

Marian Pastuszko

"Le mariage presumé. Dissertatio ad lauream in Facultate Iuris Canonici Pontificiae Universitatis Gregorianaе", Joannes Mullenders, Romae 1971 : [recenzja]

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 18/1-2, 282-288

1975

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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

mi rotalnymi” nie dostrzegł — a mieściłoby się to w temacie — problemów związanych z k. 1086 § 2 i jego stosowaniem w orzecznictwie kościelnym. Wszak kanonista winien nie tylko interpretować prawo, ale także wносить wkład do jego rozwoju i ulepszenia. Oczywiście pisząc to pamiętamy, że praca doktorska to pierwszy dopiero samodzielny krok na drodze naukowej. I jako taki należy go ocenić pozytywnie i z nadzieją, że autor w oparciu o nagromadzony materiał zdobędzie się na pracę nie tylko *de iure condito*, lecz także *de iure condendo*.

Rozdział III zajmuje się udowodnieniem wykluczenia nierozzerwalności. Na szczególną uwagę zasługuje tu cenna analiza wzajemnego stosunku dowodów bezpośrednich i pośrednich. Bardzo słusznie akcentuje autor specyficzny, indywidualny charakter każdej sprawy i konieczność uwzględnienia tej specyfiki w ocenie materiału dowodowego.

Oceniając książkę trzeba powiedzieć, że jest ona cennym opracowaniem wykluczenia nierozzerwalności małżeńskiej i dowodzenia tego wykluczenia na bazie wyroków rotalnych z lat 1961—1970. Baza źródłowa nie budzi zastrzeżeń, literaturę jak już wspomniano wolelibyśmy jednak o znacznie szerszym zasięgu, w szczególności razi zupełny brak autorów polskich. Autor zaprezentował się jako wnikliwy analityk, o dużej umiejętności precyzowania pojęć. W ramach określonego tematu porusza się swobodnie, umie przedstawić jasno swoje myśli, a także je uzasadnić, co szczególnie zaznacza się w fragmentach polemicznych.

Ks. Remigiusz Sobański

Joannes Mullenders, C. I. C. M., Le mariage presumé. Dissertatio ad lauream in Facultate Iuris Canonici Pontificiae Universitatis Gregorianaе, Romae 1971, s. XXVI, 153.

Na wstępie słowo o terminologii. Niektórzy bowiem polscy kanoniści nazywają domniemanym to małżeństwo, o którym jest mowa w kan. 1015 § 4, a więc faktycznie nieważne, ale zawarte przez jedną przynajmniej stroną w dobrej wierze i uważane za ważne. Takie małżeństwo w kan. 1015 § 4 określone jest jako „matrimonium putativum”. Nie miałbym nic przeciwko przekładowi łacińskiego zwrotu „matrimonium putativum” na język polski wyrażeniem „małżeństwo domniemane”, gdyby w nauce prawa kanonicznego nie było znane „matrimonium praesumptum”, które trudno po polsku nazwać inaczej, jak właśnie małżeństwem domniemanym. Być może, „matrimonium putativum” dałoby się nazwać inaczej, np. przypuszczalnym lub zawierającym w dobrej wierze. Wydaje się jednak, że nie wolno nam tak różnych postaci małżeństwa jak „matrimonium putativum” i „matrimonium praesumptum” określać jednym i tym samym przymiotnikiem: domniemany. Sądzę, że

domniemanym winno się nazywać „matrimonium praesumptum”, a nie „matrimonium putativum”. Wychodząc z tego założenia, domniemanym będę nazywał „matrimonium praesumptum”.

Po tym wstępie, moim zdaniem, koniecznym, mogę już mówić o samej pracy *Le mariage presumé*. Składa się ona z następujących części. 1. krótki wstęp, 2. spis treści, 3. bibliografia, 4. wprowadzenie, 5. trzy rozdziały, 6. podsumowanie, 7. wykaz nazwisk autorów i nazw niektórych zbiorów i instytucji.

We wstępie autor wyraża wdzięczność promotorowi pracy, bibliotekarzom Uniwersytetu Gregoriańskiego w Rzymie i tym księżom, którzy przeglądali francuski tekst pracy. Autor, jak się zdaje, jest Niemcem.

Bibliografia podzielona jest w dysertacji na cztery części: 1. źródła prawnicze, 2. źródła nauki, 3. literatura i 4. artykuły.

Wprowadzenie rozpoczyna się kilku wierszowym cytatem z soborowego dekretu *O ekumenizmie*, a następnie podaje ogólne pojęcie małżeństwa domniemanego. Małżeństwo domniemane — pisze autor — to jest małżeństwo zawarte nie na skutek wyrażenia wzajemnej zgody dwojga nupturientów, ale na skutek domniemanej zgody małżeńskiej.

Rozdział pierwszy (s. 5—70) poświęcony jest początkom małżeństwa domniemanego. Zanim jednak autor zaczął mówić o genezie małżeństwa domniemanego, najpierw wyjaśnił pojęcie domniemania w ogóle, fikcji prawnej, a także pojęcie domniemania zwykłego i kwalifikowanego. Następnie traktuje o sposobie zawierania małżeństwa w Kościele zachodnim. Przed upadkiem cesarstwa rzymskiego wymagano, żeby małżeństwa były zawierane zgodnie z prawem rzymskim. Kościół przestrzegał tylko, aby chrześcijanie nie brali udziału w kulcie pogańskim przy okazji zawierania małżeństwa. Panowała wówczas zasada: „consensus facit nuptias”. Po inwazji ludów germańskich, Kościół zgadzał się na zawieranie przez chrześcijan małżeństwa zgodnie ze zwyczajami germańskimi. W tym czasie przyjmowano zasadę: „consensus traditione puellae confirmatus facit nuptias”. Własną teorię Kościoła na temat zawierania małżeństwa autor widzi w teologicznych pismach Pseudo-Izydora, Hinkmara z Reims, Piotra Damiana, Abelarda, Hugona z św. Wiktora. Ten ostatni — zdaniem autora — jest już tylko o krok od uznania małżeństwa domniemanego. Teorią zgody małżeńskiej i współżycia małżeńskiego, a także relacją między zgodą małżeńską a współżyciem małżeńskim interesowali się również kanoniści. Gracjan uczył, że do zawarcia małżeństwa konieczne są dwie przyczyny: zgoda małżeńska i współżycie cielesne stron. Według Piotra Lombarda jedna jest przyczyna sprawcza zawarcia małżeństwa, mianowicie zgoda małżeńska, nie jakakolwiek ale wyrażona słowami, i to aktualna, a nie dotycząca przeszłości. Rolandus Bandinelli w dziele pt. *Summa* opowiada się za nauką bliską Gracjanowi, ale w dziele pt. *Sententiae* uczy, że czynnikiem decydującym o zawarciu małżeństwa jest sama zgoda małżeńska. Taką też rolę przy zawieraniu małżeństwa przypisywali zgodzie małżeńskiej Stephanus Tornacensis, Joannes Faventinus i Hu-

guccio. Ten ostatni ze wspomnianych kanonistów, jak również Bernardus Papiensis wyraźnie uczyli, że może istnieć małżeństwo domniemane. Różnili się jednak między sobą co do tego, że Huguccio dopuszczał możliwość dowodzenia przeciwko małżeństwu domniemanemu, zaś Bernardus Papiensis nie uznawał możliwości dowodzenia przeciw domniemanemu małżeństwu. Tak Huguccio jak Bernardus Papiensis stwarzali warunki, w których mogło powstać prawo o małżeństwie domniemanym. — Papież Aleksander III uznaje dwie możliwości zawarcia małżeństwa: 1. przez wyrażenie aktualnej zgody małżeńskiej i 2. przez wyrażenie zgody małżeńskiej przyszłej (de futuro), po której następuje współżycie cielesne stron. W tym drugim przypadku współżycie cielesne stron jest uważane za znak wyrażenia aktualnej zgody małżeńskiej. Na tej podstawie można domniemywać, że małżeństwo zostało zawarte. A więc jest to przypadek małżeństwa domniemanego. Papież Grzegorz IX uznał zaręczyny, po których nastąpiło między narzeczonymi pożycie cielesne, za małżeństwo, a to na podstawie domniemania „*iuris et de iure*”. Od tej pory możemy mówić o małżeństwie domniemanym w ścisłym tego słowa znaczeniu. — Rozdział pierwszy kończy się wyliczeniem znanych w prawie Dekretalów postaci małżeństwa domniemanego: 1. Zaręczyny po których nastąpiło współżycie cielesne stron. 2. Warunkowe zawarcie małżeństwa, po którym doszło do współżycia cielesnego między stronami. 3. Zaręczyny zawarte przez małoletnich, jeśli doszło między nimi do współżycia cielesnego. 4. Wyrażenie zgody małżeńskiej nieważnej, bo niedobrowolnej, o ile potem nastąpiło między stronami cielesne współżycie.

O ile rozdział pierwszy przedstawiał naukę różnych autorów o małżeństwie domniemanym w porządku chronologicznym, tak jak ona powstawała, to rozdział drugi (s. 71—113) ma układ systematyczny. A traktuje ten drugi rozdział o ewolucji nauki odnośnie do małżeństwa domniemanego. Rozdział ten dzieli się na cztery punkty.

W punkcie pierwszym autor omawia dwa pojęcia małżeństwa domniemanego. Znaczna liczba dekretalistów utrzymywała za papieżem Aleksandrem III, że w obietnicy zawarcia małżeństwa zawiera się prawdziwa zgoda małżeńska, która jednak wymaga dalszego potwierdzenia albo wyrażeniem aktualnej zgody małżeńskiej albo pożyciem cielesnym stron. Dekretaliści ci uważali małżeństwo domniemane za prawdziwe małżeństwo zobowiązujące tak w zakresie zewnętrznym jak i wewnętrznym. Inni autorowie — a ich liczba z biegiem czasu wzrastała — sądzili, że przyrzeczenie zawarcia małżeństwa nie jest niczym więcej niż przyrzeczeniem zawarcia małżeństwa. Jeśli dochodzi do współżycia cielesnego narzeczonych, zakłada się, że w tym współżyciu jest zawarte wyrażenie aktualnej zgody małżeńskiej. Różnica między pierwszym a drugim pojęciem małżeństwa domniemanego polega na tym, że w pierwszym przypadku zgoda małżeńska jest już w przyrzeczeniu zawarcia małżeństwa, a współżycie cielesne stron tę zgodę potwierdza, w drugim zaś przypadku nie ma zgody małżeńskiej

w przyrzeczeniu małżeństwa, ale suponuje się, że jest wyrażona współżyciem cielesnym stron.

W punkcie drugim rozdziału drugiego autor zastanawia się nad racją istnienia instytucji małżeństwa domniemanego. Rację tę widzi autor w założeniu, że narzeczeni nie chcą grzeszyć współżyciem cielesnym ze sobą. Do tego jednak, żeby nie zgrzeszyli, decydując się na współżycie cielesne, musieli podjąć prawdziwą zgodę małżeńską. Domniemywa się, że właśnie podjęli taką zgodę decydując się na współżycie.

W trzecim punkcie autor pisze o różnych przypadkach w których dochodziło do zaistnienia małżeństwa domniemanego. Jeśli zgoda małżeńska nie była wyrażona jasno i wyraźnie, domniemywano, że została wyrażona, a to na podstawie jakiegoś znaku lub czynności. Miało to miejsce przy zawarciu zaręczyn, o ile narzeczeni współżyli cielesnie ze sobą. Zaręczyny w połączeniu z następującym po nich wspólnym zamieszkaniem nie były uważane za małżeństwo domniemane, chyba że narzeczeni żyli na sposób małżonków, uchodzili w opinii sąsiadów za małżonków albo mieszkali ze sobą do śmierci. Niektórzy autorowie sądzili, że „traductio in domum” dokonane po zaręczynach powodowało zaistnienie małżeństwa domniemanego.

Jeśli aktualna zgoda małżeńska była wyrażona jasno i wyraźnie, ale była to zgoda wadliwa, opierając się na pewnej czynności, która była spełniona po zawarciu małżeństwa, domniemywano, że zgoda małżeńska nie ma już braków i powoduje zawarcie małżeństwa. Tak było, gdy jedna ze stron zawarła małżeństwo pod przymusem, ale potem chętnie i bez przymusu współżyła po małżeńsku. Podobnie miały się rzeczy, jeśli strony zawarły małżeństwo pod przymusem, ale potem dobrowolnie ze sobą zamieszkały i razem mieszkali przez dłuższy czas.

Jeśli aktualna zgoda małżeńska została wyrażona jasno i wyraźnie, ale pozostawała nieskuteczna z racji rozrywającej przeszkody małżeńskiej, po ustaniu przeszkody, opierając się na pewnych znakach lub czynnościach, domniemywano, że zgoda małżeńska uprzednio podjęta została potwierdzona lub w ogóle podjęta na nowo. Przeszkodą małżeńską mogła być przeszkoda młodocianego wieku. Jeśli młodociani wyrazili zgodę małżeńską i po dojściu do dojrzałości współżyli cielesnie ze sobą, ich związek uważano za domniemany.

Wreszcie, w przypadku wyrażenia przez strony zgody małżeńskiej pod warunkiem, jeśli doszło między stronami do współżycia cielesnego, przypuszczano, że strony odstąpiły od warunku, a ich małżeństwo uważano za domniemane.

W punkcie czwartym autor pyta, czy presumpcja za ważnością małżeństwa domniemanego była zwykłą czy kwalifikowaną? Od Grzegorza IX była to presumpcja kwalifikowana. — Ignorancja prawa nie sprawiała tego, żeby małżeństwo domniemane nie zaistniało. Ignorancja faktu, np. gdy ktoś współżył z niewiastą nie wiedząc, że to jest jego narzeczona, według prawa Dekretałów nie przeszkadzała zaistnieniu małżeństwa domniemanego.

W ostatnim, trzecim rozdziale (s. 114—145) autor omawia zniesienie instytucji małżeństwa domniemanego. Okazuje się, że instytucja małżeństwa domniemanego miała swoich przeciwników prawie przez cały czas istnienia tej instytucji. Hostiensis uważał, że z racji tej instytucji Kościół jest często oszukiwany. Antonius de Butrio małżeństwo domniemane uważał za instytucję niebezpieczną. Raymundus de Pennafort był zdania, że prawo nie powinno uznawać innej możliwości zawierania małżeństwa jak wyrażeniem słowami zgody małżeńskiej. Małżeństwo domniemane w ujęciu Grzegorza IX nie dopuszczało możliwości obalenia presumpcji, jak tylko ubocznie. Jeśli małżeństwo domniemane, mimo presumpcji za jego ważnością, w rzeczywistości było nieważne, powodowało stały konflikt między zakresem wewnętrznym a zewnętrznym. Strona bowiem czy strony uważały swoje małżeństwo za nieważne, ale prawo uznawało to samo małżeństwo za ważne. — W tym samym czasie kiedy istniała instytucja małżeństwa domniemanego, istniały tzw. małżeństwa zawierane tajnie. Niekiedy nie umiano odróżnić małżeństwa domniemanego od małżeństwa zawieranego potajemnie, bo elementy składowe instytucji małżeństwa domniemanego, np. zawarcie zaręczyn i współżycie cielesne narzeczonych, nie zawsze mogły być udowodnione. W takim przypadku małżeństwo domniemane stawało się małżeństwem potajemnym. Dekret Soboru Trydenckiego *Tametsi* nakazał zawierać małżeństwa według formy kanonicznej i zakazał zawierać małżeństwa tajne. Ponieważ małżeństwa domniemane nie były zawierane według formy kanonicznej nakazanej przez Sobór Trydencki, nie można ich było uważać za ważne zawarte.

Po trzech rozdziałach, autor zamieścił podsumowanie (s. 145—150), a wreszcie dał wykaz nazwisk autorów i nazw niektórych zbiorów i instytucji (s. 151—153).

Streszczenie rozprawy daje dość dokładne. Robię to celowo. Rozprawa jest ciekawa, a w naszych warunkach tylko nieliczni będą mogli ją przeczytać.

Temat o małżeństwach domniemanych jest dla nas historyczny. Obecny Kodeks Prawa Kanonicznego nie zna wcale instytucji małżeństwa domniemanego. Również w dzisiejszych podręcznikach prawa kanonicznego albo nie znajdujemy żadnej wzmianki o małżeństwach domniemanych albo tylko niewielką. A przecież w historii kanonicznego prawa małżeńskiego temat o małżeństwach domniemanych należał do szerzej opracowanych. Autor zasługuje na pochwałę za to, że odkrył ten historyczny temat, postanowił go opracować i przybliżyć współczesnym kanonistom.

Opracowanie tematu należy uznać za dobre. Czytelnik z zaciekawieniem śledzi myśl autora badającego dawne teksty teologów i kanonistów. Znalazł w tych tekstach najpierw warunki, w jakich mogła powstać instytucja małżeństwa domniemanego, potem początki samej instytucji takich małżeństw, prześledził rozwój tej instytucji, a wreszcie jej zanik. Początki i rozwój instytucji małżeństw domniemanych przed-

stawione są na tle formowania nauki o małżeństwie. To ukazywanie instytucji małżeństwa domniemanego na szerszym tle trzeba uznać za szczęśliwy pomysł autora. Pozwala to bowiem czytelnikowi ujęcie małżeństw domniemanych w pewnym kontekście historycznym i kanonicznym. Rozdział drugi i trzeci są mniej interesujące, ale czyta się je lekko, m. in. chyba ze względu na wyczuwalną sympatię autora do omawianej instytucji.

Przechodząc do spraw bardziej szczegółowych chcę podkreślić dużą samodzielność autora w rozwiązywaniu problemów związanych z instytucją małżeństw domniemanych. Ta samodzielność autora uwidoczniła się m. in. w tym, że nie przejmował bezkrytycznie poglądów innych autorów, nawet znanych w całym świecie, ale je sprawdzał i niekiedy korygował. Esmein, Scheurl, Sehling, Gietl, Freisen, Dauvillier — to wielcy ludzie. Przecież w kwestii małżeństw domniemanych popełnili pewne pomyłki. Sądzę, że dostrzeganie pewnych nieścisłości u wyżej wymienionych autorów, nie mówi o nich źle, bo żaden z nich nie zajmował się specjalnie historią instytucji małżeństw domniemanych, natomiast dobrze mówi o autorze monografii poświęconej małżeństwu domniemanym. Ten bowiem mógł poprzestać na przejęciu poglądów wielkich historyków, a jednak tego nie uczynił.

Uwagę czytelnika zwraca również to, że autor zamieszczając w swej pracy cytaty z różnych dzieł wyróżniał je drukiem i rozmieszczeniem na stronie tak, że zawsze łatwo odróżnia się cytat od tekstu autora.

Jak prawie w każdej dyplomowej pracy, tak i w tej o której tu mówimy, można dostrzec pewne usterki. Zacznę od bibliografii, nawiasem mówiąc, dość bogatej. Autor podaje pozycje: „Lombardus, Petrus, *Libri 4 sententiarum*, *Studio et cura P. P. Collegii S. Bona Venturae...*”. Winno być „... *S. Bonaventurae...*”. „Huizing, P., *Schema structurae iuris canonici latini de matrimonio cum notis bibliographicis*, (ad modum manuscripti) Romae 1936”. Winno być „... Romae 1963”. W dziale bibliografii zatytułowanym *Articles* zamieszcza m. in.: „Weigend, R., *Die Bedingte Eheschliessung im kanonischen Recht*, Münchener Theologische Studien 16 (1963) III, Kanonistische Abteilung, München”. Przecież to jest monografia o XXIII, 431 stronicach. „Oddi — Baglione A., *Il matrimonio condizionato*. Studi di diritto privato italiano e straniero. Padova, 1938”. To również jest monografia, liczy 350 stronic.

Odsyłacze — moim zdaniem — są tą częścią pracy, do której można mieć największej zastrzeżeń. Co prawda, nad niektórymi sprawami można by dyskutować. Dlatego nie będę ich tu poruszał. Myślę jednak, że nawet sam autor nie będzie bronił takiej metody cytowania. S. 44, odsyłacz 161 i s. 47, odsyłacz 100: „Dauvillier J., *Le mariage*”. S. 100, odsyłacz 100: „Weigend R., *Die Bedingte Eheschliessung*”. We wszystkich trzech przypadkach autor nie wskazał strony dzieła, na które się powołuje.

Nie przynosi autorowi chwały także to, że mówiąc o istnieniu domniemanego małżeństwa w prawie kościelnym powtarza się nieco i to

w sposób rzucający się w oczy. Autor odsyła czytelnika do następujących stronic swego dzieła: 9—10, 10—11, 11—12, 13, 13—14, 21—23, 17, 21, 33—34, 35—37, 40—41, 41—42. Jeśli autor chciał coś dopowiedzieć, mógł to uczynić na stronicach, do których odsyła czytelnika. W ten sposób uniknąłby powtórek, które, jeśli są zbyt liczne, albo nie są konieczne, nie mogą być dobrze przyjęte przez czytelnika.

Poważniejszy jednak zarzut postawiłbym autorowi z tego powodu, że idąc za niektórymi dekretalistami uważa za małżeństwo domniemane także fikcyjny związek, o którym w c. 26 X IV 1. Co prawda autor dostrzega pewne różnice między małżeństwem domniemanym, a tym związkiem o którym jest mowa w c. 26 X IV 1. Niemniej parokrotnie wraca do myśli, że c. 26 X IV 1 traktuje o małżeństwie domniemanym. Ostatecznie chyba zmienił pogląd, bo wtedy, kiedy wylicza różne przypadki, w których można mówić o małżeństwie domniemanym, nie wspomina wcale o tym, że i małżeństwo symulowane może być uważane za małżeństwo domniemane.

A już zupełnie trudno zrozumieć, jak autor mógł uczynić odsyłacz do c. 26 X IV 1 mówiąc o domniemanym małżeństwie powstałym na skutek wyrażenia zgody nieważnej, bo przymuszonej i na skutek pożycia małżeńskiego między stronami. Przecież w c. 26 X IV 1 ani słowem nie jest wspomniany przymus wywierany na kogokolwiek.

Te ostatnie uwagi nie zmiierzają do tego, by wykazać, że rozprawa Mullendersa jest złą, bo jest dobrą, ale mogłaby być jeszcze lepszą.

Ks. Marian Pastuszko

Jerardus DESIDERIO, L'Educazione dei figli nella disciplina canonica. Dissertatio ad lauream in Facultate Iuris Canonici apud Pontificiam Universitatem Studiorum ax S. Thoma Aq. in Urbe, Pompeix 1964, s. 64.

Monografia składa się z bibliografii, wprowadzenia, czterech rozdziałów i spisu treści.

Rozdział I (s. 9—19) nosi tytuł „wychowanie potomstwa jako pierwszorzędny cel małżeństwa”. Dzieli się na dwa artykuły. Artykuł I traktuje o wychowaniu potomstwa w Piśmie i w nauce Ojców Kościoła. Na początku tego artykułu znajdujemy wyjaśnienie pojęć wstępnych. Autor rozróżnia między celem dzieła, a celem działającego. W celu działającego wyróżnia pierwszorzędny i drugorzędne cele małżeństwa. Celem małżeństwa w znaczeniu czynnym jest małżeństwo w znaczeniu biernym. Pierwszorzędnym celem małżeństwa w znaczeniu biernym jest zrodzenie i wychowanie potomstwa. Twierdzenie to wprowadza autor z nauki św. Augustyna i św. Tomasza z Akwinu. Pierwszy rozróżnił następujące dobra małżeństwa: 1. potomstwa, 2. wierności, 3. sakra-