

Mirosław Kosek*

Ochrona małżeństwa i rodziny we włoskim prawie rozwodowym**1

1. WPROWADZENIE

Włoskie prawo rodzinne na przestrzeni ostatnich kilku lat było przedmiotem licznych – i co ważniejsze – zasadniczych zmian. Objęły one również problematykę prawa rozwodowego zarówno materialnego, jak i procesowego. Przyczyny wspomnianych zmian są wielorakie i z pewnością warto odrębnego opracowania. Dokonując koniecznego uogólnienia na użytek przedmiotowego opracowania, należy zwrócić uwagę na dwie ze wspomnianych przyczyn, tj. zmiany o charakterze społecznym dokonujące się w społeczeństwie włoskim, w tym wzrost liczby i znaczenia tzw. związków nieformalnych, a także tendencje widoczne we współczesnych systemach prawnych w obszarze prawa rodzinnego, w tym zwłaszcza w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Zasadniczy przedmiot rozważań ukazany zostanie na tle wspomnianej ewolucji poszczególnych instytucji włoskiego prawa rodzinnego, poczynając od Konstytucji Republiki Włoskiej, w której zasada ochrony małżeństwa i rodziny znajduje swoje umocowanie. Biorąc pod uwagę rozległość przedmiotowej problematyki, rozważania koncentrują się wokół najbardziej zasadniczych kwestii, mających decydujące znaczenie w kontekście zasadniczego przedmiotu rozważań.

Ustawą z 21.05.2016 r. ustawodawca włoski dokonał prawnej regulacji związków cywilnych osób tej samej płci oraz związków faktycznych². Ustawa ta nie jest przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu. Wymaga ona odrębnego i szczegółowego opracowania. W kontekście zasadniczego przedmiotu rozważań warto jedynie zasygnalizować, że fakt wejścia w życie tej ustawy postrzegany jest w kategoriach zasadniczej zmiany włoskiego prawa rodzinnego. Biorąc pod uwagę zawarte w niej unormowania, w literaturze wskazuje się trzy typy związków o charakterze rodzinnym uznawanych przez włoskie prawo rodzinne i podlegających

* Dr hab. Mirosław Kosek jest profesorem w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-1915-3555, e-mail: m.kosek@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 20.12.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 21.01.2021 r.

¹ W prezentowanym artykule zawarto fragmenty opracowania przygotowanego przez autora artykułu w ramach projektu badawczego „Polityka Sprawiedliwości 2018”, realizowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości i Centrum Badań nad Rodziną UMK w Toruniu. Treści te nie były wcześniej publikowane.

² Por. La legge n. 76 del 20 maggio 2016, "Gazzetta Ufficiale" n. 118 del 21.05.2016.

ochronie, aczkolwiek w różnym stopniu (zakresie): małżeństwo między mężczyzną i kobietą, które znajduje umocowanie w konstytucji i Kodeksie cywilnym, związek faktyczny, regulowane w drodze umowy między stronami oraz związek cywilny osób tej samej płci, któremu ustawodawca przyznaje ochronę, posiłkując się uregulowaniami dotyczącymi małżeństwa³.

2. POJĘCIE RODZINY I JEJ OCHRONA W ŚWIETLE KONSTYTUCJI REPUBLIKI WŁOSKIEJ Z 27.12.1947 R.

Problematyka ochrony rodziny znajduje swoje konstytucyjne umocowanie w art. 29, 30 i 31 Konstytucji Republiki Włoskiej z 27.12.1947 r. (dalej Konstytucja), która nie ma swojego odpowiednika we wcześniejszych aktach prawnych tej rangi. Przepisy te stanowią nie tylko nową jakość w sensie formalnym, ale także w sensie przedmiotowym⁴.

Zgodnie z art. 29 Konstytucji: „Republika uznaje prawa rodziny jako naturalnego związku opartego na małżeństwie. Małżeństwo opiera się na równości moralnej i prawnej małżonków w granicach określonych przepisami prawa gwarantującymi jedność rodzinną”⁵.

Cytowany przepis ma fundamentalne znaczenie z dwóch powodów. Po pierwsze, zawiera konstytucyjną definicję rodziny, przyjmując za jej podstawę małżeństwo, po drugie – formułuje zasadę równouprawnienia małżonków. W obu aspektach omawiana regulacja stanowiła istotną nowość w ustawodawstwie włoskim. Należy pamiętać, że obowiązujący w dniu uchwalenia Konstytucji włoski Kodeks cywilny z 1942 r. w zakresie prawa rodzinnego oparty był na idei patriarchy, co miało swoje konsekwencje nie tylko w relacji rodzic (ojciec) – dziecko, ale także w odniesieniu do relacji między małżonkami, czego wymownym przykładem była różna ocena naruszenia sfery obowiązków małżeńskich⁶.

Treść przepisu art. 29 zd. 1 Konstytucji jest wyrazem kompromisu – na co również zwraca się uwagę w doktrynie⁷ – zawartego na forum Zgromadzenia Konstytucyjnego między zwolennikami ujęcia prawnonaturalnego (*componente cattolica*) a zwolennikami ujęć bardziej liberalnych (*componente laica*) sprzeciwiającymi się przyjmowaniu za konstytucyjny takiego modelu rodziny, który nie uwzględnia funkcjonujących w społeczeństwie różnorodnych form życia rodzinnego. Przyjętą formułę rodziny jako „naturalnej wspólnoty” (*società naturale*) interpretowano, zwłaszcza w pierwszych latach po uchwaleniu Konstytucji, jako podkreślenie szczególnego znaczenia rodziny w społeczeństwie, ale także – w sensie ścisłym prawnym

³ Por. szerzej na ten temat C.G. Izzo, *Le separazioni personale dei coniugi. profili sostanziali* [w:] *Separazione e divorzio nell'esperienza giudiziaria*, C.G. Izzo, F. Pantanella, A. Izzo, Neapol 2017, s. 15.

⁴ Por. szerzej G. Canttaneo, *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nella altre leggi ordinarie* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini*, volume primo, *Famiglia e matrimonio*, Vicenza 2016, s. 21 i n.

⁵ Cytując Konstytucję włoską korzystaliśmy z tłumaczenia Z. Witkowskiego, por. Konstytucja Republiki Włoskiej, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/11/Wlochy_pol_010711.pdf (dostęp: 25.11.2020 r.).

⁶ Przykładowo, cudzołóstwo, którego dopuścił się mąż – w odróżnieniu od cudzołóstwa popełnionego przez żonę – traktowano w świetle Kodeksu cywilnego z 1942 r. jako zawinione tylko wówczas, gdy z okoliczności wynikało, że stanowiło ono ciężką obrazę (*ingiuria grave*) wobec żony, a kwalifikowano je jako przestępstwo tylko wówczas, gdyby mąż „trzymał” swoją konkubinę w domu, w którym wspólnie zamieszkiwali małżonkowie. Por. C.G. Izzo, *Le separazioni...* [w:] *Separazione...*, s. 11.

⁷ Por. A. Cossiri [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, terza edizione, Vicenza 2016, s. 18 i n.

– jako uznanie jej praw o charakterze pierwotnym i fundamentalnym, niezależnych od uznania państwa. W myśl tej wykładni, „rodzina ma sobie właściwe prawa, wobec których państwo, w swej aktywności legislacyjnej powinno chylić czoło”⁸. Współcześnie znaczna część doktryny odchodzi od wyżej przedstawionej wykładni. W szczególności odrzuca się pogląd, zgodnie z którym występująca w art. 29 zd. 1 formuła „wspólnoty naturalnej” implikuje konieczność przyjęcia istnienia bliżej nieokreślonych praw naturalnych o charakterze przedpaństwowym (niepozytywistycznym). Kwestionowany jest również pogląd uznający rodzinę („wspólnotę naturalną”) za samodzielny podmiot prawa o charakterze ponadjednostkowym. Z powyższą tendencją w wykładni omawianego przepisu koresponduje pogląd, zgodnie z którym włoski ustawodawca konstytucyjny, uznając rodzinę za wspólnotę naturalną, posłużył się „normą blankietową” (*norma in bianco*), odsyłając do pojęcia rodziny funkcjonującego w kontekście historycznym i społecznym, w którym norma ta jest stosowana, dopuszczając tym samym możliwość modyfikacji samego pojęcia w zależności od kontekstu historycznego i społecznego⁹. Przy takiej interpretacji omawianej formuły termin „naturalny” postrzega się jako synonim terminu „społeczny”, a określenie „wspólnota naturalna” (*società naturale*) jako synonim „formacja społeczna” (*formazione sociale*)¹⁰. Tego typu interpretacja wydaje się jednak zbyt daleko wykraczać poza dopuszczalne granice wykładni, prowadząc do daleko idącej relatywizacji pojęcia rodziny.

Powyższe rozważania ukazują pewne przeciwstawne tendencje obecne w doktrynie włoskiej w przedmiocie wykładni omawianego przepisu Konstytucji. Nie jest natomiast przedmiotem zasadniczego sporu konieczność uwzględnienia w wykładni art. 29 Konstytucji w powiązaniu z jej art. 2, który stanowi w systemie włoskim podstawę uznania i gwarancji nienaruszalnych praw człowieka¹¹. Gwarancje te obejmują podmiot jako jednostkę, ale także – co istotne w kontekście przedmiotowych rozważań – jako uczestnika „grup społecznych” (*formazioni sociali*), w których rozwija on swoją osobowość. Przez pojęcie „formazione sociali” należy rozumieć przede wszystkim rodzinę opartą na małżeństwie, opisywaną przez włoski Sąd Konstytucyjny w kontekście art. 2 Konstytucji jako grupę społeczną o charakterze pierwotnym (*formazione sociale primaria*)¹², ale nie tylko. W jednym z orzeczeń, ocenionych w doktrynie jako kontrowersyjne¹³, włoski Sąd Konstytucyjny – za formację społeczną na gruncie art. 2 Konstytucji uznał „każdą formę wspólnoty zdolną umożliwić swobodny rozwój osoby”, w tym także związek homoseksualny, rozumiany jako „stabilne pożycie dwóch osób tej samej płci”¹⁴.

⁸ Por. szerzej na ten temat G. Canttaneo, *La famiglia... [w:] Trattato...*, volume primo..., s. 22 wraz z powołaną tam literaturą.

⁹ G. Canttaneo, *La famiglia... [w:] Trattato...*, volume primo..., s. 23.

¹⁰ G. Canttaneo, *La famiglia... [w:] Trattato...*, volume primo..., s. 23.

¹¹ Przepis art. 2 Konstytucji włoskiej stanowi: „Republika uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka, zarówno jako jednostki, jak i uczestnika grup społecznych, w których rozwija on swoją osobowość i wymaga wypełniania niedających się uchylić obowiązków solidarności politycznej, ekonomicznej i społecznej”. Por. Konstytucja Republiki Włoskiej, <http://biblioteca.sejm.gov.pl> (dostęp: 22.10.2020 r.).

¹² Por. Corte Cost. 18.2.1988, n. 183.

¹³ Por. C. Bergonzini [w:] *Commentario...*, s. 6. i podaną tam literaturę.

¹⁴ Por. Corte Cost. 15.4.2010, c. 138: „Przez formację społeczną należy rozumieć każdą formę wspólnoty, prostą lub złożoną, odpowiednią dla umożliwienia i wspierania swobodnego rozwoju osoby w życiu wspólnym (...). Pojęcie to obejmuje również związek homoseksualny, rozumiany jako stabilne pożycie dwojga osób tej samej płci, które mają podstawowe prawo do swobodnego życia w formie pary, osiągając to – w czasie, w sposób i w granicach ustanowionych przez prawo”, <https://www.cortecostituzionale.it> (tłumaczenie – M.K.).

Niezależnie od generalnej aprobaty dla wykładni art. 29 Konstytucji w powiązaniu z jej art. 2, w doktrynie wskazuje się na pewne granice tego kierunku wykładni. Zdaniem części autorów nie może ona prowadzić do asymilacji przepisu art. 29 Konstytucji przez przepis art. 2. Takie skutki generowałaby aprobatą dla stanowiska, zgodnie z którym przepis art. 29 Konstytucji można interpretować w zasadzie jako powtórzenie art. 2.¹⁵ Przyjęcie tego stanowiska oznaczałoby, że konstytucyjne gwarancje praw rodziny, których podstawę stanowi art. 29, byłyby rozumiane jako gwarancje odnoszące się jedynie do poszczególnych członków rodziny, ale nie rodziny jako takiej. To z kolei nie znajduje wystarczających podstaw w treści przepisu art. 29 zd. 1 Konstytucji. Należy także podkreślić, że wykładnia systemowa omawianego przepisu powinna być dokonywana nie tylko w kontekście art. 2 Konstytucji, ale powinna mieć na uwadze również inne przepisy Konstytucji odnoszące się do rodziny, obejmujące m.in.: obowiązek wykształcenia, wychowania i utrzymania dziecka przez rodziców (art. 30), obowiązek ekonomicznego wspierania przez państwo rodziny, zwłaszcza wielodzietnej (art. 31), w tym zasiłki dla rodzin i stypendia związane z wyrównywaniem szans w zakresie wykształcenia ponadpodstawowego (art. 34.4), prawo pracownika do wynagrodzenia, wystarczającego do zapewnienia sobie i rodzinie swobodnej i godnej egzystencji (art. 36), a także zapewnienie kobiecie warunków pracy, umożliwiających wypełnianie jej podstawowej funkcji rodzinnej oraz zapewniających matce i dziecku szczególną ochronę (art. 37). W obrębie wspomnianych przepisów poszukiwać należy konkretnej egzemplifikacji ogólnej formuły praw rodziny występującej w art. 29 zd. 1 Konstytucji. Do kategorii specyficznych praw rodziny zaliczyć należy zatem niewątpliwie gwarancje dotyczące moralnej i prawnej równości małżonków (art. 29 zd. 2) oraz prawa i obowiązki rodziców wobec ich dzieci (art. 30 zd. 1). W tej kategorii postrzegać także należy przepisy będące wyrazem ochrony rodziny, w tym ochrony macierzyństwa i dzieciństwa (art. 31 Konstytucji).

3. ROZWÓD W PRAWIE WŁOSKIM

3.1. Uwagi ogólne

Do wejścia w życie ustawy z 10.11.2014 r.¹⁶ uzyskanie rozwodu było możliwe jedynie w drodze orzeczenia sądu. Wspomniana ustawa, nowelizując art. 6 i 12 ustawy z 1.12.1970 r., wprowadziła dwa alternatywne sposoby uzyskania rozwodu (także separacji) w formie pozasądowej: na mocy ugody między małżonkami, zawartej w postępowaniu negocjacyjnym w obecności adwokatów stron (tzw. *negoziazione assistata*), a także w formie ugody zawartej przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Celem wskazanej noweli było, m.in., jak można wnioskować z jej tytułu, „uwolnienie” spraw rozwodowych spod władzy sądowniczej (*degiurisdizionalizzazione*) i stworzenie małżonkom możliwości pozasądowego, a tym samym uproszczonego i szybszego sposobu uzyskania rozwodu.

¹⁵ Por. G. Canttaneo, *La famiglia...* [w:] *Trattato...*, volume primo..., s. 23–24 wraz z powołaną tam literaturą.

¹⁶ Por. Legge n. 132 del 12 settembre 2014, „Gazzetta Ufficiale” n. 261 del 10.11.2014 – Suppl. Ordinario n. 84.

Należy także podkreślić, że ustawodawca włoski nie posługuje się terminem rozwód (*divorzio*), a sformułowaniem „rozwiązanie małżeństwa cywilnego” (*lo scioglimento del matrimonio*) lub „uchylenie skutków cywilnych” małżeństwa wyznaniowego (*la cessazione degli effetti civili*). W literaturze przedmiotu spotkać można pogląd, którego autor fakt niestosowania w ustawodawstwie włoskim terminu rozwód (*divorzio*) – pomimo posługiwania się nim w debacie parlamentarnej – interpretuje w kategoriach swego rodzaju awersji ustawodawcy do nowej instytucji¹⁷. Termin *divorzio* w aktach normatywnych pojawia się po raz pierwszy w art. 6 i 12 Dekretu legislacyjnego z 12.09.2014 r.¹⁸, ale tylko w warstwie opisowej, tj. w formie wyjaśnienia dokonanych zmian, które „nie modyfikują warunków separacji i rozwodu”. W treści poszczególnych przepisów termin ten nadal nie jest stosowany.

3.2. Rozwód w formie orzeczenia sądu

Możliwość orzeczenia rozwodu w prawie włoskim wprowadzono ustawą *Postępowanie w sprawach o rozwiązanie małżeństwa* z 1.12.1970 r.¹⁹ Nie zdecydowano się jednak na wprowadzenie przedmiotowych zmian w drodze nowelizacji włoskiego Kodeksu cywilnego (włączenie przepisów dotyczących rozwodu do Kodeksu cywilnego), ale wprowadzono je do systemu prawa rodzinnego w formie specjalnej ustawy. Ten model regulacji przedmiotowej problematyki zachowano również w kolejnych nowelizacjach²⁰. Fakt ten prowadzi do pewnego paradoksu legislacyjnego: włoski Kodeks cywilny w części dotyczącej prawa rodzinnego, stanowiącej jego integralną część, nie reguluje tak istotnej instytucji prawnorodzinnej jak rozwiązanie małżeństwa. Zawiera natomiast szczegółowe normy dotyczące np. instytucji separacji (art. 150–158).

Wspomniana ustawa z 1.12.1970 r., wielokrotnie nowelizowana, kompleksowo reguluje przedmiotową problematykę zarówno w sensie materialnoprawnym, jak i proceduralnym.

3.3. Przestanki i przyczyny rozwodu w prawie włoskim

Zasadnicze znaczenie w zakresie przepisów materialnoprawnych dotyczących rozwodu ma art. 1 ustawy z 1.12.1970 r. (dalej ustawa), regulujący pozytywną przesłankę rozwodową oraz art. 3, w którym ustawodawca wymienia dopuszczalne przyczyny uzasadniające jego orzeczenie. Sposób regulacji przedmiotowej materii przypomina unormowanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę w dekrecie Prawo małżeńskie z 25.09.1945 r.²¹ W art. 24 tego dekretu, obok sformułowania

¹⁷ Por. M. Lupo, *Il divorzio* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini*, vol. terzo, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Turyn 2016, s. 2382.

¹⁸ Il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 conversione in legge 10 novembre 2014, n. 162, *Supplemento ordinario alla "Gazzetta Ufficiale"* n. 261 del 10.11.2014 – *Serie generale*.

¹⁹ Legge dal 1 dicembre 1970, n. 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, pubblicata nella *"Gazzetta Ufficiale"* n. 306 del 3.12.1970.

²⁰ Nowelą z 10.05.1975 r. zmodyfikowano m.in. przepis art. 149 włoskiego Kodeksu cywilnego, dopuszczając możliwość rozwiązania małżeństwa – poza przypadkiem śmierci jednego z małżonków – także „w innych przypadkach przewidzianych przez ustawę”.

²¹ Dekret z 25.09.1945 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 270).

przesłanek rozwodowych wymieniono również – choć nie w formie taksatywnej, jak ma to miejsce w prawie włoskim, a „w szczególności” – konkretne przyczyny, których wystąpienie uzasadniało orzeczenie rozwodu²².

Zgodnie ze wspomnianym art. 1 ustawy z 1.12.1970 r. sąd orzeka rozwiązanie małżeństwa (*scioglimento del matrimonio*), zawartego zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, gdy stwierdzi – po bezskutecznej próbie pojednania stron – że wspólnota duchowa i materialna między małżonkami (*comunione spirituale e materiale*) nie może zostać utrzymana lub zrekonstruowana (*ricostituita*) z przyczyn wymienionych w art. 3 ustawy. Podobny w treści przepis (art. 2 ustawy) odnosi się do małżeństw zawartych w formie wyznaniowej, przy czym ustawodawca posługuje się w tym przypadku formułą „uchylenia skutków cywilnych” (*cessazione degli effetti civili*) małżeństwa.

Cytowany przepis art. 1 ustawy ma zasadnicze znaczenie dla modelu rozwodu przyjętego przez włoskiego ustawodawcę. Fundamentem tego modelu jest przesłanka interpretowana przez doktrynę jako „nieodwracalny rozpad więzi małżeńskie”²³ (co można postrzegać jako odpowiednik przesłanki rozkładu pożycia o charakterze zupełnym i trwałym, sformułowanej przez polskiego ustawodawcę w art. 56 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁴), która powinna znaleźć swój wyraz (*deve manifestarsi*) w jednej z taksatywnie wskazanych w art. 3 przyczyn uzasadniających żądanie pozwu²⁵.

Sformułowanie „wspólnota duchowa i materialna” wskazuje – w aspekcie duchowym – na istnienie tzw. *affectio coniugalis*, emocjonalno-wolitywnej więzi, której wyrazem jest postrzeganie współmałżonka jako jedynego partnera życiowego. Sformułowanie to – z materialnego punktu widzenia – implikuje z kolei określony sposób wspólnego pożycia, charakteryzujący się wspólnym gospodarstwem domowym (zwykle realizowanym przez wspólne zamieszkanie), wzajemną pomocą, oraz – z reguły – współżyciem fizycznym dostosowanym do wieku i zdrowia małżonków²⁶. Podkreśla się przy tym, że wspomniana wspólnota materialna nie może być rozumiana jako zwykła kohabitacja, ale jako „istotny element pożycia małżeńskiego (*matrimonio-rapporto*), który manifestuje się przez przywiązanie do wspólnego życia małżeńskiego, stabilnego i trwałego”²⁷.

W doktrynie przeważa opinia, zgodnie z którą powołanie się jedynie na wyszczególnione w art. 3 omawianej ustawy przyczyny nie jest warunkiem wystarczającym (choć koniecznym) dla uzyskania rozwodu²⁸. Przeciwny pogląd implikowałby automatyzm w orzekaniu rozwodu i wykluczałby możliwość utrzymania (istnienia) wspólnoty małżeńskiej w każdym przypadku wystąpienia wskazanej w art. 3

²² Por. szerzej na ten temat np. S.M. Grzybowski, I. Róžański, *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946, s. 138 i n. Warto dodać, że w Kodeksie rodzinnym z 1950 r. (Dz.U. z 1950 r. Nr 34, poz. 308) (art. 29), polski ustawodawca odstąpił od sposobu regulacji typowego dla wspomnianego dekretu, zastępując wykaz przyczyn rozwodu klauzulą „ważnych powodów”.

²³ Tak np. A. Zaccaria [w:] *Commentario breve...*, s. 1342, pkt III.

²⁴ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

²⁵ A. Zaccaria [w:] *Commentario breve...*, s. 1343.

²⁶ A. Zaccaria [w:] *Commentario breve...*, s. 1343 wraz z powołanym orzecznictwem.

²⁷ Szerzej na ten temat por. M. Lupo, *Il divorzio* [w:] *Trattato...*, volume terzo, s. 2383 i n. wraz z powołaną tam literaturą i orzecznictwem.

²⁸ Por. A. Fede [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, Vicenza 2016, s. 1348; por. także R. Giovangoli, *Separazione e divorzio: percorsi giurisprudenziali*, Mediolan 2009, s. 227.

przyczyny. Z drugiej strony, równie trudny do utrzymania w świetle omawianych uregulowań byłby pogląd, zgodnie z którym sama przesłanka z art. 1 ustawy stanowi wystarczającą podstawę orzeczenia rozwodu, bez konieczności wykazania istnienia przynajmniej jednej z przyczyn wymienionych w art. 3 ustawy. Pogląd ten spotkał się także z krytyką w orzecznictwie²⁹. Należy zatem przyjąć, że możliwość orzeczenia rozwodu jest „wypadkową” przesłanki generalnej z art. 1 i wskazanych w art. 3 przyczyn rozpadu wspólnoty małżeńskiej. W każdym poszczególnym przypadku sąd orzekający rozwiązanie małżeństwa przez rozwód powinien zatem zweryfikować wystąpienie podstawowej przesłanki, sformułowanej w art. 1 ustawy oraz istnienie przynajmniej jednej z przyczyn ujętych w art. 3.

W kontekście omawianego przepisu art. 1 ustawy z 1.12.1970 r. należy podkreślić, że prawo włoskie – poza generalną przesłanką niemożności zachowania lub zrekonstruowania wspólnoty duchowej i materialnej małżonków – nie przewiduje żadnych innych przesłanek, w szczególności tzw. przesłanek negatywnych, które uniemożliwiałyby orzeczenie rozwodu mimo wystąpienia przesłanki pozytywnej. Roli takiej nie pełni ani wzgląd na dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków, ani, tym bardziej, wina współmałżonka, czy klauzula zasad współżycia społecznego – jak ma to miejsce w prawie polskim³⁰. Możliwość orzeczenia rozwodu w prawie włoskim nie jest także w jakikolwiek sposób uwarunkowane sytuacją małżonka sprzeciwiającego się rozwodowi. W szczególności nie może on powołać się na szczególnie ciężką dolegliwość (tzw. *Härteklauseel* w prawie niemieckim) natury osobistej lub majątkowej, z którą wiązałoby się orzeczenie rozwodu, jako podstawę oddalenia powództwa o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód³¹.

Warto w tym kontekście zasygnalizować, że klauzula dobra dziecka występuje w prawie włoskim jako przesłanka separacji sądowej. Żądając jej orzeczenia, zgodnie z art. 151 włoskiego Kodeksu cywilnego, strona może powołać się na klauzule tzw. ciężkiego uszczerbku (*grave pregiudizio*) w wychowaniu dziecka, przy dalszym zachowaniu faktycznego wspólnego pożycia stron. Z treści wspomnianego przepisu wynika, że dobro dziecka pełni funkcję pozytywnej przesłanki separacji – przemawia za jej orzeczeniem w sytuacji wystąpienia okoliczności (zdarzeń) powodujących wspomniany „ciężki uszczerbek” w procesie jego wychowania. Kwestia ta będzie przedmiotem rozważań w dalszej części opracowania.

Wspomniany wyżej art. 3 ustawy zawiera wykaz przyczyn, z których przynajmniej jedna musi wystąpić, by rozwód mógł zostać orzeczony. Na opisanie tych przyczyn doktryna włoska posługuje się różnymi terminami, przykładowo: powody (*mottivi*), przypadki (*casi di divorzio*), okoliczności (*circostanze*, *fattispecie*), przesłanki (*presuposti*), uwarunkowania faktyczne (*fatti condizionati*). Przyczyny te porządkuje się zwykle w dwie grupy: pierwsza obejmuje przyczyny o charakterze penalnym – art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy, druga zaś grupa – inne przyczyny wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy³².

²⁹ Por. np. wyrok Sądu kasacyjnego z 23.04.1983 r., nr 2903 za: R. Giovangoli, *Separazione...*, s. 228.

³⁰ Szerzej na temat negatywnych przesłanek rozwodu w prawie polskim por. W. Stojanowska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 623 i n.

³¹ Szerzej na temat tzw. *Härteklauseel* w prawie niemieckim por. np. D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrecht*, wyd. 5, Monachium 2004, s. 447 i n.

³² Por. szerzej na ten temat G. Bonilini, *Le cause di divorzio* [w:] *Trattato...*, volume terzo, *La separazione personale...*, s. 2427.

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 1 małżonek może żądać rozwodu w przypadku, gdy współmałżonek, po zawarciu małżeństwa (także za czyny popełnione przed jego zawarciem) został skazany prawomocnym wyrokiem:

- a) na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę 15 lat pozbawienia wolności za jedno lub więcej przestępstw popełnionych z winy umyślnej, z wyłączeniem przestępstw o charakterze politycznym i przestępstw popełnionych z motywów o szczególnym znaczeniu moralnym i społecznym,
- b) na karę pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 564 Kodeksu karnego (kaziroddstwo) lub za jedno z przestępstw z art. 519, 521, 523 i 524 Kodeksu karnego (m.in. zgwałcenie, doprowadzenie do współżycia lub innej czynności seksualnej z osobą małoletnią, wykorzystanie pozycji dominującej w celu wymuszenia współżycia) albo za nakłanianie, zmuszanie, współdziałanie lub czerpanie zysków z prostytucji,
- c) na karę pozbawienia wolności za zabójstwo własnego dziecka albo za usiłowanie zabójstwa współmałżonka lub własnego dziecka,
- d) na karę pozbawienia wolności dwoma lub więcej wyrokami, za przestępstwa z art. 582 (spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), z uwzględnieniem okoliczności, o których mowa w art. 583 ust. 2 i przestępstwa z art. 570 (naruszenie obowiązków rodzinnych), art. 572 (znęcanie się nad rodziną) i art. 643 (działanie na szkodę osoby małoletniej lub ubezwłasnowolnionej) Kodeksu karnego, popełnione na osobie współmałżonka lub własnego dziecka.

W przypadku przestępstw wymienionych w pkt d sąd właściwy do orzeczenia rozwodu stwierdza po stronie małżonka dopuszczającego się przestępstwa brak zdolności do dalszego utrzymywania lub odbudowania pożycia małżeńskiego. We wszystkich wymienionych w pkt 1 przypadkach pozew rozwodowy nie może zostać uwzględniony, jeżeli został wniesiony przez małżonka, który współuczestniczył w przestępstwie lub gdy małżonkowie podjęli wspólne pożycie.

Druga grupa przyczyn uzasadniających orzeczenie rozwodu obejmuje przyczyny o różnym charakterze – innym niż prawnokarne. Małżonek – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 – może zatem żądać rozwiązania małżeństwa także w przypadku, gdy współmałżonek, z powodu całkowitej niepoczytalności, został uniewinniony od zarzutu popełnienia przestępstwa, opisanego powyżej w pkt 1 b i c. Niezbędne jest jednak w tym przypadku stwierdzenie przez sąd właściwy do orzeczenia rozwodu po stronie pozwanego niemożności (niezdolności do) utrzymania lub podjęcia na nowo pożycia małżeńskiego (art. 3 ust. 1 pkt 2 a ustawy). Małżonek może również żądać rozwodu w sytuacji, gdy wszczęte przeciwko współmałżonkowi postępowanie karne z tytułu popełnienia przestępstwa przewidzianego w art. 3 ust. 1 pkt 1 b i c omawianej ustawy nie mogło być kontynuowane w powodu przedawnienia, jednakże sąd właściwy do orzeczenia rozwiązania małżeństwa (lub uchylecia jego skutków cywilnych) uznał, że czyny popełnione przez małżonka wyczerpywały elementy konstytutywne i przesłanki karalności wskazanych przestępstw (art. 3 ust. 1 pkt 2 c ustawy). Małżonek może żądać rozwodu również wówczas, gdy postępowanie karne wszczęte przeciwko współmałżonkowi o popełnienie przestępstwa kaziroddstwa

zakończyło się uniewinnieniem lub odstąpieniem od karalności z powodu braku znamion skandalu publicznego (art. 3 ust. 2 pkt d) oraz gdy współmałżonek – obcokrajowiec – uzyskał za granicą unieważnienie małżeństwa lub jego rozwiązanie (rozwód) albo zawarł nowe małżeństwo (art. 3 ust. 2 pkt e). Ponadto – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 f oraz g omawianej ustawy – małżonek może żądać rozwiązania małżeństwa, gdy nie zostało ono „skonsumowane”, tzn. gdy małżonkowie nie podjęli współżycia fizycznego, a także gdy zapadło prawomocne orzeczenie w przedmiocie zmiany płci, zgodnie z ustawą z 14.04.1982 r.

Szczególne znaczenie wśród wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy okoliczności warunkujących żądanie orzeczenia rozwodu zajmuje separacja. Z jednej strony, jest ona instytucją autonomiczną w porównaniu z rozwodem, uregulowaną w Kodeksie cywilnym (art. 150–158), ale także funkcjonuje jako jedna z przyczyn rozwodu, przewidzianych w art. 3 omawianej ustawy z 1.12.1970 r. Małżonek może zatem żądać rozwodu, jeżeli między małżonkami orzeczona została prawomocnym wyrokiem separacja sądowa albo zatwierdzona separacja zgodna (konsensualna), albo jeżeli małżonkowie pozostają w separacji faktycznej, która została zainicjowana przynajmniej dwa lata przed 18.12.1970 r. (data wejście w życie omawianej ustawy rozwodowej w jej pierwotnym brzmieniu). We wszystkich tych przypadkach ustawodawca wymaga określonego czasu pozostawania przez małżonków w separacji. W wersji pierwotnej omawianej ustawy ustawodawca przewidywał, że separacja powinna trwać nieprzerwanie przez okres pięciu lat. Okres ten został najpierw skrócony do lat trzech przez ustawę z 22.05.1987 r.³³ Obecnie obowiązujący przepis art. 3.1 pkt 2 b, w wersji ustalonej nowelą z 6.05.2015 r.³⁴, określa wymagany czas pozostawania małżonków w separacji na przynajmniej dwanaście miesięcy, licząc od daty osobistego stawienia się stron przez przewodniczącym sądu w celu potwierdzenia żądania pozwu i próby pojednania lub sześć miesięcy – w przypadku tzw. separacji zgodnej. W literaturze przedmiotu ustawa ta, z powodu znacznego skrócenia okresu separacji, określana jest mianem *divorzio breve* – „rozwodu skróconego” (uproszczonego)³⁵.

3.4. Separacja

Separacja w prawie włoskim pełni – jak już wspomniano – dwie funkcje: jest przesłanką orzeczenia rozwodu – o czym była mowa wyżej – oraz instytucją autonomiczną niezależną od rozwodu. Nie jest celem przedmiotowych rozważań szczegółowe omówienie separacji, a jedynie wyeksponowanie pewnych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia zasadniczego przedmiotu rozważań – ochrony małżeństwa i rodziny.

Prawo włoskie rozróżnia separację sądową (*separazione giudiziale*), z natury swej sporną, i separację zgodną (*separazione consensuale*)³⁶. Znana mu jest także

³³ Por. Legge n. 74 del 6 marzo 1987, “Gazzetta Ufficiale”, Serie Generale, n. 58 del 11.03.1987. Szerzej na temat tej noweli por. La riforma del divorzio, a cura di Enrico Quardi, Neapol 1989.

³⁴ Por. Legge n. 55 del 6 maggio 2015, “Gazzetta Ufficiale”, Serie Generale, n. 107 del 11.05.2015.

³⁵ Por. np. I. Grimaldi [w:] *La famiglia in crisi...*, s. 253.

³⁶ Szerzej na temat separacji por. G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, ed. ottava, Mediolan 2018, s. 219 i n. W literaturze polskiej por. na ten temat A. Sylwestrzak, *Separacja w prawie włoskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003/4, s. 769 i n.

separacja faktyczna (*di fatto*), z którą związane są określone skutki prawne³⁷, oraz separacja czasowa (*separazione temporanea*) orzekana przez sąd, np. na czas trwania postępowania o unieważnienie małżeństwa³⁸.

Separacja sądowa – zgodnie z art. 151 włoskiego Kodeksu cywilnego – może zostać orzeczona w przypadku wystąpienia (także niezależnie od woli jednego lub obojga małżonków) zdarzeń powodujących niemożność kontynuowania pożycia lub wystąpienie ciężkiego uszczerbku (*grave pregiudizio*) w wychowaniu potomstwa. Przyczyny tej niemożności nie zostały w ustawie sprecyzowane. W literaturze przedmiotu wskazuje się na ciężkie naruszenie obowiązków małżeńskich³⁹ – np. obowiązku wierności, naruszenia wspólnego zamieszkania i współdziałania na rzecz rodziny, ale także indywidualną decyzję małżonka w kwestii sztucznego zapłodnienia o charakterze heterologicznym. W odniesieniu do przyczyn niezawinionych, niezależnych od woli małżonków, wskazuje się przykładowo na schorzenia natury psychicznej⁴⁰. Ocena, czy wskazana przez małżonka przyczyna uzasadniająca żądanie orzeczenia separacji spełnia ustawowe przesłanki – tj. czyni niemożliwe dalsze pożycie – zarezerwowana jest każdorazowo dla sądu orzekającego.

W odniesieniu do drugiej ze wskazanych przesłanek – ciężkiego uszczerbku w wychowaniu dziecka – w literaturze istnieje spór dotyczący autonomicznego charakteru tej przesłanki⁴¹. Podnosi się m.in., że w orzecznictwie trudno wskazać przypadek, w którym sąd, orzekając separację, powołałby się w uzasadnieniu swojej decyzji wyłącznie na przesłankę ciężkiego uszczerbku w wychowaniu potomstwa⁴². W doktrynie włoskiej jest reprezentowany także odmienny pogląd broniący autonomiczności omawianej przesłanki, a znajduje on uzasadnienie w konieczności uwzględnienia w wykładni przepisów prawa rodzinnego klauzuli dobra dziecka⁴³. Nie sposób przy tym nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że niewłaściwe zachowanie małżonka w stosunku do dziecka negatywnie wpływa na więzi między małżonkami i możliwość dalszego kontynuowania wspólnego pożycia. Fakt ten, zdaniem niektórych autorów, przemawia na korzyść poglądu o autonomicznym charakterze omawianej przesłanki separacji sądowej⁴⁴.

Separacja może zostać także wprowadzona na podstawie porozumienia między małżonkami (*separazione consensuale*), przy czym wymaga to, zgodnie z art. 158 włoskiego Kodeksu cywilnego, zatwierdzenia przez sąd⁴⁵. W porównaniu z separacją sądową, ta forma separacji cechuje się większą swobodą stron co do możliwości jej ustanowienia, której wyrazem jest choćby brak jakichkolwiek regulacji w zakresie ustawowych jej przesłanek. Sąd może wprawdzie odmówić zatwierdzenia porozumienia małżonków w przedmiocie separacji, ale jest to możliwe w ograniczonym zakresie, tj. w przypadku sprzeczności treści porozumienia z normami bezwzględnie

³⁷ Por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 260 i n.

³⁸ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 223.

³⁹ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 225.

⁴⁰ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 226.

⁴¹ Por. I. Corti, *La separazione giudiziale* [w:] *Il diritto privato nella giurisprudenza. La Familia, a cura di Paolo Cendon*, volume V, *Separazione dei coniugi*, Turyn 2000, s. 54 i n.; por. także G. Ballarani [w:] *Commentario breve...*, s. 365 wraz z powołaną tam literaturą.

⁴² G. Ballarani [w:] *Commentario breve...*, s. 366.

⁴³ Por. A. Sylwestrzak, *Separacja...*, s. 771 wraz z powołaną tam literaturą.

⁴⁴ Por. C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 19.

⁴⁵ Szerzej por. C.G. Izzo, *La separazione...* [w:] *Separazione...*, s. 75 i n.

obowiązującymi lub z klauzulą porządku publicznego. Pewien wyjątek – istotny z punktu widzenia zasadniczego przedmiotu rozważań – dotyczy postanowień porozumienia w zakresie małoletniego dziecka, które również podlegają ocenie sądu w zakresie ich zgodności z dobrem dziecka.

3.5. Postępowanie w sprawach o rozwód

Postępowanie o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, w zakresie właściwości miejscowej, toczy się przed sądem właściwym ze względu na miejsce ostatniego wspólnego zamieszkania małżonków. Może przebiegać w dwóch postaciach – w trybie procesowym (*ordinario*) lub w trybie nieprocesowym (*abbreviato*), w zależności od tego, czy mamy do czynienia z wnioskiem złożonym przez oboje małżonków czy pozwem złożonym przez jednego z nich⁴⁶. Postępowanie nieprocesowe stosowane jest tylko w przypadku zgodnego wniosku stron i ma charakter uproszczony (skrótowy). Wymaga, poza zgodnym wnioskiem stron, konieczności uzgodnienia wszystkich istotnych kwestii dotyczących relacji osobistych i majątkowych małżonków, z uwzględnieniem interesów ich wspólnych dzieci⁴⁷. Sąd dokonuje wysłuchania stron, weryfikacji istnienia przesłanki rozwodowej, wynikającej zarówno z art. 1 ustawy z 1.12.1970 r., jak i jednej z przyczyn (okoliczności) wymienionych w jej art. 3. Szczególnym przedmiotem oceny są uzgodnienia dotyczące małoletnich dzieci. Sąd dokonuje ich oceny z punktu widzenia dobra dziecka. Jeżeli stwierdzi naruszenie interesów dziecka, to może podjąć decyzję o rozpatrzeniu sprawy w trybie procesowym⁴⁸. Zasadny wydaje się w tym kontekście wniosek, że jakkolwiek prawo włoskie nie formułuje dobra dziecka jako przesłanki negatywnej uniemożliwiającej orzeczenie rozwodu, to jednak przewiduje rozwiązania stanowiące jej namiastkę, a przynajmniej dostrzega problem negatywnego wpływu rozwodu na dziecko i konieczność jego ochrony, i zabezpieczenia jego interesów.

W ramach przepisów regulujących ten tryb (nieprocesowy) postępowania brak jest normy dotyczącej obowiązku nakłaniania stron do pojednania, choć została ona *expressis verbis* sformułowana jako obowiązek sędziego w postępowaniu procesowym, o czym będzie mowa poniżej. W doktrynie można jednak spotkać pogląd, którego autor jako jeden z celów wysłuchania stron dokonywanego w toku omawianego postępowania postrzega weryfikację możliwości pojednania stron⁴⁹. Poza tym należy podkreślić, że obowiązek nakłaniania stron do pojednania w postępowaniu o rozwiązanie małżeństwa ma swoje umocowanie w przepisach materialno-prawnych, tj. w art. 1 ustawy. Dotyczy zatem postępowania rozwodowego jako takiego, niezależnie od trybu, w jakim przebiega.

Postępowanie procesowe w przedmiocie rozwiązania małżeństwa przez orzeczenie rozwodu składa się z dwóch faz (stadiów): pierwsza toczy się przed przewodniczącym (*fase presidenziale*), druga – zasadnicza – (*fase in merito e istruttoria*) toczy się przed sędzią wskazanym przez przewodniczącego (*giudice istruttore*)⁵⁰.

⁴⁶ Por. C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 203 i n.

⁴⁷ Szerzej na ten temat por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 283 i n.; por. także C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 205.

⁴⁸ Por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 285.

⁴⁹ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*

⁵⁰ Por. I. Garimaldi [w:] *La Famiglia in crisi...*, s. 236.

W fazie wstępnej (*presidenziale*) przewodniczący wzywa strony do osobistego stawiennictwa w celu nakłonienia ich do pojednania. Przepis art. 4 ustawy o rozwiązywaniu małżeństwa wskazuje, że realizacja tego obowiązku powinna polegać na wysłuchaniu indywidualnie każdej ze stron, a następnie wspólnym wysłuchaniu. Tak szczegółowa norma wskazuje, że ustawodawcy chodzi o rzeczywistą weryfikację możliwości pojednania stron zanim sprawa zostanie skierowana do rozpoznania na rozprawie⁵¹. Jeżeli pojednanie dojdzie do skutku, to sędzia sporządza stosowny protokół i odbiera oświadczenie stron o cofnięciu pozwu. W przypadku, gdy pojednanie nie powiedzie się, przewodniczący po wysłuchaniu stron oraz – jeżeli uzna, że jest to konieczne – po wysłuchaniu małoletniego dziecka stron powyżej 12. roku życia wydaje zarządzenie o skierowaniu sprawy do rozpoznania na rozprawie. Może też wydać tymczasowe zarządzenia dotyczące rozwodzących się małżonków i ich dzieci. Wspomniany wyżej obowiązek wysłuchania małoletniego wynika z norm prawa międzynarodowego (Europejskiej Konwencji o wykonywaniu prawa dziecka z 1996 r., ratyfikowanej przez parlament włoski w 2003 r.), a także z art. 315 włoskiego Kodeksu cywilnego⁵².

W kontekście zasadniczego przedmiotu rozważań podkreślić należy, że ustawodawca włoski nie zdecydował się na rezygnację z obowiązku nakłaniania stron do pojednania, mimo wprowadzenia ustawą z 8.02.2006 r. możliwości mediacji, obejmującej także sprawy rodzinne. Chodzi o znowelizowany na mocy wskazanej ustawy art. 155 Kodeksu cywilnego i wprowadzony art. 155 (6) umożliwiający sędziemu przekazanie sprawy do mediacji po uzyskaniu zgody stron. W doktrynie podkreśla się, że wspomniane przepisy znajdują także zastosowanie w sprawach rozwodowych⁵³. Obowiązek weryfikacji możliwości pojednania stron pozostaje w prawie włoskim integralnym elementem postępowania rozwodowego, nawet gdy praktyka generuje wątpliwości co do jego efektywności. Należy też podkreślić, że obowiązek ten ma charakter obligatoryjny, jego pominięcie może być podstawą zaskarżenia rozstrzygnięcia⁵⁴.

W tym kontekście, uniemożliwienie sędziemu próby pojednania stron w toku obligatoryjnego posiedzenia pojednawczego poprzedzającego rozprawę rozwodową, co nastąpiło w prawie polskim w wyniku noweli do Kodeksu postępowania cywilnego z 28.07.2005 r.⁵⁵ należy ocenić jako błędne⁵⁶.

Warto także podkreślić, że ustawodawca włoski przewidział w procesie rozwodowym udział prokuratora. Udział ten ma charakter obligatoryjny w tzw. drugiej fazie procesu (*fase in merito e istruttoria*)⁵⁷. Warto w tym kontekście wspomnieć, że praktyka taka jest również – jak wynika z badań – stosowana przez prokuraturę w Polsce⁵⁸. Podstawę prawną stanowi art. 7 Kodeksu postępowania cywilnego⁵⁹ uprawniającej prokuratora do przystąpienia do każdej sprawy cywilnej, przy czym praktyka ta nie ma charakteru obligatoryjnego.

⁵¹ Por. szerzej na ten temat w literaturze polskiej W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 45.

⁵² Por. szerzej na ten temat G. Vassallo [w:] *La Famiglia in crisi...*, s. 221.

⁵³ Por. G. Vassallo [w:] *La famiglia in crisi...*, s. 212.

⁵⁴ Por. F. Tommaso [w:] *Commentario breve...*, s. 1373, pkt VI

⁵⁵ Por. Dz.U. Nr 172, poz. 1438.

⁵⁶ Por. szerzej na ten temat W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja...*, s. 34 i n.

⁵⁷ Por. C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 209.

⁵⁸ Por. M. Kosek, *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*, Warszawa 2016, s. 269 i n.

⁵⁹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

3.6. Rozwód w trybie pozasądowym

Ustawą z 10.11.2014 r.⁶⁰ ustawodawca włoski wprowadził w zakresie przepisów prawa rozwodowego dwie istotne, wręcz – zdaniem części doktryny – rewolucyjne zmiany⁶¹, powołując *de facto* do istnienia dwie nowe jego instytucje: negocjację z udziałem adwokatów stron (tzw. *negoziiazione assistita*), których celem jest zawarcie umowy między stronami w przedmiocie separacji lub rozwiązania małżeństwa, a także możliwości ustanowienia separacji lub rozwiązania małżeństwa w formie umowy zawartej przed urzędnikiem stanu cywilnego (*separazione e divorzio davanti all' Ufficiale di Stato Civile*).

Druga ze wspomnianych instytucji – podpisanie umowy w przedmiocie separacji lub rozwodu przed urzędnikiem stanu cywilnego – może być stosowana wyłącznie w przypadkach tzw. separacji zgodnej lub rozwodu na zgodny wniosek stron, jeżeli małżonkowie nie mają wspólnych małoletnich dzieci lub dzieci pełnoletnich posiadających orzeczenie o ciężkim stopniu niepełnosprawności, a także dzieci wprawdzie pełnoletnich, ale ekonomicznie jeszcze nieusamodzielnionych. Warunkiem jest także, by przedmiotowa umowa nie zawierała postanowień o charakterze majątkowym. Ta forma rozwiązania małżeństwa nie wymaga obecności osób trzecich, zwłaszcza ekspertów (adwokatów).

Z kolei negocjacje z udziałem adwokatów (tzw. *negoziiazione assistita*) wymagają obligatoryjnej ich obecności (przynajmniej po jednym przy każdej ze stron). Ich zadaniem jest czuwanie nad zgodnością treści ugody z obowiązującym prawem, ale także realizacja pewnych obowiązków nałożonych w związku z omawianą formą rozwiązania małżeństwa. Obejmują one: weryfikację możliwości pojednania stron, przekazanie informacji o możliwości mediacji rodzinnych, a także – w przypadku posiadania przez strony małoletnich dzieci – pouczenia stron o prawie dziecka do kontaktów z obojgiem rodziców⁶². Ta forma uzyskania rozwodu, w odróżnieniu od wcześniej omówionej, możliwa jest też w przypadku posiadania przez strony małoletnich dzieci. Umowa powinna mieć obligatoryjnie postać pisemną i wymaga zatwierdzenia. W przypadku nieposiadania przez strony dzieci, umowa powinna zostać przekazana prokuratorowi (jako urzędnikowi publicznemu) przy sądzie właściwym ze względu na miejsce zamieszkania stron w celu udzielenia zatwierdzenia. Ma ono w tym przypadku charakter formalny, na co wskazuje użyty przez ustawodawcę termin *nulla-osta* („poświadczenie”, „aprobata”). W przypadku jednak, gdy strony posiadają dzieci umowa powinna zostać poddana bardziej szczegółowej ocenie w celu zgodności jej postanowień z interesem dziecka. Przy pozytywnej ocenie prokurator dokonuje jej zatwierdzenia. W tym przypadku posłużono się terminem *autorizzazione*⁶³. W przypadku oceny negatywnej, dokumentacja zostaje przesłana do przewodniczącego trybunału właściwego ze względu na miejsce zamieszkania stron w celu wezwania stron i wprowadzenia koniecznych zmian⁶⁴.

⁶⁰ Por. La Legge n. 162/2014, „Gazzetta Ufficiale” n. 261 del 10.11.2014. Ustawa ta zmieniła tzw. Dekret legislacyjny z 12.09.2014 r. (n. 132/2014).

⁶¹ Por. G. Cassano, G. Oberto [red.] *La famiglia in crisi. Invalidà, separazione e divorzio dopo le riforme*, Włochy 2016, s. 245.

⁶² Por. G. Cassano, G. Oberto [red.] *La famiglia in crisi...*, s. 246.

⁶³ Por. F. Danovi [w:] *Trattato di diritto*, volume terzo, s. 1992.

⁶⁴ Por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 258.

4. WNIOSKI

Zawarte w opracowaniu rozważania skłaniają do pewnych refleksji i wniosków o różnym charakterze. Wynikają one z jednej strony z widocznych tendencji, które leżą u podstaw zmian wprowadzonych przez ustawodawcę włoskiego, a drugiej strony – z dostrzeganych możliwości, jakie stwarza włoskie prawo rodzinne w zakresie pełniejszego wykorzystania znanych mu instrumentów prawnych w celu ochrony małżeństwa i rodziny, które – ewentualnie – mogą być cenne dla innych systemów prawnych, w tym dla systemu polskiego.

Nie ulega wątpliwości, przynajmniej w sensie socjologicznym, że rodzina, której podstawą jest małżeństwo, przeżywa pewien kryzys. W aspekcie zewnętrznym jego przejawem jest wzrost liczby związków faktycznych o różnorodnej strukturze. Ustawodawca włoski, jak wspomniano, legitymizował te związki, przyznając im pewien zakres ochrony prawnej. Uznał zatem, że zmiany w strukturze społecznej w odniesieniu do form życia rodzinnego są na tyle znaczące i trwałe, iż nie można pozostać wobec nich obojętnym. Postawa taka jest również wyrazem liberalizacji przepisów prawa rodzinnego.

Odnosząc się do opisanych zmian ustawowych dotyczących „klasycznych” instytucji prawa rodzinnego, zwłaszcza rozwodowego, widoczna jest tendencja przemodelowania tych instytucji w duchu „prywatyzacji”, tj. umożliwienia małżonkom umownego ich kształtowania w znacznie większym zakresie niż to miało miejsce dotychczas. Możliwość taką przewidział ustawodawca zarówno w odniesieniu do rozwodu, jak i do separacji. W stosunku do separacji widoczna jest także tendencja do zmiany jej charakteru. Do wejścia w życie noweli z 6.05. 2015 r.⁶⁵ powszechne było przekonanie, znajdujące zresztą swoje potwierdzenie w wyroku włoskiego Sądu Konstytucyjnego⁶⁶, że separacja służy rekonstrukcji wspólnoty małżeńskiej. Wspomniane zmiany, na co zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu, przeczą jednak tej tezie. Separacja nie jest już „momentem refleksji”, dotyczącym rekonstrukcji wspólnego pożycia. Nie jest nawet jedynie „przedsionkiem przyszłego rozwodu” (*l'anticamera del futuro divorzio*), ale po prostu jego etapem, jeszcze koniecznym, ale coraz krótszym⁶⁷.

W sensie wewnętrznym kryzys rodziny wyraża się rosnącą liczbą rozwodów oraz związanych z nimi skutków osobistych i społecznych. System włoski przewiduje pewne instrumenty prawne służące pojednaniu stron. Pozytywnie należy ocenić – abstrahując od jego efektywności w każdym poszczególnym przypadku – spoczywający na sądzie obowiązek nakłaniania stron do pojednania. W polskim porządku prawnym podobny obowiązek istniał do 2005 r. na podstawie art. 436 k.p.c. przed jego nowelizacją polegającą na wprowadzeniu fakultatywnej mediacji⁶⁸. W pełni zasadny wydaje się w tym kontekście wniosek *de lege ferenda* w przedmiocie przywrócenia instytucji posiedzeń pojednawczych lub wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę podobnej co do celu instytucji prawnej. Instytucja mediacji nie musi i nie powinna być alternatywą dla posiedzeń pojednawczych, w tym sensie, że jej wprowadzenie powoduje likwidację wspomnianych posiedzeń⁶⁹.

⁶⁵ Por. Legge n. 55 del 6 maggio 2015, „Gazzetta Ufficiale”, Serie Generale, n. 107 del 11.05.2015.

⁶⁶ Por. wyrok Sądu Konstytucyjnego z nr 35/1976.

⁶⁷ Szerzej por. C.G. Izzo, F. Pantanella, A. Izzo, *Separazione...*, s. 14.

⁶⁸ Por. szerzej na ten temat W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja...*, s. 34 i n. wraz z powołaną tam literaturą.

⁶⁹ W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja...*, s. 35.

W kontekście powyższych rozważań może nasunąć się pytanie o możliwość wprowadzenia w Polsce – wzorem ustawodawcy włoskiego – rozwiązania małżeństwa w formie pozasądowej. Próby takie były już podejmowane, ostatnio w projekcie nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 22.06.2012 r.⁷⁰ Propozycje te spotkały się z negatywną oceną ekspertów⁷¹. Stanowisko to należy poprzeć. Mimo że z art. 18 Konstytucji RP⁷² nie wynika wprost zakaz umownego rozwiązania małżeństwa, to jednak model sądowy z pewnością pozwala na pełniejszą realizację ochrony rodziny w toku postępowania rozwodowego.

Summary

Mirosław Kosek, *Protection of Marriage and Family in Italian Divorce Law*

*The subject of reflections contained in this paper is the principle of protection of family in Italian law applicable to divorce. The paper discusses the constitutional foundations of the aforementioned principle as well as the origins of the applicable norms of substantive law (grounds for divorce) and procedural law, with special emphasis on amendments introduced by the Act of 10 November 2014, whereby the Italian legislature introduced two new procedures in the field of divorce law, enabling dissolution of marriage and establishing separation through negotiation with the participation of parties' advocates (the so-called *negoziatozione assistita*) and in the form of an agreement made before a registrar (*separazione e divorzio davanti all' Ufficiale di Stato Civile*). In both cases the duty to strive to reconcile the parties has been retained as an integral element of the procedure. In this context the author formulates a *lex ferenda* request for the Polish legislature to restore conciliatory meetings or to introduce a legal procedure having a similar objective.*

Keywords: protection of family, divorce, separation, reconciliation of spouses, mediation

Streszczenie

Mirosław Kosek, *Ochrona małżeństwa i rodziny we włoskim prawie rozwodowym*

Przedmiotem rozważań zawartych w artykule jest zasada ochrony rodziny we włoskim prawie rozwodowym. Omówiono podstawy konstytucyjne wskazanej zasady oraz genezę obowiązujących unormowań w zakresie prawa materialnego (przesłanek rozwodowych) oraz procesowego, ze szczególnym uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 10.11.2014 r., na mocy której ustawodawca włoski powołał do istnienia dwie nowe instytucje prawa rozwodowego, umożliwiając umowne rozwiązanie małżeństwa oraz ustanowienia separacji w drodze negocjacji z udziałem adwokatów stron (tzw. *negoziatozione assistita*) oraz w formie umowy zawartej przed urzędnikiem stanu cywilnego (*separazione e divorzio davanti all' Ufficiale di Stato Civile*). W obu przypadkach zachowano obowiązek dążenia do pojednania stron jako integralny element postępowania. W tym

⁷⁰ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-280-2012/\\$file/7-020-280-2012.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-280-2012/$file/7-020-280-2012.pdf) (dostęp: 21.10.2020 r.).

⁷¹ Por. m.in. E. Wojnarka-Krajewska, *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, „Zeszyty Prawnicze” BAS, nr 4/2013, s. 143 i n.; por. także J. Wierciński, *Opinia prawna...*, s. 131 i n.; Joanna Haberko, *Rozwiązanie małżeństwa w drodze „umowy”? Uwagi na tle projektu zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego*, „Zeszyty Prawnicze” BAS 2013/2, s. 11–24

⁷² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

kontekście autor sformułował wniosek de lege ferenda w przedmiocie przywrócenia instytucji posiedzeń pojednawczych lub wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę podobnej co do celu instytucji prawnej.

Słowa kluczowe: ochrona rodziny, rozwód, separacja, pojednanie małżonków, mediacja

Literatura:

1. Bergonzini C. [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, terza edizione, Vicenza 2016.
2. Bonilini G., *Le cause di divorzio* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini, vol. terzo, La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Turyn 2016.
3. Bonilini G., *Manuale di diritto di famiglia*, ed. ottava, Mediolan 2018.
4. Canttaneo G., *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nella altre leggi ordinarie* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini, vol. primo, Famiglia e matrimonio*, Turyn 2016.
5. Cassano G., Oberto G. [red.] *La famiglia in crisi. Invalidità, separazione e divorzio dopo le riforme*, Włochy 2016.
6. Corti I., *La separazione giudiziale* [w:] *Il diritto privato nella giurisprudenza. La Familia, a cura di Paolo Cendon, volume V, Separazione dei coniugi*, Turyn 2000.
7. Cossiri A., *Commentario breve al Diritto della famiglia*, terza edizione, Vicenza 2016.
8. Fede A. [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, Vicenza 2016.
9. Giovangoli R., *Separazione e divorzio: percorsi giurisprudenziali*, Mediolan 2009.
10. Grzybowski S.M., Róžański I., *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946.
11. Haberko J., *Rozwiązanie małżeństwa w drodze „umowy”? Uwagi na tle projektu zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego*, Zeszyty Prawnicze BAS 2013, nr 2.
12. Izzo C.G., *Le separazioni personale dei coniugi. profili sostanziali* [w:] *Separazione e divorzio nell’esperienza giudiziaria*, C.G. Izzo, F. Pantanella, A. Izzo, Neapol 2017.
13. Kosek M., *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*, Warszawa 2016.
14. Lupo M., *Il divorzio* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini, volume terzo, La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Turyn 2016.
15. Schwab D., *Handbuch des Scheidungsrecht*, wyd. 5, Monachium 2004.
17. Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979.
18. Stojanowska W., *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2006, nr 6.2.
19. Stojanowska W. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, wyd. 2, Warszawa 2014.
20. Sylwestrzak A., *Separacja w prawie włoskim*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2003, z. 4.
21. Wierciński J., *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, Zeszyty Prawnicze BAS 2013, nr 4.
22. Wojnarka-Krajewska E., *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, Zeszyty Prawnicze BAS 2013, nr 4.