

# Gulczyński, Andrzej

---

## Cywilnoprawne skutki cudzołóstwa na ziemiach polskich w XIX i XX wieku

---

Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego 7, 235-255

---

2002

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez **Muzeum Historii Polski** w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

ANDRZEJ GULCZYŃSKI

## *Cywilnoprawne skutki cudzołóstwa na ziemiach polskich w XIX i XX wieku*

### **Zivilrechtliche Folgen des Ehebruchs auf den polnischen Gebieten im XIX und XX Jh.**

1. Cudzołóstwo w najdawniejszych systemach prawnych. 2. Cudzołóstwo jako przeszkoda małżeńska. 3. Skutki cudzołóstwa w czasie trwania małżeństwa. 4. Cudzołóstwo jako przyczyna rozwodu. 5. Cudzołóstwo a status dziecka. 6. Następstwa cudzołóstwa w prawie spadkowym. 7. Wnioski.

1. Ehebruch in den ältesten Rechtssystemen. 2. Ehebruch als Ehehinderniss. 3. Folgen des Ehebruches bei fortdauernder Ehe. 4. Ehebruch als Ehescheidungsgründe. 5. Ehebruch und Status des Kindes. 6. Folgen des Ehebruches im Erbrecht. 7. Schlussfolgerungen.

1. Cieleśne obcowanie osoby pozostającej w związku małżeńskim z osobą nie będącą jej małżonkiem nie we wszystkich kręgach kulturowych spotykało się z potępieniem. Bywały przypadki cudzołóstwa nie tylko dopuszczalnego, ale nawet pochwalanego (cudzołóstwo z gościnności)<sup>1</sup>. Takie postępowanie nie przyjęło się na ziemiach polskich. Już pierwsze przekazy o prawie tu obowiązującym mówią nam o surowym karaniu cudzołożników<sup>2</sup>.

W cudzołóstwie dostrzegano naruszenie praw majątkowych męża i wiary małżeńskiej<sup>3</sup>. Mogło ono być naruszeniem czci, grzechem, znieważeniem sakramentu. W XVIII w., pod wpływem prawa natury, wykształciło się nowe spojrzenie na problemy związane z małżeństwem: małżeństwo jest

<sup>1</sup> A. Post, *Studien zur Entwicklungsgeschichte des Familienrechts. Ein Beitrag zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft auf ethnologischer Basis*, Oldenburg-Leipzig 1889, s. 351–364.

<sup>2</sup> P. Dąbkowski, *Prawo prywatne polskie*, t. 1, Lwów 1910, s. 335–336; R. Łaszewski, *Wiejskie prawo karne w Polsce XVII i XVIII wieku*, Toruń 1988, s. 121–126 (tu m. in. rozważania na temat osób uczestniczących w przestępstwie).

<sup>3</sup> M. Sopoćko, *Rodzina w prawodawstwie na ziemiach polskich (studium etyczno-prawne)*, Wilno 1926, s. 48–50.

umową, a zatem cudzołóstwo jest złamaniem umowy. W końcu XVIII w. rozpoczął się też proces stopniowego znoszenia karalności cudzołóstwa<sup>4</sup>.

W szkicu niniejszym zwrócono uwagę na zasadnicze problemy, ograniczając się do linii rozwojowej cywilnoprawnych skutków cudzołóstwa na ziemiach polskich, gdzie obowiązywało ustawodawstwo pruskie i niemieckie, austriackie, napoleońskie i wprowadzone w jego miejsce prawo cywilne (pominięto prawo rosyjskie).

W XVIII i XIX w. chętnie nawiązywano do rzymskiego rozwiązania dotyczącego cudzołóstwa (*adulterium*). W 18 r. p.n.e. na wniosek Augusta wydana została *Lex Iulia de adulteris*, która regulowała uprawnienia i obowiązki małżonka na wypadek cudzołóstwa. Miała na celu ograniczenie rozwodów przybierających u schyłku republiki niepokojące rozmiary. Kobieta cudzołożna nie mogła zawrzeć związku małżeńskiego z żadnym mężczyzną, nie tylko ze współnikiem występku; musiała być skazana za cudzołóstwo, jednak w przypadku zawarcia małżeństwa sam związek pozostawał ważny. Dopiero w noweli 134 Justyniana (556 r.) wprowadzono nieważność małżeństwa kobiety ze współnikiem grzechu<sup>5</sup>.

Znaczny wpływ na kształt cywilnoprawnych skutków cudzołóstwa wywarło prawo kanoniczne. Cudzołóstwo zaliczane było do grzechów kanonicznych, ciężko karanych pokutą publiczną. Nie pozwalało ono na zawarcie nowego związku i nie dozwalało podczas trwania pokuty na pożycie w małżeństwie już istniejącym. Z czasem jednak pokuta publiczna wyszła z użycia, a cudzołóstwo zaczęto rozpatrywać jako samodzielną przeszkodę do zawarcia małżeństwa ze współnikiem występku. Papież Leon I sformułował zasadę, przyjętą w Dekrecie Gracjana: *nullus ducat in matrimonium, quam prius polluit adulterio* (C. 1, C. 31, q. 1).

Zakaz ten złagodzono poprzez umożliwienie kobiecie poślubienia współnika grzechu po śmierci męża. Samo cudzołóstwo przestało być przeszkodą do zawarcia związku małżeńskiego. Stało się nią wyłącznie cudzołóstwo kwalifikowane, a zatem gdy towarzyszył mu zamach na życie małżonka albo gdy cudzołożnicy za życia współmałżonka zaprzysięgli sobie pobrać się w przyszłości<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> C. Jičinsky, *Zur Lehre über verbrechlichen Charakter der Doppelehe und derselben Verhältniss zum Ehebruche*, Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung 1859, R. 10, nr 73-78; H. P. Hälshner, *Die Lehre vom Ehebruche und der Bigamie in geschichtlicher Entwicklung und nach der neueren insbesondere norddeutschen Strafgesetzgebung*, Gerichtssaal 1870, R. 22, s. 401-455; W. Ostrożyński, *O przestępstwie cudzołóstwa ze stanowiska prawnohistorycznego*, Przegląd Sądowy i Administracyjny 1885, R. 10, nr 27-34.

<sup>5</sup> H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 204-205.

<sup>6</sup> J. Friesen, *Geschichte des Canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur*, Tübingen 1888, s. 615-634; W. M. Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, Wien-München 1966, Bd. I, s. 232, Bd. II, s. 325-326, Bd. IV, s. 248-250; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. I, Warszawa 1956, s. 216-217; M. A. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Katowice 1987, s. 186-187.

Pierwsza forma cudzołóstwa kwalifikowanego jako przeszkody małżeńskiej była przedmiotem obrad synodu wermerieńskiego w 753 r. (*concilium apud Vermerias*) i synodu w Meaux z 845 r. Ustalono wówczas, że cudzołożny małżonek nie może po śmierci oszukanego współmałżonka połączyć się węzłem małżeńskim ze współnikiem grzechu, chyba że podda się publicznej pokucie i uzyska dyspensę. Nie mógł jej jednak uzyskać ten, komu dowiedziano, że przyczynił się do śmierci współmałżonka. Doszło w ten sposób do wykształcenia dwóch elementów przeszkody: cudzołóstwo i godzenie na życie współmałżonka.

Druga forma przeszkody wiążąca cudzołóstwo z przyrzeczeniem zawarcia w przyszłości związku małżeńskiego pojawiła się podczas synodu tryburskiego w 895 r. Odtąd, obok zamachu na życie współmałżonka, o kwalifikacji cudzołóstwa stanowiła obietnica zawarcia małżeństwa (*impedimentum adulterii cum sponsabilibus de futuro*). Przeszkoda ta nie dopuszczała do zawarcia małżeństwa pomiędzy współnikami występku.

Papież Klemens III (1187–1191) cudzołóstwo połączone z usiłowaniem zawarcia związku małżeńskiego uczynił przeszkodą małżeńską rozrywającą. Papież Celestyn III (1191–1198) dołączył trzecią formę przeszkody występku – wspólny zamach na życie współmałżonka, choćby nie popełniono cudzołóstwa.

Ujęcie to, po rozszerzeniu dokonany przez Celestyna III, podtrzymał Benedykt XIV w *Redditae nobis* z 5 grudnia 1744 r. W ten sposób ukształtowała się kanoniczna instytucja przeszkody występku, której jedynie dwie pierwsze formy wchodziły w zakres rozważań artykułu<sup>7</sup>. W takim też kształcie przeszkoda przyjęta została w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1917 r. Według kan. 1075, współnicy występku nie są zdolni do zawarcia między sobą zamierzonego małżeństwa<sup>8</sup>. Poza zakresem zainteresowań pozostaje w tym miejscu owa trzecia forma – małżonkobójstwo, które w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r. stanowi już wyłączną formę przeszkody występku<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cudzołóstwo i małżonkobójstwo, wspólnie określane przeszkodą przestępstwa (*impedimentum criminis*) wyraźnie odróżnia J. F. Schulte, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts nach dem gemeinen Rechte, dem Rechte der deutschen Laender und Oesterreichs*, Giessen 1886, s. 397–398.

<sup>8</sup> S. Biskupski, *Prawo małżeńskie...*, s. 217–224; J. Pycia, *Prawo kanoniczne małżeńskie*, Kielce 1922, s. 59–62; F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, Opole 1958, s. 232–236.

<sup>9</sup> Zob. E. Szałfrowski, *Podręcznik prawa kanonicznego*, t. 4, Warszawa 1986, s. 78–79; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. III: *Prawo małżeńskie*, Olsztyn 1984, s. 142–143.



2. Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten (ALR) z 1794 r. zabraniał zawierania małżeństw przez osoby, których przyczyną rozwodu było cudzołóstwo (ALR II, 1, § 25). Z cudzołóstwem zrównano podejrzane obcowanie lub niesnaski (*durch verdächtigen Umgang oder sonst gestiftete Missheilligkeiten*), które dały powód do rozwodu (ALR II, 1, § 26). Oba czynniki mogły stanowić przeszkodę małżeńską wyłącznie wtedy, gdy stały się przedmiotem rozprawy rozwodowej i uznane zostały za przyczynę rozwodu (ALR II, 1, § 27). Gdyby zatem po cudzołóstwie małżeństwo zostało rozłączone przez śmierć małżonka, cudzołóstwo nie stanowiło przeszkody. Inaczej było w przypadku trzeciej formy owej przeszkody, a mianowicie sytuacji, gdy cudzołóstwu lub *podejrzanemu obcowaniu* towarzyszyło *nastawanie* (*Nachstellung*) na życie drugiego małżonka. Wówczas także po śmierci małżonka cudzołożnicy nie mogli zawrzeć związku małżeńskiego (ALR II, 1, § 28).

W niemieckiej ustawie o rejestracji stanu cywilnego i zawieraniu małżeństw z 6 lutego 1875 r. (Reichsgesetzblatt, nr 4, poz. 1040)<sup>10</sup> wprowadzono obowiązujący już od 1874 r. w Prusach świecki system prawa małżeńskiego. Ostatnim z zakazów wymienionych w § 33 ustawy był zakaz zawarcia małżeństwa osoby rozwiedzionej z powodu cudzołóstwa z osobą współwinną. Jedynie od tej przeszkody – z pięciu wymienionych w ustawie – możliwe było uzyskanie dyspensy. Należało to jednak uczynić przed zawarciem związku małżeńskiego<sup>11</sup>. W orzecznictwie i literaturze przyjęto, że nawet potwierdzenie w czasie procesu rozwodowego faktu cudzołóstwa, ale nieuznanie go za przyczynę rozwodu, nie mogło stanowić przeszkody do zawarcia nowego małżeństwa<sup>12</sup>.

Idąc śladem ustawy z 1875 r., w niemieckim kodeksie cywilnym z 1896 r. (BGB) małżeństwo miało charakter świecki. Przeszkodę małżeńską stanowiło cudzołóstwo, które było przyczyną rozwodu ustaloną w wyroku rozwodowym. Nie chodziło tam jednak o jakiekolwiek cudzołóstwo, lecz wyłącznie o takie, które miało miejsce z osobami wymienionymi w wyroku rozwodowym. Nie musiała to być wyłączna przyczyna rozwodu, lecz gdy nie wymieniono jej w wyroku i nie wskazano osób, cudzołóstwo nie mogło stanowić przeszkody do zawarcia małżeństwa.

<sup>10</sup> Na temat genezy ustawy zob. W. Schubert, *Zur Vorgeschichte und Entstehung der Personenstandsgesetze Preußens und des Deutschen Reichs (1869–1875)*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 1980, R. 97, s. 43–93.

<sup>11</sup> F. Förster, *Preußisches Privatrecht* (bearbeitet von M. E. Eccius), Bd. IV, Berlin 1897, s. 22–23; tenże, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts* (herausgegeben von M. E. Eccius), Bd. IV, Berlin 1883, s. 21.

<sup>12</sup> H. Dernburg, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, Bd. III: *Familienrecht und Erbrecht*, (3 wyd.), Halle a. S. 1884, s. 51.

W przypadku zawarcia małżeństwa przez osoby, które popełniły cudzołóstwo oznaczone w powyższy sposób, małżeństwo było od początku nieważne (§ 1328 BGB). Możliwe było jednak zezwolenie na zawarcie małżeństwa między osobami, które dopuściły się cudzołóstwa, lub uzdrowienie małżeństwa poprzez udzielenie zezwolenia (§ 1328 BGB); zezwolenie obowiązywało wówczas *ex tunc*. Decyzję w tej sprawie podejmował Minister Sprawiedliwości<sup>13</sup>.

W pracach kodyfikacyjnych rozważano konieczność wprowadzenia zakazu z powodu małżonkobójstwa, co nie zostało jednak uwzględnione w BGB<sup>14</sup>. Zaproponowano też zmianę polegającą na wzmocnieniu wymowy zakazu: *Eine Ehe kann nicht geschlossen werden...* na *Eine Ehe darf nicht...* i wersja ta została przyjęta<sup>15</sup>.

Problem cudzołóstwa przewijał się w wieloletnich pracach kodyfikacyjnych w Austrii. W 1794 r. Franciszek I zarządził oddanie pierwszej części projektu kodeksu cywilnego, przygotowanego pod kierunkiem K. A. Martiniego, komisji rewizyjnej złożonej z urzędników aparatu państwowego pod przewodnictwem H. F. Rothenhanna<sup>16</sup>. Nie czekając na rezultat przedłużających się prac komisji rewizyjnej, przekazał projekt do oceny m. in. komisjom krajowym i wydziałom prawa. Niemal równocześnie, patentem z 13 lutego 1797 r., projekt Martiniego wprowadzono w Galicji Zachodniej, jako tzw. Westgalizisches Gesetzbuch (WGGB). W kodeksie tym cudzołóstwo czyniło nieważnym małżeństwo zawierane między osobami, które je popełniły, pod warunkiem jednak, że występki ten został przed zawarciem małżeństwa ustalony w wyroku lub przez prawnie powzięte poznaki (§ 74 WGGB).

Rozwiązanie to, zawarte jednocześnie w § 74 projektu wstępnego (Urentwurf)<sup>17</sup>, stało się podstawą dyskusji w komisji. Dotąd, zarówno patent dotyczący prawa małżeńskiego (Ehepatent) z 16 stycznia 1783 r.<sup>18</sup>, jak i tzw.

<sup>13</sup> W pracach kodyfikacyjnych wskazywano, że udzielenie dyspensy służyć będzie uniknięciu skandali (*Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuche in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen*, (herausgegeben von H. H. Jakobs, W. Schubert), *Familienrecht I §§ 1297–1563*, Berlin–New York 1987, s. 89–90).

<sup>14</sup> *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs Justizamts* (bearbeitet von A. Achilles, P. Spahn, A. Gebhard), Bd. IV, 1899, s. 27–30.

<sup>15</sup> *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs...*, *Familienrecht I*, s. 43.

<sup>16</sup> Zob. W. Ogris, *Zur Geschichte und Bedeutung des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB)*, [w:] *Państwo – prawo – sprawiedliwość. Dawniej i dziś*, red. A. Lityński, Katowice 1993, s. 19–21; zob. K. Sójka-Zielińska, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku*, Warszawa 1973, s. 35–39.

<sup>17</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und Beratungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. I, Wien 1889, s. IX.

<sup>18</sup> *Joseph des Zweyten Römischen Kaiser Gesetze und Verfassungen im Justiz-Sache für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob und unter der Enns, Steyermark, Kärnten, Krain, Görz, Gradisca, Triest, Tyrol und die Vorlande*, poz. 117.

Josephinisches Gesetzbuch obowiązujący w Galicji od 1 maja 1787 r. (§ 23)<sup>19</sup>, przewidywały udowodnienie na drodze sądowej popełnionego cudzołóstwa<sup>20</sup>. Proponowany zwrot: *durch gesetzmässig erhobene Anzeigen* – czyli przez przewidziane przez prawo zawiadomienie – wprowadzał zatem istotne zmiany w obowiązującym prawie. W czasie obrad 22 lutego 1802 r. komisja zaproponowała dodanie nowego rozwiązania, polegającego na dobrowolnym przyznaniu się przed sądem (*oder durch ein gelegentlich vor Gericht gelangtes Selbstgeständniss*), przywołując jako przykład możliwość przyznania popełnienia cudzołóstwa w procesie o alimenty. Franz von Zeiler uważał, że dotychczasowe sformułowanie było poprawne; zaproponował jednak wprowadzenie możliwości przyznania się do popełnienia cudzołóstwa także przed zwierzchnością polityczną<sup>21</sup>. Mathias W. von Haan był natomiast zdania, że obejmowało to również przyznanie przed sądem w innym procesie, a von Aichen podkreślał, że cudzołóstwo musi być „udowodnione”, a to może nastąpić wyłącznie przez środki dowodowe przewidziane w procedurze sądowej. Pozostali zgodzili się z referentem komisji i jej wniosek został przyjęty (jako § 57). Usunięto wyrazy *richterlicher Urtheil*, gdyż w nowym kodeksie karnym cudzołóstwo nie było już przestępstwem, lecz wykroczeniem policyjnym<sup>22</sup>.

Drugie czytanie w latach 1807–1808 zakończone zostało protokołem (*Revisionsprotokoll*), który został przedłożony cesarzowi<sup>23</sup>. Jednakże po niemal dwóch latach cesarz nakazał uwzględnić jeszcze pewne wnioski. Konieczne było trzecie czytanie – tzw. superrewizja. W obu wersjach – w rewizji (§ 64) i superrewizji (§ 67) – przepis dotyczący przeszkody wynikającej z popełnienia cudzołóstwa miał już to samo brzmienie<sup>24</sup>.

W myśl przepisów austriackiego kodeksu cywilnego (ABGB) zatwierdzonego przez cesarza 1 czerwca 1811 r., małżeństwo zawarte między osobami, które popełniły ze sobą cudzołóstwo, było nieważne. Warunkiem

<sup>19</sup> *Ibidem*, poz. 591.

<sup>20</sup> F. A. Tiller, *Sistem [!] der bürgerlichen Rechtslehre aus dem sammentlichen römischen Rechte, mit Bezug auf die österreichischen Gesetze, sonderlich aber auf das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. In drey Büchern vorgestellt*, Bd. I, Graz 1787, s. 334.

<sup>21</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf...*, Bd. I, s. 95.

<sup>22</sup> *Ibidem*, Bd. II, s. 339. Cudzołóstwo zostało umieszczone w rozdz. 13 pt. *Von schweren polizey-Uebertretungen gegen öffentliche Sittlichkeit* w §§ 247 i 248 kodeksu karnego z 1803 r.; w austriackim kodeksie karnym z 1852 r. były to odpowiednio §§ 502 i 503.

<sup>23</sup> W czasie jednego z posiedzeń (posiedzenie w dn. 11 V 1807 r.), Karl Joseph Pratobevera wskazywał jeszcze na konieczność precyzyjniejszego ujęcia problemu dowodu popełnienia cudzołóstwa, proponując zastąpienie *beweisen sein* słowami *beweisen sein wird*; propozycja ta nie została jednak uwzględniona (J. Ofner, *Der Ur-Entwurf...*, Bd. II, s. 342–343).

<sup>24</sup> *Ibidem*, Bd. II, s. 662. Później jednak wprowadzono językową poprawkę, zastępując wyrazy *unter sich* zwrotem *miteinander*. W prawie austriackim małżonkobójstwo nie było związane z cudzołóstwem, choć także stanowiło przeszkodę małżeńską (§ 75 WGGB, § 68 ABGB).

nieważności jednak było, aby cudzołóstwo zostało dowiedzione przed zawarciem małżeństwa (§ 67 ABGB). W dalszym ciągu pewne spory budził problem „dowiedzenia” (*Der Ehebruch muss aber vor der geschlossenen Ehe bewiesen sein*). W polskiej literaturze wskazywano (m. in. F. Zoll, J. Pelczar i W. Jaworski), że mogło to nastąpić wyłącznie w wyroku zapadłym przed zawarciem nowego związku małżeńskiego<sup>25</sup>. Według S. Wróblewskiego, dowód można było przeprowadzić także w inny sposób, np. przed sądem karnym w przypadku popełnienia przestępstwa cudzołóstwa (§§ 502, 503 kodeksu karnego z 1852 r.), w przypadku zgwałcenia, kazirodztwa, uwiedzenia do nierządu (§§ 125, 131, 132 kodeksu karnego z 1852 r.), albo poprzez dowód przeprowadzony przed sądem cywilnym w sprawach dotyczących separacji (§§ 107 i 109 ABGB), rozwodu (§§ 115 i 116 ABGB), obalenia i przyjęcia domniemania ojcostwa (§§ 158 i 163 ABGB)<sup>26</sup>.

Znając genezę przepisu, wiemy, jakie były intencje jego twórców. Pisał już o tym w swym komentarzu F. von Zeiller: cudzołóstwo może zostać udowodnione w inny sposób, nie tylko na drodze sądowej<sup>27</sup>. Potwierdzone to zostało w dekreście kancelarii nadwornej z 6 września 1833 r.: cudzołóstwa nie trzeba było udowadniać przed sądem, wystarczyło przyznanie przed władzą polityczną, nie wystarczało natomiast przyznanie przed duszpasterzem lub władzą duchowną<sup>28</sup>. Nie mogły takiego dowodu stanowić listy prywatne, świadkowie; nie stanowiło też wystarczającego dowodu przyznanie się do popełnienia cudzołóstwa wobec duchownego, niezależnie od tego, czy informację taką odbierał w czasie spowiedzi, czynności urzędowych czy prywatnych<sup>29</sup>.

Zgodnie z § 94 ABGB, nieważności małżeństwa z powodu cudzołóstwa dochodzono z urzędu. Małzonek, który dowiedział się o popełnieniu, przed zawarciem związku małżeńskiego, cudzołóstwa przez obecnego współmałżonka, nie mógł powoływać się na przepis § 96 ABGB, zgodnie z którym niewinna

<sup>25</sup> J. Pelczar, *Prawo małżeńskie katolickie z uwzględnieniem prawa cywilnego obowiązującego w Austrii, w Prusach i w Królestwie polskim*, Kraków 1882, s. 267; F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, wyd. 2, Kraków 1921, s. 44; W. L. Jaworski, *Prawo cywilne na ziemiach polskich*, t. I: *Źródła. Prawo małżeńskie osobowe i majątkowe*, Warszawa-Kraków 1919, s. 107.

<sup>26</sup> S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny z uzupełniającymi ustawami i rozporządzeniami objaśniony orzeczeniami Sądu Najwyższego*, t. I, Kraków 1914, s. 57.

<sup>27</sup> F. v. Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, Bd. I, Wien-Triest 1811, s. 217–218.

<sup>28</sup> *Zbiór ustaw i rozporządzeń administracyjnych*, t. III, opr. J. Piwocki, wyd. 2, Lwów 1911, s. 80; Potwierdza to m. in. J. Winiwarter, *Das Oesterreichische bürgerliche Recht, systematisch dargestellt und erläutert, Erster Theil: Das Personen-Recht nach dem Oesterreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche systematisch dargestellt und erläutert*, Wien 1831, s. 203.

<sup>29</sup> J. Winiwarter, *Das Oesterreichische...*, s. 203–204.



strona uzyskiwała prawo żądania uznania nieważności małżeństwa i traciła to prawo, jeżeli pomimo uzyskania wiadomości o zachodzącej przeszkodzie, pozostawała dalej w pożyciu małżeńskim. W przeciwieństwie bowiem do innych przeszkód, cudzołóstwo musiało być dowiedzione przed zawarciem małżeństwa; nie miało znaczenia dojście do wiadomości faktu cudzołóstwa już po zawarciu związku małżeńskiego.

W prawie austriackim przeszkodą było zatem nie tyle cudzołóstwo, ale udowodnione cudzołóstwo. Ścierały się tu bowiem interesy dwóch związków małżeńskich. Rozwiązanie to miało chronić istniejące małżeństwo. Natomiast gdyby mimo popełnienia cudzołóstwa związek zawarto, to prawo chroniło trwałość nowego małżeństwa.

3. Francuski kodeks cywilny z 1804 r. (Kodeks Napoleona – KN) nie wymieniał cudzołóstwa wśród przyczyn uniemożliwiających zawarcie związku małżeńskiego. Myli się jednak J. Pelczar twierdząc, że kodeks ten jako pierwszy nie znał przeszkody *criminis* z cudzołóstwa<sup>30</sup>. Owszem, nie była to przeszkoda w ujęciu kanonicznym. Zakaz zawierania małżeństwa przez cudzołożników znajdziemy jednak w dziale dotyczącym skutków rozwodu<sup>31</sup>. W przypadku orzeczenia rozwodu z powodu cudzołóstwa, cudzołożnicy nie mogli zawrzeć związku małżeńskiego. Natomiast cudzołożna żona winna zostać ponadto skazana na zamknięcie w domu poprawy na okres od trzech miesięcy do dwóch lat (art. 298).

Kodeks Napoleona, obowiązujący na terenie Księstwa Warszawskiego od 1808 r., stał na gruncie świeckości małżeństwa, sankcjonując w tej mierze postanowienia francuskiej konstytucji z 1791 r. i innych aktów prawnych okresu rewolucji. Przepisy Kodeksu Napoleona dotyczące małżeństw cywilnych i rozwodów były głównym powodem opozycji duchowieństwa polskiego, czemu dawało ono wyraz jeszcze przed wprowadzeniem Kodeksu Napoleona w Księstwie. Po jego wejściu w życie opozycja uległa zaostrzeniu, szczególnie gdy w braku odpowiednich kadr administracyjnych powierzono duchownym funkcje urzędników stanu cywilnego, co stawiało ich w trudnej sytuacji wobec konieczności podejmowania czynności sprzecznych z zasadami prawa kanonicznego. Dyskusje w tym zakresie toczyły się przez wiele lat, a prawo małżeńskie znalazło się obok prawa hipotecznego w głównym nurcie prac kodyfikacyjnych<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> J. Pelczar, *Prawo małżeńskie...*, s. 268.

<sup>31</sup> Pogląd co do zaliczania takiej sytuacji do przeszkody małżeńskiej nie był jednolity. Zob. K. S. Zachariä, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Bd. III, (hrsg. H. Dreyer), Heidelberg 1866, s. 73.

<sup>32</sup> H. Grynwaser, *Kodeks Napoleona w Polsce*, [w:] *Pisma*, t. I, Wrocław 1951, s. 97–99; W. Sobociński, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego*, Toruń 1964, s. 197–205.



W 1825 r. uchwalono Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego (KCKP), który zastąpił część przepisów Kodeksu Napoleona, w tym dotyczących prawa małżeńskiego<sup>33</sup>. W KCKP przywrócono wyznaniową formę małżeństwa, choć nie uznano cudzołóstwa za przeszkodę do zawarcia małżeństwa. Zmiany nie były jednak zadowalające, toteż zaraz po wejściu w życie KCKP rozpoczęto dyskusje o konieczności gruntownej reformy prawa małżeńskiego. W wyniku prac kodyfikacyjnych powstały w 1834 r. dwa projekty prawa małżeńskiego – w Warszawie i Petersburgu. Drugi z nich opracowany został przez Cypriana Zaborowskiego, a oparty był na wzorach ustawodawstwa rosyjskiego<sup>34</sup>. Projekt ten stał się podstawą dalszych prac nad reformą prawa małżeńskiego i został 16/28 marca 1836 r. zatwierdzony przez Mikołaja I jako „Prawo o małżeństwie” (PM)<sup>35</sup>.

Prawo o małżeństwie z 1836 r. oparte było na zasadach wyznaniowych. Reguły zawierania związków małżeńskich zostały uregulowane dla czterech głównych wyznań chrześcijańskich: dla osób wyznających religię rzymskokatolicką, prawosławnych, unitów, dla osób wyznania ewangelicko-augsburskiego i ewangelicko-reformowanego i jako piąta grupa – dla osób innych uznanych przez państwo wyznań. Przypomnijmy, że zawarcie związku małżeńskiego możliwe było wyłącznie w formie wyznaniowej. Cudzołóstwo mogło mieć zatem różny wymiar, w zależności od wyznania osób popełniających ten czyn. Termin cudzołóstwo występuje przy tym w PM w dwóch znaczeniach: raz – jako jedna z form przeszkody występku, w innym zaś miejscu – w znaczeniu przestępstwa (art. 135 PM)<sup>36</sup>.

4. W rozdziale dotyczącym prawa małżeńskiego rzymskokatolików dokonano podziału na: warunki zawarcia małżeństwa (stanowiące w rozumieniu twórców kodeksu „pierwiastek pozytywny”, m. in. wiek, zezwolenie rodziców) i przeszkody małżeńskie („pierwiastek ujemny”, m. in. różnica religii, wielożoność, śluby zakonne). W tej drugiej grupie znalazła się także przeszkoda „przestępstwa”, przybierająca trzy formy (art. 23 PM). W myśl

<sup>33</sup> W. Sobociński, *Rozwój ustawodawstwa cywilnego w Królestwie Polskim i w Rosji do rosyjskiej reformy sądowej (Zarys historyczno-porównawczy)*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 1965, vol. XII, 4, sec. G, s. 123–127.

<sup>34</sup> S. Tylbor, *Próby reformy Kodeksu Cywilnego Polskiego (1834–1854)*, Warszawa 1927, s. 4–18; H. Konic, *Dzieje prawa małżeńskiego w Królestwie Polskim (1818–1836)*, Kraków 1903, s. 106–107, 245–260.

<sup>35</sup> H. Konic, *Dzieje prawa...*, s. 35–108.

<sup>36</sup> Prawo karne nie dostrzegało natomiast różnic wyznaniowych w przypadku przestępstwa cudzołóstwa określonego w art. 447 Kodeksu Karzącego Królestwa Polskiego. Przesłanką ścigania była koncepcja przestępstwa-grzechu przeciwko obowiązkowi wierności małżeńskiej – bez względu na wyznanie (Zob. J. Śliwowski, *Kodeks Karzący Królestwa Polskiego (1818 r.). Historia jego powstania i próba krytycznej analizy*, Warszawa 1958, s. 283).

art. 28, było nim *cudzołóstwo połączone z morderstwem jednego z małżonków*<sup>37</sup>. Nie było tu jednak konieczne, aby którykolwiek ze sprawców dokonał tego w celu umożliwienia zawarcia związku małżeńskiego.

Drugą formą przeszkody było cudzołóstwo połączone z przyrzeczeniem pobrania się w przyszłości, w wypadku śmierci niewinnego małżonka. Samo cudzołóstwo zatem nie stanowiło przeszkody. Odreśniewnie potraktowane zostało małżonkobójstwo (art. 29 PM): nie było tu jednak – podobnie jak w prawie kanonicznym – konieczne cudzołóstwo.

Cudzołóstwo, jako jedna z form przeszkody przestępstwa, stanowiło także przeszkodę dla unitów (na podstawie art. 125 PM), ewangelików (na podstawie art. 132 i 134 PM) i wyznawców „innych” religii (uregulowanych w rozdz. V, art. 181). Cudzołóstwo nie ograniczało możliwości zawarcia małżeństwa przez prawosławnych. Nie odnosiła się do nich – podobnie jak do wyznawców „innych” religii – przeszkoda przestępstwa w formie małżonkobójstwa określonego w art. 29<sup>38</sup>.

Rozszerzono natomiast zakres skutków cudzołóstwa dla ewangelików, którzy nie mogli zawrzeć związku małżeńskiego w przypadku rozwodu z powodu cudzołóstwa i to, zgodnie z art. 135 PM, *ze współsprawcą popełnionego przezeń przestępstwa*. Konieczne zatem było skazanie za przestępstwo.

W dalszych pracach nad zmianami prawa małżeńskiego w Królestwie Polskim powstał m. in. w Warszawie w 1852 r. projekt, który jeszcze szerzej ujmował przeszkodę przestępstwa, zaliczając do niej także bigamię (art. 20) i małżonkobójstwo (art. 21)<sup>39</sup>. Cudzołóstwo powodowało nieważność małżeństwa wyłącznie wobec katolików (art. 63) i to w przypadku zabójstwa małżonka lub przyrzeczenia pobrania się po śmierci małżonka (art. 21). Cudzołóstwo nie powodowało przeszkody dla prawosławnych, unitów, ewangelików. Problem zawarcia małżeństwa dla innych wyznań chrześcijańskich i niechrześcijańskich (mahometan, żydów) regulować miały przepisy ich wyznań; zapowiedziano też uregulowanie tego problemu w osobnej ustawie.

Inną formę przeszkody małżeńskiej wynikającej z popełnionego cudzołóstwa przewidywał WGGB w § 111, a następnie ABGB w § 119. W świetle zawartych tam postanowień nie mogły zawrzeć związku małżeńskiego osoby, które *według dowodów w postępowaniu rozwodowym przedstawionych, przyczyniły się do rozwodu przez cudzołóstwo, podburzanie lub innym karygod-*

<sup>37</sup> J. K. Wołowski, *Kurs kodexu cywilnego*, t. I, Warszawa 1868, s. 80; H. Konic, *Prawo małżeńskie obowiązujące w b. Królestwie Kongresowem*, Warszawa 1924, s. 80. Odmiennej zdania jest W. L. Jaworski (*Prawo cywilne...*, s. 106), który uważa, że morderstwa – powodującego powstanie przeszkody małżeńskiej – mógł dopuścić się wyłącznie małżonek, który popełnił cudzołóstwo, nie zaś drugi cudzołożnik.

<sup>38</sup> Odmienne problem ten ujmuje J. Pelczar, *Prawo małżeńskie...*, s. 268.

<sup>39</sup> S. Tyłbor, *Próby reformy...*, s. 46–76, 398, 403.

nym sposobem. Zdaniem W. L. Jaworskiego, jest to niepotrzebne powtórzenie<sup>40</sup>. Przeszkoda cudzołóstwa, uregulowana w § 67 ABGB, obejmuje wyłącznie czyn udowodniony przed zawarciem nowego małżeństwa, tymczasem w § 119 mowa jest o cudzołóstwie, które stało się przyczyną rozwodu. Takie orzeczenie mogło zapaść już w czasie trwania nowego związku<sup>41</sup>.

Ostatnim w końcu skutkiem cudzołóstwa w zakresie ograniczającym zawarcie nowego związku małżeńskiego był termin, w jakim nie można było zawrzeć związku małżeńskiego. Przeszkodę taką przewidywało Prawo o małżeństwie z 1836 r. w art. 171 dla „innych wyznań”. Polegała ona na zakazie zawarcia związku małżeńskiego w przypadku orzeczenia rozwodu z powodu cudzołóstwa za życia drugiego małżonka, w ciągu 6 lat od orzeczenia rozwodu. Małżeństwo zawarte przed upływem tego terminu było nieważne. O stwierdzenie nieważności takiego małżeństwa występować musiał z urzędu Prokurator Królewski (art. 172 PM).

5. Popelnienie cudzołóstwa wywierało także skutki w czasie trwania małżeństwa. Na gruncie prawa kanonicznego przyjmowano, że małżonkowie „mają sobie ponadto wedle woli Bożej oddawać powinność małżeńską, jak uczy Apostoł”<sup>42</sup>. Małżonek mógł jednak utracić prawo proszenia (*ius petendi debitum*) lub przestawał być zobowiązany do współżycia w dwóch przypadkach, a mianowicie: jeżeli dobrowolnie i ze świadomością dopuszczał się uczynku cielesnego z krewnymi drugiej strony do drugiego stopnia włącznie (*affinitatis illegitimae supervenientis*)<sup>43</sup>, albo w przypadku popelnienia cudzołóstwa. Warunkiem jednak w drugim przypadku było wydanie przez biskupa wyroku pozbawiającego stronę winną prawa proszenia. Jeżeli jedna ze stron była pewna, że druga dopuściła się cudzołóstwa, mogła jej odmówić powinności małżeńskiej. Jeżeli strona niewinna nie sprzeciwiała się (z powodu darowania cudzołóstwa lub gdy o nim nie wiedziała), albo sama dopuściła się tego występku – strona winna mogła żądać spełnienia powinności małżeńskiej<sup>44</sup>.

Kolejnym następstwem cudzołóstwa była możliwość separacji, czyli zwolnienia małżonków z pewnego lub wszystkich obowiązków, bez zezwolenia jednak na zawarcie nowego związku małżeńskiego. W poszczególnych systemach przyjmowano różne modele separacji, nazywanej czasem „rozwozem dla katolików”. Mogła występować obok rozwodu, zamiast niego, mogła poprzedzać rozwód, bywała też uzależniona od wyznania małżonków.

<sup>40</sup> W. L. Jaworski, *Prawo cywilne na ziemiach polskich*, t. I: *Źródła. Prawo małżeńskie osobowe i majątkowe*, Warszawa-Kraków 1919, s. 108.

<sup>41</sup> Por. F. Zeiller, *Commentar...*, s. 303; J. Winiwarter, *Das Oesterreichische...*, s. 207–208.

<sup>42</sup> J. Pelczar, *Prawo małżeńskie...*, s. 531.

<sup>43</sup> Zob. *ibidem*, s. 223–225.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 530–532, 609–610.

Nierozzerwalność małżeństwa prawo kanoniczne traktowało jako rzecz oczywistą. Nawet separacja sprzeciwiała się istocie małżeństwa, toteż jedynie w przypadku zaistnienia słuszych przyczyn (*iusta causa*) możliwe było rozłączenie małżonków. Jedną z takich „słuszych” przyczyn było cudzołóstwo. Cudzołóstwo małżonka dawało drugiemu małżonkowi prawo do zerwania nawet na stałe wspólnoty małżeńskiej, pod warunkiem jednak, że na występki nie wyrażał zgody lub nie dał do tego powodu, albo też sam nie dopuścił się takiegoż czynu. Milczące przebaczenie miało miejsce wtedy, gdy dobrowolnie obcował z małżonkiem lub wtedy, gdy w ciągu sześciu miesięcy nie usunął cudzołożnego małżonka, nie opuścił go lub nie wniósł przeciwko niemu oskarżenia. Małżonek niewinny, jeśli odszedł – dobrowolnie lub na mocy wyroku sądu – nie był zobowiązany dopuścić cudzołożnego małżonka do współżycia, mógł to jednak zrobić (kan. 1129–1130). Po udzieleniu separacji dzieci powinny być wychowywane przez małżonka niewinnego (kan. 1132)<sup>45</sup>.

Według ALR, możliwe było orzeczenie rozłączenia od stołu i łoża, jednakże nie w przypadku, gdy choćby jeden z małżonków był wyznania protestanckiego. Orzeczenie separacji pomiędzy małżonkami wyznania katolickiego miało wszystkie skutki rozwodu (ALR II, 1, § 733–734). Nie wymieniono jednak odrębnych przeszkód orzeczenia separacji niż te, które określono w przypadku rozwodu. BGB przewidywał separację bez względu na wyznanie. Mogła to być separacja na czas trwania procesu (§ 620–621 niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego z 1877 r.) oraz zniesienie wspólności małżeńskiej (§ 1575 BGB). Wśród powodów, takich samych jak dla rozwodu, było także cudzołóstwo<sup>46</sup>.

W ABGB przyjęto model, w którym dla katolików możliwa była wyłącznie separacja, pozostałym natomiast zezwalano na separację i rozwód<sup>47</sup>. Przyczyną orzeczenia rozdziału od stołu i łoża było uznanie małżonka za winnego cudzołóstwa lub zbrodni (§ 109 ABGB; odpowiadający temu paragrafowi § 108 WGGB nie przewidywał zbrodni). Ze sformułowania ustawy: *schuldig erklärt worden ist* wynika, że małżonek musiał zostać uznany za winnego cudzołóstwa, a to mógł uczynić tylko sąd karny<sup>48</sup>. Według innych poglądów natomiast nie było konieczne skazanie za przestępstwo cudzołóstwa<sup>49</sup>, gdyż wyraźnie oddzielono obie instytucje.

<sup>45</sup> S. Biskupski, *Prawo małżeńskie...*, s. 428–435.

<sup>46</sup> W. L. Jaworski, *Prawo cywilne...*, s. 208–209; M. Sopoćko, *Rodzina...*, s. 39.

<sup>47</sup> Na „podwójny” charakter w prawie austriackim (choć uwaga ta dotyczy nie tylko tego prawa) zwrócił uwagę J. Unger: *...die Ehe besteht und bestehht zugleich nicht* (J. Unger, *Priesterehen und Mönchsehen. Rechtliche Natur der Scheidung von Tisch und Bett. Zwei Abhandlungen aus dem österreichischen Recht*, Jena 1910, s. 21).

<sup>48</sup> E. Till, *Prawo prywatne austriackie*, t. V: *Wykład austr. prawa małżeńskiego, osobowego i majątkowego*, Lwów 1901, s. 145.

<sup>49</sup> S. Wróblewski, *Powszechny austriacki...*, s. 94; J. Winiwarter, *Das Oesterreichische...*, s. 281–283.



W Kodeksie Napoleona separacja była możliwa z tych samych powodów co rozwód. Gdyby orzeczenie separacji następowało z powodu cudzołóstwa żony, w tym samym wyroku należało orzec wobec niej zamknięcie w domu poprawy, nie krócej niż na trzy miesiące do dwóch lat. Mąż mógł jednak przyjąć żonę do siebie, zwalniając ją od skutków skazania (art. 306–309 KN)<sup>50</sup>.

W Prawie o małżeństwie z 1836 r. przyjęto możliwość orzekania separacji dla katolików, a rozwodu dla innych wyznań. Ustanie małżeństwa katolików następowało przez śmierć, sądowe unieważnienie małżeństwa, a przy małżeństwie niespełnionym fizycznie – przez wstąpienie jednego z małżonków do zakonu. Ustanie pożycia małżeńskiego mogło nastąpić w wyniku orzeczenia przez zwierzchność duchowną rozłączenia od stołu i łoża (separacji), na żądanie jednego z małżonków z powodu cudzołóstwa, ciężkich obelg lub zbrodni (art. 62 PM). Małżonek tracił prawo żądania separacji, jeśli sam dopuścił się tego przestępstwa lub jeżeli przebaczył stronie winnej (art. 63). Strona niewinna miała prawo żądać w powyższym przypadku, aby pożycie małżeńskie, które ustało z mocy wyroku, było następnie przywróconym (art. 64). Mąż nie miał też prawa żądania separacji, gdy skłonił żonę do popełnienia tego przestępstwa, lub jeżeli gwałtem przypuszczoną była do przełamania wiary małżeńskiej (art. 65)<sup>51</sup>.

Na podstawie przepisów ALR małżonek niewinny mógł domagać się rozwodu w przypadku cudzołóstwa drugiego małżonka (ALR II, 1, § 670). Pozorna równość małżonków była oczywista dla twórców kodeksu. Zdaniem C. G. Svareza, *das Extragehen beim Manne nicht so viel zu bedeuten habe*<sup>52</sup>. Problem został rozwinięty w kolejnym przepisie: mąż mógł żądać rozwodu także wtedy, gdy on sam popełnił cudzołóstwo, żona mogła natomiast wystąpić o rozwód tylko wtedy, gdy sama nie popełniła takiego czynu (ALR II, 1, § 671). Obojętne było następstwo czasowe, a zatem: czy kobieta popełniła cudzołóstwo przed czy po cudzołóstwie popełnionym przez męża.

W zakresie przyczyn rozwodowych z cudzołóstwem zrównano sodomie i inne nienaturalne przywary oraz takie obcowanie, które uzasadniło domniemanie obrazy wierności małżeńskiej (ALR II, 1, § 672–673). Zastosowano w tym przepisie klauzulę generalną, oddając problem do rozstrzygnięcia sądowi, w zależności od konkretnej sytuacji. Nawet podejrzenie mogło być podstawą wydania zakazu obcowania z podejrzaną osobą. Gdyby utrzymywano nadal zakazane kontakty, stawało się to podstawą rozwodu. Podejrzenie cudzołóstwa, a nie jego dowiedzenie, przy zachowaniu przewidzianej procedury, mogło być zatem przyczyną rozwodu (ALR II, 1,

<sup>50</sup> J. J. Delsol, *Zasady Kodeksu Napoleona w związku z nauką i jurysprudencją*, t. I, spolszczył M. Godlewski, Warszawa 1873, s. 226–227.

<sup>51</sup> J. K. Wołowski, *Kurs kodexu...*, s. 105–106.

<sup>52</sup> C. F. Koch, *Kommentar zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, mit Kommentar und Anmerkungen*, Bd. I, Teil 2, Berlin 1857, s. 193.



§ 674–676)<sup>53</sup>. Skutki cudzołóstwa w zakresie rozwodu były zupełnie oddzielone od odpowiedzialności karnej.

W myśl przepisów BGB, można było żądać rozwodu w przypadku popełnienia przez drugiego małżonka cudzołóstwa (§ 1565 BGB). Na równi z cudzołóstwem zostały potraktowane przestępstwa określone w §§ 171 i 175 kodeksu karnego (bigamia i nierząd przeciw naturze). Powstaje tu pytanie, czy chodzić mogło o przestępstwo cudzołóstwa stwierdzone w wyroku, czy też wystarczył sam fakt jego popełnienia. Ze sformułowania przepisu wynika, że ustawodawca odróżnia cudzołóstwo od przestępstw, pisząc: *...wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruches oder einer nach den §§ 171, 175 des Strafgesetzbuches strafbaren Handlung schuldig macht*, a dalej, że rozwód jest wykluczony, gdy *dem Ehebruche oder strafbaren Handlung zustimmt*. Rozróznilo zatem cudzołóstwo od obu przestępstw. W ujęciu bowiem § 172 niemieckiego kodeksu karnego z 1871 r. karze podlegał cudzołożnik tylko wtedy, gdy cudzołóstwo stało się przyczyną rozwodu. Twórcy BGB zwrócili uwagę, że nie można odmiennie definiować cudzołóstwa w prawie karnym i cywilnym. Świadomie zrezygnowali zatem z rozstrzygnięcia problemów szczegółowego określenia czynów, odsyłając w tym zakresie do kodeksu karnego. Wątpliwości w dyskusji budziło na przykład określenie nierządu przeciw naturze (*wiedernatürliche Unzucht*) i stąd wskazanie artykułu kodeksu karnego<sup>54</sup>. W zakresie odpowiedzialności karnej różnica między wymienionymi czynami polegała m. in. na tym, że w przypadku cudzołóstwa konieczne było orzeczenie rozwodu (§ 1574 BGB), natomiast bigamia i nierząd podlegały karze niezależnie od tego, czy stały się przyczyną rozwodu. Podkreślano też, że przyczyną rozwodu mogło być wyłącznie cudzołóstwo, a nie jego usiłowanie, choć później problemem było ustalenie, co decyduje o dokonaniu cudzołóstwa, a nie jego usiłowaniu<sup>55</sup>.

Zgodnie z § 624 niemieckiego kodeksu postępowania cywilnego z 1877 r., w wyroku orzekającym rozwód z powodu cudzołóstwa konieczne było wymienienie osoby, z którą je popełniono, jeśli to ustalono w czasie procesu. Jeżeli stwierdzono cudzołóstwo, sąd musiał orzec, że pozwany ponosi winę rozwodu. Gdyby wniesiono skargę wzajemną, która została uznana również za uzasadnioną, oboje małżonków uznawano za winnych. Podobnie należało postąpić, gdyby dowody wskazywały na to, choćby skarga wzajemna nie została wniesiona (§ 1574 BGB). Nawet wówczas, gdy cudzołóstwo nie mogło stanowić samodzielnej podstawy rozwodowej z uwagi

<sup>53</sup> F. Förster, *Preußisches Privatrecht...*, s. 100; C. F. Koch, *Kommentar...*, s. 193.

<sup>54</sup> *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. IV (Im Auftrage des Reichs Justizamts bearbeitet von A. Achilles, P. Spahn, A. Gebhard), 1899, s. 399–400.

<sup>55</sup> Problem ten dostrzegany był już wcześniej w literaturze niemieckiej. Zob. E. Hubrich, *Das Recht der Ehescheidung in Deutschland*, Berlin 1891, s. 76–80.

na m. in. upływ czasu czy przebaczenie (§ 1573 BGB), można było powoływać się na ten fakt w celu poparcia skargi rozwodowej, opartej na innych faktach.

W austriackich pracach kodyfikacyjnych ustalono, że w tych przypadkach, w których dla katolików możliwa jest separacja, dla innych możliwy jest rozwód (WGGB i Urentwurf § 109). W dalszych pracach problem wprowadzenia rozwodów również był dyskutowany. Jako przyczynę rozwodu wymieniono na pierwszym miejscu cudzołóstwo, później dodano zbrodnię, zagrożoną karą co najmniej pięciu lat więzienia, w rewizji zamieniono na skazanie na co najmniej pięć lat więzienia (rewizja – § 95 i superrewizja – § 107)<sup>56</sup>. W efekcie, w przepisach ABGB cudzołóstwo mogło być przyczyną rozwodu wyłącznie w przypadku małżeństwa chrześcijan nie wyznających religii katolickiej (§ 115 ABGB). W stosunku do KN i ALR nastąpiła tu duża zmiana, gdyż nie uczyniono różnicy między cudzołóstwem popełnianym przez żonę czy męża<sup>57</sup>. Cudzołóstwo zaliczone zostało do jednej kategorii przyczyn wraz ze zbrodnią, za którą współmałżonek został skazany na karę przynajmniej pięcioletniego więzienia. Różnica między tymi przyczynami była jednak taka, że w przypadku cudzołóstwa w ogóle nie było konieczne postępowanie karne<sup>58</sup>.

W WGGB nie było jeszcze szczególnych przepisów rozwodowych dla Żydów. Na propozycję komisji krajowej Dolnej Austrii przyjęto nowe rozwiązanie dotyczące cudzołóstwa żony<sup>59</sup>. W ten sposób szczególne rozwiązanie wobec małżeństwa żydowskiego w przypadku cudzołóstwa żony znalazło się w ABGB. Mąż mógł ją oddalić przez list rozwodowy. Skarga o rozwód rozpatrywana była przez sąd. Żonie nie przysługiwało prawo domagania się rozwodu w przypadku podobnego zachowania męża (§ 135 ABGB). Mąż nie był bowiem zobowiązany do wierności małżeńskiej i z tego powodu nie mógł popełnić cudzołóstwa<sup>60</sup>.

W zakresie stosunków prawnych między małżonkami Kodeks Napoleona ustanawiał pełną przewagę mężczyzny w małżeństwie. Prawa małżonków były nierówne także w zakresie rozwodu – mąż mógł żądać rozwodu z powodu cudzołóstwa żony (art. 229), natomiast żona mogła wystąpić z podobnym roszczeniem tylko wtedy, gdy mąż trzymał we wspólnym domu

<sup>56</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf...*, Bd. I, s. 128–131, 134; Bd. II, s. 348 i 510.

<sup>57</sup> E. Swoboda, *Die philosophischen Grundlagen des österreichischen bürgerlichen Rechts und ihre Bedeutung für die Gegenwart*, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht 1928, Jhrb. 2, s. 361.

<sup>58</sup> Na wyraźną różnicę zwracał już uwagę m. in. J. Winiwarter, *Das Oesterreichische...*, s. 295–297; por. E. Till, *Prawo prywatne...*, t. V, s. 155–156.

<sup>59</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf...*, Bd. I, s. 128–129.

<sup>60</sup> J. Winiwarter, *Das Oesterreichische...*, s. 333–334; M. Allerhand, *O rozwodzie małżeństwa żydowskiego*, [w:] *Księga pamiątkowa wydana w setną rocznicę ogłoszenia kodeksu cywilnego z dnia 1. czerwca 1811 roku staraniem Wydziału Prawa i Nauk Politycznych Uniwersytetu Lwowskiego*, Lwów 1911, s. 7–47.

nałożnicę (art. 230). Nie chodziło przy tym wyłącznie o dom, w którym na stałe małżonkowie mieszkali razem, ale także ten, którym mąż rozporządzał samodzielnie. Zgodnie bowiem z art. 214, żona miała prawo pójść wszędzie za mężem<sup>61</sup>.

W świetle Prawa o małżeństwie z 1836 r., cudzołóstwo mogło być przyczyną rozwodu prawosławnych i ewangelików. W przypadku prawosławnych – oprócz przyznania – inne okoliczności musiały wskazywać na popełnienie cudzołóstwa (art. 118 PM); u ewangelików była mowa o „zupelnym dowodach”. Należy też podkreślić, że dla ewangelików katalog przyczyn uzasadniających rozwód był bardzo obszerny (art. 146 PM). Wobec nich rozwód mógł być orzeczony z powodu cudzołóstwa nie tylko wtedy, gdy były „zupelne dowody”, ale także wtedy, gdy *gwałtowne podejrzenie, wynikające z czynów przez inkwizycję wykrytych jest tego rodzaju, iż wedle przepisów kodeksu postępowania karnego pociąga za sobą ukaranie przestępnego* (art. 147 PM). Konsystorz ewangelicki, który orzekał rozwód, mógł zatem przeprowadzić postępowanie takie, jak sąd karny, aby wykazać popełnienie cudzołóstwa, choć nie mógł skazać za popełnienie przestępstwa<sup>62</sup>.

Jedną z przyczyn uzasadniających rozwód ewangelików było też skazanie za występki przeciw naturze (art. 146 i 167). W Prawie o małżeństwie nie przewidziano natomiast rozwodu dla katolików i unitów, a rozwiązanie małżeństwa „innych wyznań” było możliwe na podstawie przepisów danego wyznania.

W projekcie zmian kodyfikacji cywilnej, w tzw. Projekcie warszawskim z 1852 r., możliwe było orzeczenie rozwodu z powodu cudzołóstwa małżeństwa prawosławnych (art. 105, 106), unitów (na podstawie art. 120) oraz ewangelików (art. 127, 128–131). Rozwód małżonków „innych wyznań” mógł nastąpić zgodnie z przepisami poszczególnych wyznań, które powinny być uregulowane w odrębnych ustawach.

Ważnym zagadnieniem dla utrzymania małżeństwa mimo popełnienia cudzołóstwa była możliwość utraty prawa wnoszenia o rozwód<sup>63</sup>. Według ALR następowało to wówczas, gdy strona żądająca rozwodu przez własne nieobydajne zachowanie się, przyczyniała się do czynów będących podstawą skargi (ALR II, 1, § 719). W świetle przepisów BGB, małżonek nie miał prawa wnosić skargi, jeżeli godził się na cudzołóstwo lub uznano go za winnego uczestnictwa (§ 1565 BGB). Utratę prawa do wystąpienia o rozwód powodował też upływ czasu (§ 1571 BGB). Według Kodeksu Napoleona, prawo to nie przysługiwało w razie pogodzenia się małżonków bądź po czynach świadczących o przebaczeniu (art. 272–274 KN)<sup>64</sup>. Najwięcej przypad-

<sup>61</sup> J. J. Delsol, *Zasady Kodeksu...*, s. 220–221; K. S. Zachariä, *Handbuch des Französischen...*, s. 104–105.

<sup>62</sup> H. Konic, *Prawo małżeńskie...*, s. 145–147.

<sup>63</sup> W. Jaworski, *Prawo cywilne...*, s. 220–221.

<sup>64</sup> J. J. Delsol, *Zasady Kodeksu...*, s. 222–223.

ków utraty prawa żądania rozvodu przewidziano dla ewangelików w Prawie o małżeństwie z 1836 r. Mogło to nastąpić, gdy: strona skarżąca sama także dopuściła się złamania wiary małżeńskiej (chyba że strona, wiedząc od dawna, a przynajmniej od roku, o przestępstwie współmałżonka, nie wniosła przeciw niemu skargi (art. 148 PM); jeżeli strona obrażona dopełniła powinności małżeńskiej, chociaż wiedziała o sprzeniewierzeniu się małżonka; jeżeli wybaczyła winę małżonkowi występniemu (art. 149 PM); jeżeli nie podała na niego skargi w ciągu roku od dnia, w którym powzięła wiadomość o popełnionym przez niego przestępstwie.

6. Cudzołóstwo mogło także decydować o określeniu pochodzenia dziecka od określonych rodziców. Problem nieślubnego pochodzenia jest zupełnie odrębnym zagadnieniem<sup>65</sup>. ALR zezwalał na legitymację dzieci nieślubnych bez względu na to, czy pochodziły ze związku cudzołożnego<sup>66</sup>. Ograniczeniem była jednak możliwość legitymacji *per subsequens matrimonium* z uwagi na przeszkodę małżeńską omówioną już powyżej. W BGB cudzołóstwo nie było już wymieniane jako odrębne kryterium przy ustalaniu pochodzenia dziecka.

W prawie austriackim możliwe było obalenie, na drodze sądowej, domniemania ślubnego pochodzenia dziecka. Według Kodeksu Józefińskiego z 1786 r. (IV § 2), ze skargą zaprzeczającą ojcostwo mógł wystąpić jedynie mąż matki dziecka. Musiał on udowodnić nie tylko swą nieobecność przez cały rok przed urodzeniem dziecka, lecz także cudzołóstwo żony. Nieobecność męża wymagana była jeszcze przez WGGB (I, § 134). Natomiast w ABGB (§ 158) odstąpiono od tego wymogu. Mąż mógł w ciągu trzech miesięcy od uzyskania wiadomości o narodzeniu dziecka wystąpić ze skargą, wykazując niemożność spółdzenia dziecka; z takim wnioskiem nie mogła wystąpić matka. Popełnienie przez nią cudzołóstwa ani jej twierdzenie o nieślubnym pochodzeniu nie mogło pozbawić dziecka ślubnego pochodzenia (§ 158 ABGB).

W świetle przepisów Kodeksu Napoleona, obalenie ślubnego pochodzenia dziecka możliwe było w przypadku wykazania, że między 300 a 180 dniem przed urodzeniem dziecka mąż był w fizycznym niepodobieństwie obcowania z żoną (art. 312). Nie mógł nawet obalić domniemania ojcostwa w przypadku cudzołóstwa żony, chyba że ta ukryła przed nim fakt urodzenia dziecka (art. 313 KN). Dzieci pochodzące ze związku cudzołożnego i kazirodczego były w gorszej sytuacji niż dzieci nieślubne – tzw. naturalne, czyli pochodzące od rodziców, z których żadne nie pozostawało w związku małżeńskim. Nie

<sup>65</sup> Zob. poświęcone temu zagadnieniu studium porównawcze S. Liebermanna, *Dzieci nieślubne według prawa austriackiego*, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne 1907, t. VIII, s. 300–356.

<sup>66</sup> F. Förster, *Preußisches Privatrecht...*, s. 137–138.



mogły one zostać ani uprawnione *per subsequens matrimonium* (art. 331 KN), ani uznane (art. 336 KN). W świetle prawa pozostawały zatem jako osoby nie posiadające ojca i matki. Ustawa odmawiała im nawet prawa poszukiwania stanu (art. 343 KN). Nie miały one w ogóle praw spadkowych, przysługiwały im jedynie uprawnienia alimentacyjne (art. 762 KN). Ograniczenia powyższe zostały utrzymane w KCKP (art. 272), jednakże kodeks ten nie zawierał już zakazu obalenia domniemania ojcostwa w przypadku cudzołóstwa żony (art. 273 KCKP).

Różne też mogły być zobowiązania ojca dziecka wobec matki dziecka zrodzonego ze związku cudzołożnego. W prawie pruskim sprawca ciąży zobowiązany był do wynagrodzenia tego kobiecie i do zaopatrzenia dziecka. Od ojca dziecka przysługiwał kobiecie pozostającej w związku małżeńskim, także w okresie separacji, jedynie zwrot kosztów związanych z urodzeniem, chrztem i pościem (ALR II, 1, § 1030), natomiast rozwódkom, które zostały rozwiedzione z uwagi na popełnione cudzołóstwo, przysługiwały pełne alimenty (ALR II, 1, § 1028, 1034)<sup>67</sup>.

Popełnienie cudzołóstwa mogło też powodować ograniczenia w zakresie dziedziczenia. W systemie prawa pruskiego osoby, które dopuściły się cudzołóstwa (i zrównanego z nim kazirodztwa), nie mogły czynić wobec siebie rozporządzeń na wypadek śmierci. Nie mogły też dziedziczyć w przypadku rozwodu, którego przyczyną było cudzołóstwo, a także w każdym innym przypadku, gdy spadkodawca dowiedział się, że czyn, którego się dopuścił, był cudzołóstwem (ALR I, 12, § 35)<sup>68</sup>.

Rodzice mogli wydziedziczyć dziecko, gdy to z drugim ze swych rodziców lub małżonkiem rodzica popełniło kazirodztwo lub cudzołóstwo (ALR II, 2, § 399, 405). Z drugiej strony, możliwe też było wydziedziczenie wstępnego, gdy ten cudzołożył z małżonkiem wydziedziczającego (ALR II, 2, § 511). Cudzołóstwo, jako przyczyna rozwodowa, było też podstawą do wydziedziczenia małżonka w całości lub w części (ALR II, 1, § 632). Ojciec dziecka pochodzącego z cudzołóstwa nie dziedziczył po nim, mogła natomiast dziedziczyć jego matka (ALR II, 2, § 658, 659). W BGB problem dziedziczenia uregulowano znacznie mniej szczegółowo. Małżonkowi pozostałemu przy życiu nie przysługiwało prawo do dziedziczenia ani prawo do przedwziętku (*Voraus*), jeśli spadkodawca był uprawniony do skargi o rozwód lub zniesienie wspólności małżeńskiej (§ 1933 BGB).

Osoby, które popełniły cudzołóstwo, nie mogły składać wobec siebie oświadczeń ostatniej woli wówczas, gdy wyznały przed sądem cudzołóstwo albo kazirodztwo lub gdy im to zostało sądownie udowodnione (§ 543

<sup>67</sup> H. Dernburg, *Lehrbuch des Preußischen...*, Bd. III, s. 213. Zob. B. Harmas-Ziegler, *Außereheliche Mutterschaft in Preußen im 18. Und 19. Jahrhundert*, [w:] *Frauen in der Geschichte des Rechts...*, s. 333–344.

<sup>68</sup> H. Dernburg, *Lehrbuch des Preußischen...*, Bd. III, s. 302–303.



ABGB)<sup>69</sup>. Nie pozbawiało prawa do dziedziczenia przyznanie cudzołóstwa w inny sposób, nie wystarczało zatem przyznanie przed władzą polityczną. Osoby te mogły też dziedziczyć na podstawie ustawy.

7. Wprowadzenie różnych skutków cywilnoprawnych cudzołóstwa miało na celu ochronę instytucji małżeństwa, jego trwałości i integralności, miało chronić przed naruszaniem wierności małżeńskiej. Zdawano sobie jednak sprawę z tego, że zakazy nie powstrzymają od owej „rozpasanej namiętności”, jak cudzołóstwo nazwał w XIX w. J. K. Wołowski.

Popelnienie cudzołóstwa nie było już w XIX w. przeszkodą w prawie kanonicznym. Przeszkodę stanowiły jedynie jego kwalifikowane postaci, a mianowicie w połączeniu z małżonkobójstwem lub obietnicą zawarcia związku małżeńskiego. Tymczasem w ustawodawstwach świeckich zawarciu małżeństwa przeszkadzało samo cudzołóstwo, choć wprowadzono tam różne wymogi formalne, aby przeszkoda zaistniała.

Przeszkoda wynikająca z popelnionego cudzołóstwa miała charakter względny, powstawała bowiem tylko między osobami popelniającymi cudzołóstwo. W BGB podkreślono nawet, że osoby te muszą być wymienione w wyroku rozwodowym. Nieważność małżeństwa powodowało uznanie cudzołóstwa za przyczynę rozwodu (ALR, niemiecka ustawa z 1875 r., BGB) oraz udowodnienie cudzołóstwa przed zawarciem nowego związku małżeńskiego (WGGB, ABGB). Wpływ prawa kanonicznego widzimy w ustawach uzależniających powstanie przeszkody od obietnicy zawarcia małżeństwa (PM) lub popelnienia morderstwa (PM) lub co najmniej z nastawieniem na życie małżonka (ALR), a także w ukształtowaniu małżonkobójstwa niezależnego od popelnienia cudzołóstwa (WGGB, ABGB, PM). Przeszkodę wzbraniającą stanowiło orzeczenie rozwodu z powodu cudzołóstwa (KN).

Cudzołóstwo mogło też powodować powstanie innych przeszkód polegających na „przyczynieniu się do rozwodu” (ABGB; było to nawiązanie w pewien sposób do rozwiązań przyjętych w ALR i później w BGB) oraz zakazu zawarcia małżeństwa przez pewien czas (w PM dla „innych” wyznań).

W trakcie trwania małżeństwa skutkiem cudzołóstwa była utrata prawa prośzenia (tylko w prawie kanonicznym) i prawo do separacji. W poszczególnych systemach, w zakresie przyczyn zrównywano niemal separację i rozwód, uzależniając tylko możliwość rozwiązania małżeństwa od wyznania. W niektórych systemach cudzołóstwo, aby stać się podstawą separacji lub rozwodu, musiało zostać uznane za przestępstwo (WGGB, ABGB), w innych z kolei karalność uzależniono od skutków cywilnych – spowodowania rozwodu (BGB). Ale nie tylko udowodnione cudzołóstwo stawało się

<sup>69</sup> F. Zołł, *Prawo cywilne...*, s. 255–256.

przyczyną rozłączenia małżonków. Zdając sobie sprawę z problemów dowodowych, a chcąc jednocześnie zdyscyplinować niewiernego małżonka, w ALR za przyczynę rozwodu uznano nawet podejrzanе obcowanie.

Prawo do rozwodu lub separacji można było utracić przez przyczynienie się do cudzołóstwa (ALR, BGB), przebaczenie i upływ czasu (prawo kanoniczne, BGB, KN). Przyczyną pierwszego rozwiązania była kompensacja krzywd małżonków, choć w żadnym systemie cudzołóstwo małżonka nie uprawniało drugiego do podobnego zachowania. W drugiej grupie chodziło natomiast o stabilne uregulowanie stosunków rodzinnych i nietraktowanie dawnego cudzołóstwa jako pretekstu do separacji lub rozwodu przez małżonka, któremu związek ów stał się w danej sytuacji niewygodnym.

Cudzołóstwo mogło także decydować o odmiennym sposobie określania pochodzenia dziecka (KN). Wprowadzano mianowicie utrudnienia związane z obaleniem domniemania ślubnego pochodzenia (konieczność udowodnienia cudzołóstwa żony w Kodeksie Józefińskim, ale w ABGB możliwe było sądowe ustalenie ojcostwa; WGGB i KN – nieobecność męża; z drugiej jednak strony w KN nie można było obalić domniemania ojcostwa nawet w przypadku cudzołóstwa żony, jeśli nie można było wykluczyć współżycia małżonków w okresie koncepcyjnym). Na straży „ślubnego pochodzenia” stał też brak zdolności do dochodzenia nieślubności dziecka po stronie matki (KN, ABGB). Restrykcje z powodu popełnienia cudzołóstwa mogły powodować nie tylko różnice w ustalaniu pochodzenia dziecka, ale i w innych aspektach sytuacji prawnej, takich jak alimenty (KN, w pewnym zakresie także ALR). Cudzołóstwo powodowało też odmienne regulowanie zobowiązania ojca wobec matki dziecka zrodzonego ze związku cudzołożnego (ALR). Ostatnią w końcu grupę skutków stanowiły ograniczenia w prawie spadkowym. Cudzołożnicy nie mogli wobec siebie sporządzać rozporządzeń na wypadek śmierci (ALR, ABGB), dziedziczyć po małżonku w przypadku rozwodu, którego przyczyną było cudzołóstwo (ALR). Możliwe też było wydziedziczenie osoby dopuszczającej się cudzołóstwa (ALR, BGB).

Odejście od prawa rzymskiego polegało przede wszystkim na zrównywaniu skutków cudzołóstwa, którego dopuścił się mąż lub żona. Podczas gdy w ALR, KN, PM skutki cudzołóstwa zależały jeszcze w pewien sposób od płci, to ustawodawstwo niemieckie końca XIX w. nie upatrywało już w tym różnicy. Podobnie było ze zróżnicowaniem skutków cudzołóstwa ze względu na wyznanie, które odgrywało jeszcze w ALR, ABGB i PM zasadnicze znaczenie (choć w świeckim KN też nie wprowadzono różnic ze względu na wyznanie). Odchodzenie od konstrukcji przeszkody występku znanej prawu kanonicznemu widoczne jest we wszystkich kodeksach, z wyjątkiem PM. Zmiany przyjmowane w ustawodawstwie świeckim w XIX w. i później – w XX w. – znalazły z kolei swe odbicie w prawie kanonicznym.

Zamiar ustawodawcy, odciążenia od związków cudzołożnych, widoczny jest w prawodawstwach XIX stulecia. Dostrzec też należy przewidywanie różnych możliwości chroniących świętość rodziny i rozstrzygnięcia zaistniałego problemu w ramach małżeństwa. W dalszej jednak perspektywie przewidywano kategorię ochronę nowego związku. Stopniowe odchodzenie od karalności cudzołóstwa i późniejsza rezygnacja z regulowania jego skutków cywilnych – pozostawiają występki zasadom religijnym i moralnym, na podstawie których zarówno karalność, jak i skutki cywilnoprawne zostały skonstruowane.