia kar cywilnych. Jakie ta różnica pociąga za sobą konsekwencje, przedstawiliśmy wyżej.

Mówiliśmy dotychczas o kwestji utrzymania w razie rozwodu. Obecnie omówić wypada sprawę utrzymania w razie rozłączenia od stołu i łoża.

Prawo polskie odróżnia separację co do stołu i łoża na czas nieograniczony od separacji co do stołu i łoża ograniczonej do pewnego czasu. Do pierwszej odnosi się art. 267 k. c. Kr. p., który opiewa: „rozłączenie co do stołu i łoża na czas nieograniczony pociąga za sobą wszelkie skutki cywilne rozwodu“,

w sprawie alimentów przeto obowiązuje ust. 3 art. 266, któryśmy wyżej poznali. Do separacji od stołu i łoża ograniczonej do pewnego czasu, odnosi się art. 269 k. c. Kr. p., który opiewa: „Rozłączenie co do stołu i łoża do pewnego czasu ograniczone nie znosi żadnych cywilnych małżeństwa skutków, ale środki tymczasowo zaradcze, jakie są postanawiane, znajdują miejsce aż do upływu czasu, do którego rozłączenie wyrzeczne zostało, albo do chwili odstąpienia od niego dobrowolnie“.

Pr. austr. odróżnia separację zgodną i separację, którą orzeka sąd wbrew woli jednego z małżonków. W razie separacji zgodnej rozstrzyga umowa (§ 1263 k. c. a.), w razie separacji niezgodnej obowiązuje § 1264 k. c. a., który opiewa: „Jeżeli zaś separacja została orzeczona wyrokiem sądowym, a winy separacji nie ponosi żadna strona lub obie, to jedna lub druga strona może żądać, aby umowy majątkowe małżeńskie były zniesione, przyczem jednak sąd powinien się zawsze starać o ugodę (§ 102). Jeżeli jedna strona jest niewinna, to jej wolno żądać utrzymania w mocy lub zniesienia umów majątkowych małżeńskich lub, wedle okoliczności, odpowiednich alimentów“. Z paragrafu tego wynika, że należy odróżnić trzy przypadki:

- α) obie strony są winne,
- β) obie strony są niewinne,
- γ) jedna strona jest winna, a druga niewinna.

To odróżnienie ma znaczenie dla losu umów majątkowych małżeńskich. W przypadkach pod α) i β) obie strony, w przypadku pod γ) tylko strona niewinna może żądać utrzymania w mocy lub zniesienia umów majątkowych małżeńskich.

W kwestji alimentów ma znaczenie tylko przypadek, 1) gdzie jedna strona jest niewinna, a co do drugiej jest obojętne, czy jest winną, czy niewinną, tudzież 2) przypadek, gdzie niema strony niewinnej. W przypadku pod 1) strona niewinna (mąż lub żona, § 1264 k. c. a. mówi bowiem wyraźnie „ein Teil“) może żądać „wedle okoliczności“ odpowiednich alimentów, niezależnie od tego, co będzie z umowami majątkowymi małżeńskimi, których utrzymania w mocy lub zniesienia może żądać wedle swej woli. Nie jest więc małżonek niewinny obowiązany zadowolnić się przyznanemi mu w umowach maj. małż. alimentami, jeżeli „wedle okoliczności“ może uzyskać większe, a niezależnem jest także roszczenie żony o alimenta od tego, że ma swój majątek, p. orzec. 8901, 4623 zb. G. U. W. W przypadku pod 1) nie idzie o wybór między alimentami a decyzją co do dalszego losu umów majątkowych małżeńskich, ale niewinnemu małżonkowi służy i jedno i drugie. Wyrażenie „oder“ w ostatniem zdaniu § 1264 k. c. a. ma oczywiście znaczenie „und“; wmyślenie się w sytuację musi przekonać, że inaczej wynikłaby niedorzeczność (p. orzec. G. G. W. 2677, 2947, 1383, 8901, 8310).

W przypadku pod 2), gdy obie strony ponoszą winę, może sędzia wedle d. n. z 4 maja r. 1841 l. 531 zb. u. s. przy-

znać żonie (tutaj jest już mowa tylko o żonie) przyzwoite utrzymanie na jej prośbę, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności (a więc riedostatku) i przemawiających za nią względów słuszności (n. p. mąż ponosi większą winę, p. orz. IX 3533 G. U. W.). Praktyka dopuszcza także przyznanie sumy ryczałtowej, p. orz. XVI, 6523 G. U. W. Dekret z r. 1841 zawiera jeszcze wyrażenia „von Fall zu Fall“ i „ausnahmsweise“, ale te wyrażenia są zbyt techniczne, p. orzec. XI, 4367 i XV, 5745 zb. G. U. W. Obowiązku męża z d. n. z r. 1841 nie uważa praktyka za familijno-prawny, motywując tem zupełną autonomję sędziego, p. orz. IX, 3533, XVI, 6523 zb. G. U. W.

Wracając do przypadku pod 1), powtarzam, że przyznając prawo żądania alimentów nie tylko żonie, powołując się na wyrażenie „ein Teil“ w ostatniem zdaniu § 1264 k. c. a. i konsekwentnie ze stanowiskiem, które zająłem wogóle w sprawie małżeńskich alimentów.

Z powyższego przedstawienia widać, że strona winna, gdy druga jest niewinna, nie ma nigdy prawa żądać alimentów (por. orzec. 3860, 1910, 6715 zb. G. U. W.).

W pr. niem. niema separacji od stołu i łoża, a zniesienie „wspólności małżeńskiej“ jest co do skutków zrównane z rozwodem.

O faktycznej separacji mówiliśmy obszernie wyżej pod B) 2).

4. Omówić nam wypada jeszcze jeden skutek rozwodu, a mianowicie zwrot darowizn. § 1584 k. c. n. opiewa: „jeżeli jeden małżonek został uznany za wyłącznie winnego, to drugi małżonek może odwołać darowizny, które mu poczynił w czasie, przez który był zaręczonym, lub w czasie małżeństwa. Przepisy § 531 mają zastosowanie. Odwołanie jest wykluczone, jeżeli od prawomocności wyroku orzekającego rozwód upłynął rok lub jeżeli darowujący lub obdarowany umarł“. Paragraf ten jest uzupełnieniem przepisów o darowiznie, bo do prawa odwołania darowizny z powodu niewdzięczności dodaje nowy powód. Na instytucję odwołania darowizny z powodu rozwodu w pr. niem. rzuca światło to, że, gdy oboje małżonkowie są winni, darowizna utrzymuje się nadal. W razie rozwodu z powodu choroby umysłowej § 1584 nie ma zastosowania. Instytucję § 1584 należy odróżnić od instytucji wpływu rozwodu na darowizny mortis causa, p. §§ 2077, 2279 k. c. n., i na darowizny zaręczynowe, p. § 1301 k. c. n. Ma także § 1584 zastosowanie w razie zniesienia wspólności małżeńskiej.

W pr. c. Kr. p. art. 266 ust. 2 mówi: „Korzyści, przed rozwodem przez jednego małżonka drugiemu tytułem darmym nadane, traci tylko małżonek winny, gdy drugi jest niewinny“. Różnice między pr. niem. a pol. są następujące. Gdy pr. niem. mówi o odwołaniu, pr. pol. mówi o utracie. Wedle pr. pol. małżonek winny (gdy drugi jest niewinny) traci przeto darowizny

ipso iure. W pr. niem. potrzeba oświadczenia, że się odwołuje darowiznę, po którym, w razie, jeżeli darowizna nie została zwrócona, następuje skarga o wydanie z powodu niesłusznego zbogacenia się. W pr. pol. nie potrzeba żadnego oświadczenia, że się darowiznę odwołuje, i nie potrzeba ewentualnego procesu. Ma to znaczenie wówczas, gdy n. p. na przedmiocie darowanym ustanowione zostało po rozwodzie przez małżonka prawo rzeczowe na korzyść trzecich. W pr. pol. traktuje się je, jako ustanowione przez nie właściciela, w pr. niem. zaś trzeba przeprowadzić pierwiej akcję odwoławczą, dopieroco określoną.

Ten stan rzeczy można stwierdzić prima vista. Różnice jednak tkwią głębiej. Aby je ująć, musimy na omawiane obecnie kwestje popatrzeć z różnych punktów widzenia.

O darowiznach między małżonkami można mówić z dwóch punktów widzenia: albo są to kontrakty małżeńskie (Ehevertrag w prawie niem., Ehepakt w prawie austr., umowa przedślubna w prawie polskiem), albo są to umowy łączące zwykłemi darowiznami, nie mającemi natury i charakteru umów majątkowych małżeńskich. Prawo niem. ma w § 1584 na myśli darowizny drugiego rodzaju. Prawo austr., jeżeli w niem szukać będziemy rozwiązania pytania co do losu darowizn w razie rozwodu, nie zawiera przepisu o darowiznach drugiego rodzaju, los darowizn przeto w razie rozwodu mieści się w losie umów majątkowych małżeńskich.

Druga uwaga, którą musimy uczynić dla zrozumienia omawianej obecnie kwestji, jest następująca: Prawo polskie nie mówi ani o darowiznach ani o umowach majątkowych małżeńskich, ale o „korzyściach“. Ma to znaczenie takie, że przez „korzyści“ rozumieć należy tak umowy majątkowe małżeńskie, jak darowizny, ale darowizny uczynione w chwili zawarcia małżeństwa i później. To znowu jest dlatego ważne, że umowa majątkowa małżeńska może być wedle art. 207 k. c. Kr. p. zawartą tylko przed obchodem małżeństwa, wyrażenie przeto korzyści obejmuje i późniejsze darowizny.

Na podstawie powyższych założeń dochodzimy do następujących twierdzeń:

Pr. niem. w § 1584 mówi tylko o darowiznach nie będących umowami majątkowemi małżeńskimi. Los tych ostatnich nie podlega przeto § 1584, ale podziela los wogóle umów majątkowych małżeńskich.

W prawie polskiem art. 266 ust. 2 obejmuje darowizny tak zwyczajne, jak mieszczące się w umowie przedślubnej, a dalej darowizny uczynione przy zawarciu małżeństwa, jak i później. W pr. polskiem przeto należy każdą umowę przedślubną zanalizować, czy i o ile zawiera darowizny.

Jakżeż wreszcie jest w prawie austr.? Pr. austr. nie zawiera przepisu w sprawie ani odwołania ani utraty darowizny. W razie rozwodu przeto kwestja darowizn o tyle wchodzi w grę,

o ile one są umowami majątkowemi małżeńskimi (jak n. p. odprawa, wiano, dochód wdowi). O losach umów majątkowych małżeńskich mówić będziemy w rozdziale poświęconem umownemu prawu majątkowemu małżeńskiemu.

W razie nieograniczonej separacji od stołu i łoża sprawa darowizn przedstawia się wedle pr. pol. (art. 267 k. c. Kr. p.) tak, jak w razie rozwodu, w razie zaś ograniczonej separacji nie jest aktualną (art. 269 k. c. Kr. p.).

W pr. austr. w razie separacji, darowizny, o ile są kontraktami małżeńskimi, dzielą oczywiście los tych ostatnich (§§ 1263 i 1263 k. c. a.).

Zniesienie wspólności małżeńskiej prawa niem. różniane jest z rozwodem (§ 1586 k. c. n.).

F) Międzynarodowe prawo prywatne.

1. Pr. austr. Co do stosunków osobistych między małżonkami, to wedle k. c. a. można tylko tyle stwierdzić, że tak wówczas, gdy się przyjmie, że je należy oceniać wedle prawa zamieszkania, jak i wówczas, gdy się uważa, że decyduje tutaj prawo miejsca obywatelstwa, będzie to prawo miejsca zamieszkania męża, prawo miejsca obywatelstwa męża (§§ 91, 92 k. c. a.). K. c. a. jednak nie rozstrzyga, które z tych praw należy do stosunków osobistych między małżonkami stosować. Nie można tych stosunków podciągać pod reguły §§ 36 i 37 k. c. a., bo są one przeważnie natury publiczno-prawnej. Z tego właśnie powodu, o ileby szło o analogję, należałoby stosować do nich te przepisy, które k. c. a. postanowił dla zdolności osobistej, a więc należałoby stosunki osobiste między małżonkami oceniać wedle prawa tego państwa, którego mąż jest obywatelem (§§ 4 i 34 k. c. a.). I w tym jednym przypadku należałoby przyjąć pewne ograniczenia, jak te, że sędzia austriacki nie może dozwolić, by mąż wykonywał nad żoną większą władzę, niż ją uznaje pr. austr., tudzież że wzajemne prawa i obowiązki małżonków mogą być dochodzone tylko w tej drodze, którą dopuszcza ustawodawstwo państwa, gdzie dochodzenie ma nastąpić, a więc w Austrii ustawodawstwo austriackie.

2. Pr. polskie. Z tych samych powodów, które decydują o stanowisku prawa austr., należy przyjąć tę samą zasadę dla pr. c. Kr. p. Rozstrzygającym jest tutaj ust. 3 art. 3 k. c. Kr. p., w kwestji alimentów zaś ust. 1 tegoż artykułu, uważa się je bowiem (we Francji, a do tego stosują się w Kr. p.) za nakazane prawami policyjnymi i bezpieczeństwa. Rozstrzygającą z drugiej strony jest zasada wzajemności.

3. Pr. niem. W pr. niem. obowiązuje art. 14 u. o zaprow. k. c. n., który opiewa: „Osobiste stosunki prawne niemieckich małżonków do siebie ocenia się wedle ustaw niemieckich, chociaż małżonkowie mają miejsce zamieszkania zagranicą. Ustawy

niemieckie mają także wtedy zastosowanie, gdy mąż stracił przynależność państwową, ale żona ją zatrzymała“.

Reguła powyższa, nakazująca sędziemu stosować prawo niemieckie, odnosi się do a) małżonków mających przynależność państwową niemiecką; b) do małżonków, którzy mieli przynależność niemiecką, ale z których mąż ją utracił (bez względu, czy nabył nową), a żona zachowała; wreszcie c) do małżonków, którzy mieli przynależność państwową niemiecką, stracili ją, nie nabyli nowej, ale w Niemczech mieszkają.

Nie są natomiast unormowane prawne stosunki cudzoziemskich małżonków do siebie. Zgodnie ze stanowiskiem, które już zająłem co do pr. austr. i pol., jestem zdania, że decydującą jest dla tych stosunków *lex patriae* męża, a nie *lex patriae* męża i *lex patriae* żony.

4. Konwencja Hagska z 17 lipca r. 1905, zawarta między Niemcami, Francją, Włochami, Holandją, Portugalją, Rumunją, Szwecją, i Norwegją, postanawia w kwestji, która nas interesuje następujące przepisy:

Art. 1. Dla praw i obowiązków małżonków w ich osobistych stosunkach decydującą jest ustawa państwa, do którego przynależą (ustawa ojczysta). Jednakże tylko takie środki przeprowadzenia tych praw i obowiązków mogą być zastosowane, na które zezwala także ustawa kraju, w którym zastosowanie jest potrzebne.

Art. 9. Jeżeli małżonkowie w czasie małżeństwa nabyli nową przynależność państwową, i to obaj jednakową, to w wypadkach art. 1, 4, 5, należy zastosować ustawę ich nowej ojczyzny. Jeżeli małżonkowie w czasie trwania małżeństwa nie zachowują jednakowej przynależności państwowej, to przy zastosowaniu wyżej wymienionych artykułów, należy uważać ich ostatnią wspólną ustawę za ustawę ich ojczyzny.

Art. 10. Umowa ta nie ma zastosowania, jeżeli ustawa, któraby musiała być zastosowaną wedle poprzedzających artykułów, nie jest ustawą jednego z państw kontraktujących.

Zgodnie ze wszystkimi wyżej przedstawionymi prawami uznaje także i konwencja Hagska w stosunkach osobistych *legem patriae* za decydującą. Nadto rozstrzyga konwencja kwestję, którą *legem patriae* należy stosować, jeżeli małżonkowie są obywatelami różnych państw, w tym kierunku, że jedna *lex patriae* może mieć zastosowanie, a nie dwie *leges*, t. j. nie *lex patriae* męża i *lex patriae* żony. Nowem tylko jest to, że nie jest to nowa *lex patriae* męża, ale ostatnia wspólna ustawa. Jest to rozwiązanie w każdym razie szczęśliwe, bo opinja, że w razie różnicy obywatelstwa małżonków obowiązują dwie ustawy, wiedzie do komplikacji nieraz nie dających się rozwiązać.

Dla wszystkich powyższych praw i dla konwencji Hagskiej należy jeszcze rozstrzygnąć, co się rozumie przez wzajemne stosunki osobiste małżonków. Wiemy już, że nie należy tutaj spra-

wa zawierania małżeństwa, rozwodu i separacji. Nie należy także do osobistych stosunków małżonków ustrój majątkowy małżeński. Natomiast należą do osobistych stosunków: sprawa supremacji męża, sprawa nazwiska żony i stanu, rola żony w gospodarstwie domowym, sprawa alimentów żony względem męża, a nie wahałbym się także zaliczyć tutaj ten kompleks stosunków, który w pr. niem. nazywa się „Schlüsselgewalt“. Rozumie się, że należy tutaj wszystko to, co odnosi się do zdolności do działania żony i do jej ograniczenia.

ROZDZIAŁ PIĄTY.

Ustawowe prawo majątkowe małżeńskie.

I. Wiadomości ogólne.

Ustrój majątkowy małżeński (régime matrimonial, Güterstand) wykazuje w różnych ustawodawstwach wielką różnorodność. Wszędzie należy przyjąć, że przedewszystkiem umowa urządza stosunki majątkowe między małżonkami, a dopiero wówczas, gdyby jej nie zawarło, wchodzi w zastosowanie ustawa. Prawo ma przeto rozwiązać dwa zadania: 1^o Czy istnieją pewne typy umów majątkowych małżeńskich, w razie zaś twierdzącym, jakie to są typy, dalej zaś czy oprócz tych typów małżonkowie mogą swobodnie w drodze umowy inaczej swoje majątkowe stosunki uregulować? 2^o Jak urządza ustawa stosunki majątkowe małżeńskie, jeżeli umowa majątkowa małżeńska nie przyszła do skutku?

Stosownie do powyższego stanu rzeczy dzieli się prawo majątkowe małżeńskie na ustawowe i umowne.

Przy przedstawieniu jednego i drugiego używać będziemy pewnych pojęć, aby się mógł łatwiej i prędzej porozumieć. Należy więc te pojęcia na wstępie określić.

W dalszym wykładzie spotkamy się z następującymi ustrojami, typami, systemami majątkowymi małżeńskimi:

1. System wspólności (Gütergemeinschaft, communauté);
2. System separacji, odłączenia, oddzielenia dóbr lub majątków (séparation de biens, Gütertrennung);
3. System dotalny (le régime dotal, Dotalsystem);
4. System francuski znany pod nazwą le régime sans communauté;

5. Zarząd i użytkowanie męża, nazywany także wspólnością zarządu (Verwaltungsgemeinschaft) lub połączeniem dóbr (Güterverbindung).

Określimy powyższe ustroje przez podanie głównych ich elementów. Ustrój separacji (odłączenia) dóbr odznacza się tem, że majątek żony nie podlega mężowi; system połączenia (Güter-

verbindung) dóbr polega na tem, że majątek żony przypada mężowi do zarządu i użytkowania, wreszcie system wspólności odznacza się tem, że oba majątki, męża i żony, łączą się w jedną masę wspólną. W systemie wspólności zarząd sprawuje mąż (we Francji i Niemczech z reguły, w Austrii i Kr. p. w pewnej kombinacji) nad całą masą wspólną i on pobiera pożytki z niego: w systemie połączenia dóbr (Güterverbindung) mąż ma zarząd i użytkowanie majątku żony: w systemie separacji dóbr żona zarządza swoim majątkiem i ona też pobiera owoce. System dotalny jest właściwie systemem separacji dóbr z tą różnicą, że żona (lub kto inny za nią) przynosi mężowi posag (das Heiratsgut), z którego owoce pobiera mąż, a nawet staje się w pewnych przypadkach jego właścicielem. Wreszcie system, który prawo francuskie nazywa régime sans communauté, podobny jest w tem do systemu wspólności, że mąż administruje i pobiera owoce tak ze swego, jak z majątku żony, ale różni się od niego tem, że w nim nie ma masy wspólnej t. j. nie ma dóbr wspólnych. Później wykażemy, o ile ten system odbiega od niemieckiego systemu połączenia dóbr (Güterverbindung), na razie stawiamy go osobno dla uproszczenia wykładu.

Między temi systemami mogą być oczywiście kombinacje. I tak w systemie połączenia dóbr (Güterverbindung) mogą być z tego połączenia pewne dobra wyjęte i stanowią t. zw. dobra zastrzeżone (Vorbehaltsgut). Wówczas mamy dwa systemy razem, a mianowicie system połączenia dóbr i co do dóbr zastrzeżonych, system odłączenia dóbr. Kombinację także systemów widzieliśmy w t. zw. systemie dotalnym. Ten ostatni jest systemem odłączenia dóbr, co do posagu zaś jest systemem połączenia dóbr (Güterverbindung), jeżeli na posagu służy mężowi użytkowanie (jeżeli zaś mężowi służy na posagu własność, to oczywiście nie ma wówczas mowy o połączeniu dóbr). Jeżeli z tego punktu widzenia będziemy patrzeć na różne ustawodawstwa, to n. p. różnica między połączeniem dóbr (Güterverbindung) a systemem dotalnym, gdy mężowi na posagu służy użytkowanie (a nie własność), przedstawi nam się w ten sposób, że w pierwszym systemie, t. j. w systemie połączenia dóbr (Güterverbindung) musi być określonym i ściśle oznaczonym to, co stanowi dobra zastrzeżone, w systemie zaś dotalnym musi być określonym i ściśle oznaczonym to, co stanowi posag, czyli innemi słowy, w pierwszym systemie ma być określonym to, co nie jest w zarządzie i użytkowaniu męża, a w drugim systemie to, co właśnie ma być w jego zarządzie i użytkowaniu. Tak samo i system wspólności może podlegać różnym kombinacjom. Wspólności może podlegać cały majątek obu małżonków albo tylko część ich majątków, przyczem reszta, nie podlegająca wspólności, stanowi dobra zastrzeżone, dobra własne jednego lub drugiej małżonka (Vorbehaltsgut, biens propres). Dalszy wykład wyjaśni, kto temi dobrami zastrzeżonymi zarządza i pobiera z nich użytki.

Dla ogólnej orientacji podajemy zestawienie ustrojów majątkowych małż. w najważniejszych państwach:

Ustroj legalny (w braku umowy)	Ustroj konwencjonalny	Systemy wykluczone	Chwila zawarcia umowy majątk. małżeńskiej	Forma i skuteccz. umowy maj. mat. wobec trzecich	UWAGI
<p>1. System odłączenia dóbr, tj. każdy małżonek zachowuje swoją własność i swój zarobek.</p> <p>2. Jednak dopóki żona się nie sprzeciwi, służy mężowi zarząd majątkiem żony, bez składania rachunków z pobranych owoców. Jest to więc domniemane, prekaryjne połączenie dóbr.</p>	<p>1. Posag (Heiratsgut).</p> <p>2. Wspólność majątkowa (Gütergemeinschaft).</p> <p>3. Umowny zarząd majątkiem żony.</p>	<p>Zrównanie dzieci z różn. małż. (Einkindschaft).</p>	<p>Przed lub po zawarciu małżeństwa.</p>	<p>Forma notarialna. Umowy działają przeciwko wierzycielom handlowym kupca wpisanego do rejestru, jeżeli same były wpisane do rejestru handlowego.</p>	<p>Oznaczonym musi być posag, nad którym mężowi służy zarząd i użytkowanie, gdy w pr. niem. oznaczone być muszą dobra zastrzeżone (Vorbehaltsgut), których żona ma zarząd i użytkowanie.</p>
<p>1. Zarząd i użytkowanie majątku żony służy mężowi a więc system połączenia dóbr (Güterverbundung).</p>	<p>1. Oddzielenie majątków.</p> <p>2. System dotalny.</p> <p>3. General. wspólność majątkowa.</p>	<p>*</p>	<p>Tylko przed zawarciem małżeństwa.</p>	<p>Akt przed urzędem aktowym sporządzony.</p>	<p>Posag jest niespożywalny (art. 218 k. c. Kr. p.) i nieobciążalny (art. 231 k. c. Kr. p.). Wyjątki w art. 219, 220, 223 k. c. Kr. p.</p>
<p>1. Maż ma zarząd i użytkowanie na dobrach wniesionych żony. Jest to więc system połączenia dóbr (Güterverbundung).</p>	<p>1. Gener. wspólność majątkowa.</p> <p>2. Wspóln. dorobku.</p> <p>3. Wsp. ruchomości.</p> <p>4. System separacji dóbr, o ile istnieją dobra zastrzeżone żony (Vorbehaltsgut).</p>	<p>Niedozwolone jest określić stan majątków. przez generalne oddzielenie do nieobowiązującego już lub zagranicznego ustawodawstwa.</p>	<p>Przed lub po zawarciu małżeństwa.</p>	<p>Forma sądowa lub notarialna. Umowy działają przeciwko trzecim, jeżeli im są znane lub jeżeli są wpisane do rejestru dóbr.</p>	

Kr. polski

Niemcy

System wspólności z zarządem męską za wspólną masą.	1. Wspóln. dorobku. 2. Separacja dóbr. 3. System dotalny 4. Régime sans communauté.		Tylko przed zawarciem małżeństwa.	Forma notarialna.	Pisag jest niepozbawalny i nieobciążalny, art. 1554 K.N. Wyjątki w art. 1555 nast. K. N.
<p>1. Zarząd i użytkowanie nie męża nieruchomości. żony</p> <p>2. Własność męża na ruchomości. żony z wyjątkiem dóbr odłączonych.</p> <p>3. Na dobrach odłączonych, do których należą rzeczy oznaczone umową, a z ustawy należą podarki ślubne, przedmioty osobistego użytku, zarobek z przemysłu, literatury etc., żona ma stanowisko kobiety wolnej (feme sole)</p>	<p>Odłączenie dóbr.</p>		Przed i po zawarciu małżeństwa.	Swoboda formy.	
<p>System separacji dóbr z wolnym zarządem i użytkowaniem swoim majątkiem przez każdego małżonka.</p>	<p>1. Umowny zarząd. 2. System dotalny. 3. Wspólność dorobku.</p>	<p>Generalna wspólność.</p>	Przed zawarciem małżeństwa.	Forma notarialna.	
<p>Prawnie tak, jak we Włoszech, fadza mąż majątkiem żony z wyjątkiem nieruchomości i pierwiórow wartościowych.</p>	<p>Umowy maj. małż. wszelkiego rodzaju.</p>				

Przedstawiliśmy wyżej sprawę, używając pewnych wyrobionych i przyjętych pojęć. Przypatrzmy się jej obecnie z innego punktu widzenia, a mianowicie z punktu widzenia sytuacji faktycznych. Jakie sytuacje faktyczne w dziedzinie majątkowej małżeńskiej ma prawo do unormowania? O dwie główne idzie kwestje: w jaki sposób unormować udział żony w ponoszeniu ciężarów małżeńskich i jak unormować rozdział majątków małżonków w razie rozwiązania małżeństwa? Ujmując rzecz na razie w ogólnych konturach, możemy stwierdzić, że życie pierwszą kwestję rozstrzyga w ten sposób, że albo majątek żony służy w całości do ponoszenia ciężarów małżeńskich, a części pozostawione do jej dyspozycji i pobierania z nich owoców, są wyjątkami, albo na odwrót: żona ma swój majątek w swoim zarządzie i użytkowaniu, a tylko pewne części, oznaczone ściśle, są przeznaczone na ponoszenie ciężarów małżeńskich. Drugą kwestję rozstrzyga życie także w dwojaki sposób: albo każdemu małżonkowi przypada w razie rozwiązania małżeństwa tylko jego majątek albo też przyjmuje się pewne ryczałtowe załatwienie, dzieląc np. majątek jednego i drugiego małżonka, razem wzięty, po połowie. Tak rzecz rozstrzyga życie. Na to przychodzi prawo i ujmuje te sytuacje faktyczne w normy, tworząc z nich budowę skonstruowaną prawniczo, tworząc z nich pewien ustrój, organizując je w pewien sposób i tę organizację zapatrując w prawne sankcje. Każdy t. zw. system majątkowy małżeński (a jest to prawnicze pojęcie uogólniające pewną sumę norm) winien określone wyżej sytuacje rozstrzygać. Przypatrzmy się, jak to zadanie spełniają wyżej wymienione systemy.

System separacji dóbr: rozstrzyga te zagadnienia w ten sposób: Każdy małżonek zachowuje swój majątek, zarządza nim, pobiera sam owoce w razie rozwiązania zaś małżeństwa każde na z nich przypada tylko jego majątek. Problem zaś przyczyniania się żony do ponoszenia ciężarów małżeńskich rozstrzygnięty jest w ten sposób, że albo żona w drodze umowy przeznaczona pewną część swego majątku na cele ciężarów małżeńskich (posag) albo też ustawa nakłada na nią ten obowiązek. W Austrii np., gdzie system odłączenia dóbr jest ustawowym, żona (lub trzeci za nią) ustanawia posag ad sustentanda onera matrimonii, tak samo jest w Francji, gdy przez umowę małżonkowie przyjęli system dotądny. W Niemczech, gdzie system separacji dóbr jest umownym, określa ustawa obowiązek przyczyniania się żony do ponoszenia ciężarów. Sprawa przyczyniania się żony do ciężarów małżeńskich może być przy tym systemie jeszcze i w ten sposób załatwiona, że mężowi służy zarząd bez składania rachunków majątkiem żony, aż do jej odwołania, które może każdej chwili nastąpić. Tak jest np. w Austrii, gdzie mężowi służy domniemany, prekaryjny zarząd majątkiem żony.

System połączenia dóbr (Güterverbindung) lub wspólności zarządu (Verwaltungsgemeinschaft), w Francji zaś

system t. zw. *sans communauté*, rozstrzygają powyższe kwestje w następujący sposób: małżonkowie zachowują, mówiąc popularnie, własność swych majątków, wskutek czego w razie rozwiązania małż. niema zasadniczych trudności przy uregulowaniu tej kwestji, ze względu zaś na przyczyniarie się żony do ponoszenia ciężarów małżeńskich służy mężowi zarząd i użytkowanie całego majątku żony. Tak jest w Niemczech i w Kr. pol. z ustawy, w Francyi zaś w drodze umowy w t. zw. *régime sans communauté*. W takim systemie prawo musi uregulować sprawy tych części majątku żony, które wyjątkowo nie podpadają pod zarząd i użytkowanie męża, na których przeto żona ma użytkowanie w czasie małż. i niemi zarządza. Trzeba je ściśle oznaczyć. Czyni to umowa albo umowa i ustawa. Na umowne wyjęcie pewnych części zgadzają się k. c. n. i k. c. Kr. p. w tym rozmiarze, że żonie służy na dobrach zastrzeżonych dla niej (w pr. niem. t. zw. *Vorbehaltsgut*) zarząd i użytkowanie, w Francyi zaś załatwiono tę sprawę przy t. zw. *régime de communauté*, że żona może sobie zastrzedz pewną część dochodów.

Nim przedstawimy dalsze systemy, możemy uczynić pewną uwagę, która nam pozwoli ocenić znaczenie i wartość konstrukcji prawnych. Wyobraźmy sobie, że w państwie, gdzie nie jest ustawowym system separacji dóbr, np. w Francji, małżonkowie w drodze umowy przyjęli system dotalny, a żona z całego swego majątku uczyniła posag. Czem taki ustrój będzie się różnił od ustroju urządzonego przez *régime sans communauté*? W jednym i drugim przypadku małżonkowie zachowują własność swoich majątków (mamy na myśli przypadek, gdy posag ustanowiła żona); w jednym i drugim przypadku mąż ma zarząd i użytkowanie całego majątku żony. W jednym i drugim przypadku wreszcie przy rozwiązaniu małż. rozdział majątków odbywa się jednakowo. Jednak „system“ oznacza kompleks norm, scharmonizowanych wedle pewnego pojęcia i wniosków stąd płynących. W przykładzie przytoczonym wylaniają się też, mimo tych podobieństw, różnice, które nie są obojętne. Przytoczymy dla przykładu niektóre. Jeżeli strony podaną wyżej sytuację faktyczną określiły jako ustrój dotalny, to mężowi służyć skargi petytoryjne (art. 1949 K. N.), jeżeli zaś przyjął ją, jako *régime sans communauté*, to mąż tych skarg nie ma (art. 1428 K. N.). Nieruchomości w *régime sans communauté* mogą być alienowane, inaczej zaś ma się rzecz w razie systemu dotalnego. Różnice wylaniają się co do majątku, który żona nabędzie po zawarciu kontraktu małżeńskiego, co do stosunku męża do dochodów, składających się z rzeczy zużywalnych itd. Nie jest więc obojętnem wybranie ustroju, a trudności decyzji usuwa doświadczenie, nie osobiste oczywiście, ale objawiające się w zwyczaju. Kodeksy, zaprowadzające jednolitość dla ustawowego prawa małżeńskiego, dają swobodę w wyborze umowy małżeńskiej majątkowej, właśnie dlatego, bo liczą się ze zwyczajem.

Wróćmy jednak do innych systemów. Ustawowa wspólność majątkowa małżeńska, jak w Francji, spełnia oba zadania: majątek żony, poddany wspólności, a administrowany przez męża, jest udziałem żony w ponoszeniu ciężarów małżeńskich, w razie zaś rozwiązania małż. rozdział majątków następuje sposobem ryczałtowym, przez przyznanie każdemu małżonkowi np. połowy wspólnej masy. Wylania się tu znowu sprawa nie włączonego do wspólności majątku żony (biens propres, Vorbehaltsgut), którą można znowu rozmaicie załatwić, oddając ją w zarząd żonie lub mężowi, w którym to ostatnim przypadku żona może otrzymywać pewną część dochodów na swój użytek.

II. Obowiązujące przepisy.

Prawo niemieckie.

I. Ustawowe prawo majątkowe.

1. Ogólne przepisy.

I. Prawidłowy zarząd i użytkowanie męża. § 1363. Majątek żony zostaje przez zawarcie małżeństwa poddany zarządowi i użytkowaniu męża (wniesione dobra — eingebrachtes Gut). Do wniesionych dóbr należy także majątek, który żona nabywa podczas małżeństwa.

II. Przypadek, w którym zarząd i użytkowanie nie ma miejsca z mocy ustawy.

§ 1364. Zarząd i użytkowanie męża nie ma miejsca, jeżeli zawiera małżeństwo z ograniczoną w zdolności do działania żoną bez zezwolenia jej ustawowego zastępcy.

III. Prawo męża nie rozciąga się na dobra zastrzeżone.

§ 1365. Zarząd i użytkowanie męża nie rozciąga się na dobra zastrzeżone żony (Vorbehaltsgut der Frau).

1. Dobra zastrzeżone.

a) Ustawowe dobra zastrzeżone.

Kodeks cyw. Król. polsk.

0 prawach i obowiązkach między małżonkami ze względu na ich stosunki majątkowe w przypadku niezawarcia w tej mierze umowy.

Art. 192. Mąż przez ciąg trwającego małżeństwa zarządza majątkiem żony i jemu, jako obowiązanemu ponosić ciężary małżeńskie, służy użytkowanie majątku żony. Przepisy ogólne o użytkowaniu stosują się do użytkowania mężowi służącego, z następującymi wyjątkami: 1^o Mąż nie będzie ograniczony w użytkowaniu, choćby się o spisanie inwentarza, ruchomości i stanu nieruchomości nie postarał; 2^o Nie jest obowiązany stać rękojmi; 3^o Nie jest mocen prawa użytkowania sprzedać lub innym sposobem zbywać.

Art. 193. Zarząd i użytkowanie męża rozciąga się nietylko do tego, co żona w czasie zawarcia małżeństwa wniosła, ale i do tego, co jej później przez spadek, przez darowiznę lub los przybędzie.

Prawo z 12/25 marca 1914 (Zb. Nr 76/1914 pos. 902): 1. Tytułem zmiany i uzupełnienia odpowiednich przepisów, nie wyłączając ustaw odrębnych, obowiązujących w Król. polsk. postanowić: Mężatki, chociażby małoletnie, mieszkające oddzielnie od mężów, przy wynajmowaniu się do robót, jak

Pr. austriackie.

§ 1237. Jeżeli małżonkowie nie zawarli szczególnie umowy w sprawie korzystania (Verwendung) z swego majątku, to każdy z małżonków zachowuje swoje poprzednie prawo własności, i o to, co każda strona w czasie małżeństwa nabyte i co jej w jakikolwiek bądź sposób przybędzie, nie ma drugą stroną rozszczenia. Wątpliwość jest do

mniemanie, że naby

cie (Erwerb) pochodzi od męża.

§ 1238. Dopóki żona się nie sprzeciwiła, zachodzi prawne domniemanie, że powie-

e) Osobiste przedmioty do użytku.
§ 1366. Do dóbr zastrzeżonych należą rzeczy przeznaczone wyłącznie do osobistego użytku żony, w szczególności suknie, przedmioty do ozdoby (Schmucksachen) i narzędzia pracy.

β) Zarobek z pracy.
§ 1367. Dobrem zastrzeżonym jest to, co żona nabywa przez swoją pracę lub przez samodzielną prowadzenie interesu zarobkowego.

b) Umowne dobra zastrzeżone.
§ 1368. Dobrem zastrzeżonym jest to, co przez umowę małżeńską (Ehevertrag) uznane zostało za dobro zastrzeżone.

c) Pomnożenie dobra zastrzeżonego.
§ 1369. Dobrem zastrzeżonym jest to, co żona nabywa przez dziedziczenie, przez zapis lub jako zachówek (nabycie mortis causa), lub co jej między żyjącymi trzecia osoba pod tytułem darmym udzieliła, jeżeli spadkodawca przez rozporządzenie ostatniej woli, a trzecia osoba przy udzieleniu postanowiła, że przedmioty w ten sposób przez żonę nabyte, mają stanowić dobro zastrzeżone.

d) Surogacja.

§ 1370. Dobrem zastrzeżonym jest to, co żona nabywa na podstawie prawa należącego do jej dóbr zastrzeżonych lub jako wynagrodzenie za zniszczenie, uszkodzenie lub

również przy wstępowaniu do służby prywatnej, społecznej i rządowej oraz i zakładów naukowych, nie są obowiązane wydobywać na to zezwolenia mężów. 2. W Kr. pol. w sprawach wynikłych ze stosunków umownych w art. poprzedzającym wskazanych, mężatki mogą stawać w sądzie bez zezwolenia mężów. 3. W Kr. pol. wszystko, co nabyte zostało staraniem i pracą żony, oddzielnie od męża mieszkającej, stanowi jej własność wyłączną, na którą nie rozciąga się moc art. 192 i 193 K. c. 1875.

Art. 204. Pożytki ze staranności i pracy żony pochodzące, należą do męża, jako obowiązanego ponosić ciężary małżeńskie; zyski jednakże, jakie żona z dozwoleniem męża mieć może z oddzielnego handlu, przemysłu, kunsztu, profesji lub talentu, są jej wyłączną własnością i wyjęte są od przepisów art. 192 i 193. W tym przypadku stosują się do zysków żony przepisy, jakie w art. 213, 214, 215, 216 i 217 co do przychodów z majątku żony są postanowione.

(Art. 214 do 217 podane są w nast. rozdziale.

Art. 213. Gdy dla żony zastrzeżone jest użytkowanie jej majątku, a nie oznaczono, jak dalece do wspólnych ciężarów małżeńskich przykładać się ma, natenczas żona obowiązana będzie ponosić je w stosunku

rzyła mężowi, jako swemu ustawowemu zastępcy, zarząd swego woln. majątku.

§ 1239. Mażonek jest wprawdzie uważany ze względu na taki zarząd jak wogóle inny upetnomocniony zarządca, jednak jest odpowiedzialny tylko za substancję (Stammgut) lub kapitał. Jeżeli wyraźnie nie umowiono, to z pobranych w czasie zarządu owych nie jest obowiązany składać rachunków; przeciwnie, uważa się je za załatwione aż do dnia zniesienia zarządu.

§ 1240. Także żona nie jest obowiązana składać rachunków z użytkowania, które mężowi odstąpiła, ale z którego podczas małżeństwa sama ko-

zabranie przedmiotu należącego do dóbr zastrzeżonych lub co nabywa przez czynność prawną odnoszącą się do dóbr zastrzeżonych.

2. Przepisy o rozdziale majątku stosują się do dóbr zastrzeżonych.

§ 1371. Do dóbr zastrzeżonych mają odpowiednie zastosowanie przepisy normujące majątek żony w razie rozdziału majątkowego (Gütertrennung); żona jednak obowiązana jest o tyle tylko przyczyniać się do pokrycia kosztów małżeńskich, o ile mąż nie otrzymuje już odpowiedniego dodatku przez pożytki dóbr wniesionych (durch die Nutzungen des eingebrachten Gutes).

IV. Spisanie dóbr wniesionych.

1. Roczmiar (Bestand).

§ 1372. Każdy małżonek może żądać, aby roczmiar dóbr wniesionych był ustalony przez sporządzenie spisu, dokonanego przy współudziale drugiego małżonka. Do sporządzenia spisu stosują się przepisy § 1035 o użytkowaniu.

2. Stan (Zustand).

Każdy małżonek może na swoje koszty ustalić przez znawców stan rzeczy należących do dóbr wniesionych.

2. Zarząd i użytkowanie.

a) Stanowisko prawne męża w odniesieniu do dóbr wniesionych.

taki w art. 201 jest przepisany.

Art. 212. Do majątku, któryby się małżonkom lub jednemu z nich przed lub po zawarciu małżeństwa przez spadek, lub darowiznę dostał, umowy przedślubne, albo w braku ich przepisy prawne oddziału 2, o tyle tylko się stosują, o ile spadkodawca lub darujący odmiennych warunków nie przepisał.

Art. 192. 1^o Mąż nie będzie ograniczony w użytkowaniu, choćby się o spisanie inwentarza i stanu nieruchomości żony nie postarał.

Art. 194. Jeżeli inwentarz majątku żony sporządzony nie był, wolno będzie stronom interesowanym prowadzić dowód na własność i wartość ruchomości, niemniej nabyty stan nieruchomości żony, przez środki prawnem ogólnie dozwolone, a po skończonym użytkowaniu nawet przez pisma domowe przez świadków i domniemania bez różnicy przedmiotu, w potrzebie zaś i przez wieść powszechną. Samo jednak przyznanie męża nie stanowi dowodu dla żony przeciw jego wierzytelom.

rzystała; wolno jednak małżonkom znieść tego rodzaju milczące zarządy.

§ 1241. W nagłych przypadkach lub w razie niebezpieczeństwa szkody może być mężowi odjęty zarządek majątku, nawet wówczas, gdyby mu był przyzwolonym wyrażnie i na zawsze. Należałoby także mąż jest uprawniony położyć koniec nieporządnemu gospodarstwu żony i pod ustawowymi warunkami prosić o uznanie jej za marnotrawczynią.

I. Zarząd.

1. Prawo do posiadania.
§ 1373. Mąż jest uprawniony brać w posiadanie rzeczy należące do dóbr wniesionych.

2. Obowiązek porządnego zarządu. Obowiązek udzielania wiadomości.

§ 1374. Mąż jest obowiązany porządnie (ordnungsmässig) zarządzać dobrami wniesionymi. O stanie zarządu winien żonie na jej żądanie udzielać wiadomości.

2. Granice prawa zarządu w ogólności.
§ 1375. Prawo zarządu męża nie obejmuje uprawnień do zobowiązywania żony przez czynności prawne lub do rozporządzania wniesionymi dobrami bez jej zezwolenia, 4. Zarządzenia męża.

a) Zarządzenia skuteczne bez zezw. żony.
§ 1376. Bez zezwolenia żony może mąż: 1. Rozporządzać pieniędzmi lub innymi używalnymi rzeczami żony; 2. Kompensować wierzytelnościami służącymi na żonie, których uiszczenie może być żądane z dóbr wniesionych; 3. Wypełniać zobowiązania żony, polegające na świadczeniu przedmiotu należącego do dóbr wniesionych przez świadczenie tego przedmiotu.

b) Zasady zarz., które należy przestrzegać.
§ 1377. Mąż winien wydawać zarządzenia,

Art. 195. Zarząd męża nie rozciąga się tak dalece, aby mu wolno było bez zezwolenia żony własność jej jakimkolwiek sposobem zbywać lub obciążać, kapitały podnosić, układy pojednawcze względem własności żony zawierać.

§ 1239. Mąż jest wprawdzie uważany ze względu na taki zarząd, wogóle jak inny uprawniony zarządca, jednak odpowiada tylko za substancję lub kapitał. Jeżeli wyraźnie nie umówiono się, nie jest obowiązany składać rachunków z pobranych podczas zarządu owoców; przeciwnie, uważa się je za wyrownane aż do dnia zniesienia zarządu.

do których wedle § 1376 jest uprawniony bez zezwolenia żony, tylko w celu porządnego zarządu wniesionemi dobrami. Należące do wniesionych dóbr pieniądze winien mąż, o ile nie należy ich trzymać w pogotowiu na pokrycie wydatków, złożyć na procent wedle przepisów obowiązujących w sprawie składania pieniędzy pupiłów. Inne zużywalne rzeczy wolno mężowi także dla siebie sprzedawać lub zużywać. Jeżeli z tego uprawnienia robi użytek, to winien zwrócić wartość rzeczy po ukończeniu zarządu i użytkowania; zwrot winien już przedtem nastąpić, o ile tego wymaga porządny zarząd dóbr wniesionych.

5. Inwentarz gruntów.

§ 1378. Jeżeli do dóbr wniesionych należy grunt z inwentarzem, to prawa i obowiązki męża, odnośnie do inwentarza, określają przepisy § 1048 ust. 1, obowiązujące o użytkowaniu.

6. Zastąpienie wymaganego przyzwolenia żony przez sędziego.

§ 1379. Jeżeli do porządnego zarządu potrzebnem jest przedsięwzięcie czynności prawnej, do której mąż potrzebuje przyzwolenia żony, to to przyzwolenie może na wniosek męża być zastąpione przez sąd opiekuńczy, jeżeli żona odmawia go bez dostatecznego

powodu. To samo ma zastosowanie, jeżeli choroba lub nieobecność przeszkadza żonie złożyć oświadczenie, a zwłoka połączona jest z niebezpieczeństwem.

7. Czytana legitymacja męża.

§ 1380. Mąż może we własnym imieniu sądownie dochodzić prawa należącego do dóbr wniesionych. Jeżeli jest uprawniony do rozporządzania prawem bez przyzwolenia żony, to wyrok jest skuteczny na korzyść żony i przeciwko niej.

8. Zasada surrogacji.

a) Przy nabyciu za środki dóbr wniesionych.

§ 1381. Jeżeli i rąż nabywa rzeczy ruchome za środki pochodzące z dóbr wniesionych, to z chwilą nabycia przechodzi ich własność na żonę, chyba, że mąż nie chce nabyć na rachunek dóbr wniesionych. Odnosi się to w szczególności także do papierów na okaziciela i do papierów na zlecenie, zaopartych w indos in blanco. Przepisy ustępu pierwszego mają odpowiednio zastosowanie, jeżeli mąż za środki pochodzące z dóbr wniesionych nabywa prawo na rzeczach wyżej określonego rodzaju lub inne jakies prawo, do którego przeniesienia wystarczy kontrakt odstąpienia (Abtretungsvertrag).

b) W razie zastąpienia wniesionych przez i

Art. 196. Sprawa tycząca się praw żony nie może być przez męża bez jej zezwolenia lub przyzwolenia wytoczona. Sprawa taka wina przez trzeciego nie może być rozpoznaczona, jak przez zapoznanie obojga małżonków.

zonę przedmiotów gospodarstwa domowego nowemi.

§ 1382. Przedmioty gospodarstwa domowego, które mąż sprowadził (anschafft) w miejsce rzeczy wniesionych przez żonę, już nie istniejących lub takich, które straciły wartość, stają się dobrami wniesionemi.

2. Użytkowanie.

§ 1383. Mąż nabywa użytki z dóbr wniesionych w ten sam sposób i w tym samym rozmiarze, jak użytkowca.

III. Ciężary połączone z użytkowaniem.

1. Koszta zyskiwania owoców i koszta utrzymania.

§ 1384. Oprócz kosztów, które powstają przez wydobycie owoców, ma mąż ponosić, wedle przepisów o użytkowaniu, koszta utrzymania przedmiotów należących do dóbr wniesionych.

2. Obowiązek męża.

a) Wobec żony do ponoszenia:

α) Bieżących wydatków.

§ 1385. Mąż jest wobec żony zobowiązany przez czas trwania zarządu i użytkowania ponieść: 1. Ciężące na żonie publiczne ciężary z wyjątkiem ciężarów, których przedmiotem są dobra zastrzeżone, i z wyjątkiem nadzwyczajnych ciężarów, które należy uważać jako nałożone na substancję

Art. 192. Przepisy ogólne o użytkowaniu stosują się do użytkowania mężowi służącego, z następującymi wyjątkami: 1^o Mąż nie będzie ograniczony w użytkowaniu, choćby się o spisanie inwentarza ruchomości i stanu nieruchomości żony nie postarał; 2^o nie jest obowiązany stawić rękąmi; 3^o nie jest mocen prawa użytkowania sprzedać lub innym sposobem zbywać.

(Stammwert) dóbr wniesionych; 2. Prywatno - prawne ciężary, które obciążają przedmioty, należące do dóbr wniesionych; 3. Premje ubezpieczenia przedmiotów, należących do dóbr wniesionych.

β) Do uiszczenia odsetek i innych perjo-dycznych świadczeń.

§ 1386. Mąż jest obowiązany wobec żony przez czas trwania zarządu i użytkowania płacić odsetki od tych zobowiązań żony, których zaspokojenie może być żądane z wniesionych dóbr. To samo ma zastosowanie do perjo-dycznych świadczeń innego rodzaju, włącznie ze świadczeniami, które żona dłuzna jest na podstawie jej ustawowego obowiązku dostarczania utrzymania, o ile te świadczenia przy porządnym zarządzie bywają pokrywane z dochodów majątku. Mąż nie ma powyższego obowiązku, jeżeli te zobowiązania lub te świadczenia w stosunku małżonków do siebie obciążają dobra zastrzeżone żony.

γ) Kosztów sporu.

§ 1387. Mąż jest wobec żony zobowiązany do ponoszenia: 1. Kosztów sporu, w którym dochodzi prawa należącego do dóbr wniesionych, tudzież do ponoszenia kosztów sporu, który żona prowadzi, o ile te koszta nie obciążają dóbr zastrzeżonych;

δ) Kosztów obrony.

2. kosztów obrony żony w procesie kar-
nym skierowanym przeciwko niej, o ile po-
noszenie kosztów wedle okoliczności jest
wskazane lub też następuje za zezwoleniem
męża, ze zastrzeżeniem obowiązku zwrotu
przez żonę w razie jej zasądzenia.

b) Wobec wierzycieli.

§ 1388. O ile mąż wedle §§ 1385 do 1387
ma obowiązek wobec żony pokrywać jej
zobowiązania, odpowiada wobec wierzycieli
obok żony, jako dłużnik solidarny.

3. Ciężary małżeńskie.

§ 1389. Mąż ponosi ciężary małżeńskie
(den ehelichen Aufwand). Żona może żą-
dać, aby mąż czysty zysk z dóbr wniesionych,
o ile on jest potrzebnym do pokrycia wła-
snego utrzymania i utrzymania, które ma
być dostarczone żonie i wspólnym potom-
kom, obracał na ten cel bez względu na
jego inne zobowiązania.

IV. Roszczenie męża o zwrot nakładów.

§ 1390. Jeżeli mąż czyni nakłady w celu
zarządu dóbr, które woino mu uważać, sto-
sownie do okoliczności, za potrzebne, to
może żądać od żony zwrotu ich, o ile te
nakłady jego samego nie obciążają.

V. Środki zabezpieczenia żony.

1. Dostarczenie zabezpieczenia.

Art. 192. Mąż przez ciąg trwającego mał-
żeństwa zarządza majątkiem żony, i jemu,
jako obowiązanemu ponosić ciężary mał-
żeńskie, służy użytkowanie majątku żony....

Art. 192. 2^o Mąż nie jest obowiąz-
zany stawić rękojmi.

§ 1391. Jeżeli przez zachowanie męża staje się uzasadnioną obawą, że prawa żony będą naruszone w sposób znacznie zagrażający dobrom wniesionym, to żona może żądać od męża zabezpieczenia. To samo ma zastosowanie, jeżeli służące żonie ze zarządu i użytkowania męża roszczenia o zwrot wartości zużywalnych rzeczy są znacznie zagrożone.

2. Odnosnie do papierów wartościowych.

a) Złożenie do depozytu i ograniczenie prawa rozporządzania.

§ 1392. Jeżeli zachodzą założenia, pod którymi mąż jest obowiązany do dania zabezpieczenia, to żona może także żądać, aby mąż należał do wniesionych dóbr papierów na okaziciela wraz z dowodami odnowienia w miejscu depozytowem lub w Banku państwowym z tem przeznaczeniem złożył, że mąż będzie mógł żądać wydania tylko za zgodą żony. Nie można żądać złożenia papierów na okaziciela, które wedle § 92 należą do rzeczy zużywalnych, tudzież dowodów na udział w odsetkach, rentach i zyskach. Na równi z papierami na okaziciela stoją papiery na zlecenie, zaopatrzony w indos in blanco. Także i takie zarządzenie, do którego mąż wedle § 1376 jest uprawniony, może ce do złożonych papierów, wydać tylko za zezwoleniem żony.

Art. 205. Jeżeli mąż stał się odpowiedzialnym żonie, albo jeżeli przy nim należność jakowa dla żony pozostaje, natenczas służy żonie, tak w ciągu trwającego małżeństwa, jako i po rozwiązaniu jego, niemniej następcom po niej, tytuł do hypoteki prawnej przeciw mężowi, która jednak od dnia wpisania dopiero skutek będzie miała; tudzież służy im pierwszeństwo przed długami osobistymi na całym jego ruchomym i nieruchomym majątku.

Art. 206. W takowym przypadku żona, żądająca wpisania prawnej hypoteki, nie potrzebuje asystencji i zezwolenia męża, a nawet, będąc nieletnią, nie potrzebuje asystencji kuratora.

b) Przepisanie na nazwisko żony.

§ 1393. Mąż może papiery na okaziciela, zamiast je stosownie do § 1392 składać do depozytu, przepisać na nazwisko żony, lub jeżeli są wystawione przez cesarstwo lub państwo związkowe, przemienić je na wiarytelności ksiązkowe opiewające przeciwko cesarstwu lub państwu związkowemu.

VI. Termin sądowego dochodzenia roszczeń, które służą żonie przeciwko mężowi.

§ 1394. Żona może roszczenia, które jej służą przeciwko mężowi na podstawie zarządu i użytkowania, dochodzić sądownie dopiero po ukończeniu zarządu i użytkowania, chyba, że zachodzą założenia, pod którymi żona może wedle § 1391 żądać zabezpieczenia. Roszczenie określone w § 1392 ust. 2. nie podlega temu ograniczeniu.

B) Stanowisko prawne żony co do dóbr wniesionych.

I. Zarządzenia żony.

§ 1395. Żona potrzebuje do wydania zarządzeń w sprawie dóbr wniesionych pozwolenia męża.

Zarządzenia żony bez wymaganego zwolenia męża.

1. Przez umowę.

a) Potwierdzenie męża.

§ 1396. Jeżeli żona rozporządza dobrami

wniesionemi przez umowę bez zezwolenia męża, to skuteczność umowy zależy od potwierdzenia męża. Jeżeli druga strona wiezie męża do oświadczenia się w sprawie potwierdzenia, to oświadczenie może nastąpić tylko wobec tej drugiej strony; potwierdzenie oświadczone wobec żony przed wezwaniem lub odmowa zatwierdzenia są niekulteczne. Zatwierdzenie może nastąpić tylko w ciągu dwóch tygodni po otrzymaniu wezwania; jeżeli w tym czasie nie nastąpi, to uważa się, że mąż odmówił. Jeżeli mąż odmówi zatwierdzenia, to kontrakt nie staje się przez to skutecznym, że zażąd w użytkowaniu ustaje.

b) Prawo odwołania drugiej strony.

§ 1397. Aż do zatwierdzenia kontraktu druga strona ma prawo go odwołać. Odwołanie może także być oświadczeniem wobec żony. Jeżeli druga strona wiedziała, że kobieta jest zameżną, to może tylko wówczas odwołać, jeżeli kobieta wbrew prawdzie twierdziła, że mąż przyzwolił; druga strona także i w tym przypadku nie może odwołać, jeżeli jej brak przyzwolenia był znany przy zawarciu umowy.

2. Przez jednostronną czynność prawną, § 1398. Jednostronna czynność prawną, przez którą żona rozporządza dobrami wnie-

sionemi bez zezwolenia męża, jest nieskuteczna.

II. Obligatoryjne czynności prawne żony.
§ 1399. Do czynności prawnych, przez które żona zobowiązuje się do świadczenia, przyzwolenie męża nie jest potrzebne. Jeżeli mąż zgodzi się na taką czynność, to jest ona wobec niego skuteczna w odniesieniu do dóbr wniesionych. Jeżeli się na nią nie zgodzi, to ta czynność prawna, o ile przez nią dobra wniesione zostały wzbogacone, będzie przeciwko niemu oceniana wedle przepisów obowiązujących w sprawie zwrotu niesłusznego wzbogacenia.

III. Prowadzenie procesów przez żonę.

§ 1400. Jeżeli żona prowadzi spór bez zgody męża, to wyrok jest wobec męża nieskuteczny w odniesieniu do dóbr wniesionych.

Ograniczenie legitymacji czynnej.

Żona może w drodze skargi tylko za zgodą męża dochodzić prawa należącego do dóbr wniesionych.

IV. Przeszkoda w oświadczeniu zgody ze strony męża przy niebezpieczeństwie grożącym wskutek zwołki.

§ 1401. Zgoda męża jest w przypadkach §§ 1395 do 1398, 1399 ust. 2 i 1400 niepotrzebna, jeżeli choroba lub nieobecność

Art. 196. Sprawa, tycząca się praw żony nie może być przez męża bez jej zezwolenia lub przyzopowania wytoczona, sprawa takowa przez trzeciego nie może być rozczęta, jak przez zapozwanie obojga małżonków.

przeszkadza mężowi złożyć oświadczenie, a ze zwłoką połączone jest niebezpieczeństwo.

V. Zastąpienie wymaganego zgodzenia się męża przez sędziego.

§ 1402. Jeżeli do porządnego prowadzenia osobistych spraw żony potrzebną jest czynność prawna, do której żona potrzebuje zgody męża, to zgoda męża może być zastąpiona na wniosek żony przez sąd opiekuńczy, jeżeli mąż odmawia jej bez dostatecznego powodu.

VI. Jednostronne czynności prawne osób trzecich.

§ 1403. Czynność prawna jednostronna, która się odnosi do dóbr wniesionych, winna być przedsięwzięta wobec męża. Jednostronna czynność prawna, która się odnosi do zobowiązania żony, winna być przedsięwzięta wobec żony; czynność prawna musi jednak być przedsięwzięta także wobec męża, jeżeli ma być wobec niego skuteczną w odniesieniu do dóbr wniesionych.

VII. Skutek ograniczenia żony w rozporządzaniu wobec trzecich.

§ 1404. Ograniczenia, którym żona podlega wedle §§ 1395 do 1403, działają przeciwko trzeciemu także wówczas, jeżeli nie wiedział, że kobieta jest zamężną.

VIII. Ustanie ograniczenia żony.

1. Samodzielne prowadzenie interesu zarobkowego przez żonę 7 przyzwoleniem męża.

§ 1405. Jeżeli mąż udziela żonie przyzwolenia na samodzielne prowadzenie interesu zarobkowego, to nie jest potrzebna jego zgoda na takie czynności prawne i takie spory, które prowadzenie interesu za sobą pociąga. Jednostronne czynności prawne, które się odnoszą do interesu zarobkowego, należy przedsięwziąć wobec żony. Na równi ze zwoleniem męża na prowadzenie interesu, stoi prowadzenie przez żonę interesu zarobkowego z wiedzą i bez sprzeciwienia się męża. Sprzeciwienie się i odwołanie ze zwolenia jest wobec trzecich skutecznym tylko stosownie do § 1435.

2. Czynności prawne żony bez zezwolenia męża skuteczne wobec niego.

§ 1406. Żona nie potrzebuje zgody męża: 1. do przyjęcia lub odrzucenia spadku lub zapisu, do zrzeczenia się zachowku tudzież do sporządzenia inwentarza przypadającego jej spadku; 2. do odrzucenia oferty lub dającej roszczenia; 3. do przedsięwzięcia czynności prawnej wobec męża.

3. Procesy żony bez zgody męża skuteczne wobec niego.

§ 1407. Żona nie potrzebuje zgody męża:

1. do kontynuowania sporu wiszącego w czasie zawierania małżeństwa; 2. do sądowego dochodzenia przeciwko mężowi prawa należącego do dóbr wniesionych; 3. do sądowego dochodzenia przeciwko trzeciemu prawnemu należącemu do dóbr wniesionych, jeżeli mąż rozporządził tem prawem bez wymagalnej zgody żony; 4. do sądowego dochodzenia prawa sprzeciwu przeciwko egzekucji.

C) Nieprzenoszalność praw męża.

§ 1408. Prawo, które mężowi służy na dobrach wniesionych z mocy jego zarządu i użytkowania jest nieprzenoszalne.

D) Zastępstwo męża znajdującego się pod opieką.

§ 1409. Jeżeli mąż znajduje się pod opieką, to w prawach i obowiązkach, wynikających ze zarządu i użytkowania dóbr wniesionych, zastępuje go opiekun. To samo ma miejsce, jeżeli żona jest opiekunem męża.

3. Odpowiedzialność za długi.

I. Stosunek do wierzycieli.

1. Wierzyciele męża.

§ 1410. Wierzyciele męża nie mogą żądać zaspokojenia z dóbr wniesionych.

2. Wierzyciele żony.

a) Zasada nieograniczonej odpowiedzialności dóbr wniesionych.

Art. 192. 3^o Mąż nie jest mocen prawu użytkowania sprzedać lub innym sposobem zbywać.

§ 1411. Wierzyciele żony mogą bez względu na zarząd i użytkowanie męża żądać zaspokojenia dóbr wniesionych, o ile §§ 1412 do 1414 nie postanawiają czego innego. Przy dochodzeniu roszczeń żony nie podlegają ograniczeniu ustanowionemu w § 1394. Jeżeli mąż wedle § 1377 ust. 3 sprzedał lub zużył rzeczy używane, to jest wobec wierzycieli zobowiązany do natychmiastowego zwrotu.

b) Zobowiązania żony po zawarciu małżeństwa.

α) Zobowiązania, wynikające z czynności prawnej.

§ 1412. Dobra wniesione odpowiadają za zobowiązanie żony, które powstało z czynności prawnej, dokonanej po zawarciu małżeństwa, tylko wtedy, jeżeli mąż zgodził się na tę czynność prawną lub jeżeli czynność prawna bez jego zgody jest wobec niego skuteczna.

β) Koszta sporu żony.

Za koszta sporu żony odpowiadają dobra wniesione także wówczas, jeżeli wyrok nie jest wobec męża skuteczny w odniesieniu do dóbr wniesionych.

γ) Zobowiązania, wynikające z nabycia *mortis causa*, jako dóbr zastrzeżonych.

§ 1413. Dobra wniesione nie odpowiadają

za zobowiązanie żony, które powstaje wskutek nabycia spadku lub zapisu, jeżeli żona nabywa spadek lub zapis po zawarciu małżeństwa, jako dobra zastrzeżone.

δ) Zobowiązania z dóbr zastrzeżonych.

§ 1414. Dobra wniesione nie odpowiadają za zobowiązania żony, które powstały po zawarciu małżeństwa wskutek prawa należącego do dóbr zastrzeżonych lub wskutek posiadania rzeczy należącej do tych dóbr, chyba, że prawo lub rzecz należą do interesu zarobkowego, który żona prowadzi samodzielnie za zezwoleniem męża.

II. Wzajemny stosunek małżonków do siebie.

1. Zobowiązania żony obciążające dobra zastrzeżone.

§ 1415. We wzajemnym stosunku małżonków do siebie dobra zastrzeżone są obciążone: 1. zobowiązaniami żony z niedozwolonej czynności, którą podczas małżeństwa popełniła, lub z postępowania karnego, które przeciwko niej z powodu takiej czynności było skierowane;

b) Stosunki prawne dóbr zastrzeżonych.
2. zobowiązaniami żony ze stosunku prawnego odnoszącego się do dóbr zastrzeżonych, chociażby te zobowiązania powstały przed zawarciem małżeństwa lub przed cza-

sem, w którym dobro stało się dobrem zastrzeżonym;

c) Dotyczące spory.

3. kosztą sporu, który żona prowadzi o zobowiązania określone pod 1, 2.

d) Spór między małżonkami.

§ 1416 We wzajemnym stosunku małżonków do siebie kosztą sporu między nimi obciążają dobra zastrzeżone, o ile mąż nie ma tych kosztów ponosić.

e) Spór żony z trzecimi osobami.

§ 1417. To samo ma zastosowanie co do kosztów sporu między żoną a trzecią osobą, chyba że wyrok jest skutecznym wobec męża w odniesieniu do dóbr wniesionych. Jeżeli jednak spór tyczy się osobistej sprawy żony lub zobowiązania, nie podpadającego pod przepisy § 1415 nr. 1, 2, za które dobra wniesione odpowiadają, to przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli nakład kosztów był stosownie do okoliczności wskazany.

2. Wyrównanie między dobrami wniesionymi a dobrami zastrzeżonymi.

§ 1417. Jeżeli zobowiązanie, które wedle § 1415, 1416 obciąża dobra zastrzeżone, jest pokryte z dóbr wniesionych, to żona winna jest zwrócić dobrom wniesionym z dóbr zastrzeżonych, o ile te ostatnie starczą. Jeżeli obowiązek żony, które we wzajemnym

stosunku małżonków do siebie nie obciąża dóbr zastrzeżonych, jest pokryte z dóbr zastrzeżonych, to mąż ma je zwrócić dobrom zastrzeżonym z dóbr wniesionych, o ile te ostatnie starczą.

4. Zakończenie zarządu i użytkowania.

I. Przynajmniej jedno z następujących:

1. Skarga żony o zniesienie. Podstawy skargi.

§ 1418. Żona może skarżyć o zniesienie zarządu i użytkowania: 1. jeżeli zachodzą założenia, pod którymi żona może wedle § 1391 żądać zabezpieczenia; 2. jeżeli mąż naruszył swoje zobowiązanie dostarczania żonie i wspólnym potomkom utrzymania i jeżeli na przyszłość należy się obawiać znacznego zagrożenia utrzymania. Naruszenie obowiązku utrzymania zachodzi już wtedy, jeżeli żona i wspólni potomkowie nie otrzymują przynajmniej takiego utrzymania, któreby im przypadło przy porządnym zarządzie i użytkowaniu dóbr wniesionych; 3. jeżeli mąż został ubezwłasnowolniony; 4. jeżeli mąż otrzymał wedle § 1910 kuratora do zaopiekowania jego sprawami majątkowymi; 5. jeżeli dla męża ustanowiono kuratora z powodu nieobecności i nie należy się spodziewać szybkiego zniesienia kurateli.

Art. 199. Jeżeli mąż źle się rządzi i przez to wystawia majątek żony na niebezpieczeństwo utraty, albo jeżeli przychody z majątku żony pochodzące przez wierzycieli męża są tak dalece zajęte, iż mąż zostaje w niemożności przyzwolonego zaopatrywania żony i dzieci w potrzeby życia, żona może żądać u sądu, aby mężowi przez wyrok odjęte były prawa z mocy art. 192 i 193 jemu służące; dobrowolna zaś w tej mierze między małżonkami umowa jest nieważna.

Art. 203. Gdyby mąż nie dostarczał przyzwolonego utrzymania żonie i dzieciom, żona nie będzie mocna z tego powodu żądać od męża, aby mąż przyjął prawo z mocy art. 192 i 193 służących, lecz będzie mogła upomnieć się sądownie o przyzwolite sobie i dzieci utrzymanie.

(Wedle orz. cyw. kas. dep. senatu 39/1907 art. 203 ma na względzie ten przypadek, kiedy mąż nie wypełnia obowiązku przyzwolonego utrzymania żony nie dlatego, że nie jest w stanie go wykonać, lecz że wprost nie ma chęci).

§ 1241. W nagłych przypadkach lub w razie niebezpieczeństwa szkody może być mężowi odjęty zarząd majątkiem, nawet wówczas, gdyby mu było przyzwolonym wyrażnie i na zawsze. Natomiast także mąż jest uprawniony położyć koniec niepożądanemu gospodarstwu żony i pod ustawowemi warunkami prosić o uznanie jej za marnotrawczynię.

Nastanie zniesienia.

Zniesienie zarządu i użytkowanie nastaje z chwilą prawomocności wyroku.

2. Ukończenie z mocy ustawy.

a) Konkurs męża.

§ 1419. Zarząd i użytkowanie kończy się z chwilą prawomocności uchwały, przez które otwarty został konkurs do majątku męża.

b) Uznanie męża za zmarłego.

§ 1420. Jeżeli mąż uznany został za zmarłego, zarząd i użytkowanie kończy się z chwilą, która została oznaczoną jako chwila śmierci.

II. Stosunki prawne po ukończeniu.

1. Wydanie i obowiązek męża do złożenia rachunków.

§ 1421. Po ukończeniu zarządu i użytkowania mąż ma wydać żonie dobra wniesione i złożyć jej rachunek z zarządu. Do wydania gruntu rolniczego ma odpowiednie zastosowanie przepis § 592, do wydania dobra ziemskiego mają odpowiednie zastosowanie przepisy §§ 592, 593.

2. Odpowiedzialność procesowa męża.

§ 1422. Jeżeli zarząd i użytkowanie zostały na podstawie § 1418 zniesione przez wyrok, to mąż do wydania dóbr wniesionych jest takzobowiązany, jak gdyby rozstrzeżenie o wydanie było zaskarżone razem z wniesieniem.

§ 1239. Mążonek jest wprawdzie uważany ze względu na taki zarząd, jak wogóle inny upełnomocniony zarządca, jednak jest odpowiedzialny tylko za substancję (Stammgut) lub kapitał. Jeżeli wyraźnie nie umówiono się, to po branych w czasie zarządu owoców nie jest obowiązany składać rachunków, przeciwnie, uważa się je za załatwione aż do dnia zniesienia zarządu.

sieniem skargi o zniesienie zarządu i użytkowania.

3. Najem i dzierżawa trwające poza ukończeniem zarządu.

§ 1423. Jeżeli mąż wynajął lub wdzierzał grunt należący do dóbr wniesionych, to mają odpowiednie zastosowanie przepisy § 1056, jeżeli stosunek najmu lub dzierżawy jeszcze istnieje przy zakończeniu zarządu i użytkowania.

Jeżeli użytkowanie męża kończy się przed ukończeniem najmu lub dzierżawy, to do stosunku pomiędzy mężem, żoną i najemcą lub dzierżawcą mają odpowiednie zastosowanie przepisy § 1056 k. c. n. t. i. żona wstępuje w stosunek najmu lub dzierżawy, ma jednak prawo wyboru albo kontynuować je albo też wypowiedzieć. W pierwszym przypadku żona ma takie stanowisko, jak nabywca przedmiotu najętego, względnie wydzierżawionego w razie jego sprzedaży, mąż zaś ma stanowisko pierwotnego właściciela, który zawarł kontrakt najmu. W drugim przypadku żona może wypowiedzieć kontrakt, dotrzymując jednak ustawowego terminu.

4. Dalsze prowadzenie w dobrej wierze ukończonego zarządu przez męża.

§ 1424. Mąż jest także po ukończeniu zarządu i użytkowania uprawniony do dalszego prowadzenia zarządu, aż o ukończeniu otrzyma wiadomość lub dowiedzieć się o nim musi. Trzecia osoba nie może się powoływać na to uprawnienie, jeżeli przy przedsiębioraniu

Art. 197. Kontrakt dzierżawy lub najmu przez męża samego, jako rządzącego majątku żony zawarty, przedłużony lub odnowiony, nie obowiązuje żony lub jej zastępców na czas po ustaniu użytkowania męża, jeżeli zawarcie, przedłużenie lub odnowienie nastąpiło wcześniej jak przed terminem, od którego wykonanie ma się zaczynać, chyba toż wykonanie na czas trwającego jeszcze użytkowania męża było zaczęte.

Art. 198. Przecież i w tym razie, gdy kontrakt jest obowiązującym, nie obowiązuje żony lub jej następców na czas dłuższy, jak na lat trzy, które, jeżeli dzierżawa lub najem już rozpoczęte zostały, liczone będą od zaczęcia bądź pierwszego przeciagu trzechletniego, gdy ten jeszcze nie upłynął, bądź drugiego, i tak następnie w tym sposobie, ażeby dzierżawcy lub najmującemu pozostało tylko ukończenia przeciagu trzechletniego bieżącego.

czynności prawnej wie lub musi wiedzieć o ukończeniu zarządu i użytkowania.

5. Obowiązek pieczy męża nad majątkiem w razie śmierci żony.

Jeżeli zarząd i użytkowanie kończy się wskutek śmierci żony, to mąż ma załatwiać te interesa należące do zarządu, z których zwłoką połączone jest niebezpieczeństwo, aż do dziedzic co innego zarządzi.

III. Przywrócenie praw męża z powodu odpadnięcia przyczyn zakończenia.

§ 1425. Jeżeli ubezwłasnowolnienie lub kuratela, z powodu których nastąpiło zniesienie zarządu i użytkowania, zostały zniesione lub jeżeli uchwała orzekająca ubezwłasnowolnienie została skutecznie wzruszoną, to mąż może skarżyć o przywrócenie swoich praw. To samo ma zastosowanie, jeżeli mąż uznany za zmarłego jeszcze żyje. Przywrócenie praw męża następuje z chwilą prawomocności wyroku. Przepis § 1422 ma odpowiednio zastosowanie. W razie przywrócenia dobrem zastrzeżeniem staje się to, co by niem pozostało lub stało się bez zniesienia praw męża.

5. Rozdział dóbr (Gütertrennung).

1. Ustawowy rozdział dóbr.

§ 1426. Rozdział dóbr następuje, jeżeli stosownie do § 1364 nie ma miejsca zarząd

i użytkowanie lub jeżeli zarząd i użytkowanie nie kończą się na podstawie § 1418 do 1420. Do rozdziału dóbr mają zastosowanie §§ 1427 do 1431.

Por. § 1436. Jeżeli przez umowę małżeńską jest wykluczony zarząd i użytkowanie męża, lub jeżeli ogólna wspólność majątkowa, wspólność dorobku lub wspólność ruchomości jest zniesiona, to ma miejsce rozdział dóbr, o ile z umowy nie okazuje się inaczej.

Por. §§ 1440 i 1441.

2. Ciężary małżeńskie (ehelicher Aufwand). § 1427. Ciężary małżeńskie ma ponosić mąż. Do pokrywania ciężarów małżeńskich obowiązana jest żona odpowiednio się przyczynić z dochodów swego majątku lub ze zarobku swojej pracy lub interesu zarobkowego przez nią samodzielnie prowadzonego. Za przeszłość może mąż tylko wówczas żądać świadczenia, jeżeli żona mimo jego wezwania zalegała ze świadczeniem. Roszczenie męża jest nieprzenaszalne.

b) Zatrzymanie dodatku przez żonę do własnego użytku.

§ 1428. Jeżeli należy się obawiać znacznego zagrożenia utrzymania, które mąż ma dostarczać żonie i wspólnym potomkom, to żona może o tyle zatrzymać do własnego użytku dodatek, którym się przyczynia do pokrycia ciężarów małżeńskich, o ile on

Art. 200. Żona, uzyskawszy wyrok prawomocny stanowiący odjęcie praw, z mocy art. 192 i 193 mężowi służących, mocna jest zarządzać swym majątkiem, lecz potrzebuje asystencji lub zezwolenia męża, a gdyby odmówił, upoważnienia sądu. Do tych wszystkich czynności, do których przed wyrokiem stosownie do przepisów art. 195, 196, mąż zezwolenia jej potrzebował.

Art. 201. Do żony jako właścicielki wraca się użytkowanie jej majątku, z obowiązkiem przykładania się do wspólnych ciężarów małżeństwa w stosunku swojej i męża mążności a nawet ponoszenia ich całkowicie, gdyby mąż majątku, ani sposobu zarobku nie miał.

Art. 202. Żona nie może zrzec się skutków wyroku, odejmującego mężowi prawa, z mocy art. 192 i 193 jemu służące, jak tylko przez akt zeznany przed urzędem aktowym, inaczej zrzeczenie jej nie będzie ważne.

Art. 213. Gdy dla żony zastrzeżone jest użytkowanie jej majątku a nie jest oznaczony, jak dalece do wspólnych ciężarów małżeńskich przykładać się ma, natenczas żona obowiązana będzie w stosunku jak w art. 201 jest przepisane.

§ 1237. Jeżeli małżonkowie nie zawarli szczególnej umowy w sprawie korzystania (Verwendung) ze swego majątku, to każdy z małżonków zachowuje swoje poprzednie prawo własności o to, co każda strona w czasie małżeństwa nabyła i co jej w jakikolwiek bądź sposób przybędzie, nie ma druga strona roszczenia. Wątpliwości jest do mniemania, że nabycie (Erwerb) pochodzi od męża.

§ 1238. Dopóki żona się nie sprzeewiła, rachodzi prawne domniemanie, że

jest potrzebnym do pokrycia utrzymania. To samo ma zastosowanie, jeżeli mąż został ubezwłasnowolniony lub jeżeli wedle § 1910 otrzymał kuratora do załatwiania swoich spraw majątkowych lub ustanowionym został dla niego kurator z powodu nieobecności.

c) Zwrot nakładów żony.

§ 1429. Jeżeli żona dla pokrycia ciężarów małżeńskich czyni ze swego majątku nakłady lub jeżeli w tym celu oddaje coś mężowi ze swego majątku, to w wątpliwości należy przyjąć, że brak zamiaru żądania zwrotu.

3. Zarząd majątku żony przez męża.

§ 1430. Jeżeli żona oddaje swój majątek w całości lub w części mężowi w zarząd, to mąż może dochody, które pobiera w czasie swojego zarządu, wedle swobodnego uznania zużywać, o ile użycie ich nie jest potrzebnem na pokrycie kosztów porządkowego zarządu i na wykonanie takich zobowiązań żony, które przy porządnym zarządzie bywają pokrywane z dochodów majątku. Żona może inaczej postanowić.

4. Ochrona osób trzecich.

a) W razie rozdziału dóbr.

§ 1431. Rozdział dóbr jest wobec osób trzecich skutecznym tylko wedle § 1435.

b) W razie ustaw. ustania rozdziału dóbr.

To samo ma zastosowanie w przypadku § 1425 o przywróceniu zarządu i użytkowania, jeżeli zniesienie było wpisane do rejestru.

powierzyła mężowi, jako swemu ustawowemu zastępcy, zarząd swojego wolnego majątku.

§ 1239. Matzonek jest wprawdzie uważany ze względu na taki zarząd, jak wogóle inny pełnomocniony zarządca, jednak jest oddzielny, powiedzialny tylko za substancję (Stammgut) lub kapitał. Jeżeli wyraznie nie umawiano, to z pobranych w czasie zarządu owoców nie jest obowiązanym składać rachunków; przeciwnie, uważa się je za załatwione aż do dnia zniesienia zarz.

§ 1240. Żakże i żona nie jest obowiązana składać rachunków użytkownika, które mążowi odstąpiła, ale z którego podczas małżeństwa sama korzystała; wola no jednak małżonk. znieść tego i odzaju milczący zarz.

§ 1241. W nagłych przypadkach lub w razie niebezpieczeństwa szkody, może być mążowi odjęty zarząd majątku, nawet wówczas, gdyby mu był przyzwolony wyraznie i na zawsze. Natomiast także mąż jest uprawniony położyć koniec nieporządnemu gospodarstwu żony, i poń ustawowymi warunkami prosić o uznanie jej za marnotrawczynią.

Art. 214. Jeżeli w przypadku zastrzeżonego dla żony zarządu jej majątkiem mąż zarządza tymże z wyrażnego jej umocowania, pod warunkiem składania rachunku z przychodów, natenczas mąż tak uważany będzie, jak każdy inny pełnomocnik.

Art. 215. Jeżeli zaś mąż zarządca majątkiem żony z wyrażnego jej umocowania, lecz bez warunku składania rachunku z przychodów albo jeżeli zarządca i przychody pobiera bez umocowania żony, lecz oraz bez jej sprzeciwiania się, natenczas, przy rozwiązaniu małżeństwa lub na żądanie żony, tylko przychody w czasie rozwiązania małżeństwa lub żądania żony jeszcze istniejące, oddać jest winien, spotrzebowanych zaś zwracać i z nich rachunku zdawać nie jest obowiązany.

Art. 216. Gdy mąż mimo sprzeciwiania się żony majątkiem jej zarządza i przychody pobierał, powinien zdać rachunek z przychodów nietylko istniejących, ale i spotrzebowanych.

Art. 217. Jeżeli wątpliwość zachodzi względem dorobku, czyli od żony pochodzi, domniemanie jest za tem, że jest dorobkiem męża. Bielizna, odzież i sprzęty kobiece do użytku żony służące, choćby przez męża sprawione były, uważają się zawsze za własność żony.

III. Separacja dóbr.

W prawie austriackiem ustawowym systemem majątkowym małżeńskim jest system odłączenia, separacji dóbr (Gütertrennung) W prawie niemieckiem mamy dwa ustroje ustawowe: zwyczajny i nadzwyczajny. Zwyczajnym systemem ustawowym jest połączenie dóbr (Güterverbindung), zwane także wspólnością zarządu (Verwaltungsgemeinschaft), lub prawem męża do zarządu i użytkowania majątku żony (eheherrliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht). Nadzwyczajnym systemem ustawowym jest separacja dóbr. K. c. Kr. p. przyjmuje za ustawowy system również połączenie dóbr t. j. daje mężowi zarząd i użytkowanie majątku żony. Jednakże kodeks austriacki o tyle nie przyjmuje czystej separacji, że ustanawia domniemanie, iż żona zgadza się na zarząd i użytkowanie męża, które też on wykonywa aż do sprzeciwienia się żony. (Zwracamy uwagę, że mówimy tutaj o zarządzie i użytkowaniu męża, płynących z domniemania). W prawie niemieckiem zaś i w polskiem ustawy system połączenia dóbr o tyle znów nie jest czysty, że z ustawy zachodzi możliwość istnienia tak zwanych dóbr zastrzeżonych (Vorbehaltsgut), na których mężowi nie służy zarząd i użytkowanie.

Jeżeli za istotę separacji dóbr (Gütertrennung) uznamy to, że każdy z małżonków zachowuje własność swojego majątku, to system połączenia dóbr (Güterverbindung) przedstawi nam się także jako separacja dóbr (Gütertrennung) zmodyfikowana przez to, że mężowi służy na majątku żony zarząd i użytkowanie. Otrzymałibyśmy wówczas pierwszy podział instytucji separacji dóbr (Gütertrennung) na separację pełną zwaną separacją dóbr (Gütertrennung) par excellence i separację dóbr zmodyfikowaną, ograniczoną, zwaną połączeniem dóbr lub wspólnością zarządu lub męzowskiem prawem zarządu i użytkowania majątku żony.

Oprócz separacji dóbr, wynikającej z ustawy, znamy separację dóbr wynikającą z wyroku sądowego i separację wynikającą z umowy. Jestto to więc drugi podział instytucji separacji dóbr na separację dóbr ustawową, sądową i umowną.

Te dwa rodzaje separacji dóbr przychodzą w różnych kombinacjach. Musimy omówić te kombinacje, które są unormowane pozytywnymi przepisami.

Dalszy wykład usprawiedliwiamy następującemi względami:

1) Jakkolwiek rozdział ten jest poświęcony prawu ustawowemu majątkowemu małżeńskiemu, to jednak wciągnąć do tego rozdziału musimy także sądową separację, gdyż inaczej przez rozbicie tej instytucji na dwa rozdziały ucierpiałaby znacznie jasność charakterystyki całej instytucji.

2) Widząc w połączeniu dóbr (Güterverbindung, Verwaltungsgemeinschaft, „zarząd i użytkowanie męża“) ograniczoną separację dóbr, nie traktując tej instytucji osobno, ale pod jednym tytułem „separacja dóbr“ z pełną separacją dóbr.

3) Nie zaliczam do ustawowego prawa majątkowego małżeńskiego przepisów o gospodarstwie domowym małżeństwa, o alimentach, o prawie spadkowym małżonków, o wpływie konkursu na stosunki majątkowe małżeńskie. Wszystkie te sprawy winny w systemie znaleźć inne miejsce.

A) Pełna separacja dóbr.

Pełną separację dóbr przyjmuje, jako ustawowy ustrój majątkowy małżeński, prawo a u s t r j a c k i e. Ma ona miejsce wówczas, gdy żona się sprzeciwia, aby mąż wykonywał zarząd jej majątku.

W prawie niemieckim pełna separacja dóbr ma miejsce z ustawy, z umowy i z wyroku sądowego:

1) Z ustawy ma miejsce w prawie niemieckim pełna separacja dóbr w następujących przypadkach:

a) Jeżeli połączenie dóbr (Güterverbindung) a więc męzowski zarząd i użytkowanie majątku żony dlatego nie następuje, że mąż zawarł małżeństwo z osobą ograniczoną w zdolności do działania bez zezwolenia jej ustawowego zastępcy (§ 1364 k. c. n.).

b) Z ustawy także mają odpowiednie zastosowanie przepisy o separacji dóbr, do dóbr zastrzeżonych żony (§§ 1371, 1441, 1526 ust. 3, 1549 k. c. n.). O tym przypadku mówimy tylko, że „do niego mają zastosowanie przepisy“ o separacji dóbr, nie dotyczy on bowiem „majątku“ żony, który jest ogółem praw i obowiązków, ale tylko pewnych oznaczonych dóbr, a więc separacją dóbr we właściwym znaczeniu nie jest, ta bowiem jest odłączeniem „majątków“.

2) Sądowa pełna separacja dóbr ma miejsce w prawie niemieckim w następujących przypadkach:

a) Jeżeli ustrój połączenia dóbr, wspólności generalnej, wspólności dorobku, wspólności ruchomości kończy się wskutek skargi o zniesienie (Aufhebungsklage) wedle §§ 1426 ust. 1, 1470 ust. 1 zdanie 2, 1545 ust. 1 i 1549 k. c. n.; pełna separacja dóbr następuje wówczas z chwilą prawomocności wyroku.

b) Sądowa pełna separacja dóbr ma dalej miejsce, jeżeli ustrój połączenia dóbr lub ustrój wspólności dorobku kończy się wskutek otwarcia konkursu do majątku męża lub wskutek uznania męża za zmarłego (§§ 1425 ust. 1 i 1545 ust. 1). Pełna separacja dóbr następuje w tych przypadkach z chwilą prawomocności uchwały, otwierającej konkurs, względnie z chwilą, którą oznaczono, jako chwilę śmierci uznanego za zmarłego.

c) Pełna separacja ma wreszcie miejsce wówczas, jeżeli wspólność małżeńska (eheliche Gemeinschaft) została wyrokiem sądowym zniesioną, a potem została napowrót przywróconą (§ 1587).

3) Umowna pełna separacja dóbr ma w prawie niemieckim miejsce w dwóch przypadkach:

a) Jeżeli strony w umowie wyraźnie ją postanowiły (§ 1432 k. c. n.).

b) Jeżeli w umowie wykluczonym został zarząd i użytkowanie męża, lub jeżeli w umowie zniesiona została generalna wspólność majątkowa, wspólność dorobku lub wspólność ruchomości, natenczas ma miejsce separacja dóbr, o ile strony inaczej nie postanowiły (§ 1436 k. c. n.).

W kodeksie cywilnym Król. pol. pełna separacja dóbr (o naturze ograniczenia powiemy zaraz) jest także ustawową, sądową lub umowną. Ograniczenie płynie tutaj z tego źródła, że w prawie cyw. Kr. pol. potrzebną jest do pewnych czynności mężatki autoryzacja męża. Nie jest to więc ograniczenie, któreby czyniło pełną separację dóbr niemożliwą, bo nie dotyczy stosunków majątkowych małżeńskich, ale zdolności do działania mężatki.

1) Ustawowa pełna separacja dóbr ma miejsce:

a) Dla mężatek żyjących wspólnie z mężami mają zastosowanie przepisy o separacji dóbr w przypadku art. 204 k. c. Kr. p.

b) Dla mężatek żyjących oddzielnie od mężów mają zastosowanie przepisy o separacji dóbr w przypadkach wymienionych w prawie z 12 marca 1914 roku.

Do obu tych przypadków odnosi się uwaga, którą uczyniliśmy wyżej, mówiąc o dobrach zastrzeżonych (Vorbehaltsgut) w prawie niemieckiem.

2) Sądowa pełna separacja dóbr ma miejsce w przypadku art. 199 do 202.

3) Umowna pełna separacja dóbr możliwą jest w prawie polskiem wedle art. 213 k. c. Kr. p.

W prawie francuskim ustawowym ustrojem majątkowym małżeńskim jest wspólność majątkowa małżeńska. Pełna separacja dóbr jest tylko umowną lub sądową.

1. Pełna separacja dóbr ma miejsce, jeżeli małżonkowie w kontrakcie małżeńskim przyjęli system separacji dóbr (régime de séparation de biens). W kontrakcie musi być wypowiedzianą wyraźnie wola małżonków, że przyjmują system separacji dóbr, gdyż ograniczenie się tylko do wykluczenia systemu wspólności powoduje nastanie t. zw. systemu sans communauté, który nie jest pełną, ale ograniczoną separacją dóbr, bo administracja majątku służy mężowi.

2) System separacji dóbr (régime de séparation de biens) może też mieć swe źródło w wyroku sądowym, gdy małżonkowie zawarli pierwotnie umowę o inny system, który potem wyrokiem został zniesiony. Różnica między sądową pełną separacją dóbr a umowną pełną separacją dóbr znajduje swój wyraz w kwocie, którą żona przyczynia się do ponoszenia ciężarów małż. (art. 1448, 1537, 1575 K. N.).

3) Umowna pełna separacja dóbr ma także miejsce, gdy strony w umowie przyjęły system dotalny. Rzecz się ma wów-

czas tak, jak w pr. austr., z tą różnicą, że w prawie austr. odłączenie jest ustawowym ustrojem, a posag tylko ustanawia się przez umowę, w pr. franc. zaś odłączenie dóbr jest konsekwencją umowy ustanawiającej system dotalny, a więc w pr. franc. ma miejsce wogóle tylko w razie umowy.

We wszystkich trzech przypadkach do pewnych czynności prawnych potrzebuje żona autoryzacji męża, bo to jest wymagane bez względu na system majątkowy małż., który małżonkowie przyjęli.

Uwzględniłszy prawo francuskie, aby przez porównanie nim silniej uwydatnić system ustawowy tych trzech kodeksów, które porównujemy. We wszystkich tych trzech kodeksach małżonkowie zachowują swój majątek, jeżeli nie zrobili innej umowy. Różnica między tymi kodeksami polega na tem, że mąż ma z ustawy zarząd i użytkowanie majątku żony lub go nie ma. Ale w razie rozwiązania małż. majątki wracają do swych właścicieli. Natomiast w pr. franc. w braku innej umowy majątki małżonków zlewają się w jedną masę, którą administruje mąż, a w razie rozwiązania małż. masa ta dzieli się między małżonków względnie ich dziedziców.

B) Ograniczona separacja dóbr czyli zarząd i użytkowanie męża czyli połączenie dóbr (Güterverbindung, Verwaltungsgemeinschaft): w ogólności.

Z ustawy służy mężowi zarząd i użytkowanie majątku żony w pr. niem. i w pr. polskim. W Austrii jest on tylko domniemanym i prekaryjnym. Należy jednak uczynić następujące uwagi:

a) Wedle wszystkich trzech kodeksów zarząd męża może być umownym. O pr. niem. i polskim należy powiedzieć, że może być „także“ umownym, o pr. austr., że jest umownym, a może być „także“ domniemanym, lecz wówczas jest prekaryjnym.

b) Wedle wszystkich trzech kodeksów mąż może zarządzać majątkiem żony, chociaż w konkretnym przypadku przez umowę małż. (w Niemczech i w Polsce), lub z ustawy (w Austrii) żonie służy zarząd.

c) Na odwrót, prawo austriackie wspomina o przypadku, w którym zarząd służy mężowi z umowy, ale wykonywa go żona.

Ad a) W pr. niem. i pol. umowa małżeńska o zarząd i użytkowanie męża jest wobec tego, że wedle tych praw mężowi służy zarząd i użytkowanie z ustawy (a więc gdy umowy niema), praktykowana wówczas, gdy strony chcą wprowadzić pewne zmiany do ustroju majątkowego małżeńskiego, ukształtowanego tylko wedle ustawy. Pr. pol. nie wyklucza takiej umowy. Pr. niem. ustanawia w § 1432 k. c. n. zupełną wolność umów małżeńskich i ustawowe pr. maj. małż. może być w drodze umowy zupełnie wykluczone, albo może być w szczegółach zmienione. Pr. austr. zna wogóle tylko umowny zarząd i użytkowanie męża,

z domniemania zarząd przypada mężowi tylko wówczas, jeżeli żona nie sprzeciwia się temu, ale odwołać może go każdej chwili. Ten umowny zarząd ma więc źródło w małżeństwie. Zarząd, służący mężowi, jest w pr. austr. unormowany w § 1241 k. c. a. W przeciwstawieniu do domniemanego zarządu, służącego mężowi, jeżeli się żona nie sprzeciwia, i każdej chwili odwołałnego (§§ 1238 i 1239 k. c. a.), może być umowny zarząd męża zniesionym tylko w taki sposób, jak każda umowa. Jest jednak jeden wyjątek: wedle § 1241 k. c. a. może żona odebrać mężowi taki umowny zarząd „w nagłych wypadkach, w razie niebezpieczeństwa szkody“, a więc gdy zły zarząd grozi substancji szkodą lub ubytkiem. Taki umowny zarząd (Bewirtschaftungsvertrag) wymaga w pr. austr. do swej ważności formy aktu notarialnego.

Ad b) Jeżeli w konkretnym przypadku w Niemczech lub Polsce małżonkowie zawarli umowę, mocą której żona zarządza swym majątkiem, a w Austrii małżonkowie nie zawarli umowy i wskutek tego żonie z ustawy służy zarząd jej majątkiem, to i tak zazwyczaj mąż wykonywa ten zarząd.

Pr. polskie odróżnia trzy przypadki:

α) Żona wyraźnie umocowała męża do takiego zarządu, z warunkiem składania rachunków. Wówczas mąż jest uważany tak, jak każdy pełnomocnik (art. 214 k. c. Kr. p.).

β) Drugi przypadek obejmuje dwie ewentualności:

αα) żona wyraźnie umocowała wprawdzie męża do zarządu i nie nałożyła na niego obowiązku składania rachunków;

ββ) żona wyraźnie nie umocowała męża do zarządu, ale nie sprzeciwia się, że on zarządza i pobiera przychody.

W obydwóch ewentualnościach mąż jest obowiązany przy rozwiązaniu małżeństwa lub na żądanie żony oddać jej tylko przychody w czasie rozwiązania małż. lub w czasie żądania żony jeszcze istniejące, przychodów zaś spotrzebowanych nie jest obowiązany zwracać, jak nie jest obowiązany składać z nich rachunków. Postanowienie to przyjęte zostało do k. c. Kr. p. z kodeksu Napoleona (art. 1539 i 1578). Mąż obowiązany jest wydać żonie przychody jeszcze istniejące (des fruits existants) w chwili rozwiązania małż., resp. w chwili żądania żony. Podkreślamy to postanowienie, ponieważ, jak zaraz zobaczymy, w pr. austr. i niem. jest inaczej.

γ) Trzeci przypadek unormowany jest w art. 216 k. c. Kr. p.: gdyby mąż mimo sprzeciwiania się żony majątkiem jej zarządzał i przychody pobierał, powinien zdać rachunek z przychodów nie tylko istniejących, ale i spotrzebowanych.

Pr. niem. nie odróżnia tych przypadków. O zarządzie męża majątkiem żony, w razie separacji dóbr, mówi § 1430 k. c. n. Ma on na myśli przypadek, gdy żona wyraźnie oddaje mężowi zarząd swego majątku, gdy więc zawiera z nim zwykłą (nie małżeńską) umowę, którą wedle okoliczności możnaby skwalifikować jako najem usług lub inaczej § 1430 k. c. n. jest normą dyspozy-

cyjną, żona może więc inaczej się ułożyć. Sprawia to, że w prawie niemieckiem niema domniemania, które ma miejsce w pr. polskiem i austr., że, jeżeli żona się nie sprzeciwiła, należy przyjąć, iż godzi się na zarząd męża swym majątkiem. Druga różnica między pr. niem. a pr. pol. dotyczy owoców. Jeżeli zachodzą założenia § 1430 k. c. a., mężowi należą się wszystkie owoce aż do ukończenia zarządu, a więc nie jest obowiązany wydać żonie owoców istniejących. We wszystkich prawach udogodnienie stanowiska męża dotyczy tylko owoców, a nie substancji majątku żony. Z tej musi złożyć rachunki. Pr. niem. zawiera jeszcze pewne szczegóły, ograniczające pobór owoców przez męża z innych punktów widzenia. Jeżeli zarząd się skończy, a mąż nie pobrał przypadających na czas jego zarządu owoców, to później nie może ich pobrać. Oprócz tego mąż z owoców musi pokrywać koszty zarządu i zobowiązania żony, które przy porządnie prowadzonym zarządzie bywają pokrywane z dochodów (n. p. podatki, odsetki od długów hipotecznych etc.). Resztą owoców może swobodnie rozporządzać.

Pr. austr. różni się od dwóch poprzednich praw najpierw zasadniczo, jak to do znudzenia powtarzamy, dla uniknięcia nieporozumień. W pr. niem. i w k. c. Kr. p. ustawowym porządkiem majątkowym małżeńskim jest zarząd i użytkowanie męża, któryś w skwalifikowali, jako ograniczoną separacją dóbr. To też żona tylko w określonych przypadkach zarządza swym majątkiem, między innymi gdy taką zawrze umowę małżeńską. Ale i wówczas żona może zwykłą umową oddać zarząd swym majątkiem mężowi i ten przypadek właśnie dopieroco rozpatrywalismy. W pr. austr. jest inaczej: ustawowym porządkiem jest pełna separacja, a mąż ma zarząd majątkiem żony na podstawie specjalnej umowy majątkowej małżeńskiej, o której mówiliśmy pod a), lub na podstawie domniemanej umowy, która jest paralelna do przypadków obecnie omawianych. Otóż pr. austr. różni się w tym względzie od prawa niem., a zgadza się z pr. polskiem, że przyjmuje domniemanie zarządu (§ 1238 k. c. a.: „Dopóki żona nie sprzeciwiła się, ma walor domniemania, że powierzyła mężowi, jako swemu ustawowemu zastępcy zarząd swego wolnego majątku“). Natomiast zgadza się pr. austr. z pr. niem., a różni się od pr. pol. w tem, iż w takim przypadku, mężowi należą się wszystkie przychody, nie jest więc obowiązany, jak w k. c. Kr. p., do wydania owoców egzystujących, ale pobiera wszystkie aż do ukończenia zarządu (§ 1239 k. c. a.).

Sprawa nie jest jednak jeszcze wyczerpana. W pr. niem. jest rzeczą jasną, że mąż wykonywa zarząd na podstawie umowy, jakkolwiek ta nie jest umową małżeńską (Ehevertrag). W pr. polskiem w przypadku omówionym wyżej pod α) i β) $\alpha\alpha$) mamy również do czynienia z umową, ale jak jest w pr. polskiem w przypadku pod β) w drugiej ewentualności $\beta\beta$) i jak jest w pr. austr., gdy mąż wykonywa zarząd, „jeżeli żona się nie

sprzeciwia?" Czy tu mamy do czynienia także z umową, a jeżeli nie, to z czym? Jak w każdej konstrukcji prawniczej, idzie tu o to, czy skutki prawne mieszczą się w niej, czy nie? Nie przekonałem się, żeby się nie mieściły w konstrukcji umowy, i dlatego uważam, że wyrażenie § 1238 k. c. a. „powierzyła“ i wyrażenie § 1239 k. c. a. „jak inny upoważniony zarządca“ nie zostały mylnie użyte, a wskazują one, że tu mamy do czynienia z umową, jak „umowa“ była podstawą art. 214 i 215, w przeciwieństwie do art. 216 w k. c. Kr. pol. Na to jednak zgoda, że to nie jest umowa majątkowa małżeńska i że do niej nie potrzeba wymaganej dla takich umów formy.

Jeszcze jedną czynić należy uwagę: wszędzie jest mowa tylko o zarządzie, a nie o „zarządzie i użytkowaniu“. Jakie to ma znaczenie, zobaczymy niżej.

Ad c) Pr. austr. omawia w § 1240 k. c. a. jeden specjalny przypadek:

„Także i żona nie jest zobowiązana do składania rachunków z użytkowania, które mężowi odstąpiła, a z którego podczas małż. sama pobierała owoce; wolno jednak małżonkowi znieść tego rodzaju milcząco powołane do życia zarządy“. Sytuacja faktyczna, w której paragraf ten ma zastosowanie, jest następująca: żona zawiera umowę majątkową małżeńską, którą oddaje swój majątek w zarząd mężowi, mimo tego jednak sama ten zarząd wykonywa. Otóż w takim wypadku, ale tylko w takim, żona nie jest obowiązana do składania rachunków. To znaczy, że, gdyby żona zarządzała majątkiem męża, od składania rachunków nie byłaby zwolniona. Mąż może jednak w przypadku § 1240 k. c. a. każdej chwili odebrać żonie zarząd tak, jak żona może w przypadku § 1238 każdej chwili odebrać zarząd mężowi.

C) Dobra zastrzeżone (Vorbehaltsgut).

Instytucja dóbr zastrzeżonych ma zastosowanie tylko w pr. niem. i w pr. pol., dlatego, ponieważ ustawowym porządkiem majątkowym małżeńskim jest wedle tych praw zarząd i użytkowanie majątku żony przez męża, a dobrami zastrzeżonymi są właśnie te dobra, które są wyjęte z tego męzowskiego zarządu i użytkowania. W pr. austr. jest odwrotnie: wyjęciem (w postaci posagu) z majątku żony jest to, na czym mąż ma zarząd i użytkowanie.

W pr. niem. dobra zastrzeżone powstają:

a) z ustawy (§§ 1366 i 1367 k. c. n.), a należą tutaj przedmioty przeznaczone wyłącznie do osobistego użytku żony, jak suknie, stroje (Schmucksachen), narzędzia pracy, tudzież to, co żona nabywa przez swoją pracę lub przez samodzielne prowadzenie interesu zarobkowego. Postanowienie to jest bardzo ważne, szczególnie ze względu na klasy pracujące, wskutek niego bo-

wiem — praktycznie — tam, gdzie mąż i żona zarabiają, ustawowym ustrojem majątkowym małżeńskim staje się pełna separacja dóbr. Stosunek § 1367 k. c. n. do § 1356 k. c. a. jest ten, że żona wedle tego ostatniego paragrafu jest obowiązana do pracy w gospodarstwie domowym i w przedsiębiorstwie męża, o ile to wedle stosunków, w których małżonkowie żyją, jest w zwyczaju, i zarobek stąd płynący staje się własnością męża. Ale wszystko, co wychodzi poza tę miarę, jest dobrem zastrzeżonym żony.

b) Powstają dalej dobra zastrzeżone na podstawie umowy małżeńskiej (§ 1368 k. c. a.), którą pewne przedmioty zostają wyjęte z pod zarządu i użytkowania męża. Jeżeli wyjętym został terazniejszy i przysły majątek żony, to mamy do czynienia z umową o pełną separację dóbr. Forma jest wymagana, jak przy umowach majątkowych małżeńskich (Ehevertrag), a więc ustne oświadczenia nie wystarczą.

c) Powstają dalej dobra zastrzeżone wskutek oświadczenia trzeciej osoby wedle § 1369 k. c. n.

d) wreszcie wskutek surrogacji wedle § 1370 k. c. n.

Wszystkie cztery źródła dóbr zastrzeżonych znane są k. c. Kr. pol. Nie używa on określenia „dobra zastrzeżone“, ale zna dobra, przedmioty, rzeczy, zarobek, dorobek, zyski żony, wyjęte z pod działania art. 192 i 193 k. c. Kr. p., t. j. z pod zarządu i użytkowania męża, a to jest właśnie cechą dóbr zastrzeżonych.

a) Co do przedmiotów osobistego użytku żony, to charakter ich, jako dóbr zastrzeżonych, nie ulega wątpliwości. Por. drugie zdanie art. 217 k. c. Kr. p., które — w innym związku — stwierdza to samo. Co do owoców płynących z pracy, to należy, jak już wiemy, odróżnić w pr. pol. mężatki, żyjące wspólnie z mężem i mieszkające oddzielnie. Do pierwszych odnosi się art. 204, do drugich prawo z 25 grudnia r. 1914. Różnica jest ta, że wedle prawa z r. 1914 wszystko, co nabyte zostało starannością żony, jest jej dobrem zastrzeżonym, art. 204 k. c. Kr. p. zaś odróżnia między tem, co zostało nabyte pracą i starannością żony, a tem, co zdobyła z samodzielnego prowadzenia interesu, zawodu, przedsiębiorstwa. Pierwsze staje się własnością męża, drugie stanowi dobra zastrzeżone. Pr. niem. ma na myśli mężatki żyjące wspólnie z mężem (dla żyjących oddzielnie zbytecznym jest wedle pr. niem. wydawać osobne postanowienie), ale normuje ich stanowisko tak, jak prawo polskie normuje stanowisko mężatek, żyjących oddzielnie. Sądzę, że art. 204 k. c. Kr. p. przestanie być w życiu rozumianym, jako czyniący różnicę między rodzajami pracy mężatki. Nie da się wprost utrzymać, aby żona zarobek musiała oddawać mężowi.

b) Na podstawie umowy majątkowej małżeńskiej powstają dobra zastrzeżone wedle art. 213 k. c. Kr. p., jakkolwiek artykuł ten ma na myśli wyjęcie całego majątku żony z pod ustawowego zarządu i użytkowania męża, a więc ma na myśli pełną

separację dóbr par excellence. Możliwym jest jednak oczywiście wyjęcie tylko pewnych przedmiotów. Ta jest tylko różnica między pr. polskim a niemieckim, że wedle ostatniego, możliwym jest takie wyjęcie i po zawarciu małżeństwa, to jest możliwą jest przemiana dóbr wniesionych (eingebrachtes Gut) na dobra zastrzeżone (Vorbehaltsgut), gdy wedle pr. pol. (art. 209) „po nastąpionym obchodzie małżeńskim umowy przedślubne zmieniane być nie mogą“.

c) Dobra zastrzeżone mogą powstać na podstawie oświadczenia spadkodawcy lub darującego. P. art. 212 k. c. Kr. p.

d) Uzasadnioną jest oczywiście także i w pr. pol. surrogacja, jako źródło dóbr zastrzeżonych.

Do zarządu dóbr zastrzeżonych mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące się pełnej separacji dóbr. Poznamy je w następnym ustępie.

Z natury instytucji, tworzących ustawowe pr. maj. małż. w Niemczech i w Polsce wynika, że tutaj, t. j. w ustawowych pr. maj. małż. może być mowa tylko o dobrach zastrzeżonych żony. Przy umownej wspólności (mówimy o Niemczech i Polsce, nie o Austrii) dobra zastrzeżone może mieć każdy małżonek (ale w Niemczech tylko przy generalnej wspólności, §§ 1440, 1526, 1555 k. c. n.).

D) Zarząd żony.

Poznaliśmy już przypadki, w których żona zarządza sama swoim majątkiem. Jest ona w pr. niem. w zarządzie tym zupełnie nieograniczoną. W pr. pol. ograniczenie wynika z instytucji autoryzacji, która jest niezależną od jakiegokolwiek ustroju majątkowego małżeńskiego. Rozumie się, że koszta zarządu i ciężary, których przedmiotem są dobra zastrzeżone, ponosi żona. Tak w pr. pol., jak i niem., ciąży na żonie z tytułu jej dóbr zastrzeżonych obowiązek żony przyczyniania się do ciężarów małżeńskich. Mówiliśmy już o tem, wykładając sprawę alimentów, a wrócimy jeszcze do tego punktu w innym związku (p. §§ 1371, 1441, 1526, 1549 k. c. n., art. 201, 213, 237 k. c. Kr. p.).

Egzekucja na majątku żony ma miejsce na podstawie wyroku, który został wydany przeciwko niej.

O skuteczności rozdziału dóbr (Gütertrennung), unormowanej w § 1435 k. c. n., mówić będziemy w następnym rozdziale, traktującym o umownem prawie majątkowem małżeńskim.

Wedle pr. niem. kończy się separacja dóbr (Gütertrennung), a więc kończy się zarząd żony, jeżeli małżonkowie zawarli inną umowę majątkową małżeńską (§ 1432 k. c. n.). Kończy się także z ustawy rozdział dóbr w następujących wypadkach:

Wedle § 1418 k. c. n. żona może skarżyć o zniesienie zarządu i użytkowania między innemi z tego powodu, że mąż został ubezwłasnowolniony lub otrzymał kuratora. Jeżeli ubezwłasnowolnienie lub kuratela zostały zniesione, to mąż wedle § 1425

k. c. n. może skarżyć o przywrócenie swych praw. Jeżeli wygra, to od dnia prawomocności wyroku służy mu znowu zarząd i użytkowanie, a więc ustaje rozdział dóbr. Tak samo ma się rzecz wedle §§ 1547 i 1548 k. c. n. w razie przywrócenia wspólności dorobku. Pr. polskie nie zna żadnego z tych przypadków, pierwszego dlatego, że wedle k. c. Kr. p. niedopuszczalną jest zmiana umów przedślubnych.

E) Ustawowy zarząd i użytkowanie męża: w szczególności.

Jeżeli ustawowy porządek majątkowy małżeński polega na separacji dóbr (Gütertrennung), to sprawa przedstawia się prosto i jasno. Nic nie ogranicza żony w kwestji jej majątku. Ciąży na niej tylko obowiązek przyczyniania się do ponoszenia ciężarów małżeńskich, który kodeksy z większem lub mniejszem powodzeniem określają.

Inaczej przedstawia się rzecz, gdy ustawowy ustrój majątkowy małżeński polega na t. zw. zarządzie i użytkowaniu majątku żony przez męża. Tutaj wszystko jest sporne i niejasne, począwszy od nazwy. Nazywają ten ustrój połączeniem dóbr (Güterverbindung) lub wspólnością zarządu (Verwaltungsgemeinschaft), ale trafny jest zarzut, że właśnie w tym systemie nie ma wspólności nietylko majątków, ale i zarządu, bo mąż całkiem inaczej zarządza swoim majątkiem, a inaczej majątkiem żony. Nazwa „zarząd i użytkowanie męża“ jest przykładem, jak instytucij nie należy nazywać. Uwodzi ona prawników i każe im widzieć w stosunku męża do majątku żony rzeczowe prawo służebności użytkowania. Nic bardziej trudnego do obrony. Wedle mnie nie może być wystawioną na uzasadnione rzeczowe zarzuty nazwa „ograniczona separacja dóbr“. Ale nie przykładam wagi do nazwy. Używać można wszystkich, byle się pogodzić w ocenie, czem naprawdę jest ten stosunek.

Aby dojść do jego prawdziwej natury, musieliśmy go z pogmatwanej sieci stosunków między małżonkami wydobyć i odosobnić. Przedewszystkiem należało odróżnić zarząd umowny od ustawowego. Uczyniliśmy to z umownym zarządem, jednak sprawa nie okazała się równie prostą, jakkolwiek jest łatwiejszą od sprawy zarządu ustawowego. Jest kilka trudności. Przedewszystkiem niema zgody, czy zarząd domniemany i prekaryjny prawa austr. i zarząd „bez sprzeciwiania się żony“ w pr. c. Kr. p. polegają na ustawie, czy na umowie. Przechyliłem się do tego ostatniego zapatrywania. Drugą trudność polega na pytaniu, czy mąż dostaje przez tę umowę zarząd, czy także i użytkowanie. Pytanie to narzucało się wskutek tego, że ustawowy porządek dawał mężowi „zarząd“ i „użytkowanie“. Ci, którzy wykluczają „użytkowanie“ muszą zadać sobie pytanie, do czego upoważnia sam „zarząd“, czy np. mąż musi mieć pełnomocnictwo osobne w przypadkach § 1008 k. c. a. Z pewnością, interpretacja ma

znaczące pole do działania, w braku pozytywnych norm w pr. austr. i pol. Co do mnie, to usuwam przede wszystkim kwestję „użytkowania“ w znaczeniu konstrukcji prawnej służebności. W samej zaś umowie, czy ułatwimy sobie zrozumienie jej przez podciągnięcie jej pod zlecenie, czy pod kontrakt najmu ustny itp., musimy stwierdzić pewne jej właściwości, znamionujące, że ma ona naturę familijno-prawną. Przede wszystkim mąż uwolnionym jest od składania rachunków (widzieliśmy do jakiej chwili), powtóre zaś uprawnienia jego obejmują tylko przychody, a nie substancję. W tych granicach obracać się musi sędzia i nie uzna n. p. sprzedaży dóbr żony, dokonanej przez męża, ale uzna dzierżawę etc.

Odgraniczywszy w ten sposób „zarząd“ umowny od ustawowego, winiśmy się przypatrzeć naturze tego ostatniego. Jak mało ważną jest nazwa konstrukcji prawnej, gdy skutki są dokładnie i obszernie unormowane, możemy stwierdzić na kodeksie niemieckim. Pierwszy projekt podciągał naprawdę „zarząd i użytkowanie męża“ pod pojęcie służebności. Wskutek krytyki redaktorowie opuścili nazwę, ale rzeczy nie zmienili lub bardzo mało. W każdym razie lepiej się stało, a stać się mogło tylko dlatego, że k. n. normuje o tyle szczegółowo, o ile ciężko, wszystkie emanacje stosunku męża do majątku żony, nie potrzeba więc wskutek tego konstrukcji, z którejby dopiero w drodze dedukcji wypływały rozstrzygnięcia. Te zaś szczegółowe, zanadto szczegółowe normy nie upoważniają do sądu, że „zarząd i użytkowanie“ jest służebnością. Jestto z pewnością instytucją odrębną, mającą źródło familijno-prawne, instytucją, którą analogie mogą tylko zaciemnić. Uważam także za nieproduktywny spór, co jest ważniejsze i co jest pierwsze: zarząd czy użytkowanie? Ani jedno ani drugie. Już mówiliśmy o wpływie nazwy na opinię prawników. Przed wpływem tym należy się bronić. W ten sposób uzbrojeni nie wahamy się powiedzieć, że spełnimy swe zadanie, jeżeli troskliwie zbadamy normy odnoszące się do ustawowego stosunku męża do majątku żony, starając się doprowadzić je do harmonji, jak zaś nazwiemy dach, który je nakryje, jest rzeczą drugorzędną.

Przedstawimy najpierw instytucję „zarządu i użytkowania“ męża na majątku żony wedle prawa niemieckiego. Na szczególnych postanowieniach będziemy się starali wykazać, że sąd, któryśmy wyżej wypowiedzieli, jest uzasadnionym.

Powiedzieliśmy wyżej, że „zarząd i użytkowanie“ jest separacją dóbr, ale ograniczoną. Mieści to w sobie trzy kwestje: 1) Żona jest właścicielką (wyrażenie popularne, którego używam dla skrócenia) swego majątku mimo służącego mężowi zarządu i użytkowania. 2) Żona jest jednak w prawie dysponowania (znowu wyrażenie popularne) swym majątkiem ograniczoną, co wymaga określenia, w jakiej mierze i jak się to objawia. 3) Mąż

ma pewne prawo na majątku żony, co znowu wymaga określenia jakie to prawa mu służą.

Ad 1) Zona pozostaje właścicielką swoich rzeczy, wierzytelką swoich wierzytelności, wogóle podmiotem swego majątku. W chwili zakończenia „zarządu i użytkowania“, służącego mężowi, majątek wniesiony (eingebrachtes Gut), o który tu idzie, wraca do niej. Mąż może bez zezwolenia żony przedsięwziąć, jak zobaczymy pod 3), tylko to, co jest potrzebnem aby załatwić bieżące sprawy, wynikające z administracji (poznamy je pod 3), ale do innych dyspozycji (Verfügen) potrzebuje zgody żony, § 1375 k. c. n. (która w przypadkach § 1379 może być zastąpiona przez sąd opiekuńczy). Jeżeli w przypadkach, których mąż bez zgody żony nie może działać, mimo tego rozporządzi majątkiem żony, to mogą zajść dwie ewentualności:

- a) uczynił to w imieniu żony,
- b) uczynił to w własnym imieniu.

Ad a) W przypadku tym czynność jest nieskuteczną (chyba, że nastąpiła ratyfikacja lub konwalescencja, §§ 184 i 185 k. c. n.). Jeżeli więc np. mąż alienował rzeczy ruchome żony, do których alienacji bez zgody żony nie miał prawa, a nabywca był w złej wierze, to nie tylko żona, ale i mąż, mogą je windykować.

Ad b) Mąż odpowiada wówczas, jako negotiorum gestor. To samo odnosi się do wierzytelności żony. Bez zgody żony nie może ich wypowiadać, przyjmować zapłaty. Dłużnik natomiast wypowiada je wobec męża (§ 1403), ale wypełnić może zobowiązania tylko, jeżeli mąż i żona są zgodni.

Stosunek żony do jej majątku występuje jeszcze w przypadkach skargi. Ani czynnej ani biernej legitymacji nie ma mąż, gdy idzie o dobra wniesione, chyba że idzie o rzeczy zużywalne (§ 1380).

Najważniejszą próbą, dowodzącą, jaki jest stosunek żony do jej majątku, jest stosunek wierzycieli męża do tego majątku. Do dóbr wniesionych wierzyciele męża nie mają praw. Mogą tylko użyć na swe zaspokojenie owoce, które wydaje majątek żony, podlegający zarządowi i użytkowaniu męża. Ale i tutaj są ograniczenia. Wierzyciele mogą tylko o tyle sięgnąć po owoce, wydawane przez dobra wniesione, o ile te owoce wystarczą najpierw na pokrycie: a) kosztów utrzymania dóbr wniesionych, b) ciężarów związanych z użytkowaniem (§§ 1384 do 1387), c) alimentów, należących się żonie, poprzedniej żonie i krewnym, d) wreszcie na pokrycie własnego, odpowiadającego stanowi utrzymania męża. Opozycję w tym kierunku może wnieść mąż, a także żona (§§ 766, 861 ust. 2 proc. c. n.). Natomiast wierzycielom żony odpowiada zasadniczo cały majątek żony. Mówimy „zasadniczo“, bo są przypadki, w których wierzyciele muszą się liczyć z prawami męża. Do takich przypadków należą te zobowiązania, które żona zaciągnęła samowolnie w czasie trwania małż. Jak niżej pod 2) zobaczymy, zarząd i użytkowanie męża sprawia, że żona w oznaczonych przez ustawę przypadkach nie

może dokonać czynności prawnych bez zezwolenia męża. Jeżeli dokonała ich bez zezwolenia, to nie dotyczą one praw męża na dobrach wniesionych. Zasadę tą należy interpretować ściśle. Będą więc mogli wierzyciele żony dochodzić swych praw na dobrach wniesionych w następujących przypadkach:

a) jeżeli mąż udzielił przyzwolenia na czynność prawną, przedsięwziętą przez żonę;

b) jeżeli czynność prawna żony jest skuteczną wobec męża, chociaż się na nią nie zgodził, § 1412 ust. 1. 1405, 1407, 1401 k. c. n.;

c) jeżeli żona nabyła dziedzictwo lub legat, jako dobra zastrzeżone, to łączące się z tem ciężary mogą być zaspokojone tylko z dóbr zastrzeżonych aż do ukończenia prawa zarządu i użytkowania męża na dobrach wniesionych, bo wówczas i te dobra, ale dopiero wówczas, służyć mogą na zaspokojenie § 1413 k. c. n.;

d) podatki, ciężary rzeczowe i podobne zobowiązania, obciążające dobra zastrzeżone żony mogą być tylko z nich zaspokojone, § 1414 zd. 1, z wyjątkiem przypadku omówionego w drugim zdaniu tegoż § 1414 k. c. n.

Konsekwentnie ze stanowiskiem, którego bronimy, że żona pozostaje ciągle właścicielką dóbr wniesionych, stwierdzamy, że konkurs może być otwartym do jej tylko majątku, że to nie pociąga konkursu męża. Oczywiście wierzyciele dzielą się wówczas na dwie grupy: jedni mają pretensje tylko do dóbr zastrzeżonych, drudzy do dóbr zastrzeżonych i do dóbr wniesionych. Wskutek tego utworzyć należy dwie masy.

ad 2) Jakkolwiek żona jest właścicielką swego majątku, to jednak zarząd i użytkowanie męża, służące mu na dobrach wniesionych, sprawia, że władztwo żony jest z rzeczowych względów (t. j. wskutek tego, że ten zarząd i użytkowanie istnieją), ograniczone. Ograniczenie polega oczywiście na tem, że na majątku (takim, jakim on każdorazowo jest) mąż ma zarząd i bierze z niego owoce, ale ograniczenie sięga głębiej, bo mąż ma pewne uprawnienia, zmierzające do tego, aby stan dóbr wniesionych nie ulegał zmianom wskutek samowolnych zarządzeń żony. Wskutek tego kodeks wymienia szereg przypadków, w których żona bez zezwolenia męża nie może przedsięwziąć czynności prawnych. Należą do nich (§ 1395 k. c. n.) te czynności prawne żony między żyjącymi, które bezpośrednio (powtarzamy: „bezpośrednio“) przenoszą lub obciążają dobra wniesione żony, lub które prawa na nich zmieniają lub znoszą (wedle praktyki nie należy do nich dzierżawa i najem). Natomiast obligatoryjnie (przeciwstawienie do „bezpośredniości“) może się żona zobowiązywać bez zezwolenia męża. Czynność prawna, do której potrzeba zezwolenia męża, zawarta bez tego zezwolenia, jest nieskuteczną (§ 1398 k. c. n.). Kodeks zawiera osobno przepisy o ratyfikacji (§ 1396 k. c. n.). Jeżeli ona nastąpiła, wówczas niema oczywiście mowy o nieskuteczności. Ale i w tym przypadku, gdy brak zezwolenia męża czyni pure et simple interes

nieskutecznym; wywiera on przecież pewien (powtarzamy: pewien) skutek w odniesieniu do dóbr wniesionych, a mianowicie o tyle, o ile przez ten interes dobra wniesione zostały zubożone (§ 1399 ust. 2). Co do zdolności procesowej żony, zawierają postanowienia oba ustępy § 1400 k. c.

Ograniczenia żony, o których mówimy, są zgola czem innym, jak autoryzacja prawa franc. i pol. Ta ostatnia jest osobową, gdy w pr. niem. ma ona charakter rzeczowy, wypływający właśnie z tego, że małżonkowie żyją w pewnym ustroju majątkowym małżeńskim, mianowicie w ustroju „ustawowego zarządu i użytkowania“ męża dobrami wniesionymi żony. Na stanowisko żony w pr. niem. w tym kierunku rzucają światło te przepisy, które wymieniają te czynności prawne, gdzie żona nie potrzebuje zezwolenia męża, §§ 1406, 1407 k. c. n.

ad 3) Mówiliśmy już, że mąż ma prawo załatwiać tylko to, co wynika z zarządu, a ma naturę bieżących czynności. Wszystkie inne może przedsięwziąć tylko za zezwoleniem żony. Jednakże §§ 1376 i nast. k. c. n. dają mu wyjątkowo dalej idące prawa. Prawa te męża, szczególnie co do dóbr wniesionych, składających się z pieniędzy, papierów na okaziciela i na zlecenie *in bianco*, są tego rodzaju, że powinny skłaniać do zawierania umów małżeńskich, bo tylko przez nie mogą mieć żony skutecznie zabezpieczonym swój majątek. Przepisy kodeksu są z pewnością nie wystarczające.

Stanowisko męża do dóbr wniesionych wystąpi jaśniej, jeżeli zbadamy skargi, które służą mężowi i które przeciwko niemu się wnosi (§ 1380 k. c. n.). Ponieważ żona jest właścicielką dóbr wniesionych, przeto co do nich (z wyjątkiem rzeczy zużywalnych) mąż nie ma ani czynnej ani biernej legitymacji. Ma tylko te skargi, które są potrzebne do dochodzenia „jego“ praw, a więc może skarżyć żonę o wydanie rzeczy wniesionych, może się possessoryjnie bronić przeciwko naruszeniom, służy mu (analogicznie, do użytkowcy) skarga konfessoryjna, może użyć skarg ustalających jego prawo, ma także skargi o wynagrodzenie szkody. Użyliśmy wyrażenia „skarga konfessoryjna“, bo ono najlepiej i najkrócej oddaje naturę skargi, o którą tu idzie, w przeciwstawieniu do skargi possessoryjnej. Nie chcielibyśmy jednak, aby z tego wysnuwano wniosek, że prawa męża na dobrach wniesionych żony uważamy za służebność użytkowania. Że nią nie jest, wypływa z całego szeregu postanowień, z których najważniejsze jużesmy wymienili, a które dadzą się wytłómaczyć tylko ich familijno-prawną naturą, a więc czynią z instytucji „zarządu i użytkowania“ odrębną, oryginalną instytucję. To nie wyklucza oczywiście, że to i owo postanowienie może być wzięte z instytucji służebności użytkowania, nawet ogólny zewnętrzny obraz przypomina tę ostatnią, ale rdzeń nie da się ująć w konstrukcję służebności użytkowania. Już samo rozwiązywanie kolizji, które powstać mogą między mężem a żoną co do dóbr wnie-

sionych, owo tak troskliwe wylizywanie, kiedy i czyjego potrzeba zezwolenia do czynności prawnych, wskazuje, że mamy tu do czynienia z czemś nie dającym się nakryć konstrukcją służebności. Ale najważniejszym momentem jest to, że rzeczowe prawo służebności użytkowania idzie w świat wraz z rzeczą, na której ciąży, w czyjekolwiek dostałaby się ręce. Inaczej jest z prawem zarządu i użytkowania męża. Ono odnosi się tylko do tych przedmiotów, które znajdują się w majątku żony; prawo męża gaśnie, gdy przedmiot przestanie być dobrem małżeńskim (Ehegut), jakby się można wyrazić. A jeszcze jedno! Już tylko stosunkiem rodzinnym można sobie wytłómaczyć, że wedle §§ 1381 i 1382 k. c. n. mąż ma prawo zarządu i użytkowania na przedmiotach, o których żona zgoła nie wie. Chociaż żona nie wie o nich, a więc chociaż wskutek tego brak jej woli, to przecież mąż nabywa bezpośrednio dla niej te rzeczy. Ale i na odwrót; mąż ma prawo użytkowania i zarządu na rzeczach, które należą do dóbr wniesionych, ale których mu żona nie chce wydać lub o których mąż nie wie.

Już to, cośmy wyżej powiedzieli, winno nas przekonać, że konstrukcja rzeczowego prawa służebności użytkowania musi pęknąć, jeżeli będziemy chcieli przyodziać w nią męzowski zarząd i użytkowanie dobrami wniesionymi. Przyzwyczajaliśmy się do pojęć: prawo rzeczowe, obligatoryjne. Wszak dawna teoria przyznawała małżonkowi służebność na ciele drugiego małżonka. Tak też i w stosunku męża do majątku żony niejedyn moment ma charakter rzeczowego prawa, niejedyn prawa obligatoryjnego. Ale żaden z nich nie jest w stanie objąć wszystkich objawów tego stosunku, objąć „bez reszty“. Dlatego trwamy przy swoim poglądzie, że jeszcze najlepiej ujmuje splot stosunków, które się tu wywiązują, pojęcie „ograniczonej separacji dóbr“. Z tego też punktu widzenia staraliśmy się rzecz przedstawić. Oglądaliśmy najpierw te stosunki, jako nie znoszące — powiedzmy znowu dla skrócenia — własności żony na dobrach wniesionych, a potem przypatrzyliśmy się, jakie plus zyskuje mąż, a jakie minus zapisać należy na debet żony.

Odrębność natury prawa zarządu i użytkowania męża wynika jeszcze z następujących momentów:

a) Mąż obowiązany jest zarządzać majątkiem żony „porządnie“, ale w instytucji, o której mówimy, oznacza to, że winien uwzględniać nie tylko materialne, ale i idealne interesy żony przy tym zarządzie. To wytłómaczyć sobie można (i to wypływa) tylko z odrębności stosunku między małżonkami.

b) Roszczenie męża o zwrot nakładów wedle § 1390 różni się od roszczenia negotiorum gestoris, bo kryterjum roszczenia męża tkwi w jego przekonaniu, że nakłady były potrzebne, a nie w wyraźnej lub domniemanej woli żony, § 683 k. c. n.

c) Żona może dochodzić swych roszczeń przeciwko mężowi z tytułu jego zarządu dopiero po ukończeniu zarządu (§ 1394).

Oczywiście przepis ten nie ma zastosowania w razie niebezpieczeństwa (§ 1391), nie obchodzi wierzycieli żony i nie odnosi się do roszczeń żony o alimenty (§ 1389). ale tak, jak został przez kodeks przyjęty, tłumaczy się tylko familijno-prawną naturą całego stosunku.

d) Charakterystyczne są także sposoby zgaśnięcia prawa użytkowania i zarządu męża. Że ono gaśnie, przez śmierć jednego z małżonków, przez rozwód, przez zniesienie wspólności małżeńskiej (§ 1586), przez uznanie męża za zmarłego, przez konkurs do majątku męża (nie „żony“), przez umowę małżeńską (Ehevertrag) — to wszystkie te przyczyny możemy sobie ogólnemi zasadami wytłumaczyć. Ale szczególnym powodem, charakteryzującym instytucję męzowskiego zarządu i użytkowania, jako instytucję odrębną, jest zgaśnięcie prawa zarządu i użytkowania na podstawie wyroku w przypadkach § 1418, a jeszcze bardziej charakterystycznym jest to, że mąż jednostronnie wbrew woli żony, nie może przez zrzeczenie uzyskać z niesienia swego prawa zarządu i użytkowania. Tu powinna już naprawdę ustać tendencja podciągania instytucji familijno-prawnych pod instytucje znane z prawa rzeczowego, obligatoryjnego, o ile idzie o ujęcie ich w całości.

e) Światło na instytucję męzowskiego zarządu i użytkowania rzuca kwestja owoców. Sposób poboru owoców, rozmiar, ustalenie w razie ukończenia są unormowane, jak w służebności użytkowania (§§ 1383, 1056 k. c. n.). Ale kwestja ciężarów, które mąż ponosi, płynie z całkiem innego źródła; nie da się wytłumaczyć tem, że mąż jest użytkowcą. Na męża spadają bowiem nie tylko koszta administracji i te ciężary, które rzeczowo obciążają dobra wniesione, bo to jest naturalne, ale także wszystkie te zobowiązania żony, które żona by pokrywała, wedle zasad dobrego gospodarstwa, z dochodów swego majątku, a więc np. także podatki osobiste żony. Mąż ma jednak jeszcze cięższy obowiązek, bardzo nawet dla niego niebezpieczny, bo ponosi koszta sporów, które żona prowadzi (§§ 1415, 1416), koszta karnego procesu żony, a we wszystkich tych przypadkach bynajmniej nie do wysokości dochodów, które dają dobra wniesione, ale w sposób nieograniczony. Nie potrzeba zaś już przypominać, że do „ciężarów małżeńskich (onera matrimonii)“ należy pokrywanie wszystkich potrzeb żony wedle socjalnego stanowiska małżonków. Wiemy, że mąż oznacza stopę życia (§ 1364 ust. 1) i w tem jest remedura przeciwko wybrykom żony, wiemy także, że żona ma t. zw. Schlüsselgewalt (§ 137), a w tem znowu jest remedura przeciwko skąpstwu męża.

f) Pozostaje nam jeszcze do omówienia jeden temat, a mianowicie likwidacja męzowskiego zarządu i użytkowania w razie jego zagaśnięcia. Zasadą jest, że żona w każdym razie otrzymuje z powrotem dobra wniesione. Nie zawsze jest to łatwa rzecz do oznaczenia. Wedle okoliczności należy przyjąć (ustawowego do-

mniemania niema), że to, co żona w czasie zawarcia małżeństwa posiadała, należy do dóbr wniesionych. Przeciwno skardze żony o wydanie dóbr wniesionych broni się mąż, że rzeczy uległy zniszczeniu etc., bez jego winy.

Staraliśmy się przedstawić obszernie normy kodeksu niemieckiego o męzowskim zarządzie i użytkowaniu z jednego punktu widzenia, nie opuszczając jednak żadnego z ważniejszych postanowień. Szło nam mianowicie o to, aby wykazać, że mimo nazwy „użytkowanie“ nie mamy tu do czynienia ze służebnością użytkowania. Nie mielibyśmy tych trosk konstrukcyjnych, gdybyśmy za podstawę badania brali sytuacje faktyczne, a nie odrazu pojęcia. Sytuacja faktyczna jest tutaj ta: żona w ten sposób przyczynia się do ponoszenia ciężarów małżeńskich, że mążowi oddaje w zarząd i pozwala mu pobierać owoce z tego majątku swego, który stanowi t. zw. dobra wniesione. Cóż ma np. wspólnego ze służebnością użytkowania, jaką ma być męzowski zarząd i użytkowanie dóbr wniesionych, kwestja n. p., czy mąż obowiązany jest dać żonie zaliczkę na koszt procesu rozwodowego ze sobą samym lub czy mąż obowiązany jest (oczywiście i w jednym i w drugim przykładzie z dochodów dóbr wniesionych) płacić alimenty dzieci nieślubnych żony? Gdybyśmy jednak rzecz odrazu postawili w ten sposób, że żona zamiast płacić mężowi ad sustentanda onera matrimonii gotówkę, jak w pensjonacie, oddaje mu swój majątek, ale nie przestaje być przez to człowiekiem, mającym swoje potrzeby, i nie staje się przez to zakonnicą, która ślubowała ubóstwo i skazaną jest na to, co jej daje klasztor — to rzecz nie budziłaby wątpliwości. Prawda, idzie o to, aby tę sytuację faktyczną przyodziać w pewną prawniczą konstrukcję. Ale niepodobna nie widzieć, że użycie w tych stosunkach konstrukcji służebności użytkowania naraża nas na to, że zmuszeni jesteśmy mówić ciągle o wyjątkach. Kwestję pobierania owoców możemy, dla skrócenia, odesłać do przepisów o służebności użytkowania, ale to cały zysk tej konstrukcji. Ostatecznie musielibyśmy dojść do stwierdzenia, że t. zw. męzowski zarząd i użytkowanie, jeżeli ma naturę prawa rzeczowego, to ma także naturę familijno-prawną, czyli nie osiągnęlibyśmy konstrukcyjnej korzyści, bo przecież przez tworzenie pojęcia prawniczego idzie o to, aby ująć w całość wszystkie dalsze objawy, bez reszty. Jeszcze raz przeto powtórzyć nam wypada, że w prawie familijnem powinniśmy wyjść poza cywilistyczne, pierwotne pojęcia i stworzyć dla niego pojęcia nowe. Widzieliśmy już w pr. małżeńskim osobowem, że bez wprowadzenia pojęcia małż., jako związku socjalnego, nie damy sobie rady z małżeństwem pojmowanem, jako umowa. Tak samo i w pr. małż. majątkowem musimy wyjść poza ramy praw podmiotowych i ująć rzecz z obiektywnej strony. A wówczas zobaczymy, że idzie tu o rozdział majątków małżonków, ale o rozdział ograniczony, zmodyfikowany. Na czem to ograniczenie polega, staraliśmy się wykazać.

Pr. polskie jest uboższe w przepisy o mężowskim zarządzie użytkowaniu.

K. c. Kr. p. w art. 192 mówi również o stosowaniu przepisów o służebności użytkowania do mężowskiego zarządu i użytkowania majątku żony. Chcemy jednak brać dosłownie ten przepis, t. j. że idzie tu tylko o „stosowanie“ przepisów o służebności użytkowania (z podanymi w art. 192 wyjątkami) do małżeńskiej instytucji, o której mówimy, ale nie idzie o to, że ten mężowski zarząd i użytkowanie jest rzeczywiście służebnością użytkowania. Nie można sobie tego wyobrazić, gdy się zważy, że dopiero przy ukończeniu mężowskiego zarządu i użytkowania z reguły okazuje się, co jest majątkiem żony, a co majątkiem męża. Temu powikłaniu daje wyraz art. 204. Służebność użytkowania ciąży na rzeczy, bez względu, w czyich jest rękach. Gdy więc w ciągu trwania małż. nie jest wiadomem (wystarczy, jeżeli nie zawsze jest wiadomem), co jest majątkiem męża, a żony, wynikałoby, że, o ileby szło o pozbywanie poszczególnych rzeczy (nie należy mieszać z pozbyciem samego prawa męża do zarządu i użytkowania), żadna rzecz nie jest wniesioną przez żonę, bo żadna nie wychodzi z rąk męża z obciążeniem użytkowania. I w pr. polskim przeto mężowski zarząd i użytkowanie nie da się podciągnąć pod pojęcie służebności użytkowania.

W kwestjach, które k. c. Kr. p. rozstrzyga, są następujące podobieństwa i różnice, w porównaniu z pr. niem.:

1. Wedle pr. niem. postanowienia o pieniądzach należących do dóbr wniesionych mieszczą się w §§ 1376 i 1377 k. c. n. Wedle pierwszego mąż może rozporządzać (verfügen) pieniędzmi oez zezwolenia żony. Zaraz jednak ustęp 1 następnego § 1377 mówi, że to prawo rozporządzania męża pieniędzmi żony ma granicę, służy mu mianowicie tylko w ramach „porządnego zarządu“. Gdyby więc „porządny zarząd“ nie wymagał, aby mąż rozporządzał pieniądzem żony, to wedle ustępu 2 § 1377 ma je ulokować wedle przepisów o pieniądzach pupilów. Ten ostatni przepis odnosi się tylko do gotowych pieniędzy, a nie do ulokowanych już pieniędzy, bo co do tych nie ma mąż prawa, bez zezwolenia żony, zmienić lokaty, a więc nie ma prawa wypowiadać ich i podnosić.

Pr. pol. nie czyni różnicy przypadkami, w których kryterjum jest „porządny zarząd“, a innymi. Art. 58⁷ K. N. postanawia że użytkownik może korzystać z nich, z obowiązkiem zwrotu po ustaniu użytkowania. Zgadza się natomiast k. c. Kr. pol. z prawem niem. w tem, że mężowi nie wolno „podnosić kapitałów“, bez zezwolenia żony (art. 195 k. c. Kr. p.).

Różnica ta jednak jest teoretyczną. Także i w Niemczech mąż rozporządza pieniędzmi żony, nie trzymając się reguł, które mają chronić żonę przed mężem lekkomyślnym. Jeden powód więcej do zmiany systemu ustawowego.

2. W sprawie procesów rzecz przedstawia się w pr. niem. w następujący sposób:

§ 1380 k. c. n. przyznaje mężowi czynną legitymację w dochodzeniu prawa należącego do dóbr wniesionych. Mąż może więc co do takiego prawa wystąpić ze skargą we własnym imieniu. Jak działa wyrok, zależy od tego, czy tem zaskarżonem, należącym do dóbr wniesionych prawem, mógł mąż samodzielnie rozporządzać (§ 1376 ust. 1: pieniądze, dobra zużywalne. § 1378 k. c. n.), czy też nie. W pierwszym przypadku wyrok jest skuteczny na korzyść i przeciw żonie. Jeżeli natomiast prawo, o które mąż wniósł skargę, jest tego rodzaju, że mąż może niem rozporządzać tylko za zezwoleniem żony (§ 1375), to wyrok nie jest skuteczny przeciwko żonie. Koszta ponosi zawsze mąż. (§ 1387). Jeżeli żona prowadzi proces, to o skuteczności wyroku przeciwko mężowi decyduje nie jakość przedmiotu sporu, ale fakt, czy proces podjęła żona za zezwoleniem męża czy bez.

W pierwszym przypadku wyrok nie jest skuteczny przeciwko mężowi w odniesieniu do dóbr wniesionych. W drugim przypadku wyrok jest skuteczny przeciwko mężowi (§ 1400 ust. 1.) Jednak, o ile idzie o prawo należące do dóbr wniesionych, to żona wogóle bez zezwolenia męża nie może wnieść skargi (§ 1400 ust. 2), żona nie ma tutaj wogóle czynnej legitymacji. Streszczając to cośmy powiedzieli, możemy stwierdzić:

Jeżeli żona prowadzi proces, to nie ma wypadku, aby wyrok był skuteczny wobec dóbr wniesionych, jeżeli proces wszczęto bez zezwolenia męża;

jeżeli mąż prowadzi proces, to tylko w jednym przypadku wyrok jest skuteczny przeciwko żonie, a mianowicie gdy idzie o przedmioty, co do których mąż ma prawo rozporządzania bez zezwolenia żony.

Pr. polskie (art. 196 k. c. Kr. p.) nie mówi o procesach żony, a tylko o procesach męża. Natomiast mówi o procesie, który trzecia osoba wytoczyć może w odniesieniu do dóbr wniesionych. W pierwszej kwestji odmawia pr. polskie mężowi legitymacji czynnej, jak to w odniesieniu do dóbr wniesionych pr. niem. czyni co do żony. W drugiej kwestji rozstrzyga k. c. Kr. p., że trzeci ma pozwać oboje małżonków, co pr. niem. mimo braku wyraźnego przepisu również musi mieć zastosowanie, jeżeli powód nie chce się narazić na to, że wyrok nie będzie działał jednolicie przeciwko małżonkom. W pierwszej kwestji, co do procesów męża, to różnica między pr. niem. a pol. jest zasadnicza: pr. niem. w § 1380 zdanie 1-sze daje mężowi legitymację czynną co do praw należących do dóbr wniesionych, a kwestja zezwolenia żony odgrywa tu rolę tylko co do przedmiotu, o który spór się toczy, bo jeżeli nim jest prawo, którem mąż może rozporządzać bez zezwolenia żony, to wyrok jest skuteczny na korzyść i przeciwko żonie, w innych zaś wypadkach wyrok

nie jest skuteczny przeciwko żonie, ale mąż może zawsze skarżyć bez zezwolenia żony. W pr. polskim natomiast mąż nie ma legitymacji czynnej do wytoczenia skargi o prawo żony, musi mieć jej zezwolenie lub musi ją przypożwać.

3. Co do przyczyn, które uzasadniają odebranie mężowi zarządu i użytkowania, to różnica między §§ 1418 k. c. n. a art. 199 k. c. Kr. p. jest widoczną. Idzie tylko o stosunek art. 203 do art. 199 k. c. Kr. p. z jednej strony, a stosunek unormowania przypadku, gdy zarząd ma być odebrany mężowi z powodu niedostarczania alimentów żonie i dzieciom, w pr. niem. a w pr. pol. Wedle prawa polskiego nie można mężowi odebrać użytkowania, gdy może dostarczać alimentów, ale nie chce, art. 203 k. c. Kr. p. Powodem odebrania mężowi zarządu i użytkowania jest tylko niemożność dostarczania przez męża alimentów, art. 199 k. c. Kr. p. Prawo niem. nie czyni tej różnicy przyczyną odebrania mężowi zarządu jest fakt, że alimenty nie są dostarczane, bez względu na motywy, byle sędzia ocenił, że zachodzi obawa, iż się to w przyszłości nie zmieni.

4. Postanowienie art. 200 k. c. Kr. p. jest wynikiem instytucji autoryzacji osobowej, której pr. niem. nie zna.

5. Zabezpieczenie służące żonie wedle art. 205 k. c. Kr. p. ma inne założenia jak zabezpieczenie służące żonie wedle § 1391 k. c. n. Prawo polskie wymaga faktu: mąż stał się już odpowiedzialnym, mąż stał się dłużnym żonie jakąś należnością. Natomiast prawo niem. wymaga, jako założenie, „zachowanie się męża budzącego obawę“, a więc nie wymaga faktu, któryby już żonie wyrządził szkodę oznaczoną, ale wymaga może i szeregu faktów i to nie tylko w odniesieniu do żony, z którychby można ocenić „zachowanie“ męża.

Pr. pol. mówi tylko o jednym środku zabezpieczenia, przez hipotekę, prawo niemieckie stosuje tutaj ogólne przepisy o zabezpieczeniu.

5. Wskazujemy wreszcie różnicę co do kontraktów najmu dzierżawnego. P. wyżej cytowane odnośne przepisy.

ROZDZIAŁ SZÓSTY.

Umowne prawo majątkowe małżeńskie.

I. Obowiązujące przepisy.

A) Prawo niemieckie.

1. Ogólne przepisy.

1. Wolność kontraktowania dla umów małżeńskich.

§ 1432. Małżonkowie mogą swoje majątkowe stosunki uregulować przez umowę (umowę małżeńską, Ehevertrag), w szczególności mogą także po zawarciu małżeństwa stan majątkowy znieść lub zmienić.

2. Niedopuszczalność ogólnego odesłania do starego lub zagranicznego prawa.

§ 1433. Stan majątkowy nie może być określony przez odesłanie do nieobowiązującej już lub do zagranicznej ustawy. Jeżeli mąż w czasie zawarcia małżeństwa lub w razie zawierania umowy po zawarciu małżeństwa, w czasie zawarcia tej umowy ma siedzibę zagranicą, to dozwolonem jest odesłanie do obowiązującego i w tej siedzibie prawa majątkowego.

3. Forma.

§ 1434. Umowa małżeńska musi być zawarta przed sądem lub notariuszem przy równoczesnej obecności obydwóch stron.

4. Ochrona trzecich osób będących w dobrej wierze.

a) Wykluczenie lub zmiana zarządu i użytkowania męża przez umowę małżeńską.

§ 1435. Jeżeli zarząd i użytkowanie męża są przez umowę małżeńską wykluczone lub zmienione, to z tego wykluczenia lub zmiany mogą być wobec trzeciego tylko wtedy wysnute zarzuty, przeciwko dokonanej między tym trzecim a jednym z małżonków czynności prawnej lub przeciwko zapadłemu przeciw niemu prawomocnemu wyrokowi, jeżeli w czasie dokonania czynności prawnej lub w czasie zawieszenia sporu wykluczenie lub zmiana były zapisane w rejestrze praw majątkowych właściwego sądu lub jeżeli były trzeciemu znane.

b) Umowna zmiana uregulowania wpisanego do rejestru praw majątkowych.

To samo ma zastosowanie, jeżeli wpisane w rejestrze praw majątkowych uregulowanie majątkowe prawnych stosunków zostało zniesione lub zmienione.

5. Wykluczenie lub zniesienie stanu majątkowego bez oznaczeniem sposobu uregulowania.

§ 1436. Jeżeli przez umowę małżeńską jest wykluczony zarząd i użytkowanie męża lub jeżeli ogólna wspólność majątkowa, wspólność dorobku lub wspólność ruchomości jest zniesiona, to ma miejsce rozdział dóbr, o ile z umowy nie okazuje się nic innego.

2. Ogólna wspólność majątkowa (WM).

A) Małżeńska wspólność majątkowa.

I. Umówienie o ogólną WM lub zniesienie jej przy współudziale ustawowego zastępcy.

§ 1437. Umowa małżeńska, ustanawiająca lub znosząca ogólną WM, nie może być zawarta przez ustawowego zastępcę. Jeżeli jedna ze stron zawierających umowę jest ograniczoną w zdolności do działania, to potrzebuje zgody swojego ustawowego zastępcy. Jeżeli ustawowym zastępcą jest opiekun, to potrzebnym jest przyzwolenie sądu opiekuńczego.

II. Masy majątkowe.

1. Masa wspólna.

§ 1438. Majątek męża i majątek żony stają się przez ogólną wspólność majątkową wspólnym majątkiem małżonków (masą wspólną, Gesamtgut). Do masy wspólnej należy także ten majątek, który mąż lub żona nabywa w czasie wspólności małżeńskiej. Poszczególne przedmioty stają się wspólnymi, bez przenoszenia ich przez czynność prawną. Jeżeli wspólnym staje się prawo, które jest wpisane w księdze gruntowej lub może być do niej wpisane, to każdy małżonek może od drugiego żądać współdziałania przy sprostowaniu księgi gruntowej.

2. Wyjęcie przedmiotów nieprzenoszalnych.

§ 1439. Ze wspólnej masy wyjęte są przedmioty, które nie mogą być przenoszone przez czynność prawną. Do takich przedmiotów mają odpowiednie zastosowanie przepisy obowiązujące przy wspólności dorobku dla dóbr wniesionych z wyjątkiem § 1524.

3. Dobra zastrzeżone małżonków.

a) części składowe.

§ 1440. Dobra zastrzeżone są wyjęte ze wspólnej masy. Dobrem zastrzeżonym jest to, co przez umowę małżeńską uznane zostało za dobro zastrzeżone jednego z małżonków lub co zostało przez jednego z małżonków nabyte wedle §§ 1369 lub 1370.

b) Stosunki prawne dóbr zastrzeżonych żony.

§ 1441. Do dóbr zastrzeżonych żony mają odpowiednie zastosowanie przepisy obowiązujące przy rozdziale dóbr w sprawie majątku żony; żona powinna jednak mężowi o tyle dawać dodatek do pokrycia ciężarów małżeńskich, o ile wpływające do wspólnej masy dochody nie wystarczają do pokrycia ciężarów.

III. Stosunki prawne masy wspólnej w czasie wspólności majątkowej.

1. Wspólność solidarna (zur gasammten Hand).

§ 1442. Jeden małżonek nie może rozporządzać swoim udziałem w masie wspólnej lub udziałem w poszczególnych, należących do niej przedmiotów; nie jest uprawniony do żądania podziału.

Z wierzytelnością, która należy do wspólnej masy, może dłużnik skompenzować tylko taką wierzytelność, której zaspokojenie można żądać z ogólnej masy.

2. Zarząd masy wspólnej przez męża.

a) Prawo rozporządzania i legitymacja czynna.

§ 1443. Masa wspólna podlega zarządowi męża. Mąż jest w szczególności uprawniony do brania w posiadanie rzeczy należących do masy wspólnej, do rozporządzania (Verfügen) masą wspólną, tudzież do prowadzenia we własnym imieniu sporów, które się odnoszą do masy wspólnej.

b) Osobiste zobowiązania żony.

Przez czynności zarządu męża żona nie staje się zobowiązana ani wobec trzecich ani wobec męża.

c) Potrzeba zezwolenia żony.

α) Czynności prawne odnoszące się do całej masy wspólnej.

§ 1444. Mąż potrzebuje zezwolenia żony do czynności prawnej, przez którą zobowiązuje się do jakiegoś rozporządzenia całością masy wspólnej, tudzież do rozporządzenia odnoszącego się do wspólnej masy, przez które ma być wypełnione zobowiązanie tego rodzaju zaciągnięte bez zezwolenia żony.

β) Czynności prawne dotyczące gruntów.

§ 1445. Mąż potrzebuje zezwolenia żony do rozporządzenia gruntem, należącym do wspólnej masy, tudzież do zaciągnięcia zobowiązania mającego za przedmiot takie rozporządzenie.

γ) Darowizny i obietnice darowizn męża.

§ 1444. Mąż potrzebuje zezwolenia żony do uczynienia darowizny z masy wspólnej, tudzież do takiego rozporządzenia dotyczącego się masy wspólnej, przez które ma być wypełniona obietnica takiej darowizny uczyniona bez zezwolenia żony. To samo ma zastosowanie do obietnicy darowizny, która się nie odnosi do masy wspólnej.

Wyjęte są darowizny, które się czyni z obowiązku etycznego lub ze względów przyzwoitości.

d) Zastąpienie zgody żony przez sąd opiekuńczy.

§ 1447. Jeżeli do porządnego zarządu potrzebną jest czynność prawna określonego w §§ 1444, 1445 rodzaju, to zgoda żony może być na wniosek męża zastąpiona przez rząd opiekuńczy, jeżeli żona odmawia jej bez wystarczającego powodu.

To samo ma zastosowanie, jeżeli choroba lub nieobecność przeszkadza żonie złożyć oświadczenie, a ze zwłoką połączone jest niebezpieczeństwo.

e) Czynności prawne męża bez wymaganego zezwolenia żony.

§ 1448. Jeżeli mąż przedsięwzię bez zezwolenia żony czynność prawną określonego w §§ 1444 do 1446 rodzaju, to przepisy obowiązujące o zarządzeniach żony w sprawie dóbr wnieśliowych, zawarte w § 1396 ust. 1), 2 i w §§ 1397, 1398, mają odpowiednie zastosowanie.

Jeżeli druga strona wezwie przy zawieraniu umowy męża, aby dostarczył zatwierdzenia żony, to oświadczenie zawierające to zatwierdzenie może nastąpić wobec tej drugiej strony; zatwierdzenie lub odmowa zatwierdzenia złożone przez żonę wobec

męża przed wezwaniem go przez drugą stronę, jest nieskuteczne. Zatwierdzenie może nastąpić tylko do upływu dwóch tygodni po otrzymaniu wezwania; jeżeli w tym czasie nie zostało złożone, to uważa się, że go odmówiono.

Jeżeli zatwierdzenie żony jest zastąpione przez sąd opiekuńczy, to w przypadku wezwania, po myśli ustępu drugiego, uchwała jest tylko wtedy skuteczną, jeżeli mąż zakomunikuje ją drugiej stronie; przepisy ust. 2 zdanie 2, mają odpowiednie zastosowanie.

3) Uprawnienia żony do zarządu.

a) Prawne dochodzenie przeciwko trzecim, w razie niedozwolonego zarządzenia męża.

§ 1449. Jeżeli mąż rozporządza bez wymaganej zgody żony prawem należącym do masy wspólnej, to żona może bez współdziałania męża dochodzić sądownie tego prawa przeciwko trzecim.

b) Przeszkoda po stronie męża w razie niebezpieczeństwa zwłoki.

§ 1450. Jeżeli choroba lub nieobecność przeszkadza mężowi przedsięwziąć czynność prawną dotyczącą masy wspólnej, to żona może we własnym imieniu lub w imieniu męża przedsięwziąć tę czynność prawną lub prowadzić ten spór, jeżeli ze zwłoką połączone jest niebezpieczeństwo.

c) Zastąpienie mężowskiego zgodzenia się na czynności przedsięwzięte przez żonę w jej interesie osobistym przez sąd opiekuńczy.

§ 1451. Jeżeli do porządnego załatwienia osobistych spraw żony potrzebna jest czynność prawną, której żona nie może przedsięwziąć bez zgody męża, jeżeli ta czynność ma wywrzeć skutek na wspólną masę, to zgoda męża może być na wniosek żony zastąpiona przez sąd opiekuńczy, jeżeli mąż odmawia jej bez dostatecznego powodu.

d) Interes zarobkowy żony.

§ 1452. Przepisy § 1405 mają odpowiednie zastosowanie do samodzielnego prowadzenia interesu zarobkowego przez żonę.

e) Nabycie przez żonę mortis causa.

f) Odrzucenie ofert i darowizn.

§ 1453. Do przyjęcia lub odrzucenia przypadającego żonie dziedzictwa lub zapisu jest tylko żona uprawniona; zgoda męża nie jest wymagana. To samo ma zastosowanie do zrzeczenia się zachowku tudzież do odrzucenia uczynionej żonie oferty lub darowizny.

g) Sporządzenie inwentarza.

Do sporządzenia inwentarza przypadającego żonie w spadku nie potrzebuje żona zgody męża.

h) Dalsze prowadzenie wiszącego sporu prawnego.

§ 1454. Do dalszego prowadzenia sporu, który wisiał już w czasie nastania wspólności małżeńskiej, nie potrzebuje żona zgody męża.

4. Pomnożenie masy wspólnej przez czynność prawną przedsięwziętą bez wymaganej zgody drugiego małżonka.

§ 1455. Jeżeli masa wspólna została wzbogaconą przez czynność prawną, którą przedsięwziął mąż lub żona bez wymaganej zgody drugiego małżonka, to może być żądaniem wydanie wzbogacenia z masy wspólnej wedle przepisów o wydanie nieślusznego wzbogacenia.

5. Odpowiedzialność męża wobec żony.

§ 1456. Mąż nie jest odpowiedzialny żonie za zarząd masy wspólnej. W razie zmniejszenia jednak masy wspólnej obowiązany jest do zwrotu, jeżeli zmniejszenie to spowodził w zamiarze wyrządzenia żonie szkody lub też spowodził to pomniejszenie masy wspólnej przez czynność prawną, którą przedsięwziął bez wymaganej zgody żony.

6. Wykonywanie mężowskich praw przez opiekuna.

§ 1457. Jeżeli mąż znajduje się pod opieką, to w prawach i obowiązkach wynikających z zarządu masą wspólną, zastępować go ma opiekun. Ma to zastosowanie także wówczas, jeżeli opiekunem męża jest żona.

7. Ciężary małżeńskie.

§ 1458. Ciężary małżeńskie spadają na masę wspólną.

IV. Odpowiedzialność masy wspólnej za długi (zobowiązania masy wspólnej).

I. Stosunek do wierzycieli.

a) Zasadniczo nieograniczona odpowiedzialność za zobowiązania obydwóch małżonków.

b) Solidarna odpowiedzialność męża.

§ 1459. Z masy wspólnej mogą wierzyciele męża tudzież, o ile z §§ 1460 do 1462 nie wynika nic innego, także wierzyciele żony żądać zaspokojenia (zobowiązania masy wspólnej). Za zobowiązania żony, które są zobowiązaniami masy wspólnej, odpowiada mąż także osobiście jako dłużnik solidarny. Odpowiedzialność gaśnie z ukończeniem wspólności majątkowej, jeżeli zobowiązania w stosunku małżonków do siebie nie spadają na masę wspólną.

c) Zobowiązania żony powstałe w czasie wspólności majątkowej.

α) Zobowiązania z czynności prawnej.

§ 1460. Masa wspólna odpowiada za zobowiązanie żony, które powstało z czynności prawnej przedsięwziętej po nastaniu wspólności majątkowej, tylko wówczas, jeżeli mąż zgodził się na tę czynność prawną lub jeżeli czynność prawna jest skuteczną wobec wspólnej masy bez jego zezwolenia.

β) Koszta sporu żony.

Za koszta sporu żony odpowiada wspólna masa także wtedy, jeżeli wyrok nie jest skuteczny wobec wspólnej masy.

γ) Zobowiązania z nabycia mortis causa, jako dobra zastrzeżonego żony.

§ 1461. Masa wspólna nie odpowiada za zobowiązania żony, które powstają wskutek nabycia dziedzictwa lub zapisu, jeżeli żona nabywa to dziedzictwo lub zapis po nastaniu wspólności majątkowej, jako dobro zastrzeżone.

δ) Zobowiązania z dóbr zastrzeżonych żony.

§ 1462. Masa wspólna nie odpowiada za zobowiązanie żony, które powstało po nastaniu wspólności majątkowej wskutek prawa należącego do dóbr zastrzeżonych, lub wskutek posiadania należącej do nich rzeczy, chyba, że to prawo lub ta rzecz należą do interesu zarobkowego, który żona prowadzi za pozwoleniem męża.

II. Stosunek małżonków do siebie.

a) Zobowiązania jednego małżonka, obciążające dobra zastrzeżone.

α) Czynność niedozwolona.

§ 1463. W stosunku małżonków do siebie następujące zobowiązania masy wspólnej obciążają tego małżonka, w którego osobie powstają:

1. Zobowiązania z niedozwolonej czynności, którą popełnia po nastaniu wspólności majątkowej, lub z postępowania karnego, które wdrożone zostało przeciwko niemu z powodu takiej czynności:

β) Stosunki prawne dóbr zastrzeżonych.

2. Zobowiązania, wynikające ze stosunku prawnego odnoszącego się do dóbr zastrzeżonych nawet, gdyby powstały przed nastaniem wspólności majątkowej lub przed czasem, w którym dobra stały się dobrami zastrzeżonymi.

γ) Dotyczące spory prawne.

3. Koszta sporu o zobowiązania określone pod 1 i 2.

δ) Spór między małżonkami.

§ 1464. W stosunku małżonków do siebie koszta sporu między nimi obciążają żonę, o ile nie ma ich ponosić mąż.

ε) Spór żony z trzecią osobą.

To samo ma zastosowanie do kosztów sporu między żoną a trzecią osobą, chyba, że wyrok jest skuteczny wobec masy wspólnej. Jeżeli jednak spór dotyczy osobistej sprawy żony lub takiego zobowiązania masy wspólnej, które nie podpada pod przepisy § 1463 l. 1, 2. to przepis ten nie ma zastosowania, jeżeli wyłożenie kosztów jest wedle okoliczności wskazane.

ζ) Uposażenie dziecka (Ausstattung).

§ 1465. W stosunku małżonków do siebie uposażenie, które mąż przyrzeka lub daje wspólnemu dziecku, z masy wspólnej obciąża męża o tyle, o ile przewyższa miarę odpowiadającą masie wspólnej.

Jeżeli mąż przyrzeka lub daje z masy wspólnej uposażenie dziecku niewspólnemu, to w stosunku małżonków do siebie uposażenie obciąża ojca lub matkę dziecka, matkę jednak tylko o tyle, o ile na uposażenie się zgadza lub o ile uposażenie nie przekracza miary odpowiadającej masie wspólnej.

b) Wyrównanie między masą wspólną a dobrami zastrzeżonymi męża.

§ 1466. Jeżeli mąż używa masy wspólnej na swoje dobra, to winien zwrócić do masy wspólnej wartość tego, co z niej użył.

Jeżeli mąż używa dóbr zastrzeżonych na masę wspólną, to może żądać zwrotu z masy wspólnej.

c) Czas świadczenia roszczeń małżonków między sobą.

§ 1467. Co małżonek do masy wspólnej lub żona do dóbr zastrzeżonych męża jest dłużną, ma być świadczonem dopiero po zakończeniu wspólności majątkowej. O ile jednak do zaspokojenia długu żony wystarczają jej dobra zastrzeżone, winna dług już przedtem uiścić.

Co mąż ma do żądania z masy wspólnej, może żądać dopiero po ukończeniu wspólności majątkowej.

V. Zniesienie wspólności majątkowej.

I. Skarga żony o zniesienie. Podstawy skargi.

§ 1468. Żona może skarżyć o zniesienie wspólności majątkowej:

1. jeżeli mąż przedsięwziął bez zgody żony czynność prawną określonego w §§ 1444 do 1446 rodzaju, a na przyszłość należy się obawiać, że żona będzie znacznie narazoną;

2. jeżeli mąż zmniejszył masę wspólną w zamiarze wyrządzenia żonie szkody;

3. jeżeli mąż naruszył swój obowiązek dostarczenia alimentów żonie i wspólnym potomkom, a na przyszłość należy się obawiać znacznego zagrożenia alimentów;

4. jeżeli mąż został ubezwłasnowolniony z powodu marnotrawstwa lub jeżeli masę wspólną naraża w znacznej mierze przez marnotrawstwo;

5. jeżeli wskutek zobowiązań, które powstały w osobie męża, masa wspólna jest w takim stopniu przeciążona długami, że późniejszy dorobek żony (Erwerb) jest w znacznej mierze narażony.

II. Skarga męża o zniesienie.

§ 1469. Mąż może skarżyć o zniesienie wspólności majątkowej, jeżeli wskutek zobowiązań żony, które w stosunku małżonków do siebie nie obciążają wspólnej masy, ta masa wspólna jest w takim stopniu przeciążona długami, że późniejszy dorobek męża (Erwerb) jest znacznie zagrożony.

III. Nastanie i skutek zniesienia.

§ 1470. Zniesienie wspólności majątkowej nastaje w przypadkach §§ 1468, 1469 z chwilą prawomocności wyroku. Na przyszłość ma zastosowanie separacja dóbr.

Wobec trzecich zniesienie wspólności majątkowych jest skuteczne wedle § 1435.

VI. Stan likwidacji.

§ 1471. Po ukończeniu wspólności majątkowej następuje likwidacja masy wspólnej.

I. Solidarna wspólność.

Aż do likwidacji obowiązują co do masy wspólnej przepisy § 1442.

II. Solidarny zarząd. Dalsze prowadzenie zarządu przez męża w dobrej wierze.

§ 1472. Aż do likwidacji służy zarząd masy wspólnej obom małżonkom wspólnie. Przepisy § 1424 mają odpowiednie zastosowanie.

Wzajemny obowiązek obojga małżonków do współdziałania.

Każdy małżonek ma współdziałać w czynnościach potrzebnych do porządkowego zarządu; czynności konieczne do konserwacji może każdy małżonek przedsięwziąć bez współdziałania drugiego małżonka.

Surrogacja.

§ 1473. Masą wspólną stają się wszystko, co jest nabytem na podstawie należącego do masy wspólnej prawa lub jako zwrot za zniszczenie, uszkodzenie lub zabranie, należącego do masy wspólnej przedmiotu, lub co jest nabytem przez czynność prawną, dotyczącą masy wspólnej.

Przynależenie wierzytelności nabytej przez czynność prawną do masy wspólnej ma przeciwko dłużnikowi dopiero wówczas walor, skoro się o tem przynależeniu dowiedział; przepisy §§ 406 do 408 mają odpowiednie zastosowanie.

VII. Likwidacja.

§ 1474. Likwidacja odbywa się wedle §§ 1475 do 1481, jeżeli nie było innej umowy.

I. Zaspokojenie zobowiązań masy wspólnej.

§ 1475. Z masy wspólnej należy przedewszystkiem zaspokoić zobowiązania masy wspólnej. Jeżeli zobowiązanie masy wspólnej jeszcze nie zapadło lub jest spornem, to należy zatrzymać to, co jest potrzebne do zaspokojenia. Jeżeli zobowiązanie masy wspólnej obciąża w stosunku małżonków do siebie tylko jednego małżonka, to on nie może żądać zaspokojenia go z masy wspólnej. Celem zaspokojenia zobowiązań masy wspólnej należy ją, o ile to jest potrzebne, sienieżyć.

II. Podział nadwyżki na połowy. Policzenie. Obowiązek zwrotu.

§ 1476. Nadwyżka pozostała po zaspokojeniu masy wspólnej należy się małżonkom w równych częściach.

Co jeden z małżonków obowiązany jest zwrócić masie wspólnej, ma mu być policzonym na jego część. Jeżeli zwrot nie następuje przez policzenie, małżonek pozostaje go dłużnym drugiemu małżonkowi.

Sposób podziału:

§ 1477. Podział nadwyżki odbywa się wedle przepisu wspólności.

Prawo małżonków do przejęcia.

Każdy małżonek ma za zwrotem wartości prawo przejęcia

przedmiotów przeznaczonych wyłącznie do jego osobistego użytku, w szczególności sukni, strojów i narzędzi pracy tudzież tych przedmiotów, które wniósł do wspólności majątkowej podczas jej trwania lub które nabył przez dziedzictwo, przez zapis lub ze względu na przyszłe prawo spadkowe, przez darowiznę lub jako uposażenie (Ausstattung).

4. Likwidacja w razie rozwodu.

§ 1478. Jeżeli małżonkowie są rozwiedzeni, a jeden z nich został uznany za wyłącznie winnego, to drugi może żądać, aby każdemu z nich zwróconą została wartość tego, co wniósł do wspólności majątkowej; jeżeli wartość masy wspólnej nie wystarczy do zwrotu, to każdy z małżonków ponosi połowę deficytu.

Za wniesione należy to uważać, co byłoby dobrem wniesionem, gdyby istniała wspólność dorobku. Wartość tego, co zostało wniesione, oznacza się wedle czasu wniesienia.

Prawo określone w ust. I. służy także temu małżonkowi, którego małżeństwo zostało rozwiedzione z powodu choroby umysłowej.

V. Cofnięcie chwili likwidacji do chwili zawieszenia skargi o zniesienie.

§ 1479. Jeżeli wspólność majątkowa zostanie zniesiona przez wyrok, na podstawie §§ 1468 lub 1469, to małżonek, który spowodował wyrok, może żądać, aby likwidacja tak się odbyła, jak gdyby roszczenie o likwidację stało się wiszącym z chwilą wniesienia skargi o zniesienie wspólności majątkowej.

6. Niezaspokojone zobowiązania wspólnej masy.

a) Odpowiedzialność małżonków wobec wierzyciela.

§ 1480. Jeżeli zobowiązanie masy wspólnej nie jest zaspokojone przed jej podziałem, to wierzycielowi odpowiada osobiście, jako solidarny dłużnik, także ten małżonek, dla którego w czasie podziału taka odpowiedzialność nie istnieje. Jego odpowiedzialność ogranicza się do przedmiotów, które mu zostały przydzielone: przepisy §§ 1990, 1991, obowiązujące w sprawie dziedzica, mają odpowiednie zastosowanie.

b) Wzajemna odpowiedzialność małżonków.

§ 1481. Jeżeli przy likwidacji nie zaspokojono zobowiązania wspólnej masy, które w stosunku małżonków do siebie obciąża masę wspólną lub męża, to rzeczą jest męża, aby wierzyciel przeciwko żonie roszczenia nie dochodził. Taki sam obowiązek ma żona wobec męża, jeżeli nie zostało zaspokojonym zobowiązanie masy wspólnej, które w stosunku małżonków do siebie obciąża żonę.

B) Śmierć małżonka przy braku wspólnego potomka.

§ 1482. Jeżeli małżeństwo zostało przez śmierć jednego małżonka rozwiązane, a niema wspólnego potomka, to udział zmarłego małżonka w masie wspólnej należy do spadku. Dziedziczenie po małżonku odbywa się wedle ogólnych przepisów.

B) Śmierć małżonka przy pozostawieniu wspólnych potomków. (Kontynuacja wspólności majątkowej).

I. Nastanie kontynuowanej wspólności majątkowej.

- 1) Uczestnicy.
- 2) Udział w masie wspólnej.
- 3) Dziedziczenie reszty.

§ 1483. Jeżeli w razie śmierci małżonka są wspólni potomkowie, to wspólność majątkowa małżeńska kontynuuje się między pozostałym przy życiu małżonkiem a wspólnymi potomkami, którzy w razie sukcesji ustawowej powołani są jako dziedzicze. Udział zmarłego małżonka w masie wspólnej nie należy w tym przypadku do spadku: zresztą dziedziczenie po małżonku odbywa się wedle ogólnych przepisów.

4. Jednostronni potomkowie zmarłego małżonka.

Jeżeli obok wspólnych potomków są inni potomkowie, to ich prawo spadkowe i ich części spadkowe oznaczają się, jakgdyby wspólność majątkowa nie była dalej utrzymana.

5) Odrzucenie kontynuacji wspólności majątkowej przez pozostałego przy życiu małżonka.

§ 1484. Pozostały przy życiu małżonek może odrzucić kontynuację wspólności majątkowej.

Do tego odrzucenia stosują się w odpowiedni sposób przepisy §§ 1943 do 1947, 1950, 1954 do 1957, 1959 o odrzuceniu spadku. Jeżeli pozostały przy życiu małżonek znajduje się pod władzą rcdzicielską lub opieką, to do odrzucenia potrzeba zezwolenia sądu opiekuńczego.

Jeżeli małżonek odrzuca kontynuację wspólności majątkowej, to ma to samo zastosowanie, co w przypadku § 1482.

II. Masy majątkowe.

1. Masa wspólna.

§ 1485. Masa wspólna kontynuowanej wspólności majątkowej składa się z małżeńskiej masy wspólnej, o ile ona nie przypada wedle § 1483 ust. 2 potomkowi nieuprawnionemu do udziału i składa się z majątku, który pozostały przy życiu małżonek nabywa ze spadku zmarłego małżonka lub po nastaniu kontynuowanej wspólności majątkowej.

Majątek, który wspólny potomek ma w czasie nastania kontynuowanej wspólności majątkowej, lub który później nabywa, nie należy do masy wspólnej. Do masy wspólnej mają odpowiednie zastosowanie przepisy § 1438 ust. 2, 3 a małżeńskiej wspólności majątkowej.

2. Dobra zastrzeżone pozostałego przy życiu małżonka.

§ 1486. Dobrami zastrzeżonymi pozostałego przy życiu małżonka jest to, co miał dotąd, jako dobra zastrzeżone lub co nabywa wedle §§ 1639 lub 1370.

3. Dobra odrębne (Sondergut) składające się z nieprzenaszalnych przedmiotów.

Jeżeli do majątku pozostałego przy życiu małżonka należą

przedmioty, które nie mogą być przenoszone przez czynność prawną, to mają do nich zastosowanie przepisy o dobrach wniesionych przez męża przy wspólności dorobku, z wyjątkiem § 1524.

3. Stanowisko prawne uczestników kontynuowanej wspólności majątkowej.

§ 1487. Prawa i obowiązki pozostałego przy życiu małżonka i uprawnionych do udziału potomków odnośnie do masy wspólnej kontynuowanej wspólności majątkowej są określone przez przepisy §§ 1442 do 1449, 1455 do 1457, 1466, obowiązujące o małżeńskiej wspólności majątkowej; pozostały przy życiu małżonek ma stanowisko prawne męża, uprawnieni do udziału potomkowie mają prawne stanowisko żony.

Jeżeli pozostały przy życiu małżonek dłużen jest coś wspólnej masie, lub ma coś od masy wspólnej do żądania, to to należy świadczyć dopiero po ukończeniu kontynuowanej wspólności majątkowej.

IV. Odpowiedzialność za długi.

1. Zobowiązania wspólnej masy.

§ 1488. Zobowiązaniami wspólnej masy kontynuowanej wspólności majątkowej są zobowiązania pozostałego przy życiu małżonka, tudzież takie zobowiązania zmarłego małżonka, które były zobowiązaniami wspólnej masy małżeńskiej wspólności majątkowej.

IV. Osobista odpowiedzialność pozostałego przy życiu małżonka.

§ 1489. Pozostały przy życiu małżonek odpowiada osobiście za zobowiązania wspólnej masy kontynuowanej wspólności majątkowej.

O ile osobista odpowiedzialność spada na pozostałego przy życiu małżonka tylko wskutek tego, że wspólność majątkowa jest dalej utrzymana, to mają odpowiednie zastosowanie przepisy w sprawie odpowiedzialności dziedzica za zobowiązanie spadku; w miejsce spadku wstępuje masa wspólna w tym rozmiarze, który ma w czasie nastania kontynuowanej wspólności majątkowej.

Kontynuowana wspólność majątkowa nie wywołuje osobistej odpowiedzialności uprawnionych do udziału potomków, za zobowiązania zmarłego lub pozostałego przy życiu małżonka.

V. Śmierć uprawnionego do udziału potomka.

§ 1490. Jeżeli uprawniony do udziału potomek umrze, to udział jego w masie wspólnej nie należy do jego spadku. Jeżeli zostawia potomków, którzy byliby uprawnionymi do udziału, gdyby nie był przeżył zmarłego małżonka, to potomkowie ci wstępują w jego miejsce. Jeżeli takich potomków nie zostawia, udział jego przyrasta reszcie uprawnionych do udziału potomków, a gdyby takich nie było, przyrasta pozostałemu przy życiu małżonkowi.

VI. Zrzeczenie się potomka uprawnionego do udziału po nastaniu kontynuowanej wspólności majątkowej.

§ 1491. Uprawaiony do udziału potomek może zrzec się swego udziału we wspólnej masie. Zrzeczenie następuje przez oświadczenie uczynione wobec sądu właściwego dla spadku zmarłego małżonka; oświadczenie należy złożyć w formie uwierzytelnionej publicznie. Sąd spadkowy winien oświadczenie udzielić do wiadomości pozostałemu przy życiu małżonkowi i reszcie uprawnionych do udziału potomków.

Zrzeczenie może także nastąpić przez umowę z pozostałym przy życiu małżonkiem i z resztą uprawnionych do udziału potomków. Umowa wymaga sądowego lub notarialnego udokumentowania.

Jeżeli potomek znajduje się pod władzą rodzicielską lub pod opieką, to do zrzeczenia się wymagane jest zatwierdzenie sądu opiekuńczego.

Zrzeczenie ma takie same skutki, jak gdyby zrzekający się zmarł w czasie zrzeczenia się bez pozostawienia potomków.

VII. Zakończenie kontynuowanej wspólności majątkowej.

1. Zakończenie przez jednostronne oświadczenie pozostałego przy życiu małżonka.

§ 1492. Pozostały przy życiu małżonek może każdej chwili znieść kontynuowaną wspólność majątkową. Zniesienie następuje przez oświadczenie, złożone w sądzie właściwym dla spadku zmarłego małżonka; oświadczenie należy złożyć w formie uwierzytelnionej publicznie. Sąd spadkowy winien oświadczenie zakomunikować uprawnionym do udziału potomkom, tudzież, jeżeli pozostały przy życiu małżonek jest ustawowym zastępcą jednego z potomków, sądowi opiekuńczemu.

2. Zakończenie przez umowę.

Zniesienie może nastąpić także przez umowę pomiędzy małżonkiem pozostałym przy życiu a uprawnionymi do udziału potomkami. Umowa wymaga sądowego lub notarialnego udokumentowania.

Jeżeli pozostały przy życiu małżonek znajduje się pod władzą rodzicielską lub pod opieką, to do zniesienia wspólności majątkowej potrzeba zatwierdzenia sądu opiekuńczego.

3. Zakończenie przez ponowne małżeństwo pozostałego przy życiu małżonka.

§ 1493. Kontynuowana wspólność majątkowa kończy się przez zawarcie ponownego małżeństwa przez małżonka pozostałego przy życiu.

Obowiązek likwidacji. Współdziałanie sądu opiekuńczego.

Jeżeli uprawniony do udziału potomek jest małoletnim lub znajduje się pod opieką, to pozostały przy życiu małżonek winien zawiadomić sąd opiekuńczy o zamiarze zawarcia ponownego związku małżeńskiego, winien doręczyć mu spis masy wspólnej, znieść wspólność majątkową i przedsięwziąć likwi-

dację. Sąd opiekuńczy może zezwolić, aby zniesienie wspólności majątkowej było odroczone aż do chwili zawarcia małżeństwa i aby likwidacja nastąpiła dopiero później.

4. Śmierć i uznanie pozostałego przy życiu małżonka za zmarłego.

§ 1494. Kontynuowana wspólność majątkowa kończy się ze śmiercią małżonka pozostałego przy życiu.

Jeżeli pozostały przy życiu małżonek został uznany za zmarłego, to kontynuowana wspólność majątkowa kończy się z chwilą, którą uważa się za chwilę śmierci.

5. Skarga o zniesienie przeciwko małżonkowi pozostałemu przy życiu.

a) Podstawy skargi.

§ 1495. Uprawniony do udziału potomek może wnieść skargę przeciwko pozostałemu przy życiu małżonkowi o zniesienie kontynuowanej wspólności majątkowej:

1. jeżeli pozostały przy życiu małżonek przedsięwziął bez zgody potomka czynność prawną określonego w §§ 1444—1446 rodzaju, a na przyszłość należy się obawiać znacznego zagrożenia potomka;

2. jeżeli pozostały przy życiu małżonek pomniejszył masę wspólną w zamiarze wyrządzenia szkody potomkowi;

3. jeżeli pozostały przy życiu małżonek naruszył swój obowiązek dostarczania potomkowi alimentów, a na przyszłość należy się obawiać znacznego zagrożenia alimentów;

4. jeżeli pozostały przy życiu małżonek został z powodu marnotrawstwa ubezwłasnowolniony, lub jeżeli znacznie naraża masę wspólną przez marnotrawstwo;

5. jeżeli pozostały przy życiu małżonek utracił władzę rodzicielską nad potomkiem lub, gdyby mu ona przysługiwała, byłby ją był utracił.

b) Nastanie i skutek zniesienia.

§ 1496. Zniesienie kontynuowanej wspólności majątkowej nastaje w przypadkach § 1495 z chwilą prawomocności wyroku. Ma ono skutek wobec wszystkich potomków, choćby wyrok wyszedł wskutek skargi jednego potomka.

VIII. Stan likwidacji.

§ 1497. Po ukończeniu kontynuowanej wspólności majątkowej następuje w odniesieniu do wspólnej masy likwidacja.

Aż do likwidacji stosunek prawny uczestników masy wspólnej określa się wedle przepisów §§ 1442, 1472, 1473.

IX. Likwidacja.

1. Pomędzy małżonkiem pozostałym przy życiu a uprawnionymi do udziału potomkami.

a) Przepisy, które należy stosować.

§ 1498. Do likwidacji mają zastosowanie przepisy zawarte w §§ 1475, 1476, 1477 ust. 1 i §§ 1479 do 1481; w miejsce męża wstępuje pozostały przy życiu małżonek, w miejsce żony

wstępują uprawnieni do udziału potomkowie. Określony w § 1476 ust. 2 zdanie drugie obowiązek odnosi się tylko do pozostałego przy życiu małżonka.

b) Zobowiązania masy wspólnej, obciążające pozostałego przy życiu małżonka.

§ 1499. Przy likwidacji obciążają pozostałego przy życiu małżonka:

1. te zobowiązania masy wspólnej, które w chwili nastania kontynuowanej wspólności majątkowej na nim ciążyły, a za które nie odpowiadała małżeńska masa wspólna, lub które w stosunku małżonków do siebie obciążały pozostałego przy życiu małżonka;

2. te zobowiązania masy wspólnej, które powstały po nastaniu kontynuowanej wspólności majątkowej, a które w stosunku małżonków do siebie obciążałyby były małżonka pozostałego przy życiu, gdyby w czasie małżeńskiej wspólności majątkowej powstały w jego osobie;

3. Uposażenie, które pozostały przy życiu małżonek przyrzekł lub oświadczył uprawnionemu do udziału potomkowi ponad miarę odpowiadającą masie wspólnej, lub które przyrzekł lub oświadczył potomkowi nieuprawnionemu do udziału.

c) Zobowiązania masy wspólnej obciążające uprawnionych do udziału potomków.

§ 1500. Uprawnieni do udziału potomkowie muszą zezwolić, aby przy likwidacji policzono na ich udział o tyle te zobowiązania zmarłego małżonka, które obciążały go w stosunku małżonków do siebie, o ile pozostały przy życiu małżonek nie mógł od dziedzica zmarłego małżonka uzyskać na nie pokrycia.

W równy sposób muszą uprawnieni do udziału potomkowie zezwolić, aby im policzono to, co zmarły małżonek miał zwrócić masie wspólnej.

d) Uwzględnienie odprawy (Abfindung)

§ 1501. Jeżeli uprawnionemu do udziału potomkowi przyznana została z masy wspólnej odprawa za zrzeczenie się jego udziału, to przy likwidacji należy ją wliczyć do masy wspólnej i policzyć ją na połówkę przypadającą potomkom.

Pozostały przy życiu małżonek może już przed zniesieniem kontynuowanej wspólności majątkowej zawrzeć z resztą uprawnionych do udziału potomków inną umowę. Umowa wymaga udokumentowania sądowego lub notarialnego; jest skuteczną także wobec tych potomków, którzy dopiero później wstąpili do kontynuowanej wspólności majątkowej.

c) Prawo do objęcia.

α) Służące pozostałemu przy życiu małżonkowi.

§ 1502. Pozostały przy życiu małżonek jest uprawniony do objęcia za zwrotem wartości masy wspólnej lub poszczególnych należących do niej przedmiotów. Prawo to nie przechodzi na dziedziców.

β) służące uprawnionym do udziału małżonkom.

Jeżeli kontynuowana wspólność majątkowa została na podstawie § 1495 zniesioną przez wyrok, to pozostałemu przy życiu małżonkowi nie służy określone w ust. 1. prawo. Uprawnieni do udziału potomkowie mogą w tym przypadku objąć za zwrotem wartości te przedmioty, które zmarły małżonek byłby był uprawnionym objąć wedle § 1477 ust. 2. Prawo to może być tylko wspólnie przez nich wykonanem.

2. Likwidacja między samymi uprawnionymi do udziału potomkami.

a) Stosunek podziału.

§ 1503. Jeżeli jest kilku uprawnionych do udziału potomków, to przypadającą im połowę masy wspólnej dzielą między siebie w stosunku do ich udziałów, w jakich byliby powołani w przypadku ustawowej sukcesji, jako dziedzice zmarłego małżonka, gdyby ten zmarł dopiero w czasie zakończenia kontynuowanej wspólności majątkowej.

b) Wyrównanie zaliczek (Das Vorempfangene).

Zaliczki mają być wyrównane wedle przepisów obowiązujących w sprawie wyrównania między potomkami, o ile takie wyrównanie nie nastąpi już w czasie podziału spadku zmarłego małżonka.

c) Policzenie odprawy.

Jeżeli potomkowi, który zrzekł się swojego udziału, przyznana została odprawa z masy wspólnej, to obciąża ona tych potomków, którym zrzeczenie wychodzi na korzyść.

d) Wzajemny regres z powodu zobowiązań masy wspólnej.

§ 1504. O ile potomkowie uprawnieni do udziału odpowiadają wedle § 1480 wierzycielom masy wspólnej, to w stosunku do siebie zobowiązani są wedle wielkości swojego udziału we wspólnej masie. Zobowiązanie ogranicza się do przydzielonych im przedmiotów; przepisy §§ 1990, 1991 obowiązujące o odpowiedzialności dziedzica mają odpowiednie zastosowanie.

X. Prawo potomków do zachowku.

§ 1505. Przepisy o prawie do uzupełnienia zachowku mają odpowiednie zastosowanie na korzyść uprawnionego do udziału potomka; w miejsce otwarcia spadku wstępuje zakończenie kontynuowanej wspólności majątkowej, za ustawową część spadkową uważa się należący się potomkowi w czasie zakończenia udział w masie wspólnej, za zachówek uważa się połowę wartości tego udziału.

XI. Niegodność dziedziczenia potomka.

§ 1506. Jeżeli wspólny potomek jest niegodnym dziedziczenia, to jest niegodnym także udziału w masie wspólnej. Przepisy o niegodności dziedziczenia mają odpowiednie zastosowanie.

XII. Otwarcie spadku. Świadcstwo o kontynuowaniu wspólności majątkowej.

§ 1517. Sąd spadkowy ma pozostałemu przy życiu mał-

żonkowi udzielić na żądanie świadectwa o kontynuowaniu wspólności majątkowej. Przepisy o świadectwie wielkości części spadkowej (Erbschein) mają odpowiednie zastosowanie.

XIII. Wykluczenie kontynuowania wspólności majątkowej.

1. Przez umowę małżeńską.

§ 1508. Małżonkowie mogą przez umowę małżeńską wykluczyć kontynuację wspólności majątkowej.

Do umowy małżeńskiej, przez którą kontynuacja wspólności majątkowej została wykluczona lub wykluczenie zniesionem, mają zastosowanie przepisy § 1437.

2. Przez rozporządzenie ostatniej woli.

§ 1509. Każdy małżonek może na przypadek rozwiązania małżeństwa przez swoją śmierć wykluczyć rozporządzeniem ostatniej woli kontynuację wspólności majątkowej, jeżeli jest uprawnionym do odebrania drugiemu małżonkowi zachowku, lub do wniesienia skargi o zniesienie wspólności majątkowej. Przepisy o odebraniu zachowku mają odpowiednie zastosowanie do wykluczenia.

3. Skutek wykluczenia.

§ 1510. Jeżeli kontynuacja wspólności majątkowej jest wykluczona, to rzecz się ma tak, jak w przypadku § 1482.

XIV. Rozporządzenia ostatniej woli o prawie poszczególnych potomków.

1. Wykluczenie potomka.

§ 1511. Każdy małżonek może na przypadek rozwiązania małżeństwa przez swoją śmierć wykluczyć wspólnego potomka od kontynuowanej wspólności majątkowej przez rozporządzenie ostatniej woli.

Wykluczony potomek może niezależnie od swego prawa spadkowego żądać, aby mu z masy wspólnej kontynuowanej wspólności majątkowej wypłacono taką kwotę, którąby mu się należała, jako zachówek z masy wspólnej wspólności majątkowej małżeńskiej, gdyby wspólność majątkowa nie była kontynuowaną. Przepisy obowiązujące w sprawie rozszczenia o zachówek mają odpowiednie zastosowanie.

Kwotę zapłaconą wykluczonemu potomkowi policza się przy likwidacji uprawnionym do udziału potomkom wedle § 1500. W stosunku potomków do siebie obciążała ta kwota tych potomków, którym wykluczenie wychodzi na korzyść.

2. Obniżenie udziału.

§ 1512. Każdy małżonek może na przypadek kontynuowania z chwilą swojej śmierci wspólności majątkowej obniżyć przez rozporządzenie ostatniej woli uprawnionemu do połowy udział w masie wspólnej, który się należy uprawnionemu do udziału potomkowi po ukończeniu kontynuowanej wspólności majątkowej.

3. Odebranie udziału.

§ 1513. Każdy małżonek może na przypadek kontynuowa-

nia z chwilą jego śmierci odebrać przez rozporządzenie ostatniej woli uprawnionemu do udziału potomkowi ten udział w masie wspólnej, który mu się należy po ukończeniu kontynuowanej wspólności majątkowej. Uczynić to jednak może wtedy tylko, jeżeli jest uprawnionym do odebrania potomkowi zachowku. Przepisy § 2336 ust. 2 do 4 mają odpowiednie zastosowanie. Jeżeli małżonek jest wedle § 2338 uprawnionym do ograniczenia prawa potomka o zachówek, to może odpowiednio ograniczyć udział potomka w masie wspólnej.

4. Zapisanie odebranej kwoty trzeciemu.

§ 1514. Każdy małżonek może kwotę, którą wedle § 1512 lub 1513 ust. 1 odbiera potomkowi, zapisać rozporządzeniem ostatniej woli trzeciemu.

5. Zarządzenia w sprawie podziału. Prawo do objęcia.

§ 1515. Każdy małżonek może na przypadek kontynuowania z chwilą jego śmierci wspólności majątkowej zarządzić przez rozporządzenie ostatniej woli, że uprawniony do udziału potomek ma mieć prawo objąć przy podziale za zwrotem wartości masę wspólną lub należące do niej przedmioty.

Jeżeli do masy wspólnej należy posiadłość ziemską, to można zarządzić, aby ta posiadłość ziemską przyjętą została we wartości dochodowej. Przepisy § 2049 o porządku dziedziczenia mają zastosowanie.

Prawo do objęcia posiadłości ziemskiej w oznaczonej w ustępie 2 wartości lub cenie może być przyznanem także pozostałemu przy życiu małżonkowi.

6. Potrzeba zgody drugiego małżonka.

§ 1516. Do skuteczności określonych w §§ 1511 do 1515 rozporządzeń małżonka potrzeba zgody drugiego małżonka.

Zgody nie można oświadczyć przez zastępcę.

Jeżeli małżonek jest ograniczony w zdolności do działania, to zgoda jego ustawowego zastępcy nie jest potrzebna. Oświadczenie zgody wymaga sądowego lub notarialnego udokumentowania. Oświadczenie zgody jest nieodwołalne.

Małżonkowie mogą określone w §§ 1511 -1515 rozporządzenia zamieścić także we wspólnym testamencie.

XV. Umowne zrzeczenie się potomka przyszłego udziału. Zniesienie zrzeczenia.

§ 1517. Zgoda drugiego małżonka jest potrzebną do skuteczności umowy, wedle której wspólny potomek wobec jednego z małżonków na przypadek rozwiązania małżeństwa przez jego śmierć zręka się swego udziału we wspólnej masie kontynuowanej wspólności majątkowej, lub wedle której takie zrzeczenie zostało zniesione. W sprawie zgody drugiego małżonka obowiązują przepisy § 1516 ust. 2, zdanie 3, 4.

Przepisy obowiązujące w sprawie zrzeczenia spadku mają odpowiednie zastosowanie.

XVI Ograniczenie wolności kontraktowania i testowania
 § 1518. Małżonkowie nie mogą, ani przez rozporządzenie ostatecznej woli, ani przez umowę wydać zarządzeń, które stoją w sprzeczności z §§ 1483 do 1517.

3. Wspólność dorobku.

I. Masa wspólna.

§ 1519. Wspólnym majątkiem obojga małżonków (masą wspólną) jest to, co mąż lub żona nabywa w czasie wspólności dorobku.

Do wspólnej masy mają zastosowanie obowiązujące o ogólnej wspólności majątkowej przepisy § 1438 ust. 2, 3 tudzież §§ 1442 do 1453, 1455 do 1457.

Dobra wniesione.

1. Skład.

a) Dotychczasowy majątek.

§ 1520. Dobrem wniesionem małżonka jest to, co do niego należy przy nastaniu wspólności dorobku.

b) Nabycie mortis causa, darowizny, etc.

§ 1521. Dobrem wniesionem małżonka jest to, co nabywa mortis causa, lub ze względu na przyszłe prawo spadkowe przez darowiznę lub jako wyprawę. Wyjętem jest nabycie, które stosownie do okoliczności należy zaliczyć do dochodów.

c) Prawa nieprzenaszalne i nie dziedziczne.

§ 1522. Dobrem wniesionem małżonka są przedmioty, które nie mogą być przenoszone przez czynność prawną, tudzież prawa, które gasną z jego śmiercią, lub których nabycie jest zależne od śmierci jednego małżonka.

d) Oznaczenie przez umowę małżeńską.

§ 1523. Dobrem wniesionem małżonka jest to, co przez umowę małżeńską zostało uznane za dobro wniesione.

e) Surrogacja.

§ 1524. Dobrem wniesionem małżonka jest to, co nabywa na podstawie przynależnego do jego dobra wniesionego prawa, lub jako zwrot za zniszczenie, uszkodzenie lub odebranie, należącego do wniesionych dóbr przedmiotu, lub przez czynność prawną, która dotyczy dóbr wniesionych. Wyjętem jest nabycie pochodzące z prowadzenia interesu zarobkowego.

Dłużnik wtedy dopiero winien uznać, że nabyta przez czynność prawną wierzytelność przynależy do dóbr wniesionych, jeżeli się o tej przynależności dowie; przepisy § 406—408 mają odpowiednio zastosowanie.

2. Zarząd.

a) Na rachunek masy wspólnej.

§ 1525. Dobrami wniesionymi zarządza się na rachunek masy wspólnej w ten sposób, że owoce, które wedle przepisów o systemie zarządu i użytkowania przypadają mężowi, należą do masy wspólnej.

b) Przez męża.

Do dóbr wniesionych żony mają zresztą odpowiednie zastosowanie przepisy §§ 1373 do 1383, 1390 do 1417.

3. Dobra zastrzeżone żony.

§ 1526. Dobrami zastrzeżonymi żony jest to, co przez umowę małżeńską zostało uznane za dobra zastrzeżone, lub przez żonę zostało nabyte wedle § 1369 lub § 1370.

Dobra zastrzeżone męża są wykluczone.

Do dóbr zastrzeżonych żony odnoszą się te same przepisy, które obowiązują w sprawie dóbr zastrzeżonych przy generalnej wspólności majątkowej.

IV. Domniemanie za masą wspólną.

§ 1527. Domniemanie przemawia za tem, że istniejący majątek jest masą wspólną.

V. Ustalenie mas majątkowych.

1. Rozmiar.

§ 1528. Każdy małżonek może żądać, aby rozmiar jego dóbr wniesionych i dóbr wniesionych, należących do drugiego małżonka był ustalony przez sporządzenie spisu, przy współudziale drugiego małżonka. W sprawie sporządzenia spisu należy stosować przepisy § 1035 obowiązujące o użytkowaniu.

2. Stan.

Każdy małżonek może na swoje koszta przez znawców ustalić stan należących do dóbr wniesionych rzeczy.

VI. Ciężary masy wspólnej.

§ 1529. Ciężary małżeńskie ponosi masa wspólna.

Masa wspólna ponosi także ciężary dóbr wniesionych obydwóch małżonków; rozmiar ciężarów oznacza się wedle przepisów §§ 1384 do 1387 obowiązujących w sprawie dóbr wniesionych żony przy systemie zarządu i użytkowania.

VII. Zobowiązania masy wspólnej.

1. Stosunek do wierzycieli.

§ 1530. Masa wspólna odpowiada za zobowiązania męża i za oznaczone w §§ 1531 do 1534 zobowiązania żony (zobowiązania masy wspólnej).

a) Solidarna odpowiedzialność męża.

Za zobowiązania żony, które są zobowiązaniami masy wspólnej, odpowiada także mąż osobiście, jako dłużnik solidarny. Odpowiedzialność gaśnie z chwilą zakończenia wspólności dorobku, jeżeli zobowiązania nie obciążają wspólnej masy w stosunku małżonków do siebie.

b) Długi żony z odpowiedzialnością masy wspólnej.

a) Ciężary jej dóbr wniesionych.

§ 1531. Masa wspólna odpowiada za zobowiązania żony, które należą do określonych w § 1529 ust. 2 ciężarów dóbr wniesionych.

β) Czynności prawne i procesy żony.

§ 1532. Masa wspólna odpowiada za zobowiązania żony.

które powstają z czynności prawnej, przedsięwziętej po nastaniu wspólności dorobku, tudzież odpowiada za koszta sporu, który żona prowadzi po nastaniu wspólności dorobku, jeżeli przedsięwzięcie czynności prawnej lub prowadzenie procesu nastąpiło za zgodą męża lub jeżeli bez jego zgody jest skuteczne wobec masy wspólnej.

γ) Zobowiązania spowodowane przez przedmioty należące do żony.

§ 1533. Masa wspólna odpowiada za zobowiązanie żony, które powstaje po nastaniu wspólności dorobku wskutek służącego jej prawa, lub wskutek posiadania należącej do niego rzeczy, jeżeli prawo lub rzecz należy do interesu zarobkowego, który żona prowadzi samodzielnie za zezwoleniem męża.

δ) Obowiązki żony do dostarczania alimentów.

§ 1534. Masa wspólna odpowiada za zobowiązania żony, które ją obciążają na podstawie ustawowego obowiązku dostarczania alimentów.

2. Stosunek małżonków do siebie.

a) Zobowiązania masy wspólnej obciążające małżonka, którego majątku dotyczy dług.

§ 1535. Następujące zobowiązania masy wspólnej obciążają w stosunku małżonków do siebie tego małżonka, w którego osobie powstały:

1. Zobowiązania ze stosunku prawnego odnoszącego się do jego dóbr wniesionych, lub do jego dóbr zastrzeżonych, nawet wówczas, jeżeli powstały przed nastaniem wspólności dorobku, lub przed czasem, w którym dobro stało się dobrem wniesionem, lub dobrem zastrzeżonym;

2. Koszta sporu, który prowadzi małżonek o jakąś wymienioną pod l. 1 wierzytelność.

b) Zobowiązania obciążające męża.

§ 1536. W stosunku małżonków do siebie obciążają męża:

1. zobowiązania męża, które powstały przed nastaniem wspólności dorobku;

2. zobowiązania męża, które powstają przeciwko żonie z zarządu jej dóbr wniesionych, o ile masa wspólna nie wzbogaciła się w czasie zakończenia wspólności dorobku;

3. zobowiązania męża z niedozwolonej czynności, którą popełnił po nastaniu wspólności dorobku, lub zobowiązania postępowania karnego, które z powodu niedozwolonej czynności było przeciwko niemu skierowane;

4. koszta sporu, który mąż prowadzi o jedno z wymienionych pod l. 1 do 3 zobowiązań.

c) Uzupełnienie §§ 1535, 1536.

§ 1537. Przepisy §§ 1535 i 1536 l. 1, 4 nie mają o tyle zastosowania, o ile zobowiązanie wedle § 1529 ust. II ma być pokryte z masy wspólnej.

To samo odnosi się do przepisów § 1535 o tyle, o ile

zobowiązania powstają przez prowadzenie interesu zarobkowego, który się prowadzi na rachunek masy wspólnej, lub wskutek należącego do takiego interesu zarobkowego prawa, lub wskutek posiadania należącej do niego rzeczy.

d) Uposażenie.

§ 1538. Jeżeli mąż obiecuje lub daje dziecku uposażenie, to mają zastosowanie przepisy § 1465.

e) Wyrównanie wzbogacenia między masą wspólną a dobrami wniesionymi.

§ 1539. O ile dobra wniesione małżonka wzbogaciły się w czasie ukończenia wspólności dorobku na koszt masy wspólnej, lub o ile masa wspólna wzbogaciła się na koszt dóbr wniesionych, nastąpić winien zwrot z dóbr wzbogaconych do innych dóbr. Nie dotyka to roszczeń idących dalej, polegających na szczególnych tytułach.

f) Domniemanie z powodu rzeczy zużywalnych.

§ 1540. Jeżeli rzeczy, które należały do dóbr wniesionych małżonka, już nie egzystują, to zachodzi na korzyść małżonka domniemanie, że te rzeczy weszły do masy wspólnej i że ona się wzbogaciła o wartość tych rzeczy.

g) Czas świadczenia obustronnych roszczeń małżonków.

§ 1541. To, co małżonek winien jest do masy wspólnej, lub co żona winna jest do dóbr wniesionych, należy świadczyć dopiero po ukończeniu wspólności dorobku; żona winna jednak wcześniej uiścić dług, o ile do pokrycia tego długu wystarczają jej dobra wniesione lub jej dobra zastrzeżone.

To, czego mąż może żądać z masy wspólnej, może być przez niego żądanem, dopiero po ukończeniu wspólności dorobku.

VIII. Ukończenie wspólności dorobku.

1. Skarga o zniesienie.

§ 1542. Żona może skarżyć o zniesienie wspólności dorobku, jeżeli zachodzą założenia § 1418 l. 1, 3 do 5 i § 1468, mąż zaś może skarżyć, jeżeli zachodzą założenia § 1459.

Zniesienie nastaje z chwilą prawomocności wyroku.

2. Konkurs męża.

§ 1543. Wspólność dorobku kończy się z chwilą prawomocności uchwały, przez którą otwartym został konkurs do majątku męża.

3. Uznanie małżonka za zmarłego.

§ 1544. Wspólność dorobku kończy się, jeżeli małżonek uznanym został za zmarłego, z chwilą, którą uważa się za chwilę śmierci.

4. Skutek zakończenia.

§ 1545. Jeżeli wspólność dorobku kończy się wedle §§ 1542 do 1544, to na przyszłość ma miejsce rozdział dóbr.

Wobec trzecich jest zakończenie wspólności skutecznem, tylko wedle § 1435.

IX. Likwidacja.

§ 1546. Po ukończeniu wspólności dorobku ma miejsce co do masy wspólnej likwidacja. Aż do likwidacji określa się stosunek prawny małżonków wedle §§ 1442, 1472, 1473.

Jeżeli nie było innej umowy, to likwidacja odbywa się wedle obowiązujących dla ogólnej wspólności dóbr przepisów §§ 1475 do 1477, 1479 do 1481. Do dóbr wniesionych żony mają zastosowanie obowiązujące w sprawie systemu zarządu i użytkowania przepisy §§ 1421 do 1424.

X. Skarga o przywrócenie wspólności dorobku.

1. Założenia.

§ 1547. Jeżeli wspólność dorobku kończy się przez otwarcie konkursu do majątku męża, to żona może skarżyć o przywrócenie wspólności. Jeżeli wspólność kończy się wskutek uznania za zmarłego, to to samo prawo służy małżonkowi uznanemu za zmarłego, jeżeli jeszcze żyje.

Jeżeli wspólność została zniesioną na podstawie § 1418 l. 3 do 5, to mąż może skarżyć o przywrócenie wspólności, jeżeli zachodzą założenia § 1425 ust. 1.

2. Nastanie i skutki przywrócenia.

§ 1548. Przywrócenie wspólności dorobku nastaje w przypadkach § 1547 z chwilą prawomocności wyroku. Przepis § 1425 ma odpowiednie zastosowanie.

Wobec trzecich jest przywrócenie skutecznem tylko wedle § 1435, jeżeli zakończenie zostało wpisane do rejestru stanu majątkowego.

W razie przywrócenia staje się dobrem zastrzeżonem żony to, co by bez zakończenia wspólności pozostało lub stało się dobrem zastrzeżonem.

4. Wspólność ruchomości.

I. Zastosowanie przepisów o wspólności majątkowej.

§ 1549. Do wspólności majątku ruchomego i dorobku (spólność ruchomości) mają zastosowanie przepisy o ogólnej wspólności majątkowej, o ile się co innego nie okazuje z §§ 1550 1557.

II. Różnice od ogólnej wspólności majątkowej.

1. Dobra wniesione.

a) Stosunki prawne dóbr wniesionych.

§ 1550. Dobra wniesione są wyłączone z masy wspólnej.

Do dóbr wniesionych mają zastosowanie przepisy obowiązujące w sprawie dóbr wniesionych przy wspólności dorobku.

b) Rozmiar dóbr wniesionych.

a) Majątek nieruchomy z wyjątkiem dorobku z nieruchomości.

§ 1551. Dobrem wniesionem małżonka jest majątek nieruchomy, który ma przy nastaniu wspólności ruchomości, lub który nabywa podczas wspólności przez dziedzictwo, przez zapis, lub ze względu na przyszłe prawo dziedziczenia, przez darowiznę, lub uposażenie.

Do majątku nieruchomego należą po myśli tego przepisu grunta wraz z przynależnością, prawa na gruntach z wyjątkiem hipotek, długów gruntowych i rentowych, należą także do majątku nieruchomego wierzytelności, które mają na celu przeniesienie własności gruntów lub powołanie do życia, lub przeniesienie jednego z wymienionych praw, lub które mają na celu uwolnienie gruntu od takiego prawa.

β) Nieprzenoszalne przedmioty.

§ 1552. Dobrem wniesionem małżonka są przedmioty, które nie mogą być przenoszone przez czynność prawną.

γ) Oznaczenie dobra wniesionego za pomocą czynności prawnej.

§ 1553. Dobrem wniesionem jest to,

1. co przez umowę małżeńską zostało uznane za dobro wniesione,
2. co małżonek nabywa wedle § 1369, o ile oznaczonym zostało, że nabycie ma być dobrem wniesionem,

α) Surrogacja.

§ 1554. Dobrem wniesionem małżonka jest to, co nabywa w sposób oznaczony w § 1524. Wyjętem jest tylko to, co zostało nabytem w miejsce przedmiotów, które tylko dlatego są dobrami wniesionymi, ponieważ nie mogą być przeniesione przez czynność prawną.

2. Dobra zastrzeżone.

§ 1555. Dobra zastrzeżone męża są niedozwolone.

3. Zobowiązania z nabycia mieszanego na rzecz masy wspólnej i na rzecz dóbr wniesionych.

§ 1556. Jeżeli w czasie wspólności ruchomości małżonek nabywa przez dziedziczenie, przez zapis, lub ze względu na przyszłe prawo dziedziczenia przez darowiznę, lub jako uposażenie przedmioty, które stają się częścią masą wspólną, a częścią dobrami wniesionymi, to zobowiązania, które powstają wskutek nabycia, obciążają w stosunku małżonków do siebie masę wspólną i tego małżonka, który nabywa.

4. Kontynuowana wspólność majątkowa.

§ 1557. Wspólność majątkowa jest wtedy tylko kontynuowana, jeżeli taka była umowa małżeńska.

III. Rejestr praw majątkowych (Güterrechtsregister).

1. Sąd właściwy.

§ 1558. Wpisy do rejestru praw majątkowych mają być dokonywane w tym sądzie (Amtsgericht), w którego okręgu mąż ma siedzibę (Wohnsitz).

Przez zarządzenie krajowej administracji sprawiedliwości może być powierzone jednemu sądowi (Amtsgericht) prowadzenie rejestru dla kilku okręgów sądowych.

2. Powtórzenie wpisu przy zmianie mieszkania.

§ 1559. Jeżeli po wpisie mąż przenosi swą siedzibę do innego okręgu, to wpis musi być powtórzonym w rejestrze

tego okręgu. Jeżeli powraca do swego poprzedniego okręgu, to poprzedni wpis uważa się za nowy wpis.

3. Prośba o wpis.

a) Forma.

§ 1560. Wpis do rejestru ma być dokonany tylko na żądanie i tylko w tym rozmiarze, w jakim się o to prosi. Prośbę należy wnieść we formie publicznie uwierzytelnionej.

b) Uprawnienie do wniesienia prośby.

§ 1561. W przypadkach § 1357 ust. 2-gi i § 1405 ust. 3-ci wpis następuje na żądanie męża.

W innych przypadkach wymagana jest prośba obojga małżonków; każdy małżonek jest wobec drugiego obowiązany do współdziałania.

Prośba jednego małżonka wystarczy:

1. do wpisu umowy małżeńskiej lub do wpisu polegającej na sądownym rozstrzygnięciu zmiany stosunków majątkowych małżeńskich, jeżeli łącznie z prośbą przedłożono umowę małżeńską, lub rozstrzygnięcie opatrzone świadectwem prawomocności;

2. do powtórzenia wpisu w rejestrze innego okręgu, jeżeli łącznie z prośbą przedłożono odpis poprzedniego wpisu sporządzony po opuszczeniu dotychczasowej siedziby i publicznie uwierzytelniony.

3. Publiczne ogłoszenie wpisu.

§ 1562. Sąd winien ogłosić wpis w dzienniku przeznaczonym do jego ogłoszenia. Jeżeli wpisano zmianę ustroju majątkowego, to ogłoszenie winno się ograniczyć do oznaczenia ustroju majątkowego, tudzież gdyby on był uregulowany odmiennie od ustawy, do ogólnego określenia tej odmiany.

5. Wgląd do rejestru. Udzielanie odpisów.

§ 1563. Wgląd do rejestru jest każdemu dozwolony. Można żądać odpisu wpisów; odpis należy na żądanie uwierzytelnić.

B) K. c. Kr. pol.

Przepisy, dotyczące się umów co do stosunków majątkowych między małżonkami.

207. Umowy, urządzające stosunki majątkowe między małżonkami nie mogą być zawarte, jak przed obchodem małżeństwa przez akt, przed którym zawarte zostały.

208. Umowy takowe nie będą ważne, jeżeli w akcie cywilnym małżeństwa, stosownie do art. 120 pod Nr. 9, nie będą objawione przez wymienienie daty i miejsca ich zawarcia oraz urzędu aktowego, przed którym zawarte zostały.

209. Po nastąpionym obchodzie małżeństwa umowy przedślubne zmieniane być nie mogą.

210. Gdy małżonkowie, co do stołu i łoża na czas nieograniczony rozłączeni, odstępują od takowego rozłączenia,

wolno im, przed otrzymanem przyzwoleniem właściwego sądu cywilnego, urządzić stosunki majątkowe na przyszłość przez umowę, przed urzędem aktowym zawartą. Gdyby zaś umowy takiej nie zawarli, albo zawartej w protokóle, z powodu odstąpienia od rozłączenia w aktach stanu cywilnego spisany, stosownie do art. 208. nie objawili, w takim razie stosunki majątkowe będą między nimi te same na przyszłość, jakie były przed rozłączeniem.

211. Małoletni zdolny do zawarcia małżeństwa zdolnym jest także zawrzeć umowę przedślubną i w niej przyjąć na siebie wszelkie zobowiązania, a nawet czynić darowizny, tak jak-gdyby był pełnoletnim; lecz umowa powinna być zawartą w asystencji osób, których zezwolenie na małżeństwo jest potrzebne.

212. Do majątku, któryby się małżonkom, lub jednemu z nich przed lub po zawarciu małżeństwa przez spadek, lub darowiznę dostał, umowy przedślubne, albo w braku ich przepisy prawne oddziału 2, o tyle się tylko stosują, o ile spadkodawca lub darujący odmiennych warunków nie przepisał.

213. Gdy dla żony zastrzeżone jest zużytkowanie jej majątku, a nie jest oznaczone, jak dalece do wsłólnych ciężarów małżeństwa przykładać się ma, natenczas żona obowiązana będzie ponosić je w stosunku, jaki art. 201 jest przepisany.

214. Jeżeli w przypadku zastrzeżonego dla żony zarządu jej majątkiem, mąż zarządza tymże z wyraźnego jej umocowania pod warunkiem składania rachunku z przychodów, natenczas mąż tak uważany będzie, jak każdy inny pełnomocnik.

215. Jeżeli zaś mąż zarządza majątkiem żony z wyraźnego jej umocowania, lecz bez warunku składania rachunku z przychodów, albo jeżeli zarządza i przychody pobiera bez umocowania żony, lecz oraz bez jej sprzeciwiania się, natenczas przy rozwiązaniu małżeństwa lub na żądanie żony, tylko przychody w czasie rozwiązania małżeństwa lub żądania żony jeszcze istniejące, oddać jest winien, potrzebowanych zaś wracać i z nich rachunku zdawać nie jest obowiązany.

216. Gdyby mąż mimo sprzeciwiania się żony majątkiem jej zarządzał i przychody pobierał, powinien zdać rachunek z przychodów nietylko istniejących, ale i potrzebowanych.

217. Jeżeli wątpliwość zachodzi względem dorobku, czyli od żony pochodzi, domniemanie jest za tem, że jest dorobkiem męża. Bielizna, odzież i sprzęty kobiece do użytku żony służące choćby przez męża sprawiciele były, uważają się zawsze za własność żony.

218. Gdy zastrzeżone jest, aby nieruchomości żony, nawet za zezwoleniem męża zbywane nie były, zastrzeżenie takowe nie może się ściągać do przypadków, następującymi artykułami objętych.

219. Żona za zezwoleniem męża, a gdyby nie zezwolił, za upoważnieniem sądu, może czynić udział z nieruchomości dzieciom, któreby miała z poprzedniego małżeństwa; lecz jeżeli mę-

żowi służy użytkowanie, a żona tylko od sądu ma upoważnienie, w takim razie mąż zostaje przy użytkowaniu, bez uszczerbku jednak alimentów, któreby się dziecku udział biorącemu należały.

220. Żona może także dzieciom wspólnym czynić udział z nieruchomości swoich za zezwoleniem męża, przeciw którego woli sąd upoważnienia dać nie jest mocen.

221. Nieruchomości żony, względem których zastrzeżono, aby nawet za zezwoleniem męża zbywane nie były, nie mogą także być i obciążane, chyba wolność obciążania wyraźnie była zachowana. Lecz jak zastrzeżenie niezbywania, tak i niemożliwość obciążania, nie rozciąga się do przypadków art. 219 i 220 objętych.

222. Gdy zastrzeżono jest, aby kapitały hipotekowane, do żony należące, nawet za zezwoleniem męża podnoszone i zbywane nie były, przepisy względem nieruchomości, w art. 219, 220 i 221 zawarte, stosować się będą do tychże kapitałów.

223. Zastrzeżenie co do kapitałów hipotekowanych, o którym w art. 222 jest mowa, nie odejmuje wolności małżonkom podnoszenia lub zbywania tychże kapitałów za poprzednim zabezpieczeniem hipotecznym, za uznaniem takowego zabezpieczenia przez sąd za dostateczne i za uzyskanem od tegoż sądu upoważnieniem.

224. Dopóki warunki, art. 223 objęte, dopełnionemi nie będą, dłużnik złożyć może kapitał hipotekowany do depozytu sądowego, i nawzajem małżonkowie mają prawo żądać od dłużnika takowego złożenia.

225. Zastrzeżenia, o których w art. 218 i 222 jest mowa, mają być, tak na żądanie żony nawet bez zezwolenia męża, jako i na żądanie innych stron interesowanych, przyjęte do hipoteki tych nieruchomości i kapitałów, których się te zastrzeżenia tyczą, lecz rozciągać nie będą swych skutków do praw, przed wniesieniem zastrzeżenia do hipoteki przez trzeciego dobrą wiarą nabytych.

226. Gdy zastrzeżona jest wspólność między małżonkami, takowa rozciąga się do wszelkiego majątku terażniejszego i przyszłego, jeżeli przeciwna wola czyniącego lub czyniących zastrzeżenie dowiedziona nie będzie.

227. Wspólność między małżonkami rozumie się dopiero na przypadek śmierci, jeżeli inaczej zastrzeżona nie jest.

Po śmierci dopiero jednego ze współmałżonków, drugi przy życiu pozostały staje się właścicielem połowy majątku, wzajemnie wspólności podlegającego, w dniu śmierci znajdującego się.

228. Za życia małżonków wspólność ten tylko ma skutek, że mąż połowy swoich nieruchomości i kapitałów hipotekowanych, do wspólności należących, bez zezwolenia żony, a żona połowy swoich takichże nieruchomości i kapitałów bez zezwolenia męża, nawet za upoważnieniem sądu, ani zbywać, ani obciążać nie może.

229. Zastrzeżenie wspólności ma być na żądanie męża lub żony, nawet bez zezwolenia męża, albo na żądanie innych stron interesowanych, przyjęte do hipoteki tych nieruchomości i kapitałów hipotekowanych, które do wspólności należą.

Przyjęcie takowe, podobnie jak w art. 225, prawom trzeciego nie ubliża.

230. Gdy między małżonkami jest wspólność majątku na przypadek śmierci, a żona męża przeżyje, służy jej wybór albo przyjąć wspólność, albo się jej zrzec.

W razie przyjęcia długi obustronne potrącone będą z ogółu majątku wspólności podlegającego, a masa czysta podzieloną zostanie na dwie równe części.

W razie zrzeczenia się żona odbierze swój własny majątek, tak jakby wspólność wcale zaszereżoną nie była; lecz majątek męża nie będzie odpowiedzialnym za długi żony i żona nie będzie mogła korzystać z praw, w oddziale następnym oznaczonych.

C) Prawo austriackie.

Kontrakty małżeńskie.

§ 1217. Kontraktami małżeńskimi nazywają się te kontrakty, które z powodu związku małżeńskiego w przedmiocie majątku są zawierane i odnoszą się w szczególności: do posagu, oprawy, wiana, wspólności majątkowej, zarządu i użytkowania własnego majątku, dziedziczenia lub ustanowionego na przypadek śmierci dożywocia i do dochodu wdowiego.

1. Posag.

§ 1218. Przez posag rozumie się ten majątek, który żona albo trzeci za nią daje lub zabezpiecza mężowi dla ulżenia ciężarów, połączonych z małżeńską społecznością.

Ustanowienie posagu.

§ 1219. Gdy oblubienica posiada własny majątek i jest pełnoletnią, od niej i od oblubieńca woli zależy, taki między sobą względem posagu i innych wzajemnych darów zrobić układ, jaki im się podoba. Jeżeli jednak oblubienica jest jeszcze małoletnią, natenczas powinien być zawartym kontrakt przez ojca lub opiekuna, za zezwoleniem sądu opiekuńczego.

§ 1220. Jeżeli oblubienica nie posiada własnego na stosowny posag wystarczającego majątku, natenczas rodzice lub dziadowie i babki, w tej samej kolei, jak są obowiązani do żywienia i utrzymywania dzieci, powinni także córkom lub wnuczkom, gdy idą za mąż, dać posag stanowi i majątkowi swemu odpowiedni, lub też stosunkowo się do niego przyłożyć (§§ 141, 143). Córka z nieprawego rodu jedynie od matki żądać może posagu.

§ 1221. Jeżeli rodzice, dziadowie i babki wymawiają się niemożnością ustalenia stosownego posagu, natenczas sąd powinien na żądanie oblubieńców, nie wdając się w ścisłe roztrząsanie stanu majątkowego, okoliczności zbadać i według tego,

albo stosowny posag oznaczyć, albo też rodziców, dziadów lub babki od ustanowienia posagu uwolnić.

§ 1222. Gdy córka poszła za mąż bez wiedzy albo przeciwko woli swoich rodziców, a sąd uzna przyczynę do odmówienia za uzasadnioną, natenczas rodzice, chociażby później potwierdzili małżeństwo, nie są obowiązani dać jej posagu.

§ 1223. Jeżeli córka odebrała już swój posag i chociaż bez winy swojej, utraciła go, nie może już więcej żądać nawet w tym przypadku, gdyby powtórnie szła za mąż.

§ 1224. W wątpliwości, czy posag wyznaczonym był z majątku rodziców, czy też z majątku oblubienicy, domniemanie jest, że wyznaczonym był z majątku tej ostatniej. Jeżeli zaś rodzice wypłacili swojej małoletniej córce posag, bez zezwolenia sądu opiekuńczego, natenczas jest domniemanie, że to uczynili z własnego majątku.

Wydanie posagu.

§ 1225. Jeżeli małżonek nie wymówił sobie posagu przed zawarciem małżeństwa, natenczas nie ma też prawa go żądać. Wydania umówionego posagu można żądać zaraz po zawarciu małżeństwa, jeżeli inny termin do tego oznaczonym nie był i dowód na to.

§ 1226. Jeżeli do majątku męża ogłoszonym jest konkurs, natenczas przyznanie przez niego na piśmie lub ustnie przed otwarciem konkursu uczynione, iż posag odebrał, stanowi dowód przeciwko każdemu. Jeżeli zaś przyznanie takie następuje dopiero po otwarciu konkursu, natenczas nie stanowi dowodu przeciwko wierzycielom.

Przedmiot posagu i prawa męża tudzież żony do niego.

§ 1227. Wszystko, co może być pozbytem i użytym, może być danem na posag. Dopóki trwa społeczność małżeńska, użytkowanie dobra posagowego i tego, co do niego przybywa, należy do męża. Jeżeli posag danym jest w pieniądzech, w ustąpionych wierzytelnościach lub w rzeczach zużywalnych, natenczas mąż staje się zupełnym ich właścicielem.

§ 1228. Jeżeli posag ustanowionym jest w dobrach nieruchomości, w prawach lub w takich ruchomościach, które z zachowaniem istoty, mogą być używane, natenczas żona za ich właścicielką, a mąż za użytkującego dopóty będą uważani, dopóki nie będzie dowiedzionem, iż mąż przyjął posag za oznaczoną cenę i tylko tę cenę zobowiązał się powrócić.

§ 1229. Podług przepisów ustawy posag po śmierci męża przypada jego żonie, a jeżeli ta przed nim umarła, jej dzieciom. Ażeby żona lub jej dziedzice od brania posagu wyłączonymi być mogli, potrzeba, iżby wyłączenie to wyraźnie było zastrzeżeniem. Kto dobrowolnie ustanawia posag, ten może sobie zastrzedz, iżby po śmierci męża wrócił do niego.

2. Oprawa.

§ 1230. Co oblubieniec lub trzeci wyznacza oblubienicy

dla pomnożenia posagu, to nazywa się oprawą. Użytkowanie oprawy nie należy wprawdzie do żony w czasie małżeństwa, jednak gdy przeżyje męża, natenczas nawet bez osobnej umowy należy do niej także zupełna własność, chociażby posag na przypadek przeżycia żony, nie był zapisany mężowi.

§ 1231. Ani oblubieniec, ani rodzice jego nie są obowiązani ustanawiać oprawy. Jednak w ten sam sposób, jak rodzice oblubienicy obowiązani są wyznaczyć dla niej posag, tak też do rodziców oblubieńca należy dać mu odpowiednie ich majątkowi wyposażenie (Ausstattung) (§§ 1220—1223).

3. Wiano.

§ 1232. Podarunek, który mąż obiecuje dać żonie swojej pierwszego poranku, nazywa się wianem. Jeżeli wiano było obiecane, natenczas w wątpliwości jest domniemanie, że w ciągu pierwszych trzech lat małżeństwa zostało już oddane.

4. Wspólność majątkowa.

§ 1233. Sam związek małżeński nie uzasadnia wspólności majątkowej między małżonkami. Potrzeba do tego osobnej umowy, a przepisy w §§ 1177 i 1178 poprzedniego rozdziału postanowione, służą mają za правило do oceniania jej rozciągłości, tudzież formy, w jakiej prawnie zawartą być może.

§ 1234. W ogólności wspólność majątkowa między małżonkami rozumie się tylko na przypadek śmierci. Wspólność majątkowa nadaje małżonkowi prawo do połowy tego, co z dóbr wspólności wzajemnie poddanych, pozostaje jeszcze po śmierci drugiego małżonka.

§ 1235. Jeżeli wspólność odnosi się do całego majątku, natenczas wszystkie bez wyjątku długi winny być potrącone przed działem, jeżeli zaś przedmiotem wspólności jest sam tylko teraźniejszy, lub sam tylko przyszły majątek, te tylko długi ulegają straceniu, które były użyte na korzyść wspólnego dobra.

§ 1236. Jeżeli jeden małżonek posiada nieruchomości, a prawo drugiego małżonka do wspólności wpisane jest do ksiąg publicznych, natenczas ten drugi małżonek przez wpisanie do ksiąg nabywa prawo rzeczowe do połowy substancji nieruchomości, lecz nie ma żadnego prawa do użytków w czasie małżeństwa. Wskutek prawa rzeczowego, jakie małżonek drugi przez wpisanie do ksiąg publicznych nabył do połowy nieruchomości, małżonek będący jej właścicielem, połową tą rozporządzać nie może. Po śmierci małżonka, pozostały drugi staje się zaraz zupełnym właścicielem swojej połowy. Wpisanie do ksiąg publicznych nie może jednak szkodzić wierzycielom wcześniej wpisanym.

5. Zarząd i użytkowanie pierwotnego i dorobkowego majątku.

§ 1337. Jeżeli małżonkowie nie zrobili między sobą osobnego układu co do używania majątku, natenczas każde z nich zatrzymuje dawniejsze swoje prawo własności, i do tego, co jedno z nich w czasie małżeństwa nabywa, lub jakimkolwiek

zposobem dostaje, drugie nie ma żadnego prawa. W wątpliwości jest domniemanie, że dorobek pochodzi od męża.

§ 1238. Póki żona nie zaprzecza, prawne domniemanie jest za tem, że mężowi, jako swemu prawnemu zastępcy, oddała zarząd swego wolnego majątku.

§ 1239. Ze względu na taki zarząd uważanym jest mąż w powszechności tak, jak każdy inny zawiadowca mający pełnomocnictwo; jednak tylko za fundusz zakładowy czyli kapitał jest odpowiedzialnym. Z dochodów w czasie zarządu pobieranych nie jest obowiązany składać rachunków, jeżeli inaczej wyraźnie umówionem nie było; owszem rachunki aż po dzień ustania zarządu uważa się za zaspokojone.

§ 1240. Żona także nie jest obowiązana rachować się z powodu użytkowania, które swemu mężowi odstąpiła, a które sama w czasie małżeństwa wykonywała; wolno jest jednak małżonkom wstrzymać taki dorozumianie dozwolony zarząd.

§ 1241. W przypadkach nagłych, lub gdy zachodzi obawa poniesienia szkody, może być odebrany mężowi zarząd majątku, chociażby mu wyraźnie i na zawsze był dozwolonym. Wzajemnie mąż ma prawo wzbronić żonie nieporządnego prowadzenia gospodarstwa, a nawet przy zachowaniu postanowionych przepisów żądać, aby za marnotrawczynię była ogłoszoną.

6. Dochód wdowi.

§ 1242. To, co żonie na przypadek owdowienia na utrzymanie jest przeznaczonem, nazywa się dochodem wdowim. Dochód ten należy się wdowie zaraz po śmierci męża, i powinien być zawsze za trzy miesiące naprzód wypłaconym.

§ 1243. Należy się jeszcze wdowie ze spadku mężowskiego utrzymanie przez sześć tygodni po śmierci męża, a jeżeli jest w ciąży, aż do upływu sześciu tygodni po jej rozwiązaniu. Dopóki atoli ma to utrzymanie, nie może pobierać dochodu wdowiego.

§ 1244. Gdy wdowa idzie za mąż, utracą prawo do dochodu wdowiego.

Zabezpieczenie posagu, oprawy i dochodu wdowiego.

§ 1245. Kto daje posag, ten ma prawo zaraz przy oddaniu, lub później, gdy zachodzi niebezpieczeństwo, żądać stosownego zabezpieczenia od tego, kto odbiera posag. Opiekunowie i kuratorowie oblubienicy ich pieczy poruczonej nie mogą, bez pozwolenia sądu opiekuńczego uwalniać od zabezpieczenia posagu, jak równie oprawy i dochodu wdowiego.

7. Darowizny między małżonkami i zaręczonemi.

§ 1246. Ważność lub nieważność darowizn między małżonkami oceniać należy podług przepisów, w ogólności o darowiznach w ustawie postanowionych.

§ 1247. Wszystko, co mąż dał żonie swojej do stroju, w ubiorze, w drogich kamieniach i innych kosztownościach, nie uważa się w razie wątpliwości za wygodzone, lecz za darowane.

Jeżeli jednak jedno z zaręczonych drugiemu, albo kto trzeci któremu z zaręczonych, ze względu na przyszłe małżeństwo, zabezpiecza co lub daruje, natenczas darowizna, jeżeli małżeństwo nie z winy darującego nie przychodzi do skutku, może być odwołaną.

8. Wzajemne testamenty.

§ 1248. Wolno jest małżonkom w jednym i tym samym testamentie ustanowić za dziedziców siebie samych nawzajem, lub inne osoby. Takı testament może być także odwołanym; z tego jednak, że go jedna strona odwołała, nie można wnioskować, o odwołaniu przez drugą stronę (§ 583).

9. Kontrakt dziedziczenia.

Formalności wymagane do ważności tego kontraktu

§ 1249. Między małżonkami może być zawarty kontrakt dziedziczenia, przez który obiecuje się przysięż spadek lub jego część, i obietnica przyjętą zostaje (§ 602). Do ważności takiego aktu potrzeba atoli, aby był zdziałanym na piśmie z zachowaniem wszystkich formalności, do testamentu pisemnego wymaganych.

§ 1250. Małżonek pod opieką zostający może wprawdzie przyjąć przybiecany mu i nieszkodliwy dla niego spadek; lecz rozporządzenie w przedmiocie jego własnego spadku, bez zezwolenia sądu uczynione, o tyle tylko będzie ważnem, o ile jest takim, jako testament.

Przepis co do warunków kontraktu.

§ 1251. To, co w ogólności postanowionem zostało o warunkach przy kontraktach, to także znajduje zastosowanie do kontraktu dziedziczenia między małżonkami.

Skutki kontraktu dziedziczenia.

§ 1252. Kontrakt dziedziczenia, chociaż do ksiąg publicznych wpisany, nie przeszkadza małżonkowi rozporządzać za życia majątkiem swoim według upodobania. Prawo z kontraktu wynikające zawisłem jest od śmierci spadkodawcy; dziedzicze kontraktowy, jeżeli nie przeżyje spadkodawcy, nie może prawa tego przenieść na drugiego, ani też żądać zabezpieczenia, z powodu spodziewanego dziedzictwa.

§ 1253. Małżonek nie może przez kontrakt dziedziczenia zrzec się zupełnie prawa robienia testamentu. Czysta czwarta część, która ani zachowkiem, ani innym długiem nie może być obciążoną, zawsze na mocy ustawy winna być pozostawioną do wolnego ostatek woli rozporządzenia. Jeżeli spadkodawca częścią tą nie rozporządził, natenczas ona nie przechodzi do kontraktowego, lecz do ustawowego dziedzica, chociażby całe dziedzictwo było obiecane.

Zgaśnięcie kontraktu.

§ 1254. Kontrakt dziedziczenia nie może być odwołanym ze szkodą drugiego małżonka, z którym był zawartym; lecz może być tylko unieważnionym według przepisu ustawy. Dzie-

dzicom koniecznym służą ze względu na taki kontrakt, te same prawa, jakie im służą ze względu na inne rozporządzenia ostatniej woli.

10. Użytkowanie na wypadek śmierci. (Prawo dożywocia).

§ 1255. Małżonek, który udziela drugiemu użytkowanie swego majątku na wypadek przeżycia, nie jest przez to ograniczonym w wolności rozporządzenia nim między żyjącymi; prawo użytkowania odnosi się tylko (§§ 509—520) do spadku z wolno-dziedzicznego majątku.

§ 1256. Jeżeli jednak prawo użytkowania z nieruchomości za zezwoleniem nadającego je zostało do ksiąg publicznych wpisane, natenczas co do tej nieruchomości nie może być już więcej uszczuplonem.

§ 1257. Jeżeli małżonek przy życiu pozostały wchodzi w nowe związki małżeńskie lub użytkowanie komu innemu chce odstąpić, natenczas dzieci zmarłego małżonka mają prawo żądać, żeby im to użytkowanie za opłatą rocznej stosownej sumy, było pozostawionem.

§ 1258. Małżonek, który domaga się użytkowania całego spadku po drugim małżonku lub jego części, nie ma prawa żądać części dziedzictwa, która mu na wypadek beztestamentowego dziedziczenia przez ustawę jest wyznaczoną (§§ 757—759).

Porównanie dzieci pod względem dziedziczenia.

§ 1259. Porównanie dzieci, to jest kontrakt, przez który dzieci z rozmaitych małżeństw, za równe sobie pod względem dziedziczenia są uważane, jest nieważnem.

Oddzielenie majątku w przypadku:

1. konkursu:

§ 1260. Gdy co do majątku męża otwartym został za jego życia konkurs, natenczas żona nie może wprowadzić żądać od wierzycieli zwrotu posagu lub wydania oprawy, lecz tylko zabezpieczenia ich na wypadek rozwiązania małżeństwa. Oprócz tego ma prawo od czasu otwarcia konkursu, żądać dochodu wdowiego lub używania posagu, jeżeli dochód wdowi nie był umówionym. Gdy jednak udowodnionem będzie, że z przyczyny żony mąż podupadł na majątku, natenczas żadnego niema prawa ani do jednego, ani do drugiego używania.

§ 1261. Jeżeli żona co do swego majątku podpada konkursowi, natenczas kontrakty małżeńskie pozostają niewzruszone.

§ 1262. Jeżeli między małżonkami umówioną była wspólność majątkowa, to rozwiązuje się przez ogłoszenie konkursu do majątku jednego lub drugiego małżonka, i wspólny majątek dzieli się między nimi tak, jak po śmierci jednego z nich.

2. dobrowolnej separacji:

§ 1263. Jeżeli małżonkowie zgadzają się na to, aby żyli w separacji, natenczas od ich wspólnego porozumienia się które zawsze nastąpić powinno (§§ 103—105), zależy także

czyli kontrakty małżeńskie mają być nadal utrzymywane czy też i jak zmienione,

albo 3. sądownie orzeczonej separacji;

§ 1264. Jeżeli atoli separacja co do stołu i łoża, bez winy żadnej ze stron, lub z winy obydwóch, sądownie została orzeczona, natenczas jeden lub drugi małżonek żądać może rozwiązania kontraktów małżeńskich, przyczem sąd powinien zawsze starać się rzecz na drodze zgody załatwić (§ 108). Jeżeli jedna strona jest niewinna, ta może żądać albo utrzymania w swej mocy lub rozwiązania kontraktów małżeńskich, albo też stosownego według okoliczności utrzymania dla siebie.

4. nieważność małżeństwa;

§ 1265. Jeżeli małżeństwo uznano za nieważne, natenczas rozwiązują się także kontrakty małżeńskie; majątek, jeżeli się jeszcze znajduje, wraca do dawnego stanu. Strona, ponosząca winę, obowiązana jest jednak do wynagrodzenia stronie niewinnej (§ 102).

5. rozwody.

§ 1266. Jeżeli rozwód dozwolonym jest na żądanie obydwójga małżonków, z powodu nieprzewycięzonego wstrętu (§§ 115—133); natenczas, jeżeli strony nie zgodziły się w tym względzie, kontrakty małżeńskie rozwiązują się co do obydwóch stron. Jeżeli rozwód wyrzeczonym jest przez wyrok, natenczas małżonek niewinny ma prawo nietylko do zupełnego wynagrodzenia, ale nawet od czasu orzeczonego rozwodu, prawo do tego wszystkiego, co na korzyść jego na przypadek przeżycia w kontraktach małżeńskich było umówionem. Majątek wspólności poddany dzieli się tak, jak po śmierci, a prawo z kontraktu dziedziczenia na przypadek śmierci zastrzeżone, utrzymuje się dla strony niewinnej. Małżonek chociaż nie z winy swojej rozwiedziony, nie ma prawa do ustawowego dziedziczenia (§§ 757 do 759).

II. Umowa majątkowa małżeńska.

Kodeksy, które porównujemy, trzymają się różnych systemów w przedstawieniu prawa majątkowego małżeńskiego, wskutek czego porównanie ich następuje pewne trudności.

1. Kodeks cywilny niemiecki w szóstym tytule czwartej księgi (§§ 1363 do 1563) mówi o prawie majątkowym małżeńskim, ale w dwóch częściach tego tytułu troskliwie odróżnia ustawowe prawo majątkowe małżeńskie (§§ 1363 do 1431) od umownego prawa majątkowego małżeńskiego (§§ 1432 do 1557). Część poświęcona umownemu prawu majątkowemu małżeńskiemu podaje przedewszystkiem ogólne przepisy (§§ 1432 do 1436), w których wypowiada zasadę wolności kontraktowej, potem zaś podaje tylko trzy typy, trzy niejako wzory umów majątkowych małżeńskich (ogólna wspólność majątkowa, wspólność dorobku,

wspólność ruchomości), które jednak, wobec wolności kontraktowania nie wyczerpują kontraktów majątkowych małżeńskich. W pr. niem. przeto możliwe są także inne kontrakty majątkowe małżeńskie, jakkolwiek k. c. n. o nich nie wspomina. Istnieje tylko jeden zakaz, określony w § 1433 k. c. n. (por. art. 1390 K. N.), pozatem możliwym jest wedle prawa niemieckiego, także np. kontrakt posagu, chociaż o nim k. c. n. nie mówi.

2. W pr. polskim rzecz przedstawia się w sposób następujący: Kodeks Napoleona w księdze 3 w tytule 5 mówił o „du contrat de mariage et des droits respectifs des époux“, a więc normował tak umowne, jak i ustawowe prawo majątkowe małżeńskie. Tytuł ten, obejmujący art. 1387 do 1581, został w Kr. pol. uchylony przez księgę 1 k. c. Kr. pol., która weszła w życie z dniem 1 stycznia 1826. W k. c. Kr. p. prawo majątkowe małżeńskie unormowane jest w dziale V, oddziale 2 i 3. Oddział 2 mieści w sobie ustawowe prawo majątkowe małżeńskie, oddział 3 zaś zawiera przepisy o umownem prawie majątkowym małżeńskim. Nie zostały jednak zniesione i obowiązują w Król. pol. przepisy o darowiznach, uczynionych w umowie przedślubnej małżonkom (oddział VIII tytułu 2, księgi trzeciej K. N.) i przepisy o rozporządzeniach pomiędzy małżonkami bądź przez umowę przedślubną, bądź w czasie małżeństwa (dział IX, tytuł 2 księgi trzeciej K. N.).

3. Kodeks cywilny austriacki w 28 rozdziale, drugiej księgi (§§ 1217 do 1266) mimo tytułu „umowy majątkowe małżeńskie (Ehepakte)“ mówi nie tylko o ustawowem prawie majątkowym małżeńskim, ale zawiera także przepisy z tej dziedziny prawa, którą w systemie grupujemy pod nazwą „stosunki między rodzicami a dziećmi“. Kodeks cyw. austriacki bowiem mówi w §§ 1220, 1221, 1222, 1223 o ustawowym obowiązku uposażenia córki, przyczyniając się przez to w znakomity sposób do zaciemnienia instytucji posagu, która polega na umowie i tylko na umowie. Ale nie dosyć tego! K. c. a. w rozdziale o „umowach majątkowych małż.“ mówi także o kontraktach dziedziczenia i wzajemnych testamentach, a więc o instytucjach prawa spadkowego wreszcie o całym szeregu darowizn, jak oprawa, wiano etc., a więc o instytucjach, które w K. N., bez tych nazw, jak i w k. c. n., znajdują gdzieindziej swoje umieszczenie.

Przedstawiając system prawa majątkowego małżeńskiego, należy się przeto zdecydować na wybór pojęć, wedle których ugrupowanie i przetworzenie naukowe ma nastąpić. Uczyniliśmy to już co do jednego punktu, przyjęliśmy już bowiem podział na ustawowe i umowne pr. maj. małż., z pierwszego jednak przekazujemy do prawa, normującego stosunki rodziców do dzieci, sprawę uposażenia (§ 1220 n. k. c. a.), do prawa spadkowego zaś roszczenia ustawowe małżonka, pozostałego przy życiu do spadku po małżonku zmarłym (art. 231 nast. k. c. Kr. p.). Idzie teraz o rozmiary, o materję, której normy nazywają się umow-

nem prawem majątkowym małżeńskim? Nasuwa się odrazu myśl, że tutaj decydującem jest pojęcie „umowy majątkowej małżeńskiej“. Należy je więc przedewszystkiem przedstawić.

Przez umowę małżeńską majątkową (Ehepakt w k. c. a., Ehevertrag w k. c. n., umowa przedślubna w k. c. Kr. p., contrat de mariage w K. N.) rozumiemy umowę, przez którą małżonkowie wskutek małżeństwa regulują, organizują swoje stosunki majątkowe. Trzy elementy składają się na to pojęcie: 1. strony kontraktujące, 2. treść umowy, 3. przyczyna zawarcia umowy.

Ad 1. Stronami są małżonkowie (lub narzeczeni, gdyby jednak małż. nie zostało zawarte, umowa nie byłaby skuteczną). Ograniczonych w zdolności do działania zastępują powołane do tego osoby. Mówi o tem n. p. art. 211 k. c. Kt. p. Obowiązują tutaj ogólne przepisy o umowach, jak wedle ogólnych przepisów ocenić należy kwestję, czy umowę majątkową małż. zawrzeć można przez pełnomocnika. Nie jest to nigdzie wykluczone. Wogóle w sprawie zastępstwa tylko w umowie o generalną wspólność majątkową i o wspólność ruchomości w pr. niemieckiem, znajdujemy specjalne przepisy w §§ 1437 i 1544 k. c. n.

Sprawa, która wymaga pewnego wyjaśnienia, nie tyczy się też powyższego punktu, a tylko dwóch kwestji, a mianowicie: a) czy oprócz małżonków mogą brać udział, jako strony, osoby trzecie tudzież b) czy mamy do czynienia z umową majątkową małżeńską wówczas, jeżeli umowę zawiera trzecia osoba z jednym tylko małżonkiem?

Ad a) Przeciwno kumulacji umów nie można podnieść zarzutu: równocześnie może być zawartą umowa darowizny na rzecz np. żony, która darowane przedmioty czyni przedmiotem np. posagu.

Ad b) Kwestja pod b) podniesiona jest aktualną wskutek postanowienia zawartego w § 1218 k. c. a. o umowie posagu. Jako konieczna strona kontraktująca oznaczony jest mąż, o drugiej zaś stronie mówi ten paragraf, że może nią być żona lub „za nią trzecia osoba“. Nasuwałoby się przez taką redakcję pytanie, czy może być ustanowionym posag wbrew woli żony. (W pr. niem. pytanie takie nie może powstać wobec tego, że § 1434 k. c. n. wymaga równoczesnej obecności obu stron, a stronami są wedle § 1432 k. c. n. małżonkowie). Uważam to za wykluczone. Jest to jasnem, gdy niema umowy, że t. zw. posag wraca do ustanawiającego w razie rozwiązania małżeństwa. W przypadku, gdy umówiono się, że t. zw. posag wraca do trzeciej osoby, która go daje, mamy do czynienia z inną umową, ale nie z umową posagu. Gdyby umowę posagu można było zawierać tylko między jednym małżonkiem a trzecią osobą, to znaczyłoby to, że małżonkowi, który w tej umowie nie bierze udziału, można narzucić pewien ustrój majątkowy małżeński, w danym przykładzie ustrój posagowy, a takie narzucenie jest właśnie wykluczone. Postanowienie § 1218 k. c. a. ma przeto

ten sens, że w umowie małż. maj. oprócz małżonków, ale powtarzamy: oprócz małżonków, może brać udział trzeci, który czyni darowiznę. Mamy wówczas dwie umowy: darowizny i posagu.

Art. 212 k. c. Kr. p. nie można porównywać z § 1218 k. c. a. Znaczenie jego jest inne. Art. 212 mówi, że to, co żona nabywa w ciągu małżeństwa, dzieli losy tego systemu majątkowego, który w czasie zawarcia małż. został umówiony wzgl. nastąpił z ustawy, chyba, że darowujący inaczej postanowił. Jeżeli więc żona żyje w ustawowym systemie męzowskiego zarządu i użytkowania, to darowizna otrzymana przez nią w ciągu małż. wejdzie także pod zarząd i użytkowanie męża, chyba że darowujący powie, że ma stanowiąc dobra zastrzeżone zony. Jeżeli zaś małżonkowie ziją, wskutek umowy (w Kr. p.) w rozdziale majątkowym, to darowizna otrzymana przez żonę w ciągu małż. zwiększy jej majątek zostający pod jej dyspozycją, chyba, że darowujący przeznaczy go np. ad sustentanda onera matrimonii, a więc uczyni z niego posag.

Ad 2. Treścią umowy maj. małż. mogą być tylko stosunki majątkowe, a nie osobowe. Nie będzie więc umową majątkową małż. umowa n. p. o religijne wychowanie dzieci, zaręczyny, • alimenty i t. p.

Ad 3. Trzeci element da się w ten sposób określić, że nie jest umową maj. małż. umowa, którąby małżonkowie mogli byli zawrzeć, choćby nie byli małżonkami, n. p. pożyczka lub wypuszczenie przez żonę mężowi w dzierżawę jej zastrzeżonego dobra.

Do tak określonej umowy majątkowej małżeńskiej stosują się przepisy o formie (art. 207, 208 k. c. Kr. p.; austr. u. z d. 25 Lipca r. 1871 l. 76 d. u. p. o konieczności aktu notarialnego do ważności; § 1434 k. c. n.). Stosują się też do takich umów §§ 1558 do 1563 k. c. n. o rejestrze (Güterrechtsregister), w Kr. p. zaś wymaganie publiczności umów maj. małż. spełnia art. 209 k. c. Kr. p. i art. 58 l. 6 pr. małż. Kr. p. W Austrii w sprawie publiczności umów maj. małż. nie kupców niema przepisów (p. § 16 austr. ustawy o zaprowadzeniu k. handl.).

Pr. pol. zajmuje w sprawie umów maj. małż. stanowisko odmienne od innych kodeksów w dwóch ważnych punktach:

a) W razie uchybienia przepisom o jawności umów maj. małż. (art. 209 k. c. Kr. p. i art. 581 pr. m. Kr. p.) umowa jest nieważną. Pr. niem. sankcji takiej nie ustanowiło: umowy majątkowe małżeńskie są skuteczne tak między małżonkami, jak za i przeciw trzecim osobom, choćby nie były wpisane do rejestru. Od tej zasady są jednak wyjątki, określone w § 1435 k. c. n. Znaczenie tego paragrafu jest następujące:

X zawiera z małżonkiem interes lub prowadzi proces i nie wie, że małżonkowie zawarli umowę majątkową małżeńską, w której n. p. wykluczono ustawowy ustrój lub go zmieniono.

Wówczas małżonkowie będą mogli wtedy tylko podnieść przeciwko X zarzuty, płynące stąd, że nie żyją wedle ustawowego ustroju, jeżeli ich umowa maj. małż. była wpisana do rejestru. Jeżeli umowa nie była wpisana, to małżonkowie nie mają zarzutów przeciwko X, czyli że X. będzie mógł dochodzić swego prawa, jakgdyby małżonkowie żyli w ustawowym regime. Oczywiście X. winien być w dobrej wierze. [§ 1435 ma także zastosowanie w przypadkach §§ 1426. 1431, 1371, 1441, 1357 ust. 2, 1405 ust. 3, 1452 k. c. n.]. Nie należy też porównywać rejestru praw maj. małż. z księgami gruntowymi. Wpisy do rejestru nie są dlatego już ważne, że zostały dokonane. Ważę ma to, co istnieje rzeczywiście, a nie co jest wpisane. Również nie może być mowy o kolizji między księgami gruntowymi a rejestrem maj. małż., gdyż tylko wpisy do ksiąg gruntowych są ważne.

W Kr. p. ochrona trzeciego, działającego w dobrej wierze, unormowana w § 1435 k. c. n., o tyle jest zbyteczną, że umowy przedślubne nie mogą być zmieniane po ślubie i że nie wpisanie ich w urządzie aktowym czyni umowę nieważną. Praktycznie przeto biorąc, trudno o przypadek, w którymby ta ochrona była potrzebna.

b) K. c. Kr. p. różni się jeszcze od obu innych kodeksów tem, że umowy maj. małż. mogą być wedle niego, zawarte tylko przed obchodem małż. i że po obchodzie małż. nie mogą być zmieniane. W obu innych kodeksach jest inaczej. Wedle k. c. Kr. p. wyjątki od powyższego postanowienia zachodzą tylko w przypadkach, określonych w art. 221 pr. m. Kr. p. 229 pr. m. Kr. p., 210 k. c. Kr. p.

W końcu jeszcze jedna uwaga. Mówiliśmy, że małżonkowie mają zupełną swobodę w uregulowaniu w drodze umowy swych stosunków majątkowych (wyjątek p. w § 1443 k. c. n. i § 1259 k. c. a.). Nasuwa się pytanie, czy małżonkowie mogą w umowie przyjąć ustawowy porządek majątkowy, bez żadnych zmian. Nie ulega kwestji, że mogą, pytanie tylko, czy taka umowa będzie umową majątkową małżeńską, a więc czy będzie podlegała przepisom o formie, o rejestrze etc. Nie widzę powodu, aby dać na to pytanie odpowiedź przeczącą, ale nie widzę też praktycznego celu takiej umowy. W każdym razie jedno jest pewne, że, jeżeli taka umowa nie będzie sporządzoną przed notariuszem, to złączony z nią kontrakt dziedziczenia nie będzie wedle pr. niem. ważny (§ 2176 ust 2 k. c. n.).

Określiśmy wyżej pojęcie umowy majątkowej małż. i powiedzieliśmy, że kodeksy dają pewne wzory, na które stronom wolno się powołać w swych umowach, które jednak wolno im zmienić, kombinować. Idzie nam teraz o to, jak w dalszym wykładzie te wzory umów systematycznie przedstawić. Można by przyjąć różne kryteria. Ze względów jednak pedagogicznych musimy się zrzec systemu, któryby wszystkie umowy majątkowe

małżeńskie przedstawił. Nie możemy n. p. obecnie mówić o darrowiznach wedle Kodeksu Nap., chociaż są uczynione w umowach przedślubnych, bo to wymaga znajomości prawa spadkowego francuskiego, które dopiero w następnym tomie przedstawimy. Z tych samych powodów nie będziemy obecnie mówić o kontrakcie dziedziczenia (Erbvertrag) bo to wymaga znowu znajomości prawa spadkowego austr. i niem. Z tych względów w obecnym miejscu przedstawimy następujące typy ustrojów maj. małż. polegających na umowie: 1. posag w pr. austr. i w prawie polskim i 2. wspólność majątkowa we wszystkich rodzajach i w wszystkich trzech kodeksach. O separacji dóbr, polegającej na umowie (pr. pol. i niem.) i o mężowskim zarządzie i użytkowaniu, polegających na umowie (pr. austr.), mówiliśmy już wyżej w związku z przedstawieniem tych ustrojów, jako ustawowych (p. rozdział piąty tej książki). Wspomniny tylko jeszcze o właściwych prawu austrjackiemu typach oprawy, wiana, dochodu wdowiego i dożywocia, charakter ich jednak wystąpi w właściwym świetle dopiero po poznaniu prawa spadkowego. Główną jednak wagę położymy, jak zaznaczyliśmy, na przedstawienie wspólności majątkowej małżeńskiej i posagu.

Wobec tego, że w życiu, w praktyce spotykamy się najczęściej z ustawowemi ustrojami majątkowemi małżeńskimi, i wobec swobody, którą strony (gdy decydują się na umowę), mają w zmienianiu przepisów o owych typach umów, nad dogmatycznym interesem w badaniu umownego prawa majątkowego małżeńskiego przeważa interes historyczny. Wszystkie typy, wzory umów maj. małż. były ustawowem pr. maj. małż. Z tego stanowiska ustępowały pod działaniem wpływów naturalnych, jak zmiana potrzeb ludności, zmiana opinii, ściślejsza komunikacja etc. Ostateczne przeniesienie ich do umownego pr. maj. małż. nastąpiło pod wpływem sztucznym, jakim bądź co bądź jest unifikacja dokonana przez kodeksy. Historia powstania kodeksów wykazuje, jakie motywy odgrywały rolę przy wyborze jednego systemu, jako ustawowego, a pozostawieniu innych, jako umownych. Jednak już to samo, że tych innych systemów nie wykluczono, że je pozostawiono, chociaż już tylko na stanowisku umownych ustrojów, dowodzi, że nie są one w zupełności pozbawione żywotności. Tem większy skutek tego przedstawia interes historyczny rozwój tych przemian. Książka ta nie postawiła sobie jednak tego zadania do spełnienia, a może tylko podnieść jego znaczenie. Z historycznego takiego rozwoju moglibyśmy wydobyć pewne wskazówki na przyszłość. Na jeden moment zwracam uwagę: w porównaniu z autokracją męża, jaką widzimy w wspólności majątkowej, jest mężowski zarząd i użytkowanie systemem liberalnym. Pierwsza stała się ustrojem umownym, drugi wyrósł na system ustawowy. Jak prędko jednak spadnie do roli umownej wobec systemu zupełnej separacji dóbr, który w Niemczech i w Polsce jest wedle po-

wszechnych przepisów jeszcze systemem umownym, ale wedle specjalnych przepisów jest tam już systemem ustawowym klasy prucującej?

III. Posag.

W pr. austr. ustawowym ustrojem majątkowym małżeńskim jest separacja dóbr, zarząd bowiem małżonka jest tylko domniemanym i może być każdej chwili przez żonę odwołanym. Jeżeli więc żona ma się przyczyniać stale do ponoszenia ciężarów małżeńskich, jeżeli mąż nie ma być narażonym na odebranie mu dochodów z majątku żony, stać się to może tylko przez umowę. Cel ten spełnia albo umowa o zarząd majątku żony albo umowa pod nazwą posag (Heiratsgut). O pierwszej mówiliśmy w poprzednim rozdziale, obecnie mówić mamy o posagu.

§ 1218 k. c. a. określa posag z punktu widzenia przedmiotu umowy i mówi, że jest nim ten majątek, który żona lub za nią osoba trzecia daje mężowi lub mu przyrzeka ad sustentanda onera matrimonii. Jest to więc oznaczenie przedmiotów, co do których żona ogranicza swoje prawa na rzecz męża, dając mu na nich zarząd i (z reguły) użytkowanie.

Inaczej jest w pr. pol. Tutaj ustawowym porządkiem majątkowym małżeńskim jest zarząd i użytkowanie przez męża majątku żony, tutaj więc nie potrzeba umowy, aby mężowi zapewnić dochody ad sustentanda onera matrimonii. Tutaj, przeciwnie, umowa potrzebną jest, jeżeli mąż niema mieć zarządu i użytkowania. Wskutek tego umowa zwana posagiem ma w pr. pol. inną treść, zarząd i użytkowanie nie wymaga umowy, bo mąż ma je z ustawy. a wskutek tego z systemu posagowego kodeksu Napoleona została tylko niepozbywalność i nieobciążalność nieruchomości i wierzytelności hipotecznych, stanowiących wedle umowy posag (art. 218 do 225 k. c. Kr. p.). W kodeksie Napoleona ustawowym ustrojem jest wspólność dóbr, tutaj więc system dotalny polega na dwóch elementach: 1^o daje mężowi zarząd i użytkowanie posagu; 2^o sprawia, że posag jest niepozbywalny. W pr. pol. pierwszy element odpada, bo mąż z ustawy ma zarząd i użytkowanie. Pozostaje więc tylko element drugi (prawu austriackiemu zupełnie nieznanym).

Wynikają z tego różnice między ustrojami austr. a polskim, jakkolwiek jednakową noszą nazwę.

Przed przedstawieniem tych różnic porozumieć się jednak wypada co do terminologii. W literaturze Królestwa Polskiego nosi ustawowy system majątkowy małżeński nazwę „wyłączności majątku“. Nazwa ta powstała, jako przeciwstawienie francuskiemu ustawowemu systemowi majątkowemu, polegającemu na wspólności majątkowej. Z tego punktu widzenia „wyłączność majątków“ jest właściwie wyłączeniem wspólności, l'exclusion de communauté. Wyrażenia tego nie akceptowałem, na szer-

szem bowiem tle porównawczem nie małuje ono należycie stanu rzeczy. Ustawowy system Królestwa Polskiego określiłem wskutek tego, jako zarząd i użytkowanie męża, będące co do istoty swej ograniczoną separacją dóbr. Druga uwaga terminologiczna jest następująca: Nazwy „posag“ używam tylko dla umowy. Jakkolwiek przeto cel ustawowego ustroju mająt. małż. w Królestwie Polskiem jest ten sam, jaki ma umowa o posag w Austrii, t. j. ulżenie w ciężarach małżeńskich, to jednak nie przychyliam się do określenia systemu ustawowego Królestwa nazwą „system posagowy bez rządu posagowego“ (przez rząd posagowy rozumiem tam niepozbywalność). bo taka nazwa, dobra przy rozważaniach polityczno-cywilistycznych, wprowadza jednak w dogmatycznym przedstawieniu prawa zamieszanie.

Po tej uwadze przystępujemy do wykazania różnic między ustrojami austriackim a polskim w kwestji posagu.

1. Tak w Austrii, jak w Kr. pol. mąż ma zarząd i użytkowanie, ale w Austrii ma je (z umowy o posag) tylko na tych przedmiotach, które stanowią posag, a w Kr. pol. mąż je (z ustawy) nie tylko na przedmiotach poddanych systemowi dotalnemu, ale na całym majątku żony, chyba, że umowa stanowi inaczej. Ta zaś umowa (mówimy o Kr. p.) może przedmioty poddane systemowi posagowemu usunąć z pod zarządu męża i jego użytkowania, może też cały majątek żony, tak posagowy, jak i inny, odłączyć (separacja dóbr) i zostawić pod zarządem i użytkowaniem żony. Jeżeli jednak małżonkowie (w Kr. p.) zawarli umowę, poddającą nieruchomości i wierzytelności hipoteczne porządkowi posagowemu, a o zarządzie i użytkowaniu nic nie wspomnieli, to mąż będzie nad nimi wykonywał zarząd i miał na nich użytkowanie.

2. Przedmiotem posagu mogą być wedle prawa austr. nieruchomości, nieruchomości, prawa, cały majątek. Natomiast w pr. pol. o poddaniu systemowi posagowemu może być tylko mowa co do nieruchomości i wierzytelności hipotecznych (art. 218, 222 k. c. Kr. p.).

3. Istota posagu w pr. austr. polega na tem, że mąż z przedmiotów, stanowiących posag, pobiera owoce i opędza niemi onera matrimonii. W pr. pol. porządek posagowy, z przyczyn, któreśmy przedstawili, polega wyłączenie na niepozbywalności i nieobciążalności przedmiotów, poddanych porządkowi posagowemu, przyczem temi przedmiotami mogą być tylko nieruchomości i wierzytelności hipoteczne. Należy wskutek tego wyjaśnić, czy niepozbywalność i nieobciążalność ustanowioną została w interesie ulgi w ciężarach małżeńskich? Z pewnością tak. Czy mąż zarządza i użytkuje te przedmioty, z ustawy lub z umowy, czy nie zarządzając niemi i nie użytkując ich, pobiera tylko od żony „przyczynek“ do ciężarów małżeńskich, zawsze jest w interesie małżeństwa nie pozbywanie i nie obciążanie dóbr posagowych. Waga niepozbywalności i nieobciążalności dóbr, poddanych sy-

stemowi posagowemu, nie polega na tem, że żona nie może ich pozbyć i obciążyć bez zezwolenia męża, bo to wynika już z obowiązującej w Kr. p. autoryzacji, ale polega na tem, że nawet za zezwoleniem męża dokonane pozbycie lub obciążenie jest wzruszalne (annulable) Wyrobimy sobie należyte pojęcie o tej instytucji, jeżeli nie będziemy jej oceniać ani z punktu widzenia interesu żony ani z punktu widzenia interesu męża, lecz z punktu widzenia interesu małżeństwa. W praktyce bowiem instytucja niezbywalności wystąpi na jaw, czysto, bez domieszki innej przyczyny nieważności, jeżeli sobie wyobrazimy przypadek, że żona sprzedała posagowe dobro nieruchome z autoryzacją męża. Mimo tego ma skargę o wzruszenie sprzedaży. Nie można sobie tego inaczej wytłómaczyć, jak interesem małżeństwa, jako takiego, na korzyść którego, dla jego utrzymania i dobrobytu, instytucja porządku posagowego wprowadzoną została. Tem samem tłumaczą się dwa wyjątki od zasady niepozbywalności i nieobciążalności (art. 220 i 221 k. c. Kr. p., między którymi jest ta różnica, że gdy idzie o dzieci żony, zezwolenie męża może być zastąpione przez zezwolenie sądu, a gdy idzie o dzieci wspólne, zezwolenie męża jest niezbędne). Tutaj interes małżeństwa (małżeństwo obejmuje i dzieci) nie jest naruszonym, możliwe są więc i wyjątki.

Wróćmy jednak do posagu wedle prawa austr. Tłem jego jest, jak tylokrotnie już mówiliśmy, separacja dóbr, a umowa, zwana posagiem, ma właśnie oznaczyć przedmioty, co do których żona jest ograniczona, właśnie wskutek tej umowy. Ze tłem jest separacja dóbr, dowodem jest, że żona pozostaje, mimo ustanowienia posagu, właścicielką nieruchomości tudzież tych praw i ruchomości, które mogą być używane z utrzymaniem substancji (§ 1228 k. c. a.) Mąż staje się właścicielem tylko gotówki i rzeczy zużywalnych (§ 1227 k. c. a.), co do wierzytelności zaś jest to *questio facti* (czy mu je cedowano, czy nie). Wreszcie mąż staje się właścicielem, gdy posag objął wyraźnie za pewną oznaczoną cenę (§ 1228 k. c. a.) Przypadki, w których mąż staje się właścicielem, tłumaczą się naturą rzeczy, na czem jednak polega ograniczenie żony w przypadkach, gdy żona pozostaje właścicielką rzeczy posagowych? Nasuwa się znowu obraz użytkowania, jednakże powtórzyć znowu musimy, iż idzie tu tylko o stosowanie przepisów o służebności użytkowania, a nie o istnienie rzeczywiste służebności użytkowania.

Mówiliśmy o przypadkach, w których mąż staje się wedle pr. austr., właścicielem rzeczy posagowych. Dla tem jaśniejszego postawienia kwestji, porównajmy te przypadki z przypadkami analogicznymi w pr. niem. Znane nam już są §§ 1376 i 1377 k. c. n. Pierwszy z nich mówi pod l. 1., że mąż może rozporządzać (verfügen) pieniędzmi i zużywalnemi rzeczami żony; drugi z tych paragrafów w ust. 2 nakazuje w pewnych przypadkach lokować gotówkę żony. Inaczej stawia rzecz § 1227 k. c. a. Jakkolwiek w pr. niem. mąż ma (z ustawy) na dcerach wniesionych „użytk-

kowanie“, jak je przyznaje pr. austr. (z ustawy) mężowi na posagu, to jednak co do pieniędzy postanowienia są różne: pr. niem. daje mu możliwość tylko „rozporządzenia“ (verfügen), gdy pr. austr. (§ 1227) daje mu na nich „zupelną własność“. Stąd możnaby wysnuwać wnioski, jak n. p. że wedle pr. austr. zakupione przez męża za posagowe pieniądze rzeczy są jego własnością, a że w pr. niem. ma zastosowanie § 1381 k. c. n. Prawo niem. przeto zajmuje to stanowisko, że mężowi, jako użytkowcy majątku żony, nie służy co do pieniędzy to prawo, które co do nich służy użytkowcy wogóle (§ 1067 k. c. n.), t. j. pr. niem. przyjmuje, że żona jest właścicielką pieniędzy, a mąż może tylko nimi rozporządzać. Pr. austr. jest konsekwentne i mężowi daje własność pieniędzy, jak każdemu użytkowcy (§ 510 k. c. a.). Kryterjum, który pogląd jest trafny, nie można szukać w § 1381 k. c. n., bo tu mamy do czynienia z quaestio facti, ale w tem, czy pieniądze żony odpowiadają wierzytelom męża i czy wchodzą do masy konkursowej męża, czy nie. Powiedzmy, że nie, to jak to w praktyce przeprowadzić (mówimy o gotówce)? Dlatego jeszcze raz powtarzamy, że cała ta historia ma teoretyczne znaczenie. Jeżeli mąż raz dostanie w ręce pieniądze żony, to ani § 1376 ani § 1378 k. c. n. nie uchroni żony przed lekkomyślnością, niesumiennością lub nieszczęściem męża (pr. austr. rezygnuje też z takiej ochrony, dając mężowi szczerze i otwarcie, „zupelną własność“ na pieniądzech). Radą jest tylko albo zawarcie takiej umowy maj. małż., któraby mężowi nie oddawała pieniędzy żony, albo też ustawowy rozdział dóbr.

Pozostaje nam jeszcze kilka kwestij do omówienia.

1. Jeżeli mąż zarządza i użytkuje majątek żony, mogą zajść sytuacje, w których żona może żądać od niego zabezpieczenia. Jak już wiemy, zarząd i użytkowanie męża może mieć miejsce:

- a) w pr. niem. z ustawy,
- b) w pr. pol. przy systemie posagowym, jeżeli przy ustanawianiu posagu nie wykluczono wyraźnie męża od zarządu i użytkowania,

c) w pr. austr. w razie ustanowienia posagu.

W powyższych przypadkach żona może żądać zabezpieczenia pod pewnemi zastrzeżeniami. Oczywiście mamy na myśli przypadki, gdy idzie o roszczenie żony o zabezpieczenie, płynące z ustawy. Jakież to są założenia?

W tym względzie pr. niem. (§ 1391 k. c. n.) zgadza się z pr. austr. (§ 1245 k. c. n.), a oba różnią się od pr. polskiego (art. 205 k. c. Kr. p.) Pr. austr. i pr. niem. zgodne są w tem, że dają ustawowe roszczenie o zabezpieczenie żonie w razie niebezpieczeństwa, gdy pr. polskie wedle art. 205 wymaga, aby mąż już stał się odpowiedzialnym, już był dłużnym żonie pewną sumę. Tak powinno być wedle litery prawa, tak brzmi art. 205 k. c. Kr. p. W praktyce dostaje żona hypotekę na podstawie

samego aktu małżeństwa. W pr. niem. i austr. nie jest koniecznym, aby szkoda już nastąpiła; wystarczy jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, które dowodzi się nawet szeregiem faktów. W pr. pol. jest inaczej, tj. inaczej jest wedle litery prawa. Pr. niem. zgadza się i w tem z pr. austr., że mówi o wszystkich środkach zabezpieczenia, gdy pr. pol. mówi tylko o hipotece.

Poza powyższemi przypadkami nie służy żonie z u s t a w y roszczenie o zabezpieczenie, a k. c. Kr. p. w art. 192 wyraźnie nawet mówi, że mąż nie jest obowiązany „stawić rękojmi“.

Całkiem inną rzeczą jest umowne zabezpieczenie. To zależy od stron, a tylko jeżeli idzie o małoletnich, może być umowa o obowiązku zabezpieczenia, ale to się dzieje nie wskutek tego, że idzie o n. p. posag, ale wskutek ogólnych przepisów o administrowaniu majątkiem małoletnich. To odróżnienie ustawowego i umownego roszczenia o zabezpieczenie jest koniecznym, jeżeli się chce zrozumieć § 1245 k. c. n. Ustawowe roszczenie daje ten paragraf tylko w razie niebezpieczeństwa, jeżeli zaś przy oddawaniu posagu ustanawiający żąda zabezpieczenia i nie otrzyma go, to na to jest jedyna rada: niech posagu nie oddaje. Jeżeli zaś opiekun z majątku małoletniego pupila ustanowił posag bez zabezpieczenia, to sąd opiekuńczy nie zatwierdzi tego, a wskutek tego ustanowienie posagu będzie nieważne.

2. Co się z posagiem dzieje w razie rozwiązania małżeństwa? Wedle pr. austr. wraca do żony względnie do jej dzieci. Na tem mogliśmy zakończyć odpowiedź — zazwyczaj dodaje się jeszcze (czyni to wyraźnie § 1229 k. c. a.), że, jeżeli trzecia osoba dobrowolnie ustanowiła posag, może rozporządzać także jego losami na wypadek rozwiązania małż., a więc n. p. postanowić, że posag do niej wraca. Intra parentheses trzeba wytknąć wyrażenie „dobrowolnie“. Dostało się do § 1224 k. c. a., bo kodeks austr. pomieszał, jak już powiedzieliśmy, posag z uposażeniem. Pierwszy jest umową i tylko-umową, a więc jest dawanym zawsze „dobrowolnie“. Drugie jest obowiązkiem ustawowym wobec córki resp. wnuczki, a więc nie jest „dobrowolnie danem“, a dalej jest danem córce, wzgl. wnuczce, od córki przeto wzgl. wnuczki już zależy, jak się w tej kwestji umowia. Wróćmy jednak do owej trzeciej osoby, która dobrowolnie dała posag i umówiła się, że w razie rozwiązania małż. posag do niej wróci. Nie można zarzucić tej redakcji, żeby nie była popularną. Prawniczo jednak rzecz biorąc, trzeba stwierdzić, że jest skróconem przedstawieniem operacji, które wówczas zachodzą:

- a) trzecia osoba daje pod tytułem darmym pewne wartości majątkowe kobiecie mającej wyjść za mąż,
- b) te wartości majątkowe polegają na pobieraniu owoców z pewnych rzeczy na pewien czas, n. p. na czas trwania małż. owej kobiety,
- c) z tych wartości majątkowych żona ustanawia posag.

Jasną jest rzeczą, że w takim stanie rzeczy prawo pobierania owoców gaśnie z chwilą rozwiązania małżeństwa obdarowanej kobiety, a wówczas trzeci staje się na nowo pełnym, nieograniczonym właścicielem etc.

Owo postanowienie przeto o powrocie posagu do trzeciego jest skróconem przedstawieniem powyższych operacji, a byłoby zbyt cieżkim, gdyby się ustaliła definicja posagu, jako umowy, przez którą żona i tylko żona daje mężowi pewne wartości majątkowe ad sustentanda onera matrimonii, gdyby więc z tą definicją nie mieszano sprawy, skąd żona ma te wartości majątkowe, czy je daje z swego majątku, czy pochodzą od wstępnych zobowiązanych do uposażenia, czy od trzeciego, który daje „dobrowolnie“. Kwestja, skąd żona otrzymała majątek, który daje, jako posag, powinna być dla pojęcia posagu obojętną.

W pr. pol. z chwilą rozwiązania małż. przestaje działać niepozbywalność i nieobciążalność przedmiotów poddanych rządowi posagowemu.

3. Dyskutowaną jest kwestja, czy posag jest darowizną. Znowu trzeba zrobić analizę operacji, które się tu najczęściej łączą. Jeżeli trzecia osoba daje żonie pewne wartości majątkowe, z których ona ustanawia posag, to czynność trzeciego może być darowizną, ale to na naturę posagu nie wpływa. Jeżeli żona czyni posag z uposażenia, to to ostatnie nie jest darowizną, ale ustawowym obowiązkiem, a posag, jak ma zawsze, tak ma także w tym przypadku, naturę familijno-prawną, której podciąganie pod pojęcie darowizny zgoła nie jest naukowo i praktycznie produktywnem.

4. Pozostaje nam jeszcze jedna kwestja do omówienia. W pr. austr. dyskutowaną jest kwestja, czy umowa zwana posagiem ma mieć — pod sankcją nieważności — formę aktu notarialnego także wówczas, gdy posag jest danym, czy tylko wówczas, gdy jest przyrzeczonym. Jeżeli przyzwyczajamy się do analizowania operacji prawniczych, które tutaj się wikłają, nie będziemy mieli wątpliwości. Jeżeli przyjmiemy, że posag ustanawia tylko żona, nie będziemy wątpić, że musi mieć zawsze formę aktu notarialnego, bo niema powodu, aby go traktować inaczej, jak jakikolwiek inny kontrakt, który zawierają małżonkowie, ustawa zaś austriacka z r. 1871 wymaga dla wszystkich umów, które zawierają małżonkowie, formy aktu notarialnego. Nie powinno nas jednak bałamucić owo dobrowolne ustanawianie „posagu“ przez trzeciego. Jest to darowizna na rzecz żony, którą ocenić należy wedle ogólnych prawideł, a więc gdy przychodzi do skutku przez danie, nie potrzebuje mieć formy aktu notarialnego. Zwyckle łączą się w jednym akcie te operacje, w ten sposób, że przy umowie jest obecną ta trzecia osoba i posag wręcza odrazu mężowi. Gdyby wówczas nie sporządzono aktu notarialnego, to skutek jest ten, że umowy zwanej posagiem niema, ale darowizna uczyniona przez trzecią osobę

(przez danie) jest ważną, trzecia osoba nie może z powodu nieważności umowy o posag żądać jej zwrotu. mąż zaś będzie z tego rzekomego posagu brał owoce i zarządzał nim, jako demniemany i prekaryjny zarządca.

W końcu nadmieniamy, że tak o uposażeniu (Ausstattung), jak także o wyprawie (Aussteuer) mówić będziemy w drugim tomie w rozdziale „Rodzice i dzieci“.

IV. Wspólność majątkowa małżeńska.

A. Prawo niemieckie.

W pr. niem. (tak samo w pr. austr. i pol., a inaczej w pr. franc.) wspólność maj. małż. może mieć miejsce tylko na podstawie umowy. Pr. niem. zna ogólną wspólność majątkową małżeńską (będziemy ją oznaczać literami OWM) i partykularną, częściową wspólność maj. małż., tej ostatniej zaś dwa rodzaje: wspólność majątkową dorobku (oznaczać ją będziemy literami DWM) i wspólność majątkową ruchomości (oznaczać ją będziemy literami RWM).

1. Ogólnikowe określenie.

Przez OWM rozumiemy taki system maj. małż., w którym majątki obojga małżonków tworzą jeden wspólny majątek (masę wspólną) i w którym zasadniczo jeden małżonek odpowiada za długi drugiego.

Przez DWM rozumiemy taki system maj. małż., w którym nic się nie zmienia w kwestji majątków małżonków, t. j. majątek męża pozostaje nadal jego majątkiem, a majątek żony pozostaje jej majątkiem, w którym jednak wszystko to (ale tylko to), co małżonkowie w czasie małż. nabywają przez swoją pracę lub jako owoce swych dóbr wniesionych, staje się wspólną masą. Wspólnie ponoszą też tylko ciężary małżeńskie i te wydatki, które są potrzebne dla osiągnięcia owego dorobku.

Przez RWM rozumiemy system maj. małż. różniący się od OWM tem, że nie należą do masy wspólnej nieruchomości, które małżonkowie mieli w czasie zawarcia małż. i które w ciągu małż. nabyli przez dziedziczenie, zapis, darowiznę lub jako uposażenie (Ausstattung). Odpowiedzialność za długi nie da się ująć w kilku słowach, przedstawimy ją później.

2. Poszczególne masy.

Powiedzieliśmy, że w razie OWM staje się wspólną masą tak ten majątek, który małżonkowie posiadają w czasie zawarcia małż., jak i ten, który nabywają w ciągu trwania małż. Możliwe są jednak odrębne majątki. Każdy z małżonków może mieć mianowicie: dobra wyłączone (Sondergut) i dobra zastrzeżone (Vorbehaltsgut). Wskutek tego w razie OWM może istnieć pięć majątków. Dobrami wyłączonymi (Sondergut) są dobra, których nie można przenieść przez czynność prawną n. p. fidei-

komisy, ubezpieczenie etc. Zarząd i użytkowanie tych dóbr jest w rękach męża, wedle zasad o ustawowym zarządzie i użytkowaniu, ale dochody przypadają masie wspólnej. Natomiast każdy małżonek wykonywa zarząd i bierze dla siebie owoce z swoich dóbr zastrzeżonych. Dobra zastrzeżone w razie OWM różnią się tem od dóbr zastrzeżonych w razie ustawowego zarządu i użytkowania, że do dóbr zastrzeżonych przy OWM należą tylko te dobra, które umową małż. zostały za takie uznane i dobra nabyte przez małżonka wedle §§ 1369 i 1370 k. c. n., a nie należą dobra, które wedle §§ 1366 i 1367 k. c. n. tworzą dobra zastrzeżone w razie ustawowego zarządu i użytkowania.

W razie DWM może istnieć cztery majątki, a mianowicie masa wspólna, majątki wyłączone męża i żony, które się tutaj nazywają dobrami wniesionemi (eingebrachtes Gut) i dobra zastrzeżone żony. W razie przeto DWM nie są dozwolone dobra zastrzeżone męża. Co stanowi dobra wniesione małżonka? Pomióż masę wspólną DWM stanowi tylko dorobek, przeto majątek sam, który każdy małżonek posiadał w czasie zawarcia małż., nie należy do masy wspólnej, ale tworzy właśnie dobra wniesione małżonka, jak tworzy je także wszystko to, co małżonek w ciągu trwania małż. nabywa mortis causa, tudzież jako darowiznę lub uposażenie. Wreszcie dobrami wniesionemi są dobra, których nie można przenieść. P. także § 1524 ust. 1 i § 1525 ust. 2 k. c. n. Dobrami wniesionemi tak swemi, jak żony, zarządza mąż, pierwszymi, jako właściciel, drugimi wedle zasad o ustawowym zarządzie i użytkowaniu, lecz dochody tak z jednych, jak z drugich, należą do masy wspólnej. Natomiast zarząd i owoce dóbr zastrzeżonych żony w razie DWM (mąż ich mieć nie może) należą do żony. Dobra zastrzeżone żony w razie DWM są co do swej proveniencji tak samo określone, jak w razie OWM.

W razie RWM możliwe są cztery masy, jak w razie DWM (mąż nie może mieć także i tutaj dóbr zastrzeżonych).

Dobrami wniesionemi małżonka (tak męża, jak żony) są przedewszystkiem nieruchomości, które małżonek miał przy zawarciu małż. lub które w ciągu małż. nabył mortis causa, tudzież jako darowiznę lub uposażenie. Należą dalej do dóbr wniesionych rzeczy, których nie można przenieść, tudzież rzeczy przez umowę małż. lub przez darowującego za dobra wniesione uznane, wreszcie rzeczy wedle §§ 1524 i 1554 k. c. n. Dobrami wniesionemi zarządza mąż, jak w razie DWM i tak samo też owoce przypadają masie wspólnej. Dobra zastrzeżone żony (mąż ich mieć nie może) są tak samo urządzone, jak w razie OWM.

3. Zarząd masy wspólnej.

W razie OWM zarząd wykonywa mąż, ale jest o wiele swobodniejszym, szerszą ma władzę, niż w razie ustawowego zarządu i użytkowania. Można właściwie powiedzieć, że mąż jest prawie nieograniczonym w zarządzie i użytkowaniu masy

wspólnej. Z wyjątkiem przypadków wymienionych w §§ 1444 i 1445 k. c. n., mąż nie jest krepowany. W szczególności zarządza nie tylko bieżącymi sprawami, ale może także rozporządzać (verfügen) rzeczami wspólnymi, prowadzić spory, odpowiadać wobec żony tylko za zamiar wyrządzenia jej szkody, ale zresztą nie odpowiada za zmniejszenie masy wspólnej (§ 1456 k. c. n.). W takim stanie rzeczy sytuacja żony jest podległa dużym ograniczeniom. Mimo tego ma t. zw. Schlüsselgewalt i prawa wedle §§ 1453, 1454, 1449, 1452, 1450, 1451 k. c. n.

Takie samo stanowisko wobec masy wspólnej ma mąż w razie DWM i w razie RWM.

Dla jaśniejszego postawienia sprawy, przedstawimy, jak się rzecz ma n. p. w razie DWM. Mąż zarządza tutaj trzema majątkami: a) swojemi dobrami wniesionemi, jako właściciel, b) masą wspólną wedle wyżej przedstawionych zasad, a więc bardzo swobodnie, wreszcie c) dobrami wniesionemi żony wedle zasad o ustawowym zarządzie i użytkowaniu.

4. Odpowiedzialność masy wspólnej za długi małżonków.

Powiedzieliśmy, że istotną cechą OWM jest to, że złane w jedną masę majątki obojga małżonków odpowiadają za długi także ich obojga. Ma to miejsce bez wyjątku co do zobowiązań obojgu małżonków, które powstały przed nastaniem OWM i co do zobowiązań męża, bez względu na to, czy powstały przed, czy po nastaniu OWM. Natomiast co do zobowiązań żony, to istnieją wyjątki określone w §§ 1460 do 1462 k. c. n. Wedle tych przepisów masa wspólna

a) nie odpowiada

a) za długi żony powstałe w czasie istnienia OWM, zaciągnięte bez zezwolenia męża, gdy ono było potrzebne (por. § 1412 k. c. n.),

β) za zobowiązania określone w §§ 1461 i 1462 k. c. n.;

b) odpowiada natomiast za wszystkie inne długi, w szczególności za długi zaciągnięte bez zezwolenia męża, jeżeli mimo tego są skuteczne wobec masy wspólnej, p. §§ 1449—1454 k. c. n.

Inaczej unormowaną jest odpowiedzialność wspólnej masy w razie DWM. Jednakową jest odpowiedzialność masy wspólnej za długi męża, bo za nie odpowiada masa wspólna bez wyjątku, t. j. odpowiada za wszystkie, bez względu, czy powstały przed nastaniem wspólności, czy po niej. Natomiast różnica jest co do długów żony. W razie OWM masa wspólna odpowiada za wszystkie długi żony, które powstały przed nastaniem OWM, z wyjątkiem tych, które żona zaciągnęła bez wymaganego zezwolenia męża. W szczególności masa wspólna OWM odpowiada za zobowiązania żony wynikające z jej niedozwolonej czynności. Inaczej jest przy DWM. Tutaj masa wspólna odpowiada tylko wyjątkowo za długi żony. Wyjątki te wymienione są w §§ 1531 do 1534, a wynika z nich, że masa wspólna DWM nie odpo-

wiada za zobowiązania żony, które powstały przed nastaniem DWM i nie odpowiada za zobowiązania żony wynikające z jej niedozwolonych czynności.

Do RWM stosują się wogólności zasady obowiązujące w sprawie OWM. Zasadniczo przeto masa wspólna RWM odpowiada tak za wszystkie długi męża, jak i za wszystkie długi żony. Jednakowoż isinieję tutaj wyjątki. Jedne znamy już, bo zachodzą one także w razie OWM, a określone są w §§ 1460 do 1462. Drugie wynikają z §§ 1531 do 1534, bo te ostatnie paragrafy należy stosować wedle postanowienia zawartego w ust. 2, § 1530 także i do dóbr wniesionych do RWM.

5. Odpowiedzialność męża za długi.

W razie OWM odpowiada mąż osobiście za długi, które powstały w jego osobie; odpowiada obok masy wspólnej. Oprócz tego jednak odpowiada mąż solidarnie za te długi żony, które są długami masy wspólnej (patrz wyżej pod 4). Ta ostatnia odpowiedzialność kończy się z chwilą ukończenia OWM z wyjątkiem § 1459 ust. 2.

W razie DWM mąż odpowiada solidarnie ze wspólną masą za te zobowiązania żony, które są zobowiązaniami masy wspólnej (patrz wyżej), oprócz tego zaś odpowiedzialność męża w stosunku małżonków do siebie unormowaną jest w §§ 1535—1537.

W razie RWM mąż również odpowiada osobiście solidarnie z masą wspólną za te zobowiązania żony, które są zobowiązaniami masy wspólnej.

6. Odpowiedzialność żony za długi.

W żadnej formie wspólności majątkowej małżeńskiej nie odpowiada żona za długi męża. Żona odpowiada osobiście tylko za te długi, które powstały w jej osobie. Wyjątek w § 1480.

7. Egzekucja i konkurs.

Do egzekucji na masie wspólnej wymagany jest i wystarczy w razie OWM wyrok zapadły przeciw mężowi. Konkursu do masy wspólnej niema. Niewypłacalność męża pociąga konkurs wszystkich majątków męża, a więc i masy wspólnej, a żona niema żadnych przywilejów, żadnych odrębnych praw. Natomiast konkurs żony nie dotyka masy wspólnej. Tak samo jest przy DWM i RWM. P. §§ 740, 741, 743, 774, 860 niem. proc. cyw. tudzież § 2 niem. ord. konk.

Dopiero na podstawie wszystkich powyższych postanowień i § 1442 k. c. n. możemy wyrobić sobie obraz konstrukcji prawniczej, którą redaktorowie dla wspólności majątkowej małż. przyjęli.

8. Konstrukcja wspólności maj. w k. n.

Redaktorowie k. n. odrzucili teorię wyłącznej własności męża na wspólnym majątku, przyznającej żonie tylko przyszłe prawa, a przyjęli konstrukcję współwłasności do niepodzielnej ręki. Tą konstrukcją tłumaczy się z jednej strony odpowiedzialność masy wspólnej za długi obojga małżonków (w jakich roz-

miarach, poznaliśmy wyżej), z drugiej zaś strony tłumaczą się nią postanowienia zawarte w § 1442 k. c. n. Wedle tego paragrafu małżonek nie może a) rozporządzać swoim udziałem w masie wspólnej, b) nie może rozporządzać udziałem na poszczególnych przedmiotach należących do masy wspólnej, c) nie może żądać podziału masy wspólnej. Postanowienia te wykazują, jaka jest różnica między zwykłą współwłasnością a współwłasnością do niepodzielnej ręki. O tej ostatniej można powiedzieć, że nie jest własnością wedle ułamków (por. § 719 z jednej, § 741 k. c. n. z drugiej strony). Z wyjątkiem rozporządzenia ostatniej woli żadne inne rozporządzenie udziałem w masie wspólnej nie jest skuteczne. Do chwili likwidacji wspólności majątkowej masa wspólna jest niepodzielną tudzież czynnie i biernie funkcjonuje „do niepodzielnej ręki“. Wspólność majątkowa winna też być wpisana w księgach gruntowych. Zaniedbanie tego wpisu na nieruchomości żony daje nabywcy tylko ochronę z § 1435 k. c. n.

Powyzsza konstrukcja jest tłem wszystkich rodzajów wspólności majątkowej małżeńskiej, p. §§ 1497 ust. 1, 1519 ust. 2, 1549, p. także § 1471 ust. 2.

9. Zakończenie wspólności majątkowej.

OWM i RWM kończą się z jednakowych powodów, natomiast DWM ma niektóre specjalne powody zgaśnięcia.

OWM i RWM kończy się z chwilą rozwiązania małż.

- a) przez śmierć,
- b) przez rozwód (patrz rozdział siódmy tej książki),
- c) przez wejście w nowe związki małżeńskie po uznaniu za zmarłego drugiego małżonka.

W czasie trwania małż. kończy się OWM i RWM:

- d) przez zawarcie nowego kontraktu małżeńskiego (Ehevertrag), który znosi wspólność majątkową.
- e) przez wyrok na podstawie skargi jednego z małżonków o zniesienie WM, p. §§ 1468, 1469 (co do DWM p. § 1542 k. c. n.).

Natomiast nie gaśnie OWM i RWM przez

- a) przez konkurs jednego z małżonków,
- b) przez uznanie za zmarłego jednego z małżonków.

O losach WM w razie zniesienia wspólności małżeńskiej (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft § 1575) i w razie unieważnienia małż., p. rozdział siódmy tej książki.

Różnice co do DWM są te, że DWM kończy się także z chwilą uznania za zmarłego jednego małżonka i przez konkurs męża (nie żony).

10. Okres przejściowy: od zakończenia wspólności maj. do likwidacji.

W okresie przejściowym, od ukończenia wspólności maj. aż do jej likwidacji, wspólność maj., jako wspólność do niepodzielnej ręki, trwa. Jednakże zarząd masą wspólną, który

w czasie trwania wspóln. maj. służy mężowi, wykonywują w tym czasie oboje małżonkowie (§ 1471). Mimo „zamknięcia“ masy wspólnej, przez zakończenie wspóln. maj., kodeks utrzymuje surrogację, ze względu na wierzycieli w dobrej wierze, § 1473 k. c. n. Tak samo ma się rzecz przy DWM i RWM.

11. Likwidacja.

Z chwilą zakończenia wsp. maj. każdy małżonek ma skargę o przeprowadzenie likwidacji, § 1471 ust. 1 k. c. n.

Jak likwidacja się dokonywa, decyduje w pierwszej linii umowa. Gdyby jej nie zawarto, odbywa się wedle §§ 1475 do 1481 k. c. n. Zasady likwidacji są następujące:

a) najpierw pokrywa się zobowiązania masy wspólnej,
b) pozostałość dzieli się między małżonków względnie dziedziców;

c) jeżeli podział nastąpił, a zobowiązanie masy wspólnej nie zostało zaspokojone, to każdy małżonek odpowiada za nie solidarnie, osobiście. Wyjątek jest w § 1480;

d) Każdy małżonek może żądać wydania sobie rzeczy osobistego użytku, ale za zwrotem wartości.

Tak samo ma się rzecz przy DWM i RWM. p. § 1546 k. c. n.

12. Kontynuacja wspólności.

Mówiliśmy, że śmierć wywołuje zakończenie wsp. maj. Wyjątek zachodzi przy OWM i RWM (przy RWM tylko pod warunkiem § 1557), jeżeli ma miejsce tak zw. kontynuowanie wspólności majątkowej (fortgesetzte Gütergemeinschaft).

Przy DWM kontynuacja wspólności maj. niema miejsca. Jeżeli jeden z małżonków, żyjących w wspólności majątkowej umiera, i pozostawia wspólnych z pozostałym przy życiu potomków, to w miejsce dotychczasowej wspólności maj. wstępuje tak zw. kontynuowana wspólność maj., w której pozostały przy życiu małżonek zajmuje stanowisko męża dawnej wspólności maj., a wspólni potomkowie stanowisko żony. Kontynuowana wspólność maj. może być wykluczona:

a) przez kontrakt małż.,
b) przez jednostronne rozporządzenie na przypadek śmierci, ale tylko wówczas,
c) jeżeli wykluczający małżonek jest uprawniony do odebrania zachowku pozostawionemu przy życiu,

β) jeżeli może skarżyć o zniesienie wspólności maj.

Pozostały przy życiu małżonek może także odrzucić kontynuację wspólności maj. pod temi założeniami i w tej formie, jak może zrzec się spadku.

Gdy jednak kontynuowana wspólność maj. (znaczyć będziemy literami KWM) zajdzie, przepisy §§ 1373 do 1518 k. c. n. nie mogą być przez umowę ani zmienione ani zniesione.

Gdy małżonek umrze, to jego majątek, poza udziałem w masie wspólnej, jest spadkiem dziedzicznym w zwykły spo-

sób. Natomiast jego udział w masie wspólnej nie jest przedmiotem spadku, bo właśnie wspólność trwa dalej.

Ta KWM różni się od dotychczasowej, w której miejsce wstąpiła, w następujących punktach:

1. Do masy wspólnej KWM nie należy to, co potomkowie w chwili zaistnienia KWM mają, i to, co w czasie trwania KWM nabyli.

2. Masa wspólna, KWM nie ponosi onera matrimonii.

3. Pozostały przy życiu małżonek ma przy KWM co do zarządu, rozporządzania, posiadania masy wspólnej szersze prawa, niż mąż w dawnej wspóln. maj., bo od zezwolenia wspólnych potomków (wszystkich), zależnym jest tylko co do substancji masy wspólnej. W szczególności masa wspólna nie ponosi ciężarów: alimentów, wyprawy i uposażenia.

4. Zobowiązania potomków mających udział nie obciążają masy wspólnej KWM.

5. Potomkowie nie odpowiadają osobiście.

Udział potomka nie wchodzi w jego spadek; w miejsce zmarłego potomka wchodzi w KWM jego potomkowie.

Potomkami uprawnionymi do udziału, są nie tylko ślubne wspólne dzieci i wnuki, ale i nieślubne dzieci zmarłej ślubnej córki, dzieci legitymowane, adoptowane i ich potomkowie, (przy adoptowanych, jeżeli adopcja i na nich się rozciąga).

Powiedzieliśmy, że do KWM wchodzi tylko wspólni potomkowie. Jeżeli zmarły małżonek pozostawił także jednostronnych potomków, to należy ich za to, że nie wchodzi do KWM, odszkodować, co następuje na koszt masy wspólnej KWM. P. § 1483 k. c. n.

Przedstawiony obraz KWM poucza, że celem tej instytucji jest

1. zapewnienie pozostałemu przy życiu małżonkowi dotychczasowego stanowiska majątkowego,

2. zapobieżenie rozdrobieniu własności nieruchomości.

B) Prawo polskie i austriackie.

Omówimy zaraz szczegółowo instytucję wspólności majątkowej w pr. austr., chcemy jednak odrazu wskazać jej zasadniczą różnicę od wspóln. maj. prawa niemieckiego. W prawie austr. wspólność majątkowa nie jest wspólnością do niepodzielnej ręki, a więc jest współwłasnością wedle ułamków. Z tego wynika, że małżonek może swój udział sprzedać, a nabywca może żądać podziału wspólnej rzeczy. Druga zasadnicza różnica polega na tem, że mąż wykonywa zarząd na masie wspólnej tylko dopóty, dopóki żona się nie sprzeciwi. Gdy żona się sprzeciwi, zarząd wykonywują małżonkowie wspólnie. W pr. niem. zarząd wykonywa, jak wiemy, mąż i to daleko autokratyczniej, niż przy ustawowym zarządzie i użytkowaniu.

Takie samo, zasadniczo, stanowisko zajmuje k. c. Kr. p. Obcą mu jest wspólność majątkowa do niepodzielnej ręki i nie zawiera specjalnych przepisów o zarządzie masą wspólną. Oba te prawa nie znają także kontynuowanej wspóln. maj.

Takie są zasadnicze różnice. Przystąpimy do szczegółów. Ale przy tem wszystkim winniśmy ciągle pamiętać, że kodeksy dają tylko typy, wzory umów i że swoboda kontraktowania może różnicę pomniejszyć lub rozszerzyć.

Powiedzieliśmy, że kodeksy dają tylko typy, tylko wzory umów o wspólność majątkową. Strony mogą się umówić inaczej. Dlatego odróżnienie trzech rodzajów wspólności majątkowej, jakie przyjmuje k. n., nie ma tego znaczenia, abyśmy mieli stwierdzić, że k. a. lub k. c. Kr. p. nie zna ich, lub że jest na odwrót: że k. n. nie zna pewnych typów znanych prawu pol. lub austr. Te rzeczy nie nadają się więc do porównania. Tak samo ma się rzecz z zarządem masy wspólnej. I tutaj umowa może wprowadzić to, czego strony chcą. Na pytanie przeto, czy pr. austr. lub polskie zna wspólność majątkową małż., którą k. n. nazywa majątkową wspólnością ruchomości, odpowiadam: wedle pr. austr. i pol. jest taka spółka możliwa, bo strony mogą się umówić o wsp. i określić ją identycznie tak, jak ją określa k. n. Tak samo ma się rzecz co do innych rodzajów wspólności.

Cóż ma więc znaczenie? Znaczenie mają przepisy o wsp. maj. dlatego i o tyle, że i o ile wchodzą w zastosowanie, gdy strony danej materji albo zupełnie nie uregulowały umownie, ale uregulowały ją częściowo. Wedle pr. niem. więc, jeżeli strony w umowie małżeńskiej powiedziały, że przyjmują ogólną wspólność maj., i nie dały żadnych dalszych postanowień, to oznacza to, że strony umówiły się o wspólność maj., która

1. obejmuje majątek tak posiadany przez małżonków w chwili zawarcia małż., jak i przyszły,

2. która jest wspólnością do niepodzielnej ręki,

1. która daje mężowi niemal autokratyczny zarząd itd.

Otóż jakże jest w takim przypadku w pr. austr. i pol., jak się rzecz ma, gdy strony użyły tylko pewnej nazwy lub dały pewne postanowienia, ale niezupełne? W odpowiedziach na te pytania tkwi znaczenie przepisów o wsp. maj. i w odpowiedziach też tych trzeba szukać różnicy między prawami, które badamy, t. j. między pr. niem., prawem austr. i prawem polskiem. Zobaczmy zaraz, o ile bardziej blizkie sobie są tutaj prawo polskie i austr., niż pr. niem.

Jakież są więc te postanowienia kodeksów na przypadek „niedomówień“ małżonków w umowie?

W pr. niem. znam następujące:

1. Małżonkowie umówili się w kontrakcie, że wykluczają ustawowy system maj. małż., ale nie powiedzieli, jaki chcą za-

prowadzić. Wówczas wedle § 1436 k. c. n. ma miejsce rozdział dóbr (Gütertrennung).

2. Małżonkowie mogą wykluczyć ustawowy ustrój i wprowadzić inny przez proste nazwanie go. Wówczas wchodzi w zastosowanie wszystkie przepisy ustawowe, normujące ten nazwany przez małżonków ustrój.

3. Małżonkowie mogą nazwać umówiony przez siebie ustrój i ustanowić pewne normy, które mają ten ustrój urządzić. Wówczas w punktach nie urządzonych przez umowę obowiązuje ustawa, n. p. strony ułożyły się, że między nimi ma zachodzić rozdział dóbr (Gütertrennung), ale zarazem umówiły się, że żona do pewnych czynności będzie potrzebować zezwolenia męża. Wówczas oprócz tych przypadków, o których decydować będzie umowa, zresztą obowiązywać będą przepisy o rozdziale dóbr.

4. Umowa (nowa) może dotychczasowy umowny stan maj. znieść i

- α) przywrócić stan ustawowy,
- β) ustanowić nowy stan umowny,
- γ) nic nie powiedzieć.

W tym ostatnim przypadku, gdy nowa umowa zniosła dotychczas istniejące OWM, DWM lub RWM, ma miejsce rozdział dóbr, § 1436.

W prawie pol. przypadek pod 1. należałoby tak samo rozstrzygnąć, w pr. austr. jest on nie do pomyślenia.

Przypadek pod 4. jest w pr. pol. niemożliwy, bo prawo pol. zna tylko umowę przedślubną, później nie może być ona zmienioną. W pr. austr. może być zmienioną, ale postanowienie § 1436 nie jest w pr. austr. potrzebnem, bo w niem separacja dóbr jest systemem ustawowym.

Takie są odpowiedzi kodeksu niem. na niedomówienie małżonków w umowie. Otóż pr. pol. i austr. zna inne jeszcze odpowiedzi na niedomówienia małżonków w umowie i w tych innych właśnie odpowiedziach szukać należy różnicy między temi prawami a pr. niem.

Pr. austr. uważa umowę majątkową małżeńską, ustanawiającą małżeńską wspólność majątkową, za umowę spółki (§ 1233) i stosuje do niej §§ 1177 i 1178 k. c. a. Wedle tych paragrafów

1. jeżeli strony objęły umową „cały“ majątek, to należy przez to określenie rozumieć tylko majątek „teraźniejszy“. Jeżeli więc strony chcą spółką objąć także majątek „przyszły“, to muszą to wyraźnie powiedzieć. Jest to pierwsza prawu niemieckiemu nieznaną odpowiedź.

2. Jeżeli strony objęły umową tak teraźniejszy („auch das künftige Vermögen“ w § 1177), jak i przyszły majątek, to przez ten przyszły majątek należy rozumieć tylko majątek zarobiony (erworbenes), a nie odziedziczony (ererbtes). Jeżeli więc strony

chciały spółką objąć i odziedziczony majątek, to powinny to były wyraźnie powiedzieć. Jest to druga odpowiedź prawu niem. nieznaną.

W pr. austr. mogą więc być umówione wspólności majątkowe o treści identycznej n. p. z niem. DWM, chociaż pr. austr. tej nazwy nie zna i specjalnych przepisów dla niej nie wydaje. W pr. austr. mogą być n. p. nieruchomości wyjęte z wspóln. maj. (bo wogóle mogą być ustanowione dobra zastrzeżone) i przez to może być utworzoną wsp. maj. identyczna z niem. RWM, ale pr. austr. tej nazwy nie zna i specjalnych przepisów dla takiej wspólności nie wydaje. Pr. austr. zajmując się tem, co ma nastąpić w razie użycia takiego a takiego „nazwania“, jaką ma być odpowiedź na niedomówienie stron.

3. W § 1234 k. c. n. mamy trzecią odpowiedź nieznaną prawu niemieckiemu. Małżonkowie muszą wyraźnie powiedzieć, że umawiają się o wspólność majątkową nie tylko na przypadek śmierci, ale i na czas trwania małż., gdyż takie niedomówienie tłumaczy się, że wspólność jest umówioną tylko na przypadek śmierci. W pr. niem. jest oczywiście odwrotnie.

Jakże jest w pr. pol.?

1. W przypadku pierwszym daje k. c. Kr. p. w art. 226 odpowiedź wprost przeciwną: użycie nazwy „wspólność maj.“ tworzy wspólną masę tak z terażniejszego, jak i przyszłego maj. Gdyby miało być inaczej, trzeba by wyrażnej odmowy.

2. Drugiego przypadku nie zna pr. pol., co jest konsekwencją stanowiska pod 1.

3. Natomiast w trzecim przypadku pr. pol. jest zgodne z pr. austr. Wedle art. 227 brak wyraźnego postanowienia sprawia, że przez użycie nazwy „wspólność majątkowa“ tworzy się tylko wspólność na przypadek śmierci.

Stwierdziwszy, że pr. pol. i austr. mają więcej odpowiedzi na niedomówienia małżonków, niż pr. niem., stwierdzamy zarazem, że w tem tkwi między nimi różnica. Czy istnieje tych różnic więcej? Oczywiście, różnic będzie cały szereg, ale nie będą one wynikały z różnicy instytucji wspólności maj. małż. n. p. niemieckiej a austr. lub polskiej, ale w różnicy całych systemów prawnych: niem., austr. i pol. Rozumieny to w następujący sposób:

Wyobraźmy sobie, że umowa maj. małż., zawarta wedle pr. austr., tak została spisana, iż utworzono wspólność majątkową małż. o zupełnie takiej masie wspólnej, jaką określa pr. niem. dla OWM, i ułożono się, że zarząd wykonywać będzie małż. Cóż z tego? Różnica zostanie zawsze, bo wspólność maj. małż. jest wedle pr. niem. wspólnością do niepodzielnej ręki, a pr. austr. takiej wspólności nie zna. W owej wspólności przeto, zawartej wedle pr. austr., małżonek będzie współwłaścicielem zwyczajnym wedle ułamku, taka zaś współwłasność niema tej ochrony, którą daje § 1442 i § 1435 k. c. n., aby ją utrzymać

niepodzielna aż do ukończenia wspóln. małż. Umowa nic na to nie poradzi, bo tu idzie o trzeciego, którego taka umowa nie obchodzi. Wedle prawa austr. przeto, jeżeli małżonek sprzeda swój udział trzeciej osobie, a ta zażąda podziału, to na to niema rady. Jest tak jednak nie dlatego, że pr. austr. w ten sposób kształtuje wspóln. maj. małż., ale dlatego, że na innych fundamentach ją opiera, że nie zna instytucji współwłasności do niepodzielnej ręki.

Weźmy inny przykład: małżonkowie zawarli umowę małż., przez którą utworzyli OWM, ale z majątków swych utworzyli dobra zastrzeżone, każde dla siebie. Wedle mego zdania *de facto* stworzyli przez to na czas trwania małżeństwa rozdział dóbr (*Gütertrennung*), ale na przypadek śmierci stworzyli taką wspólność majątkową, jaka jest zwyczajną (t. j. gdy niema innej umowy) w pr. austr., to jest wspóln. maj. *mortis causa*. Czy jednak będzie tak rzeczywiście? W owej umowie, zawartej wedle pr. niem., stworzono stan, w którym w razie n. p. śmierci jednego małżonka nie będzie nic do podziału, bo dobra zastrzeżone nie wchodzi do masy wspólnej i właściwie, mimo nazwy „wspóln. maj. małż.“, użytej do określenia stanu majątkowego, będzie miał zastosowanie § 1436 k. c. n., t. j. rozdział dóbr, także i w razie śmierci jednego małżonka. Dzieje się tak jednak nie dlatego, że takie są przepisy o wspólności maj. małż., ale że takie są przepisy o ustawowym prawie maj. małż., to jest dlatego, że małżonkowie, chcąc uniknąć ustawowego zarządu i użytkowania męża, robić to mogą tylko przez umowę. Chcieli z tem wykluczeniem męzowskiego zarządu w czasie trwania małż. połączyć podział po połowie swych majątków w razie śmierci. Wybrali złą konstrukcję, jakęśmy widzieli. Mogą to jednak osiągnąć w innej konstrukcji np. w kontrakcie dziedziczenia etc.

Weźmy trzeci przykład:

Małżonkowie zawarli umowę o wspólność maj. wedle k. c. Kr. p., nie określając jej bliżej żadnem postanowieniem. Wiemy, że wówczas wedle art. 227 rozumieć należy tę wspólność tylko jako wspólność na przypadek śmierci. Tak samo jest wedle pr. austr., p. § 1234 k. c. a. Czy jednak w czasie trwania małż. stosunki będą jednakie wedle pierwszej i drugiej umowy? Bynajmniej, ale to nie dlatego, żeby te różnice były statuowane różnymi przepisami o wspólności maj. w odnośnych kodeksach, ale że one wypływają z różnic całości odnośnych praw. Przypatrzmy się tym stosunkom. W wspóln. maj. na przypadek śmierci wedle pr. austr. mąż zarządza majątkiem żony, dopóki się nie sprzeciwi, gdy zaś się sprzeciwi, żona wykonywa sama zarząd, a jest ograniczoną tylko o tyle, o ile wspólność maj. została wpisana do ksiąg gruntowych. Jakże jest w takim samym przypadku wedle pr. pol.? W czasie trwania małż. mąż ma ustawowy zarząd i użytkowanie, a więc ma go nie preka-

cyjnie, jak w pr. austr., wskutek czego żona jest wogóle o wiele więcej ograniczoną, niż w pr. austr., bez względu, czy wspólność była wpisana do ksiąg hyp. Ale to nie wyczerpywa sprawy. Co się dzieje z majątkiem męża? W obydwóch prawach może nim rozporządzać mąż bez żadnych ograniczeń, chyba że wsp. maj. była wpisana do ks. gr.

Weźmy czwarty przykład:

Małżonkowie umówili wspólność majątkową wedle pr. pol. tak na przypadek śmierci, jak i na czas trwania małż., co wyraźnie powiedzieli. Jaka będzie różnica między tą umową a identyczną umową zawartą wedle prawa austr.? Wedle tego ostatniego w czasie trwania małżeństwa

a) mąż będzie zarządzał całym majątkiem i swoim i żony, dopóki żona się nie sprzeciwi,

b) jeżeli żona się sprzeciwi, zarząd będzie wykonywany wedle zasad kontraktu spółki, względnie zasad współwłasności, a więc wspólnie przez oboje małż.,

c) w obydwóch przypadkach wystąpią ograniczenia w razie wpisu wspólności do ks. gr. odnośnie do obydwóch małżonków. Swoim majątkiem może mąż swobodnie rozporządzać, chyba że wsp. maj. jest wpisana. Wedle pr. pol. przedstawi się rzecz w następujący sposób:

a) mąż będzie miał ustawowy zarząd i użytkowanie majątku żony,

b) oboje małżonkowie będą skrępowani w razie wpisu wspóln. do ks. gr. art. 228 k. c. Kr. p.

Swoim majątkiem może mąż rozporządzać z ograniczeniem tylko w razie wpisu wedle art. 228 k. c. Kr. p.

Weźmy piąty przykład:

Strony umówiły się o wsp. maj. małż. na przypadek śmierci. Oznacza to, że w razie śmierci jednego małżonka następuje podział majątków obydwóch małżonków podlegających wspólności, w chwili śmierci istniejących; jedną część bierze pozostały przy życiu małżonek, druga stanowi spadek po zmarłym. Czy ta część musi być połową? Jeżeli strony nic nie powiedziały: tak. Ale małżonkowie mogą się inaczej umówić, n. p. że pozostały przy życiu małżonek weźmie trzy czwarte części. Swoboda umawiania przemawia z pewnością za tem, a jeżeliby to okazało się w jakimś prawie niemożliwym, to nie ze względu na przepisy o instytucji wsp. maj. małż., ale inne n. p. o zachowku etc. Te inne przepisy mogą sprawić, że umowę tę, zarządzającą taki nierówny podział, będziemy prawniczo konstruować jako połączenie umowy maj. małż. i kontraktu dziedziczenia i t. p. Ale w zasadzie, o ile idzie o wsp. maj., gdy ona jest tylko umowną, nie wolno takiej możliwości odrzucać.

Moglibyśmy te przykłady mnożyć. Powyższe jednak wystarczy. Wskazują one metodę myślenia przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków. Weźmy jeszcze jeden, ostatni: jak

unormowaną jest odpowiedzialność za zobowiązania małżonków w razie istnienia wspólności maj. małż. tak *mortis causa*, jak i na czas trwania małż. ? Odpowiedzi szukać należy:

1) w pr. pol. w rozdziale o ustawowym zarządzie i użytkowaniu męża, w art. 227 i 230 k. c. Kr. p.;

2) w pr. austr. wedle przepisów o kontrakcie spółki, współwłasności i wedle § 1235 k. c. a.;

3) w pr. niem. wreszcie wedle specjalnych, odrębnych przepisów o OWM, DWM i RWM, bez uciekania się do jakichkolwiek innych.

Tak się rzecz przedstawia co do różnic między instytucją wspólności majątkowej niemieckiej, a polskiej względnie austriackiej. Wobec swobody stron w umawianiu się, można tylko wskazać drogę, jak te różnice ujmować. Natomiast jedna jest podaną wprost. Jest to przepis o prawie wyboru żony w razie śmierci męża, gdy była umówioną wsp. maj. małż. na przypadek śmierci. Tylko prawo polskie daje w tym kształcie żonie prawo wyboru: przyjąć wspólność albo się jej zrzec, p. art. 230. Mąż nie ma takiego prawa wyboru i to jest uzasadnionem wobec tego, że z reguły on zarządza maj. żony w czasie trwania małż., jeżeli nie z umowy, to z ustawy.

Musimy odesłać do prawa hipotecznego kwestję wpisu wspólności majątkowej do ksiąg hipotecznych, rozstrzygnięcie jej bowiem wymaga porozumienia się poprzedniego co do całego szeregu podstawowych kwestij. Tutaj nadmieniam tylko, że wedle k. c. Kr. p. wpis pomyślany jest nie tylko na przypadek wspóln. maj. *mortis causa*, ale i na przypadek wsp. maj. na czas trwania małż. Nie potrzeba chyba podnosić, że waga wpisu polega, o ile idzie o żonę, na tem, że żona „nawet za upoważnieniem sądu“ nie może obciążać i pozbywać, zezwolenie męża jest bowiem koniecznym skutkiem przepisów o autoryzacji nawet wówczas, gdy wpisu do ks. gr. niema, tylko że wówczas może być zastąpionem przez sąd (a w razie wpisu właśnie nie może być zastąpionem).

V. Specjalne austr. umowy majątkowe małżeńskie.

Pr. austr. określa pewne typy umów majątkowych małżeńskich, których pr. niem. i pol. co do nazw nie przytaczają i żadnych dla nich przepisów nie stanowią, jakkolwiek oczywiście nic nie stoi na przeszkodzie, aby co do treści była zawartą pod rządem pr. niem. lub polskiego identyczna umowa, choćby się tak nie nazywała, jak pod rządem pr. austr. Znaczenie przeto przepisów pr. austr. o tych specjalnych umowach, a należą do nich: oprawa, wiano, dożywocie i dochód wdowi, jest takie, jak każdego skrócenia. To znaczy: jeżeli strony umówiły się n. p. o wiano, to, chociaż nic więcej nie powiedziały, wiem, bo mi to mówi § 1232 k. c. a., że jest to darowizna.

którą mąż przyrzeka dać żonie pierwszego poranku. Taka darowizna, odwoławca z powodu niewdzięczności (orz. XI, 4143 G. U. W.), będąca jednak zarazem umową majątkową małżeńską (Ehepakt), ma w pr. austr. tę właściwość, że istnieje co do niej domniemanie, że została w trzech pierwszych latach małż. uiszczoną. To domniemanie jednak odnosi się tylko do tych darowizn, które „mąż przyrzeka dać żonie pierwszego poranku“. Jeżeli przyrzeczenie wyznaczy inny termin dania darowizny, domniemanie niema zastosowania.

Trzy inne umowy: oprawa, dochód wdowi i dożywocie, mają jednakowy cel: zaopatrzenie wdowy, są więc umowami na przypadek śmierci. Odrazu podnosimy, że dożywocie może być umówione nie tylko przez męża na rzecz żony, ale i przez żonę na rzecz męża. Główną różnicą między temi trzema umowami szukać należy w przedmiocie; w umowie o oprawę przedmiotem jest kapitał, który żona po śmierci męża otrzymuje na „wolną własność“; w umowie o dochód wdowi przedmiotem jest renta lub wogóle perjodyczne świadczenie; dożywocie wreszcie polega na użytkowaniu spadku zmarłego małżonka lub jego części (mylnie jest orzeczenie l. 12207 zb. G. U. W., które uważa za dopuszczalne ustanowienie użytkowania, jako oprawy). Oprócz tego umowy te posiadają następujące właściwości:

Wszystkim jest to wspólne, że, jeżeli zaopatrzony przez nie umrze przed zaopatrującym, stają się bezprzedmiotowymi. Co do oprawy należy to szczególnie podnieść, bo kodeks nazywa ją pomnożeniem posagu. Gdy jednak posag w razie wcześniejszej śmierci żony przechodzi na jej dziedziców, to oprawa nie dzieli tego losu, umowa o nią staje się bezprzedmiotową. To nazwanie oprawy „powiększeniem posagu“ wywołało kwestję, czy można ustanowić oprawę, jeżeli posagu nie było. Sądzę, że nie, jak jestem zdania, że oprawa nie jest darowizną. Właśnie to, że kapitał, stanowiący oprawę, pojęty jest, jako „powiększenie posagu“, sprawia, że oprawa nie jest darowizną, a obie cechy nadają oprawie charakter umowy majątkowej małżeńskiej. Jest to oczywiście ważne w konkursie, w kwestji odwołania z powodu niewdzięczności, a dalej w przypadku, gdy trzecia osoba przyrzekła oprawę, a żona tymczasem zmarła przed mężem. Wówczas ta trzecia osoba jest zwolnioną z przyrzeczenia. Nie dowodzi także zrozumienia natury oprawy orz. G. U. W. 8166, uznające, że oprawy można każdej chwili, w ciągu trwania małż., żądać. Stronom wolno naturalnie umówić się, jak chcą, ale nie o to tutaj idzie. Zadaniem jest ściśle określić, co należy rozumieć przez umowę, którą strony nazwały „oprawą“. Jeżeli strony uczyniły postanowienia, które są sprzeczne z tem określeniem, to rezultat będzie ten, że to będzie inna umowa, n. p. darowizna lub t. p. Oczywiście wtedy takiej umowy możemy nie uznać za „umowę majątkową małżeńską (Ehepakt)“ i inne do niej stosować będziemy przepisy.

Określenie dochodu wdowiego jest ważnem z powodu szczególnych skutków, jakie ustawa łączy z tak nazwaną umową. Poznaliśmy już różnicę między dochodem wdowim a oprawą i dożywociem, tkwiącą w przedmiocie. Czy ograniczenie dochodu wdowiego na czas wdowieństwa, a więc zgaśnięcia go w razie wejścia wdowy w powtórne związki małżeńskie, jest istotną cechą dochodu wdowiego, czy też, jeżeli małżonkowie inaczej się umówili (a to im oczywiście wolno) umowa nie będzie dochodem wdowim, ale inną umową? Jaką naturę ma § 1244 k. c. a.? Jestem skłonny do przyjęcia zdania, że to ograniczenie do czasu wdowieństwa, jest istotną cechą umowy zwanej „dochodem wdowim“ i tylko do takiej umowy stosowałbym określone w ustawie skutki, któremi są: 1) dochód wdowi należy się wdowie od śmierci męża, ale jeżeli żona pobiera zaopatrzenie, o którym mówi § 1243 k. c. a., to dopiero od chwili ustania tego zaopatrzenia; 2) dochód wdowi należy się wdowie na trzy miesiące naprzód, a więc kwartalnie z góry; 3) do dochodu wdowiego stosują się przepisy o zabezpieczeniu wedle § 1245 k. c. a.

Podnieśliśmy już, że dożywocie różni się tem od oprawy i dochodu wdowiego, że może być ustanowionem przez męża dla żony lub przez żonę dla męża. Jeżeli jednak jest ustanowionem dla żony, to różni się od nich przedmiotem, którym nie jest ani kapitał ani renta, ale użytkowanie. Nie dosyć na tem! Użytkowanie musi mieć za przedmiot spadek lub jego ułamkowo oznaczone części, a nie poszczególne przedmioty. Gdyby tak było, byłby to znowu inny kontrakt, a nie dożywocie, n. p. dochód wdowi. Ważnem jest jeszcze to, że §§ 1255 do 1258 k. c. a. mówią, jeżeli przedmiotem użytkowania jest nieruchomości, właściwie o dwóch instytucjach: o dożywociu wpisanem do ksiąg gruntowych i dożywociu nie wpisanem ks. gł. Różnica między nimi jest ta, że, gdy zwykle dożywocie ma za przedmiot użytkowanie na spadku lub jego części, to dożywocie wpisane do ks. gr. ma przedmiot użytkowania zindywidualizowany, a więc jest właściwie dochodem wdowim. Druga różnica jest ta, że, gdy przy zwykłym dożywociu ustanawiający je może za życia swoim majątkiem rozporządzać, to wpis sprawia, że przedmiot użytkowania nie może być za życia pomniejszony. Jednak kodeks mimo tych różnic dla obydwóch rodzajów ustanawia jednakowe przepisy, upatrując widocznie istotne cechy dożywocia tylko 1) w użytkowaniu i 2) w trwaniu dożywcotniem, bez względu na powtórne związki małżeńskie, te bowiem wywołują tylko skutek z § 1257, a nie zgaśnięcie, jak to ma miejsce przy oprawie.

Dla tak określonego dożywocia kodeks ustanawia następujące skutki:

- a) prawo bliższości (Näherrecht) wedle § 1257 k. c. a.,
- b) małżonek, mający dożywocie, nie ma ustawowego dzie-

dziczenia po zmarłym małżonku, a więc skutkiem dożywocia jest wyjątek od reguły § 757 k. c. a.

W końcu jedna jeszcze uwaga. Mówiliśmy o dwóch rodzajach dożywocia. Dodać winniśmy, że dożywocie może być wpisaniem do ks. gr. tylko za wyraźnym zezwoleniem ustanawiającego dożywocie.

ROZDZIAŁ SIÓDMY.

Wpływ unieważnienia, rozvodu i separacji od stołu i łoża na stosunki majątkowe małżeńskie.

I. Prawo niemieckie.

W prawie niemieckiem odróżnić należy rozwód od zniesienia wspólności małżeńskiej. Z drugiej zaś strony odróżnić należy ustawowe prawo małżeńskie od umownego prawa małżeńskiego. Co do ustawowego męzowskiego zarządu i użytkowania majątku żony, to tak w razie rozwodu, jak w razie zniesienia wspólności małżeńskiej, zarząd ten i użytkowanie ustaje. Skomplikowaną natomiast jest sprawa wpływu rozwodu względnie zniesienia wspólności małżeńskiej, na małżeńską wspólność majątkową. W tej ostatniej kwestji zabiera głos § 1478, który zawiera wyjątek od przepisu § 1476 ust. 1 k. c. n. W razie rozwodu przeto OWM kończy się, to nie ulega wątpliwości. Pewnem jest także, że stosownie do § 1485 z masy wspólnej należy pokryć przedewszystkiem zobowiązania tejże masy. Gdy jednak w razie zakończenia OWM n. p. przez śmierć ma zastosowanie § 1476 t. j. gdy w takim przypadku pozostała po pokryciu nadwyżka dzieli się między małżonków, to w razie rozwodu, w którym winę wyłączną ponosi jeden małżonek (ale tylko w tym przypadku, bo w razie winy obydwóch małżonków ma zastosowanie § 1476), niewinny małżonek ma prawo wyboru: albo może żądać rozwikłania wspólności wedle § 1436, albo może żądać zwrotu wartości tego, co do wspólności majątkowej wniósł. Żądać może restytucji wartości, a nie restytucji naturalnej.

Przepis § 1478 ma zastosowanie do RWM (§ 1549), ale nie ma zastosowania do DWM (§ 1546). W razie rozwodu przeto kończy się DWM tak, jak w razie śmierci małżonka.

Inna rzecz jest ze zniesieniem wspólności małżeńskiej (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft). Wedle § 1586 k. c. n. w razie zniesienia wspólności małżeńskiej mają miejsce skutki związane z rozwodem, jednakże nie mówi ten paragraf, że to są skutki związane z rozwiązaniem małżeństwa, a mówi tylko o skutkach związanych z rozwodem. Cała rzecz przeto redukuje

się do tego, czy zniesienie wspólności małżeńskiej uważać należy za rozwiązanie małżeństwa, czy też za separacją, chociaż oczywiście zmodyfikowaną. Wyżej na str. 207 i następnych zajęliśmy stanowisko, że zniesienie wspólności małżeńskiej nie jest rozwiązaniem małżeństwa. Wskutek tego nie możemy powiedzieć, aby zniesienie wspólności małżeńskiej było powodem zakończenia ustawowego zarządu i użytkowania męża lub wspólności majątkowej małżeńskiej. Innemi słowy dotychczasowy ustroj majątkowy trwa dalej. To trwanie dotychczasowego ustroju majątkowego małżeńskiego mimo zniesienia wspólności nie powinno zadziwiać, wobec tego, że a) zniesienie wspólności małżeńskiej następuje tylko za zgodą obojga małżonków, b) zniesienie wspólności małżeńskiej może każdej chwili być zmienionem na rozwód i wreszcie c) tak samo się dzieje w razie faktycznej separacji.

O wpływie rozwodu na darowiznę i na obowiązek alimentacji mówiliśmy w rozdz. czwartym pod III E str. 320 i 315. O wpływie unieważnienia mówiliśmy wyżej na str. 196.

II. Prawo^{austrjackie}.

Wobec tego, że ustawowym ustrojem majątkowym małżeńskim jest separacja dóbr, wpływ rozwodu i separacji od stołu i łożu objawić się może tylko w dziedzinie umownego prawa majątkowego małżeńskiego.

A. Separacja.

1. Separacja zgodna. W razie zgodnej separacji mogą być umowy majątkowe małżeńskie zniesione tylko przez umowę (§ 1263).

2. Separacja sądowa.

W razie sądowej separacji należy odróżnić przypadki:

- a) obie strony były winne lub obie niewinne,
- b) jedna tylko strona jest winna a druga niewinna.

W pierwszym przypadku każdy ze separowanych małżonków, w drugim przypadku, tylko niewinny małżonek może żądać zniesienia umów majątkowych małżeńskich.

Zniesienie umów majątkowych objawia się w następujący sposób:

α) mąż obowiązany jest wydać zaraz posag (orz. 12488, 11430, zb. G. U. W.),

β) żona traci roszczenie o oprawę (orzecz. XII 4761, por. także 1145, zb. G. U. W.),

γ) żona traci roszczenie o dachód wdowi i o wiano (orzeczenie IV, 1590, zb. G. U. W.),

δ) wspólność majątkowa małżeńska likwiduje się tak, że każdy małżonek otrzymuje z powrotem swój majątek (orzecz. 12198, 11547, 11262, 8708, 2138 zb. G. U. W.). Oczywiście obydwa majątki ponoszą straty, które w czasie trwania małżeństwa zaszły, a także obydwa korzystają ze zysków.

B. Rozwód.

1. Rozwód z powodu nieprzewycięzonego wstrętu. W tym przypadku decydującą jest w pierwszej linii ugoda. Gdyby małżonkowie jej nie zawarli, to umowy majątkowe małżeńskie gasną. Objawia się to tak, jakśmy określili wyżej pod α do δ .

2. Rozwód z innych przyczyn. Ustawa odróżnia dwa przypadki:

a) obie strony są winne,

b) jedna strona jest niewinna.

ad a) W pierwszym przypadku ma się rzecz tak, jak w razie rozwodu z powodu nieprzewycięzonego wstrętu.

ad b) W drugim przypadku, żona otrzymuje zaraz, jak w razie śmierci męża

α) posag,

β) oprawę,

γ) dochód wdowi,

δ) dożywocie zostaje ważnym, jakkolwiek wchodzi w życie dopiero z chwilą śmierci,

ϵ) wspólność majątkową dzieli się, jak w razie śmierci.

C. Unieważnienie.

W razie unieważnienia małż. umowy maj. małż. „są od początku nieważne“. Fikcja ta, wprowadzona przez § 1265 k. c. a., ma już w nim samym zaprzeczenie, bo majątek wraca do poprzedniego stanu tylko o tyle, o ile jeszcze istnieje. Mąż przeto, jeżeli jest niewinny, nie zwraca pobranych owoców, a żona nie zwraca alimentów. Inaczej się rzecz ma w razie winy. Tutaj pretensje o owoce kompenzują się z pretensjami o zwrot alimentów tak, że żądać można tylko różnicy.

Co do alimentów, p. wyżej str. 315.

Gdybyśmy niemieckie „zniesienie wspólności małżeńskiej“ uważali za austriacką separację od stołu i łoża (a wiemy, czem różnią się od siebie, p. wyżej str. 207 nast.), to okazałaby się w wpływie ich na stosunki maj. małż. ta różnica, że pierwsza nie zmienia stosunków majątkowych małżeńskich, a druga zmienia je gruntownie.

W sprawie rozwodu natomiast jest zbliżenie. Wedle obydwóch praw umowy majątkowe małż. kończą się i w obydwóch widać tendencję postawienia małż. niewinnego w lepszej sytuacji. Ale gdy pr. niem. właśnie z tego powodu daje mu prawo wyboru między zwyczajnym sposobem rozwikłania wsp. maj. małż. a żądaniem zwrotu wartości tego, co wniósł, bo to ostatnie uważa dla niego ewentualnie za korzystniejsze, to pr. austr. widzi korzyść niewinnego małżonka zawsze w zwyczajnem rozwikłaniu wsp. maj. małż., t. j. w takim jej zlikwidowaniu, jak w razie śmierci, bo takie prawo daje niewinnemu małż., przyznając mu roszczenie o wszystko to, co mu było przeznaczone na przypadek przeżywania.

Różnica jest także w traktowaniu skutków unieważnienia. Pr. niem. znowu indywidualizuje, dając prawo wyboru niewinnemu małżonkowi, czego pr. austr. nie czyni.

III. Kodeks cyw. Król. pol.

A. Separacja od stołu i łoża.

K. c. Kr. p. odróżnia:

1. separację od s. i ł. na czas nieograniczony i tę stawia w skutkach majątkowych na równi z rozwodem (art. 267 k. c. Kr. p., p. niżej pod B);

2. separację na czas ograniczony, która wedle art. 269 nie pociąga za sobą żadnych skutków cywilnych.

Widzieliśmy, że pr. austr. nie odróżnia separacji wedle kryterjum trwania. Separację na czas nieograniczony traktuje na równi z pr. austr., jak rozwód, ale znowu każdą separację, gdy znowu pr. austr. wprowadza kryterjum winy i wedle niego ustanawia różne skutki. Separacja na czas ograniczony postawiona jest na równi z niemieckiem „zniesieniem wspólności małżeńskiej“.

B) Unieważnienie.

K. c. Kr. p. przyjmuje trzy ewentualności i w tem już różni się od innych kodeksów, które przyjmują tylko dwie ewentualności.

1. Jeżeli oboje małżonkowie byli w złej wierze, to unieważnienie małż. „pociąga za sobą unieważnienie wszelkich prawnych i umownych stosunków majątkowych tak, jakby małż. rzeczywiście nie istniało“ (art. 262 k. c. Kr. p.). Nie będziemy już mówić ani o fikcji zawartej w tem postanowieniu ani o tem, że można mówić o unieważnieniu umów, ale nie można chyba mówić o unieważnieniu stosunków polegających na ustawie. Ostatecznie wiemy, o co tu idzie. Tak samo jest w pr. austr., ale — rzecz szczególna — prawo austr. tylko niewinnemu mężowi daje zwolnienie od obowiązku zwrotu pobranych owoców, dopuszczając co do winnego męża kompeozację z alimentami, gdy k. c. Kr. pol. właśnie w przypadku, gdy oboje małżonkowie są w złej wierze, powiada (art. 262 drugie zd.): „Mąż jednak nie jest obowiązany zdać rachunku z przychodów, które jako użytkujący pobierał, i nawzajem, nie ma prawa żądać zwrotu kosztów na utrzymanie żony łożonych“.

2. „Jeżeli oboje małżonkowie“, mówi art. 263, „byli w dobrej wierze, uznanie małż. za nieważne nie znosi praw i korzyści dla każdego z małżonków z prawa lub z umowy już wynikłych, które tak są uważane, jakby małż. do chwili unieważnienia prawnie istniało. Prawa zaś i korzyści nadal, a mianowicie na przypadek śmierci wyniknąć mające, tak prawne, jak ustawowe, ustają“. Na czem polegają „prawa i korzyści“, o których mówi cytowany paragraf, jako o przeszłych, czem różnią się od „przychodów“, o których mówi poprzedni para-

graf, możnaby osądzić tył o w konkretnym przypadku, wówczas też dopiero wystąpiłyby różnice między ewentualnością pod 1) a ewentualnością pod 2).

3. Traktowanie przypadku, gdy jeden małżonek jest winny, a drugi niewinny, odpowiada dokładnie przypadkowi pr. austr. co do rozvodu, gdy jeden tylko małżonek jest winny. Wedle art. 264 niewinny małżonek zachowuje korzyści przyszłe, jakby małżonek winny w czasie unieważnienia małż. był umarł.

C. Rozwód.

Wedle art. 266 k. c. Kr. pol. rzecz przedstawia się w następujący sposób: „gdy małżeństwo przez rozwód jest rozwiązane, korzyści przeszłe trwają tylko w tym przypadku, gdy jeden małżonek jest winny, a drugi niewinny, w którym to razie niewinny zachowuje także korzyści przyszłe, jakie podług art. 2164 od małżonka złej wiary małżonkowi dobrej wiary należą.

Korzyści przed rozводом przez jednego małżonka drugiemu tytułem darnym nadane, traci tylko małżonek winny, gdy drugi jest niewinny.

Nadto małżonkowi niewinnemu może sąd stosownie do art. 265 wyznaczyć alimenty od drugiego małżonka, bez różnicy, czy tenże drugi jest winny lub niewinny“.

Z powyższego postanowienia widzimy, że sprawa rozvodu jest w dziedzinie stosunków majątkowych małżeńskich traktowana, jak sprawa nieważności, jednakowoż kodeks w sprawie rozvodu normuje tylko jedną ewentualność, a mianowicie, jeżeli jedna strona jest winna, a druga niewinna.

✓ Zestawmy obecnie przepisy k. c. Król. polskiego w przedmiocie, separacji, rozvodu i unieważnienia, ale przedstawmy je w kierunku zaostrzenia tych skutków, t. j. od najłagodniejszych począwszy. Aby to uczynić ze spokojem, że jesteśmy obiektywni, zacytujemy jeszcze dosłownie dwa artykuły, których dotychczas nie przytoczyliśmy. A mianowicie: art. 264 i 265. k. c. Kr. pol. opiewają:

Art. 564. „Jeżeli jedno z małżonków było w dobrej, a drugie w złej wierze, uznanie małżeństwa za nieważne nie znosi względem małżonka dobrej wiary praw i korzyści z prawa lub z umowy już wynikłych. Przeciwnie małżonek złej wiary takowe traci; jednak mąż złej wiary nie jest obowiązany zdać rachunku z przychodów, które jako użytkujący pobierał, a żona złej wiary nie jest obowiązana zwrócić kosztów na jej utrzymanie łożonych“.

„Nadto małżonek dobrej wiary zachowuje wszelkie korzyści przyszłe, tak zawisłe od warunku zawieszającego, gdy się ten ziści, jakoteż na przypadek śmierci z prawa lub z umowy wyniknąć mające, tak jakby małżonek złej wiary w chwili unieważnienia małżeństwa był umarł, Korzyści jednak na przypadek śmierci wyniknąć mające, nie mogą w większej ilości być żądane, jak połowa majątku małżonka złej wiary wynosi“.

Art. 265. „Jeżeli w razie uznania małżeństwa za nieważne, małżonek dobrej wiary nie ma sposobu utrzymania się, może sąd wyznaczyć mu od drugiego małżonka, czy tenże w dobrej lub złej wierze, alimenty, mając wzgląd na istotną potrzebę pierwszego oraz na możność drugiego, i zachowując przepis art. 243“.

Wróćmy teraz do przedstawienia skutków unieważnienia rozwodu i separacji na stosunki majątkowe małżeńskie-

Przedewszystkiem zaznaczamy, że postanowienia zawarte w art. 265 i w ust. 3-cim art. 266 nie odnoszą się do stosunków majątkowych małżeńskich, są to bowiem typowe normy z dziedziny osobowego prawa małżeńskiego i dlatego mówiliśmy już o nich wyżej na str. 315. Również także w osobowym prawie małżeńskim omówiliśmy postanowienia zawarte w ustępie drugim art. 269, patrz-wyżej str. 320. Po tych uwagach wracamy do naszego tematu.

1. Najłagodniej unormowany jest skutek separacji od stołu i łoża ograniczonej do pewnego czasu. Taka separacja nie znosi wedle art. 269 żadnych cywilnych skutków małżeństwa.

2. Ostrzejsze są już skutki w razie unieważnienia małżeństwa, jeżeli oboje małżonkowie byli w dobrej wierze. Kodeks w art. 263 odróżnia prawa i korzyści (ustawowe i umowne), przeszłe t. j. już powstałe, pobrane etc., i prawa i korzyści przyszłe, do których należy zaliczyć ustawowe prawo dziedziczenia małżonka i wszystkie zarządzenia umowne na wypadek śmierci. Te przyszłe prawa i korzyści ustają. Natomiast zwrotu pierwszych nie może się domagać małżonek, z którego majątku one pochodzą.

3. Jeszcze ostrzejszem jest postanowienie na wypadek unieważnienia małżeństwa, gdy oboje małżonkowie byli w złej wierze. Wówczas ustawowy zarząd i użytkowanie się kończy, a co do umów majątkowych małżeńskich, to traktuje się je wedle art. 262 tak, jakby nigdy nie istniały. Wprawdzie mąż nie jest obowiązany zdawać rachunków z zarządu i użytkowania majątkiem żony, a żona nie jest obowiązana zwracać pobranych alimentów, ale to tylko dlatego, że drugie zdanie art. 262 wyraźnie ich od tego uwalnia. Gdyby tego zdania nie było, wszystkie zwroty byłyby pierwszym zdaniem uzasadnione. Dlatego też to, co małżonek z umowy od drugiego otrzymał, powinno być zwrócone, a wskutek tego właśnie ten wypadek unieważnienia, gdy obaj małżonkowie są w złej wierze, jest o tyle ostrzej unormowany, niż wypadek, gdy oboje małżonkowie byli w dobrej wierze, bo w tym ostatnim przypadku o zwrocie nie ma mowy. W obojgu przypadkach, t. j. pod 2, jak 3, o przyszłych prawach i korzyściach nie ma oczywiście mowy.

4. Za najostrzej unormowane uważam trzy przypadki:

a) unieważnienie małżeństwa, gdy jeden małżonek był w dobrej wierze, a drugi w złej art. 267.

b) rozwód, gdy jeden małżonek jest winny, a drugi niewinny (art. 266 ust. 1-szy);

c) separacja na czas nieograniczony (art. 267).

Zaostrzenie widzę w tem, że małżonek w dobrej wierze względnie małżonek niewinny ma w tych przypadkach lepszą sytuację, aniżeli małżonek w dobrej wierze względnie niewinny w przypadku pod 2). Lepsza sytuacja polega na tem, że małżonek w dobrej wierze zachowuje przyszłe prawa i korzyści ustawowe i umowne, a nadto zachowuje przyszłe korzyści ustawowe i umowne, tak, jakby małżonek złej wiary w chwili unieważnienia małżeństwa był umarł (co do tych przyszłych korzyści jest jedno ograniczenie wypowiedziane w ostatnim zdaniu art. 264).

Ta lepsza sytuacja małżonka w dobrej wierze względnie małżonka niewinnego następuje oczywiście kosztem małżonka będącego w złej wierze względnie małżonka winnego. Jest to przeto z pewnością pozostałość tego sposobu myślenia, który na małżonka w złej wierze względnie małżonka winnego nakłada karę. Małżonek w złej wierze ma to tylko bene, że nie zdaje rachunków z dochodów pobranych, a żona w złej wierze ma to bene, że nie jest zobowiązana zwracać pobranych alimentów.

Wskażmy niektóre podobieństwa i różnice pomiędzy prawem polskim a prawem austriackim.

a) Przedewszystkiem prawo austriackie daje w razie separacji małżonkowi niewinnemu wybór, czy chce utrzymania, czy zniesienia umów majątkowych małżeńskich. Prawo polskie o takim wyborze nie mówi.

b) Prawo polskie we wszystkich przypadkach traktuje jednakowo pobrane owoce i alimenty. Prawo austriackie czyni różnicę. W razie unieważnienia małżeństwa, gdy jeden małżonek jest winny, a drugi niewinny, następuje wzajemny zwrot przychodów względnie alimentów.

c) Natomiast podobne są oba prawa w tem, że w razie rozwodu przyznają małżonkowi niewinnemu na koszt małżonka winnego także korzyści przyszłe (n. p. w prawie austriackim dochód wdowi etc.). Już jednak przy unieważnieniu podobieństwo to pęka, co pozwala nam stwierdzić, że prawo austriackie jest prawniczo logiczniejsze, niż prawo polskie, tudzież że prawo polskie nie potrafiło ukryć swojej tendencji karania małżonka winnego w jakiejś prawniczej konstrukcji.

ROZDZIAŁ ÓSMY.

Międzynarodowe prawo małżeńskie majątkowe.

I. Prawo niemieckie.

Przepisy międzynarodowe prywatne zawarte są w art. 15 i 16 ust. o zaprow. k. c. n.

Art. 15 opiewa: „Małżeńskie prawo mająt. ocenia się wedle ustaw niemieckich, jeżeli mąż był Niemcem w czasie zawierania małż. Jeżeli mąż nabył przynależność państwową po zawarciu małż. lub jeżeli cudzoziemscy małżon. mają miejsce zamieszkania w kraju, to dla małżeńskiego prawa majątkowego mają rozstrzygające znaczenie ustawy tego państwa, do którego mąż należał w czasie zawarcia małż.; jednakże małżonkowie mogą zawrzeć umowę małżeńską (Ehevertrag), choćby wedle tych ustaw była niedopuszczalną“.

Art. 16 opiewa: „Jeżeli małżonkowie cudzoziemscy lub tacy małż., którzy nabyli przynależność państwową po zawarciu małż., mają swoją siedzibę w kraju, to przepisy § 1435 k. c. mają odpowiednie zastosowanie; cudze ustawowe pr. mająt. małż. stoi na równi z prawem umownem. Przepisy §§ 1357, 1363, 1405 k. c. mają zastosowanie, o ile są korzystniejsze dla trzecich osób, niż ustawy obce“.

Zasada przyjęta przez pr. niem. w międzynarodowym obrocie mająt. małż., polega na tem, że w odnośnych stosunkach rozstrzyga prawo przynależności (lex patriae) męża (nie żony) w czasie zawarcia małż., nie później“.

Art. 15 rozstrzyga następujące przypadki:

1. Mąż jest Niemcem i zawiera małżeństwo:
 - a) z Niemką zagranicą
 - b) z cudzoziemką $\begin{cases} \alpha) & \text{w kraju} \\ \beta) & \text{za granicą.} \end{cases}$
2. Mąż był Niemcem w czasie zawarcia małż., lecz później zmienił przynależność.
3. Mąż jest cudzoziemcem w czasie zawarcia małżeństwa i
 - a) zawiera małż. $\begin{cases} \alpha) & \text{w kraju} \\ \beta) & \text{za granicą} \end{cases}$
 - b) mieszka w kraju.
 - c) zawiera małż. $\begin{cases} \text{z cudzoziemką} \\ \text{z Niemką.} \end{cases}$
4. Mąż był cudzoziemcem w czasie zawarcia małż., lecz później nabył przynależność niemiecką.

We wszystkich tych ewentualnościach ma zastosowanie powyższa zasada, t. j. w przypadkach pod 1. i 2. obowiązywać będzie prawo niem., w przypadkach znów 3. i 4. lex patriae męża w czasie zawarcia małż.

Jakie są wyjątki od tej zasady?

1. Jeden przytacza ostatnie zdanie art. 15-go. Wedle niego np. poddani b. Królestwa polskiego, którego kodeks zabrania umów majątk. małż. po zawarciu małżeństwa, mogą zawrzeć np. w Poznaniu, gdzie obowiązuje k. c. n., nie mający takiego przepisu, umowę majątk. małż. i ta umowa będzie ważną i skuteczną.

2. Wyjątki od powyższej zasady mieszczą się w art. 27 o odesłaniu (Rückverweisung), renvoi), art. 28. na korzyść *lex rei sitae* i art. 30 (ust. zagr. sprzeciwia się celowi ustawy niem.) ust. o zapr. k. c. n.

3. Wreszcie wyjątki zawarte są w art. 16 u. o zaprow. k. c. n., które winniśmy się bliżej zająć. Rzecz przedstawia się w następujący sposób.

Wedle zasady wypowiedzianej w art. 15, stosunki majątkowe oceniają się wedle *lex patriae* męża w chwili zawarcia małż. a więc np. wedle ustaw austr., jeżeli mąż był austr. obywatelem w chwili zawarcia małż., chociaż przeniósł się potem i zamieszkał w Poznaniu. Od tej zasady zachodzą wyjątki, t. j. stosowane będzie pr. niem., w wszystkich tych przypadkach, gdy idzie o pewność obrotu, a więc n. p.:

a) Wedle ustaw austr. ustawowym ustrojem mająt. małż. jest tylko prekaryjny zarząd majątkiem żony. Jeżeli mąż, obywatel austr., mieszka w Poznaniu (ten warunek „mieszkania“ jest konieczny), to przeciwieństwo wobec trzecich osób, z którymi w Poznaniu wszedł w czynności prawne, nie będzie się mógł powoływać, bez żadnych ograniczeń, na prawo austr. Art. 16. przynosi właśnie wyjątek. Będzie można przeciwko trzeciemu wtedy tylko podnieść zarzuty, płynące z tego stanu rzeczy, jeżeli w czasie zawierania odnośnej czynności trzecia osoba wiedziała, że mąż *quaestionis* jest obywatelem austr. Tak każe rzecz rozstrzygać § 1435 k. c. n., który ma mieć wedle cytowanego art. 16 odpowiednie zastosowanie w międzynarodowym obrocie.

b) Jeżeli wedle *lex patriae* męża tak zwana Schlüsselgewalt żony (§ 1357) nie istnieje lub jest mniejsza w porównaniu z prawem państwa, gdzie małż. mieszkają, t. j. z prawem niem., to wtedy, wbrew zasadzie, prawo niemieckie ma zastosowanie, jeżeli to jest korzystniejsze dla wierzycieli.

c) Tak samo stosować należy §§ 1362 (*praesumptio Muticiana*) i 1405 k. c. n., jeżeli one są korzystniejsze dla wierzycieli, niż *lex patriae* męża.

II. Prawo austrjackie.

W pr. austr. niema międzynarodowych przepisów w kwestji mająt. prawa małż. Co do ustawowego pr. mająt. małż. rzecz jest łatwiejsza, bo analogja z osobowemi stosunkami między małżonkami jest widoczniejsza i stosowanie *lex patriae* męża bez budzenia wątpliwości da się i w pr. austr. zastosować.

Inaczej jest już z umownem prawem małż., bo tutaj nie można przecież przeoczyć, że mamy do czynienia z umowami, a do umów stosują się §§ 35 do 37 k. c. a. Jednakże dla ujednostajnienia nie należy przeskadzać tendencji, która i tutaj chce stosować legem patriae męża.

III. Prawo polskie.

To samo powiedzieć należy i o pr. pol. I tutaj nie należy przeskadzać tendencji, że o stosunkach majątkowych małżeńskich decyduje lex patriae męża, choćbyśmy się nie zgadzali lub widzieli fikcję w uzasadnieniu tej tendencji, że prawo działa tutaj non per modum legis sed tanquam pars contractus, a contrahentibus volita, inducta et disposita. Obywatele więc polsey z b. Kr. p., zawierający małżeństwo zagranicą bez umowy przedślubnej, żyć będą pod rządem ustawowego zarządu i użytkowania męża. Tak samo k. c., obowiązujący w Kr. p., będzie miał zastosowanie w razie małż. obywatela polskiego z cudzoziemką, choćby cudzoziemka miała majątek zagranicą.

IV. Konwencja Hagska.¹

Przyzwyczajiliśmy się widzieć w Konwencjach Hagskich ostatnie słowo w dziedzinie międzynarodowego prawa prywatnego. Jest tak i w pr. maj. małż., które normuje Kon. Hagska z 17 lipca r. 1905, zawarta między Niemcami, Francją, Włochami, Holandją, Portugalią, Rumunją, Szwecją i Norwegją.

Konwencja ta opiewa:

Art. 2

En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens.

W braku umowy prawo państwa ojczystego męża w czasie zawarcia małżeństwa normuje wpływ małżeństwa tak na nieruchomości, jak i na ruchomy majątek małżonków.

Zmiana przynależności państwowej małżonków lub jednego z nich jest bez wpływu na majątkowe prawo małżeńskie.

Art. 3.

La capacité de chacun des futurs époux pour conclure un contrat de mariage est déterminée par sa loi nationale au moment de la célébration du mariage.

Zdolność do zawarcia umowy małżeńskiej oznacza się dla każdego z narzeczonych wedle ustawy jego państwa ojczystego w czasie zawarcia małżeństwa.

Art. 4.

La loi nationale des époux décide s'ils peuvent, au cours du mariage, soit faire un contrat de mariage, soit résilier ou modifier leurs conventions matrimoniales.

Le changement qui serait fait au régime des biens ne peut pas avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers.

Ustawa państwa ojczystego małżonków rozstrzyga o tem, czy w czasie trwania małżeństwa mogą zawrzeć umowę małżeńską i swoje majątkowo prawne układy znieść lub zmienić.

Zmiana małżeńskiego prawa majątkowego nie działa wstecz na szkodę trzecich osób.

Art. 5.

La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, ou, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat.

La même loi décide si et dans quelle mesure les époux ont la liberté de se référer à une autre loi; lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage.

O ważności umowy małżeńskiej co do jej treści tudzież co do jej skutków rozstrzyga ustawa państwa ojczystego męża w czasie zawarcia małżeństwa lub, jeżeli umowę zawarto w czasie trwania małżeństwa, ustawa państwa ojczystego małżonków w czasie zawarcia umowy.

Ta sama ustawa rozstrzyga o tem, czy i o ile małżonkowie mają prawo odesłania do innej ustawy; jeżeli odesłali do innej ustawy, to skutki umowy małżeńskiej ocenia się wedle tej ustawy.

Art. 6.

Le contrat de mariage est valable quant à la forme, s'il a été conclu soit conformément à la loi du pays où il a été fait, soit conformément à la loi nationale de chacun des futurs époux au moment de la célébration du mariage, ou encore, s'il a été conclu au cours du mariage, conformément à la loi nationale de chacun des époux.

Lorsque la loi nationale de l'un des futurs époux ou, si le contrat est conclu au cours du mariage, la loi nationale de l'un des époux exige comme condition de validité que le contrat,

Co do formy kontrakt małżeński jest ważny, jeżeli go zawarto wedle ustawy tego kraju, gdzie został sporządzony lub, jeżeli został zawarty wedle ustawy państwa ojczystego każdego z narzeczonych w czasie zawarcia małżeństwa lub w razie sporządzenia go w czasie trwania małżeństwa wedle ustawy państwa ojczystego każdego z małż.

Jeżeli ustawa państwa ojczystego jednego z narzeczonych lub w razie zawarcia kontraktu podczas małżeństwa ustawa państwa ojczystego jednego z małżonków czyni ważność umowy

même s'il est conclu en pays étranger, ait une forme déterminée, ses dispositions doivent être observées.

zależną od tego, aby nawet w razie zawarcia go zagranicą odpowiadał pewnej naznaczonej formie, to te przepisy ustawowe muszą być zachowane.

Art. 7.

Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial.

Postanowienia tej konwencji nie stosują się do nieruchomości, które wedle *lex rei sitae* podlegają szczególnej ordynacji agrarnej.

Art. 8.

Chacun des Etats contractants se réserve :

1^o d'exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers;

2^o d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet Etat.

Les Etats cotractants s'engagent à se communiquer les dispositions légales applicables d'après le présent article.

Każde z państw kontraktujących zastrzega sobie :

1^o wymagać szczególnych formalności, jeżeli małżeński ustrój majątkowy ma być dochodzonym przeciwko trzecim;

2^o używać takich przepisów, które mają na celu ochronę trzecich osób w ich stosunkach prawnych do żony, wykonywującej na terytorjum państwa jakiś zawód.

Państwa kontraktujące zobowiązują się komunikować sobie wzajemnie przepisy ustawowe, które mają być stosowane wedle tego artykułu.

Art. 9.

Si les époux ont acquis, au cours du mariage, une nouvelle et même nationalité, c'est leur nouvelle loi nationale qui sera appliquée dans les cas visés aux articles 1, 4 et 5.

S'il advient, au cours du mariage, que les époux n'aient pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précités, être considérée comme leur loi nationale.

Jeżeli małżonkowie w czasie trwania małżeństwa nabyli nową i to jednakową przynależność państwową, to w przypadkach artykułów 1, 4, 5, należy stosować ustawę tego nowego państwa ojczystego.

Jeżeli w czasie trwania małżeństwa małżonkowie nie zatrzymują jednakowej przynależności państwowej, to przy zastosowaniu wyżej wymienionych artykułów należy ich ostatnią wspólną ustawę uważać za ustawę ich państwa ojczystego.

Art. 10.

La présente Convention n'aura pas d'application lorsque, d'après les articles précédents, la loi qui devrait être appliquée ne serait pas celle d'un État contractant.

Konwencja ta niema zastosowania, jeżeliby ustawa, która by powinna być stosowana wedle poprzedzających artykułów, nie była ustawą jednego z państw kontraktujących.

Art. 2 stawia zasadę legis patriae męża co do ustawowego pr. maj. małż.: „W braku umowy, prawo państwa ojczystego męża w czasie zawarcia małż. normuje wpływ małżeństwa tak na nieruchomy, jak i na ruchomy majątek małżonków. Zmiana przynależności państwowej małżonków lub jednego z nich jest bez wpływu na małż. pr. maj.“ Tę samą zasadę stawia art. 5 co do umownego pr. maj. małż., jeżeli umowa maj. małż. zawartą została w czasie zawarcia małż. lub przed ślubem: „Ważność umowy małż. co do jej treści i skutków ocenia się wedle pr. państwa ojczystego męża w czasie zawarcia małż.“. Jeżeli natomiast umowa maj. małż. została zawartą w czasie trwania małż., to wedle tegoż art. 5 konwencji oceniać ją należy wedle *lex patriae* małżonków (nie męża) w czasie zawierania umowy maj. małż. (nie w czasie zawierania małż.).

Wedle *lex patriae* każdego z narzeczonych w czasie zawarcia małż. ocenia się jego zdolność do zawierania umowy małż. (art. 3), a także wedle *lex patriae* małżonków (nie męża), czy w czasie trwania małż. (po ślubie) mogą zawrzeć umowę małż. lub swoje umowy maj. małż. znieść lub zmienić. Na obszarze przeto objętym konwencją, gdyby Polska do niej przystąpiła, obywatele polscy z b. Kr. p. nie mogliby po ślubie zawrzeć umowy mająt. małż., przedślubnej zaś znieść lub zmienić.

W sprawie formy stawia art. 6. konwencji zasadę legis loci actus, ale ważną też jest taka umowa, jeżeli została zawartą wedle *lex patriae* każdego z narzeczonych w czasie zawarcia małż. lub w razie zawarcia umowy w czasie trwania małż., jeżeli zawartą została wedle *lex patriae* każdego z małżonków.

Każde z państw kontraktujących zastrzegło sobie wydanie przepisów, zabezpieczających obrót, wskutek czego np. art. 16. u. o zapr. k. c. n. nie wyłamuje się z konwencji.

Rzeczywistym wyjątkiem, jaki konwencja dopuszcza, są nieruchomości poddane odrębnej ordynacji, bo do nich stosownie do art. 7 konwencji stosuje się *lex rei sitae*.

REJESTR RZECZOWY

- A**dopcja 32 n., 67, 84.
Affinitas illegitima 68.
Agnacja 32.
Akatolicy 151, 209.
Alimenta krewnych 293.
Alimenta żony 286, 315.
Assistance 297.
Autoryzacja 305.
- B**ezwyznaniowi 34, 101, 209.
Błąd 52.ⁿ
- C**atholicismi impediment. 103.
Choroba umysłowa 50.
Ciężarność przedślubna 54.
Ciężary małżeńskie 287.
Cognatio carnalis p. pokrewieństwo.
— legalis, p. adopcja.
— spiritualis 32 n., 87.
Cohabitatio, p. consensus.
Conscientiae matrimonium 117, 171.
Consensus, ponowienie 173.
Cudzołostwo 103, 220.
Czas żałoby 65.
- D**arowizny z okazji zamierzonego małżeństwa 41.
— zwrot darowizn w razie rozwodu 320.
Debitum coniugale 296.
Disparitas cultus 87.
Dobra wniesione 289, 365 n., 421.
- Dobra zastrzeżone 362.
Dochód wdowi 433.
Dokumenty 70.
Dożywocie 433.
Duszpasterz, pojęcie 139.
Dyspensa 120, 159.
Dzieci 27 n.
- E**wangelickie małżeństwa 152, 211.
- F**amilja 27.
Forma małżeństwa 110 n.
- G**ospodarstwo domowe 298.
Grecko-rosyjskie małżeństwa 152, 211.
Grecko-unickie małż. 209.
Grzesznik publiczny 63.
- H**andlująca mężatka 302.
Honestas publica 85.
- I**mpotentia 75.
Impregnatio a tertio, p. ciężarność przedślubna.
- K**lątwa 64.
Kodeks cyw. austr. 22.
— Kr. p. 4.
Kodeks Napoleona 3.
— cyw. niemiecki 17.
Kontynuacja małżeństwa, p. consensus.
Konwalidacja małżeństwa 175.

- Konwencja Hagska w sprawie rozvodu i separacji od stołu i łoża 265.
 — o stosunkach osobowych i majątkowych małżonków 323, 444.
 — o zawieraniu małżeństw 260.
 Kraków — wprowadzenie k. c. a. 22.
 Królestwo Polskie, zaprowadzenie K. N. 3.
 — uchwalenie 1 ks. K. c. Kr. p. 3.
 — pr. hyp. 4.
 — pr. małżeńskie 4.
 Księga ślubów 128, 141.
- Ligamen** 90.
- Majątkowe prawo małżeńskie**, ogólna charakterystyka 324.
 — ustawowe 325, 375.
 — umowne 376 n.
Małoletność 47 n.
Małżeństwo, istota 35 n.
 — cel 36.
 — rodzaje 36 n.
Małżeństwa mieszane 60.
Małżeństwa nie wpisane do rejestru 172.
Matrimonium non consumatum 95.
Małżonkobójstwo 103.
Masa wspólna 420 n.
Międzynarodowe prawo prywatne, zawarcie i rozwiązanie małżeństwa 243.
Międzynarodowe prawo prywatne, o stosunkach osobowych małżonków 322.
Międzynarodowe prawo małżeńskie majątkowe 442.
Mieszkanie wspólne 286.
Mixta religio 60, 126.
Muzułmanie 209, 226.
- Nazwisko żony** 293, 313.
Nicht-Ehe 170.
- Niechrześcijanie** 151, 214.
Niedojrzałość małżeńska 48.
Nie egzystujące małżeństwa 170.
Nieobecność 235.
Niemieckie małżeństwa 102.
Niemoc p!ciowa 75.
Niezdolność do działania 48 n.
Nowele do k. c. a. 22.
- Obrona żony przez męża** 297.
Oprawa 433.
Ordynariusz, pojęcie 139.
Oszustwo 56.
- Pełnoletność** 47 n.
Pełnomocnictwo, małżeństwo przez 132, 141.
Periculum mortis 113.
Pokrewieństwo 27 n.
 — obliczanie stopni 29 n.
 — ducłowe 32 n.
 — legalne, p. adopcja
 — przeszkodado małżeństwa 79.
Połączenie dóbr 328, 359.
Pomoc wzajemna 297.
Porzucenie wiary katolickiej 63.
Posag 414.
Powinowactwo 27 n.
 — obliczanie stopni 31 n.
 — nie legalne 68.
 — przeszkodado małżeństwa 82.
Prawo hipoteczne 4.
Prawo małżeńskie, ogólna charakterystyka 34, 46.
Prawo małżeńskie Kr. p. 4.
Prawo polskie dawne 3.
Przemysł żony 302 n.
Przeszkody małżeństwa, podział 45, 47, 58, 74.
Przynależność państwowa żony 283.
Przymus 56.
Przystojność publiczna 85.
Przywilej Pawłowy 96.
- Rejestr małżeństw** 129, 172.
Rodzice 27 n.
Rodzina, p. Familja.

- Równouprawnienie małżonków 283.
- Rozwiązanie małżeństwa 91 n.
- Rozwód, jako środek zniesienia wspólności małżeńskiej 200.
- przyczyny 209.
- Rozvodu wpływ na stosunki pr. małżonków 313.
- Rozwód, wpływ na stosunki majątkowe małżeńskie 435.
- S**amodzielnosc żony 302.
- Sądy duchowne 34.
- Sanatio in radice 175 n. 193.
- Schlüsselgewalt 290 n. 443.
- Secours 295, 297
- Separacja dóbr 328, 356.
- pełna 357.
- ograniczona 359
- Separacja od stołu i łoża, jako środek zniesienia wspólności małżeńskiej 200.
- przyczyny 230.
- Separacji wpływ na stosunki prawne małżonków 313.
- Separacja od stołu i łoża, wpływ na stosunki majątkowe małżeństwa 435 n.
- Separacja faktyczna 287 n.
- Siedmiogrodzkie małż. 101.
- Skazanie na ciężkie więzienie 109, 222.
- Ślub 122.
- forma 136.
- Ślub cywilny 34 n.
- ewentualny 34.
- forma 119.
- Śluby uroczyste 86.
- Stanowisko żony 283.
- Supremacja męża 283.
- Święcenia wyższe 86.
- System prawa małż. 44 n.
- Szlachectwo żony 283.
- T**empus clausum 59.
- Tłomacz 142.
- Tułacz 142.
- Tytuł żony 283.
- U**bezwłasnowolnienie 47 n.
- Umowa majątkowa małż. 408.
- Unieważnienie małżeństwa 169.
- wpływ na stosunki majątkowe małżeńskie 435 n.
- Urowadzenie 57.
- Urzednicy, małżeństwo 66.
- Uznanie za zmarłego 69, 109, 234.
- Użytkowanie męża 359.
- W.** Ks. Warszawskie zaprowadzenie K. N. 3.
- Warunek, małżeństwo pod warunkiem 55.
- Węgierskie małżeństwo 101.
- Węzeł małżeński, przeszkoda 90.
- Wiano 433.
- Wiek 47.
- Wierność żony 296, 314.
- Właściwość duszpasterza 119, 122, 140.
- Właściwość urzędnika stanu 125.
- Wnuki 28.
- Wojskowi, małżeństwa 66.
- Wspólność majątkowa małżeństwa 330.
- Wspólność maj. ogólna 420 n.
- dorobku 420 n.
- ruchomości 420 n.
- kontynuacja wspólności 425.
- Wspólność zarządu 359.
- Współudział w przeszkodzie rozwodu 108.
- Wzruszenie małżeństwa 174.
- V**agus 142.
- Vetita 58, 109.
- Votum simplex virginitatis 59.
- Z**apowiedź 110 n.
- Zaręczyny, Konstrukcja 37.
- Forma 38.
- Skutki 39.
- Wynagrodzenie szkody 40.
- Zaręczyny a podarunki 41.

- Zarobkująca mężatka 302.
 Zarząd i użytkowanie męża 359, 365.
 Zarząd żony 364.
 Zastępstwo duszpasterza 128 n. 141.
 Zastępstwo urzędnika stanu 129, 141.
 Zastępstwo żony przez męża 297.
 Zawarcie małżeństwa 43 n.
 Zdolność działania 48.
 Zdolność osobista 47.
 Zezwolenie matki nieslubnej 49.
 Zezwolenie męża na czynności prawne żony p. autoryzacja.
 Zezwolenie ojca 49 n.
 Zezwolenie wzajemne 52.
 Zezwolenie zastępcy ustawowego 49.
 Zniesienie wspólności małżeńskiej 208.
 Źródła pr. cyw. na ziemiach polskich 3.
 — pr. cyw. Kr. pol. 3.
 — pr. cyw. w b. zaborze pruskim 17.
 — pr. cyw. w b. zaborze austriackim 22.
 Żaloba 65.
 Żydowskie małżeństwa 156.
 Żydzi, rozwiązalność małżeństwa 100, 210, 224.
-

Spis paragrafów (artykułów, kanonów) przytoczonych dosłownie:

1. K. c. austr.

paragraf	strona	paragraf	strona
4	245	76	132
24	236	77	126
33—38	246	78	70
40	27, 31	79	126
41/2	31	81—82	128, 130
44	35	84	162
45	37	85—87	112, 114
47	46	88	162
55	56	89—93	280
56	57	94—95	180
58	54	96	175, 180
59	55	100	77
60	77	101	77
61	109	103—110	231
62	90	112	236
63	86	115—122	209
64	87	119	108
65	79	120	65
66	82	121	65
67	105	134—136	210
68	105	1217—1266	402—408
69—74	110—112	1247/2	41
75	122		

2. K. c. niem.

paragraf	strona	paragraf	strona
14—16	239	1298	40
18	240	1299	41
142	198	1300	41
1297	37	1301	42

1309	90	1338	185, 198
1310	79	1339	174
1312	107	1340	185
1313	66	1341	186, 195
1314	70	1342	186
1316	111, 113	1343	198
1317	123	1344	196
1318	123	1345	196
1319	125	1346	197
1321	129	1347	197
1322	113	1348	69, 241
1324	172	1349	69, 243
1329	195	1350	241
1331—1335	174	1353—1362	281
1332	52	1363—1431	331—355
1333	54	1432—1563	376—399
1334	56	1564—1574	215
1335	56	1577	314
1336	185	1589	29
1337	185	1590	31

3. Pr. małż. Kr. pol.

Artykuł	strona	Artykuł	strona
1	35	53—56	71, 234
3/2	34	58	128
10	56	62—66	230
14	51	68	65
22	77	72	66
24	86	87	175
25	90	117	211
27	86	145	211
28	106	147—172	211—214
29	106	189	214
30—32	79—80	192—194	63
33	33	208—214	279
34	67	216	199
35	33	239	37
36	162	240	38
37—40	85—86	241	37
41—47	110—114	243	41
48—51	122		

4. K. o. Kr. p. względnie K. N.

3	244	121	244
11—14	244	182—190	279
84	245	192	331, 337, 339

Artykuł	strona	Artykuł	strona
193	331	206	340
194	333	207	39
195	334	207—230	399—402
196	336, 343	212	332
197	352	213	332
198	352	213—217	354
199	350	511	51
200—202	354	736	29
203	350	737	30
204	332	738	30
205	340	968	40

5. Corp. i. can.

Kanon	strona	Kanon	strona
96	30	1075	103
97	31	1076	79
1003	53	1077	82
1012	35	1078	85
1013 §§ 1, 2	36	1079	33
1015	36	1080	33, 68
1017	38, 42	1087	56
1019	113	1088	133
1020 § 2	64	1089	133
1021	72	1090	133
1022—1026	111—113	1091	133
"-1028	115	1092	55
1030	72, 115	1094—1099	123—131
1031	72, 115	1100—1102	123, 125
1033	64	1103	129
1035	46	1104	117
1036	45	1105—1107	171
1037	46	1118—1127	92—94
1039	109	1133—1137	175 n.
1059	32, 68	1138—1141	176 n.
1060—1064	60	1040—1047	163—167
1065	63	1197	171
1066	64	1970—1973	181
1067	50	1975	75
1069	90	1977	75
1070	87	1978	75
1071	87	1979	75
1072	86	1980	75
1073	86	1981	75
1074	57		

PRZEGLĄD PRZESZKÓD DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA

	Prawo austriackie.	Prawo małżeńskie Królestwa Polskiego.	Prawo niemieckie.	Prawo kanoniczne.	Prawo francuskie.
	I. Impedimenta dirimentia.	I. Impedimenta dirimentia.	I. Impedimenta dirimentia.	I. Impedimenta dirimentia.	I. Impedimenta dirimentia.
	A. Juris publici (§ 94 k. c. a.).	A. Juris publici (art. 92 pr. małż.).	A. Juris publici (§ 1323 k. c. n.).	A. Juris publici.	A. Juris publici (art. 184 i 191 c. c.).
1.	Brak formy § 75 k. c. a.		Brak formy § 1324 k. c. n.	Brak formy kanon 1094.	Brak formy art. 191 i 194 c. c.
2.			Niezdolność do działania (Geschäftsunfähigkeit), brak świadom. (Bewusstlosigkeit), przejść. zaburz. dział. umysł. § 1325 k. c. n.	Niezdolność do działania, obłąkanie kan. 88, wiek kanon. 1067	Niedojrzałość (18 lat u mężczyzn 15 lat u kobiet) art. 144 c. c. (patrz art. 184 c. c.).
3.	Bigamia § 62 k. c. a.	Wielżeństwo art. 25, 26 pr. m.	Bigamia § 1326 k. c. n.	Bigamia kanon 1069.	Bigamia art. 147 c. c.
4.	Pokrewieństwo i powinowactwo § 65 i 66 k. c. a.	Pokrewieństwo i powinowactwo (ogranicz. art. 92) art. 30 pr. m.	Pokrewieństwo, powinowactwo § 1327 k. c. n.	Pokrewieństwo, powinowactwo kanon 1076, 1077.	Pokrewieństwo i powinowactwo art. 161, 162, 163 c. c.
5.	Cudzołostwo § 67 k. c. a.	Przestępstwo art. 28, 29 pr. m.	Cudzołostwo § 1328 k. c. n.	Cudzołostwo kanon 1075.	
6.	Urowadzenie § 56 k. c. a.			Raptus, violenta detentio kanon 1074.	
7.	Wyższe święcenia i uroczyste śluby § 63 k. c. a.	Śluby zakonne i wyższe święcenia art. 27.		Święcenia i śluby uroczyste kanon 1072 i 1073.	
8.	Małżeństwo między chrześcijanami a osobami, które się nie przyznają do religii chrześcijańskiej § 64 k. c. a.	Małż. między rzym. kat. a nienależącymi do wyznania chrześ. art. 24 porównaj art. 100, 133, 190 pr. m.		Małżeństwo między ochrzczoneymi a nieochrzczoneymi (imp. disparitatis cultus) kanon. 1070.	
9.	Małżonkobójstwo § 68 k. c. a.	Przestępstwo art. 28, 29.		Małżonkobójstwo.	
10.	Ograniczenie wznowienia małżeństwa rozwiedzionych § 119 kca.				
11.	Impedimentum catholicismi d. n. 17. VII. 1835 L. 61. zb. u. s.				
12.				Impotentia (notoria) kanon 1068.	
13.				Imp. publicae honestatis kanon 1078.	
14.				Cognatio spiritualis kanon 1079.	
15.				Adopcja (w Królestwie Polskiem) kanon 1080.	
16.				Braki w pełnomocnictwie kanon 1089.	
17.					Inkompetencja urz. stanu art. 165 i 191 c. c. (por. 74 c. c.).
18.				Vetitum kan. 1039 § 2.	
	B. Juris privati.	B. Juris privati.	B. Juris privati.	B. Juris privati.	B. Juris privati.
1.	Szaleństwo, obłąkanie, tępota, niedojrzałość § 48 kca., zupełne ubezwłasnowolnienie § 3 rozp. ces. z d. 28. VI. 1916 l. 207 d. u. p.	Wiek (u mężczyzn lat 14 u kobiet lat 12) art. 8 pr. m., obłąkanie art. 14 pr. m.			
2.	Brak zezwolenia ojca względnie sądu § 49—53 k. c. a., § 4 ces. rozp. z d. 28. VI. 1916 l. 207 D. u. p.		Brak zezwolenia ustawowego zastępcy § 1331 k. c. n.		Brak zezwolenia ojca etc. art. 182 c. c.
3.		„Nie masz małżeństwa tam, gdzie nie zachodzi obydwóch stron zezwolenie“ art. 9 pr. m.	Brak woli zawarcia małżeństwa § 1332 k. c. n.		„Il n'y pas de mariage le rs qu'il n'y a point de consentement“ art. 146 c. c.
4.	Error §§ 57—59 k. c. a.	Błąd art. 10, 12 pr. m.	Błąd § 1333 k. c. n.	Error kanon 1083.	Błąd art. 180 c. c.
5.			Podstępne zwiedzenie (arglistige Täuschung) § 1334 k. c. n.		
6.	Metus § 55 k. c. a.	Przymus art. 10, 11 pr. m.	Groźba § 1335 k. c. n.	Vis ac metus kanon 1087.	Gwałt (violence) art. 180, 1111—1114 c. c.
7.			Skarga o rozwiązanie nowego małżeństwa, jeżeli uznany za zmarłego małżonek z poprz. małżeńst. żyje § 1350 k. c. n.		
8.	Impotentia § 60 k. c. a.	Impotentia art. 22 pr. m.		Impotentia kanon 1068.	
9.	Skazanie na ciężkie więzienie § 61 k. c. a.				
10.	Brak zapowiedzi § 69 nast. k. c. a.				
11.		Porwanie art. 13 p. m.			
12.		Przystojność publiczna art. 37 pr. m.			
13.		Brak formy art. 51 pr. m.			
14.		Pokrewieństwo i powinow. w dalszych stopn. art. 31 nast. 92 pr. m.			
15.		Cognatio spiritualis art. 33 p. m.			
16.		Adopcja art. 35 pr. m.			
17.				Conditio kanon 1092.	
	II. Impedimenta impedientia.	II. Impedimenta impedientia.	II. Impedimenta impedientia.	II. Impedimenta impedientia.	II. Impedimenta impedientia.
1.		Wiek (u mężczyzn 18 lat, u kobiet 16) art. 6 i 7 pr. m.	Brak dojrzałości małżeńskiej (Ehemündigkeit) § 1303 k. c. n.	Małoletność kan. 1034.	
2.		Brak zezwolenia ojca, art. 15, małż. opiekuna z pupilem art. 18, małż. wojskowych art. 20 pr. m.	Brak zezwolenia rodzica, jako takiego, nie jako ustawowego zastępcy §§ 1305—8 k. c. n.	Parentes in scii aut rationaliter inviti kan 1034.	
3.			Pendencja skargi o nieważność lub skargi restytucyjnej przeciwko wyrokowi, którym poprzednie małżeństwo zostało rozwiązane lub unieważnione § 1309 ust. 2 k. c. n.		
4.			Affinitas illegitima § 1310 ust. 2 k. c. n.		
5.			Adopcja § 1311 k. c. n.		Adopcja art. 348 c. c.
6.	Czas żałoby (Wartezeit) §§ 120, 121 k. c. a.	Czas żałoby art. 68 pr. m.	Czas żałoby (Wartezeit) § 1313 k. c. n.		Czas żałoby (crainte d'une confusion de part) art. 228, 296 c. c.
7.			Układ o dzieci z poprzedniego małżeństwa § 1314 k. c. n.		
8.	Małż. wojskowych § 52 u. z d. 5/7 1912 l. 128 d. u. p., § 40 tejeże ust.	Małż. wojskowych art. 20 pr. m.	Brak pozwoł. na małż. wojsk., urzęd., cudzoziem. § 1315 k. c. n.		Stan wojskowy.
9.			Pendencja skargi przeciw wyrokowi, w którym małżonek jednego z nupturientów został uznany za zmarłego § 1349.		
10.	Nieprzedłożenie dokumentów §§ 78, 127 k. c. a.	Nie przedłożenie dokumentów art. 53 nast. pr. n.		Nie przedłożenie dokumentów kan. 1021, 1030.	Nie przedł. dok. ustawy z r. 1850 i 1896.
11.				Votum simplex virginitatis kan. 1058.	
12.				Małżeństwo między osobami ochrzczoneymi, z których jedna jest katoliczką, a druga heretycką lub schizmatycką (imp. mixtae religionis) kan. 1060.	
13.				Małż. z tymi, qui notorie aut catholicam fidem abiecerunt etc. kan. 1065.	
14.				Brak spowiedzi kan. 1066.	
15.					Brak t. zw. actes respectueux art. 151 nast. c. c., zreformowany ustawą z 20. VI. 1896.
16.					Brak zapowiedzi art. 192 c. c.
17.					Wniesienie opozycji przeciwko zamierzonemu małż. art. 68 c. c.
18.				Tempus clausum kan. 1108.	
19.				Vetitum kan. 1039 § 1.	

