

TOWARZYSTWO NAUKOWE
KATOLICKIEGO UNIwersYTETU LUBELSKIEGO
LUBLIN TOM 4 UNIwersYTET

Ks. Dr. HENRYK INSADOWSKI

RZYMSKIE
PRAWO MAŁŻEŃSKIE
A CHRZEŚCIJAŃSTWO

PRZEDMOWĘ NAPISAŁ
Dr. RAFAŁ TAUBENSCHLAG
PROFESOR UNIwersYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

LUBLIN
1935

TEGOŻ AUTORA

1. *Stolica Apostolska w świetle prawa kanonicznego*. Ateneum Kapłańskie t. 18 (1926) s. 263—281 i 356—376.
 2. *Ustrój prawny Kościoła katolickiego*. Biblioteka Uniwersytetu Lubelskiego. 1926, s. 229.
 3. *Osoba prawna. Studium prawnokanoniczne*. Biblioteka Uniwersytetu Lubelskiego. 1927, s. 162.
 4. *Separacja małżeńska*. Lublin 1928, s. 32 (odb. z pracy zbiorowej profesorów Uniwersytetu Lubelskiego „Małżeństwo w świetle nauki katolickiej”. Lublin 1928).
 5. *Kościelne prawo pogrzebowe*. Włocławek 1930, s. 176 (odb. z Ateneum Kapłańskiego t. 23—4 (1929)).
 6. *Res sacrae w prawie rzymskim. Studium z sakralnego prawa rzymskiego*. Biblioteka Uniwersytetu Lubelskiego. Lublin 1931, s. 112.
 7. *Quid momenti habuerit christianismus ad ius romanum matrimoniale evolvendum* w Acta Congressus iuridici internationalis nov. 12-17 — 1934 Roma, odb. Roma 1935, s. 51.
-

NIHIL OBSTAT

Lublin, dnia 3 września 1934.

Ks. Dr. Jan Wiślicki, Profesor K. U. L.
Cenzor.

Nr. 1643.

POZWALAMY DRUKOWAĆ

Lublin, dnia 3 września 1934.

Wikariusz Generalny
Ks. L. Kwiek.

L. S.



1344

18431

*Historja prawa małżeńskiego była w romanistyce ostatnich czasów niejednokrotnie przedmiotem gruntownych opracowań (Solazzi, Levy, Bonfante, Wahrmund). Z tem większem zaciekawieniem bierze się do ręki nową obszerną pracę o tym przedmiocie Przedewszystkiem muszę stwierdzić, iż nastawienie autora w stosunku do problemu jest inne niż wymienionych wyżej autorów. Autorowi naszemu chodzi o wszechstronne zbadanie wpływu, jaki wywarło chrześcijaństwo, na prawo małżeńskie, co inni mimochodem tylko poruszają. Tem się tłumaczy, iż autor uwzględnił w swej pracy, w szerokiej mierze i ustawodawstwo kościelne i piśmiennictwo patrystyczne, to ostatnie w rozmiarach dotąd w literaturze nienapotykanym. Operując tak rozległym materiałem źródłowym, nie pominął bynajmniej literatury przedmiotu. O ile mogłem stwierdzić, nie uszła jego uwagi żadna praca, która porusza jakikolwiek p.oblem mający związek z omawianymi przez niego zagadnieniami. W tym względzie muszę nadto podnieść, iż autor nie ograniczył się do literatury ściśle romanistycznej, lecz uwzględnił także literaturę porównawczą, zwłaszcza odnoszącą się do małżeństwa w prawie semickiem, greckiem i hellenistycznym. Opracowanie źródeł jest sumienne, wyzyskanie literatury dokładne i rozważne. Te zalety pozwalają mi nazwać pracę autora dziełem poważnem, które stanowi istotne wzbogacenie naszej ubogiej literatury prawniczej.**

RAFAŁ TAUBENSCHLAG

Kraków we wrześniu 1934.

* Pozwalam sobie na tem miejscu złożyć bardzo serdeczne podziękowanie JW. Panu Dr. Rafałowi Taubenschlagowi, Profesorowi Uniwersytetu Jagiellońskiego, za łaskawe przejrzenie niniejszej pracy oraz za cenne wskazówki przy jej pisaniu.

Autor

SPIS RZECZY

	Str.
Przedmowa Prof. Rafała Taubenschlaga	5
Spis rzeczy	7
Wstęp	9

ŁOZDZIAŁ I. ZARĘCZYN

§ 1. Terminologia zaręczyn	31
§ 2. Forma zawarcia zaręczyn	32
§ 3. Wymogi do zawarcia zaręczyn	38
§ 4. Skutki prawne zaręczyn	41
§ 5. Rozwiązanie zaręczyn	51

ŁOZDZIAŁ II. ISTOTA I RODZAJE MAŁŻEŃSTWA

§ 1. Istota małżeństwa	54
§ 2. Rodzaje małżeństwa	78
1. Matrimonium legitimum	79
A. Matrimonium cum manu	79
B. Matrimonium sine manu	84
2. Concubinatus	88
3. Matrimonium iuris gentium	100
4. Contubernium	102

ŁOZDZIAŁ III. FORMA ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA

§ 1. Zawarcie małżeństwa cum manu	113
1. Confarreatio	113
2. Coemptio	118
3. Usus	123
§ 2. Zawarcie małżeństwa sine manu	127
§ 3. Obrzędy ślubne	136
§ 4. Forma zawarcia małżeństwa a chrześcijaństwo	141

ROZDZIAŁ IV. WYMOGI DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA		Str.
§ 1.	Warunki bezwzględne do zawarcia małżeństwa	148
1.	Zdolność prawna	148
2.	Zdolność fizyczna	151
3.	Jedność małżeństwa	155
4.	Tempus luctus	159
5.	Ordo sacer i votum solemne	164
6.	Przyzwolenie	167
§ 2.	Warunki względne do zawarcia małżeństwa	180
1.	Warunki natury etyczno-fizjologicznej	181
A.	Pokrewieństwo	181
B.	Powinowactwo	189
C.	Adopcja	196
2.	Przeszkody natury etyczno-socjalnej	200
3.	Warunki natury praktycznej i politycznej	208
4.	Warunki natury religijnej	213
§ 3.	Dispensacja i konwalidacja	218

ROZDZIAŁ V. SKUTKI PRAWNE ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA		
§ 1.	Skutki prawne małżeństwa dotyczące małżonków	222
1.	Małżeństwo cum manu	226
2.	Małżeństwo sine manu	232
§ 2.	Skutki prawne małżeństwa dotyczące rodziców i dzieci	245

ROZDZIAŁ VI. ROZWIĄZANIE MAŁŻEŃSTWA I JEGO SKUTKI		
§ 1.	Rozwiązanie małżeństwa	269
1.	Śmierć współmałżonka	270
2.	Utrata conubii	271
3.	Rozwód	279
A.	Pojęcie i rozwój historyczny rozvodu	279
B.	Forma rozvodu	301
§ 2.	Skutki prawne rozwiązania małżeństwa	306
1.	Skutki rozwiązania małżeństwa dotyczące dzieci	306
2.	Religio luctus	307
3.	Secundae nuptiae	310
INDEKS RZECZOWY		323
Sprostowania		335

WSTĘP

Zagadnienie wpływu chrześcijaństwa na prawo rzymskie zajmuje umysły uczonych oddawna. Już w XVIII wieku kwestji tej poświęcił pracę swoją De Roehr,¹ a Montesquieu w sławnym dziele swoim „O duchu praw” mówi: „Chryścjanizm dał swoje piętno prawom; władza bowiem zawsze ma związki z kapłaństwem. Czytajcie kodeks Teodozjana, który jest jedynie kompilacją uchwał cesarzy chrześcijańskich”.²

W pierwszej połowie XIX wieku nad naszym zagadnieniem zastanawiają się *ex professo* De Meysenburg,³ Buss⁴ i Troplong.⁵ Na szczególną uwagę zasługuje ten ostatni. W historii wpływu chrześcijaństwa na prawo rzymskie odróżnia on trzy okresy.⁶ Okres pierwszy obejmuje, według niego, czasy przesładowania chrześcijan i trwa do Konstantyna Wielkiego, w którym wpływ ten występuje tylko ubocznie, jakby nieświadomie. W okresie drugim — od Konstantyna W. do połowy V wieku — wpływ religji chrześcijańskiej jest już bezpośredni, a o rezultacie tego wpływu świadczy Kodeks Teodozjański. W okresie trzecim,

¹ DE ROEHR, *Dissertationes de effectu religionis christianae in iurisprudentiam Romanam*. Groninga 1766.

² MONTESQUIEU, *O duchu praw*, ks. XXIII, rozd. 21. Tłum. Żeleński (Boy). Warszawa 1927 t. 2 s. 157.

³ DE MEYSENBURG, *De christianae religionis vi et effectu in ius civile*. Göttinga 1828

⁴ BUSS, *Über den Einfluss des Christentums auf Recht und Staat*. Freiburg 1841.

⁵ TROP LONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*. Bruxelles 1844.

⁶ TROP LONG, tamże s. 7—51.

trwającym od połowy V wieku do Justynjana, następuje zupełne zapanowanie etyki chrześcijańskiej. Wpływ chrześcijaństwa na prawo rzymskie objawia się, wedle Troplonga, w różnych instytucjach prawnych, jak: niewolnictwo, ukształtowanie istoty małżeństwa, powtórne związki małżeńskie, przeszkoda małżeńska z powodu pokrewieństwa, rozwód, forma zawierania małżeństwa, konkubinat, władza ojcowska, stanowisko prawne kobiet i prawo dziedziczenia.¹

W drugiej połowie XIX wieku wzrasta zainteresowanie się naszym zagadnieniem. Zajmują się nim z romanistów niemieckich, co prawda nie *ex professo*, lecz w ramach systemu prawa rzymskiego, Puchta,² Mackeldey³ i Marezoll;⁴ uznają oni wpływ chrześcijaństwa na niewolnictwo, kolonat, własność, małżeństwo, konkubinat, władzę ojcowską i prawo spadkowe.

Romanista belgijski Van Wetter⁵ wpływ ten sprowadza tylko do przyznania dzieciom zdolności nabywania majątku własnego, ograniczenia rozwodu do pewnych wypadków, obrony dzieci z pierwszego małżeństwa w razie zawarcia przez rodziców małżeństwa powtórnego i do ograniczenia zdolności prawnej akatolików.

Z romanistów włoskich wypowiadają się w tej kwestji Padelletti, Ferrini i Pacchioni. Padelletti⁶ w bardzo ostrych słowach krytykuje dzieło Troplonga, nazywając je „scritto con incredibile leggerezza e con inconcepibile ignoranza del soggetto”, a jego autora „immaginoso difensore di una tesi che non regge alla piu elementare critica”. Przytem odmawia chrześcijaństwu wszelkiego wpływu na prawo rzymskie, twierdząc, że żyło ono

¹ TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le dr. civ. des Romains* s. 53—122.

² PUCHTA, *Cursus der Institutionen*.⁶ Leipzig 1865 t. 1 s. 546 n.

³ MACKELDEY, *Lehrbuch der Institutionen des heutigen römischen Rechts* t. 1 § 49.

⁴ MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*. Leipzig 1850 § 27.

⁵ VAN WETTER, *Cours élémentaire de droit romain*. Gand-Paris 1871 t. 1 s. 91 n.

⁶ PADELLETTI, *Roma nella storia del diritto* (prolusione) w *Archivio giuridico* t. 12 (1874) s. 191 n.

do ostatniego stadjum swego rozwoju życiem własnem, wolnem od wszelkiego wpływu helleńskiego, stoickiego lub chrześcijańskiego. Ferrini uznaje natomiast znaczny wpływ chrześcijaństwa; wpływ ten do r. 325 odbywa się tylko ubocznie — indirettamente i nieświadomie — inconsciamente, a po r. 325 w sposób bezpośredni i świadomy.¹ Ferrini podaje nadto metodę, która najlepiej do poznania wpływu tego prowadzi: jest nią szczegółowe i dokładne badanie porównawcze pism prawników rzymskich i pisarzy chrześcijańskich — „una minuta e pazientissima ricerca comparativa degli scritti dei giuristi e degli scrittori cristiani”,² dając próbkę pracy wykonanej według tej metody.³ Metodę tę przyjął i więcej udoskonalił romanista włoski Carusi.⁴ Pacchioni wkońcu oświadcza się również za tezą Ferrini’ego.⁵

Wielki wpływ chrześcijaństwa uznają natomiast romanisci rosyjscy Engelman⁶ i Efimow.⁷ Obaj twierdzą mianowicie, że prawo bizantyńskie składa się głównie z dwóch pierwiastków: dawnego prawa rzymskiego i prawa chrześcijańskiego, czyli kanonicznego; to ostatnio zaś weszło już częściowo do zbiorów justy-

¹ FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*. Milano 1885 s. 100.

² FERRINI, tamże.

³ FERRINI, *Su le idee giuridiche contenute nei libri V e VI delle Istituzioni di Lattanzio* w *Opere di Contardo Ferrini*. Milano 1929 t. 2 s. 481—6; tenże, *Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice* w *Opere di C. Ferrini* t. 2 s. 467—79; tenże *Die juristischen Kenntnisse des Arnobius und des Lactantius* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 15 (1894) s. 343—52.

⁴ CARUSI, *Diritto romano e patristica* w *Studi giuridici in onore di C. Fadda*. Napoli 1906 t. 2 s. 71—97. Literatura romanistyczna posiada cały szereg prac poświęconych patrystyce, a szczególnie Tertuljanowi, jak ROBERTI, *Paolo di Tarso e le prime influenze patristiche sulla formazione storica del diritto italiano* w *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* t. 4 s. 103—28; DE LABRIOLLE, *Tertullien jurisconsulte* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* (1906); SCHLOSSMANN, *Tertullian im Lichte der Jurisprudenz* w *Zeitschr. f. Kirchengesch.* (1906); VITTON, *I concetti giuridici nelle opere di Tertulliano*. Roma 1924; BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian*. Halle 1930.

⁵ PACCHIONI, *Corso di diritto romano*. Torino 1905 t. 1 s. 333—6.

⁶ ENGELMAN, *Ob uczonej obratke greko-rimskiego prawa*. Petersburg 1857 s. 54 n.

⁷ EFIMOW, *Lekcji istorji rimskiego prawa*. Petersburg 1884 s. 304 n.

njańskich, szczególnie do Kodeksu i Nowel. Różnica pomiędzy dawnym prawem rzymskim, a rzymsko-bizantyńskim polega głównie na tem, że w skład tego ostatniego weszły idee socjalne powstałe pod wpływem chrześcijaństwa.

Kwestji wpływu chrystjanizmu na rzymską społeczność cywilną i przekształcenia się jej za jego pomocą poświęcił wybitne dzieło, nagrodzone przez Akademię francuską, Schmidt.¹

Najbardziej jednak ożywiony ruch w dziedzinie naszego zagadnienia przyniósł wiek obecny. Ruch ten wzmacnia się z roku na rok i postępuje bardzo szybkim krokiem. Najlepszym tego dowodem jest fakt, że na kongresie międzynarodowym prawa rzymskiego, który odbył się w 1933 r. w Bolonii i Rzymie, aż cztery referaty były poświęcone naszemu zagadnieniu.² W kwestji naszej wypowiada się cały szereg sławnych romanistów. Prym trzymają w swem ręku Włosi. Z romanistów włoskich zabierają głos: Riccobono, Bonfante, Arangio-Ruiz, Marchi, Sosio d'Angelo i inni. Riccobono, profesor uniwersytetu dawniej w Palermo, a obecnie w Rzymie, uznaje duży wpływ chrześcijaństwa na prawo prywatne Rzymian³ i wraz z Ferrini'm i Carusi'm należy do uczonych najbardziej zasłużonych w dziedzinie naszego zagadnienia. Trójca ta tworzy, jak wyraża się Boucaud, „trois savants italiens qui ont élevé une protestation au nom de la science contre l'opinion généralement rependu”.⁴ Rekapitulację poglądu

¹ SCHMIDT, *Essai historique sur la société civile dans le monde romain et sur sa transformation par le christianisme*. Strasbourg 1853.

² SENN, *L'influence du christianisme sur la législation civile romaine: la leçon du chrétien sur les principes mêmes du droit romain*; BAVIERA, *La codificazione giustiniana e il cristianesimo*; BECK, *Der Einfluss des Christentums auf die Justinianische Gesetzgebung*; ROBERTI, *Le collezioni giustiniane e il cristianesimo*.

³ RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato* w *Rivista di diritto civile* r. 3 (1911) N 1 s. 38; tenże, *Influenza del cristianesimo sulla codificazione di Giustiniano* w *Riv. di Scienza „Scientia”* t. 5 (1909); tenże, *Communio e proprietà* w *Essays in legal history read before the international congress of historical studies held in London (1913)* s. 117 — 9; tenże, *Stipulatio e instrumentum* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 43 s. 378 n.

⁴ BOUCAUD, *La première ébauche d'un droit chrétien dans l'antiquité romaine* w „*L'Université catholique*” 70 (1912) s. 14 n.

swego Riccobono podaje ostatnio w pracy, p. t. „Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano”. Etyka chrześcijańska, według niego, wywarła wpływ nie tylko na dziedzinę obyczajową, lecz także prawną. W prawie osobowym wpływ ten występuje w uregulowaniu: małżeństwa, stanowiska kobiety i osób nieletnich, stosunków możnych do słabszych i położenia niewolników. W prawie rzeczowym dąży do osłabienia indywidualizmu i egoizmu pogańskiego na korzyść interesów zbiorowości, sprzyja darowiznom, potępia nadużywanie prawa, mocniej niż to czyniło pogaństwo, wydoskonalą zasadę, że nie można wzbogacać się cudzym kosztem, a nade wszystko podkreśla takie momenty, jak *aequitas*, *pietas*, *caritas*, *fraternitas*. W prawie zobowiązaniowym najznamienniejszą reformą jest *laesio enormis*. W prawie procesowym i egzekucyjnym wydoskonalą instytucję *in integrum restitutio* i *beneficium competentiae*.¹ W dziedzinie socjalnej uznaje osobowość prawną instytucyj dobroczynnych, a w prawie pogrzebowym zamienia obowiązek rodzinny grzebania zmarłych na obowiązek ludzkości — *negotium totius humanitatis* i to niezależnie od tego, czy chodzi o bogatego lub biednego, o wolnego czy niewolnika.²

Przeciwko Riccobono wystąpił Baviera.³ W jednej z dawniejszych rozpraw widział on wpływ chrześcijaństwa tylko przy



¹ RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano* w *Mélanges de droit romain dédiés à Cornil*. Gand-Paris 1926 t. 2 s. 262; tenże, *Cristianesimo e diritto privato* w *Riv. di dir. civ. r.* 3 (1911) N 1 s. 58—61; ALBERTARIO, „*Caritas*” nei testi giuridici romani w *Rend. del R. Ist. Lomb. di sc. e lett.*, ser. II, t. 64 (1931). O wpływie chrześcijańskich cnót moralnych castitas i caritas na kodyfikację justyniańską por. MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustiniana* w *Studi Senesi* t. 38 (1924) s. 74—86. O wpływie pietas chrześcijańskiej por. DE FRANCISCI, *Legitt. attiva dell'actio funeraria* w *Filangieri* t. 40 (1915) s. 14 n.; KRUGER, *Die Humanitas und die Pietas* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 19 (1898); BONFANTE, *L'Equità* w *Notiziario del Lavoro* t. 2 (1923).

² D. 11, 7, 14, 7; Nov. 59. RICCOBONO, *Influenza del cristianesimo sulla codificazione di Giustiniano* w *Rivista di Scienza „Scientia”* t. 5 (1909). Por. także TAUBENSCHLAG, *Miszellen aus dem römischen Grabrecht* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 38 (1917) s. 245 n., 262.

³ BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul diritto romano* w *Mélanges Girard*. Paris 1912 t. 1 s. 67—121.

darowiznach na korzyść instytucji dobroczynnych, *piae causae*, oraz do pewnego stopnia przy prawie rozwodowem. Wykluczał go w dziedzinie niewolnictwa; co się zaś tyczy obrony *humiliores* przeciwko *potentiores* decydują tu nie względy natury religijnej, lecz wymogi życia praktycznego.¹ Ostatnio skłania się jednak do przyznania pewnego wpływu na prawo niewolnicze, ponadto na zakaz małżeństwa pomiędzy chrześcijanami i Żydami, na przeszkody z tytułu pokrewieństwa duchowego, pokrewieństwa naturalnego i powinowactwa w linii bocznej, a także na wyzwolenie z niewoli.²

Bonfante, chociaż nie widzi dużego wpływu chrześcijaństwa na prawo u Rzymian, zaznacza jednak, że nowe ideały czystości i miłości zmieniły istotę małżeństwa, spowodowały zwalczanie rozwodów, powtórnych małżeństw, konkubinatu legalnego, popierały wyzwolenie z niewoli, stworzyły fundacje pobożne i w obronie słabszych złagodziły kary.³

Według Arangio-Ruiz chrześcijaństwo wywarło wpływ na liczne instytucje prawne, jak zwalczanie niewolnictwa, ograniczanie wypadków rozwodu, podkreślanie przy prawie własności względów socjalnych i interesów sąsiedzkich, branie w obronę dłużnika przeciwko wierzycielom.⁴ Bardzo wielki wpływ nauki i etyki chrześcijańskiej na kodyfikację justyniańską uznaje Marchi. Wpływ ten, według niego, uwydatnia się nie tylko w dziedzinie *ius sacrum*, prawa karnego, osobowego i rodzinnego, lecz także w dziedzinie praw majątkowych.⁵ Wreszcie, Sosio d'Angelo o wpływie tym tak mówi: „Riteniamo senz'altro, che influenza del cristianesimo nella vita civile e nella codificazione giustiniana fu grandissima, tanto che neppure i diritti patrimoniali restarono

¹ BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul dir. rom.* w *Mélanges Girard* t. 1 s. 119—121.

² BAVIERA, *La codificazione giustiniana e il cristianesimo.* Congresso internazionale di diritto romano w Sunti delle relazioni. Roma 1933 s. 67.

³ BONFANTE, *Storia del diritto romano*². Milano 1909 s. 540; tenże, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*. Roma 1925 s. 169, 233, 256, 394 n.

⁴ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*². Napoli 1927 s. 4 n.; tenże, *Corso di istituzioni di diritto romano*. Napoli 1923 t. 1 s. 9.

⁵ MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustiniana* w *Studi Senesi* t. 38 (1924) s. 61—103.

del tutto immuni da rilevanti innovazioni".¹ W szczegółach widzi on wpływ chrześcijaństwa na zdolność prawną, która ulega ograniczeniu w stosunku do heretyków, apostatów i Żydów, a rozszerzeniu w stosunku do osób duchownych; zdolność prawną otrzymuje również Kościół katolicki i poszczególne kościoły. Nadto pod wpływem chrześcijaństwa powstaje przeszkoda do małżeństwa z tytułu pokrewieństwa duchowego oraz sposób wyzwalania z niewoli w kościele.²

Wpływ chrześcijaństwa sprowadzają do paru tylko punktów sławni romanisci francuscy Cuq i Girard. Cuq³ twierdzi, że chrystjanizm wniósł do prawa nowe idee ludzkości i miłości, pod wpływem których prawo zaczęło ulegać przeobrażeniom; chrześcijaństwo nie było w stanie przeprowadzić zupełnego odrodzenia prawa, wywarło jednak wpływ na stanowisko prawne osób, na niewolnictwo, konkubinat, rodzinę i na dziedziczenie. Według Girarda⁴ wpływ ten odnosi się do prawa celibatu, do konkubinatu, pokrewieństwa, legitymacji dzieci naturalnych, rozwodu, małżeństwa powtórnego oraz wyzwolenia z niewoli.

W literaturze niemieckiej wpływowi Kościoła na rozwój prawa i pojęcia socjalne w pierwszych wiekach poświęcił ostatnio rozprawę swoją Kübler, oświadczając się za znacznym wpływem chrześcijaństwa⁵. Na podobnem stanowisku stoją Lenel⁶ i Krüger.⁷

¹ S. d'ANGELO, *Saggi su questioni giuridiche*, I. *Cristianesimo e diritto romano*. Torino 1928 s. 23.

² S. d'ANGELO, tamże s. 27; tenże, *L'influenza del cristianesimo sul diritto romano* w „*Labarum*”. 1925. Co do innych jeszcze romanistów włoskich por. AVERARDI, *Il cristianesimo nel diritto romano*. Torino 1921; GRAY, *Il diritto del vangelo e l'influenza del cristianesimo nel diritto romano*. Torino 1922.

³ CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*². Paris 1928 s. 8 n., 81, 203, 723.

⁴ GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶. Paris 1918 s. 71, 101, 122, 123, 161, 166, 188 n., 978.

⁵ KÜBLER, *Die Einwirkung der älteren christlichen Kirche auf die Entwicklung des Rechts und die sozialen Begriffe* w *Theologische Arbeiten aus dem Rheinischen Wissenschaftlichen Prediger-Verein*, Neue Folge, t. 11 (1909) s. 93 — 110.

⁶ LENEL w *Holtzendorffa Encyclopädie der Rechtswissenschaft*⁷ t. 1 s. 374—5.

⁷ KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts*². München 1912 s. 297 uw. 8.

W literaturze polskiej zajmuje się Pawłowski specjalnie wpływem chrześcijaństwa na prawodawstwo Konstantyna Wielkiego.¹ W rozprawie swej uznaje on, w przeciwstawieniu do Burckhardt'a,² znaczny wpływ chrześcijaństwa na działalność ustawodawczą tego wielkiego monarchy. Taubenschlag wykazuje wpływ chrześcijaństwa na rzymskie prawo pogrzebowe. Z jednej strony pod wpływem ewangelicznej miłości bliźniego i ducha społeczności chrześcijańskiej (Gemeingeist) oraz w myśl zasady, aby nikt nie pozostał *insepultus*, następuje zamiana cmentarzy prywatnych na cmentarze ogólne, a z drugiej strony akt pochowania staje się aktem pobożności chrześcijańskiej.³ Dziedziną sakralnego prawa rzymskiego zajmuje się Ks. Insadowski, przyczem wykazuje on znaczny wpływ chrześcijaństwa na pojęcia rzymskie odnośnie do *res sacrae*.⁴ Wpływowi sądownictwa polubownego biskupów na prawo rzymskie poświęcił rozprawę swoją Bossowski.⁵

Jeżeli chodzi o historyków, to zwykle pomijają oni kwestię wpływu chrześcijaństwa na prawo rzymskie. Zajmuje się nią tylko Benigni w swej *Storia sociale della Chiesa*, lecz dzieło to z powodu słabej znajomości źródeł posiada niewielkie znaczenie naukowe.⁶

¹ PAWŁOWSKI, *Wpływ chrześcijaństwa na prawodawstwo Konstantyna Wielkiego*. Sprawozdanie Dyrekcji c. k. Gimnazjum w Stanisławowie, r. 1907 s. 3—37. W kwestji zmian dokonanych w prawie przez Konstantyna W. por. także SEUFFERT, *Constantins Gesetze und das Christentum*. Würzburg 1891; STADE, *Der Politiker Diokletian und die letzte grosse Christenverfolgung*. Wiesbaden 1926 s. 68—77.

² BURCKHARDT, *Die Zeit Constantins des Grossen*³. 1898 s. 262.

³ TAUBENSCHLAG, *Miszellen aus dem römischen Grabrecht* w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 38 (1917) s. 244—62.

⁴ Ks. INSADOWSKI, *Res sacrae w prawie rzymskiem*. Lublin 1931 s. 29—32, 40 n., 54 n., 62 n., 75, 83 n., 93—100, 106—12.

⁵ BOSSOWSKI, *Wpływ sądownictwa polubownego biskupów na prawo rzymskie*. Rocznik prawniczy wileński (1932) s. 32. Co się tyczy rozwoju instytucji episcopalis audientia por. także DE FRANCISCI w *Annali della F. di Giur. dell' Università di Perugia* t. 30 (1915) i BUSEK, *Cirkevni soudnictvi ve vecech civilnich v risi rimske v I—V století po Kr.* Bratislava 1925.

⁶ BENIGNI, *Storia sociale della Chiesa*, I. *La preparazione: Dagli inizi a Costantino*. Milano 1906.

Z powyższej różnorodności zdań odnośnie do stopnia wpływu chrześcijaństwa na prawo rzymskie wynika, że zagadnienie to dotąd jest w nauce sporne. Chcąc w sposób należyty ocenić wpływ chrześcijaństwa na prawo rzymskie, trzeba najpierw zwrócić uwagę na stan rozwoju i etyczną wartość prawa rzymskiego w jego dobie pogańskiej, a następnie na wartości religijno-moralne, jakie przyniosło z sobą chrześcijaństwo.

Prawo rzymskie nie powstało odrazu; rozwój jego odbywa się w ciągu całego tysiąclecia, przyczem ulega ono pod wpływem różnych czynników znacznym przeobrażeniom. Pierwotne prawo formalistyczne i ściśle narodowe, *ius civile*, ustępuje pierwszeństwa prawu pretorskiemu, *ius honorarium*, które wniosło cały szereg nowych pierwiastków i wraz z którym przeniknęła do prawa zasada słuszności — *aequitas*.¹ Skutkiem tego istnieje dualizm przepisów, opierających się z jednej strony na dawnym rygorystycznym *ius civile*, a z drugiej strony na nowym opartem na *aequitas* prawie pretorskiem. I tak, istnieje obok własności cywilnej, *dominium ex iure Quiritium*, własność pretorska, *in bonis esse*; obok kontraktów prawa ścisłego, *stricti iuris*, kontrakty dobrej wiary, *bonae fidei*; obok pokrewieństwa cywilnego, *agnatio*, pokrewieństwo naturalne, *cognatio*, a obok dziedziczenia cywilnego *hereditas*, dziedziczenie pretorskie, *bonorum possessio*. Zespolenia *ius civile* z *ius honorarium* w jedną całość organiczną i przekształcenia go w prawo o znaczeniu światowym dokonali, względnie zaczęli dokonywać, juryści klasyczni.

¹ PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*. 1932; KÜBLER, *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit* w Atti del congresso internazionale di diritto romano. Roma 22—29 aprile 1933—XI—vol. 1. s. 94 n. Co się tyczy wpływu filozofii greckiej na prawo rzymskie por. LAFERRIÈRE, *Mémoire concernant l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes romains* w Mémoires de l'Acad. des sciences moral. et polit. de l'institut imperial de France t. 10 (1860) s. 579—685; COSTA, *La filosofia greca nella giurisprudenza romana*. Parma 1892; DE FRANCISCI, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo del diritto romano* w Archivio giuridico t. 93 (1925) s. 167 n.; KÜBLER, *Der Einfluss der griechischen Philosophie auf die Entwicklung der Lehre von den Verschuldensgründen im römischen Recht*. Rechtsidee und Staatsgedanke. Berlin 1930.

Ale rozwój prawa rzymskiego nie skończył się na okresie klasycznej jurysprudencej. Klasyczne prawo rzymskie oddzielają od Justynjana jeszcze trzy wieki. W ciągu tego czasu szczególnie uległo ono wpływom hellenistycznym.

Przez prawo hellenistyczne rozumiemy ogół podstawowych zasad prawnych wspólnych różnym partykularnym prawom greckim.¹ Prawo to wywarło już w epoce republikańskiej pewien wpływ na prawo rzymskie.² Po ogłoszeniu sławnej konstytucji Karakalli, nadającej prawo obywatelstwa wszystkim mieszkańcom państwa rzymskiego, utrzymała się pewna jego część w mocy prawnej, wywierając w dalszym ciągu wpływ na prawo rzymskie.³ Do czasów Dioklecjana i Maksymjana władza państwowa zachowywała się dość odpornie względem prawa hellenistycznego. Dioklecjan jest ostatnim cesarzem, który starał się i to bezskutecznie wskrzesić tradycje klasyczne. Stopniowo jednak opór ten stawał się coraz słabszym, aż wreszcie powstała pewna tendencja w kierunku wprost przeciwnym; prawo hellenistyczne zaczęło coraz głębiej zapuszczać swoje korzenie w prawie rzymskiem.⁴

Do tak rozwiniętego prawa, które przetopilo pierwiastki *aequitas* z elementami hellenistycznymi, wniosło chrześcijaństwo

¹ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*. Leipzig 1891 s. 61; FERRINI, *Manuale di pandette*³. Roma 1917 s. 2; CORNIL, *Ancien droit romain*. 1930 s. 14.

² DE FRANCISCI, *L'azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano* w Arch. giur. t. 93 (1925) s. 157 n.; PADELLETTI, *Roma nella storia del diritto* (prolusione) w Archivio giuridico t. 12 (1874).

³ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 159 n.; TAUBENSCHLAG, *Le droit local dans les constitutions prédiocletiennes* w Mélanges Cornil t. 2 s. 499 n. O szczególnym wpływie prawa lokalnego na prawa rzymskie w Egipcie por. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts in Aegypten* w Studi in onore di P. Bonfante. Milano 1930 t. 1 s. 369 n.

⁴ O wpływie praw greckich i orjentalnych na cesarza Dioklecjana por. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*. Extrait du Bulletin de l'Acad. Polonaise des sc. et des lettres. Cracovie 1919—1920. Cracovie 1923 s. 271 n.; tenże, *Instytucje i historia rzymskiego prawa prywatnego*. Kraków 1934 s. 21.

wiele nowych pierwiastków, które znacznie podniosły jego poziom etyczny i przyczyniły się do jego wydoskonalenia.

Religia chrześcijańska w przeciwstawieniu do pogańskiej religii rzymskiej posiada bardzo bogatą treść etyczną.¹ Rozpatrzmy bliżej tę treść.

Nauka chrześcijańska na czele swego zakonu kładzie miłość Boga i bliźniego, bo „na tych dwojgu przykazaniach wszystek Zakon zawisł i prorocy”.² Święty Paweł woła: „Miłuj bliźniego swego, jak siebie samego... wypełnieniem tego Zakonu jest miłość”.³ „Miłość ta powinna być miłością powszechną, bo wszyscy jesteście bracia”⁴ i „jednem ciałem jesteśmy w Chrystusie, a każdy z osobna członkami jeden drugiego”.⁵ Idea braterstwa powszechnego domaga się, aby miłość wzajemna pomiędzy ludźmi obejmowała wszystkich, zarówno dobrych, jak i złych, sprawiedliwych, jak niesprawiedliwych, przyjaciół jak wrogów i prześladowców. Przykazanie Chrystusowe głosi: „Miłujcie nieprzyjaciół wasze, dobrze czyńcie tym, którzy was mają w nienawiści, a módlcie się za prześladowającymi i potwarzającymi was, abyście byli synami Ojca waszego, który jest w niebieszech”.⁶ Miłość chrześcijańska powinna być bezinteresowna: „Gdy czynisz jałmużnę, niechaj nie wie lewica twoja, co prawica twoja czyni”.⁷ Następnie, powinna być wyrozumiała i nie sądzić bliźniego,⁸ a także powinna być pokorna — „ktobykolwiek między wami chciał większym być, niech będzie sługą waszym”.⁹ Wreszcie, powinna być uczynna, a nie-

¹ Pierwotna religia rzymska o charakterze czysto praktycznym i ściśle narodowym była bardzo uboga tak pod względem swych obrzędów, jak również pierwiastków etycznych. Stąd też klasy wyższe społeczeństwa zaczęły szukać sobie pociechy w filozofji, szczególnie w etyce praktycznej epikurejczyków lub stoików, a klasy niższe w kultach wschodnich, które zawierały w sobie więcej pierwiastka etycznego, niż dawna religia rzymska. Por. BOISSIER, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*. Paris 1900 t. 1 s. 37 n.; t. 2 s. 365 n.; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*. München 1902 s. 63 n., 78 n.; GRILL, *Die persische Mysterienreligion im römischen Reiche und das Christentum*, 1903; GEFFCKEN, *Der Ausgang des griech. — röm. Heidentums*. Heidelberg 1920.

² MAT. XXII, 40.

³ *Rzym.* XIII, 10.

⁴ MAT. XXIII, 8.

⁵ *Rzym.* XII, 5.

⁶ MAT. V, 44.

⁷ MAT. VI, 3.

⁸ MAT. VII, 1 — 5.

⁹ MAT. XX, 26; XXIII, 11; JAN XIII, 14.

tylko słowna: „Synaczkowie moi miłujcie się nie słowem i nie językiem, lecz czynem i prawdą”.¹

Według nauki chrześcijańskiej wszyscy ludzie wobec Boga są równi: „Bo nie masz różnicy pomiędzy Żydem, a Grekiem: albowiem jeden jest Pan wszystkich, bogaty dla wszystkich, którzy Go wzywają”.² W chrześcijaństwie znikają różnice pomiędzy Żydami i poganami, niewolnikami i wolnymi — „albowiem w jednym Duchu wszyscyśmy ochrzczeni w jedno ciało, bądź Żydzi, bądź poganie, bądź niewolnicy, bądź wolni i wszyscy jednym Duchem napojeni jesteśmy”.³ Według nauki Chrystusa „jeśli kto chce być pierwszym, będzie ze wszech ostatecznym i sługą wszystkich”.⁴

Następnie, wszyscy ludzie są wolni, bo „na wolność wyzwolił nas Chrystus”⁵ i powołani do wolności: „Wy bowiem wezwani jesteście ku wolności bracia”.⁶ Opatrzność jest jednakowa dla wszystkich, bo „jeden Bóg i ojciec wszystkich, który panuje nad wszystkimi, działała przez wszystkich i jest we wszystkich nas”.⁷

Nauka chrześcijańska nakazuje łagodność i sprawiedliwość względem swych służących. Św. Paweł głosi: „Panowie, co sprawiedliwa i słuszna jest oddawajcie sługom waszym: wiedząc, że i wy macie Pana w niebie”.⁸ Nie podburza jednak niewolników przeciwko panom,⁹ ani służących przeciwko pracodawcom.¹⁰

Stosunek ojca do dzieci chrystjanizm tak ujmuje: „I wy ojcowie nie rozdrażniajcie dzieci waszych: ale wychowujcie w karności i w upomnieniu Pańskim”.¹¹ Dzieciom zaś nakazuje posłuszeństwo względem swych rodziców.¹²

Co się tyczy stosunku męża do żony, to św. Paweł woła: „Mężowie, miłujcie żony wasze, jako i Chrystus umiłował Kościół i samego siebie wydał zań... Tak mężowie mają miłować swe żony, jak własne ciało. Kto miłuje żonę swoją samego siebie miłuje... Dlatego opuści człowiek ojca swego i matkę swoją,

¹ I JAN III, 18.

² *Rzym.* X, 11.

³ I *Kor.* XII, 13; *Gal.* III, 28.

⁴ *MAR.* IX, 34.

⁵ *Gal.* IV, 31.

⁶ *Gal.* V, 13.

⁷ *Efez.* IV, 6.

⁸ *Kol.* IV, 1; *Efez.* VI, 9.

⁹ I *Kor.* VII, 21 — 2.

¹⁰ *Efez.* VI, 5—8.

¹¹ *Efez.* VI, 4; *Kol.* III, 21.

¹² *Efez.* VI, 1; *Kol.* III, 20.

a przyłączy się do żony swej i będą dwoje jednym ciałem. Tajemnica to wielka: ja zaś powiadam w Chrystusie i w Kościele”.¹ Lecz, z drugiej strony przestrzega żony, mówiąc: „Żony niechaj będą poddane mężom swym, jako Panu: albowiem mąż jest głową żony, jako Chrystus jest głową Kościoła, ciała swego, którego On jest Zbawicielem”.²

Było rzeczą jasną, że tak bogata treść etyczna chrześcijaństwa musiała wywrzeć silny wpływ na prawo. Wpływ ten odbywa się jednak w ciągu stuleci nie w jednakowym stopniu. Przez pierwsze trzy wieki ery naszej trwa prześladowanie chrześcijan i walka z nauką Chrystusa. Podstawę prawną do prześladowań dała *Lex Iulia maiestatis*, która stanowi surowe kary za wstrzymywanie się od składania ofiar publicznych i brania udziału w kulcie cesarzy.³ Ustawy o stowarzyszeniach były także dla chrześcijan nieprzychylne, gdyż gminy chrześcijańskie uważano za *collegia illicita*.⁴ W tych warunkach wpływ chrześcijaństwa na prawo mógł się odbywać nie bezpośrednio zapomocą władzy ustawodawczej, lecz tylko w drodze pośredniej zapomocą nauki chrześcijańskiej.⁵

Nauka chrześcijańska w okresie tym była znana już szerszym warstwom społeczeństwa, przedostając się najpierw do klas niż-

¹ Efez. V, 25—32.

² Efez. V, 22—3.

³ TACITUS, *Annales* 15, 44; PLINIUS, *Epist.* 10, 97; Ulp., D. 48, 4, 1; PAUL., *Sent.* 5, 29, 1. BERDNIKOW, *Gosudarstwiennoe połoženie religii w rimsko-wizantijskoj imperji*. T. I do Konstantina. Kazań 1881; CUQUET, *De la nature des crimes imputés aux chrétiens d'après Tacite*. Rome 1886; GUÉRIN, *Étude sur le fondement juridique des persécutions dirigées contre les chrétiens pendant les deux premiers siècles de notre ère* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 19 (1895) s. 601—46, 713—37; CONRAT (Cohn), *Die Christenverfolgungen im römischen Reiche vom Standpunkte des Juristen*. Leipzig 1897 s. 53 n.; MOMMSEN, *Der Religionsfrevel nach römischen Recht* w *Juristische Schriften*. Berlin 1907 t. 3 s. 393 n.; KS. LISIECKI, *Czasy męczeńskie Kościoła św.* Poznań 1915; ALLARD, *Le christianisme et l'empire romain de Neron à Theodose*⁹. Paris 1925.

⁴ TERTULLIANUS, *Apologeticus*, c. 38 (Migne, 1, 527—31); KS. BILCZEWSKI, *Położenie prawne chrześcijan w trzech pierwszych wiekach*. Przegląd Prawo-szechny t. 25 (1890) s. 346 i t. 26 s. 39, 178.

⁵ ROBERTI, *Le collezioni giustinianee e il cristianesimo*. Congresso internazionale di diritto romano w Sunti delle relazioni s. 70.

szych społeczeństwa, później wyższych, a wreszcie na sam dwór cesarski.¹ Do jej rozpowszechnienia przyczyniły się: ustne głoszenie, pisemna obrona w apologjach poświęconych przeważnie cesarzom lub filozofom i wreszcie przykład życia chrześcijan oraz męstwo, z jakim znosili męczeństwa.² Szczególną rolę w tym względzie odegrały apologje: Justyna, poświęcona cesarzowi Antoninowi Pobożnemu, Atenagorasa, poświęcona Markowi Aurelemu, Minucjusza Feliksa p. t. Octavius, Tertuljana Apologeticus, Laktancjusza Apologeticus i t. d., gdyż idee przez nie głoszone przenikały życie socjalne Rzymian. Musiały one mieć oczywiście dostęp do cesarzy i prawników, co wyraziło się w pewnej tolerancji w stosunku do chrześcijan ze strony niektórych cesarzy pogańskich, jak Hadrijana, Antonina Piusa, Marka Aurelego, Aleksandra Sewera i innych.³ Wprawdzie Marek Aureljusz i Epiktet wspominają o chrystjanizmie tylko jeden raz i to mimochodem, jest on jednak w tym czasie rozpowszechniony skoro przeciwko niemu występują: Fronto, jak o tem świadczy Minucjusz Feliks w dziele Octavius i Celsus, przeciwko któremu Orygenes napisał apologję.⁴

¹ Św. Piotr pisze już list do wiernych Pontu, Galacji, Kapadocji, Azji i Bytynji, a św. Paweł w liście do Rzymian (I, 8) mówi: „Wiara wasza jest przepowiadana po całym świecie”. O olbrzymim wzroście wiernych na początku III w. najdokładniej świadczy TERTULJAN († 240), *Apologet.*, c. 37 (Migne, P. L., 1, 462 n.): „Hesterni sumus, et vestra omnia implevimus, urbes, insulas, castella, municipia, conciliabula, castra ipsa, tribus, decurias, palatium, senatus, forum; sola vobis reliquimus templa”. Por. także TACITUS, *Annales* 15, 44; PLINIUS, *Epist.* 10, 97; TERTULL., *Adv. Iudaeos* 7, 5 (Migne, 1, 704); EUSEBIUS, *Historia ecclesiastica* 8, 6 (Migne, P. G., 20, 751 n.); CARUSI, *Diritto romano e patristica* w Studi in onore di C. Fadda t. 2 s. 71 n.; DARAS, *Les chrétiens à la cour de Dioclétien*. Paris 1867.

² SCHMIDT, *Essai historique sur la société civile dans le monde romain et sur sa transformation par le christianisme* s. 328 n.

³ SCHMIDT, tamże s. 439—48. Aleksander Sewer chciał nawet zbudować świątynię na cześć Chrystusa, ale auspicia odradziły mu ten zamiar por. CHANTEPIE DE LA SAUSSAYE, *Historja religij*. Opracował A. L. Warszawa 1918 s. 500.

⁴ KEIM w dziele *Celsus, Wahres Wort*, 1873, próbuje dać rekonstrukcję zaginionego dzieła Celsusa.

Ten stan rzeczy uległ zasadniczej zmianie z chwilą nawrócenia się na chrześcijaństwo cesarza Konstantyna i wydania przez niego wraz z Licynjuszem w 313 r. w Medjolanie edyktu tolerancyjnego.¹ Edykt ten wyraźnie mówi o zdolności prawnej Kościoła, w szczególności o zdolności posiadania *corpus* lub *collegium christianorum* oraz o zdolności nabywania i posiadania majątku.² Od Konstantyna Wielkiego rozpoczyna się dla prawa rzymskiego zupełnie nowy okres życia.³ Montesquieu o tym momencie przełomowym tak mówi: „Pewnem jest, że zmiany czynione przez Konstantyna wspierały się albo na pojęciach związanych z zaprowadzeniem chrześcijaństwa, albo na pojęciach zaczerpniętych z jego doskonałości”.⁴ Także następcy Konstantyna kroczą po tej linii, z jedynym wyjątkiem cesarza Juljana Apostaty, który pragnął przywrócić dawny kult pogański.⁵

¹ ABRAHAM, *Edykt medjolański w 1600-letnią rocznicę*. Odb. z Przeglądu Powszechnego. Kraków 1913.

² EUSEBIUS, *Hist. eccles.* 10, 5 (Migne, P. L., 20, 879 n.); LACTANTIUS, *De mortibus persecutorum*, c. 48 (Migne, P. L., 7, 267—70); FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 101 n. W sprawie własności kościelnej w pierwszych trzech wiekach por. ROBERTI, *Le associazioni funerarie cristiane e la proprietà ecclesiastica nei primi tre secoli*. Milano, Soc. ed. „Vita e Pensiero”.

³ NAZARIUS, *Panegir. Const. Aug. dictus*, c. 38 (Migne, P. L., 6, 608), tak w 321 r. charakteryzuje początek dzieła ustawodawczego Konstantyna: „Novae leges regendis moribus et frangendis vitiis constitutae. Veterum calumniosae ambages recisae, captandae simplicitatis laqueos perdiderunt. Pudor tutus. Munia coniugia”. SOZOMENUS zaś, *Hist. eccl.* (Migne, 67, 378), o czasach Konstantyna tak mówi: „Jam vero cunctos magistratus imperii Romani, fere Christiani administrabant”. Por. także FLASCH, *Constantin der Grosse als erster christlicher Kaiser*. Würzburg 1891; MAURICE, *Constantin le Grand. L'origine de la civilisation chrétienne*. Paris, Editions Spes; ARNALDI, *Dopo Costantino. Saggio della vita spirituale del IV e V secolo*. Pisa 1927; ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano* w Conferenze per il XIV centenario delle Pandette. Milano 1931 s. 324.

⁴ MONTESQUIEU, *O duchu praw*, ks. XXIII, rozdz. 21. Tłum. Żeleński (Boy) t. 2 s. 157.

⁵ DAMASKIOS, *Vita Isidori* (Migne, P. G., 103, 1301), podaje, że było kilka tendencji do wznowienia poganizmu za panowania Teodozjusza, Antemjusza i Zenona. W niektórych miejscowościach był silny prąd antychrześcijański jeszcze w VI w. por. MASPERO, *Horapollon et la fin du paganisme Egyptien* w Bull. Institut français d'archéol. oriental t. 11 (1914) s. 182.

Następcy Juljana Apostaty kontynuują już bez przerwy wielkie dzieło Konstantyna W. i jego synów.¹ Zadanie do spełnienia było trudne, tem bardziej, że zasady teologii, tak dogmatycznej, jak również moralnej w tych czasach nie zawsze były w sposób należyty wyświecone; nie było jeszcze chrześcijańsko-filozoficznej nauki prawa. Od tego czasu nawet filozofia świecka mogła wywierać wpływ swój na rozwój pojęć prawnych tylko poprzez doktryny Ojców Kościoła.² Rzecz naturalna, że nie stało się to za jednym zamachem, lecz w ciągu długiego procesu, gdzie dawne pierwiastki pogańskie przez pewien jeszcze czas istniały obok chrześcijańskich i z nimi się ścierały. Był to zatem okres współistnienia pierwiastków pogańskich i chrześcijańskich, okres etyki dualistycznej: naturalnej i nadnaturalnej, a rezultatem ścierania się tych dwóch prądów było przekształcenie się pogańskiej cywilizacji rzymskiej na chrześcijańską.

Jest rzeczą jasną, że od chwili uznania religii chrześcijańskiej przez edykt tolerancyjny Konstantyna W. i Licynjusza i późniejszego przyjęcia jej za religję państwową przez Gracjana, Walentynjana i Teodozjusza (380),³ chrześcijaństwo poczęło wywierać wpływ bezpośredni, czyli zapomocą władzy ustawodawczej, na kształtowanie się prawa prywatnego w duchu nauki i etyki chrześcijańskiej.

Gruntowne studjum autorów chrześcijańskich i różnych źródeł pierwszych pięciu wieków wykazuje stopniowe wytwarzanie się chrześcijańskiego prawa prywatnego, które zaczęło oddziaływać na prywatne prawo rzymskie.⁴ Oddziaływanie to występuje w różnych formach. I tak, niektóre dawne przepisy prawa pogańskiego pod wpływem chrześcijaństwa ulegają modyfikacjom,

¹ CRIVELLUCCI, *Storia delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa* t. 1 s. 410; t. 2 s. 200.

² PERROT, *Précis élémentaire de droit romain*. Paris 1927 s. 122; BECK, *Der Einfluss des Christentums auf die Justinianische Gesetzgebung*. Congresso internazionale di diritto romano w Sunti delle relazioni s. 69 n.

³ C. Th. 16, 1, 2 = C. 1, 1, 1.

⁴ BOUCAUD, *La première ébauche d'un droit chrétien dans l'antiquité romaine* w „L'Université catholique” 70 (1912) s. 4 n.

nowe, które powstają, czerpią swe źródło w nauce chrześcijańskiej, lub też wprost zostają recypowane z przepisów prawa kościelnego.¹ Tak np. niektóre konstytucje cesarskie zawarte w kodeksach Teodozjańskim i Justynjańskim, a nadewszystko w Nowelach Justynjańskich, są w całości wzięte z postanowień kościelnych.² Cesarze Walentynjan III i Marcjan w 451 r. stanowią, że wszelkie rozporządzenia cesarskie sprzeczne z kanonami kościelnymi tracą moc prawną. Odnosny ustęp głosi: „Omnes sane pragmaticae sanctiones, quae contra canones ecclesiasticos interventu gratiae et ambitionis elicita sunt, robore suo et firmitate vacuatas cessare praecipimus”.³ W następnym roku (452) cesarz Marcjan nakazuje przestrzeganie kanonów soboru chalcedońskiego i karze surowo tych duchownych, którzy odważają się przeciwdziałać postanowieniom tego soboru—„semel iudicata ac recte disposita revolvere et publice disputare”.⁴

W szczególności zasługuje na uwagę, że w Kodeksie Justynjańskim na czele materiału prawnego jest podany materiał kościelny, *ius sacrum*. Wystarczy przejrzeć napisy rzeczowe pierwszych trzynastu jego tytułów, jak: De summa Trinitate, De sacrosanctis ecclesiis, De episcopis et clericis i t. d., aby przekonać się, że podstawowe założenia swoje Kodeks opiera na zasadach chrześcijańskich.

W konstytucji z 530 r., w sprawie przeszkód do małżeństwa z tytułu święceń wyższych, Justynjan przyznaje kanonom taką samą moc prawną, jaką posiadają ustawy świeckie. Słowa jego opiewają: „Nostrae vero leges sacros canones non minorem vim quam leges habere volunt, sancimus quod ad illos attinet valere quae sacris canonibus visa sunt, perinde ac si et civilibus legibus scripta essent”.⁵ W innej konstytucji Justynjan przytacza główne zasady wiary katolickiej i nakazuje przestrzeganie ich pod karami

¹ ROBERTI, *Le collezioni giustinianee e il cristianesimo* w *Sunti delle relazioni* s. 71 n.

² Por. *Nov. 137 de ordinatione episcoporum et clericorum*. ZHISHMAN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*. Wien 1864 s. 6.

³ C. 1, 2, 12, 1. ⁴ C. 1, 1, 4.

⁵ C. 1, 3, 44 (45), 1; por. także *Nov. 6, 1, 7*.

ustanowionemi przeciwko heretykom.¹ Niektóre Konstytucje i Nowele justynjańskie rozpoczynają się, podobnie jak modlitwy, od wezwania imienia Pańskiego: „In nomine Domini nostri Jesu Christi”.² Drugie posiadają wprost charakter modlitwy dziękczynnej, gdzie czytamy takie słowa: „Quas gratias aut quas laudes Domino Deo nostro Jesu Christo exhibere debeamus, nec mens nostra potest concipere nec lingua proferre”.³ Inne znów są wyrazem ufności w Boga. W noweli 109 czytamy: „In Deo spem credimus, scientes quia haec nobis et animae et imperii dat salutem: unde et legislationes nostras inde pendere competit et in eam respicere et hoc eis principium esse et medium et terminum”.⁴

Nowy charakter prawa uwidocznia się szczególnie w Nowelach justynjańskich; wiele z nich traktuje o materji czysto duchownej. I tak, nowela 3 mówi o określeniu liczby osób duchownych przy kościele głównym oraz innych kościołach w Konstantynopolu. Nowela 5 jest poświęcona sprawom klasztorów, zakonników i opatów. Nowela 6 traktuje o warunkach do święceń, przyczem władzę duchowną i świecką nazywa dwoma największemi darami bożemi. „Maxima quidem in hominibus sunt dona Dei a superna collata clementia sacerdotium et imperium”.⁵ Nowela 77 występuje przeciwko rozpucie, przysięgom i bluźnierstwom; wstęp, który podaje, możnaby uważać za podyktowany przez jakiegoś Ojca Kościoła. Nowela 83 przekazuje biskupom sądownictwo w sprawach, w których występują osoby duchowne lub instytucje kościelne.⁶ Nowele 115 i 131 przyznają kanonom pierwszych czterech soborów powszechnych, a mianowicie nicejskiemu, konstantynopolitańskiemu, efeskiemu i chalcedońskiemu taką samą moc prawną, jaką posiadają ustawy świeckie, przyczem Nowela 131 dodaje, że dogmaty przez sobory te ogłoszone mają być

¹ C. 1, 1, 5.

² Const. Cordi nobis; const. Imperatoriam maiestatem; *Cod.* 1, 27, 1; *Nov.* 43; 139; 150.

³ C. 1, 27, 1 pr.; por. także *Nov.* 8, 11 pr.; 24, 9; 49, 1 pr. (in fine); 69, 4 § 3; 70, 1; 159 epil. (in fine).

⁴ *Nov.* 109, praef.

⁵ *Nov.* 6, praef.

⁶ *Nov.* 83, 1.

tak samo przyjęte, jak Pismo św.¹ Nowela 123 mówi o życiu biskupów, kapłanów i zakonników, 133 o życiu zakonnem, a 137 o święceniach biskupich i kapłańskich. W noweli 137 Justynjan uważa się za stróża postanowień kościelnych i zapewnia, że czuwać będzie, aby postanowienia te były ściśle zachowywane. Odnośne słowa opiewają: „Si civiles leges... per omnia firmas servari ad subiectorum securitatem studemus, quanto plus studii in observatione sacrorum canonum et divinarum legum, quo pro salute [animarum nostrarum constitutae sunt]”.² W Noweli 141 Justynjan występuje raczej jako kapłan, niż ustawodawca i zwalnia od kar tych rozpustników, którzy z okazji Wielkiejnocy wyświadają się ze swych win, przyrzekną poprawę i wypełnią pokutę. Stąd też, można śmiało powiedzieć, że w Nowelach tych przemawia przez usta Justynjana patriarcha konstantynopolitański.³ Podobny charakter posiadają nowele następców Justynjana, a szczególnie nowele 2—17 i 85 cesarza Leona Filozofa, wystosowane do patriarchy konstantynopolitańskiego Stefana.

Jeżeli chodzi o Pandekty i Instytucje, to zmiany w nich przeprowadzone może nie odpowiadają tej wielkiej zmianie, jaka z chwilą przyjęcia chrześcijaństwa zaszła w stosunkach prawnych. Ma to swoje powody. Naród żył się ze swoim prawem; weszło ono niejako w jego krew i przez to zyskało nadzwyczajną powagę. Przeprowadzenie wielkich zmian nie było pożądanę, a nawet było niebezpieczne. Trudno było zniszczyć całą spuściznę prawną z czasów pogańskich i zamienić ją na nowe prawo chrześcijańskie. Trzymano się pod tym względem zasady, że większe zmiany dadzą się przeprowadzić za pomocą przepisów nowych, nieskrępowanych powagą tradycji dawnych norm prawnych. Stąd też, prawo rzymskie zawarte w Pandektach i Instytucjach justynjańskich, w przeciwstawieniu do Kodeksu, nie daje

¹ Nov. 115, 3, 14; 131, 1.

² Nov. 137, praef.

³ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 22; KNECHT, *Die Religionspolitik K. Justinians* t. 1 (1896); ALIVISATOS, *Die kirchliche Gesetzgebung K. Justinians*. Berlin 1913 t. 1; tenże, *La relation de la législation ecclesiastique de Justinien avec les canons ecclesiastiques* w *Sunti delle relazioni* s. 83 n.

dokładnego obrazu prawa doby justynjańskiej.¹ Kompilatorowie justynjańscy nie byli w stanie spełnić w całej pełni włożonego na siebie zadania — „omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare”² i teksty klasyczne dostosować całkowicie do nowych wymagań życia. Po tej linii przeprowadzania gruntownych reform w drodze nowych przepisów, zawartych w odrębnych ustawach (nowelach), poszli również jego następcy. O tem zaś, że Justynjan mimo to pragnął nadać i Pandektom charakter chrześcijański, świadczy wyraźnie konstytucja *Deo auctore*, na mocy której została powołana komisja dla dokonania tego dzieła. Rozpoczyna się ona od uwielbienia potęgi boskiej. Słowa jej brzmią: „Res quidem nobis difficillima, immo magis impossibilis videbatur: sed manibus ad caelum erectis et aeterno auxilio invocato eam quoque curam nostris reposuimus animis; Deo freti, qui et res penitus desperatas donare et consummare suae virtutis magnitudine potest.”³ Pewne ogólne idee chrześcijańskie zdołali mimo wszystko kompilatorowie wtłoczyć w teksty klasyczne. Do takich idei należy, np. filantropja i szczodroblivość, których pojęcie odbiega bardzo od tych samych idei w etyce stoickiej. Filantropja i szczodroblivość stoicka obejmuje, według głównego jej przedstawiciela Plinjusza Młodszego, poza ojczyznę jedynie osoby związane węzłami miłości, jak krewnych, powinowatych i przyjaciół,⁴ filantropja zaś chrześcijańska obejmuje wszystkich ludzi. Wyrażają to w konstytucji swej (364) cesarze Walentynjan i Walens, gdy mówią: „Christianos, quibus verus cultus est, adiuvare pauperes et positos in necessitate provideant”.⁵ Znajduje to zresztą wyraz

¹ LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 49 (1929) s. 240 uw. 5; PRINGSHEIM, *Die archaistische Tendenz Justinians* w Studi in onore di Bonfante t. 1 s. 551—87; DE FRANCISCI, *Premesse storiche alla critica del Digesto* w Conferenze per il XIV centenario delle Pandette s. 36 n.

² Const. *Deo auctore* 2.

³ Const. *Deo auctore* 2.

⁴ PLINIUS, *Epist.* 9, 30; por. także CICERO, *De officiis* 3, 15, 63; M. AURELIUS 5, 31.

⁵ C. 1, 4, 1. O wzajemnym stosunku filantropji i szczodroblivości według etyki stoickiej, a chrześcijańskiej S. d'ANGELO, *Saggi su questioni giu-*

swój w sposobie uregulowania *donatio inter vivos* oraz *mortis causa*.¹

Z powyższego widzimy, że idea chrześcijańska w czasach Justynjana panuje w prawie wszechwładnie.² Nie oznacza to jednak, że wszystkie przepisy prawa justynjańskiego zostały w całości uzgodnione z nauką i etyką chrześcijańską i że z pogaństwa nic już nie pozostało.³ Niektóre bowiem pogańskie instytucje prawne pozostały jeszcze w prawie justynjańskim, jak niewolnictwo i, aczkolwiek z wielkimi ograniczeniami, rozwody. Lecz, są to tylko rzadkie wyjątki. Prawo justynjańskie w całości wzięte jest prawem chrześcijańskim, przytem przesiąkniętem ideą religijną.⁴

Religia chrześcijańska szczególną troską otaczała zawsze rodzinę, stąd też wywarła wielki wpływ na rzymskie prawo małżeńskie.⁵

Opracowanie prawa małżeńskiego osobowego u Rzymian, ze szczególnem uwzględnieniem tego wpływu, jest zadaniem mej

ridiche, I. *Cristianesimo e diritto romano* s. 30, tak pisze: „Confondere queste idee morali così cristianamente sentite con le nozioni di filantropia e liberalità, parole sublimi presso gli Stoici, ma circoscritte, in pratica, ai soli amici, affini e compatrioti, sarebbe troppo enorme eresia”.

¹ Por. RICCOBONO, *Cristianesimo e dir. priv.* w Riv. di dir. civ. r. 3 (1911) N 1 s. 39—42.

² CRIVELLUCCI, *Storia delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa* t. 2 s. 177 n.; MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustiniana* w Studi Senesi t. 38 s. 68.

³ PEROZZI, *Precetti e concetti nell'evoluzione giuridica* w Atti della Società Italiana per il progresso delle scienze V riunione. Roma 1911 s. 19 n. (odb.)

⁴ MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustin.* w Studi Senesi t. 38 s. 87 n.

⁵ PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁶ t. 1 s. 546 n.; CUQ., *Manuel des institutions juridiques des Romains*² s. 8 n.; RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano* w Mélanges de droit romain dédiés à Cornil t. 2 s. 262; MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustiniana* w Studi Senesi t. 38 s. 75 n.; GRAY, *Il diritto nel vangelo e l'influenza del cristianesimo sul diritto romano* s. 105—8; SENN, *L'influence du christianisme sur la législation civile romaine: la leçon du chrétien sur les principes mêmes du droit romain*. Congresso internazionale di dir. rom. w Suntis delle relazioni s. 66.

pracy. O ile poruszam stosunki majątkowe pomiędzy małżonkami, czynię to tylko w celu dokładniejszego wyświeatlenia stosunków osobistych.

Pracy takiej literarura polska dotąd nie posiada. W literaturze zagranicznej poświęcono w ostatnich czasach wiele rozpraw tej materji — że wspomnę tylko prace Bonfante'go, Levy'ego i innych — ale żadna z tych prac nie badała prawa małżeńskiego pod kątem widzenia wpływów chrześcijańskich. Stąd też, niech mi będzie wolno wyrazić nadzieję, że praca moja i z tego punktu widzenia nie będzie może bez znaczenia.

Rozdział I.

ZARĘCZYNY.

§ 1. Terminologia zaręczyn.

Określenie właściwego miejsca w systemie prawnym dla zaręczyn nie jest rzeczą łatwą. Autorowie, którzy się tą kwestją zajmowali, rozpatrują je zwykle w związku z małżeństwem, lecz różne wydzielają im miejsce w systemie prawa małżeńskiego. Jedni z nich mówią o zaręczynach w rozdziale o formie zawarcia małżeństwa,¹ drudzy umieszczają je jako dodatek do rozdziału o wymogach do zawarcia małżeństwa,² inni jeszcze traktują o nich po formie i wymogach do małżeństwa³ lub po formie, wymogach i skutkach zawarcia małżeństwa.⁴ My rozpatrzymy zaręczyny jako akt wstępny, przygotowawczy do małżeństwa, ponieważ wyprzedzały one zawarcie małżeństwa.

Na oznaczenie zaręczyn prawo rzymskie najczęściej używa wyrazu *sponsalia*. Sławny gramatyk rzymski, z epoki cycerońskiej, Warro nazwę tę wyprowadza od wyrazu *spondere*; w dziele swem *De lingua latina* mówi: „Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa”.⁵ Tenże Warro⁶ oraz Serwjusz Sulpicjusz Ru-

¹ SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*. Padova 1876 t. 1 s. 28.

² OKECKI, *Prawo rodzinne u Rzymian*. Cz. I. *Prawo małżeńskie*. Warszawa 1866 s. 50—1.

³ ZOLL-LISOWSKI, *Rzymskie prawo prywatne (Pandekta)*. Warszawa 1920 t. 5 A. s. 8.

⁴ BONFANTE, *Corso di diritto romano* t. 1 s. 225.

⁵ VARRO, *De lingua latina* 6, 70.

⁶ VARRO, tamże.

fus,¹ prawnik rzymski z ostatniego stulecia rzeczypospolitej, wyprowadzają od tego samego wyrazu nazwę narzeczonych *sponsus* i *sponsa*. Podobnie tłumaczy pochodzenie nazwy narzeczonych Florentinus: „Unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est”.² Najdokładniej jednak pochodzenie wyrazu *sponsalia* wyjaśnia Ulpjan. Słowa jego brzmią: „Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras”.³

Prawo rzymskie na oznaczenie zaręczyn używa także innych wyrazów, jak *spes nuptiarum*,⁴ *spes matrimonii*,⁵ lub *desponsatio*.⁶ Narzeczona nazywała się także *promissa*,⁷ *dicta*,⁸ lub *pacta*,⁹ a przed zawarciem zaręczyn — *sperata*.¹⁰

§ 2. Forma zawarcia zaręczyn.

W czasach najdawniejszych zaręczyny zawierano zapomocą uroczystej umowy słownej, zwanej *sponsio i stipulatio*.¹¹ Zawierał je z ojcem względnie opiekunem narzeczonej, bądź sam narzeczony, jeżeli był *sui iuris*, bądź jego ojciec lub opiekun, jeżeli narzeczony był *alieni iuris*. Istota tej umowy polegała na tem,

¹ U GELLIUSA, *Noctes Atticae* 4, 4.

² D. 23, 1, 3.

³ D. 23, 1, 2. Wyraz *spondere* oznacza przyrzeczenie uroczyste zapomocą stypulacji por. DYDŃSKI, *Słownik łacińsko-polski do źródeł prawa rzymskiego*. Warszawa 1883 s. 646.

⁴ Ulp., D. 23, 1, 6.

⁵ Ulp., D. 48, 5, 14 (13), 3.

⁶ Paul., D. 45, 1, 134 pr.; Diocl. i Maxim. (293), C. 5, 1, 1; Justin. (533), C. 9, 13, 1.

⁷ MARTIALIS, *Epigrammata* 7, 69.

⁸ VIRGILIUS, *Aeneis* 2, 678.

⁹ VIRGILIUS, *Aeneis* 10, 79.

¹⁰ PLAUTUS, *Amph.* 2, 2, 44; ARNOBIUS, *Adversus nationes* 4, 20 (Migne, 5, 1040).

¹¹ Ulp., D. 23, 1, 2. RICCOBONO w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 35 s. 214 n. i t. 43 s. 262 n.; WEISS w *Pauly-Wissowa, Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, v. *sponsio*. Niektórzy uczeni, jak DANZ, *Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*. Jena 1857 s. 105 n. i HUVELIN, *Stipulatio*,

że ojciec względnie opiekun narzeczonej przyrzekał narzeczonemu oddać córkę za mąż, narzeczony zaś przyrzekał pojąć ją za żonę.¹ Plautus przekazał nam kilka formuł zawierania zaręczyn. Brzmiały one: „Spondesne, miles, mihi hanc uxorem? Spondeo”;² „Tuam mihi maiorem filiam despondeas... Spondesne igitur? Spondeo”;³ „Sponden ergo tuam gnatam uxorem mihi? Spondeo et mille auri Philippum dotis”.⁴

W epoce cesarstwa późniejszego zaręczyny zawierano za pomocą nieformalnego przyrzeczenia dokonanego na podstawie wzajemnej zgody stron, *consensus*. Zasadę tę odnośnie do wzajemnej zgody stron wypowiada Julianus w następujących słowach: „Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt”,⁵ odnośnie zaś do sposobu dokonania przyrzeczenia uzupełnia ją Ulpjan w zdaniu: „Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia”.⁶ W czasie tym zaręczyny stają się umową, na mocy której mężczyzna i kobieta przyrzekają sobie wzajemnie zawarcie w przyszłości małżeństwa. Florentinus tak je określa: „Sponsalia sunt mentio et

stips et sacramentum w Studi in onore di Fadda t. 6 s. 77 n., są zdania, że pierwotnie zawieranie zaręczyn było aktem sakralno-formalnym i że dopiero później, kiedy sponsio straciła swój charakter sakralny, zaczęto wyprowadzać ją etymologicznie od wyrażenia sua sponte. Drudzy znów uczeni, jak GIRTANNER, *Die Stipulation*, 1859 s. 14—81 i MITTEIS, *Über die Herkunft der Stipulation*. Aus römischen und bürgerlichen Recht (Festschrift Bekker), 1907 s. 109—14, są przeciwnikami sakralnego charakteru pierwotnej sponsio. Gramatycy rzymscy FESTUS, v. spondere i VARRO, *De ling. lat.* 6, 71, wyprowadzają sponsio od sua sponte. Słowa Warrona brzmią: „Qui sponponderat filiam despondisse dicebatur, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat”.

¹ GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 4: „Qui uxorem inquit ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur sponsalia”.

² PLAUTUS, *Curculio* 5, 2, 74.

³ PLAUTUS, *Poenulus* 5, 3, 37—8.

⁴ PLAUTUS, *Trinummus* 5, 2, 33—4.

⁵ D. 23, 1, 11; Paul., D. 23, 1, 13.

⁶ D. 23, 1, 4 pr. Co sięyczy formy zawierania zaręczyn według lokalnego prawa egipskiego por. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des römischen Privatrechts in Aegypten* w Studi di Bonfante t. 1 s. 386, 422.

repromissio nuptiarum futurarum".¹ Sporną jednak pozostaje kwestja, czy zgoda *filiafamilias* wymagana była już w prawie klasycznym, czy też dopiero w prawie justynjańskim. Pewną jest tylko rzeczą, że w praktyce synowi pozostawiano znacznie większą swobodę decyzji w tej sprawie, niż córce.²

Zgoda zaręczynowa mogła być wyrażona nie tylko osobiście, ale także przez zastępcę. Ulpjan głosi: „In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistolam) an per alium hoc factum est”.³ Wreszcie, można je było zawrzeć pomiędzy osobami nieobecnymi, *inter absentes*, co nawet, jak mówi Ulpjan, często miało miejsce: „Constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cotidie fieri”.⁴ W ostatnim wypadku wymagano, żeby osoba nieobecna wiedziała o zawarciu zaręczyn, albo akt bez jej wiedzy przez osobę trzecią zawarty zatwierdziła. Pomponjusz podaje: „Haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint”.⁵

Z zawartych zaręczyn spisywano często dokumenty, *tabulae nuptiales*; miały one jednak tylko znaczenie dowodowe, jak stwierdza to wyraźnie Paulus: „In sponsalibus nihil interest utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat”.⁶

¹ D. 23, 1, 1. Wyraz *mentio* nie jest interpolowany zamiast *conventio* lub *sponsio*, lecz z pewnością jest pochodzenia klasycznego por. LIVIUS 29, 23, 3; PLAUTUS, *Aulul.* 2, 2, 27; 4, 7, 4. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*. Palermo 1919 t. 1 s. 8.

² BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 227 uw. 5; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*². Roma 1928 t. 1 s. 318 uw. 4; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 152 uw. 2; VOLTERRA, *Sul consenso della filiafamilias agli sponsali*. Roma 1929. SOLAZZI, *Le nozze della minorenn* w *Atti della R. Accad. delle Scienze di Torino* t. 51 (1916) s. 769 n., utrzymuje, że według prawa klasycznego zgoda córki nie była konieczna do zawarcia zaręczyn i że dopiero kodyfikatorowie justynjańscy wprowadzili ją w formie zgody biernej.

³ D. 23, 1, 18. ⁴ D. 23, 1, 4, 1.

⁵ D. 23, 1, 5. Był także czas, kiedy ojcowie zaręczali swoje dzieci zaledwie urodzone albo jeszcze przed ich urodzeniem. BRASSLOFF w *Zeitschr. f. vergleich. Rechtsw.* t. 22 s. 143 n., widzi u Rzymian ślady dawnego zwyczaju zaręczania dzieci.

⁶ D. 23, 1, 7 pr.; JUVENALIS, *Sat.* 6, 199. Przechował się częściowo dokument zaręczyn zawartych w I w. po Chr., zob. *Papiri greci e latini* t. 6 s. 176.

Kościół od samego początku swego istnienia przyjął zwyczaj zawierania zaręczyn, istniejący u różnych narodów, a szczególnie u Żydów i Rzymian, lecz pierwotnie nie wytworzył żadnej formy do ich zawierania. Można je było zawierać, bądź ustnie, bądź pisemnie, tajnie lub wobec świadków, osobiście lub za pośrednictwem osoby trzeciej. Zwyczajnie jednak zawierano je publicznie w obecności świadków. Świadczy o tem wyraźnie św. Ambroży.¹ Św. Augustyn († 430) podaje, że zamiar zawarcia małżeństwa ogłaszano publicznie w kościele.² Z zaręczynami wiąże się benedykcja, o której mamy również dość wczesne wzmianki: „*Illā benedictio, quam nupturae sacerdos imponit*”.³ Praktyka błogosławienia zaręczyn nie była jednak stosowana powszechnie, a nawet dziś w rytuale rzymskim niema żadnej specjalnej *benedictio* dla zaręczyn. W Kościele wschodnim zawieranie zaręczyn z obrzędami kościelnymi i błogosławieństwem kapłańskim było częściej praktykowane, niż w Kościele zachodnim.⁴ Ponieważ na Wschodzie coraz bardziej rozpowszechniał się zwyczaj zawierania zaręczyn według formy kościelnej, czyli z błogosławieństwem, stąd też cesarz Leon Filozof (886—911) w Noweli 74 i 109 uznał tę formę zawierania zaręczyn również w obliczu prawa świeckiego. Forma kościelna jednak tylko wówczas mogła być stosowana, gdy zaręczający się posiadali zdolność fizyczną, t. j. ukończonych 14 względnie 12 lat życia. To samo potwierdził później Aleksy I Komnen w złotej bulli z 1084 r. oraz w noweli 14 z 1092 r.⁵ Wzmiankowani cesarze postanowili również, żeby akty ślubu i zaręczyn, jako akty odrębne, nie były zawierane jednocześnie, lecz były oddzielane od siebie pewnym okresem czasu.⁶

¹ AMBROSIUS, *De lapsu virginis consecratae*, c. 5 (Migne, P. L., 16, 388—9).

² AUGUSTINUS, *Sermo 51 de concordia Evang.*, c. 13 (Migne, P. L., 38, 345).

³ SIRICIUS, *Epist. I ad Himerium*, c. 4. (Migne, P. L., 13, 1136) = c. 50 C. 27 q. 2. FREISEN, *Geschichte des canonischen Eherechts*². Paderborn 1893 s. 129 n., błędnie twierdzi, że w Kościele dawnym nie było wcale błogosławienia zaręczyn.

⁴ ZHISHMAN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche* s. 152 n.

⁵ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Ius graeco-romanum*. Lipsiae 1870 t. 3 s. 340 n., 379 n.; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. or. Kirche* s. 142 n.

⁶ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, tamże t. 3 s. 362.

Mimo to w Kościele wschodnim wytworzyła się praktyka błogosławienia zaręczyn równocześnie ze ślubem.¹ Pozatem istniały zaręczyny cywilne, czyli bez błogosławieństwa kościelnego, dla osób, nieposiadających ukończonych 14 względnie 12 lat życia; do zaręczyn tych stosowano w całej pełni przepisy prawa świeckiego.

Tertuljan († 240) wspomina o różnych ceremonjach, które miały miejsce przy zawieraniu zaręczyn, jak o wręczeniu pierścionka, łączeniu rąk, wymianie pocałunku, a także umowach posagowych.² Zwyczaj wymiany pocałunku, *osculum*, pomiędzy narzeczonymi powstał dość wcześnie. Tertuljan o nim pisze: „Si autem ad desponsationem velantur, quia et corpore et spiritu masculo mixtae sunt (virgines) per osculum et dexteras”.³ Pocho-dzenie pocałunku zaręczynowego jest dotąd nieustalone: prawdopodobnie wywodzi się on ze zwyczajów iberyjskich.⁴ W ustawodawstwie Konstantyna Wielkiego pocałunek zaręczynowy otrzymał nawet pewne znaczenie prawne.⁵ O pocałunku zaręczynowym wspomina także księga prawa rzymsko-syryjska.⁶

Z zaręczynami łączy się wręczenie narzeczonej przez narzeczonego pierścionka zaręczynowego, *anulus pronubus* lub *sponsalicius*.⁷ Tertuljan podaje: „Quem (digitum) sponsus oppignerasset

¹ MILAŠ, *Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche*². Mostar 1905 s. 589 n.

² TERTULIANUS, *De virginibus velandis*, c. 11 (Migne, P. L., 2, 952—4).

³ TERTULIANUS, tamże.

⁴ RIVIER, *Précis du droit de famille romain*. Paris 1891 s. 137; WOLF, *Beiträge z. Rechtssymbol aus span. Quelle* w Sitzungsber. d. k. Akad. d. Wiss. Phil. h. Kl. t. 51 (1866) s. 87 n. Zdania przeciwnego jest TAMASSIA, *Osculum interveniens* w Rivista stor. ital. t. 2 (1885).

⁵ C. 5, 3, 16.

⁶ BRUNS-SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert*. 1880 s. 260—1; MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 225 uw. 3; KOSCHAKER, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 33 (1912) s. 383 n.

⁷ PLAUTUS, *Miles glor.* 4, 1, 14; JUVENALIS, *Sat.* 6, 27; PLINIUS, *Nat. hist.* 33, 6; Paul., *D.* 24, 1, 36, 1. HOFFMANN, *Über den Verlobungs — und Trauring* w Sitzungsber. der k. Akad. d. Wiss. Phil. h. Kl. t. 45 s. 849 n;

pronubo anulo".¹ Podobnie mówi Izydor († 636), biskup sewilski: „Feminae non usae anulis, nisi quos virgini sponsus miserat”.² Izydor wręczenie narzeczonej pierścionka zaręczynowego przez narzeczonego tłumaczy jako oznakę wiary wzajemnej oraz zadatek połączenia serc. Słowa jego brzmią: „Illud vero, quod imprimis anulus a sponso sponsae datur, fit hoc nimirum vel propter mutuae fidei signum, vel propter id magis, ut eodem pignore eorum corda iungantur”.³ W czasach późniejszych pod wpływem praw germańskich wręczenie pierścionka narzeczonej otrzymało znaczenie wzajemnego przyrzeczenia sobie wierności.⁴ Starożytnego pochodzenia jest także zwyczaj noszenia pierścionka zaręczynowego przez narzeczoną na czwartym palcu lewej ręki. Uzasadnienie zwyczaju tego opiera się na przekonaniu, że od tego palca przechodzi do serca żyła doprowadzająca krew. Izydor tak to podaje: „Unde et quarto digito anulus idem inseritur, quod in eo vena quaedam (ut fertur) sanguinis ad cor usque perveniat”.⁵

LAFOURCADE, *Études historiques des fiançailles*. Bordeaux 1902 s. 68 n.; KRAUS, *Real-Encyclop. der christl. Alterthümer*, v. Ringe. W prawie hebrajskiem wręczanie pierścionka przy zaręczynach znane jest od czasów talmudycznych por. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschliessungsrechts*. Leipzig 1920 s. 182 n. O starożytnem pochodzeniu pierścionka zaręczynowego świadczy fakt, że wykonywano go z żelaza i bez kamienia klejnotowego — sine gemma — nawet wówczas, kiedy były w użyciu pierścionki złote, co przemawia za epoką, w której nie istniały pierścienie z metali drogocennych por. PLINIUS, *Nat. hist.* 33, 12; DELOCHE, *Le port des anneaux dans l'antiquité romaine et dans les premiers siècles du moyen-âge* w *Mémoires de l'institut national de France, Acad. des inscr. et belles lettres* t. 35 (1896) s. 224 n.; CHÉNON, *Recherches historiques sur quelques rites nuptiaux* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 36 (1912) s. 573 n.

¹ TERTULLIANUS, *Apologeticus*, c. 6 (Migne, P. L., 1, 353).

² ISIDORUS, *Etymolog.* 19, 32, 4 (Migne, P. L., 82, 702).

³ ISIDORUS, *De ecclesiasticis officiis* 2, 20, 8 (Migne, P. L., 83, 811—2).

⁴ BRANDILEONE, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*. Milano 1906 s. 426 n.

⁵ ISIDORUS, *De eccl. off.* 2, 20, 8 (Migne, P. L., 83, 812).

§ 3. Wymogi do zawarcia zaręczyn.

Zaręczyny mają na celu zawarcie w przyszłości małżeństwa, dlatego też mogą je zawrzeć tylko takie osoby, które są zdolne do zawarcia małżeństwa. Wszelkie przeszkody, sprzeciwiające się zawarciu małżeństwa, nie dopuszczają zatem zawarcia zaręczyn. Modestyn, mówiąc o przeszkodzie do zawarcia małżeństwa powstałej ze stosunku opieki, dodaje, że ma ona zastosowanie także do zaręczyn: „Scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere”.¹ Podobnie Ulpjan, nawiązując do oratio Antonina Kommoda, zabraniającej w pewnych wypadkach małżeństw senatorom, głosi, że również zaręczyny w wypadkach tych są z samego prawa nieważne: „Recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppletur quod orationi deest”.² Paulus zaś wypowiada ogólną zasadę, że jeżeli z jaką osobą nie można zawrzeć małżeństwa, nie można z nią zawrzeć również zaręczyn: „Cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest”.³ Zdolność ta nie musi jednak koniecznie istnieć w chwili zawarcia zaręczyn; wystarczy aby zaistniała w tym czasie, kiedy małżeństwo ma być zawarte. Jeżeli przeto istnieje jakaś przeszkoda stała, która sprzeciwia się zawarciu ważnego małżeństwa, przeszkoda ta nie dopuszcza też i zawarcia zaręczyn. Przeszkody czasowe natomiast, które w chwili zawierania małżeństwa już przestają istnieć, nie wykluczają zawarcia ważnych zaręczyn. Przeszkody czasowe mogą być rozmaite i mogą pochodzić z różnych przyczyn, jak z niedojrzałości fizycznej, czasu żałoby, wykonywania urzędu państwowego w prowincji i t. d.⁴

¹ D. 23, 1, 15. Tekst jest interpolowany.

² D. 23, 1, 16. Tekst powyższy został dodany zapomocą interpolacji. Por. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887 s. 232; FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*. Napoli 1910 s. 249 n.; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* s. 13 n.; RICCOBONO, *Prospectus montium* w Studi Fadda t. 1 s. 305 n.

³ D. 23, 2, 60, 5.

⁴ Modest., D. 23, 1, 14; Paul., D. 3, 2, 10; 23, 2, 33 pr.; PAULUS, *Sent.* 2, 19, 1. Według niektórych, jak PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*²

Ponieważ zaręczyny stanowią umowę, stąd też mogą je zawierać tylko osoby, posiadające zdolność do zawierania umów. Do zawierania zaś umów oprócz wzajemnego przyzwolenia stron wymaga się rozeznania ze strony rozumu. Osoba pozbawiona przeto użycia rozumu nie może ważnie zawrzeć zaręczyn. Gajus wyraźnie mówi, że choroba umysłowa stanowi przeszkodę do zawarcia zaręczyn: „Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est”.¹ Jeżeli jednak choroba umysłowa powstaje po zawarciu zaręczyn, nie wpływa na ich nieważnienie: „Sed postea interveniens sponsalia non infirmat”.²

W związku z wymogami ze strony rozumu i woli pozostaje kwestja wieku. Pierwotnie pod tym względem nie było żadnego przepisu. Modestinus podaje, że ponieważ wiek do zawarcia zaręczyn nie został określony, jak to ma miejsce przy małżeństwie, dlatego też można je zawierać z chwilą osiągnięcia rozeznania, t. j. po ukończeniu siedmiu lat życia.³ Paulus mówi, że zaręczyny mogą zawierać osoby tak dojrzałe, jak również niedojrzałe: „Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt”.⁴ W napisach rzymskich mamy wzmiankę o narzeczonej, mającej 9 lat, 8 miesięcy i 19 dni.⁵

Nadto do zawarcia zaręczyn wymagano zezwolenia osób, których zgoda była konieczna do zawarcia małżeństwa. Paulus głosi: „In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur”.⁶ Chodziło przede wszystkim o zgodę

t. 1 s. 356, wszelkie przeszkody, sprzeciwiające się zawarciu ważnego małżeństwa, sprzeciwiają się z zasady również zawarciu ważnych zaręczyn.

¹ D. 23, 1, 8.

² Gaius, D. 23, 1, 8.

³ D. 23, 1, 14: „In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definitiva non est ut in matrimoniis, quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est si non sint minores quam septem annis”. FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 868, jest zdania, że tekst Modestyna uległ interpolacji, gdyż mówił tylko o przekroczeniu dzieciństwa, a nie o siedmiu latach; por. także GIRARD, *Manuel*⁶ s. 203 uw. 4; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 356 uw. 1.

⁴ PAULUS, *Sent* 2, 19, 1.

⁵ C. I. L., VI, 28194. ⁶ D. 23, 1, 7, 1.

ojca rodziny, który mógł nawet sam zawrzeć zaręczyny w imieniu swych dzieci, znajdujących się pod jego władzą. Przykład zawarcia zaręczyn przez samego ojca rodziny znajdujemy w życiu Tyberjusza Grakcha.¹ Lecz odnośnie do córek stosowano pod tym względem zasadę surowszą, niż odnośnie do synów. Syn mógł nie zgodzić się na zaręczyny zawarte przez ojca wbrew jego woli. Paulus pisze: „Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt”.² Córką natomiast mogła nie zgodzić się jedynie wówczas, gdy narzeczony wybrany przez ojca był *indignus moribus* lub *turpis*: „Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat”.³ Domniemywano się jednak zawsze, że ojciec zgadza się z wolą córki, jak to świadczy Paulus: „Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit”.⁴ Zgody domniemywano się także w wypadku odwrotnym. Ulpjan tak to wyraża: „Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur”.⁵ Następnie, chodziło o zgodę osoby, która zastępowała ojca rodziny i występowała w charakterze opiekuna.⁶ Opiekun w imieniu pupilarnem nie mógł zawrzeć zaręczyn, chyba że czynił to z woli pupilki.⁷ W późniejszym prawie cesarskim także matka narzeczonej posiadała pewien wpływ na małżeństwo córki.⁸

W prawie kościelnem, odnośnie do zgody rodziców, widzimy pewne złagodzenie zasad rzymskich. Do zawarcia zaręczyn nie wymagano zgody rodziców w tym stopniu, jak to czyniło

¹ PLUTARCHUS, *Tiberius Gracchus* 4.

² D. 23, 1, 13.

³ Ulp., D. 23, 1, 12. Tekst jest interpolowany por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 227 uw. 5.

⁴ D. 23, 1, 7, 1.

⁵ D. 23, 1, 12. pr.

⁶ CICERO, *pro Flacco*, c. 34.

⁷ Ulp., D. 23, 1, 6. Końcowe wyrazy tekstu od „nisi forte” są interpolowane por. EISELE w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 13 s. 152,

⁸ C. Th. 3. 5, 11; C. 5, 4, 1; C. 5, 4, 20. COSTA, *Storia del diritto romano privato*². Torino 1925 s. 39, zaznacza, że w epoce późniejszej rozwoju prawa rzymskiego coraz bardziej rozszerzano prawa matki w stosunku do dzieci.

prawo rzymskie. Wyrazem tych poglądów prawa kościelnego były uchwały synodów kościelnych.¹ Wobec wielkiej władzy rzymskiego *paterfamilias* zasady chrześcijańskie w tej dziedzinie nie zdołały wywrzeć większego wpływu na prawo rzymskie.

§ 4. Skutki prawne zaręczyn.

Zaręczyny pociągają za sobą liczne skutki prawne. Jedne z nich powstały już w dawnym prawie cywilnem, drugie w prawie klasycznym, a inne jeszcze w prawie poklasycznym lub justyniańskim.² Rozpatrzmy te skutki prawne pokolei.

Pierwszym i najważniejszym skutkiem zaręczyn był obowiązek zawarcia w przyszłości małżeństwa. Sprawę określenia terminu, kiedy ma to nastąpić, pozostawiano do uznania sędziego. Sędzia przy określaniu tego terminu miał obowiązek uwzględnienia wszelkich okoliczności, wywierających wpływ na opóźnienie spełnienia przyrzeczenia. Może zatem upłynąć nie tylko rok, dwa, lecz także więcej od zawarcia zaręczyn do zawarcia małżeństwa, jeżeli będą istniały słuszne i konieczne przyczyny, *iustae et necessariae causae*, jak zdrowie narzeczonego lub narzeczonej, śmierć rodziców, przestępstwa, powodujące utratę zdolności prawnej, lub długie podróże odbywane z konieczności.³ Gdyby jednak narzeczoną napróżno oczekiwała przez trzy lata powrotu z podróży swego narzeczonego, wówczas wolno jej było wyjść za kogo innego.⁴

¹ Conc. Eliberitanum (300—6), c. 54=c. 1 C. 31 q 3; Conc. S. Patricii, c. 27 (Migne, 53, 822). Przepisy kościelne mówią prawie zawsze o córce, nie wspominając nic o filius familias, co oznacza, że stanowisko syna było o wiele więcej samodzielne, niż stanowisko córki por. WOLTER, *Prawo rodzinne w łacińskiej literaturze nieprawnej IV—VII w. po Chrystusie*. Kraków 1933 s. 15 (rozprawa doktorska — rękopis).

² BONFANTE, *Corso di diritto romano* t. 1 s. 228 n.; PEROZZI, *Istituzioni di dir. rom.*² t. 1 s. 356 n.; DI MARZO, *Lezioni sul matr. rom.* s. 19 n.; CORBETT, *The roman law of marriage*. Oxford 1930 s. 14 n.; VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano* w Bull. dell' Ist. di dir. rom. r. 40 (1932) s. 87—168.

³ Gaius., D. 23, 1, 17.

⁴ Valerian. i Galien., C. 5, 17, 2.

W dawnym Lacjum, w razie niespełnienia przyrzeczenia przez jedną ze stron, przysługiwała stronie drugiej skarga sądowa, którą Serwjusz Sulpicjusz Rufus nazywa *actio ex sponsu*. Słowa jego brzmią: „Si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat”.¹ Zapomocą skargi tej można było domagać się wynagrodzenia szkody, jaka z powodu niezawarcia małżeństwa stronie drugiej została wyrządzona. Sędzia oceniał spór w kwocie pieniężnej i winnego skazywał na wynagrodzenie szkód i strat — „id quod interest”. Servius Sulpicius Rufus tak o tem mówi: „Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui sponderat, aut qui stipulatus erat, condemnabat”.²

W czasach późniejszych zaręczyny stały się umową niezaskarżalną. Nastąpiło to w okresie rzeczypospolitej pod wpływem jureksprudenccji, która, propagując *exceptio doli*, paraliżowała skargę. Na tem tle Plutarch podaje anegdotę, z której wynika, że za jego czasów *actio ex sponsu* już wyszła z użycia, chociaż formalnie nie była zniesiona.³ Z powodu zniesienia zaskarżalności zobowiązanie, płynące z zaręczyn, stało się raczej natury moralnej, niż prawnej.

Pozostał jeszcze sąd cenzorski, *ensorium iudicium*, wzmiankowany przez Warrona, który dotyczył osobę, zrywającą zaręczyny zawarte w drodze stypulacyjnej.⁴ Lecz zczasem sąd cenzorski

¹ U GELLIUSA, *Noctes Atticae* 4, 4. PACCHIONI, *Actio ex sponsu* w *Archivio giuridico* t. 39; DI MARZO, *Lezioni sul matr. rom.* s. 16 n.; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 225 n.; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 152.

² U GELLIUSA, tamże.

³ PLUTARCHUS, *Cato minor* 7. Zaznaczyć należy, że instytucja zaskarżalności zaręczyn stanowi jedną z najbardziej spornych kwestyj w literaturze prawnej por. PERNICE w *Sitzungsberichte d. Berl. Akad.* t. 55 s. 1194; MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*. Leipzig 1908 t. 1 s. 7 uw. 13. JHERING, *Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*.³ Leipzig 1874 t. 2 s. 223—5, wypowiada się wprost przeciwko teorii skargi.

⁴ VARRO, *De lingua lat.* 6, 71.

stracił wszelką skuteczność prawną. Odtąd można było zaręczyny bezkarnie rozwiązać z powodu jakiejkolwiek przyczyny.

Jednakowoż zaręczyny stanowiły przeszkodę do równoczesnego zawarcia zaręczyn lub małżeństwa z inną osobą, dopóki nie nastąpiło prawne rozwiązanie zaręczyn poprzednich. Edykt pretorski głosił ponadto, że jeżeli kto zawiera równocześnie w imieniu swoim lub w imieniu innej osoby, którą posiada pod swoją władzą, powtórne zaręczyny podpada infamji. Odnośny tekst opiewa: „Infamia notatur... quive s.ao nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit”.¹

Narzeczeni mieli w prawie justynjańskim obowiązek dochowania sobie wzajemnej wierności. Naruszenie wierności, płynącej z zaręczyn, przez kobietę było uważane za cudzołóstwo, *adulterium*. Głosi to, interpolowany pod wpływem chrześcijaństwa, ustęp Ulpjana: „Divi Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum (*adulterium*), quia neque matrimonium quaecumque nec spem matrimonii violare permittitur”.²

Zaręczyny stwarzały pewnego rodzaju stosunek powinowactwa, *quasi affinitas*, który powodował przeszkodę do zawarcia małżeństwa pomiędzy narzeczonym i niektórymi krewnymi narzeczonej oraz pomiędzy narzeczoną i niektórymi krewnymi narzeczonego.³ Ulpjan podaje, że pomiędzy synem, a narzeczoną ojca nie można zawierać małżeństwa, chociaż narzeczona ojca nie jest właściwie macochą dla syna; podobnie pomiędzy ojcem, a narzeczoną syna małżeństwa nie można zawierać, chociaż narzeczona

¹ Iulian., D. 3, 2, 1; Ulp., D. 3, 2, 13, 1—4. BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 228, uważa, że infamia powstała prawdopodobnie w prawie nowszem pod wpływem chrześcijaństwa.

² D. 48, 5, 14 (13), 3. VOLTERRA, *In tema di accusatio adulterii*. I. *L'adulterium della sponsa*. II. *L'adulterium dell' uxor in captivitate* w Studi di Bofante t. 2 s. 110 n.; BONFANTE, *Corso di diritto romano* t. 1 s. 228 n.

³ Ulp., D. 38, 10, 6, 1; Pomp., D. 38, 10, 8; Paul., D. 22, 1, 38, 1. CARON, *De l'alliance ou affinité*. — Étude d'histoire et de droit comparé. Paris 1901 s. 43 n.

syna nie jest właściwie pasierbicą dla ojca.¹ Następnie, Paulus dodaje, że narzeczony nie może zawierać małżeństwa z matką narzeczonej.² Zakres przeszkody tej, pod wpływem różnych czynników, ulegał rozszerzeniu, przyczem wielką rolę odegrało tu chrześcijaństwo.³

Kościół wschodni nie tylko przyjął słuszne zasady prawa rzymskiego odnośnie do *quasi affinitas*, lecz rozszerzył jeszcze jej skutki prawne na linię boczną,⁴ a nawet niektóre skutki prawne, wynikające z zaręczyn, pod wielu względami zrównał wprost ze skutkami, wynikającymi z małżeństwa.⁵ W Kościele łacińskim przeszkoda z zaręczyn została wprowadzona w drodze ustawodawczej dopiero przy końcu w. XI.⁶

Zaliczenie zaręczonych do koła powinowatych spowodowało ten skutek prawny, że narzeczoną pod wielu względami zaczęto traktować narówni z żoną, *uxoris loco*.⁷ Z racji tej przestępstwo popełnione przez narzeczonego przeciwko życiu narzeczonej lub odwrotnie, podciągano pod kwalifikację karną *parricidii*, narówni z zabójstwem żony.⁸ Następnie, narzeczeni byli wolni od świadczania przeciwko sobie w sądzie,⁹ a także *propter reverentiam*

¹ D. 23, 2, 12, 1 — 2; *Inst.* 1, 10, 9. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali* w *Bull. dell' Ist. di dir. rom. r.* 40 s. 135 — 42, uważa teksty te za interpolowane, ponieważ prawo klasyczne, według niego, przeszkody tej nie znało.

² D. 23, 2, 14, 4.

³ Por. HÖRMANN, *Quasi-affinität*. Innsbruck 1897 s. 9 n., 80 n., 103 n.; KNECHT, *Handbuch des katholischen Eherechts*. Freiburg im Br. 1928 s. 519 — 20.

⁴ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 359; MILAŠ, *Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche*² s. 506 n., 536 n.

⁵ Conc. Trull. (692), c. 98 (Mansi, 11, 986). WERNZ-VIDAL, *Jus matrimoniale*. Roma 1925 s. 450; KNECHT, *Handbuch d. kath. Eherechts* s. 520.

⁶ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 497 — 507; KNECHT, *Handb. d. kath. Eherechts* s. 520 — 1; ESMEIN-GÉNESTAL, *Le mariage en droit canonique*.² Paris 1929 t. 1 s. 160 n.

⁷ Analogiczne traktowanie narzeczonej jako żony spotykamy również w sprawie Izraelitów por. FRANKEL, *Grundlinien des mosaisch-talmudischen Eherechts*. Breslau 1850 s. 25 uw. 2.

⁸ Marcian., D. 48, 9, 3. Tekst jest interpolowany por. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali* s. 127 — 35.

⁹ Gaius, D. 22, 5, 5.

nie mogli wnosić przeciwko sobie skarg infamujących, *actiones famosae*.¹ Narzeczonemu przysługiwała *actio iniuriarum* z powodu obrazy wyrządzonej narzeczonej: obraza wyrządzona narzeczonej dotyczyła także jego osoby — „spectat ad contumeliam eius iniuria quaecumque sponsae eius fiat”.² Jeżeli został ustanowiony posag i małżeństwo nie nastąpiło, narieczona korzystała narówni z żoną z *privilegium exigendi*. Hermogenjan tak to ujmuje: „Si sponsa dotem dederit nec nupserit... exemplo dotis conditioni favoris ratione privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit”.³ Podobnie *lex Iulia de fundo dotali*, zabraniająca mężowi obciążania lub wyzbywania gruntu posagowego, ma zastosowanie nie tylko do męża, lecz także do narzeczonego — „ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito”.⁴ Już w dawnym prawie narzeczeni byli zaliczeni do *personae exceptae*, podobnie jak małżonkowie, pomiędzy którymi były dozwolone darowizny ultra modum legis Cinciae.⁵ To samo należy powiedzieć o zapisach stosownie do *lex Furia testamentaria*.⁶ Wreszcie, zaręczyny zwalniały od kar celibatu, ustanowionych przez *lex Iulia et Papia Poppaea*, byle tylko małżeństwo zostało zawarte w przeciągu dwóch lat.⁷

¹ Paul., D. 25, 2, 3, 2.

² Ulp., D. 47, 10, 15, 24.

³ D. 23, 3, 74; Ulp., D. 42, 5, 17, 1. Teksty te są interpolowane por. DI MARZO, *Lezioni sul matr. rom.* s. 46 n.; ALBERTARIO w *Rivista Ital. per le scienze giuridiche* t. 52 (1912) s. 45 n.

⁴ Gaius, D. 23, 5, 4. Tekst powyższy jest dodany w drodze interpolacji. Por. ALBERTARIO, *Sulla dotis datio ante nuptias* w *Rend. Ist. Lomb.* t. 58 (1925) fasc. VI—X s. 14 n. (odbitka).

⁵ Paul. w *Fr. Vat.* 302. ASCOLI, *Sulla legge Cincia* w *Bull. dell' Ist. di dir. rom. r.* 6 (1893) s. 310 n.; GAROFALO, *La lex Cincia de donis et muneribus* w *Bull. dell' Ist. di dir. rom. r.* 15 (1902—3) s. 310 n.

⁶ *Fr. Vat.* 301.

⁷ Suetonius, *Octavianus* 34, 2; Dionysius 54, 16; 56, 7. Wiele materiału o traktowaniu narzeczonej na wzór żony podają napisy pogrzebowe. W niektórych napisach pogrzebowych kobiet figuruje razem z ich rodzicami narieczony por. *C. I. L.*, III, 2875; V, 1620, 1636; VI, 28194. Spotykamy także wypadki, kiedy sam narieczony umieszcza napis swej narzeczonej por. *C. I. L.*, VIII, suppl. 3, 21788.

Zaręczyny pociągają za sobą także skutki majątkowe. W epoce przedklasycznej obowiązek spełnienia przyrzeczenia zaręczynowego zabezpieczano zapomocą kary umownej, *stipulatio poenae*.¹ W epoce klasycznej, ze względów zabezpieczenia wolności przy zawieraniu małżeństwa, stypulację taką, jako sprzeciwiającą się dobrym obyczajom — „*non secundum bonos mores interposita*”, uznano za nieważną.² W związku z tem Paulus podaje pewien charakterystyczny wypadek. Niejaka Titia zaręczyła swego syna z córką Seja i umowę zaręczynową wzmocniono zapomocą kary umownej. W międzyczasie Sejus umarł, a córka jego nie chciała zawrzeć postanowionego przez ojca małżeństwa. W związku z tem Paulus zastanawia się nad pytaniem, czy spadkobiercy w danym wypadku odpowiadają ze stypulacji, czy nie i wypowiada się w sposób negatywny, motywując to zasadą wolności związków małżeńskich: „*Quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura, sive iam contracta*”.³ W czasach chrześcijańskich konstytucja cesarzy Leona i Antemjusza (472) również wyraźnie pozbawia karę umowną wszelkiej mocy prawnej. Odnośny tekst jej brzmi: „*Si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habet, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*”.⁴ Dopiero cesarz Leon Filozof uznał ważność kary umownej, która, jak to wyjaśnia, przyjęła się na mocy zwyczaju.⁵

W epoce cesarzy chrześcijańskich, pod wpływem praw wschodnich, przyjęło się umacnianie zaręczyn zapomocą wręczania zadatku, *arra sponsalicia*.⁶ *Arra* zaręczynowa zaczęła zastępować

¹ Stypulacja kary umownej jest to umowa o zapłacenie kary na wypadek niewypełnienia lub niecałkowitego wypełnienia przyrzeczenia. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*. Roma 1894.

² Paul., D. 45, 1, 134 pr.

³ D. 45, 1, 134 pr.

⁴ C. 5, 1, 5, 6.

⁵ Nov. 18,

⁶ Grat., Valent. i Theod. (380), C. 5, 1, 3; Honor. i Theod. (409), C. 5, 8, 1, 1; Iustin. (528), C. 4, 21, 17, 2; Inst. 3, 23 pr. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 268; KOSCHAKER, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia* w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 33 (1912) s. 383 n.; TAUBENSCHLAG, *Historja zadatku w prawie rzymskiem*. Kraków 1910 s. 50—9; BERGOLD, *Geschichte und Wesen des Arrabons und der Arrha im griech. und röm. Recht*. 1923; CARUSI w *Studi di Bonfante* t. 4 s. 503 n.; CORNIL, *Die Arrha in justinianischen Recht* w *Zeitschr.*

dawną karę umowną, gdyż z zadatkiem łączono zwykle skutek karny za zawód. W tekstach prawników rzymskich niema o niej żadnej wzmianki, z wyjątkiem interpolowanego tekstu Paulusa, który głosi, że obywatel rzymski, sprawujący urząd w prowincji, nie może zawrzeć małżeństwa z kobietą tam urodzoną lub zamieszkałą, może natomiast zawrzeć zaręczyny, z tem jednak zastrzeżeniem, że po ukończeniu przez niego urzędowania, kobiecie wolno będzie zerwać zaręczyny, za zwrotem *arrae sponsaliciae*. Ostatni ustęp tekstu jest z całem prawdopodobieństwem interpolowany.¹ Skutki *arrae sponsaliciae* zostały w sposób wyraźny uregulowane dopiero w czasach chrześcijańskich w konstytucji Gracjana, Walentynjana i Teodozjusza (380). Stanowiła ona, że, jeżeli kobieta w czasie zawierania zaręczyn posiadała 12 lat, musiała w razie ich zerwania zwrócić *arram sponsaliciam* w poczwórnej wysokości. Ta sama zasada stosowała się także do wdowy. Jeżeli zaręczyny były zawarte przed 10 rokiem życia, można było zerwać je przed 12-ym rokiem za zwykłym zwrotem *arrae sponsaliciae*.² Postanowienie to uległo zmianie w konstytucji Leona i Antemjusza (472 r.) w kierunku złagodzenia powyższych skutków dla kobiety w razie niedopełnienia umowy zaręczynowej.³ Najpierw konstytucja stanowi, że kobieta *sui iuris*

d. Sav.-St. t. 48 (1928) s. 51—87; VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia* w Riv. ital. per le scienze giur. N. S. t. 2 (1927) s. 671 n.; t. 4 (1929) s. 3—37; t. 5 (1930) s. 155—245; BUDIL, *Arrha sponsalicia*. 1928. Co się tyczy prawa starobabilońskiego por. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien*. 1917 s. 137 n.; NICOLÒ, *Zum vorderasiatischen Ursprung des griechischen ἑγγύγιον*. 1902.

¹ TAUBENSCHLAG, tamże 53; MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* 268; KOSCHAKER, tamże 391; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 229 uw. 2; GIRARD, *Manuel* s. 152 uw. 5.

² C. Th. 3, 5, 1. Wzmiankę o *arra sponsalicia* znajdujemy już w dekrete papieża Juljusza I (337—352) por. Migne 8, 969.

³ C. 5, 1, 5. RICCOBONO, *Arra sponsalicia secondo la cost. 5 Cod. de sponsal. V, 1* w Studi in onore di Pepere. Napoli 1900, jest zdania, że cały kompleks norm zawartych w tej konstytucji nie pochodzi od Leona, a szczególnie postanowienie o karze dupli jest dziełem Justynjana. Argumenty za autentycznością konstytucji podają: TAUBENSCHLAG, *Historja zadatku w pr. rz.* 57—9; KRUGER w Zeitschr. d. Sav.-Stift. t. 22 s. 52—5; KOSCHAKER, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia* w Z. d. Sav.-St. t. 33 s. 385; CORNIL, *Die Arrha in Justinianischen Recht* w Z. d. Sav.-St. t. 48 s. 63; DI MARZO, *Lezioni sul matr. rom.* s. 31.

odpowiada karnie tylko wówczas, jeżeli otrzymała *arram* po ukończeniu 25 lat albo po uzyskaniu *veniae aetatis* i odpowiada do podwójnej wysokości *arrae sponsaliciae*. Kobieta niepełnoletnia, bądź panna, bądź wdowa była obowiązana do zwrotu tylko *in simplum*. Narieczona posiada w każdym wypadku prawo do zerwania zaręczyn z powodu słusznej przyczyny za zwrotem samej tylko *arrae sponsaliciae*. Kara, na zrywających zaręczyny bez słusznej przyczyny, opiewała *in duplum*. Konstytucja ta w niezmienionej postaci przeszła do Kodyfikacji Justynjańskiej i stanowi główną podstawę nauki o *arra sponsalicia*. Wreszcie, Justynjan postanowił, że, jeżeli narieczony lub narieczona pragną wstąpić do klasztoru i małżeństwo z tego powodu nie dojdzie do skutku, narieczona ma zwrócić *arram sponsaliciam* tylko *in simplum*.¹

Zaręczynom towarzyszyły zwykle różne darowizny, *dona nuptialia* lub *largitates sponsaliciae*.² Darowizny zaręczynowe czynił zwykle narieczony na korzyść narzeczonej, lecz mogła je czynić także narieczona na korzyść narzeczonego. Mogły one być czynione, bądź w sposób bezwarunkowy, *donatio simplex*, bądź pod warunkiem, że, w razie niedojścia do skutku małżeństwa, darowizna będzie zwrócona, *donatio adfinitatis contrahendae causa*. Różnica ta miała znaczenie zasadnicze. I tak, jeżeli darowizna była uczyniona bezwarunkowo, to, w razie rozwiązania zaręczyn, nie zwracano jej nawet wówczas, kiedy zaręczyny zostały rozwiązane bez żadnej winy ze strony darczyńcy. Jeżeli zaś darowizna była uczyniona warunkowo, to darczyńca, w razie niedojścia do skutku małżeństwa bez swej winy, mógł żądać jej zwrotu.³

W czasach chrześcijańskich zasady te uległy zmianie. Według Konstantyna Wielkiego (319) wszelkie darowizny należało uważać za uczynione pod warunkiem zawarcia małżeństwa, *donationes adfinitatis contrahendae causa*. Zatem w razie rozwiązania zaręczyn

¹ Iustin., C. 1, 3, 54 (56), 13; Nov. 123, 39.

² CICERO, *pro Cluentio* 9, 28; JUVENALIS, *Sat.* 6, 201 n.; CAPITOLINUS, *Maximinus Iunior* 1, 7.

³ Papinianus w *Frag. Vat.* 262; Iulian., D. 39, 5, 1, 1; Carus Carin. i Numer., C. 5, 3, 7; Diocl. i Maxim., C. 5, 3, 10, 11. Por. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 287 n.

narzeczeni powinni zwrócić sobie ub swym spadkobiercom wszystko cokolwiek sobie darowali. Prawo żądania zwrotu nie przysługiwało jednak tej stronie, z winy której małżeństwo nie doszło do skutku, albo która niesłusznie umowy nie chciała dotrzymać lub dała powód stronie drugiej do jej niedotrzymania.¹ Później Konstantyn (336) zmienił ten przepis, mianowicie zaczęto odróżniać wypadki, kiedy pomiędzy narzeczonymi miał miejsce pocałunek, *osculo interveniente*, od wypadków, kiedy pocałunek nie miał miejsca, *osculo non interveniente*. Jeżeli darowiznę uczynił narzeczony i pomiędzy zaręczonymi miał miejsce pocałunek, to, w razie rozwiązania zaręczyn przez śmierć jednej ze stron, połowa darowizny przechodziła do strony pozostałej przy życiu, a druga połowa do spadkobierców zmarłego lub zmarłej. Jeżeli darowiznę uczynił narzeczony i pocałunek nie miał miejsca, to, w razie śmierci jednej ze stron, cała darowizna wracała do narzeczonego lub jego spadkobierców. Jeżeli wreszcie darowiznę uczyniła narzeczona, co zdarzało się rzadko, to niezależnie od faktu, czy pocałunek miał miejsce, czy nie miał miejsca, w razie rozwiązania zaręczyn przez śmierć jednej ze stron, cała darowizna wracała do narzeczonej lub jej spadkobierców.² Cesarze Walentyńjan, Walens i Gracjan (368) zniesli powyższe rozróżnienie i nakazali zwrot darowizn w każdym wypadku, kiedy małżeństwo nie nastąpiło.³

W Kościele katolickim pierwszorzędnym skutkiem zawarcia zaręczyn był także obowiązek zawarcia w przyszłości małżeństwa przyrzeczonego. W sprawie tej wypowiadały się różne synody kościelne; podkreślają one ścisły obowiązek wykonania umowy zaręczynowej i stanowią ciężkie kary na niedopeł-

¹ C. 5, 3, 15.

² C. 5, 3, 16. Konstytucja ta była wydana pod adresem Tyberjana, który piastował godność vicariusza Hispaniarum i w praktyce utrzymała się w prawie hiszpańskim do czasów dzisiejszych. Por. SCHNEIDER, *Ius osculi* w Pauly-Wissowa, *Realencyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft* t. 10 s. 12—84; SPANGENBERG w *Archiv für zivil. Praxis* t. 12 s. 269. Przepis ten przeszedł także do różnych zbiorów wschodnich por. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 225 uw. 3.

³ C. Th. 3, 5, 9.

niających przyrzeczenia.¹ Z powodu obowiązku tego zaręczyny już w pierwszych wiekach chrześcijaństwa stanowiły przeszkodę tamującą do zawarcia małżeństwa z osobą trzecią.² Papież Syrycjusz (384—98) w liście do biskupa Himerjusza zakazuje narzeczonej wyjścia za osobę inną, a przytem zaznacza, że naruszenie błogosławieństwa kapłańskiego udzielonego narzeczonej jest uważane za pewnego rodzaju świętokradztwo.³ *Desponsata* nazywa się częstokroć *uxor* i jako taka w razie popełnienia *fornicatio* z osobą trzecią jest karana.⁴

W prawie kanonicznem zaręczyny pociągały za sobą jeszcze inne skutki prawne. Lec, pod tym względem zachodziła zasadnicza różnica pomiędzy zaręczynami w Kościele zachodnim, a wschodnim. Zaręczyny w Kościele zachodnim normowano naogół według zasad prawa rzymskiego. W Kościele wschodnim odnośnie do zaręczyn kościelnych, czyli z błogosławieństwem kościelnem, obowiązywały następujące przepisy. Kto pojął za żonę cudzą narzeczoną przed zawarciem zaręczyn, ten, według postanowienia 98 kanonu soboru trullańskiego (692), był uważany za cudzołożnika.⁵ Następnie, jeżeli po śmierci jednego z naręczonych strona pozostała zawarła małżeństwo, było ono uważane za małżeństwo powtórne. Wreszcie, tworzyły one przeszkodę rozrywającą do zawarcia małżeństwa. Z powyższego widzimy, że zaręczyny kościelne w skutkach swych zostały bardzo zbliżone do małżeństwa. Z zaręczyn cywilnych natomiast wynikały podobne skutki prawne, jakie Kościół zachodni przywiązywał, z małemi tylko wyjątkami, do zaręczyn kościelnych.⁶

¹ Synod w Elwirze (300—6), c. 54 = c. un. C. 31 q 3; Synod w Ancyrze (314), c. 11 (Mansi, *Sacrorum conciliorum amplissima collectio* t. 2 c. 518).

² Ks. GROMNICKI, *Forma zawierania zaręczyn i małżeństw*, Kraków 1910 s. 6.

³ SIRICIUS, *Epist. I ad Himer.*, c. 4 (Migne, 13, 1136) = c. 50 C. 27 q 2.

⁴ HIERONYMUS w c. 3 C. 34 q. 1.

⁵ Conc. Trull., c. 98 (Mansi, 11, 986). Przepis ten nieco zmieniony przeszedł do wschodnich zbiorów pojustynjańskich, jak Eclog. XVII, 32; Prochir. XXXIX, 68; Basil. LX, 37, 83. Por. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient.* K. s. 142.

⁶ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. or.* K. s. 603; Ks. GROMNICKI, *Forma zawierania zaręczyn i małżeństw* s. 6—10; ABRAHAM, *Forma zawarcia zaręczyn i małżeństwa w najnowszym ustawodawstwie kościelnem*.² Lwów 1912 s. 7.

§ 5. Rozwiązanie zaręczyn.

Zaręczyny tworzą stosunek prawny rozerwalny. Prawo rzymskie zna różne przyczyny rozwiązywania zaręczyn. Należy do nich: śmierć osoby zaręczonej, upływ terminu ustawowego, powstanie przeszkody do zawarcia małżeństwa, wzajemne przyzwolenie stron lub wreszcie wola jednej ze stron.

Przedewszystkiem zaręczyny rozwiązywały się w sposób czysto naturalny przez śmierć jednej ze stron. Konstytucja cesarza Gracjana, Walentynjana i Teodozjusza (380) głosi, że, jeżeli umrze narzeczony lub narzeczona, to wszystko, co było dane jako *arra sponsalicia*, ma być zwrócone, chyba że osoba zmarła spowodowała już przedtem przyczynę zerwania zaręczyn.¹ Zaręczyny mogły być również rozwiązane przez upływ terminu ustawowego. Termin ten określa wyraźnie reskrypt cesarza Walerjana i Galjena (259), wydany dla pewnej kobiety Pauliny. Kobieta ta miała córkę, której narzeczony od trzech lat podróżował. Narzeczona po tak długim oczekiwaniu chciała zaręczyny zerwać i posłać swemu narzeczonemu *renuntiatio*, lecz nie mogła tego uczynić z powodu braku adresu narzeczonego. Matka narzeczonej zwróciła się w tej sprawie do cesarza i otrzymała następującą odpowiedź: „*Liberum est filiae tuae, si sponsum suum post tres peregrinationis annos expectandum sibi ultra non putat, ommissa spe huius coniunctionis matrimonium facere, ne oportuno nubendi tempus amittat*”.² Zatem córce jej pozwolono zawrzeć inne małżeństwo, jeżeli napróżno oczekiwała narzeczonego przez trzy lata podróży i straciła nadzieję wyjścia za niego za mąż. Nieco później cesarze Konstantyn i Konstancjusz (332) ustanowili ogólną zasadę, że narzeczona jest wolna i może wyjść za mąż za kogo innego po dwóch latach próżnego oczeki-

¹ C. 5, 1, 3.

² C. 5, 17, 2. Tekst jest interpolowany. W sprawie autentyczności powyższego tekstu por. LEVY, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten* w *Gedächtnisschrift für Seckel*. Berlin 1927 s. 162, u którego czytamy: „Die Echtheit der C. 5, 17, 2 bleibt insoweit eine offene Frage”.

wania na zawarcie małżeństwa przez narzeczonego, który mieszka w tej samej prowincji, *in eadem provincia degens*. Jeżeli zaś mieszkają w różnych prowincjach, może to uczynić dopiero po trzech latach.¹

Następnie, zaręczyny rozwiązywały się w razie powstania przeszkody, sprzeciwiającej się zawarciu małżeństwa.

Wreszcie, można było zaręczyny rozerwać, bądź na skutek dobrowolnego przyzwolenia obydwóch stron, *mutuus consensus*, bądź przez oświadczenie woli jednej ze stron, *repudium*. W tym drugim wypadku stronom służyło wypowiedzenie, *renuntiatio*, *nuntii remissio*, którego formułkę przekazał nam Gajus w następujących słowach: „In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: „condicione tua non utor”.² Wypowiedzenie było pozostawione wolnej woli stron. Cesarze Dioklecjan i Maksymjan w konstytucji z roku 293 głoszą: „Alii desponsata renuntiare conditioni ac nubere alii non prohibetur”.³ Kto bez wypowiedzenia zawarł ponownie zaręczyny, podpadał karze infamji.⁴ Jeżeli chodziło o córkę, podlegającą władzy ojca rodziny, wypowiedzenie mógł posłać i zaręczyny jej rozwiązać również ojciec; nie mógł on jednak tego uczynić, gdy chodziło o córkę emancypowaną.⁵ Opiekun w imieniu pupilarnym nie mógł rozwiązać zaręczyn, chyba że czynił to z woli pupilki.⁶

Wielka swoboda zrywania zaręczyn, wprowadzona przez klasyczne prawo rzymskie, uległa pewnym modyfikacjom w czasach chrześcijańskich. Wprawdzie i wówczas istniała zasada, że każda strona może zrywać zaręczyny, nawet wbrew woli strony prze-

¹ C. 5, 1, 2. Wyrazy „in eadem provincia degens” są interpolowane zob. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 230.

² D. 24, 2, 2, 2; Valerian. i Galien. (259), C. 5, 17, 2.

³ C. 5, 1, 1.

⁴ Iulian., D. 3, 2, 1.

⁵ Ulp., D. 23, 1, 10. Ostatnia część tekstu od słów „nisi forte” jest interpolowana zob. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 229.

⁶ Ulp., D. 23, 1, 6. Końcowe wyrazy tekstu od „nisi forte” są interpolowane zob. EISELE w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 13 s. 152.

ciwnej, lecz zaczęto już zwracać uwagę na słusność względnie niesłusność przyczyny zerwania. Według konstytucji cesarzy Leona i Antemjusza (472) zaręczyny można było zrywać tylko z powodu słusznych przyczyn, *iustae causae*, do których zalicza ona niemoralne prowadzenie się, *turpis vel impudica conversatio*, różność wyznania, *religionis diversitas*, niemoc płciową narzeczonego, *quasi vir coitum facere non potuerit* lub inne słuszne przyczyny.¹ Zerwanie zaręczyn bez słusznej przyczyny pociągało za sobą ujemne następstwa majątkowe.² Justynjan dodał do nich wypadek wstąpienia narzeczonej lub narzeczonego do klasztoru, podobnie jak to miało miejsce przy rozwodzie.³

¹ C. 5, 1, 5, 3; 1, 4, 16.

² C. 5, 1, 5, 4—5; 1, 4, 16.

³ Nov. 22, 5; 117, 12.

Rozdział II.

ISTOTA I RODZAJE MAŁŻEŃSTWA.

§ 1. Istota małżeństwa.

Jak daleko sięgają nasze wiadomości historyczne, spotykamy u Rzymian ustrój rodziny patriarchalnej.¹ W patriarchalnej rodzinie rzymskiej całkowita władza domowa spoczywa w ręku ojca rodziny, *paterfamilias*. Posiada on całkowitą i wyłączną

¹ Niektórzy uczeni starają się dopatrzyć w historii ustroju rodziny rzymskiej stadium, opierającego się na zasadzie matriarchalnej, które miało poprzedzić okres rodziny patriarchalnej. Według zasady ustroju matriarchalnego w rodzinie istniały stosunki pokrewieństwa jedynie pomiędzy matką i dziećmi. BACHOFEN, *Die Sage von Tanaquil*. Heidelberg 1871; tenże, *Das Mutterrecht*.² Basel 1897; GIRAUD-TEULON, *Les origines du mariage et de la famille*. Genève—Paris 1884, Introduc. 6, 11; BERNHÖFFT, *Staat und Recht der röm. Königszeit im Verhältnis zu verw. Rechten*. Stuttgart 1882 s. 138 n.; PEROZZI w Bull. dell' Ist. di diritto romano r. 31 s. 115 n.; LEIST, *Alt-arisches ius gentium*. Jena 1889; KOSCHAKER, *Fratriarchat, Hausgemeinschaft und Mutterrecht in Keilschriftrechten* w Zeitschr. f. Assyriologie, N. F. VII (XLI). Na potwierdzenie jednak hipotezy tej, nie posiadamy żadnych pewnych danych por. WENGER, *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*. München 1927 s. 61 uw. 103 a. BINDER, *Die Plebs*. Leipzig 1909 s. 407 n., 556, dopatruje się w czasach najdawniejszych stadium matriarchatu u plebejuszków, ustrój patriarchalny zaś, według niego, był formą właściwą rodziny patrycjuszowskiej. Co się tyczy rodziny grecko-egipskiej, to opierała się ona na zasadzie patria potestas, lecz kobiecie według prawa grecko-egipskiego przysługiwała pewna władza rodzinna. Por. TAUBENSCHLAG, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 49 s. 115—28.

władzę, której podlegają wszyscy członkowie rodziny.¹ Ma on w szczególności władzę nad swoją żoną — *manus mariti*, nad swojemi dziećmi — *patria potestas* i nad niewolnikami — *dominica potestas*.² W stosunku do nich posiada on prawo życia i śmierci, *ius vitae ac necis*, prawo sprzedaży ich, *ius vendendi*, a także, w razie wyrządzenia przez osobę podwładną komuś szkody, wydania winnego poszkodowanemu w celu wyrównania szkody, *noxae datio*. Władza ta była nieograniczona i niezależna od wieku osoby podwładnej.³ Rzymianie uważali, że tego rodzaju władzę ojca rodziny nad dziećmi i żoną znają tylko oni i że stanowi ona prawo właściwe obywateli rzymskich — *ius proprium civium Romanorum*,⁴ co też w jednym z edyktów podkreśla cesarz

¹ Ulp., D. 50, 16, 195, 2: „Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae”. MORIAUD, *De la simple famille paternelle en droit romain*. Genève 1910; WENGER, *Hausgewalt und Staatsgewalt im römischen Altertum* w *Miscellanea Fr. Ehrle*. Roma 1924 s. 1—55; LAUNSPACH, *State and family in early Rome*. London 1908 s. 148 n.; LACOMBE, *La famille dans la société romaine*. Paris 1889. Co do rozwoju pojęcia rodziny zob. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* t. 1 s. 79 n.; LEONHARD w *Pauly-Wissowa, Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, v. familia.

² Pierwotnie władza ojca była jednakowa w stosunku do wszystkich składników rodziny i nazywała się *manus*. Z czasem zaczęła się ona różniczkować stosownie do różnych składników rodziny i w ten sposób powstało kilka jej rodzajów o różnej treści i nazwach por. GIRARD, *Manuel*⁶ s. 139 n.; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* t. 1 s. 75; JHERING, *Geist des römischen Rechts*³ t. 2 s. 161 n.

³ W prawach prowincjonalnych władza ojcowska, w przeciwstawieniu do zasady rzymskiej, trwała zwykle do pewnego określonego wieku dzieci por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 37 (1916) s. 212 n.

⁴ GAIVS 1, 55. 108. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*. Leipzig 1901 t. 2 s. 79 n. O władzy ojca rodziny u innych narodów, zwłaszcza wschodnich, por. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 106 n., 209 n. O *patria potestas* w prawie papirusowem por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 37 s. 177 — 230 i *Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes* w *Mélanges Cornil* t. 2 s. 499—512.

Hadrian.¹ Temu pogładowi hołduje też Justynian w Instytucjach.² Jednakowoż wiadomość ta jest nieścisła, gdyż taką samą władzę znają np. Celtowie w Galji i Galatowie w Azji Mniejszej.³

Prawnie nieograniczona władza ojca rodziny była łagodzona w praktyce przez prawo zwyczajowe, *mores maiorum*.⁴ W myśl prawa zwyczajowego należy w wypadkach ważniejszych zwracać się do *consilium necessariorum* względnie *propinquorum et amicorum*.⁵

Rodzina rzymska posiada także naturę polityczną, religijną i społeczną. W pierwszym kierunku stanowi ona jakby maleńkie, niezależne państewko. Posiada mianowicie całkowitą autonomję, a przedstawicielem jej wobec państwa jest *paterfamilias*.⁶ Jako związek sakralny posiada własne ofiary rodzinne, *sacra familiae* i kult domowy przodków, którego kapłanem jest również *paterfamilias*.⁷ Jako organizacja społeczna stanowi ona część składową społeczeństwa.⁸

¹ GAIUS 1, 55: „Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. Idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit”.

² *Inst.* 1, 9, 1.

³ GAIUS 1, 55; CAESAR, *De bello gallico* 6, 19, 3; lex Salpensana, cc. 21, 22 por. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*⁷. Tubingae 1909 s. 143 n.; MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 209 BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 69 n.; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 136 n.; CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*. L'ancien droit. Paris 1891 s. 63 n.

⁴ VALERIUS MAXIMUS 5, 8, 3; TACITUS, *Annales* 13, 32; SUETONIUS, *Tiberius* 35.

⁵ DIONYSIUS 2, 15; LIVIUS 39, 18; VAL. MAX. 2, 9, 2; 5, 8, 2; SUET., *Tib.* 35; SENECA, *de clem.* 1, 15. Jedynie w wypadku schwywania dziecka na gorącym uczynku wolno było wymierzyć karę bez zwoływania rady familijnej por. CATO U GELLIUSA 10, 23; VAL. MAX. 5, 8, 5; Papin. w *Coll.* 4, 8, 1 i D. 48, 5, 21 (20).

⁶ PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² t. 1 s. 310 n.

⁷ FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*. Paris 1923 s. 49 n., kładzie nacisk specjalny na te uprawnienia ojca rodziny.

⁸ Rodzina w pierwotnej społeczności stanowi najważniejszy i najbardziej zamknięty związek. Każda rodzina mieszka we własnym domu. Dom ten jest wspólnym schroniskiem dla członków rodziny, gdzie każdy z nich czuje się

Podstawą rodziny patriarchalnej jest małżeństwo monogamiczne. Prawo rzymskie przekazało nam dwie definicje małżeństwa. I tak, Modestinus, prawnik rzymski z pierwszej połowy III w. po Chr., tak określa małżeństwo: „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”.¹ Według definicji tej małżeństwo stanowi związek wyłączny, powszechny i stały pomiędzy mężczyzną i kobietą, zawierający w sobie wzajemny udział małżonków we wszelkich prawach boskich i ludzkich. Nawiązuje również do niej konstytucja cesarza Gordjana (242 r.), która głosi: „Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt”.²

Definicja Modestyna wywołała wśród uczonych ostatnich czasów wielką dyskusję. Niektórzy z nich wyrażają się o niej bardzo krytycznie. Hruza np. tak mówi: „So viel Worte, so viel Unwahrheiten enthält diese Definition”.³ Solazzi jest zdania, że definicja ta nie jest rzymska i pogańska, lecz chrystjanizująca: „La definizione non è una definizione romana e pagana è una definizione cristianeggiante”.⁴ Bonfante zaś głosi: „La definizione di Modestino e la costituzione di Gordiano si stimano ispirate, nel rilievo dato alla comunanza del diritto divino ed umano,

bezpiecznym. Stąd też, CICERO, *Pro domo sua* 41, 109, woła: „Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus unius cuiusque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic di penates; hic sacra, religiones, caerimoniae continentur: hic perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit”.

¹ D. 23, 2, 1.

² C. 9, 32, 4 pr. Słowa „quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur” nie są jasne. Jedni, jak ACCARIAS, *Précis de droit romain*. Paris 1886 t. 1 s. 192, czytają je „socia... divinae domus”; inni natomiast, jak SOLAZZI, *Consortium omnis vitae* w *Annali della R. Università di Macerata* t. 5 (1929) s. 27 n., uważają je za interpolowane.

³ HRUZA, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*. Erlangen — Leipzig 1894 t. 2 s. 8.

⁴ SOLAZZI, *Consortium omnis vitae* w *Annali della Università di Macerata* t. 5 (1929) s. 27 n.

all'antico matrimonio accompagnato dalla manus: ma forse una simile allusione altro non è che un'interpolazione in senso cristiano".¹ Zatem Bonfante widzi w niej aluzję do małżeństwa rzymskiego *cum manu*, lecz z drugiej strony zaznacza, że aluzja ta może nie jest niczem innym, jak interpolacją w duchu chrześcijańskim. Według Albertaria definicja Modestyna jest autentyczna we wszystkich swych częściach i w całości odpowiada pojęciom klasycznym o instytucji małżeństwa. Gdyby wywodziła się ona z czasów chrześcijańskich, nie mogłaby zawierać takich wyrazów, jak *communicatio divini iuris*.² Skłaniamy się do zapatrywania Bonfante'go, ponieważ Modestinus pozostawał w bliższym stosunku ze Wschodem i mógł posiadać znajomość ksiąg Nowego Testamentu.³

Przypatrmy się definicji Modestyna nieco bliżej. Przede wszystkim określa ona małżeństwo jako związek pomiędzy mężczyzną i kobietą, *coniunctio maris et feminae*. Słowa te zapewne mają na celu podkreślenie pierwszorzędnego celu małżeństwa, którym jest rozmnażanie potomstwa. Następnie, mówi ona o wspólności całego życia, *consortium omnis vitae*, przez co pragnie uwypuklić charakter wyłączny, powszechny i stały małżeństwa rzymskiego. Wreszcie, definicja wspomina o wzajemnym udziale małżonków we wszelkich sprawach boskich i ludzkich, *divini et humani iuris communicatio*. Ta ostatnia część definicji odpowiada więcej małżeństwu rzymskiemu *cum manu*, ponieważ w małżeństwie tem kobieta zrywa wszelkie stosunki prawne z rodziną, z której pochodzi i wchodzi do rodziny swego męża na warunkach córki lub wnuczki, zależnie od tego, czy mąż jest *paterfamilias*, czy *filiusfamilias*. Ponieważ w małżeństwie tem żona bierze udział w kulcie rodzinnym męża, *sacra privata familiae*,

¹ BONFANTE, *Corso di dir. romano* t. 1 s. 193.

² ALBERTARIO, *De modestiniana matrimonii definitione* w *Apollinaris* t. 5 (1932) s. 431 n.

³ D. 27, 1, 1. DYDYŃSKI, *Historja źródeł prawa rzymskiego*. Warszawa 1904 s. 279; ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Geschichte d. griech.-römischen Rechts*.³ Leipzig 1892 s. 56.

stał też pomiędzy małżonkami powstaje wzajemny udział w sprawach nie tylko ludzkich, lecz także boskich, *communio sacrorum*. Jeżeli chodzi o małżeństwo *sine manu*, to prawnie i formalnie słowa ostatnie do niego nie odnoszą się.¹ Jednakowoż i w wolnym małżeństwie żona bierze udział w *sacra familiae* męża, czyli staje się *sacrorum socia*, jak również korzysta z godności swego męża.² Zresztą Modestyn, podając swoją definicję małżeństwa wówczas, kiedy małżeństwa *cum manu* były już rzadko stosowane, pragnął zapewne objąć nią także małżeństwa wolne. Ostatnie słowa definicji *communicatio divini iuris* mają jednak inne znaczenie w prawie chrześcijańskim, niż pogańskim: w prawie pogańskim oznaczają one, że kobieta staje się spółniczką w kulcie rodzinnym swego męża, w prawie chrześcijańskim zaś oznaczają one, że *disparitas cultus* jest przeszkodą do małżeństwa i na tej podstawie powstał zakaz małżeństwa pomiędzy chrześcijanami a Żydami.³

Instytucje Justynjana przytaczają definicję małżeństwa, najprawdopodobniej zapożyczoną od Ulpjana, która brzmi: „Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens”.⁴ W definicji tej Justynjan mówi o nierozłączonej społeczności życia — *individua vitae consuetudo*, przez co pragnie podkreślić trwały charakter małżeństwa. Trudno jest jednak dokładnie powiedzieć, co Rzymianie pod wyrażeniem *individua vitae consuetudo* rozumieli.

W innym znów miejscu w Instytucjach jest mowa o małżeństwie jako związku prawa naturalnego pomiędzy mężczyzną a kobietą. „Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium ani-

¹ ALBERTARIO, *De modestiniana matrimonii definitione* w Apollinaris t. 5 s. 435 n.; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio rom.* s. 2 n.

² *Frag. Vat.* 104; Ulp., D. 1, 9, 1 pr.; 1, 9, 8; ACCARIAS, *Précis de droit romain* t. 1 s. 192.

³ ALBERTARIO, tamże 439.

⁴ *Inst.* 1, 9, 1. W sprawie autorstwa tego tekstu por. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* w *Opere di C. Ferrini* t. 2 s. 339.

malium... Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus".¹

Z powyższych określeń wynika, że małżeństwo, *matrimonium, nuptiae*, stanowi unormowany przez prawo związek pomiędzy mężczyzną i kobietą, zawarty w celu całkowitej i trwałej wspólności życiowej. Dwa składniki są konieczne do powstania małżeństwa: intencja, *affectio maritalis* i wspólność życiowa, *coniunctio* lub *individua vitae consuetudo*; pierwszy jest natury podmiotowej, a drugi przedmiotowej. *Affectio maritalis* oznacza wolę aktualną wspólnego pożycia mężczyzny i kobiety w społeczności trwałej, powszechnej i wyłącznej w celu rozmnażania i wychowywania potomstwa.² Bez *affectio maritalis* nie może istnieć związek małżeński, gdyż jest ona konieczna do utrzymania zasady *consortium omnis vitae*. Pożycie wspólne, jako podstawa wzajemnych stosunków pomiędzy małżonkami, oznaczano zapomocą wyrażenia *honor matrimonii*.³ W razie wątpliwości, czy dany związek pomiędzy dwiema osobami należy uważać za małżeństwo, czy za związek pozamałżeński, sprawę rozstrzygano według zasady podanej przez Modestyna, która brzmi: „In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit”.⁴ W prawie klasycznym tekst ten zapewne zaczynał się od słów „in liberae et ingenuae”, lecz w drodze interpolacji opuszczono wyrażenie „et ingenuae”. Zatem współżycie z kobietą wolnourodzoną i szanowaną zawsze było uważane za małżeństwo, jeśli zaś kobieta była wyzwolenicą lub osobą nieszanowaną, pożycie wspólne uważano za konkubinat.

¹ *Inst.* 1, 2 pr.; Ulp., D. 1, 1, 1, 3; CASTELLI, *Intorno a una fonte greca del fr. 1 § 3 D. 1, 1* w *Studi in onore di Perozzi*. Palermo 1925 s. 56—7; KOSCHEMBAHR-ŁYSKOWSKI, *Ratio naturalis w prawie rzymskiem klasycznym*. Warszawa 1930 s. 15.

² PLAUTUS, *Miles glor.* 4, 6, 60; *Stich.* 1, 2, 75 n.; Ulp., D. 48, 20, 5, 1: „virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere”.

³ ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis* w *Rend. del. R. Istituto Lombardo di sc. e lett., serie II t. 62 (1929) fasc. XVI—XX* s. 808—20 = *Studi di dir. rom.* Milano 1933 t. 1 s. 211 n.

⁴ D. 23, 2, 24; por. tamże C. 5, 4, 22.

Niektórzy autorowie podkreślają pewną analogię pomiędzy instytucją małżeństwa, a posiadaniem, *possessio*, gdzie również niezbędne są dwa czynniki: *possessio naturalis (corpus)* i *animus* lub *affectio possidendi*.¹ W rzeczy samej obie te instytucje — małżeństwo i posiadanie — mają w prawie analogiczną strukturę. Podobnie jak do posiadania potrzeba oprócz *animus*, żeby rzecz była dana do dyspozycji posiadacza, tak samo do powstania małżeństwa potrzeba, aby kobieta była dana do dyspozycji mężczyzny przez wprowadzenie jej do domu męża, *deductio in domum mariti*. W prawie justyniańskim podobnie jak posiadanie można nabyć *solo animo* bez materialnego wręczenia, tak samo małżeństwo można zawrzeć *solo consensu*, choćby *deductio in domum mariti* nie miała miejsca.²

Chociaż podane definicje rozpatrują małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety, czyli jako stan małżeński, nie odmawiają jednak przy powstaniu tego związku znaczenia decydującego pierwiastkowi umownemu. Ulpjan wypowiada to jasno w słowach: „*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*”.³ Ze słów tych wynika, że małżeństwo powstaje nie przez fizyczne zamieszkanie mężczyzny i kobiety, ale przez wzajemną, zgodną wolę, skierowaną na zawarcie małżeństwa.⁴

Akt wzajemnej, zgodnej woli stanowi umowę,⁵ która jest przyczyną sprawczą związku małżeńskiego, związek małżeński zaś

¹ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 188; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni* t. 2 s. 186 n.; ALBERTARIO, *L'autonomia del elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano* w *Scritti in onore di Ascoli* = *Studi di dir. rom.* t. 1 s. 229 n.

² RICCOBONO, *Traditio ficta* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 33 (1912) s. 259 n. i t. 34 (1913) s. 159 n.

³ D. 50, 17, 30; 35, 1, 15.

⁴ Gdy prawnicy rzymscy mówią „*consensus facit nuptias*”, mają zawsze na celu wykluczenie zamieszkania fizycznego jako warunku koniecznego do małżeństwa oraz przeciwstawienie się tym *legum conditores*, według zdania których, jeżeli oblubieńcy „*non convenerint, nuptias re non videri contractas*” por. Zeno (475), C. 5, 5, 8, lecz przez to bynajmniej nie mają na celu odmówienia małżeństwu charakteru umownego.

⁵ Ulp., D. 2, 14, 1, 2; 50, 12, 3 pr.: „*Pactum est duorum consensus atque conventio*”.

jest skutkiem umowy małżeńskiej. Ponieważ małżeństwo przychodzi do skutku zapomocą wzajemnego porozumienia mężczyzny i kobiety, skierowanego na rozmnażanie i wychowywanie potomstwa, stąd też tworzy ono umowę dwustronną, *contractus bilateralis*.

Niektórzy autorowie są jednak zdania, że prawo rzymskie nie rozpatruje małżeństwa jako umowy małżeńskiej, a tylko jako związek małżeński.¹ Zatem, według poglądu tego, można mówić tylko o momencie rozpoczęcia małżeństwa, ale nie można mówić o umowie małżeńskiej. Adagjum *consensus facit nuptias*, według nich, Rzymianie nie pojmowali jako przyzwolenia początkowego, mającego na celu utworzenie związku małżeńskiego, lecz pojmowali jako pewien stan przyzwolenia, stanowiącego istotę trwałą życia małżeńskiego. Co się zaś tyczy wyrażenia *contrahere nuptias*, to, według nich, wyraz *contrahere* w języku łacińskim nie jest synonimem wyrazu *convenire* lub *consentire* i nie oznacza wzajemnego przyzwolenia stron, a tylko powstanie związku małżeńskiego.²

Umowa małżeńska różni się jednak zasadniczo od wszelkich innych umów prawa prywatnego. Różnica polega przede wszystkim na tem, że istota umowy małżeńskiej, na podstawie której oblubieńcy dają sobie wzajemne prawo do swego ciała w celu wydania potomstwa, jak również zespół praw i obowiązków z umowy tej wynikających, nie zależą od woli indywidualnej stron, lecz są określone przez prawo naturalne. Przy innych umowach decyduje wola prywatna stron, przyczem strony mogą bliżej określać swoje prawa i obowiązki. Przy małżeństwie strony nie określają według własnej woli warunków powstania, trwania i rozwiązywania umowy małżeńskiej, lecz muszą stosować się do

¹ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 192. Kanonistyka w wypadku tym odróżnia *matrimonium in fieri* i *matrimonium in facto esse*. *Matrimonium in fieri* oznacza umowę pomiędzy mężczyzną i kobietą, powodującą pomiędzy nimi niepodzielną wspólność życiową, a *matrimonium in facto esse* oznacza, wypływającą z tej umowy, wspólność życiową, czyli węzeł małżeński por. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*.³ Parisiis 1904 t. 1 s. 2.

² BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus* w R. Ist. Lomb. t. 40 (1917) = *Scritti giur. varii*. Torino 1921 t. 3 s. 107. W rzeczy samej w prawie rzymskim nigdzie nie spotykamy wyrażenia *contractus matrimonii* lub *contractus matrimonialis*.

norm prawa przyrodzonego, t. zn. muszą przyjąć te warunki przyrodzone, które wynikają z samej natury ludzkiej i z przeznaczenia małżeństwa. Instytucja małżeństwa stoi zatem na pograniczu pomiędzy prawem prywatnem, a publicznem i zawiera w sobie pierwiastki jednego i drugiego prawa. Pierwiastki te mogą wchodzić z sobą w kolizję i wówczas interes publiczny powinien przeważać, a wola indywidualna ulec ograniczeniu, co Paulus wyraża zapomocą słów: „Contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur”.¹ Prawnicy rzymscy niejednokrotnie podkreślają charakter publiczny umowy małżeńskiej, mówiąc o „publica nuptiarum utilitas”.² Następnie, umowa małżeńska nie ma na celu spełnienia jakiegoś świadczenia — *dare, facere, praestare*, co ma miejsce przy innych umowach, lecz ma na celu wzajemne uzupełnianie się dwojga ludzi we wszelkich przejawach życia.³ Zatem małżeństwo jest umową szczególnego rodzaju — *contractus sui generis*.⁴

¹ PAULUS, *Sent.* 2, 19, 2.

² Tryphon., D. 49, 15, 12, 3; PAULUS, *Sent.* 2, 19, 2. Por. BÖCKENHOFF, *Reformhe und christliche Ehe*. Köln 1912 s. 100 — 6.

³ Niktórzy do istoty małżeństwa, oprócz pierwiastka prawnego, wymagają także miłości małżeńskiej — amor coniugalis por. ZEIGER, *Nova matrimonii definitio* w *Periodica de re morali, canonica, liturgica* t. 20 fasc. 1 (1931) s. 37* — 59.*

⁴ W czasach ostatnich powstała teoria, że małżeństwo nie jest kontraktem, lecz instytucją. Głosi ona, że chociaż małżeństwo posiada formę umowną, ponieważ powstaje na podstawie wzajemnego porozumienia stron, w treści swej jest aktem instytucyjnym, rodzi bowiem liczne skutki względem osób trzecich, podczas gdy umowa stwarza skutki pomiędzy stronami kontraktującymi. Następnie, opiewa ona, że istnieje ogół zasad, pochodzących od pierwiastka autorytatywnego, bądź boskiego, bądź ludzkiego, których strony nie mogą zmieniać, a tylko w całości je zachować. Ponieważ małżeństwo opiera się na tych zasadach, a nie na umowie, stąd też nie jest kontraktem, a instytucją. Teoria instytucyjna przeciwstawia się teorii kontraktowej, lecz przeciwstawienie to jest tylko częściowe, ponieważ w małżeństwie musi istnieć pewien pierwiastek kontraktowy. W całej pełni pierwiastek kontraktowy uwydatnia się przy zaręczynach, gdzie wymiana zgody rodzi wzajemne zobowiązania stron. Por. RENARD, *La théorie de l'Institution*. Paris 1930 t. 1 s. 126 n.; tenże, *La doctrine institutionelle du mariage* w *La Vie intellectuelle* t. 12 (1931) s. 100 n.; tenże, *Qu'est ce que le mariage? Institution ou contrat* w *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio*. Modena 1931; por. także *Ami du Clergé* t. 49 (1932) s. 331 n.

Rzymianie pod względem szlachetności i wzniosłości pojęć o małżeństwie stali bardzo wysoko. Widać to z licznych wzmianek, przechowanych w pismach prawników i nieprawników rzymskich. I tak, Liwjusz w celu uspokojenia i pojednania porwanych Sabinekk kładzie w usta Romulusa następujące słowa: „Illas tamen in matrimonio, in societate fortunarum omnium civitatisque et, quo nihil carius humano generi sit, liberum fore”.¹ Według Dionizjusza z Halikarnasu Romulus wydaje ustawę, która głosi, że kobieta przez zawarcie świętego związku małżeńskiego staje się współniczką wszelkich dóbr i rzeczy świętych.² Te same słowa, według niego, wygłasza także Numa Pompiljusz.³ Plautus (254—184 przed Chr.) w komedjach swych niejednokrotnie wspomina o kwestjach związanych z małżeństwem. O jedności małżeńskiej i wspólności życiowej z ust kobiety takie słyszymy słowa: „Unum amare et cum eo aetatem exigere, quoi nuptast semel”⁴ lub „Pudicitia est pater, eos nos magnificare qui nos socios sumpserunt sibi”.⁵ Plutarch w życiorysach porównawczych sławnych Greków i Rzymian przytacza zdanie Porcji, żony Brutusa, która mówi, że została oddana mężowi i przysła do domu jego nie dla łoża i stołu, co ma miejsce z konkubinami, lecz aby była mu towarzyszką w dobrem i złem.⁶ Podobnie pojmuje małżeństwo Tacyt, według którego zawarcie związku małżeńskiego oznacza pojęcie małżonki, jako towarzyszki w rzeczach pomyślnych i niepomyślnych, powiernicy myśli i wychowawczyni dzieci — „adsumere coniugem, prosperis dubiisque sociam, cui cogitationes intimas, cui parvos liberos tradat”.⁷

Dokładniejszy obraz stosunków życia małżeńskiego podaje panegiryk ułożony przez Lukrecjusza Wespillona (4 r. przed Chr.) na cześć swej zmarłej żony Turji.⁸ O długotrwałości ich mał-

¹ LIV. 1, 9, 14.

² DION. 2, 25, 1.

³ DION. 2, 27.

⁴ PLAUT., *Cistell.* 1, 1, 81.

⁵ PLAUT., *Stich.* 1, 2, 43—4.

⁶ PLUT., *Brutus* 13.

⁷ TACITUS, *Annales* 3, 34; 12, 5.

⁸ C. I. L., VI, 1527; Suppl. VI, 4, 31670. Por. MOMMSEN, *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit Augusts und Hadrians* w Berl. Ak. Abh. 1863 s. 455 n. = *Gesammelte Schriften*. Berlin 1905 t. 1 s. 395.

żeństwa czytamy: „Rara sunt tam diuturna matrimonia, finita morte, non divertio interrupta: nam contigit nobis, ut ad annum XXXXI sine offensa perduceretur”. Małżeństwo to odznaczało się nie tylko długotrwałością, ale także miłością współmałżonków i innych osób z rodziny: „Cur dicam de tuarum caritate, familiae pietate, cum aequae matrem meam ac tuos parentes colueris...”. W małżeństwie tem nie tylko stosunki osobiste były idealne, ale także majątkowe: „Omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus: neque enim erat acquirendi tibi cura, quod totum mihi tradidisti. Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres”. W podobny sposób stosunki majątkowe w rodzinie rzymskiej przedstawia także Columella: „Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus, aut femina proprium esse iuris sui diceret: sed in commune conspirabatur ab utroque”.¹

Dla całości obrazu należy podać jeszcze zdania niektórych prawników rzymskich. Paulus przytacza zdanie Nerwy i Kasjusza o żonie, które brzmi: „Ne quidem furtum eam facere... quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret”.² Ulpjan w komentarzu swym do senatusconsultum Silanianum podaje takie słowa: „Si vir aut uxor occisi esse proponantur, de servis eorum quaestio habetur, quamquam neque viri servi proprie uxoris dicantur neque uxoris proprie viri: sed quia commixta familia est et una domus est, ita vindicandum atque in propriis servis senatus censuit”.³ W innym znów miejscu Ulpjan mówi: „Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse”.⁴ Podobnie Paulus, mówiąc o darowiznach pomiędzy małżonkami, głosi: „Et sane non amare nec tanquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes”.⁵ Najwznioślejsze jednak pojęcie instytucji małżeństwa znajdujemy w prawie cesarzy chrześcijańskich. Justynjan głosi, że

¹ COLUMELLA, *De re rustica* 12, praef.

² D. 25, 2, 1.

³ D. 29, 5, 1, 15.

⁴ D. 24, 3, 22, 7.

⁵ D. 24, 1, 28, 2.

wśród rzeczy ludzkich niema niczego tak wzniosłego i czcigodnego jak małżeństwo: „Nuptiis decentius nihil est hominibus”.¹

Mimo tak wzniosłych definicji i pojęć o małżeństwie życie praktyczne w dobie pogańskiej, szczególnie przy końcu rzeczypospolitej i w okresie pryncypatu, nie było z nimi zgodne. Okres ten znamionuje upadek obyczajów.² W państwie zapanował gruby materializm, tak w klasach wyższych, jak i niższych. Rodzina rzymska przechodziła ostry kryzys. W czasie tym istniała niechęć do zawierania małżeństw i nadzwyczajna łatwość ich rozwiązywania. W rodzinie małżonkowie unikali potomstwa. Gdy wstąpił na tron cesarz August, zabrał się do zwalczania tych niezdrowych stosunków. W tym celu wydał szereg ustaw o pierwszorzędnej znaczeniu.³ Należy do nich przedewszystkiem *lex Iulia de adulteriis*, stanowiąca kary za nierząd, a w szczególności za cudzołóstwo i sławna *lex Iulia et Papia Poppaea*. Ustawy te stanowiły nowy kodeks prawa małżeńskiego. Kodeks ten w następstwie był rozwijany i doskonalony przez senat, cesarzy i prawników.

Na szczególną uwagę zasługuje *lex Iulia et Papia Poppaea*.⁴ Ustawa ta co do formy składa się z dwóch części: *pars nuptialis*, w której jest mowa o przywilejach osób, żyjących w małżeństwie prawnym i o karach, którym podlegają osoby bezżenne i *pars*

¹ Nov. 140 praef.

² MOMMSEN, *Historja rzymska*. Tłum. Dziekoński.² Warszawa 1880 t. 2 s. 345 n.; t. 3 s. 363 n.; t. 4 s. 454.; BOISSIER, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins* t. 2 s. 150 n.; DILL, *Roman society from Nero to Marcus Aurelius*. 1904.

³ JÖRS, *Die Ehegesetze des Augustus*. Marburg 1893.

⁴ GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 888 n.; CUQ, *Manuel des instit. jurid. des Romains*² s. 137 n., 729 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 418 n.; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di dir. rom.* t. 2 s. 193 n.; SECKEL-MEYER, *Zum sogenannten Gnomon des Idioslogos*. Berlin 1928 s. 15 n. Nazwa *lex Iulia et Papia Poppaea* dla oznaczenia dwóch ustaw: *lex Iulia de maritandis ordinibus* i *lex Papia Poppaea* wywodzi się z prawa klasycznego; nazywano je także *lex Iulia Miscella* z powodu treści mieszanej. O stosunku wzajemnym tych ustaw por. JÖRS, *Über das Verhältnis der lex Julia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea*. Bonn 1882.

caducaria, traktująca o przywilejach osób żonatych w prawie spadkowym.

Celem głównym ustawy tej była zachęta do zawierania małżeństw i posiadania z nich potomstwa. Jako środki do tego celu służyły z jednej strony przywileje za zawarcie małżeństwa i posiadanie z niego potomstwa,¹ a z drugiej strony upośledzenie w prawie spadkowym w razie niezawarcia małżeństwa lub nieposiadania potomstwa.² Ustawa ta dążyła także do podniesienia godności instytucji małżeństwa, stąd też ograniczała niektóre osoby, szczególnie ze stanu senatorskiego i rycerskiego, przy wyborze żon.³ Zwalczała mezaljans małżeński przez stosowanie do niego kar ustanowionych przeciwko celibatowi i odmawianie mu korzyści w razie posiadania potomstwa. Ustanowiła ona dla wszystkich mężczyzn w wieku od 25 do 60 roku życia, a dla wszystkich kobiet w wieku od 20 do 50 roku życia obowiązek zawierania małżeństwa i posiadania z niego potomstwa. Wdowa i wdowiec także byli obowiązani w ciągu pewnego czasu zawrzeć małżeństwo powtórne.⁴ Następnie, określa ona minimalną ilość dzieci konieczną do tego, aby nie być zaliczonym do bezdzietnych.⁵ Niezachowanie tych przepisów pociągało za sobą ujemne następstwa materialne. Bezzenni byli zupełnie niezdolni, *incapaces*, do nabycia czegokolwiek w drodze testamentu, a żonaci, ale bezdzietni, mogli otrzymać tylko połowę wyznaczonej dla nich

¹ GAIUS 1, 145, 194; ULP., *Reg.* 29, 3; *Frag. Vat.* 191; GELLIUS, *Noctes Atticae* 2, 15; TACITUS, *Annales* 15, 19. Por. BERGER w *Zeitschr. f. vergl. Rechtsw.* t. 39 d. s. 303 n.

² GAIUS 2, 111, 286; ULP., *Reg.* 16, 1—4; 17, 1; 22, 3; TACITUS, *Annales* 3, 28.

³ Paul., *D.* 23, 2, 44 pr.; Cels., *D.* 23, 2, 23; ULP., *Reg.* 13, 1.

⁴ O przepisie, nakazującym zawieranie małżeństwa, wspomina już Dionizjusz z Halikarnasu (9, 22), a Valerius Maximus (2, 9) mówi nawet o karze, zw. *uxorium*, którą płacili na korzyść skarbu państwowego żyjący w celibacie.

⁵ KÜBLER, *Über das ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 30 (1909) s. 154 n. i t. 31 (1910) s. 176 n.; SECKEL-MEYER, *Zum sogenannten Gnomon des Idioslogos* s. 16 n.

części.¹ Wolna część spadkowa stanowiła *caducum* i przechodziła na inne osoby wyznaczone w testamencie i posiadające potomstwo, albo szła do kasy państwowej.² Ustawa ta przepisała także pewne formalności do przeprowadzania rozwodów.

Lex Iulia et Papia Poppaea mimo dobrych chęci ze strony ustawodawcy była nieodpowiednia i zamiast odrodzić rodzinę wzbogaciła jedynie skarb. Stąd też, z chwilą przyjęcia chrześcijaństwa, jako niezgodna z duchem nowej nauki, musiała wyjść z użycia.³ W świetle ewangelji celibat jest rzeczą chwalebną, ponieważ czystość jest oznaką doskonalszego życia.⁴ Liczni pisarze kościelni, idąc w myśl rad ewangelicznych, wypowiadają się o celibacie jako środka do zdobycia doskonałości chrześcijańskiej. I tak, św. Ignacy († 107), Męczennik, w liście do biskupa Polikarpa pisze: „Jeśli kto może zachować czystość na chwałę ciała Pańskiego, niech ją zachowa, byle bez chępliwości”.⁵ Św. Justyn († 163—7) uważa czystość za środek do ściślejszego zjednoczenia się z Bogiem.⁶ Podobne zdanie podaje Atenagoras († 170),⁷ Klemens aleksandryjski († 217)⁸ i wielu innych.⁹

Konstantyn Wielki, powodując się zasadami nauki chrześcijańskiej, zniósł w konstytucji *De infirmandis poenis caelibatus et orbitatis* (320) kary ustanowione za bezżeństwo i bezdzietność, uważając dawne prawo za jarzmo, krępujące tak mężczyznę, jak

¹ Ustawa mówiła tylko o dziedziczeniu i legatach, lecz przepisy dalsze rozszerzyły ją także na fideikomisy por. GAIUS 2, 111, 286; *Frag. Vat.* 158, 214—9.

² GAIUS 2, 206—7, 286 a; ULP., *Reg.* 17, 2; 24, 12.

³ ROTONDI, *Leges publicae Pop. Rom.* w Encicl. giur. ital.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* t. 2 s. 193.

⁴ MAT. XIX, 27 n.; I Kor. VII.

⁵ ŚW. IGNACY MĘCZENNIK, *List do Polikarpa* 5 (Pisma Ojców Kościoła. Poznań 1924 t. 1 s. 245).

⁶ IUSTINUS, *Apolog.* I, 15 (Migne, P. G., 6, 350).

⁷ ATHENAGORAS, *Legatio pro christianis*, c. 33 (Migne, P. G., 6, 965 n.).

⁸ CLEM. ALEX., *Stromat.* III, 11 (Migne, P. G., 8, 1171 n.).

⁹ AMBROSIVS, *De viduis*, c. 12 (Migne, P. L., 16, 269 n.); AUGUSTINUS, *De nuptiis et concup.* I, 1 n. (Migne, P. L., 44, 413 n.); tenże, *De sancta virginitate*, c. 13 (Migne, P. L., 40, 401).

i kobietę.¹ Zniesienie tego przepisu osiągnęło podwójny skutek: uprawnilo życie samotne i przywróciło wolność przy zawieraniu małżeństwa.

Główna rola przywrócenia małżeństwu dawnej świetności i podniesienia go do wyższej jeszcze godności przypadła w udziale chrześcijaństwu. Chrześcijaństwo nie tylko podnosi poziom etyczny małżeństwa, ale całą instytucję małżeństwa obdarza charakterem nadprzyrodzonym, zaliczając je do szeregu sakramentów. Liczni pisarze i Ojcowie Kościoła, nawiązując do słów św. Pawła „Tajemnica to wielka; ja zaś powiadam w Chrystusie i w Kościele”,² stwierdzają sakramentalny charakter małżeństwa.³ Zatem małżeństwo chrześcijańskie jest związkiem prawnym mężczyzny i kobiety, któremu towarzyszy łaska boska. Odpowiada to w całości słowom Pisma św.: „Dlatego opuści człowiek ojca swego i matkę swoją, a przyłączy się do żony swej i będą dwoje jednym ciałem”.⁴

¹ C. Th. 6, 16, 1 — C. 8, 57 (58), 1. CASSIODORUS, *Hist. eccl.* 9 (Migne, 69, 893), zniesienie kar nałożonych na coelibes i orbi wyraźnie przypisuje wpływowi nauki chrześcijańskiej. Por. także GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 71, 889; CUQ, *Manuel de instit. jurid. des Romains*² s. 733; PEROZZI, *Istituzioni di dir. rom.*³ t. 1 s. 421; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni* t. 2 s. 195; TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le dr. civ. des Romains* s. 63 n.

² Efesz. V, 32.

³ TERTULLIANUS, *Adversus Marcionem*, V, 18 (Migne, P. L., 2, 543 n.); tenże *De monogamia*, c. 5 (Migne, 2, 984 n.); ORIGINES († 254), *Comment. in Math.*, XIV, 16 (Migne, 13, 1230); AMBROSIUS († 397), *De Abraham*, I, 7 (Migne, 14, 464, n.) = c. 4 C. 32 q. 4; EPIPHANIUS, *Adversus haeres.*, 41, 30 (Migne, 41, 942); INNOCENTIUS (401—417), *Epist. XXXVI ad Probum* (Migne, 20, 602); AUGUSTINUS († 430), *In Joan.*, IX, 2 (Migne, 35, 1459); tenże *De bono coniugali*, XXIV, 32 (Migne, 40, 394); tenże, *De nupt. et concup.*, I, 10 (Migne, 44, 420); por. także c. 10 C. 27 q. 2 i c. 2 C. 32 q. 7. ROÜET DE JOURNAL, *Enchiridion Patristicum*. Herder 1923: w spisie teologicznym pod wyrazem matrimonium. Odnośnie do pomników ikonograficznych por. MARTIGNY, *Dictionnaire*, v. mariage chrétien.

⁴ Efesz. 5, 31. Gracjan (C. 27 q. 2) i dawna szkoła bolońska za istotę małżeństwa uważali jego spełnienie, consummatio, copula carnalis. W czasach nowszych theoria copulae została wznowiona przez Freisena w *Geschichte*

Podniesienie małżeństwa do godności sakramentu i ogłoszenie go za symbol połączenia Chrystusa z Kościołem, uczyniło z niego instytucję *iuris divini* i wzmocniło charakter jego nierozzerwalności. Z powodu nadprzyrodzonego charakteru małżeństwa chrześcijańskiego zaślubinom chrześcijan oprócz błogosławieństwa kapłańskiego towarzyszyła zwykle ofiara eucharystyczna. Ponieważ zaś nowożeńcy podczas mszy przyjmowali komunję, podobnie jak to czynili wszyscy wierni uczestniczący w liturgii, mamy jasny dowód *ex re liturgica* pierwotnego Kościoła zaczerpnięty, że chrześcijanie pierwszych wieków dobrze oceniali nadprzyrodzony, sakramentalny charakter małżeństwa chrześcijańskiego.¹ Typową chrześcijańską definicję małżeństwa podaje Tertuljan: „Matrimonium est, cum Deus iungit duos in unam carnem, aut iunctos deprehendens in eadem carne, coniunctionem signavit”.² Wskutek podniesienia małżeństwa chrześcijan do godności sakramentu stało się ono kontraktem nadnaturalnym, podczas gdy małżeństwo niechrześcijan pozostało kontraktem naturalnym, choćby nawet posiadało charakter religijny. Wszelki kontrakt małżeński, zgodny z prawem boskiem i kościelnym, zawarty pomiędzy chrześcijanami jest sakramentem. Stąd też, nie można oddzielać sakramentu od kontraktu, czyli, jeżeli kontrakt jest nieważny, tem samem niema sakramentu. Sakrament nie jest tylko jakimś przy-

des canonischen Eherechts, lecz później została przez niego odwołana w Canoniste contemporain (1891) s. 214 n. Teorja ta jest błędna, gdyż, jeżeli jest mowa o małżeństwie *in facto esse*, zlewa z sobą wykonanie prawa z samem prawem, a, jeżeli jest mowa o małżeństwie *in fieri*, zlewa z sobą wykonanie prawa z kontraktem, z którego prawo to wywodzi się. Por. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*.³ Parisiis 1904 t. 1 s. 6 uw. 1; WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* s. 39 uw. 68; ESMEIN-GÉNESTAL, *Le mariage en droit canonique*.² Paris 1929 t. 1 s. 89 n.; DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio*.⁴ Brugis 1927 s. 78—83. Co się tyczy genezy tej teorji, to według Freisena, *Geschichte d. can. Eherechts*² s. 151 n., powstała ona pod wpływem prawa hebrajskiego, a według Esmein-Généstal, tamże t. 1 s. 104 uw. 1, pod wpływem tekstów Pisma św. o unitas carnis.

¹ Ks. BILCZEWSKI, *Małżeństwo w dawnych chrześcijańskich pomnikach*. Kraków 1899 s. 5 n.

² TERTULL., *De monogamia* 9 (Migne, 2, 991).

miotem zewnętrznym, dodanym do umowy małżeńskiej, lecz jest skutkiem immanentnym samej umowy małżeńskiej. Dlatego też, niema żadnych specjalnych warunków do kontraktu-sakramentu, lecz każdy kontrakt małżeński chrześcijan ważnie zawarty jest zarazem sakramentem, gdyż w małżeństwie chrześcijańskim kontrakt i sakrament stanowią jedno i to samo.¹ Możemy więc określić małżeństwo chrześcijańskie jako umowę zawartą pomiędzy mężczyzną i kobietą, mającą na celu wprowadzenie zupełnej wspólności życia i przez Chrystusa wyniesioną do godności rzeczywistego sakramentu Nowego Przymierza.²

Na istotę małżeństwa chrześcijańskiego rzucają pewne światło pomniki epigraficzne z dawnych czasów chrześcijańskich. Pomniki te odnoszą się, bądź do samego aktu zaślubin, bądź do napisów na grobach. Akt zaślubin ilustruje nam frontowy fragment sarkofagu, pochodzącego z pierwszej połowy IV wieku, który znajduje się w willi Albani (dziś Torlonia) w Rzymie. Oblubienicy podają sobie dłonie nad otwartą księgą umieszczoną na pulpicie, a nad nimi unosi się Chrystus, koronujący oblubienicę, a zapewne także oblubienicę, co mieściło się na części odtłuczonej. Księga otwarta przedstawia Pismo św. Jest to zatem aluzja do godności sakramentalnej małżeństwa chrześcijańskiego, do jego jedności i nierozzerwalności podanych jasno w ewangelji. W lewej ręce oblubieniec trzyma kontrakt ślubny jako dowód prawnie zawartego małżeństwa.³ Podobnie akt zaślubin przedstawia płaskorzeźba na sarkofagu Katerwjusza i Seweryny w Tolentino. Oblubieniec w lewej ręce trzyma kontrakt ślubny, a u boku ma oblubienicę w welonie. Nad głowami ich ręka Boża trzyma wieniec wawrzynowy, a po obu jego stronach znajdujemy monogram Chrystusa z literami α ω na znak, że małżeństwo zostało zawarte wedle przepisu i pod

¹ ESMEIN-GÉNESTAL, *Le mariage en droit canonique*² t. 1 s. 89 — 9; SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement et particulièrement de la doctrine augustinienne du mariage*. Paris 1928.

² GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*³ t. 1 s. 25.

³ Ks. BILCZEWSKI, *Małżeństwo w dawnych chrześcijańskich pomnikach* s. 9 — 12. Reprodukację fragmentu tego ogłosił MARUCCHI w monografii *Il matrimonio cristiano*. Roma 1882.

sankcją Chrystusa, a poniżej dwa gołąbki na gałązkach wawrzynu.¹ Następnie, na istotę małżeństwa chrześcijańskiego pewne światło rzucają nagrobki. Kamień, pochodzący z III w., który w katakumbie św. Hermesa przy drodze Salaryjskiej Starej zamykał grób, zawiera aluzję tak do chwili zawarcia małżeństwa jako sakramentu, jak również do szczęśliwego pożycia małżonków pod wpływem łaski sakramentalnej.²

Przez normowanie małżeństwa przez Kościół wytworzył się dualizm w dziedzinie prawa małżeńskiego; powstało podwójne ustawodawstwo: świeckie i kościelne. Pomiedzy ustawodawstwami temi niejednokrotnie powstawały konflikty, które Kościół starał się łagodzić, bądź przez uzgadnianie swego prawa z prawem świeckiem, jeżeli zgadzało się ono z zasadami prawa naturalnego i boskiego, bądź przez wpływanie na władzę świecką, aby uzgadniała prawo swoje z zasadami prawa kanonicznego.³ Nie zdołano jednak przeprowadzić całkowitego uzgodnienia prawa rzymskiego z nauką chrześcijańską.⁴ Stąd też, św. Hieronim mówi: „Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi, aliud Papianus, aliud Paulus noster praecipit”.⁵ Sprzeczności pomiędzy świeckiem prawem małżeńskim, a kościelnem występują szczególnie ostro w odnośnych tytułach w zbiorze, noszącym nazwę *Nomocanon XIV titulorum*. W wiekach następnych pod wpływem Kościoła różnice pomiędzy ustawodawstwami temi zostały uchylone i w ten sposób obydwa prawa małżeńskie zostały uzgodnione.⁶

¹ Ks. BILCZEWSKI, tamże s. 12. Opisy wielu innych pomników podobnych podają: SCHULTE, *Archeologische Studien*. Wien 1880 s. 104 n.; KRAUS, *Real-Encyclop. der christl. Alterthümer*, v. Ehe.

² Por. Ks. BILCZEWSKI, tamże s. 14 n.

³ LAURIN, *Introductio in ius matrimoniale ecclesiasticum*. Vindobonae 1895 s. 265 n.; KÖSTLER, *Die väterliche Ehebewilligung. Eine kirchenrechtliche Untersuchung auf rechtsvergleichender Grundlage*. Stuttgart 1908 s. 69 n.; DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio*⁴ s. 387; SCHNITZER, *Katolisches Ehe-recht*. Leipzig 1918 s. 41 n.

⁴ ZHISHMAN, *Das Ehe-recht d. orient. Kirche* s. 99 n.; FREISEN, *Geschichte d. can. Ehe-rechts* s. 885 n.

⁵ HIERONYMUS, *Ad Oceanum de morte Fabiolae*. Epist. 77, c. 3 (Migne, P. L., 22, 691).

⁶ FAHRNER, *Das Ehe-recht im neuen kirchlichen Gesetzbuch*. Strassburg 1918 s. 92—95.

Kościół jednak w pierwszych wiekach nie posiadał jeszcze specjalnych zbiorów prawa małżeńskiego, lecz poszczególne przepisy zawierały się pomiędzy innemi kanonami kościelnymi. Najdawniejszy zbiór specjalny prawa małżeńskiego zawiera dzieło p. t. „*Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*”, które powstało przy końcu IV wieku lub na początku V. Dzieło to jest porównawczem zestawieniem prawa mojżeszowego i rzymskiego, a jego myślą przewodnią jest wykazanie, że postanowienia rzymskie znajdują się w prawie mojżeszowym. Prawo mojżeszowe jest brane z Pentateuchu, a prawo rzymskie z pism prawników rzymskich i z konstytucyj cesarskich. Pierwsze trzy tytuły zbioru tego mówią o piątym przykazaniu dekalogu, a następne trzy (4—6) są poświęcone przykazaniu szóstemu: *de adulteriis*, *de stupratoribus* i *de incestis nuptiis*. W tytule *de incestis nuptiis* jest mowa o pokrewieństwie, powinowactwie i adopcji jako przeszkodach do zawarcia małżeństwa.¹ W wieku IX ze zbioru tego korzysta Hinkmar z Reims i nazywa go *primus liber legis Romanae*.²

Wpływ chrześcijaństwa na istotę małżeństwa był wielki. Spowodował on, że małżeństwo w pojęciu chrześcijańskim nie jest tylko stosunkiem, który trwa w miarę istnienia *maritalis affectio*, lecz jest aktem, zapomocą którego dwie osoby łączą się węzłem małżeńskim na całe życie. Zasada *consensus facit nuptias* nie oznacza już pewnego stanu przyzwolenia, stanowiącego istotę trwałą życia małżeńskiego, ale przyzwolenie początkowe, tworzące stan prawny niezależny w swym bycie od trwania samej zgody. W ten sposób wytworzyło się pojęcie

¹ Autorem zbioru tego jest nieznany nam pisarz chrześcijański. I tak, HUSCHKE w Zeitschr. f. gesch. R. W. t. 13 s. 24, sądzi, że był nim Rufinus z Akwilei; RUDORFF w Abhandlungen der Berliner Akad. d. Wiss. (1868) s. 265, że był nim św. Ambroży, biskup medjolański; CONRAT w Hermes t. 35 s. 344, że był św. Hieronim. VOLTERRA, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* w Memorie della R. Accad. nazionale dei Lincei, classe di sc. morali, stor. e filolog., Serie VI, t. 3, fasc. 1 (1930), jest zdania, że zbiór ten powstał w IV w. i autorem jego jest Żyd, który ma na celu obronę prawa mojżeszowego przeciwko chrześcijaństwu.

² SCHRÖRS, *Hinkmar Erzbischof Rheims*. Freiburg 1884 s. 411 uw. 110.

mistyczne węzła małżeńskiego i co zatem idzie jego charakter nierozzerwalny. W pojęciu pogańskim małżeństwo rozwiązuje się, jeżeli przestaje istnieć *affectio*, w pojęciu chrześcijańskim jest ono stosunkiem stałym, łączącym dwie osoby na całe życie zapomocą wzajemnej umowy. Trwałość małżeństwa, według pojęć chrześcijańskich, jest niezależna od pierwiastka woli, *affectio maritalis*, podczas gdy trwałość jego w świetle pojęć pogańskich była w całości zależna od istnienia tego pierwiastka. Stąd też, jeżeli w dawnym prawie zakaz wstępowania w związki małżeńskie — *maneant sine coniuge* — oznaczał karę lub radę, obecnie oznacza logiczne następstwo trwania stanu małżeńskiego. Jeżeli zaś małżonkowie dla pewnych przyczyn słuszych rozłączają się, daje to początek nowej instytucji prawa małżeńskiego, zwanej *separatio quoad thorum et mensam*.¹ Następnie, małżeństwo nie jest tylko zwykłym stanem faktycznym, pociągającym za sobą pewne skutki prawne, jak to miało miejsce w prawie klasycznym, lecz stało się stanem prawnym.² Stąd też, małżeństwo — owa *viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens* — może trwać przynajmniej w skutkach swych także bez *affectio maritalis*. Kościół, patrząc na małżeństwo jako na sakrament, zrywa z charakterem faktycznym małżeństwa. Wobec tego niewola lub zaginięcie małżonka nie mogą spowodować rozwiązania małżeństwa; małżeństwo rozwiązuje się tylko przez śmierć współmałżonka.³ Pod wpływem nauki chrześcijańskiej małżeństwo z instytucji podobnej do posiadania stało się kontraktem, do którego zawarcia *consensus* był konieczny, ale którego dalsze istnienie stało się już niezależnem od trwania tej zgody.⁴

¹ FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 870 n.; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 268 n.; tenże, *Storia di dir. rom.*² s. 540; ARANGO-RUIZ, *Corso di istituzioni* t. 1 s. 204.

² PACCHIONI, *Corso di diritto romano* t. 1 s. 630.

³ AUGUSTINUS, *De coniug. adulter.* 2, 9; 2, 13; 2, 20 (Migne, 40, 476. 479. 486); INNOCENTIUS I, *Epist.* 36 (Migne, 20, 602—3); ZENO, *Tract.* 1, 5, 5 (Migne, 11, 305).

⁴ FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 870; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 268; WOLTER, *Prawo familijne w łac. liter. niepraw.* IV—VII w. po Chr. s. 116 n.

Rzymianie wysuwają różne cele małżeństwa: fizyczny, polegający na krzewieniu potomstwa, moralny — na miłości wzajemnej i wierności małżeńskiej, społeczny — na podtrzymywaniu i wzroście społeczeństwa i wreszcie religijny — na podtrzymywaniu kultu religijnego. Chrześcijaństwo wysunęło podobne cele, które zostały sprecyzowane przez św. Augustyna w sławnym jego *triplex bonum coniugii: bonum proles, fidelitatis i sacramenti*.¹ Dobro pierwsze, według niego, polega na rozmnażaniu i wychowywaniu potomstwa, drugie na wzajemnym i wyłącznym prawie do ciała współmałżonka, trzecie zaś, będące właściwością charakteru sakramentalnego małżeństwa chrześcijańskiego, polega na nierozzerwalności węzła małżeńskiego.² Rozpatrzmy powyższe cele małżeństwa rzymskiego nieco bliżej.

Celem pierwszorzędnym małżeństwa u Rzymian jest krzewienie potomstwa.³ Wprawdzie żadna z rozpatrywanych definicji małżeństwa wyraźnie o tym celu nie wspomina, nie wynika z tego jednak, że Rzymianie krzewienia potomstwa nie uważali za cel pierwszorzędny małżeństwa. Mommsen powiada, że Rzymianie mieli głęboko zakorzenione przekonanie, że ugruntowanie rodziny i krzewienie potomstwa jest moralną koniecznością i obowiązkiem obywatela rzymskiego.⁴ W starożytności był nawet zwyczaj przysięgania wobec cenzorów, że żonę pojmuje się dla krzewienia potomstwa — „uxorem se liberum quaerundum gratia habiturum”.⁵ Ten sam cel podkreśla również Warro, gramatyk rzymski, gdy mówi, że pojąć żonę w celu krzewienia potomstwa

¹ AUGUSTINUS w c. 10 C. 27 q. 2. Por. SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement et plus particulièrement de la doctrine augustinienne du mariage* s. 84 n.

² O. WORONIECKI, *Ogólne podstawy filozoficzne i teologiczne chrześcijańskiej nauki o małżeństwie* w pracy zbiorowej „Małżeństwo w świetle nauki katolickiej”. Lublin 1928 s. 50 n.

³ W najdawniejszym ustroju patryarchalnym małżeństwo było uważane jako środek do krzewienia potomstwa por. EURIP., *Madea*, v. 573—5; IPPOLIT., v. 619—24; SOPH., *Oed.*, v. 270—1.

⁴ MOMMSEN, *Historja rzymska*. Tłum. Dziekoński.² Warszawa 1880 t. 1 s. 48.

⁵ GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 3, 2; 17, 21, 44.

jest rzeczą świętą — „uxorem liberum quaerendorum causa ducere religiosum est”.¹ O tymże pierwszorzędnym celu małżeństwa wspomina także cały szereg rzymskich pisarzy² i poetów.³ O krzewieniu potomstwa, jako o celu pierwszorzędnym małżeństwa, mówią niejednokrotnie również prawnicy rzymscy. I tak, Callistratus mówi: „parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt”.⁴ To samo potwierdzają słowa Ulpjana: „Testatione interposita, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit”.⁵ Podobnie mówi cesarz Probus.⁶

Obok celu fizycznego małżeństwa, który występuje na plan pierwszy, prawnicy i inni pisarze rzymscy wspominają jeszcze o innych jego celach. Przedewszystkiem podkreślają wyraźnie cel moralny małżeństwa, polegający na miłości wzajemnej i wierności małżeńskiej.⁷ W małżeństwie i wierności małżeńskiej dopatrywano się czegoś świętego — „coniugii fides sacrata, coniugii nomen sacrum”.⁸ Kobieta, która wstąpiła w związek małżeński, powinna poświęcić się całkowicie swemu mężowi i iść razem z nim przez życie.⁹ Obowiązek wiary małżeńskiej dotyczył nie tylko żony, lecz także męża.¹⁰ Wspólność życia domagała się, aby małżonkowie towarzyszyli sobie przez życie we wszystkich sprawach, tak pomyslnych, jak również niepomyslnych.¹¹ Tacyt nazywa małżeństwo „consortia rerum secundarum adversarumque”.¹²

¹ U MACROB., *Saturn.* 1, 16, 18.

² TACITUS, *Annales* 11, 27; SÜETONIUS, *Caesar* 52; VALERIUS MAXIMUS 7, 7, 4; CICERO, *De finibus* 3, 20, 68.

³ ENNIUS u Festusa, v. quaeso; PLAUTUS, *Captivi* 4, 2, 109; *Aul.* 2, 1, 25.

⁴ D. 50, 16, 220, 3.

⁵ ULP., *Reg.* 3, 3.

⁶ C. 5, 4, 9.

⁷ PLAUTUS, *Cistell.* 1, 1, 81; *Stich.* 1, 2, 43—4; Paul., D. 24, 1, 28, 2.

⁸ DION. 2, 25, 1; 2, 27; SENECA, *Trag. Agam.* 80, 155.

⁹ PLAUTUS, *Cistell.* 1, 1, 80 n.

¹⁰ CATULLUS 61, 143 n.; MARTIALIS 12, 96.

¹¹ TACITUS, *Annales* 12, 5; PLUTARCHUS, *Brutus* 13; Ulp., D. 24, 3, 22, 7. C. I. L., VI, 1527; VI, 2, 10230. Por. MOMMSEN, *Zwei Sepulcralreden* w Berl. Ak. Abh. 1863 s. 455 n. = Ges. Schriften t. 1 s. 395 n.

¹² TACITUS, *Annales* 3, 34.

Cel społeczny małżeństwa, polegający na podtrzymaniu i wzroście społeczeństwa, jest również wysuwany przez pisarzy rzymskich. Ciceron mówi, że pierwsza komórka społeczeństwa, to związek małżeński -- „*prima societas in ipso coniugio est*”, a następnie dodaje, że małżeństwo jest „*principium urbis et quasi seminarium rei publicae*”.¹ W rzeczy samej jest ono nasieniem, z którego powstają poszczególne jednostki, tak społeczeństwa, jak również państwa. Czynnikiem społecznym małżeństwa w czasach Augusta zajmują się ustawy, które ustanawiają kary za bezżeństwo lub bezpotomność w małżeństwie, a wynagradzają za zawarcie małżeństwa i posiadanie z niego potomstwa. Najpiękniej jednak o tym celu mówi Justynian. We wstępie do Noweli 22, która jest justyniańskim kodeksem prawa małżeńskiego, czytamy, że małżeństwo jest środkiem do uwiecznienia i odnowienia rodu ludzkiego: „*Si enim matrimonium sic est honestum, ut humano generi videatur immortalitatem artificiose introducere et ex filiorum procreatione renovata genera manent*”.

Ostatnim celem małżeństwa, który podkreślono szczególnie w dawnym prawie, było dobro religii, polegające na podtrzymaniu kultu religijnego.² Kult ten przejawiał się zwłaszcza w dwóch formach: w formie kultu ogniska domowego i w formie kultu przodków.³ Rodzina rzymska występuje jako organizm religijny. Posiada swoje własne ognisko domowe, jakby ołtarz rodzinny, gdzie zbiera się cała rodzina i składa bóstwu ofiary.⁴ Głowa rodziny jest zarazem kapłanem, który według własnego obrządku rodzinnego składa ofiary: „*Suo quisque ritu sarcificium faciat*”.⁵ Ofiary domowe należą do ofiar prywatnych, *sacra privata* i powinny odbywać się zawsze bez przerwy, podobnie jak *sacra publica*: „*Sacra privata perpetua manento*”.⁶ Następnie, rodzina

¹ CICERO, *De officiis* 1, 17, 54.

² GASPAROLO, *Ius civile romanum*. Senis 1899 t. 1 s. 44.

³ FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique* s. 138 n.

⁴ HORATIUS, *Sat.* 2, 6, 67 n.: „*Ante Larem proprium vescor vernasque procacis pasco libatis dapibus*”.

⁵ VARRO, *De ling. lat.* 7, 88.

⁶ CICERO, *De legibus* 2, 9.

rzymska przechowuje kult swoich przodków. Według wierzeń rzymskich zmarli przodkowie przechodzą do rzędu bogów i jako takim należy się cześć boska. „*Maiores eos, qui ex hac vita migrassent, in deorum numero esse voluissent*”, głosi Cicero.¹ Obowiązek ten podtrzymania kultu rodzinnego należał do potomstwa, które uważano za rzecz najcenniejszą, jaką rodzina posiadała, gdyż dzięki niemu utrwały się *sacra*.² Kult rodzinny był tak drogi dla społeczeństwa dawnego, że stanowił jedną z największych przeszkód do przyjęcia chrześcijaństwa i Kościół musiał użyć całego wpływu swego, aby usunąć go w rodzinach nawróconych.³

§ 2. Rodzaje małżeństwa.

U Rzymian istnieje kilka rodzajów związków małżeńskich. Przedewszystkiem istnieje właściwe małżeństwo rzymskie, odpowiadające podanym definicjom, które zasadniczo mogli zawierać pomiędzy sobą tylko obywatele rzymscy. Jest to małżeństwo prawne — *matrimonium legitimum*.

Oprócz małżeństwa prawnego Rzymianie posiadają specjalny rodzaj pozamałżeńskiego, t. j. bez *affectio maritalis*, pożycia kobiety z mężczyzną z zamiarem trwałego utrzymania tego pożycia, zwany *concubinatus*. Konkubinaty rzymskie nie da się podciągnąć pod definicję małżeństwa, stanowi jednak związek przez prawo uznany i niekarany, a nawet korzystający z pewnej nieznaczej ochrony prawnej.

Następnie, w państwie rzymskim istnieje małżeństwo dla nieobywateli. Ponieważ nieobywatele mogli kierować się, oprócz prawa swej ojczyzny własnej, jedynie prawem zwanem *ius gentium*, stąd też małżeństwo ich nazywa się *matrimonium iuris gentium*.

¹ CICERO, *De legibus* 2, 22.

² LIVIUS 1, 9.

³ BAUDRILLART, *Moeurs païennes et mœurs chrétiennes*, I serie. La famille dans l'antiquité et aux premiers siècles du christianisme. Paris 1929 s. 37.

Wreszcie, znane są czysto faktyczne związki pomiędzy niewolnikami oraz pomiędzy niewolnikami i osobami wolnymi. Związek taki nazywa się *contubernium*.

Rozpatrzmy te poszczególne rodzaje związków małżeńskich nieco bliżej.

1. MATRIMONIUM LEGITIMUM.

Matrimonium legitimum,¹ zwane inaczej *iustae nuptiae*,² lub *iustum matrimonium*,³ jest to małżeństwo ważne z punktu patrzenia prawa cywilnego, które w zasadzie mogli zawierać pomiędzy sobą tylko obywatele państwa. Ten tylko rodzaj małżeństwa pociągał za sobą całokształt skutków prawnych właściwych małżeństwu rzymskiemu i jedynie on stanowił podstawę dla powstania rodziny rzymskiej. Małżeństwo prawne występuje u Rzymian w dwóch postaciach, bądź jako małżeństwo z władzą męża nad żoną, *matrimonium cum manu*, bądź jako małżeństwo bez władzy męża nad żoną, *matrimonium sine manu*. W rzeczy samej małżeństwo prawne u Rzymian jest zawsze jedno i to samo, zmienia się tylko prawne i faktyczne stanowisko rodzinne żony.

A. *Matrimonium cum manu*.

Pierwotnie Rzymianie znali tylko małżeństwo z władzą męża nad żoną, *matrimonium cum manu*. Charakter prawny małżeństwa *cum manu* przejawiał się w tem, że żona podlegała władzy swego męża, zwanej *manus*.⁴ *Manus* i małżeństwo są w pojęciu

¹ Ulp., D. 1, 5, 24.

² GAIUS 1, 76; CICERO, *De rep* 5, 5.

³ GAIUS 1, 76.

⁴ Wyras *manus* w najdawniejszej terminologii rzymskiej oznaczał wogóle władzę, jaką rzymski *paterfamilias* posiadał w stosunku do wszystkich składników swej rodziny: władzę nad żoną, synem, córką, niewolnikami i rzeszczami. Pod *manus* podpada *domus familiaeque*, *familia pecuniaque*, czyli wszyscy domownicy wolni i niewolni oraz cały majątek, bądź ruchomy, bądź nieruchomy ze służebnościami. *Manus* w dawnym znaczeniu obejmuje sześć różnych instytucyj prawnych z czasów późniejszych: *manus* i *mancipium*, *patria* i *dominica potestas*, prawo własności i służebności. Gdy zczasem powstały

dawnego *ius civile* pojęciami nierozdzielniemi, czyli gdzie jest małżeństwo, tam, jako skutek jego, jest zarazem *manus*; niema zatem małżeństwa bez *manus*, ani *manus* bez małżeństwa.¹

Małżeństwo *cum manu* istniało u Rzymian przez długie wieki: przez cały przeciąg rzeczypospolitej, a także jeszcze w okresie prawników klasycznych, było uważane za małżeństwo, w którem kobieta szczególnie korzystała z godności matrony i której przysługiwało prawo do zaszczytnego miana *materfamilias*.² Spotykamy je w czasach jurysprudencji klasycznej, ponieważ niektóre

specjalne terminy na oznaczenie poszczególnych rodzajów władzy, jak *patria potestas* na oznaczenie władzy nad dziećmi, *dominica potestas* na oznaczenie władzy nad niewolnikami, wówczas wyraz *manus* oznaczał władzę męża nad żoną. Por. VOIGT, *Die XII Tafeln*. Leipzig 1883 t. 2 § 79; ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe*. Stuttgart 1853 s. 28 uw. 96; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* t. 1 s. 74 n.; JHERING, *Geist des röm. Rechts*³ t. 2 s. 162 n.; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*. Bologna 1886 t. 1 s. 45; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 139; LÉCRIVAIN w Daremberg - Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. *manus*; DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*. 1924 s. 105; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 309 n. W literaturze nieprawniczej terminologia ta nie była ustalona. I tak, niekiedy wyraz *manus* oznaczał władzę ojca nad dzieckiem por. LACTANTIUS, *Divin. Instit.* 4, 29 (Migne, 6, 539), to znów władzę pana nad niewolnikiem por. AUGUSTINUS, *Enarr. in Psalm.* 122, 6 (Migne, 37, 1634). SERVIUS, *in Aen.* 11, 476, władzę męża nad żoną określa zapomocą wyrazów „*manus mancipiumque*”. Por. także LABBÉ, *Du mariage romain et de la manus* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 11 (1887) s. 1—20; MATTFR, *De la manus mariti et des sociétés de tous biens entre époux*. Paris 1890; KNIEP, *Gaii Institutiones*. Jena 1911 t. 1 s. 173 n.

¹ OKĘCKI, *Prawo rodzinne u Rzymian* t. 1 s. 16—7; CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego*.² Tłum. Witkowski. Warszawa 1923 s. 305; SOHM, *Instytucje, historia i system rzym. prawa prywatnego*. Tłum. Taubenschlag i Kozubski. Warszawa 1925 s. 502; SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 87—8.

² Wyraz *materfamilias* nie ma znaczenia jednolitego. CICERO, *Topica* 3, 14, nazwę tę przyznaje kobiecie, która zawarła małżeństwo *cum manu*. Według GELLIUSA 18, 6, 9, *materfamilias* to żona „*quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*”. AELIUS MELLISSUS, u Gell. 18, 6, 4, mówi, że *materfamilias* oznacza żonę *in manu*, która została matką niejednokrotnie. Według FESTUSA, v. *materfamiliae*, nazwa *materfamilias* przysługuje żonie *patrisfamilias*, która

wyższe godności kapłańskie mogły obejmować tylko osoby, pochodzące z małżeństwa *cum manu* zawartego w formie *confarreatio*.¹ Fragmenty klasyczne niedawno znalezione na pergaminie i przypisywane Paulusowi wspominają o żonie, która była dla swego męża *sua heres*, a zatem żyła z nim w małżeństwie *cum manu*.² W zbiorze zwanym *Fragmenta Vaticana*, który powstał prawdopodobnie w końcu IV wieku po Ch., spotykamy jeszcze tekst Paulusa, wspominający o *in manum conventio*,³ lecz zapewne wkrótce *manus* wyszła zupełnie z użycia.

Wejście kobiety pod władzę męża nazywało się *conventio in manum mariti*.⁴ Przez *conventio in manum mariti* kobieta wchodziła całkowicie do rodziny swego męża i stawiała się w stosunku do niego oraz członków jego rodziny agnatką. Prawnie wobec swego męża, jeżeli był on *paterfamilias*, otrzymywała stanowisko córki: „In familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat”.⁵ Jeżeli zaś mąż znajdował się jeszcze pod władzą, czyli był *filiusfamilias*, żona podlegała władzy jego ojca i zyskiwała wobec niego stanowisko wnuczki, *neptis loco*: „In nuru quae in manu filii est, quia neptis loco est”.⁶ Lecz, z przytoczonego tekstu

nie jest wdową i posiada dzieci. ULPJAN, D. 1, 6, 4, każdą kobietę *sui iuris* nazywa *materfamilias*; nazwę tę stosuje on, D. 50, 60, 46, 1, również do wszystkich kobiet dobrych obyczajów lub, D. 43, 30, 3, 6, znanej powagi. SERVIUS, in *Aen.* 11, 476 i BOETHIUS, in *Top. Cic.* 2, 3, 14 (Migne, 64, 1071), żonie przyznaje nazwę *materfamilias* tylko wówczas, gdy małżeństwo zostało zawarte w formie koempcji; mowa jest tu zapewne o czasie, kiedy *confarreatio* i *usus* już wyszły z użycia. Według IZYDORA, *Etym.* 9, 7, 13 (Migne, 82, 365), *materfamilias* to żona, która weszła do rodziny męża zapomocą pewnej uroczystości prawnej. Por. w tej sprawie VOIGT, *Die XII Tafeln* t. 2 § 158 uw. 4; ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe* s. 8 n.; BICKEL, *Die Nomenklatur der Materfamilias vor dem Jahre 527 v. Rhein. Museum f. Philologie* t. 65 (1910) s. 578 n.

¹ GAIUS 1, 112; SERVIUS, in *Aen.* 4, 103. 374.

² MEYER, *Neue Iuristen-Fragmente (Paulus) aus einem Berliner Pergamentblatt* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 42 (1921) s. 42 n.

³ *Frag. Vat.* 115.

⁴ GAIUS 1, 111.

⁵ GAIUS 1, 111.

⁶ GAIUS 2, 159; 3, 3; ULP., *Reg.* 22, 14.

zdawałoby się wynikać, że synowa ojca rodziny jest *in manu filii*. Tekst ten jednak mówi o kwestji dziedziczenia, a zatem o czasie, kiedy *paterfamilias* już nie żył, a *filiusfamilias* stał się *sui iuris* i otrzymał *manus* nad żoną swoją. Dokładniej sprawę tę przedstawia Gellius,¹ gdy mówi, że *materfamilias* jest „in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset”. Z tego też względu Nonius Marcellus głosi, że *materfamilias* nazywa się kobieta, która „in familia mancipioque sit patria, etsi in mariti matrimonio esset”.² Zatem mąż jest podmiotem *manus* tylko wówczas, gdy jest *sui iuris*, jeżeli zaś jest *alieni iuris*, podmiotem *manus* jest ta osoba, która sprawuje władzę nad mężem.³

Ponieważ żona *cum manu* wchodziła do rodziny swego męża na warunkach córki, stąd też podobne uprawnienia, jakie przysługiwały ojcu w stosunku do swych dzieci na podstawie *patria potestas*, przysługiwały mu także w stosunku do żony na podstawie *manus*. Wprawdzie inny wyraz służył na oznaczenie władzy mężowskiej, niż władzy ojcowskiej: pierwsza nazywała się *manus mariti*, a druga *patria potestas*, w treści swej pomiędzy władzami temi nie było istotnej różnicy. Ze względu na władzę mężowską obowiązuje w stosunku do niej prawo dziecka, tak w dziedzinie stosunków osobistych, jak również majątkowych.⁴ Podpada ona władzy dyscyplinarnej swego męża narówni z dziećmi, który może ją nawet w pewnych wypadkach zabić lub sprzedać w niewolę. Uprawnienia męża w stosunku do żony w małżeństwie *cum manu* stanowiły, jak powiada Gaius, prawo właściwe obywateli rzymskich — *ius proprium civium Romanorum*.⁵ Bezwątpienia

¹ GELLIVS, *Noctes Atticae* 18, 6, 9.

² NON. MARCELLVS, v. matremfamilias.

³ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 50; WRÓBLEWSKI, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*. Kraków 1916 s. 270—1; CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego*² s. 310 uw. 1, jest zdania, że podmiotem *manus* był małżonek — *filiusfamilias*, dopóki jednak był on *filiusfamilias*, prawa objęte pojęciem *manus* przysługiwały jego ojcu. Podobnie sądzi GIRARD, *Manuel*⁶ s. 168 uw. 4.

⁴ GAIUS 1, 115 b; 3, 14.

⁵ GAIUS 1, 108.

stanowisko jej, jako żony i matki, nie miało wpłynęło na stopniowe wyodrębnienie i odmienne traktowanie jej stanowiska prawnego, wobec czego uchodziła ona raczej za osobę stojącą obok męża, aniżeli pod jego władzą.¹

Żona *cum manu*, z chwilą wejścia do rodziny męża, zrywa wszelkie węzły agnacyjne, łączące ją z rodziną poprzednią, a nabywa je w rodzinie swego męża. Przez dostanie się pod *manus* męża kobieta ulegała *capitis deminutio minima*,² przez co wychodziła z pod władzy swego dawnego ojca rodziny,³ a jeżeli była *sui iuris*, zrzekała się swej własnej rodziny i wychodziła z pod opieki swego prawnego opiekuna.⁴ W ten sposób dla swej rodziny dawnej stawała się osobą zupełnie obcą, *persona extranea*.

W stosunku do swych dzieci żona *in manu* posiada stanowisko prawne siostry, *sororis loco*. Gajus mówi: „Sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca, quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est”.⁵ Ponieważ podlega ona wraz z dziećmi tej samej władzy głowy domu, stąd też w domu swego męża pod względem prawnym jest traktowana w stosunku do swych dzieci na warunkach siostry. Zatem żonę *cum manu* w stosunku do swych dzieci obowiązują prawa rodzeństwa. Władzę zwierzchnią w rodzinie agnacyjnej wykonywuje tylko ojciec rodziny; zwierzchniej władzy macierzyńskiej rodzina agnacyjna nie zna.

¹ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 39 n.

² GAIUS 1, 162; 3, 82—4; 4, 38; ULP., *Reg.* 11, 13: „Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur; quod fit adoptione et in manum conventionem”. Wprawdzie Gajus wspomina tylko o *coemptio* jako przyczynie powstania *capitis deminutio minima*, niema jednak podstawy do wyłączenia *confarreatio*, która wówczas miała zastosowanie tylko odnośnie do *flaminów* i nie pociągała żadnych skutków prawnych; *usus* w tym czasie już wyszedł z użycia.

³ GAIUS 1, 135: „parentis potestate liberatur”.

⁴ SERVIUS, *in Aen.* 2, 156: „Consuetudo apud antiquos fuit, ut in familiam vel gentem transiret prius se abdicaret ab ea, in qua fuerat, et sic ab alia reciperetur”.

⁵ GAIUS 3, 14; *Coll.* 16, 2, 14.

B. *Matrimonium sine manu.*

W epoce ustawy XII tablic, obok pierwotypu małżeństwa rzymskiego — *matrimonium cum manu*, istnieje małżeństwo bez władzy męża nad żoną, czyli małżeństwo wolne, *matrimonium sine manu*.¹ Przypuszczać można, że początkowo powstało ono w drodze zwyczaju, a później zostało uznane za *iustum matrimonium*, czyli za małżeństwo, pociągające za sobą skutki prawne.²

Co się tyczy genezy małżeństwa *sine manu*, wśród uczonych niema jednoznaczności. Jedni z nich twierdzą, że powstało ono najpierw pomiędzy patrycjuszami i plebejuszami, zanim ci ostatni otrzymali *ius conubii*.³ Drudzy są zdania, że małżeństwo *sine manu* jest wynikiem pewnej degeneracji małżeństwa *cum manu*, które było właściwą instytucją małżeństwa rzymskiego.⁴ Inni jeszcze dowodzą, że małżeństwo bez *manus* już w najdawniejszych czasach odpowiadało rzymskiemu pojęciu małżeństwa.⁵ Przy końcu rzeczypospolitej małżeństwo bez *manus*, jako swobodny związek mężczyzny i kobiety oparty na wzajemnem nieformalnem przyzwoleniu i niepowodujący przejścia żony pod władzę męża, stało się już panującym, a po wyjściu z użycia małżeństwa *cum manu* stało się jedynym rodzajem małżeństwa prawnego.⁶

¹ GAIUS 1, 111; SOHM, *Instytucje, historia i system rz. pr. pryw.* s. 498; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 192.

² BERNHÖFT w *Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft* t. 8 (1888) s. 197 n.; CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego* s. 306; POKROWSKI, *Historja prawa rzymskiego*. Tłum. Ks. Insadowski. Lublin 1928 t. 2 s. 199. KARŁOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* t. 2 s. 168, jest zdania, że uznanie małżeństwa *sine manu* za *iustum matrimonium* zapewne zostało dokonane w drodze ustawy, co miało miejsce prawdopodobnie w czasie pierwszej wojny kartagińskiej.

³ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 53 n.

⁴ ESMEIN, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain* w *Rev. gén. de droit* t. 7 (1883) = *Mélanges d'histoire de droit et de critique*. Paris 1896 s. 3 n.

⁵ LABBÉ, *Du mariage romain et de la manus* w *Nouv. revue hist. de droit fr. et étr.* t. 11 (1887) s. 1 n.

⁶ DESFORGES, *Étude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*. Paris 1912 s. 27—36.

Fakt uznania małżeństwa bez *manus* stanowi bardzo ważny moment w historii małżeństwa rzymskiego. „Był to pierwszy otwór wybity w ścianie starorzymskiej patryjarchalnej rodziny: jeżeli poprzednio *paterfamilias* zasłaniał swoją osobą wszystkich członków rodziny, nad którymi panował w sposób prawnie nieograniczony, to obecnie przy małżeństwie *sine manu* żona wyszła z tej patryjarchalnej władzy i stała się osobą samoistną i równorzędną z mężem”.¹ Uznanie małżeństwa tego wpłynęło ogromnie na rozwój stosunków rodzinnych. O ile w małżeństwie *cum manu* stosunki rodzinne posiadały jedynie charakter rzeczowy — *manus* bowiem zasadniczo równa się *dominium* — o tyle w małżeństwie *sine manu* powstały po raz pierwszy stosunki o charakterze rodzinnym. Wprowadzenie małżeństwa bez *manus* uczyniło olbrzymi skok historyczny i na czas długi wyprzedziło inne narody w rozwoju stosunków małżeńskich. Wszędzie rozwój stosunków małżeńskich rozpoczynał się od patryjarchalnego ustroju rodziny i dopiero stopniowo wzrastały prawa żony. Wszędzie idea prawa w stosunku do żony zamienia się na ideę opieki nad nią, a ta znowu na naczelne kierownictwo męża w sprawach ogólnorodzinnych. Prawo rzymskie stworzyło odrazu małżeństwo, w którym znikło wszelkie prawo męża nad żoną, jak również opieka nad nią. Małżonkowie pozostają względem siebie równi i niezależni.²

Ustawa XII tablic, chociaż traktuje *manus* jako następstwo zwykłe małżeństwa, nie uważa jej już za rzecz konieczną i podaje nawet sposób uniknięcia *manus*. Gajus tak o tem mówi: „Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni (usum) interromperet”.³ Zatem, według ustawy XII tablic, żona może zapobiec powstaniu *manus* przez coroczne opuszczenie domu swego męża na przeciąg trzech po sobie następujących nocy, *usurpatio trinoctii*. Rozumie się, że ustawa XII tablic, wprowadzając instytucję *usurpatio trinoctii*, nie miała na celu rzeczywistego zerwania współżycia małżeń-

¹ POKROWSKI, *Historja prawa rzymskiego* t. 2 s. 200.

² POKROWSKI, *tamże* t. 2 s. 206.

³ GAJUS 1, 111; GELLIUS, *Noctes Atticae* 3, 2; MACROBIUS, *Saturnalia* 1, 3, 9.

skiego, lecz tylko niedopuszczenie do powstania *manus mariti*. Pożycie małżeńskie przerywano tylko pozornie, aby wykluczyć wytworzenie się *manus mariti*. Po przepędzeniu trzech nocy poza domem męża, żona znów wracała do niego i nadal kontynuowała wspólne pożycie.

W małżeństwie bez *manus* stanowisko prawne kobiety pozostaje takim samym, jakim było przed zawarciem małżeństwa. Stąd też, jeżeli przed wejściem w związek małżeński była ona *filiafamilias*, to pozostawała nadal *in patria potestate* swego ojca i tam korzystała ze wszelkich praw agnacyjnych i spadkowych, a jeżeli była *sui iuris*, to zachowywała ten charakter również po wyjściu z domu, czyli małżeństwo w wypadku tym nie powodowało żadnej zmiany, ani w jej zdolności nabywania i zobowiązywania się, ani w jej stosunku do majątku, jaki posiadała. Tworzy ona swoją własną rodzinę, której jest głową i która kończy się na niej, co Ulpjan tak wyraża: „Mulier autem familiae suae et caput et finis est”.¹ Małżeństwo wolne nie jest jednak w zupełności pozbawione „władzy mężowskiej”. Władza ta przejawia się przede wszystkim w prawie męża do wspólnego pożycia. Stąd też, jeżeli ktoś trzeci zatrzymuje żonę, mężowi przysługuje przeciw niemu *interdictum de uxore exhibenda et ducenda*. Następnie, wspólność życia rodzinnego i jedność spraw rodzinnych domagała się w razie rozbieżności zdań pomiędzy małżonkami przyznania pewnego znaczenia decydującego mężowi. Przewaga ta męża w sprawach rodzinnych daleko jednak była od prawa nad osobowością żony. „Władza mężowska” nie jest już, jak przy małżeństwie *cum manu*, odbiciem władzy ojcowskiej. Ponieważ małżeństwo nie uwalniało kobiety od poprzedniej władzy ojcowskiej, stąd też ojciec mógł żądać wydania jej zapomocą interdyktu *de liberis exhibendis et ducendis* nawet od męża. Lecz, w prawie poklasycznym przyznano mężowi *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda* przeciwko każdej osobie, która żonę zatrzymywała, a nawet przeciwko jej ojcu.² Zatem małżeństwo *sine manu* stwarza,

¹ D. 50, 16, 195, 5.

² Hermog., D. 43, 30, 2. SOHM, *Instytucje, historia i system rz. pr. prywat.* s. 504.

podobnie jak małżeństwo *cum manu*, rodzinę, która jest w całości rodziną męża. Różnica zachodzi jedynie w tem, że w małżeństwie bez *manus* żona pod względem prawnym jest w rodzinie osobą zupełnie obcą, *persona extranea*, podczas gdy w małżeństwie z *manus* jest członkiem rodziny, lecz na warunkach córki.

W małżeństwie *sine manu* ma zastosowanie system równouprawnienia małżonków. Żona prawnie nie jest poddana władzy domowej i ojcowskiej swego męża, lecz w stosunku do niego zajmuje stanowisko zupełnie równorzędne jako osoba wolna i niezależna. W miejsce pierwiastka podporządkowania występuje tu pierwiastek równorzędności. Żona nie wchodzi do rodziny męża, nie jest wobec niego ani wobec swych dzieci agnatką, a przez to nie nabywa *iure civili* żadnych praw do dziedziczenia ustawowego po mężu i członkach jego rodziny; ze swemi dziećmi łączą ją jedynie kognacja. W małżeństwie tem żona prawnie pozostaje poza rodziną swego męża, dzieci jej jednak należą do rodziny męża i podlegają jego władzy — *patria potestas*. Mimo to w stosunku do swego męża nie jest konkubiną, lecz małżonką, nie przysługuje jej jednak zaszczytna nazwa *materfamilias*, a tylko *uxor*. To nienaturalne stanowisko żony poza rodziną męża stanowi ujemną stronę rzymskiego prawa małżeńskiego.

W małżeństwie wolnem *manus* i *matrimonium* nie są już pojęciami nierozdzielniemi, lecz stanowią dwie rzeczy zupełnie odrębne, z których jedna może istnieć bez drugiej: *manus* może istnieć bez małżeństwa, podobnie jak małżeństwo bez *manus*.¹ *Manus mariti* przestała już być warunkiem koniecznym *iusti matrimonii*. Od tego czasu *matrimonium legitimum* i *matrimonium cum manu* nie są już synonimami.

Iustae nuptiae występują w dwojakiej postaci: rygorystycznej i wolnej, zależnie od tego, czy małżeństwo zostało zawarte z *conventio in manum*, czy bez niej. Cycero dwoistość tę małżeństwa rzymskiego wyraża w sposób następujący: „Genus enim est uxor; eius duae formae, una matrum familias eae sunt, quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur”.²

¹ CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego* s. 305 n.

² CICERO, *Top.* 3, 14.

Małżeństwo *cum manu* miało miejsce wówczas, gdy zostało zawarte według dawnych form: *confarreatio*, *coemptio* lub *usus*, jeżeli zaś formy te nie były zastosowane, powstawało małżeństwo *sine manu*. Jedność i wspólność rodzinna, która wynikała z małżeństwa *cum manu* i obejmowała ojca, matkę i dzieci, wynikała także z małżeństwa *sine manu*, lecz obejmowała tylko ojca i dzieci; matka do nich już nie należała. Z tego wynika, że rodzina utworzona na podstawie małżeństwa *sine manu* jest jakby jeszcze więcej jednostronną i ojcowską, niż rodzina powstała z małżeństwa *cum manu*. *Manus*, niegdyś podstawa rzymskiego prawa małżeńskiego, stała się zbędnym dodatkiem małżeństwa.

2. CONCUBINATUS.

W czasach Augusta powstaje specjalny rodzaj pozamałżeń-
skiego, t. j. bez *affectio maritalis*, pożycia kobiety z mężczyzną
z zamiarem trwałego utrzymania tego pożycia, zwany *concubi-*
natus.¹ Konkubinatus od małżeństwa różni się jedynie in-
tencją, która jest inna przy zawarciu małżeństwa, niż przy
zawarciu konkubinatu.² Paulus wyraźnie mówi, że różnicy po-
między konkubiną, a małżonką należy dopatrywać się tylko
w pierwiastku intencji: „*Concubinam ex sola animi destinatione*

¹ GIRARD, *Le concubinat en droit romain* w *Journal des Savants* r. 1880 s. 176—89; LE DEUFF, *Droit romain: Du concubinatus*. Rennes 1893; D'HAUCOUR, *L'évolution historique du concubinat romain* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 18 (1894) s. 703—45; MEYER, *Der römische Konkubinat*. Leipzig 1895; COSTA, *Il concubinato in Roma* w *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* r. 11 (1898); CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea* w *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* r. 26 (1914) = *Scritti giuridici*. Milano 1923; PLASSARD, *Le concubinat romain sous le haut empire*. Toulouse 1921; BONFANTE, *Note sulla riforma giustiniana del concubinato* w *Studi Perozzi*. Palermo 1925; tenże, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 231—9; PEROZZI, *Istituzioni di dir. rom.*² t. 1 s. 371—9.

² BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 231; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 371; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni* t. 2 s. 218; CUQ, *Manuel des instit. jurid.*² s. 164; ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis* w *Rend. del R. Ist. Lomb. di sc. e lett., serie II* t. 62 (1929) fasc. XVI—XX = *Studi di dir. rom.* t. 1.

aestimari oportet".¹ Papinjan wyraża to w ten sposób, że konkubina nie posiada „*maritalis honor et affectio*”; przytem zaznacza, że w razie trudności ustalenia, czy dane osoby żyją w małżeństwie, czy w konkubinacie, należy zwrócić uwagę na osoby, o które chodzi i na sposób ich życia: „An autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione perpendendum esse”.² Według Ulpjana różnica pomiędzy konkubiną, a małżonką polega na *dignitas* małżonki, której nie posiada konkubina: „Parvi autem refert uxori an concubinae quis leget... sane enim dignitate nihil interest”.³ Nazwa *materfamilias* lub *uxor* konkubinie nie przysługuje, co wyraźnie zaznacza Marcellus⁴ i Ulpjan,⁵ a Masurius Sabinus powiada, że przysługuje jej nazwa *concubina*, która jest nieco zaszczytniejsza od przyjaciółki, *amica*.⁶ Konkubinaty mógł w każdej chwili przerodzić się w małżeństwo *per supervenientem affectionem*, o ile naturalnie zachodziły wszystkie warunki konieczne do zawarcia ważnego małżeństwa.

Dawne prawo rzymskie nie uznawało żadnych stosunków płciowych poza małżeństwem. Kobieta, która żyła z jakimś mężczyzną lub utrzymywała stosunki płciowe z mężczyzną już żonatym, nazywała się *paelex* i była karana.⁷ Ustawa przypisywana Numie Pompiljuszowi zabraniała jej dotykać się ołtarza Junony za karę naruszania małżeństwa, tej świętej instytucji bogini: „*Paelex aram Iunonis ne tangito*”. Jeżeli dotknęła się go powinna złożyć na ofiarę jagnię: „*Si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito*”.⁸ Nadto, jak dodaje Aulus Gellius, była uważana za osobę pozbawioną czci obywatelskiej, *probrosaque habita*.⁹ W dalszym rozwoju prawa zaczęto roz-

¹ D. 25, 7, 4; Ulp., D. 24, 1, 3, 1.

² D. 39, 5, 31 pr. Wyraz *affectio* jest dodany w drodze interpolacji por. ALBERTARIO, *Honor matrimonii e affectio maritalis* s. 10—11 (odb).

³ D. 32, 49, 4.

⁴ D. 23, 2, 41, 1.

⁵ D. 48, 5, 14 (13) pr.

⁶ Paul., D. 50, 16, 144.

⁷ GELLIUS, *Noctes Atticae* 4, 3; FESTUS, v. *Paelices*; Paul., D. 50, 16, 144.

⁸ GELLIUS, tamże 4, 3; FESTUS, v. *Paelices*.

⁹ GELLIUS, tamże 4, 3.

różniać wypadki, kiedy kobieta naruszała prawo małżeńskie i obowiązki żony, od wypadków, w których nie miało to miejsca. Wypadki pierwsze oznaczano nazwą *pellicatus*, a drugie *concubinatus*.

Co się tyczy genezy instytucji konkubinatu, to wywodzi się ona z prawa Izraelitów. Prawo to zna konkubinaty już w czasach najdawniejszych. Abraham, według Księgi Rodzaju, posiadał liczne konkubiny.¹ Prawo mojżeszowe nie podaje żadnych przepisów o konkubinacie, istnieje on jednak także w czasach pomojżeszowych. Według tradycji zawartej w Misznah, Talmudzie i Midraszim różnica pomiędzy *iszah* czyli żoną, a *pillegesz* czyli konkubiną polega jedynie na tem, że *pillegesz*, w przeciwieństwie do *iszah*, oznacza kobietę pojętą bez uroczystego ślubu i bez *ketubah* czyli *donatio propter nuptias*.² *Pillegesz* stopniowo zanika, a miejsce ich zastępuje służąca. Związki ze służącą były uważane za małżeństwa.³ Instytucja konkubinatu od Izraelitów przeszła do Grecji, co stało się to prawdopodobnie za pośrednictwem Fenicjan, prowadzących handel z Grekami. Z Grecji przedostała się ona na grunt rzymski.⁴

Instytucja konkubinatu zczasem rozpowszechniła się w całym państwie tak dalece, że nawet cesarze chrześcijańscy nie czuli się w mocy jej usunąć.⁵ Różne przyczyny złożyły się na rozpowszechnienie konkubinatu. Przedewszystkiem sprzyjał jego rozwojowi zakaz zawierania małżeństw pomiędzy niektórymi osobami; konkubinaty powstał głównie pod wpływem reakcji prze-

¹ Genes. XXV, 6.

² FRANKEL, *Grundlinien des mosaisch - talmudischen Eherechts* s. 7; FREISEN, *Geschichte des canonischen Eherechts* s. 46.

³ Frankel, tamże s. 8 n.

⁴ MAYER, *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer*. Leipzig 1866 t. 2 s. 339 n.; ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Geschichte d. griechisch-römischen Rechts*³ s. 56 uw. 1.

⁵ Liczne napisy rzymskie świadczą o długim pożyciu wspólnem w konkubinacie por. C. I. L., VI, 4501; X, 2552; XI, 2, 4225, 5778 i t. d. Niektóre napisy są poświęcone przez rodziców, żyjących w konkubinacie, swym dzieciom: III, 5634; V, 1058; VI, 2321, 6066, 8454, 11184, 11624, 12805 i t. d. Inne są poświęcone przez dzieci swym rodzicom konkubentom: IV, 10880, 14900 i t. d.

ciwko mnożącym się przeszkodom do zawarcia małżeństwa. I tak, ponieważ w czasach dawnych Rzymianie nie mogli zawierać związków małżeńskich z peregrynami, powstały pomiędzy nimi związki stałe i monogamiczne pozamałżeńskie. Następnie, znacznego kontygentu do zawierania konkubinatu dostarczały wyzwolenice, którym prawo nie pozwalało na zawieranie małżeństw z osobami stanu senatorskiego. Pandekty wspominają także o konkubinatach pomiędzy patronami i ich wyzwolenicami, chociaż w wypadkach tych były dozwolone małżeństwa cywilne.¹ Konkubiny pomiędzy patronami i wyzwolenicami posiadały nawet to szczególne znaczenie, że uważano je za zgodne z *boni mores* i traktowano jako pewnego rodzaju małżeństwa, przyczem wyzwolenica zatrzymywała tytuł *matrona* lub *materfamilias*.² Wyzwolenica jednak nie mogła być oskarżona za cudzołóstwo *iure mariti*,³ a tylko *iure extranei*.⁴ Jeżeli wyzwolenica porzuciła swego patrona wbrew jego woli, to traciła *conubium*.⁴ Podobnie kobiety wolnourodzone, które przez złe prowadzenie się utraciły cześć obywatelską i *ius conubii*, były podatnym materiałem do zawierania konkubinatu. Namiestnicy prowincyj posiadają konkubiny, ponieważ prawo zabraniało im poślubiania kobiet prowincjonalnych.⁵ Żołnierze zawierają konkubiny, ponieważ prawo przez długi czas wzbraniało im zawierania małżeństw prawnych. Konkubiny żołnierzy od czasów Septyma Sewera nazywały się *focariae*, a przedtem określano je zapomocą parafraz: *pro uxore, ut uxor*.⁶ Konkubiny zawierali sami cesarze, a nawet tacy wybitni, jak Wespazjan lub Marek Aureljusz po śmierci swych żon żyli w konkubinacie.⁷

Cesarz August, występując przeciwko *adulterium* i *stuprum* i stanowiąc za nie kary, uczynił wyjątek dla tych wypadków,

¹ D. 25, 7; 38, 1, 46.

² Marcellus, D. 23, 2, 41, 1; Ulp., D. 25, 7, 1 pr.; 48, 5, 14 (13) pr.

³ Ulp., D. 48, 5, 14 (13) pr.

⁴ Ulp., D. 25, 7, 1 pr.

⁵ Ulp., D. 25, 7, 1

⁶ LAMPR., *Alex. Sev.* 42. MEYER w *Hermes* t. 32 s. 484 n.

⁷ SUETONIUS, *Vespasianus* 7; CAPITOLINUS, *Marcus Ant.* 29, 10.

w których współżycie nie mogło posiadać charakteru małżeńskiego z powodu przeszkód, nie pozwalających na zawarcie prawnego małżeństwa. Dzięki temu, w przeciwstawieniu do przelotnego związku płciowego, powstał konkubinat jako związek w założeniu swem trwały. Uregulowanie prawne konkubinatu nastąpiło nie w sposób pozytywny, lecz raczej negatywny. Marcjan wyraźnie mówi, że konkubinat wywodzi swą nazwę z ustawy: „Concubinatus per leges nomen assumpsit”.¹ O jakich ustawach jest tu mowa, nie jest rzeczą zupełnie pewną. Przeważa opinia, że chodzi tutaj o *lex Iulia de adulteriis*, która, grożąc karami za związki przeciwne prawu, stanowi, że konkubinat nie jest *stuprum*.² Współżycie tego rodzaju, jeżeli miało miejsce pomiędzy osobami wolnymi i miało na celu utrzymanie trwałego wzajemnego pożycia, było wolne od kary — „*extra legis poenam est*”.³ W ten sposób konkubinat stał się instytucją prawną zupełnie dozwoloną, a dzięki temu zaczęto patrzeć na niego jako na pewien surogat małżeństwa.⁴ Wskutek tego obok małżeństwa rzeczywistego powstało współżycie małżeńskie pośredniego rodzaju, *inaequale coniugium*.⁵ Konkubinatem zajmowały się także liczne konstytucje cesarskie, jak Sewera,⁶ Sewera i Karakalli,⁷ Karakalli,⁸ Aleksandra⁹ i t. d.

Konkubinat mógł mieć miejsce tylko pomiędzy osobami wolnymi. Pomiedzy niewolnikami lub osobami wolnymi

¹ D. 25, 7, 3, 1.

² CORNIL, *Droit romain*. Bruxelles 1921 s. 131.

³ Marcian., D. 25, 7, 3, 1.

⁴ POKROWSKIJ, *Hist. pr. rzym.* t. 2 s. 203; PILLETTE, *Lettre à M. de Rozière sur le concubinat chez les Romains* w *Revue hist. de dr. fr. et étr.* t. 11 (1865) s. 209—47, 321—63, 433—64. Niektórzy uczeni odmawiają uznania prawnego konkubinatu por. GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine* w *Nouvelle revue hist. de dr. fr. et étr.* t. 4 (1880 s. 377—99; 499—26; BRUGI, *Concubinatus* w *Digesto italiano* t. 8 (1892) s. 481—96; CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea* w *Scritti giuridici* t. 1 s. 159 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 376.

⁵ Theod. i Valent. (443), C. 5, 27, 3, 2.

⁶ Ulp., D. 24, 1, 3, 1.

⁷ Papin., D. 34, 9, 16, 1.

⁸ C. 5, 16, 2.

⁹ C. 5, 4, 4.

i niewolnikami może istnieć tylko *contubernium*.¹ Lecz, konkubinat można było zawrzeć tylko z taką kobietą, w stosunku do której nie można popełnić *stuprum*. Ulpjan tak to wyraża: „Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur”.² Do tego rodzaju kobiet należały przede wszystkim na mocy swego stanowiska socjalnego wyzwolenice.³ Następnie, należały do niego kobiety utrzymujące dom publiczny i artystki sceniczne,⁴ a także kobiety cudzołożne,⁵ nierządnice⁶ i kobiety wywodzące się z niskiego pochodzenia — *obscurum loco natae*, jak córki kobiet utrzymujących dom publiczny, artystów scenicznych, gladiatorów i t. p.⁷ Jeżeli kobieta wolnourodzona i dobrego prowadzenia chciała zawrzeć konkubinat, musiała oświadczyć to publicznie w drodze *testatio*, w przeciwnym bowiem razie związek był uważany za *stuprum*.⁸ Do zawarcia, jak również rozwiązania, konkubinatu nie wymagano żadnej formy.

Gdy chrześcijaństwo zapanowało w państwie rzymskim, konkubinat istniał jako instytucja prawna i miał szerokie zastosowanie. Chrześcijaństwo z faktem tym musiało się liczyć. Stąd też,

¹ Niektórzy uczeni są zdania, że konkubiną mogła być również niewolnica. W wypadku tym konkubinat mężczyzny bezżennego z niewolnicą miał duże podobieństwo do *contubernium* por. PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 373 uw. 1. W grecko-egipskim prawie małżeńskim niewolnicy posiadali zdolność zawierania małżeństwa z kobietami wolnymi i odwrotnie kobiety wolne mogły zawierać małżeństwa z niewolnikami i były uważane za małżonki por. TAUBENSCHLAG, *Das Sklavenrecht im Rechte der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 50 (1930) s. 161.

² D. 25, 7, 1, 1.

³ Marc., D. 25, 7, 3 pr.

⁴ Papin., D. 48, 5, 11 (10), 2.

⁵ Ulp., D. 25, 7, 1, 2; Marc., D. 25, 7, 3 pr.

⁶ Ulp., D. 48, 5, 14 (13) pr.

⁷ Marc., D. 25, 7, 3 pr.; Constant., C. 5, 27, 1. CASTELLI, *Il concubinato e la legislazione augustea* w *Bull. dell'Ist. di dir. rom. r.* 26 (1914) s. 55 n. — Scritti giur. t. 1 s. 153, jest zdania, że konkubiny przez cały okres prawa klasycznego rekrutowały się wyłącznie z niewolnic, wyzwolenic i kobiet urodzonych *obscurum loco*.

⁸ Marc., D. 25, 7, 3 pr.

początkowo stosunek jego do konkubinatu rzymskiego nie jest jasno określony. Wytworzyły się w stosunku do niego dwie tendencje wzajemnie sobie przeczące.¹ Jedna tendencja starała się przyrównać konkubinát do małżeństwa, a druga, która ostatecznie przeważyła, okazała się dla konkubinatu wroga i pociągnęła za sobą w prawie kanonicznem wydanie przeciwko niemu szeregu przepisów. Do przedstawicieli kierunku pierwszego należy synod w Toledo (400), który wyraźnie uznaje instytucję konkubinatu. Słowa jego brzmią: „Ceterum qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur; tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae ut ei placuerit sit coniunctione contentus”.² Podobnie wyraża się Izydor, biskup sewilski († 636): „Christiano non dicam plurimas, sed nec duas simul habere licitum est nisi unam tantum, aut uxorem, aut certe loco uxoris (si coniux deest) concubinam”.³ Są to jednak tylko przepisy partykularnej władzy ustawodawczej lub zdania poszczególnych pisarzy kościelnych. Według kierunku drugiego konkubinát rzymski wobec forum kościelnego nie ma żadnego znaczenia i powinien być odrzucony. Św. Ambroży († 397) głosi: „Quidquid in ea, quae non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii crimine damnatur”.⁴ Papież Leon I (440—461) wyraźnie zaznacza, że „aliud est uxor, aliud concubina” i nakazuje porzucenie konkubiny i zawarcie małżeństwa prawnego.⁵

Zczasem konkubinát w znaczeniu prawa rzymskiego, t. j. jako instytucja prawna, wyszedł zupełnie z użycia, a pozostał

¹ ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*. Paris 1891 t. 2 s. 109 n., FREISEN, *Geschichte des can. Eherechts* s. 67 n.

² Conc. Tolet. I, c. 17 (Mansi, 4, 1001) = c. 4 D. 34. DU CANGE, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*, v. concubina, podaje teksty kilku synodów, które tolerowały konkubinát.

³ ISIDORUS w c. 5 D. 34.

⁴ AMBROSIIUS w c. 4 C. 32 q. 4.

⁵ LEO I w c. 12 C. 32 q. 2. Por. także AUGUSTINUS w c. 6 D. 34; tenże, *Sermo* 224, 3 (Migne, P. L., 38, 1094 n.); 392, 2 (Migne, 39, 1710); SIRICIUS, *Epist.* 10 (Migne, 13, 1189); APOLLINARIS SIDON., *Epist.* 9, 6 (Migne, 58, 620).

tylko wyraz *concubinatus*, który oznaczał zwykłą *fornicatio*. Na takim stanowisku stanął Sobór laterański z 1517 r.¹ i Sobór trydencki.²

Stanowisko nieprzychylnie nauki chrześcijańskiej odnośnie do konkubinatu nie pozostało bez wpływu na ustawodawstwo cesarzy chrześcijańskich.³ Wprawdzie cesarze chrześcijańscy przez długi czas uznawali *concubinatus* jako pewien rodzaj małżeństwa i nazywali go *inaequale coniugium*, *legitima coniunctio sine honesta celebratione matrimonii* lub *licita coniunctio*,⁴ lecz powoli zaczęli dążyć do zniesienia go, bądź przez obniżenie stanowiska konkubiny i dzieci z niej zrodzonych, bądź przez ułatwienie przekształcenia go na małżeństwo rzeczywiste: system pierwszy przeważał przed Justynjanem, a drugi u Justynjana.⁵

Co do obniżenia stanowiska konkubiny i dzieci z konkubinatu, zwanych *liberi naturales*, to już pierwszy cesarz chrześcijański Konstantyn W. (336) zabronił czynienia konkubinie i dzieciom naturalnym jakichkolwiek szczodroblewości, a w razie ich skutecznego nakazywał zwrot na korzyść dzieci prawych, rodziców, braci i sióstr zmarłego. Jeżeli zmarły nie posiadał krewnych prawych, to „quidquid talibus filiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit” pod karą *in quadruplum* przechodziło na skarb państwowy.⁶ Cesarz Walentynjan, Walens i Gracjan (371) złagodzili

¹ Conc. Later. V, sess. 11 (Harduin, *Acta conciliorum*. Parisiis 1714 t. 9 s. 1820 n.).

² Conc. Trid., sess. 24, c. 8 de ref. matrim. Por. FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 67 n.

³ TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 84 n.; PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁶ t. 1 s. 546 n.; GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 188; CUQ, *Manuel des instit. jurid.*² s. 165 n., 203; BONFANTE, *Storia del. dir. rom.*² s. 540; tenie, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 233 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 379; MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustiniana* w Studi Senesi t. 38 s. 78 n.

⁴ C. Th. 4, 6, 7; Theod. i Val. (443), C. 5, 27, 3; Iustin. (529), C. 6, 57, 5, 2.

⁵ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 233 n.

⁶ C. Th. 4, 6, 2, 3; C. 5, 27, 1.

ten przepis i pozwolili czynić darowizny oraz rozporządzenia ostatniej woli na korzyść dzieci naturalnych lub konkubiny do wysokości uncji, czyli dwunastej części spadku, jeżeli pozostały dzieci prawe lub rodzice, a do wysokości trzech uncyj, czyli czwartej części spadku, jeżeli nie było dzieci prawych lub rodziców.¹ Arkadiusz i Honorjusz w konstytucji z r. 397 powrócili do postanowienia Konstantyna W.,² lecz później w r. 405 razem z Teodozjuszem II wznowili rozporządzenie Walentynjana, Walensa i Gracjana.³ Teodozjusz II i Walentynjan III w r. 426 pozwolili obdarzać konkubinę i dzieci naturalne tylko do wysokości ósmej części majątku,⁴ a w dwa lata później powrócili znowu do rozporządzenia Walentynjana, Walensa i Gracjana.⁵

Do ułatwienia przekształcenia konkubinatu na małżeństwo rzeczywiste przyczynił się najwięcej cesarz Justynjan przez zniesienie przeszkód do małżeństwa natury socjalnej, które w swoim czasie przyczyniły się do powstania konkubinatu. Według prawa justynjańskiego *mulieres inhonestae* mogły już zawierać małżeństwo prawne, a osoby stanu senatorskiego mogły poślubić wyzwolenice lub wyzwolenców. Z drugiej strony z każdą osobą można było zawrzeć konkubinatu bez narażenia się na przestępstwo *stuprum*. Modestinus głosi: „Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina”.⁶ Tekst Modestyna brzmiał pierwotnie: „Stuprum committit, qui honestam et ingenuam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet”.⁷ Pandekty podają tekst Marcjana, który głosi, że kobieta wolnourodzona i dobrego prowadzenia może żyć w konkubinacie, ale musi oświadczyć wolę swoją publicznie. Brzmi on: „Si honestae vitae et ingenuam mulierem in

¹ C. Th. 4, 6, 4.

² C. Th. 4, 6, 5.

³ C. Th. 4, 6, 6 = C. 5, 27, 2.

⁴ C. Th. 4, 6, 7.

⁵ C. Th. 4, 6, 8.

⁶ D. 48, 5, 35 pr.

⁷ KÜBLER w Zeitschr. d. Sav. - St. t. 13 (1896) s. 361; CASTELLI w *Scritti giuridici* t. 1 s. 144 — 5.

concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur”.¹ Niezachowanie przepisu tego pociągało za sobą przestępstwo zw. *stuprum*. Z tego wynika, że w prawie justynjańskim pojęcie konkubinatu zmienia się, mianowicie konkubinatus zbliża się do małżeństwa.

Wymogi do zawarcia konkubinatu były podobne jak do zawarcia małżeństwa. I tak, konkubinatus ma naturę monogamiczną, podobnie jak rzeczywiste małżeństwo i z tego względu wyklucza każdy inny tego rodzaju związek. Paulus tak o tem mówi: „Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest”.² Tę samą zasadę podaje Konstantyn (326)³ i Justynian (531).⁴ Następnie, nie można było posiadać jednocześnie dwóch konkubin.⁵ Jeżeli kobieta żyła w konkubinacie z patronem, później zaczęła żyć z jego synem lub wnukiem, albo odwrotnie, związek tego rodzaju był zakazany i piętnowany jako *nefaria coniunctio*.⁶ Jeżeliby ktoś miał za konkubinę córkę siostry, choćby wyzwolenicę, popełniał *incestum* i podlegał ciężkiej karze.⁷ Konkubina powinna mieć, podobnie jak żona, przynajmniej 12 lat.⁸ Naogół jednak mniej było przeszkód do zawarcia konkubinatu, niż małżeństwa, gdyż jednym z celów konkubinatu było zastąpienie małżeństwa tam, gdzie z powodu przeszkód związek

¹ D. 25, 7, 3 pr. Tekst powyższy z pewnością jest interpolowany por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 236 n.

² PAULUS, *Sent.* 2, 20, 1. Zasada ta nie należy do prawa klasycznego, lecz prawa późniejszego. Por. LAURIA, *Ricerche su Pauli Sententiarum libri* w *Annali di Università Macerata* 6 (1930) s. 33 n.; ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*. Milano 1931 s. 8 (odb.), powstanie jej przypisuje wpływowi chrześcijaństwa.

³ C. 5, 26, 1.

⁴ C. 7, 15, 3, 2.

⁵ Nov. 18, 5; 89, 12, § 4—5. CASTELLI, w *Rend. Ist. Lomb.* t. 47 (1914) s. 368 = *Scritti giur.* t. 1 s. 101 n., mówi o konkubinie dwóch patronów.

⁶ Ulp., D. 25, 7, 1, 3. Tekst jest interpolowany od słów „quia prope nefaria est...” Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 238.

⁷ Ulp., D. 23, 2, 56.

⁸ Ulp., D. 25, 7, 1, 4. Zastrzeżenie „nisi minor annis duodecim sit” jest z pewnością interpolowane. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 238 uw. 3.

małżeński nie mógł być zawarty. Namiestnik prowincji np. mógł mieć za konkubinę mieszkankę swej prowincji, chociaż za żonę nie mógł jej posiadać.¹

Co się tyczy skutków prawnych konkubinatu, konkubinie nie przysługiwała, ani godność, ani tytuł swego męża. Dzieci urodzone w konkubinacie uważano za dzieci pochodzenia nieprawego, stanowisko prawne ich odróżniano jednak od dzieci nieślubnych *spurii, vulgo concepti*.² Ojca dzieci te nie posiadały, podobnie jak *spurii, vulgo concepti*, stąd też władzy ojcowskiej nie podlegały, lecz dzieliły stanowisko prawne matki, do której też należał obowiązek utrzymywania ich.³ Dopiero w prawie justynjańskim otrzymały one prawo do alimentów od obojga rodziców.⁴ Następnie, konkubinie nie przysługiwało prawo dziedziczenia ustawowego po mężu, ani według prawa cywilnego, ani pretorskiego. Prawo to w stopniu ograniczonym zostało jej przyznane dopiero w Nowelach justynjańskich, które głoszą, że konkubina i jej dzieci naturalne korzystają z dziedziczenia ustawowego w wysokości dwóch uncyj, czyli szóstej części spadku, jeżeli nie pozostawiono dzieci prawych.⁵ Podobnie stopniowo zostało jej przyznane pewne ograniczone prawo dziedziczenia testamentowego.⁶ Dalej, konkubentów nie obowiązywał zakaz darowizn *inter virum et uxorem*, nawet gdyby później pomiędzy nimi zostało zawarte małżeństwo prawne.⁷ Stopniowo jednak powstają w tej dziedzinie pewne zakazy. I tak, Antoninus Pius (213) zakazuje żołnierzom czynienia darowizn swym kucharkom, *focariae*.⁸

¹ Paul., D. 25, 7, 5.

² GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine* w Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr. t. 4 (1880) s. 377—99; 409—26; PASCAL, *De la condition de l'enfant naturel en droit romain*. Paris 1889.

³ Ulp., D. 1, 5, 24; 25, 3, 5, 4; Cels., D. 1, 5, 19.

⁴ Nov. 89, c. 12 §§ 4, 6 i c. 13. ZIRNDORFER w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 20 s. 33.

⁵ Nov. 18, 5; 89, 12, § 4.

⁶ Arc. i Hon. (405), C. 5, 27, 2; Iust. (528), C. 5, 27, 8; Nov. 89, 12.

⁷ Papin., D. 39, 5, 31 pr.: „Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit, nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum”.

⁸ C. 5, 16, 2.

Arkadiusz i Honorjusz (405) zabraniają wszystkim obywatelom, posiadającym matkę lub dzieci prawe, obdarowywania konkubiny razem z dziećmi naturalnymi ponad dwunastą część swego majątku — *uncia*, albo samej konkubiny ponad część dwudziestą czwartą — *semiuncia*.¹ Wreszcie, przy konkubinacie nie mógł być ustanowiony posag.²

Późniejsze prawo bizantyńskie zaczyna iść jeszcze więcej po drodze poglądów kościelnych. Cesarz Bazyli Macedończyk rozporządził, że nikomu nie wolno posiadać w swym domu konkubiny, lecz należy ją, albo poślubić, albo z domu wydalic; przepis ten został umieszczony w jego Prochironie.³ Leon Filozof (886—911) zaś wyraźnie orzekł, że pomiędzy celibatem, a małżeństwem niema nic pośredniego i w Noweli „*Ut concubinae habere non liceat*” zabronił bezwzględnie posiadania konkubiny.⁴ Na Zachodzie konkubiną przetrwał do XII wieku i miał zastosowanie u różnych narodów. W dodatku do formuł Markulfa znajduje się formułka, która dowodzi, że w Galji zdolność dziedziczenia dzieci naturalnych była jeszcze większa, niż w prawie rzymskiem i ojciec mógł zapisać im wszystko, jeżeli nie miał innych dzieci.⁵

W następnych wiekach powstały w znacznej części Europy małżeństwa morganatyczne, które posiadają wielką analogję z konkubinatem rzymskim, lecz stanowią one instytucję pochodzenia germańskiego, a nie rzymskiego.⁶

¹ C. 5, 27, 2.

² Iustin. (531—3), C. 5, 3, 20, 2.

³ *Prochir.* IV, 26.

⁴ *Nov.* 91; por. także *Basil.* XXVIII, 4, 13; HARMENOP. IV, 9, 34. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Gesch. d. griech-röm. Rechts* s. 58 n.; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 173 n.

⁵ BALUZE II, 967, cap. 52 (Mansi, 18^b, 967).

⁶ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 68 n.; SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 19 n.; MAYNZ, *Cours de dr. rom.* § 408.

3. MATRIMONIUM IURIS GENTIUM.

Cywilne prawo rzymskie było dostępne tylko dla obywateli państwa, *cives Romani*, stąd też jedynie oni mogli zawierać małżeństwa wedle tego prawa. Lecz, już w czasach Rzeczypospolitej, gdy Rzym stał się ogniskiem wszechświatowego handlu, napłynęła do niego wielka ilość nieobywateli: peregrynów i Latynów. Nieobywatele ci nie posiadali zarówno zdolności prawno-publicznej (*ius suffragii* i *ius honorum*), jak i rzymskiej zdolności prawno-prywatnej (*ius commercii* i *ius conubii*). Wyjątkowo tylko udzielano im tej ostatniej, przyczem trudniej udzielano *ius conubii*, niż *ius commercii*. Zdolność prawna ich opierała się, poza prawem ich własnej ojczyzny, na *ius gentium*, czyli na prawie, opierającym się na rozumie przyrodzonym, którem rządzi się każdy naród: „Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit... quasi quo iure omnes gentes utuntur”.¹ Dlatego też konstytucja Karakalli o obywatelstwie (212 r. po Chr.) miała w dziedzinie prawa małżeńskiego znaczenie zasadnicze, gdyż udzieliła wszystkim mieszkańcom państwa *ius conubii*, czyli zdolności do zawierania małżeństwa rzymskiego. Zanim fakt ten nastąpił nieobywatele nie mogli zawierać małżeństwa według rzymskiego *ius civile*, a tylko według *ius civile* swej własnej ojczyzny lub według *ius gentium*. Stąd też, obok *matrimonium iuris civilis*, czyli *matrimonium iustum*, istnieje w państwie rzymskiem *matrimonium iuris gentium*, czyli *matrimonium iniustum*.²

Do małżeństwa według *ius gentium* należały dawne związki małżeńskie pomiędzy patrycjuszami i plebejuszami, zanim ci ostatni otrzymali *ius conubii*.³ Następnie, należały do nich przez wiele wieków małżeństwa zawierane pomiędzy Rzymianami i peregrynami lub Latynami, a także małżeństwa zawierane wśród peregrynów lub Latynów, nie posiadających *ius conubii*.⁴

¹ GAIUS 1, 1; *Inst.* 1, 2, 1.

² CORBETT, *Matrimonium iuris gentium* w *Law Quarterly Review* t. 44 (1928) s. 305—313; SALOMON, *Du mariage du droit des gens et en général des mariages sans connubium*. Paris 1889.

³ CICERO, *De rep.* 2, 37, 63; LIVIUS 3, 37; 4, 1; DIONYSIUS 10, 60; 11, 28.

⁴ GAIUS 1, 56; ULP., *Reg.* 5, 4.

Stosunki prawne pomiędzy małżonkami w małżeństwie *iuris gentium* układały się w sposób następujący.

Żona stawiała się *uxor iniusta* i uważana była za osobę równorzędną z mężem swoim, a nie za osobę podległą jego władzy. Mężowi nie przysługiwały *iure mariti* środki przeciwko cudzołóstwu żony. Papinjan tak to wyraża: „Civis Romanus, qui (civem Romanam) sine conubio sive peregrinam in matrimonio habuit, iure quidem mariti eam adulteram non postulat”.¹ Oskarżenie jednak mąż mógł wnieść, co Ulpjan tak ujmuje: „Plane sive iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit”.²

Następnie, mąż nie korzystał z prawa posagowego, ponieważ *ius dotium*, jako instytucja *iuris civilis*, odnosiła się tylko do małżeństwa cywilnego.³ Niema posagu bez małżeństwa cywilnego, a nawet niema go w wypadku małżeństwa domniemanego.⁴ W dziedzinie prawa posagowego miało zastosowanie *ius proprium* każdego poszczególnego kraju.

Co się tyczy prawa dziedziczenia, było ono również pomiędzy małżonkami wykluczone, co jasno podaje Ulpjan: „Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet. Ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest: nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest”.⁵ Ze słów tych wynika, że prawo, na mocy którego małżonkowie mogli po sobie dziedziczyć, posiadało charakter ściśle rzymski i odnosiło się tylko do małżeństwa rzymskiego.

Wreszcie, co do dzieci urodzonych w małżeństwie *iuris gentium*, to chociaż posiadały one swego ojca, według maksymy „*pater est quem nuptiae demonstrant*”, dzieliły jednak stanowisko

¹ Papinian. w *Coll.* 4, 5.

² Ulp., D. 48, 5, 14 (13), 1.

³ *Inst.* 1, 10, 12. SALOMON, *Du mariage du droit des gens et en général des mariages sans connubium* s. 241.

⁴ Ulp., D. 23, 3, 3; 23, 3, 21; 43, 9, 1, 3; Paul., D. 23, 3, 20; Modest., D. 23, 3, 26; Iustin. (531—2), C. 5, 3, 20, 2.

⁵ D. 38, 11, 1 pr.

prawne matki. Ulpjan tak to wyraża: „Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur; non interveniente conubio matris conditioni accedunt”.¹ Wyjątek od tego przepisu stanowiła *lex Minicia*, która głosiła, że jeżeli jednym z małżonków będzie *peregrinus*, dziecko będzie zawsze peregrynem. Momentem decydującym w tych wypadkach była chwila nie poczęcia, lecz urodzenia.² *Patria potestas* w stosunku do swych dzieci ojcu nie przysługiwała i co za tem idzie nie istniały żadne węzły agnacyjne.

Iniustum matrimonium stopniowo w miarę rozszerzania się obywatelstwa rzymskiego zaczyna znikać. Z chwilą rozciągnięcia przez cesarza Karakallę praw obywatelstwa rzymskiego na wszystkich mieszkańców państwa straciło ono rację swego bytu. Gdy Justynjan zniósł ostatecznie *latinitem* i *peregrinitatem*, *matrimonium iniustum* przestało zupełnie istnieć poza jedynym wypadkiem, kiedy współmałżonek utracił obywatelstwo—*capitis deminutio media*.³ Poza tym wypadkiem każde małżeństwo ważne zawarte stanowiło *iustum matrimonium*.

4. CONTUBERNIUM.

Chociaż prawo rzymskie głosiło wzniosłą zasadę, że według prawa naturalnego wszyscy ludzie są równi — „Quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt”,⁴ w praktyce jednak odmawiało licznej kategorii ludzi zdolności prawnej. Do kategorii tej należeli przede wszystkim niewolnicy, czyli mieszkańcy państwa pozbawieni *status libertatis*. Pod względem prawnym niewolnik, *servus*, nie znajduje się w żadnym stosunku, ani do społeczeństwa, ani państwa, nie jest podmiotem prawa, lecz przedmiotem,⁵ nie jest osobą, *persona*, lecz rzeczą, *res*.⁶ Stosunek niewolnika do swego pana również nie posiada żadnego znaczenia

¹ ULPIANUS, *Reg.* 5, 8; GAIUS 1, 67. 80.

² GAIUS 1, 56. 67. 80. 89; ULP., *Reg.* 5, 10; D. 1, 5, 19, 24.

³ Ulp., D. 48, 20, 5, 1; Alex. (229), C. 5, 17, 1.

⁴ Paul., D. 50, 17, 32.

⁵ Paul., D. 4, 5, 3, 1; 50, 17, 32.

⁶ GAIUS 2, 13.

prawnego: osobowość niewolnika jest zupełnie pochłonięta przez osobowość pana, który ma całkowitą, niczem nieograniczoną władzę nad swym niewolnikiem. Chociaż życie realne w wielu wypadkach zmusiło prawo rzymskie do odstępstwa od logicznych konsekwencji tej zasady, nie zdołało jednak obalić podstawowej zasady: „*servi res sunt*”.¹

Osobowość naturalna niewolników oraz rozwój stosunków gospodarczych doprowadziły stopniowo do złagodzenia tego poglądu. Różne czynniki na to się złożyły. Do najważniejszych z nich należy wpływ filozofji stoickiej,² a nadewszystko religji chrześcijańskiej, która podniosła ogólny poziom etyczny społeczeństwa i sprawiła, że dawne zapatrywania o niewolnikach uległy zmianie.³ Co się tyczy filozofji stoickiej, to pod jej wpływem prawnicy rzymscy zaczęli przeprowadzać tezę, że niewolnictwo, chociaż istnieje u wszystkich narodów, jest wynikiem prawa pozytywnego i sprzeciwia się zasadom prawa naturalnego. Florentinus głosi: „*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*”.⁴ Cesarze zaczęli wydawać prawa w obronie niewolników przed okrucieństwem panów.⁵ Następstwem tego było inne traktowanie niewolników, niż zwykłych *res*. Uprawnienia pana w stosunku do nich zaczęto rozpatrywać nie jako zwykle prawo własności, *dominium*, lecz jako władzę,

¹ TRINCHERI, *Studi sulla condizione degli schiavi in Roma*. Roma 1888; BUCKLAND, *The roman law of slavery*. Cambridge 1908; CALDERINI, *Liberi e schiavi nel mondo dei papiri*. Milano 1912; BARROW, *Slavery in the Roman empire*. 1930.

² WALLON, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*². Paris 1879 s. 180 n.

³ TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le dr. civ. des Romains* s. 54, 60; BAUDRILLARD, *Moeurs païennes et mœurs chrétiennes*. I. Paris 1929 s. 199 n.; KS. WICHER, *Niewolnictwo w nauce moralnej chrześcijaństwa*. Lwów 1922 s. 19 n.

⁴ D. 1, 5, 4, 1; Tryph., D. 12, 6, 64; Ulp., D. 50, 17, 32; *Inst.* 1, 3, 2. Por. także ISIDORUS, *Etymol.* V, 4 (Migne, 82, 199); GREGORIUS MAG., *Epist.* 6, 12 (Migne, 77, 803 n.).

⁵ GAIUS 1, 52—3; Modest., D. 40, 8, 2; 48, 8, 11, 2; Iustin. (531), C. 7, 6, 1, 3; BOISSIER, *Religion rom.* t. 2 s. 322 n.; GRUPP, *Kulturgeschichte d. röm. Kaiserzeit* t. 1 s. 304 n.

potestas.¹ Prawo klasyczne zaczyna zaliczać niewolników do osób podległych władzy — *personae alieno iuri subiectae*, bronić ich przeciwko nadużywaniu władzy ze strony panów, ułatwiać im zdobycie wolności, a nawet traktować ich w pewnej mierze za podmioty prawa, co miało miejsce szczególnie w prawie sakralnem.²

Niewolnicy nie posiadają ani *commercium*, ani *conubium*, stąd też nie wolno im zawierać związków małżeńskich według zasad prawa rzymskiego. Małżeństwo prawne pomiędzy nimi nie istnieje, lecz tylko związek natury czysto faktycznej, który zwie się *contubernium*. Naturę jego, jako faktycznego zamieszkania wspólnego, tłumaczy sam wyraz *contubernium*, który pochodzi od *cum* = z i *taberna* = chata. Mamy zatem w państwie rzymskim jeszcze jeden rodzaj związku monogamicznego i dozwolonego, mianowicie związki pomiędzy niewolnikami.³

Contubernium stanowi przedewszystkiem związek pomiędzy niewolnikiem i niewolnicą. Do jego zawarcia, oprócz zgody stron, wymagano koniecznie zezwolenia właściciela niewolników; związek zawarty bez zezwolenia właściciela był, bądź nieważny, bądź ulegał rozwiązaniu.⁴ Następnie, *contubernium* ma miejsce pomiędzy niewolnikami i osobami wolnymi. Paulus podaje następującą zasadę: „Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest”.⁵ Prawo rzymskie wogóle nie sprzyjało

¹ KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 101; FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 56; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 143 n.

² Ulp., D. 11, 7, 2 pr.; Marcian., D. 47, 2, 3, 2; Ulp., D. 50, 12, 2, 1. O udziale niewolników w prawie sakralnem por. PERNICE, *Zum römischen Sacralrechte*, I, w *Sitzungsberichte der Akad. der Wissensch. zu Berlin* r. 1885 s. 1173—9; CUQ, *Collèges funéraires* w Daremberg-Saglio, *Dictionnaire des antiquités gr. et rom.* t. 2 s. 1403; BOISSIER, *Religion romaine* t. 2 s. 294, 302 n. Co się dotyczy stanowiska niewolników w lokalnym prawie egipskim por. TAUBENSCHLAG, *Das Sklavenrecht im Rechte der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 50 (1930) s. 147 n. oraz *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w *Studi Bonfante* t. 1 s. 382 n., 404 n., 435.

³ COSTA, *Nozze servili* w *Archivio giuridico* t. 42 s. 3—4.

⁴ Ulp., D. 21, 1, 35.

⁵ PAUL., *Sent.* 2, 19, 6; Const. (319), C. 5, 5, 3.

związkom pomiędzy osobami wolnymi i niewolnikami.¹ *Senatus-consultum Claudianum* (r. 52 po Chr.) stanowi, że jeżeli obywatelka wolnourodzona lub Latynka utrzymuje stosunki z cudzym niewolnikiem i w nich trwa, mimo trzykrotnego upomnienia pana i wbrew jego woli — *invito et denuntiante domino*, na mocy samego faktu staje się niewolnicą tego pana, z którego niewolnikiem utrzymuje stosunki.² Postanowienie to w czasach chrześcijańskich przechodziło różne koleje, aż wreszcie przez Justynjana zostało zupełnie zniesione. I tak, najpierw Konstantyn W. zniósł trzykrotne upomnienie pana: kobieta wolna, która żyła z niewolnikiem cudzym, traciła wolność z samego prawa; wyjątek stanowi jedynie wypadek, kiedy niewolnik będzie *actor* lub *procurator*. Julian Apostata zniósł to rozróżnianie i przywrócił przepis dawny. Po czterech latach Walens powrócił do zasady podanej przez Konstantyna. Arkadiusz w 398 r. przywrócił znowu dawne trzykrotne upomnienie i wznowił postanowienie Juljana Apostaty nieprzychylnie dla Kościoła. Wreszcie, Justynjan zniósł zupełnie ten przepis i jako powód zniesienia podał pobudki natury religijnej — *religio temporum meorum*.³ Podobnie kobiety wolne, które zawierają związek małżeński z osobami *adscripticiae conditionis*, według prawa justynjańskiego, nie tracą wolności.⁴ Niewolnik jednak, jak również *glebae adscriptus*, powinien być odpowiednio ukarany i od takiej kobiety odseparowany.⁵

¹ W prawie grecko-egipskim niewolnik posiada zdolność zawierania małżeństwa. Stąd też, spotykamy tam wypadki, że niewolnik żeni się z kobietą wolną i odwrotnie kobieta wolna wychodzi za niewolnika i jest uważana za małżonkę por. TAUBENSCHLAG, *Das Sklavenrecht im Rechte der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 50 s. 161.

² GAIUS 1, 100; PAUL., *Sent.* 2, 21 a, 6; ULP., *Reg.* 11, 11; TERTULLIANUS, *Ad uxorem* II, 8 (Migne, 1, 1414); por. BECK, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian* s. 95 uw. 1. O konkubinacie kobiet wolnych z niewolnikami w prawie prowincjonalnem por. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 364—72.

³ C. 7, 24; *Inst.* 3, 12, 1. Por. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 370 n., 204 n.; CUQ, *Manuel des institutions jurid. des Romains* s. 9 uw. 3.

⁴ C. 11, 48 (47), 24 pr.

⁵ C. 7, 24, 1; 11, 48 (47), 24, 1.

Naruszenie związku niewolników nie pociągało za sobą przestępstwa *adulterium* lub *stuprum*, ponieważ przestępstwa te mogły mieć miejsce tylko między ludźmi wolnymi.¹ Trwałość związków między niewolnikami nie była niczem zabezpieczona. Pan mógł rozdzielać męża od żony, dzieci od rodziców, sprzedać jednego z małżonków, lub zmusić do zawarcia związku innego.

Chociaż *contubernium* jest związkiem tylko faktycznym, stopniowo na mocy zwyczaju wytworzyła się zasada, że ze związku tego pomiędzy rodzicami i dziećmi oraz pomiędzy dziećmi powstaje pokrewieństwo, *servilis cognatio*. Paulus głosi: „*Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt*”.² Pokrewieństwo to po wyzwoleniu z niewoli stanowi przeszkodę do zawarcia małżeństwa: „*Serviles quoque cognationes impedimento esse nuptiis, si forte pater et filia aut frater et soror manumissi fuerint*”.³ Ta sama zasada obowiązywała także przy powinowactwie. Odnośny tekst opiewa: „*Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est*”.⁴

Chrześcijaństwo przyniosło z sobą ideę wolności i równości wszystkich ludzi wobec Boga.⁵ Św. Paweł w liście do Galatów pisze: „Nie jest Żyd ani Greczyn, nie jest niewolnik ani wolny, nie jest mężczyzna ani kobieta. Albowiem wy jedno jesteście w Chrystusie Jezusie”.⁶ W dalszym ciągu w tymże liście głosi: „A tak bracia, nie jesteśmy synami niewolnicy, ale wolnej, albowiem na wolność wyzwolił nas Chrystus”.⁷ Podobne idee

¹ Papin., D. 48, 5, 6 pr. Umieszczenie przepisu legis Iuliae w kodyfikacji justyniańskiej tłumaczy się wielką mocą dawnej tradycji. Końcowe jednak słowa tekstu w drodze interpolacji uległy zmianie w duchu chrześcijańskim por. EISELE w Archiv. f. die zivil. Praxis t. 79 s. 342.

² D. 23, 2, 14, 2; Pomp., D. 23, 2, 8; Inst. 1, 10, 10.

³ Inst. 1, 10, 10.

⁴ Paul., D. 23, 2, 14, 3.

⁵ W sprawie obrazu niewolnictwa w ewangeljach zob. KS. WICHER, *Niewolnictwo w nauce moralnej chrześcijaństwa* s. 22 — 42.

⁶ Gal. III, 28; I Kor. XII, 13.

⁷ Gal. IV, 31; V, 13. Odnośnie stanowiska Apostołów wobec niewolnictwa zob. KS. WICHER, tamże s. 43—69.

znajdujemy w dziełach Ojców i pisarzy Kościoła.¹ Dzięki chrześcijaństwu zaczęło wzrastać poczucie godności ludzkiej niewolników i zaczęto ich traktować nie jako rzeczy, ale jako ludzi. Pan i niewolnik to osoby równe wobec Boga, którym przysługują te same prawa i te same obowiązki. Idee te znalazły swoje odbicie również w dziedzinie prawa małżeńskiego.

Co się tyczy ustawodawstwa kościelnego odnośnie do małżeństwa niewolników, to już papież Kalikst I (218—222) wprowadza własne kościelne prawo małżeńskie, zezwalając kobietom szlacheckiego rodu zawierać ważne małżeństwa z wyzwolencami, a nawet z niewolnikami, co dało powód Hipolitowi do postawienia zarzutu papieżowi, że prawo małżeńskie wyjął z pod wpływów prawodawstwa świeckiego.² Wprawdzie małżeństwa te nie pociągały za sobą skutków prawnych wobec władzy świeckiej, ale korzystały z sankcji moralnej i pozwalały córkom senatorskim zachować swoje stanowisko społeczne przynajmniej w Kościele.³

¹ CYPRIANUS, *Ad Demetrium* (Migne, P. L., 4, 568—9); LACTANTIUS, *Divin. Instit.*, V, 15 (Migne, P. L., 6, 595—8); CHRYSOSTOMUS, *In Ep. ad Ephes.*, Hom. 22, 6, 2 (Migne, P. G., 62, 156 n.) i *In Ep. 1 ad Cor.*, Hom. 15 (Migne, 61, 121 n.); GREGORIUS NYSS., *In Ecclesiast.*, Hom. IV (Migne, P. G., 44, 663 n.); BASILIUS, *De spiritu sancto*, XX (Migne, P. G., 32, 159 n.); GREGORIUS NAZIAN., *Poemata theolog.*, II, 26 (Migne, P. G., 37, 851 n.); AUGUSTINUS, *De civ. Dei*, XIX (Migne, P. L., 41, 643 n.); AMBROSIUS, *De Jacob et vita beata*, II, 3 (Migne, P. L., 14, 648 n.). SALVIOLI, *Le dottrine dei Padri della Chiesa intorno alla schiavitù* w Riv. ital. per le scienze giur. r. 1900 s. 225 n.; TALAMO, *Il concetto della schiavitù da Aristotele ai dottori scolastici*. Roma 1908; tenże, *La schiavitù secondo i Padri della Chiesa*.² 1927; KS. WICHER, *Niewolnictwo w nauce moralnej chrześcijaństwa* s. 88—129.

² HIPPOLYTUS, *Philosophumena*, IX, c. 12 (Migne, P. G., 16, III, 3380 n.); DÖLLINGER, *Hippolytus und Callistus*. Regensburg 1853 s. 158 n. Przepis ten opiera się na prawie Izraelitów. Wszyscy Izraelici w stosunku do małżeństwa byli równi, stąd też nie tylko niewolnicy hebrajscy mogli zawierać pomiędzy sobą ważne małżeństwa, ale także mogli je zawierać z osobami wolnymi. Równość pomiędzy Izraelitami opierała się na zasadzie, że wszyscy oni przez wyprowadzenie z niewoli egipskiej stali się ludźmi wolnymi i niewolnikami Boga. Por. MAYER, *Die Rechte der Israeliten, Athener u. Römer* t. 2 s. 40 n., 301, 365, 410; FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 282.

³ DE ROSSI, *Bullettino di arch. crist.* r. 1866 s. 19—22; NEUMANN, *Der römische Staat und die allgemeine Kirche bis auf Diokletian*. Leipzig 1890 s. 201.

Jako przykład takiego małżeństwa ważnego przed Bogiem i w obliczu Kościoła, a nieuznawanego przez prawo świeckie, służy epitaf, znaleziony w katakumbie św. Domitylli, pochodzący z pierwszej połowy III w.: „Flabiae Sperandae coiugi sanctissimae incomparabili matri omnium quae bixit mecu annis n. XXVIII m. VIII sene ulla bilae Onesiforus C F coiux benemerenti fecit”.¹ Małżeństwa zawarte pomiędzy niewolnikami w Kościele zawsze były uważane za ważne i nierozzerwalne, chociaż prawo świeckie odmawiało im skutków prawnych.² Do zawarcia małżeństwa przez niewolnika Kościół wymagał jednak zezwolenia pana. Jeżeli niewolnik i niewolnica należeli do różnych panów, wymagano zezwolenia obydwóch panów.³ Wiele przepisów odnośnie do niewolników wydano na różnych synodach partykularnych.⁴

Cesarze chrześcijańscy pod wpływem nauki Chrystusowej zaczynają wydawać prawa odnośnie do niewolników owiane duchem nauki ewangelicznej.⁵ Cesarz Kon-

¹ KS. BILCZEWSKI, *Małżeństwo w dawnych chrześcijańskich pomnikach* s. 21. Litery C. F. oznaczają Clarissima Femina, Onesiforus zaś, nie mający imienia rodowego, był najwidoczniej niewolnikiem albo wyzwolencem. Drugi epitaf podobny podaje DE ROSSI, tamże s. 25.

² LEO I (440—461), *Ad Rusticum Narbon.*, c. 4 = c. 12 C. 32 q. 2; GREGORIUS I (590—604), *Ad Fortunatum Epist.* 1, c. 165 = c. 6 C. 29 q. 2; por. także c. 1 C 29 q. 2.

³ BASILIUS, canon 42, *Epist.* 199 ad Amphil., 2 ep. can. (Migne, 32, 730).

⁴ Zob. KS. WICHER, *Niewolnictwo w nauce moralnej chrześcijaństwa* s. 130 — 147.

⁵ TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 54 n.; GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 101, 122 n.; CUQ., *Manuel des institutions juridiques des Romains*² s. 81; PEROZZI, *Istituzioni di dir. rom.*² t. I s. 196; FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 57 n.; CARUSI w *Studi in onore di Fadda* t. 2 s. 94 n.; GRAY, *Il diritto nel vangelo e l'influenza del cristianesimo sul dir. rom.* s. 52 — 61; BONFANTE, *Storia del dir. rom.*² s. 540; tenże, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 169; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. rom.*² s. 4 n.; RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del dir. rom.* w *Mélanges de dr. rom. dédiés à Cornil* t. 2 s. 262; BAVIERA, *La codificazione giustiniana e il cristianesimo* w *Congresso internaz. di dir. rom. Sunti delle relazioni* s. 67. Poprzednio jednak BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul dir. rom.* w *Mélanges Girard* t. 1 s. 119 n., żadnego wpływu chrześcijaństwa w tej dziedzinie nie uznawał.

stantyn (316) powodowany *religiosa mente* ustanawia nawet specjalny sposób wyzwolenia z niewoli w Kościele, *manumissio in Ecclesia*, który odbywał się przez oświadczenie woli przed biskupem i zebraniem wiernych.¹ Jest to schrystjanizowana forma greckiego wyzwolenia przed zgromadzeniem ludowym: zebranie wiernych występuje tu zamiast zgromadzenia helleńskiego.² Konstancjusz (339 r.) zabronił niechrześcijanom kupować i posiadać chrześcijańskich niewolników; kto postąpił wbrew temu przepisowi, lub niewolnika chrześcijańskiego obrzeżał, był surowo karany, a niewolnik stawał się wolnym.³ Justynjan ogłosił, że niewolnik, otrzymujący święcenia biskupie, przez to samo staje się wolnym, o ile pan jego w ciągu roku nie wniesie sprzeciwu.⁴

Szczególny jednak wpływ chrześcijaństwo wywarło na małżeństwo niewolników, które zaczęto uważać za związek naturalny o tym samym charakterze co i małżeństwo ludzi wolnych. Małżonkowie niewolnicy noszą zwykle nazwę *servi coniuges* lub *contubernales*, a spotykamy także nazwy *maritus* i *uxor*.⁵ Prawo pozytywne, licząc się z faktem szerokiego rozpowszechnienia tych małżeństw, zaczyna stopniowo przyznawać im pewne skutki prawne. Cesarz Konstantyn np. wydaje zakaz rozdzielania

¹ C. 1, 13. O *manumissio in Ecclesia* znajdujemy prawie identyczne wzmianki w postanowieniach synodów kościelnych. Por. Conc. Aurel. V (549), c. 7 (Mansi, 9, 130); Conc. Arvernense II (ok. 549), c. 7 (Mansi, 9, 143). RATTLER, *Prawo niewolnicze w łacińskiej literaturze nieprawnej od IV do VII w. po Chr.* Kraków 1933 s. 34 (rozprawa doktorska -- rękopis).

² PARTSCH w Sitzungsberichte der Heidelberger Akad. d. Wissensch. 10 Abh. (1916) s. 45 n.; TAUBENSCHLAG, *Instytucje i historia rzymskiego prawa prywatnego* s. 52. Por. także DE FRANCISCI, *Intorno alle origini della manumissio in Ecclesia* w Rend. dell'Ist. Lomb. t. 44 (1911) s. 619 n.; FERRINI, *Manuale di pandette* s. 71 uw. 2; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 169; MOR, *La „Manumissio in Ecclesia”* w Riv. di storia del. dir. ital. r. 1928 s. 80 n.

³ C. 1, 10, 1. Zob. BAVIERA, *La codificazione giustiniana e il cristianesimo* w Sunti delle relazioni s. 67.

⁴ Nov. 123, 4.

⁵ Por. COSTA, *Storia del dir. rom. priv.* s. 128 n.; BOISSIER, *Religion romaine* t. 2 s. 341. Tamże mamy podane liczne napisy, dotyczące małżeństw niewolników. Niektóre z nich są poświęcone przez małżonków niewolników swym dzieciom, a drugie przez dzieci niewolników swym rodzicom.

męża od żony lub dzieci od rodziców przy przechodzeniu niewolników w inne ręce.¹

Prawo justynjańskie nie uznaje jeszcze związków zawartych pomiędzy niewolnikami za małżeństwa prawne; tem bardziej nie uznaje za małżeństwa związków zawartych pomiędzy osobami wolnymi, a niewolnikami. W sprawie tej Justynjan rozporządził, że jeżeli osoba wolna zawrze małżeństwo z osobą niewolną w mniemaniu, że jest ona wolną, małżeństwo *propter inaequalitatem fortunae* od samego początku staje się nieważne.² Jeżeli zaś pan oddaje osobie wolnej zamąż swoją niewolnicę, jako osobę wolną, małżeństwo w wypadku tym nie powstaje, lecz osoba niewolna staje się wolną. Gdy czyni to sama osoba niewolna, ale pan wie i milczy, żeby potem wytoczyć skargę o odszkodowanie, małżeństwo za karę staje się ważnem, tak jak w razie przyzwolenia ze strony pana, a przytem osoba niewolna zyskuje wolność.³ Podobnie osobie przywiązanej do gleby niewolno zawierać małżeństwa z osobą wolną, niezależnie od tego, czy to czyni bez wiedzy pana, czy z jego wiedzą, lub nawet zgodą.⁴ Małżeństwo samego pana z niewolnicą było ważne wówczas, gdy pan udzielił jej wolności i sporządził umowę małżeńską.⁵

W czasach pojustynjańskich cesarz Leon Filozof postanowił, że jeżeli osoba wolna pragnie zawrzeć małżeństwo z osobą niewolną, to musi albo przyjąć stanowisko niewolnicze albo zapłacić odszkodowanie i wykupić z niewoli osobę niewolną.⁶ W innej znów Noweli określił bliżej ważność małżeństw zawartych pomiędzy niewolnikami. I tak, jeżeli jeden współmałżonek zostanie wyzwolony, małżeństwo nie rozwiązuje się, lecz pozostaje w swej mocy na tych samych warunkach jak małżeństwo zawarte pomiędzy

¹ C. Th. 2, 25, 1 = C. 3, 38, 11.

² Nov. 22, 10.

³ Nov. 22, 11.

⁴ Iustin., C. 11, 48 (47), 24.; Nov. 22, 17.

⁵ Nov. 18, 11.

⁶ Nov. 100. ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Ius graeco-romanum* t. 3, s. 199; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. or. K.* s. 639.

osobą wolną i niewolną.¹ Stanowisko powyższe niewolników przetrwało do w. XI, mianowicie do czasów cesarza Aleksego Komnena.

Ostatnim aktem w tej dziedzinie było przyznanie błogosławienia małżeństw niewolników, od którego Kościół wschodni uzależniał ważność małżeństwa. Kościół wschodni, aczkolwiek szedł po linii uznania związków niewolniczych za małżeństwa, obawiał się je błogosławić, jakoteż małżeństwa osób wolnych z niewolnemi, nie chcąc narażać małżonków na ewentualności zrywania ich małżeństw, ponieważ państwo tylko pod pewnymi warunkami uznawało ich ważność. W celu usunięcia tych niewłaściwych stosunków powołano do pomocy ustawodawczą władzę państwową. Arcybiskup Teodulos z Tessaloniki, chcąc spowodować decyzję cesarza Aleksego I Komnena, zwrócił się do niego z zapytaniem, co ma czynić w sprawie błogosławienia związków niewolników. Cesarz wyjaśnił stosownie do kanonu 85 soboru trullańskiego, że błogosławić należy nie tylko małżeństwa osób wolnych, ale także niewolników, ponieważ bez błogosławienia niema małżeństwa prawnego i chrześcijańskiego. Lecz, błogosławienie mogło mieć miejsce dopiero wówczas, jeżeli pan zezwolił na małżeństwo niewolnika, albo jeżeli go wyzwolił, co musiało być stwierdzone przez trzech świadków. To samo powtórzył tenże cesarz w Noweli swej z r. 1095.² Przepis ten przeszedł później do ksiąg kanonicznych.

¹ Nov. 101. Co się tyczy lokalnego prawa egipskiego w tej sprawie por. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w Studi Bonfante t. 1 s. 435.

² ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Ius graeco-romanum* t. 3 s. 402; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 637 n.; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 280; KS. GROMNICKI, *Forma zawierania zaręczyn i małżeństw* s. 20; ABRAHAM, *Forma zawarcia zaręczyn i małżeństwa* s. 12.

Rozdział III.

FORMA ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA.

Zawarcie małżeństwa *cum manu* dokonywało się zapomocą jednego z trzech aktów prawnych: *confarreatio*, *coemptio*, *usus*. Gajus tak o tem mówi: „Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione”.¹ Te trzy akty prawne, czyli formy zawarcia małżeństwa *cum manu*, powstały nieodrazu, lecz stopniowo w miarę zmian dokonywanych w pojęciach i obyczajach rzymskich. Gdy później powstało małżeństwo *sine manu*, musiała wytworzyć się forma zawarcia tego małżeństwa. Mamy zatem trzy formy zawarcia małżeństwa *cum manu* i jedną — *sine manu*.² Rozpatrzmy najpierw formę zawarcia małżeństwa *cum manu*, a potem *sine manu*.

¹ GAJUS 1, 110; BOETHIUS, *In Top. Cic.*, 2, 3, 14 (Migne, P. L., 64, 1071).

² PILLONIS, *La célébration du mariage à Rome*. 1890. Różność form zawarcia małżeństwa dała powód niektórym uczonym do przypisywania ich trzem pierwotnym plemionom narodu rzymskiego: Latynom, Sabinom i Etruskom. Niema jednak wśród tych uczonych jednoznaczności co do rozdziału tych form pomiędzy pierwotne plemiona narodu rzymskiego. Obszerny przegląd opinii w tej kwestji wraz z gruntowną ich krytyką podaje ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe* s. 162—97. Por. także JHERING, *Geist des röm. Rechts*³ t. 1 s. 310 n.; MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* t. 1 s. 31—7. Jeżeli nawet naród rzymski składał się z trzech odrębnych plemion, to z faktu tego nie można jeszcze wnioskować o istnieniu u tych plemion odrębnych form zawarcia małżeństwa. Różność form dla tej samej instytucji prawnej jest zjawiskiem zwykłym, spowodowanym przez nowe potrzeby społeczeństwa, które powołują do bytu nowe formy do ich urzeczywistnienia. Nowe formy istnieją równolegle obok dawnych, uznanych przez prawo lub zwyczaj. Zatem nie różnice plemienne wytworzyły odrębne formy, ale różnice potrzeb i warunków czasu.

§ 1. Zawarcie małżeństwa *cum manu*.

1. CONFARREATIO.

Confarreatio jest najstarszą formą zawarcia małżeństwa *cum manu*, polegającą na uroczystym ofiarowaniu Jowiszowi specjalnego chleba — *panis farreus*, jako symbolu życia osiadłego związanego z rolnictwem.¹ Jest ona formą sakralną i pozostaje w ścisłym związku z *ius auspiciorum* i *sacra gentilia*.² O sakralnym jej charakterze wyraźnie świadczy Plinusz: „In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat”.³ Jest to forma zawarcia małżeństwa pomiędzy patrycjuszami rzymskimi,⁴ a stan ten rzeczy nie uległ zmianie nawet po sławnej *lex Canuleia*, która plebejuszom udzieliła *ius conubii*, a to ze względu na brak z ich strony *ius auspiciorum* i *sacra gentilia*.⁵ Stąd też Cyncero, mówiąc o małżeństwie Walerji z plebejuszem Sekstyliuszem, wymienia tylko dwie formy, według których mogło ono być zawarte: *usus* i *coemptio*.⁶

Powstanie tej formy odnosi się do początków założenia Rzymu.⁷ Znajduje ona jeszcze zastosowanie w czasach Cyncerona, później jednak, a mianowicie za czasów Tyberjusza, zaczyna

¹ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 43, starożytność tej formy wywodzi z jej charakteru sakralnego, ze skomplikowanych formalności przy jej zawieraniu, z faktu, że jest ona dostępna tylko dla patrycjatu i że jest konieczna przy małżeństwach najstarszych i najwyższych kategorii kapłanów.

² SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 90.

³ PLINIUS, *Nat. hist.* 18, 3, 10; DIONYS. 2, 25. •

⁴ O jej charakterze patrycjuszowskim por. ROSSBACH, *Untersuch. über d. röm. Ehe* s. 95; KARLOWA, *Die Formen der römischen Ehe und Manus*. Bonn 1868 s. 71; VOIGT, *Die XII Tafeln* t. 2 s. 161 n.; BRUGI, *Confarreatio* w *Digesto italiano* t. 7 (1891) s. 684 n.; ŁAPICKI, *Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie*. Pamiętnik historyczno-prawny t. 12 (1933) s. 324 n.

⁵ KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 167; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 329; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 154.

⁶ CIC., *pro Flacco* 34, 84: „In manum inquit, convenerat. Nunc audio; sed quaero usu an coemptione”? Por. COSTA, *Cicerone giureconsulto*. I. Diritto privato. Bologna 1901 s. 44.

⁷ DIONYS. 2, 25,

wychodzić z użycia — „omissa confarreandi adsuetudine aut inter paucos retenta”.¹ W tymże czasie przyjmuje ona charakter małżeństwa kapłańskiego, szczególnie gdy chodzi o małżeństwa flaminów.² Lecz, ponieważ kapłani ci mieli trudności w wyszukiwaniu kobiet chętnych do zawarcia związku małżeńskiego według tej formy, w r. 23 po Chr. wydano ustawę, na mocy której zostały złagodzone jej skutki prawne, mianowicie żona była *in manu* męża tylko *quoad sacra*, co się zaś dotyczy skutków cywilnych była od niej zupełnie wolna.³ W czasach Gajusa forma ta obowiązuje wyjątkowo, mianowicie wyżsi kapłani Jowisza, Marsa i Kwiryna — *flamines maiores* oraz *reges sacrorum* powinni pochodzić z małżeństwa zawartego w formie *confarreatio*, a także mogli ważnie zawierać związki małżeńskie jedynie według tej formy. Gajus tak to podaje: „*Flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati sunt, non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt*”.⁴ Stan ten rzeczy przetrwał aż do zupełnego zaniku pogaństwa. Według wszelkiego prawdopodobieństwa *decem testes* wzmiankowani przez św. Ambrożego, jako świadkowie przy zaślubinach pogańskich, są dziesięcioma świadkami używanymi przy *confarreatio*.⁵ Kres jej istnienia kładzie pod wpływem chrześcijaństwa cesarz Teodozjusz, a to wskutek wydanego zakazu składania ofiar pogańskich, jakoteż wskutek zupełnego zniesienia w 394 r. instytucji kapłanów flaminów.⁶

Co się dotyczy ceremonij praktykowanych przy zawieraniu *nuptiae confarreatae* lub *farreatae*, Gajus tak mówi: „*Farreo*

¹ TACITUS, *Annales* 4, 16.

² SERVIUS, *in Aen.* 4, 103, BRASSLOFF, *Die Erneuerung des Flamines und die Reform der Konfarreationsehe* w *Studi in onore di Bonfante* t. 2 s. 363—380; MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* t. 1 s. 34, 135.

³ GAJUS 1, 136; TAC., *Ann.* 4, 16. Por. ROTONDI, *Scritti* t. 1 s. 22 uw. 7.

⁴ GAJUS 1, 112. Por. także SERVIUS, *in Aen.* 4, 103. 339. 374; *in Georg.* 1, 32; BOETHIUS, *In Top. Cic.* 2, 3, 14 (Migne, 64, 1071).

⁵ AMBROSIUS, *De lapsu virginis consecratae*, c. 5 (Migne, P. L., 16, 388—9). Por. COSTA, *Storia del. dir. rom. priv.*² s. 26 uw. 3.

⁶ SOZOMENUS, *Hist. eccl.* 7, 20 (Migne, P. G., 67, 1179 n.); ZOSIM., *Hist.* IV, 59; AMBROSIUS, *De obitu Theod.* 4 (Migne, 16 a, 1448—9).

in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit; in quo panis farreus adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt”.¹ Poszczególne składniki konfareacji stanowią: ofiara z użyciem chleba pszennego, obecność dziesięciu świadków i pewne uroczyste słowa. Rozpatrzmy te składniki pokolei.

Punktem środkowym i istotnym całej ceremonii była uroczysta ofiara, *solemne sacrificium*.² Materią ofiary był chleb pszenny, *panis farreus*, jak to jednoznacznie stwierdzają Gajus i Ulpjan.³ Serwiusz wspomina o owocach i mące prażonej z solą używanej do ofiar — „*per fruges et molam salsam coniungebantur*”.⁴ Festus mówi o pszennym placku ofiarnym — „*farreo libo adhibito*”.⁵ Pomiędzy przedmiotami temi niema żadnej istotnej różnicy, gdyż wszystkie one stanowią identyczną materię ofiary, a różnią się tylko formą.⁶ Zresztą Ulpjan w podanym tekście wyraźnie zaznacza, że przy ofierze był składany także, a więc nie wyłącznie, chleb pszenny — „*panis quoque farreus adhibetur*”. Była to ofiara niekrwawa, która zapewne nie różniła się od innych ofiar, przy których składano chleb: chleb wrzucano na ogień i palono.⁷

Co do obecności 10 świadków, to reprezentowali oni 10 rodów każdej kurji lub 10 kurji każdej *tribus* patrycjuszowskiej. Obok tych 10 świadków uczestniczył przy tym akcie także kapłan najwyższy — *pontifex maximus* i kapłan Jowisza — *flamen Dialis*. Udział ich polegał nietylko na kierownictwie przy składaniu ofiary, jak to mniema Rossbach,⁸ lecz na rzeczywistym jej składaniu.⁹

¹ GAIUS 1, 112.

² ULP., *Reg.* 9, 1.

³ GAIUS 1, 112; ULP., *Reg.* 9, 1.

⁴ SERVIUS, *in Georg.* 1, 31.

⁵ FESTUS, v. *diffarreatio*.

⁶ KARLOWA, *Die Formen der röm. Ehe* s. 5.

⁷ VARRO, *De lingua lat.* 6, 14; OVIDIUS, *Fast.* 3, 669. 734.

⁸ ROSSBACH, *Unters. über d. röm. Ehe* s. 123—5.

⁹ KARLOWA, *Formen d. röm. Ehe* s. 14; VOIGT, *Die XII Taf.* t. 2 s. 676 uw. 14; SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 92.

Serwusz tak o tem mówi: „Per pontificem maximum et Dialem flaminem per fruges et molam salsam coniungebantur”.¹ W napisach z czasów Kommoda mamy wyraźną wzmiankę o specjalnym kapłanie zwanym *sacerdos confarreationum et diffarreationum*.²

Ofiarę składano na cześć bóstw, które Rzymianie uważali za opiekunów instytucji małżeństwa. Wśród bóstw tych na pierwszym planie występuje Junona. Jej składa ofiarę Dydona — „cui vincla iugalia curae”.³ Na *vicus iugarius* znajdował się ołtarz poświęcony bogini *Juno iuga* — „quam putabant matrimonia iungere”.⁴ Następnie, ofiarę składano na cześć Jowisza, jak to stwierdza Gajus.⁵ O związku Jowisza z małżeństwem konfareacyjnem świadczy fakt, że grzmot pioruna podczas ceremonji rozrywał małżeństwo: „tonuisse: quae res dirimit confarreationes”.⁶

Obrzędowi powyższemu towarzyszyły, jak powiada Gajus, pewne uroczyste słowa „*certa et sollemnia verba*”.⁷ Lecz na czem słowa te polegały, nie wiemy. Rossbach twierdzi, że były to formuły modlitw, zapomocą których nowożeńcy prosili bogów o przyzwolenie na małżeństwo i o błogosławieństwo.⁸ Karłowa jest zdania, że były to słowa, zapomocą których nowożeńcy wyjawiali swoją zgodę na małżeństwo.⁹

Podczas obrzędu konfareacyjnego nowożeńcy siedzieli z nakrytymi głowami, *velatis capitibus*, na dwóch krzesłach złączonych, *duae sellae iugatae*, pokrytych skórą zwierzęcia składanego

¹ SERV., in *Georg.* 1, 31.

² C. I. L., X, 6662; ORELLI I, 2648.

³ VIRG., *Aen.* 4, 59.

⁴ FESTUS, v. *iugarius*.

⁵ GAIUS 1, 112. Zob. BERNHÖFT, *Staat und Recht der röm. Königszeit* s. 138.

⁶ SERV., in *Aen.* 4, 339.

⁷ GAIUS 1, 112.

⁸ ROSSBACH, *Unters. über d. röm. Ehe* s. 111.

⁹ KARŁOWA, *Formen d. röm. Ehe* s. 25 — 6; BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 44, przypuszcza, że mogły to być zapytania, które Boecjusz odnosi do *coemptio*: „an sibi mulier materfamilias esse vellet” ze strony mężczyzny i „an sibi vir paterfamilias esse vellet” ze strony kobiety.

na ofiarę.¹ Co do znaczenia powyższej ceremonii, są różne zdania wśród uczonych. Rossbach dowodzi, że nakrycie głowy zwykle miało miejsce podczas modlitwy i ofiary, skóra zaś zwierzęcia ofiarnego rozłożona na obydwóch krzesłach służyła prawdopodobnie jako symbol jedności, która powinna istnieć pomiędzy małżonkami.² Karłowa ceremonię tę tłumaczy zwyczajem, szeroko rozpowszechnionym w starożytności, używania skóry zabitego zwierzęcia ofiarnego do siedzenia lub leżenia w celu uzyskania szczególnej mocy cudownej i błogosławieństwa bóstw. Siedzenie na skórze zwierzęcia ofiarnego, według niego, miało na celu pozyskanie przychylności i błogosławieństwa bóstw oraz nadanie małżeństwu specjalnego charakteru świętości.³ Analiza całego szeregu rzymskich praktyk religijnych wskazuje, że skóra zwierząt ofiarnych, według dawnych wierzeń, zawiera w sobie pewną moc świętą.⁴ Powyższy akt zawarcia małżeństwa odbywał się nie w domu prywatnym narzeczonej, lecz w kurji.⁵

Oprócz obrzędów wyliczonych były jeszcze inne, o których jednak nic pewnego powiedzieć nie możemy. Tacyt wspomina o „*caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur*”,⁶ lecz na czym te „*caerimoniae difficultates*” polegały nie wiemy. Wprawdzie obrzędy rozpatrywane były wymagane pod karą nieważności związku małżeńskiego, lecz nie stanowiły jeszcze tych wielkich trudności, o których Tacyt wzmiankuje. Podobnie Gajus wspomina o różnych innych ceremoniach: „*Complura praeterea huius iuris ordinandi gratia... aguntur et fiunt*”.⁷ Servius wśród obrzędów tych wylicza ceremonię wody i ognia: „(in manum) conventio eo

¹ SERV., in *Aen.* 4, 374: „Mos enim apud veteres fuit flameni ac flaminicae, dum per confarreationem in nuptias convenirent, sellas duas iugatas ovilla pelle superiniecta poni eius ovis, quae hostia fuisset, ut ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione flamen ac flaminica residerent”.

² ROSSBACH, *Unters. über d. röm. Ehe* s. 113—4.

³ KARŁOWA, *Formen d. röm. Ehe* s. 24—5.

⁴ POPŁAWSKI, *Bellum romanum. Sakralność wojny i prawa rzymskiego*. Lublin 1923 s. 27, 89.

⁵ KARŁOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* t. 2 s. 155; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 44.

⁶ TACITUS, *Ann.* 4. 16.

⁷ GAIUS 1, 112.

ritu perficitur, ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura coniuncta habeatur, quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus flaminem et flaminicam iure pontificio in matrimonium necesse est convenire”.¹

2. COEMPTIO.

Coemptio jest formą zawarcia małżeństwa zapomocą symbolicznego kupna żony w formie mancytacji. Możliwą jest rzeczą, że w czasach najdawniejszych *coemptio* była rzeczywistym kupnem żony, co pierwotnie miało zastosowanie u niektórych ludów wschodnich,² lecz już dość wcześnie stała się formą symboliczną, *imaginaría venditio*.³ W charakterze kupującego występuje przyszły mąż, a w charakterze sprzedawcy początkowo ten, kto posiadał władzę nad kobietą, bądź *paterfamilias*, bądź *tutor*, a w dalszym rozwoju sama kobieta przy *interpositio auctoritatis* tego ostatniego.⁴ W tym drugim okresie odgrywała rolę już wola kobiety, bez której małżeństwo jest niezupełne; *coemptio* staje się umową wzajemną pomiędzy mężczyzną i kobietą.⁵ Gajus wyraźnie mówi o zawarciu *coemptio* przez kobietę: „Quae enim cum marito suo facit coemptionem”.⁶ Teksty zaś prawne, traktujące o ojcu względnie opiekunie przy koempcji: „quae eo (patre) auctore in manum convenit”⁷ lub „auctore eo (tutore) coemptionem fecerit”,⁸ świadczą

¹ SERVIVS, in *Aen.* 4, 103; 4, 339.

² ROSSBACH, *Untersuch. über d. röm. Ehe* s. 198 n. W sprawie staroaryjskich pierwotnych form małżeństwa por. LEIST, *Alt-arisches ius gentium* s. 125 n.

³ VOIGT, *Die XII Tafeln* t. 2 s. 698 — 9; POKROWSKI, *Historja pr. rz.* t. 2 s. 198.

⁴ KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* t. 2 s. 158 n.; LEONHARD w Pauly, *Realencykl.*, v. *coemptio*; ERINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* t. 1 s. 50 — 2; TAUEENSCHLAG, *Instytucje i historja rzymskiego prawa prywatnego* s. 227.

⁵ HOLDER, *Die römische Ehe*. Zurich 1874 s. 20—2, 44—5.

⁶ GAIVS 1, 114; *Laudatio Turiae* l. 14 (Bruns, *Fontes* s. 322); SERVIVS, in *Aen.* 4, 103.

⁷ COLL. 4, 7; 4, 2.

⁸ GAIVS 1, 195 a.

w sposób oczywisty, że *pater* względnie *tutor* występują tylko w charakterze *auctores*.

Określenie czasu powstania tej formy zawarcia małżeństwa nastęrcza wiele trudności. Rzymianie uważali zawsze tę formę za bardzo starożytną. Serwusz np. powiada: „Ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus et uxor invicem emebant”.¹ Podobnie Izidor, biskup sewilski, wyraża się o niej jako o „antiquus nuptiarum ritus”.² *Coemptio* prawdopodobnie została wprowadzona w celu umożliwienia plebejuszom zawarcia małżeństwa, przez które kobieta wchodzi do rodziny swego męża i podlega jego władzy. Możliwą jest rzeczą, że miało to miejsce w czasach Serwusza Tuljusza, który po raz pierwszy powołał plebs do praw i obowiązków publicznych.³ Z czasem zaczęła się ona rozpowszechniać i wśród patrycjuszów. Przetrwała ona inne formy zawarcia małżeństwa *cum manu* i przestała istnieć dopiero wówczas, gdy *manus* zupełnie wyszła z użycia. W końcu IV w. po Chr. Serwusz wspomina o *coemptio* jako już o instytucji dawnej.⁴

Formę zawarcia małżeństwa zapomocą *coemptio* najdokładniej opisuje Gajus: „Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem; nam adhibititis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit”.⁵ Zatem koempcję uskuteczniiano zapomocą mancypacji dokonanej w obecności przynajmniej pięciu świadków

¹ SERV., *In Georg.* 1, 31.

² ISIDORUS, *Etym.* 5, 24, 26 (Migne, 82, 206).

³ KARLOWA, *Formen der röm. Ehe* s. 45; CARLE, *Le origini del diritto romano*. 1888 s. 525 n.; MUIRHEAD, *Historical introduction to the private Law of Rom.* 1886 s. 64 n.; ŁAPICKI, *Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie*. Pamiętnik hist.-prawny t. 12 (1933) s. 325, przypuszcza, że forma ta zawarcia małżeństwa powstała po ogłoszeniu legis Canuleiae (445 r.).

⁴ SERVIUS, *In Geogr.* 1, 31: „(Coemptio) ad antiquum pertinet ritum”.

⁵ GAJUS 1, 113; CICERO, *Deorat.* 1, 56, 237; *Pro Murena* 12; *Pro Flacco* 34; NON. MARC. 12, 50; SERV., *in Aen.* 4, 103, 214; 7, 424; *In Georg.* 1, 31; ARNOBIUS, *Adv. Gent.* 4, 20 (Migne, 5, 1040); BOETHIUS, *In Top. Cic.* 2, 3, 14 (Migne, 64, 1071); ISIDORUS, *Etym.* 5, 24, 26 (Migne, 82, 206).

dojrzałych obywateli rzymskich i libripensa z wagą i kawalkiem kruszcu, który wyobrażał cenę kobiety: mężczyzna kupował kobietę, która dostawała się pod jego władzę.¹ Ponieważ celem mancytacji tej było zawarcie małżeństwa, stąd też ten akt prawdopodobnie poprzedzała wymiana zapytań o zgodę, *interrogatio*. Zapytania te i odpowiedzi najdokładniej podaje Boecjusz: „Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur, et sese in coemendo invicem interrogabant, vir ita: an sibi mulier materfamilias esse vellet? Ille respondebat: velle. Item mulier interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse vellet? Ille respondebat: velle... Quam solemnitate in suis institutis Ulpianus exponit”.² Według tekstu tego najpierw nowożeniec zapytywał oblubienicę, czy chce zostać dla niego matką rodziny i otrzymywał od niej odpowiedź twierdzącą. Następnie, zapytywała oblubienica nowożeńca, czy chce zostać ojcem jej rodziny i również otrzymywała odpowiedź twierdzącą. Później nowożeniec wygłaszał uroczyste twierdzenie, że według prawa Kwirytów przysługuje mu prawo nad żoną.³ For-

¹ HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustinianae*, zakończenie tekstu Gajusowego podaje w następującym brzmieniu: „emit eum (mulier et is) mulierem, cuius in manum convenit”. Wobec niejasności końcowych słów tekstu powstały różne teorie odnośnie do osoby mancytującej. Jedni są zdania, że coemptio jest wzajemną sprzedażą małżonków pomiędzy sobą por. NON. MARC. 12, 50; SERV., *in Aen.* 4, 103; *in Georg.* 1, 41; ISIDORUS, *Etym.* 5, 24, 26 (Migne, 82, 206); HÖLDER, *Römische Ehe* s. 18 n. Drudzy głoszą, że coemptio jest sprzedażą kobiety przez ojca względnie opiekuna por. KRETSCHMAR w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 29 s. 237; LENEL w *Zeitschr. d. Sav.-St.* 23 s. 84 uw. 1. Inni wreszcie twierdzą, że kobieta sprzedaje sama siebie por. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 159; HUVELIN w *Daremborg-Saglio, Dictionnaire, v. nexum*.

² BOETHIUS, *In Top. Cic.*, 2, 3, 14 (Migne, 64, 1071). Wyraz invicem odnosi się do interrogabant, jak twierdzi KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 158, a nie do coemptio, jak to mniema KNIPIE, *Gai Inst.* t. 1 s. 176 lub BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 47. ROSSBACH, *Untersuch. über d. rom. Ehe* s. 71 n., jest zdania, że pytania te zadawano dopiero po akcie mancytacji. Zapewne jednak musiały one poprzedzać akt mancytacyjny, gdyż po jego dokonaniu nie posiadałyby już żadnego znaczenia.

³ BARON, *Institutionen und Civilprozess*. 1884, § 30, przypuszcza, że formułka ta brzmiała: „Hanc ego ex iure Quiritium matremfamilias meam esse aio eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra”.

mulka ta była inna, niż przy zwykłej *mancipatio*. Różnicę tę podkreśla wyraźnie Gajus: „Illa quidem, quae coemptionem facit, non deducitur in servilem condicionem; a parentibus et a coemptionatoribus mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur... Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione”.¹

Oprócz koempcji, jako formy zawierania małżeństwa — *coemptio matrimonii causa*, prawo rzymskie zna jeszcze drugi jej rodzaj — *coemptio fiduciae causa*, która służy jako środek do nabycia przez kobietę zupełnie innych celów. Najdokładniej te dwa rodzaje koempcji podkreśla w swych Instytucjach Gajus. Kobieta, mówi on, może skutecznie koempcję nie tylko z mężem swoim, lecz także z osobą obcą: jeżeli skutecznie ją z mężem swoim w celu pozostania pod jego władzą na warunkach córki, *ut apud eum filiae loco sit*, ma miejsce *coemptio matrimonii causa facta*, a jeżeli skutecznie ją w innym celu, *alterius rei causa*, bądź z mężem swoim, bądź z osobą obcą, ma miejsce *coemptio fiduciae causa facta*.² Prawo rzymskie zna trzy wypadki koempcji fiducjarnej: *coemptio sacrorum interimendorum causa*, *coemptio testamenti faciendi causa* i *coemptio tutelae evitandae causa*. Rozpatrzmy je pokolei.

Pierwszym i najdawniejszym wypadkiem koempcji fiducjarnej jest, zdaje się, *coemptio sacrorum interimendorum causa*. Pierwsze ślady jej spotykamy u Plautusa.³ Dokładniejszą wzmiankę o niej czyni Cyцерo, gdy mówi, że ponieważ przodkowie nie chcieli, aby cześć bogów była zaniedbywana, przeto prawnicy wynaleźli starców, którzy, w celu zwolnienia od obowiązków składania ofiar, zawierali koempcję.⁴ Mowa jest tu o uwolnieniu się od *sacra familiaria*, które był obowiązany składać *paterfamilias* jako przed-

¹ GAJUS 1, 123; por. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae* s. 203.

² GAJUS 1, 114.

³ PLAUTUS, *Bacch.* 4, 9, 52.

⁴ CICERO, *Pro Murena* 12, 27: „Sacra interire illi (maiores) noluerunt; horum (iurisconsultorum) ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt”; por. także CIC., *ad fam.* 7, 29.

stawiciel rodziny. Dla niektórych osób, zwłaszcza kobiet, obowiązek ten był ciężarem i dlatego użyto koempcji jako sposobu do pozbycia się go.

Sposób odbywania *coemptio sacrorum interimendorum causa* nie jest dokładnie znany; są tylko pewne przypuszczenia. I tak, według Karlowy,¹ odbywała się ona w sposób następujący. Kobieta, na którą spadał obowiązek składania ofiary bogom familijnym, wychodziła fikcyjnie zamąż zapomocą *coemptio*. Przez *manus* ulegała ona *capitis deminutio minima*, a przez to zrywała węzły agnacyjne z własną rodziną i stawała się wolna od obowiązku składania *sacra*. Obowiązek ten przechodził na jej fikcyjnego męża, który na kosztą ofiarne zastrzegał sobie pewne wynagrodzenie. Aby wynagrodzenie to nie było zbyt wysokie, wybierano zwykle na koempcjonatorów starców bezdzietnych, *senes coemptionales*. Savigny² przypuszcza, że odbywała się ona przez mancypację i manumisję, podobnie jak to się dzieje przy dwóch następnych rodzajach koempcji fiducjarnej opisanej przez Gajusa. Starzec, *senex*, zatrzymywał *sacra* aż do śmierci swej, a kobiecie zwracał poszczególne części majątku, który otrzymywał na mocy aktu *coemptio* jako *universitas*. Po zawarciu podobnej koempcji kobieta nie przestawała być niezamężną i korzystała nadal ze swego majątku, lecz była już wolna od obowiązku składania ofiar rodzinnych.

Coemptio testamenti faciendi causa służyła do celu udzielenia kobietom prawa sporządzenia testamentu. Gajus tak o niej mówi: „Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent: sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Handriani senatus remisit”.³ Ze słów tych widzimy, że niegdyś stosowano koempcję fiducjarną także w celu umożliwienia kobiecie sporządzenia testa-

¹ KARLOWA, *Formen d. röm. Ehe* s. 89; tenże *Röm. Rechtsg.* t. 2 s. 170 n. Por. także JHERING, *Geist d. röm. Rechts*³ t. 3, 1, 276 n.

² SAVIGNY, *Vermischte Schriften*. 1850 t. 1 s. 190 n.

³ CAIUS 1, 115 a; por. także LIVIUS 39, 9; CICERO, *Top.* 4, 18.

mentu. Praktycznie przedstawiało się to w ten sposób: kobieta, która chciała sporządzić testament musiała zawrzeć z mężczyzną koempcję połączoną z *pactum fiduciae*, że mężczyzna ów mancypuje ją osobie przez nią wybranej, która znów ją wyzwoli. Po dokonaniu aktu remancypacji i wyzwolenia osoba wyzwalająca stawała się opiekunem fiducjarnym, *tutor fiduciarius*, którego zgoda do sporządzenia testamentu była już tylko *dicis causa*. W czasach Hadrijana praktyka ta wyszła już z użycia, ponieważ opiekunowie i tak byli obowiązani udzielić kobiecie swej zgody do sporządzenia testamentu.

Trzecim wreszcie wypadkiem koempcji fiducjarnej jest *coemptio tutelae evitandae causa*. Gajus tak o niej mówi: „Si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur”.¹ Z tekstu tego wynika, że jeżeli kobieta chciała uwolnić się od opiekunów ustawowych i zamienić ich na opiekunów według wyboru, to powinna zawrzeć pozorne małżeństwo z osobą postronną. Następnie, *coemptionator* mancypował ją osobie, którą ona sama sobie wybrała i przez tę osobę powinna być wyzwolona. Osoba, która ją wyzwoliła, stanie się jej opiekunem fiducjarnym.²

3. USUS.

Usus jest formą zawarcia małżeństwa na podstawie wspólnego pożycia małżeńskiego, trwającego bez przerwy przez przeciąg jednego roku. Idea formy *usus* jest przeniesieniem instytucji zasiedzenia, *usucapio*, z dziedziny stosunków prawa rzeczowego do stosunków prawa rodzinnego. Podobnie jak posiadanie rzeczy przez przeciąg dwóch lat, jeżeli chodziło o nieruchomości, a jednego roku, jeżeli chodziło o *ceterae res*, zamieniało się na własność, tak samo wspólne pożycie małżeńskie w ciągu jednego roku dawało

¹ GAIUS 1, 115.

² SOLAZZI, *Manumissio ex mancipatione*. 1927.

mężowi *manus* nad żoną, a wraz z *manus* pełne prawne małżeństwo rzymskiego prawa cywilnego.¹ Zachodziła jednak zasadnicza różnica pomiędzy *usus*, a *usucapio*. Charakterystyczną cechą, odróżniającą te dwie instytucje, była intencja wspólnego pożycia w charakterze żony w domu swego męża. Ta *communio maritalis* jest wyraźnie podkreślona u różnych autorów. I tak, Gellius mówi: „Cum... apud virum matrimonii causa esse coepisset”.² To samo podaje Servius: „Si... mulier anno uno cum viro, licet sine legibus, fuisset”.³ Gajus zaś opiewa: „Quae anno continuo nupta perseverabat”.⁴ Intencja ta nie musiała być wyrażona w sposób wyraźny: wystarczało, jeżeli wynikała z różnych okoliczności. Powinna ona jednak istnieć nie tylko w chwili rozpoczęcia pożycia małżeńskiego, lecz, jak to Gajus zaznacza, trwać przez przeciąg całego roku.

Przebywanie roczne żony w domu męża właściwie małżeństwa nie tworzyło, gdyż istnienie jego, aczkolwiek *bez manus*, suponowano. Skoro bowiem mąż znajdował się w posiadaniu prowadzącym do zasiedzenia, to już przed upływem roku istniał nie tylko faktyczny stosunek pozamałżeński, lecz stosunek prawny, przez ustawy uznany i wyposażony w skutki prawne, czyli istniało małżeństwo.⁵

Celem formy tej było prawdopodobnie uprawnienie małżeństwa zawartego bez przepisanej formy — *sine legitimis solemnitatibus*,⁶ albo bez zachowania przepisów prawnych — *sine legi-*

¹ KLEIN, *Sachbesitz ud Ersitzung*. Forschungen im Gebiet d. röm. Sachenrechts u. Civilprozesses. 1891 s. 276 n.; MITTEIS, *Römisches Privatrecht* t. 1 s. 252—3. Możliwą jest również rzeczą, że *usus* pierwotnie posiada związek z małżeństwem przez porwanie i służy jako środek do ulegalizowania tego ostatniego por. KOHLER w *Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft* t. 5 (1884) s. 342, 346, 364, 366.

² GELLIUS, *Noctes Atticae* 3, 2.

³ SERVIUS, in *Georg.* 1, 31.

⁴ GAIUS 1, 111.

⁵ SOHM, *Instytucje, historia i system rz. pr. pryw.* s. 498.

⁶ GLOSSA w *Cod. Cassinens.* w *Rhein. Mus.* t. 33 (1878) s. 632; VOIGT, *Die XII Taf.* t. 2 s. 687.

bus.¹ Jednorocznemu faktycznemu pożyciu małżeńskiemu przyznano moc uzdrawiającą małżeństwo zawarte z jakąś wadą.

Co się tyczy czasu powstania tej formy zawarcia małżeństwa, źródła prawa nic o tem nie wspominają.² Gajus, wyliczając formy powstania małżeństwa *cum manu*, wymienia je w następującej kolejności: „Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu farreo coemptione”.³ Lecz, z kolejności tej nie można jeszcze wnioskować o chronologicznem pierwszeństwie formy *usus*. Kolejność ta ma zapewne na względzie nie moment chronologiczny, lecz stopień ważności tych form w czasach współczesnych Gajusowi.⁴ Sądząc jednak z ogólnego charakteru dawnych aktów prawnych u Rzymian, wnioskować możemy, iż małżeństwo *per coemptionem*, a tem bardziej *per confarreationem*, powstało wcześniej, niż małżeństwo *per usum*.⁵

Usus, jako forma zawarcia małżeństwa, znika najwcześniej. W czasach Cyserona ma ona jeszcze zastosowanie.⁶ Gajus wyraźnie zaznacza, że forma ta została zniesiona częściowo w drodze ustaw, a częściowo przez zwyczaj przeciwny. Słowa jego brzmią: „Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est”.⁷

¹ SERVIUS, in *Georg.* 1, 31. POKROWSKIJ, *Historja pr. rzym.* t. 2 s. 199.

² WESTRUP, *Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain.* Paris 1926.

³ GAIUS 1, 110. W tej samej kolejności wymieniają te trzy formy: SERVIUS, in *Georg.* 1, 31; ARNOBIUS, *Adv. Gent.* 4, 20 (Migne, 5, 1040); BOETHIUS, *In. Cic. Top.* 2, 3, 14 (Migne, 64, 1071).

⁴ Przeciwnego zdania jest WESTRUP, *Über den sogenannten Brautkauf des Altertums* w *Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft* t. 42 (1927) s. 54; CUQ, *Manuel des instit. jurid.*² s. 156 uw. 3.

⁵ KARLOWA, *Formen d. röm. Ehe* s. 65; ROSSBACH, *Unters. über d. röm. Ehe* s. 63 n. Prawo asyryjskie znało nabycie władzy nad kobietą zapomocą dwuletniego pożycia wspólnego por. SCHUPFER, *La legge di Hammurabi e il dir. babilonese della prima dinastia* w *Memorie della R. Acc. dei Lincei, serie V*, t. 16 (1922) s. 435 n.

⁶ CICERO, *pro Flacco* 34, 84.

⁷ GAIUS 1, 111. Ustawami, o których Gajus wspomina, mogły być *lex Iulia* i *lex Papia Poppaea* por. ROTONDI, *Scritti giuridici.* Milano 1922 t. 1 s. 23.

Tekst zasadniczy o istocie tej formy podaje Gajus w następujących słowach: „Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum obtinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo (usum) cuiusque anni interromperet”.¹

Zasiedzenie mogło mieć miejsce tylko wówczas, gdy szło o kobietę wolną, która sama siebie oddawała mężczyźnie we wspólne pożycie. Rola ojca lub opiekuna odnosiła się nie do wręczenia kobiety, lecz jedynie do udzielenia swej *auctoritas*.² Niektórzy jednak sądzą, że zapomocą *usus* tylko *filiafamilias* mogła dostać się pod władzę męża, nie zaś *femina sui iuris*.³

Czas wymagany do dokonania *usus* powinien być ciągły, podobnie jak przy zasiedzeniu zwyczajnem — „anno continuo nupta perseverabat”.⁴ Nieprzerwane wspólne pożycie jest oznaką małżeńskiejszej wspólności. W braku ciągłości czasu *usus* nie powodował skutku małżeńskiego, dlatego też żona nie podpadała w tym wypadku pod władzę męża. Kobieta mogła nie dopuścić do spełnienia się tego warunku przez coroczne opuszczenie domu swego męża na przeciąg trzech po sobie następujących nocy, *usurpatio trinoctii*.⁵ Kwintus Mucjusz Scewola podaje jednak, że do *usurpatio* nie wystarczało opuszczenie domu męzowskiego na trzy noce, jeżeli ostatnia noc stanowiła część roku nowego. Wskutek tego,

¹ GAIUS 1, 111; por. także CIC., *pro Flacco* 34, 84; GELLIUS, 3, 2; SERV., *in Georg.* 1, 31; MACROB., *Saturn.* 1, 3; GLOSSA w Cod. Cass. w Rhein. Mus. t. 33 (1878) s. 632.

² CIC., *pro Flacco* 34, 84.

³ OKĘCKI, *Prawo rodzinne u Rzymian* s. 37 — 8; ROSSBACH, *Unters. über d. röm. Ehe* s. 148 n.

⁴ GAIUS 1, 111.

⁵ GAIUS 1, 111; GELLIUS 3, 2; MACROB., *Sat.* 1, 3. Żona powracała corocznie do domu swego ojca lub krewnego agnacyjnego w celu brania udziału w sacra gentilitia swego rodu, a przez to nie wchodziła do rodu swego męża, lecz pozostawała w swej rodzinie agnacyjnej por. BICKEL, *Die Nomenklatur der materfamilias* s. 500.

jeżeli wspólne pożycie rozpoczęło się 1 stycznia i kobieta opuściła dom swego męża 29 grudnia, a powróciła 1 stycznia roku nowego, *usurpatio trinocitii* nie następowała — „quoniam tertiae noctis posterioris sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex calendis”.¹ W wypadku tym mówiono „non esse usurpatam mulierem”.²

§ 2. Zawarcie małżeństwa *sine manu*.

Małżeństwo *sine manu* zawierano w sposób nieformalny przez oświadczenie wzajemnej zgody stron oraz wprowadzenie żony do domu męża. Małżeństwo *sine manu* historycznie rozwinięło się ze wspólnego pożycia małżeńskiego w celu uniknięcia *manus*, dlatego też do jego zawarcia wystarczała zgoda małżeńska wyrażona w sposób dowolny. Iulianus mówi: „Nuptiae consensu contrahentium fiunt”.³ Ma tu zastosowanie w całej pełni zasada „*consensus facit nuptias*”.

Zasadę tę niejednokrotnie wypowiadają także Ojcowie Kościoła. I tak, św. Ambroży († 397) mówi: „Non enim defloratio virginitatis facit coniugium, sed pactio coniugalis; denique cum iungitur puella, coniugium est, non cum virili admixtione cognoscitur”.⁴ Podobne zdanie podaje św. Jan Chryzostom († 407): „Matrimonium quidem non facit coitus, sed voluntas”.⁵ Św. Augustyn († 430) ujmując to w ten sposób: „Coniux vocatur a prima fide desponsationis: quam concubitu non cognoverat, nec fuerat cogniturus”.⁶

¹ GELLIUS 3, 2.

² GELLIUS 3, 2.

³ D. 23, 1, 11; por. także Iustin. (535), C. 5, 17, 11 pr.; Nov. 22, 3 (535 r.); Nov. 74, 4 (538 r.).

⁴ AMBROSIIUS, *De institutione virginis*, c. 6 (Migne, 16, 331) = c. 5 C. 27 q. 2.

⁵ CHRYSOSTOMUS, *in Matth. Hom. XXXII* (Migne, P. G., 56, 802) = c. 1 C. 27 q. 2.

⁶ AUGUSTINUS, *De nuptiis et concupiscentia*, I, 11 (Migne, 44, 420—1) = c. 9 C. 27 q. 2; por. także SERMO 51, 21 (Migne, P. L., 38, 351—2). PETERS, *Die Ehe nach der Lehre des hl. Augustinus*. Paderborn 1918 s. 3—10.

Zgodę tę określa bizantyńska jurysprudencja jako *maritalis affectio*, t. j. jako wolę aktualną wspólnego pożycia w celu utworzenia rodziny.¹ Niektórzy autorowie, szczególnie nieprawnicy, wspominają o formułce wymienianej przez męża przy zawieraniu małżeństwa, że pojmuje żonę „*liberum quaerundum gratia*”,² lub „*liberorum quaerendorum causa*”,³ albo „*liberorum procreandorum animo et voto*”,⁴ lecz formułka ta nie należała do wymogów konsensu. Niejednokrotnie zachodziły trudności przy stwierdzaniu rzeczywistej woli stron na zawarcie małżeństwa i w wypadkach tych uciekano się do domniemań prawnych. I tak, sam fakt pożycia mężczyzny z kobietą uważano za małżeństwo, jeżeli kobieta była wolnourodzoną i szanowaną, jeżeli zaś była wyzwolenicą lub nieszanowaną, pożycie wspólne uważano za konkubinaty.⁵

Zgoda na małżeństwo mogła być wyrażona nie tylko osobiście, lecz także za pośrednictwem listu lub posłańca, jednak tylko wówczas, jeżeli osobą nieobecną był mężczyzna, nie zaś kobieta. Paulus tak mówi: „*Vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest*”.⁶ Gdy zawierano małżeństwo za pośrednictwem posłańca, nie wystarczało udzielenie posłańcowi zlecenia ogólnego, *generale mandatum*, o wynalezieniu męża, lecz dający zlecenie powinien był przynajmniej z nazwiska wskazać osobę przyszłego małżonka i na dane małżeństwo wyraźnie przystać. Wprawdzie prawo mówi tylko o zleceniu danym przez ojca, lecz niema powodu do ograniczenia się tylko do wypadku podanego.⁷

Oprócz oświadczenia zgody nowożeńców do zawarcia małżeństwa *sine manu*, według prawa przedklasycznego i klasycznego,

¹ Ulp., D. 48, 20, 5, 1; „*virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere*”.

² GELLIIUS 4, 3.

³ PLAUTUS, *Capt.* 4, 2, 109; VARRO u MACROB., *Saturn.* 1, 16, 18; GELLIIUS 17, 21; QUINTILIANUS, *Decl.* 247; ULP., *Reg.* 3, 3.

⁴ Callistr., D. 50, 16, 220, 3.

⁵ Modest., D. 23, 2, 24.

⁶ PAUL., *Sent.* 2, 19, 8.

⁷ Papin., D. 23, 2, 34 pr.

wymagano wprowadzenia żony do domu męża, *deductio in domum mariti*.¹ Gdy małżeństwo *sine manu* zaczęło pociągać za sobą skutki prawne, trzeba było dokładnie określić moment, w którym powstaje związek małżeński. Ponieważ małżeństwo wprowadza pewną zmianę w życiu, zmiana ta powinna opierać się na pewnym akcie zewnętrznym. Takim aktem było wprowadzenie żony do domu męża. Pomponjusz wyraźnie mówi, że kobieta może wyjść za mąż za nieobecnego za pośrednictwem listu lub posłańca, jeżeli zostanie do domu jego wprowadzona. Odnosny tekst brzmi: „Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deducetur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii”.² Tekstowi temu nie sprzeciwiają się słowa Cynny podane przez Ulpjana: „Eum, qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim periisset, ab uxore lugendum”,³ ponieważ wyraz *absentem* = *absens* odnosi się do mężczyzny, nie zaś do kobiety.

¹ Co się tyczy znaczenia prawnego wprowadzenia żony do domu męża, niema wśród uczonych jednoznaczności. Według jednych stanowi ono warunek niezbędny do powstania małżeństwa por. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*. Weimar 1925 s. 68 n.; SIBER, *Römisches Recht* t. 2 s. 35 n.; ŻRÓDŁOWSKI, *Instytucje i historia prywatnego prawa rzymskiego*. Lwów 1889 s. 533. Według drugich natomiast służy ono tylko jako dowód oddania kobiety do dyspozycji męża por. ARANGIO-RUIZ, *Corso di dir. rom.* t. 2 s. 186; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 317 uw. 1. Dawne prawo aryjskie uważało wprowadzenie żony do domu męża za istotny wymóg do zawarcia małżeństwa por. LEIST, *Alt-arisches ius gentium* s. 162 n. Według prawa starobabilońskiego zawarcie małżeństwa odbywało się za pomocą wręczenia kobiety przez osobę, posiadającą nad nią władzę, narzeczonemu względnie jego władcy. Kobieta zasadniczo nie stanowiła podmiotu, lecz przedmiot umowy małżeńskiej: nie wychodziła za mąż, ale była za mąż oddawana por. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*. Leipzig 1917 s. 114—130. W prawie hebrajskim in domum deductio stanowiła czynność istotną przy zaślubinach por. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschließungsrechtes* s. 189.

² D. 23, 2, 5.

³ D. 23, 2, 6.

Następnie, Ulpjan podaje, że, jeżeli komuś zostanie zapisany legat pod warunkiem „si in familia nupsisset”, spełnienie warunku urzeczywistnia się z chwilą wprowadzenia żony do domu męża.¹ Scaevola, zastanawiając się nad sprawą zwrotu darowizny uskutecznionej pomiędzy oblubieńcami przed wprowadzeniem oblubienicy do domu oblubieńca w wypadku rozwodu, uważa wprowadzenie żony do domu męża za istotny wymóg zawarcia małżeństwa.² Podobnie na sprawę darowizn pomiędzy oblubieńcami zapatruje się cesarz Aureljan (270—274); uważa on mianowicie, że darowizna uskuteczniiona w domu oblubieńca stanowi *donatio ante nuptias*, uskuteczniiona zaś w domu oblubienicy jest darowizną pomiędzy małżonkami.³ Tym właśnie wymogiem wprowadzenia żony do domu męża różni się zawarcie małżeństwa od zawarcia zaręczyn, do których wystarcza *nudus consensus* i które z tego względu można zawrzeć nawet w razie nieobecności kobiety.⁴

Do ważności związku małżeńskiego nie było potrzebne spełnienie małżeństwa, *copula carnalis*, jak to wyraźnie zaznacza Ulpjan: „Cui fuerit sub hac conditione legatum „si in familia nupsisset”, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit”.⁵

¹ D. 35, 1, 15.

² D. 24, 1, 66, 1.

³ C. 5, 3, 6. Oprócz przytoczonych tekstów, które wyraźnie uznają deductio in domum mariti za istotny wymóg zawarcia małżeństwa, są jeszcze inne teksty, nastroczające pewne trudności. W sprawie tych trudności por. LEVY, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* s. 72 n.; VOLTERRA, *Reato di bigamia* w Studi in memoria di Ratti s. 391.

⁴ Ulp., D. 23, 1, 4, 1.

⁵ D. 35, 1, 15; D. 24, 1, 32, 13; D. 50, 17, 30. Teksty te prawdopodobnie są interpolowane. Konstytucja cesarza Zenona (475 r.), C. 5, 5, 8, wspomina o Egipcjanach, którzy uważali, że małżeństwo zostaje zawarte dopiero z chwilą jego spełnienia. Por. MITTEIS, *Reichsrecht* s. 224. Według prawa biblijno-talmudycznego copula carnalis stanowiła wymóg istotny zawarcia małżeństwa por. NEUBAUER, *Beiträge zur Geschichte des biblisch-talmudischen Eheschliessungsrechtes* s. 39 n.; MAYER, *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer* t. 2 s. 248.

W prawie justynjańskim wprowadzenie oblubienicy do domu oblubieńca uważa się tylko za środek dowodowy zawarcia małżeństwa.¹ Zmianę tę odnośnie do wymogów koniecznych do powstania małżeństwa należy przypisać nauce Ojców Kościoła o istocie małżeństwa.² Św. Augustyn, jeden z głównych przedstawicieli tego poglądu, głosi: „Non ergo... negent esse vel illum maritum, vel illam uxorem, quia non sibi carnaliter miscentur, sed cordibus connectuntur”.³ W ustawodawstwie pojustyniańskim cesarz Bazyli Macedo nakazał pod rygorem kary zawieranie małżeństw publicznych.⁴ Zakaz małżeństw tajnych w rezultacie prowadził do tego, że małżeństwa zaczęto zawierać wobec władzy kościelnej. Cesarz Leon Filozof nakazał wprost w Noweli swej z 893 r. zawieranie małżeństwa w formie kościelnej i z błogosławieństwem kapłańskim.⁵ Na początku Noweli tej cesarz Leon zaznacza, że dawna praktyka niestosowania formy kościelnej i błogosławieństwa kapłańskiego mogła posiadać specjalne racje, lecz na przyszłość wszystkie małżeństwa mają być zawierane z błogosławieństwem kapłańskim — „sacrae benedictionis testimonio matrimonia confirmari iubemus”. Przytem dodaje, że małżeństwa zawarte bez zachowania formy kościelnej są nieważne. Odnośny tekst opiewa: „Ubi a nubentibus haec forma adhibita non fuerit, ne omnino matrimonium dicatur, neque eius iura talem coniunctionem sequantur”. Od tego czasu na Wschodzie zawieranie małżeństwa w kościele i z błogosławieństwem kapłańskim stało się obowiązkiem. Przepis powyższy nie obejmował jednak małżeństw niewolników oraz małżeństw zawartych pomiędzy wolnymi i niewolnikami. Ostatni krok w tej materji uczynił Aleksy Komnen w Noweli swej z r. 1095, w której zniósł powyższe

¹ Nov. 74, 5.

² ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant' Agostino*. Modena 1931 s. 6 = Studi di dir. rom. I. Milano 1933 s. 235 n.

³ AUGUSTINUS, *Sermo* 51, 13 (Migne, 38, 345).

⁴ *Prochir.* IV, 6, 14, 17; *Basil.* XXVIII, 4.

⁵ Nov. 89; por. HARMENOP. IV, 4, 19. FERRARI, *Dir. matr. secondo la Nov. di Leone il Filosofo* w Byz. Zeitschr. t. 18; ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts* s. 72 n.

upośledzenie niewolników. Odnośny tekst głosi: „Benedictiones non solum in liberis, sed etiam servis valere”.¹ W ten sposób forma kościelna zawierania małżeństwa wobec osoby duchownej i z błogosławieństwem kościelnem stała się formą powszechnie obowiązującą na Wschodzie, tak w obliczu Kościoła, jak również w obliczu państwa. Kapłan powinien błogosławić małżeństwo wobec dwóch przynajmniej świadków, pełnoletnich mężczyzn, posiadających kwalifikacje przepisane dla świadków przy aktach prawnych. Na tem rozwój ustawodawstwa cesarzy bizantyńskich pod względem formy zawierania małżeństwa został zakończony.

Na Zachodzie po raz pierwszy charakterem religijnym małżeństwa zajmują się Kapitularze Karola Wielkiego. *Capitulare* Karola W. z r. 802 stanowi, że małżeństwa powinny być błogosławione po uprzednim rozpatrzeniu ich przez biskupów i kapłanów ze starszymi ludu, czy na przeszkodzie nie stoi pokrewieństwo stron. Odnośny tekst brzmi: „Coniunctiones facere non praesumat, antequam episcopi, presbyteri cum senioribus populi consanguinitatem coniungentium diligenter exquirant. Et tunc cum benedictione iungantur”.²

U Rzymian dość powszechnie przyjął się zwyczaj sporządzania na piśmie umów małżeńskich w celu bliższego określenia stosunków majątkowych pomiędzy małżonkami. Dokumenty te, zwane *instrumenta dotalia* lub *nuptialia* albo *tabulae nuptiales* lub *dotales*, nie posiadały jednak żadnego znaczenia istotnego, lecz służyły tylko jako środki dowodowe do stwierdzenia zgody na zawarcie małżeństwa. Papinjan mówi o nich: „Neque enim tabulas facere matrimonium”.³ Określano w nich

¹ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 159; ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Geschichte d. griech.-röm. Rechts* s. 60.

² *Capitulare missorum generale*, c. 35 (Mansi, 14, 6).

³ D. 39, 5, 31 pr.; Scaev., D. 24, 1, 66 pr.; IUVENALIS, *Sat.* 6, 200; QUINTIL., *Decl.* 247; tenże, *Inst. orat.* 5, 11, 32. W licznych prowincjach wschodnich, jak w Syrii, Egipcie sporządzanie dokumentów pisemnych należało zwykle do ważności umowy małżeńskiej por. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 225 — 9. W czasach ostatnich uczeni zajmują się szczególnie małżeństwem Egiptu grecko-rzymskiego: MITTEIS-WILCKEN, *Grundzüge und*

zwykle posag, *dos* i darowizny czynione z powodu małżeństwa, *donatio propter nuptias*. Powstał nawet specjalny formularz, według którego sporządzano te dokumenty. Jeżeli dokumentów tych nie sporządzono, zawarcie małżeństwa stwierdzano zapomocą różnych innych dowodów, jak zeznań osób lub obserwacji życia małżonków. Papinjan tak to wyraża: „An autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis vitae coniunctione considerata perpendendum esse”.¹ Podobnie głosi konstytucja cesarza Probusa: „Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem”.²

Ustawodawstwo Teodozjusza II i Walentynjana III tak samo zapatruje się na dokumenty sporządzone w celu bliższego

Chrestomatie der Papyrskunde. Leipzig 1912 s. 199; DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell'Egitto greco-romano* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. r. 15 (1903) s. 79 n.; BORTOLUCCI w Arch. giur. t. 72 (1904); MAROI w Bull. dell'Ist. di dir. rom. r. 28 (1915) s. 97 n O znaczeniu tabulae nuptiales w lokalnem prawie grecko-egipskiem por. DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e sul divorzio nell'Egitto greco-romano* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. r. 14 (1902) s. 80 n.; IUNKER, *Papyrus Lonsdorfer I. Ein Ehepakt aus der Zeit des Nektanebos* w Sitzungsber. der Akad. der Wissenschaften in Wien, Phil.-hist. Kl. t. 197 (1921) 2 Abh.; EDGERTON, *Notes on Egyptian marriage chiefly in the Ptolemaic period*. Chicago 1931. Według Edgertona rodzime prawo egipskie zna tylko jeden rodzaj małżeństwa, które zawiera się zapomocą kontraktu ustnego. Do zawarcia małżeństwa nie wymagano żadnego dokumentu pisemnego. Rozwiązanie małżeństwa zależało w całości od woli stron, przyczem prawo nie znało żadnych kar za rozwód. Co się tyczy prawa talmudycznego, to wyznaczenie posagu lub darowizny małżeńskiej przez ojca narzeczonej względnie narzeczonego odbywało się w drodze ustnej stypulacji. Jest to jedyny wypadek zobowiązania znanego prawu talmudycznemu, które można było zawrzeć ustnie za pomocą pytania i odpowiedzi. Forma ta ustnej stypulacji powstała pod wpływem prawa rzymskiego i do przepisów talmudycznych dostała się za pośrednictwem prawa grecko-egipskiego por. GULAK, *Rechtsvergleichende Studien zu Talmud and Papyri* w Études de papyrologie, I, Le Caire 1932 s. 102—4.

¹ D. 39, 5, 31 pr.

² C. 5, 4, 9.

określenia stosunków majątkowych pomiędzy małżonkami. W konstytucji z r. 428 wyraźnie głoszą, że, jeżeli dokumenty o darowiznach przedmałżeńskich lub posagu nie zostaną sporządzone, nie należy jeszcze sądzić o nieważności związku małżeńskiego. Odnośny tekst opiewa: „Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint... nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem”.¹ Od zasady tej istniał już w czasach dawnych, jak mówi cesarz Justyn, wyjątek dla osób nierównych stanowiskiem socjalnym, *personae impares honestate*. Małżeństwa tych osób były ważne jedynie wówczas, jeżeli sporządzono dokument posagowy, *instrumentum dotale*. Tekst odnośny głosi: „Ut matrimonia inter impares honestate contrahenda non aliter quidem valeant, nisi dotalia instrumenta confecta fuerint”.²

Majorjan, jeden z ostatnich cesarzy zachodniego państwa rzymskiego, głosi (458): „Scituris puellis ac parentibus puellarum vel quibuscumque nupturis ambos infamiae maculis incurrendos, qui fuerint sine dote coniuncti, ita ut nec matrimonium iudicetur nec legitimi ex his filii procreentur”.³ Majorjan przepisał zatem jako formę zawarcia małżeństwa sporządzenie dokumentu posagowego i to pod karą nieważności związku małżeńskiego oraz pod karą infamji.

Zasadniczą zmianę w naszej dziedzinie wprowadza dopiero ustawodawstwo justynjańskie.⁴ Przedewszystkiem na mocy konstytucji wydanej w 529 r. domaga się on sporządzenia dokumentu posagowego przy zamianie poprzedniego związku konkubinatu na małżeństwo prawne.⁵ Dalej idące zmiany Justynjan

¹ C. 5, 4, 22.

² C. 5, 4, 23, 7.

³ Nov. Maioriani 6, 9. Wkrótce potem (463) Sewerus zniósł ten przepis jako iniustam legem por. CZYHLARZ, *Instytucje prawa rzymskiego*² s. 319 uw. 1.

⁴ Zmiana ta została dokonana pod wpływem prawa egipskiego i hellenistycznego, gdzie zasada pisemności odgrywała wielką rolę por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 190.

⁵ C. 5, 27, 10; *Inst.* 3, 1, 2. O podobnej zasadzie wspomina już papież LEON I, *Epist.* 167, 4 (Migne, 54, 1204 n.). Uzasadnienie jej opiera się na specjalnych warunkach, mianowicie chodziło o zamanifestowanie nazewnątrż, że dotychczasowa konkubina staje się prawą małżonką por. WOLTER, *Prawo familijne w łac. lit. niepraw.* IV—VII w. po Chr. s. 60.

przeprowadza w Nowelach. I tak, w Noweli 74 (538 r.) uskarża się, że zasada dawna „ut etiam nuptiae extra dotalia instrumenta ex solo effectu valeant et ratae sint” nie spowodowała dobrych skutków. W państwie istnieje cała masa związków małżeńskich fikcyjnych. Istnieją związki, w których mężczyzna nazywa kobietę, z którą żyje, panią, a kobieta mężczyznę—panem. Wskutek tego jest rzeczą konieczną wydanie nowych przepisów, zgodnych z prawem naturalnem — „secundum naturales definire leges”,¹ które powinny być zachowane przy zawieraniu małżeństwa. Dadzą się one sprowadzić do następujących punktów.

Przedewszystkiem Nowela głosi, że małżeństwo osób godności najwyższych, *maiores dignitates*, jak cesarza, senatorów i *illustres* — usque ad nos et senatores magnificentissimos et illustres, powinny być zawierane koniecznie ze sporządzeniem dokumentów odnośnie do posagu i darowizn przedmałżeńskich.² Podobnie, jeżeli ktoś pragnie pojąć za żonę wyzwolnicę, to, niezależnie od różnic klasowych, powinien sporządzić dokument zawarcia małżeństwa.³ Następnie, Nowela postanawia, że osoby stanów wyższych, *honestiores*, oraz znakomitsi kupcy i przemysłowcy mogą zawierać ważne małżeństwa bez sporządzenia dokumentów, ale muszą oświadczyć wolę swoją wobec defensora kościoła. Defensor zaś w obecności trzech lub czterech osób duchownych powinien sporządzić dokument, zawierający następujące dane: „Illo mense illa die mensis illo nostri imperii anno consule illo venerunt apud eum in illam orationis domum ille et illa et coniuncti sunt alterutri”.⁴ Potem dokument ma być podpisany przez defensora i owe trzy lub cztery osoby duchowne i wydany stronom lub jednej z nich, jeżeli zechcą; w przeciwnym razie po podpisaniu go powinien być złożony w archiwum kościelnem.⁵ Wreszcie, osoby klasy najniższej i biedne mogą korzystać z tych samych

¹ Nov. 74, 4 praef.

² Nov. 74, 4 § 1.

³ Nov. 78, 3.

⁴ Nov. 74, 4 §1.

⁵ Nov. 74, 4 §§ 1—2.

praw, które przysługują osobom klasy wyższej, to znaczy mają wybór pomiędzy dokumentami pisemnymi, a oświadczeniem woli wobec defensora. Musiały jednak wybrać jedno lub drugie, w przeciwnym razie małżeństwo nie miało żadnego znaczenia prawnego.¹ Jedynie *agricolae* i *caligati*, a zatem osoby klasy najniższej, *viliores et obscuriores*, byli wolni od tych formalności i mogli zawierać związki małżeńskie *sola affectione*, czyli przez samą zgodę.²

Po paru latach (542 r.) Justynjan znów wydał Nowelę w sprawie zawierania małżeństw, w której częściowo powtórzył przepisy dawne, a częściowo podał nowe. I tak, wspomina w niej o obowiązku osób godności najwyższej — *maximis dignitatibus decorati usque ad illustres* — zawierania małżeństw ze sporządzeniem dokumentów posagowych — „non aliter nuptias celebrare nisi dotalia scribantur instrumenta”.³ Następnie, dodaje, że małżeństwa zawarte przez te osoby przed otrzymaniem tytułu są ważne, choćby były zawarte *sola affectione*. Dalej, udziela pozwolenia cudzoziemcom, *barbari*, na zawieranie małżeństw bez wszelkich formalności *sola affectione*, choćby nawet należeli do klasy najwyższej. Wreszcie, Nowela głosi, że rzymskim obywatelom pozostałym, poza wysokimi dygnitarzami państwa, wolno zawierać małżeństwa *cum dotalibus instrumentis*. Jeżeli jednak formy tej nie zachowają, małżeństwo będzie ważne i dzieci ze związku tego będą prawe. Odnośny tekst brzmi: „Si autem etiam hoc non custodierint, et ex solo affectu celebratas nuptias firmas esse sancimus, et ex eis natos legitimos esse filios iubemus”.⁴

§ 3. Obrzędy ślubne.

Zawieraniu małżeństwa od czasów najdawniejszych towarzyszyły różne obrzędy, czyli uroczystości ślubne. Obrzędy te zasadniczo, poza *deductio in domum mariti*, nie posiadały żadnego

¹ Nov. 74, 4 § 3.

² Nov. 74, 4 § 3.

³ Nov. 117, 4.

⁴ Nov. 117, 4.

znaczenia prawnego, a tylko znaczenie moralne lub religijne.¹ Odbywały się one częściowo w domu ojcowskim oblubienicy, a częściowo w domu oblubieńca. Do pierwszych należały: *auspicia nuptiarum*, *dextrarum iunctio*, *sacrum nuptiale*, a do drugich — *deductio in domum mariti* i przyjęcie oblubienicy *aqua et igni*. Rozpatrzymy obrzędy te pokolei.

Najpierw odbywały się obrzędy w domu ojcowskim oblubienicy. Miały one na celu nadanie małżeństwu pewnej sankcji religijnej. Przed ich rozpoczęciem musiała odbyć się zamiana dotychczasowych szat panieńskich oblubienicy, *toga praetexta*, na szaty mężatki. Szaty mężatki stanowią: długa biała suknia obramowana purpurą, *toga pura*, *tunica recta*, przepasana wełnianą szarfą, *vitta lanea*² i szkarłatna zasłona zwana *flammeum*.³ Przytem *pronuba* rozdzielała jej włosy na sześć pukli, *sex crines*, używając do tego końca włóczni, zwanej *hasta coelibaris*.⁴ Uroczystość rozpoczynała się od wróżb, *auspicia nuptiarum*.⁵ Celem

¹ ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm. Ehe* s. 252 n.; VOIGT, *Die XII Taf.* t. 2 § 158; SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 87, 118 n.; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* s. 58 n.; ROSSBACH, *Römische Hochzeits- und Ehedenkmal.* Leipzig 1871; MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* s. 28 n.; PERNICE, *Griechisches u. römisches Privatleben* w Einleitung in die Altertumswissenschaft—Gercke u. Noiden. Leipzig — Berlin 1912 t. 2 s. 56 n.; DAREMBERG ET SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. matrimonium; GLASSON, *Le mariage civil et le divorce*. Paris 1880 s. 168 n.; BARRERA, *Sarcophagi romani con scene della vita privata e militare* w Studi Romani t. 2 (1914) s. 93 n.; MALVEZZI CAMPEGGI, *Dei riti nuziali degli antichi Romani*. Bologna 1823. Co się tyczy obrzędów ślubnych u narodów staroaryjskich por. LEIST, *Alt-arisches ius gentium* s. 149 n.

² PLINIUS, *Nat. hist.* 8, 48 (74), 194; FESTUS, v. Cingillo.

³ FESTUS, v. flammeo.

⁴ FESTUS, v. Coelibari hasta; ARNOBIUS, *Adv. Gent.* 2, 67 (Migne, P. L., 5, 920); TERTULL., *De virg. vel.*, 12 (Migne, 2, 955); ZOCCO-ROSA, *Il significato giuridico di una cerimonia nuziale romana. La „coelibaris hasta”* w Atti del I Congresso nazionale di studi romani. Roma 1929 t. 2 s. 261—8.

⁵ CIC., *De divin.* 1, 16; VAL. MAX. 2, 1, 1; SUET., *Claud.* 26; IUVEN., *Sat.* 10, 334; TAC., *Ann.* 11, 27; 15, 37; SERV., in *Aen.* 1, 346; 4, 45. ROSSBACH, *Untersuch. über die röm. Ehe* s. 293 n.; GLASSON, *Le mariage civil et le divorce* s. 161.

ich było zbadanie woli bogów, czy zgadzają się na dane małżeństwo. Zwracano się głównie do bóstw rolnych, jak *Tellus* i *Ceres*, do których należała opieka nad sprawami rozmnażania w przyrodzie oraz do bogini Junony, opiekunki węzła małżeńskiego — „cui vincla iugalia curae”.¹ O rezultacie wróżby komunikowano zaraz oblubieńcom i gościom.² Następnym obrzędem w domu oblubienicy było połączenie rąk, *dextrarum iunctio*. *Pronuba* prowadziła oblubienicę do oblubieńca i łączyła ich dłonie, co symbolizowało wręczenie oblubienicy oblubieńcowi.³ Potem oblubieńcy składali na cześć bóstw rolnych ofiarę, zwaną *sacrum nuptiale*. Przedmiotem ofiary była owca, jałowica lub świnia,⁴ a także wrzucano do ognia zboże i mąkę — „*nubentis utensilia*”.⁵ Po zapaleniu ognia świętego oblubieńcy zbliżali się do ołtarza i odmawiali modliwę według formuły wymawianej przez *auspex nuptiarum*.⁶

W dniu zawarcia małżeństwa odbywała się uczta weselna, *coena nuptialis* lub *epulae geniales*, urządzona przez rodziców oblubienicy.⁷ Uczta ta musiała odbywać się w domu oblubienicy, później spotykamy ją także w domu oblubieńca.⁸ Ucztę weselną urządzano z pewnym przepychem, dlatego też zostały wydane specjalne ustawy, ograniczające wydatki na uczty weselne. *Lex Licinia* zezwalała na wydatkowanie 200 asów, co stanowi podwójną kwotę wydawaną na inne, mniej uroczyste, uczty, a *lex Iulia* kwotę tę podnosi do 1000 sestercyj.⁹

Po dokonaniu uroczystości w domu oblubienicy następowały uroczystości w domu oblubieńca. Najpierw odbywało się

¹ VIRGILIUS, *Aen.* 4, 59; SERVIUS, *in Aen.* 4, 58. 59. 166; FESTUS, v. iugarius.

² TACITUS, *Ann.* 11, 27: „auspicum verba”.

³ SENECA, *Octavia* 700 n.; TACITUS, *Ann.* 11, 27; FESTUS, v. pronubae.

⁴ VIRGILIUS, *Aen.* 4, 57, 61; VARRO, *de r. r.* 2, 4, 9; SERVIUS, *in Aen.* 4, 374.

⁵ VARRO, *De ling. lat.* 7, 34; FESTUS, v. Cumerum.

⁶ TACITUS, *Ann.* 11, 27; VAL. FLACC., *Argen.* 8, 243 n.

⁷ PLAUTUS, *Aul.* 2, 4, 15 n., CATULLUS, *Carm.* 62, v. 3 n.

⁸ PLAUTUS, *Cas.* 3, 6; VAL. FLACC. 8, 253; OVIDIUS, *Met.* 4, 764; CICERO, *Ad Quintum fratrem* 2, 3, 7; IUVENALIS, *Sat.* 6, 202.

⁹ GELLIUS, *Noct. Att.* 2, 24.

wprowadzenie oblubienicy do domu męża, *deductio in domum mariti*. Ceremonja ta rozpoczynała się od porwania oblubienicy z domu rodzicielskiego: czyniła to *pronuba*, zabierając oblubienicę z objęć matki *ex gremio matris* i wręczając ją oblubieńcowi.¹ Potem odbywał się pochód do domu nowożeńca, *in domum deductio*. Na czele pochodu szedł chłopiec, posiadający jeszcze ojca i matkę, *puer patrimus et matrimus*, z pochodnią gorejącą, a za nim oblubienica trzymana za ręce przez dwóch innych chłopców.² Następnie, szedł nowożeniec z rodzicami i przyjaciółmi, a wreszcie tłum, który po drodze śpiewał pieśni.³

Wprowadzenie oblubienicy do domu męża miało na względzie instalację jej w nowym domu jako *matrisfamilias*. Zabierała ona z sobą trzy asy, z których jednego wręczała mężowi przy progu jego domu jako kupno gościnności — „*tanquam emendi causa*” i na zapytanie męża kim jest odpowiadała: „*Ubi tu Gaius, ego Gaia*”.⁴ Wśród uczonych są różne opinie co do tłumaczenia tej formułki. Rossbach odnosi ją do pierwotnego życia Arjów i wyrazy *Gaius, Gaia*, tłumaczy jako właściciela względnie właścicielkę wólów, stanowiących główny przedmiot bogactwa w tych czasach. Zatem wyrazy *Gaius* względnie *Gaia*, według niego, oznaczają pana lub panią domu.⁵ Mommsen tłumaczy wyraz *Gaius* jako dawne imię rodowe, które symbolizuje przejście kobiety do *gens* swego męża.⁶ Karlowa jest zdania, że *Gaius* symbolizuje imię męża, które żona sobie przybierała.⁷ W rzeczy samej *Gaius* w czasach historycznych oznacza imię. Pewna kobieta, która

¹ FESTUS, v. *rapi*; CATULLUS, *Carm.* 61, v. 3, 56, 83 — 6; 62, 24 — 9; MACROBIUS, *Saturn.* 1, 15, 21.

² FESTUS, v. *Patrimi* i v. *Facem*; SERVIUS, in *Eclog.* 8, 29; PLINIUS, *Nat. hist.* 16, 18.

³ FESTUS, v. *Fescennini*; CATULLUS, *Carm.* 6, 123; SERVIUS, in *Aen.* 7, 695.

⁴ NON. MARC., v. *Nubentes*; VAL. MAX. 10 fin; FESTUS, v. *Gaia*; CICERO, *Pro Murena* 12, 27; *De Oratore*, 1, 56; QUINTIL., *Instit. oratoria*, 1, 7, 28; PLUT., *Quaest. Rom.* 30; PLIN., *Nat. hist.* 8, 48 (74), 194.

⁵ ROSSBACH, *Unters. über d. röm. Ehe* s. 352—4.

⁶ MOMMSEN, *Römische Forschungen*. 1864 t. 1 s. 11.

⁷ KARLOWA, *Die Formen der röm. Ehe* s. 27; *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 157—8.

nazywała się Tanaquil, po wyjściu zamąż za Gaiusa Caeciliusa, otrzymała nazwę *Gaia Caecilia*, a więc nie tylko imię rodowe, lecz także imię swego męża.¹

Po wejściu do domu nowożeńiec przyjmował oblubienicę wodą i ogniem, *aqua et igni*, przez co zostawała przyjęta do wspólności rodzinnej i stawiała się stróżem ognia i wody, dwóch najważniejszych przedmiotów w życiu ludzkim — „quia hae duae res humanam vitam maxime continent”.² Woda i ogień są nadto w starożytności symbolem wspólności polityczno-religijnej, *aquae* i *ignis communio*, podobnie jak pozbawienie ich — *aqua et igni interdictio* — oznacza wykluczenie ze społeczności obywatelskiej.³ Potem *pronuba* prowadziła ją do łoża, *lectus genialis*, przygotowanego w *atrium* na cześć genjuszów domowych. Oblubienica prosiła przy nim bóstwa o liczne potomstwo godne swej rodziny i przodków.⁴ Wreszcie, odbywało się wręczenie jej kluczy od domu jako symbolu władzy w domu: „Nuptam in domo viri dominium incipere oportet adipisci”.⁵

Uroczystość nie kończyła się jednego dnia. Dzień następny był poświęcony Larom. Na cześć Larów rodzinnych wrzucała w ogień drugiego asa i prosiła ich o opiekę.⁶ Potem udawała się na najbliższe drogi rozstajne, *compitum*, wyjmowała z kieszeni trzeciego asa i wydobywała z niego dźwięk, chcąc przekonać się,

¹ FESTUS, v. Gaia Caecilia. Por. KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* t. 2 s. 158.

² FESTUS, v. aqua et igni; VARRO, *De ling. lat.* 5, 61; OVID., *Fast.* IV, 788. 792; Scaev., D. 24, 1, 66, 1; SERV., in *Aen.* 4, 103. 167. 339.

³ BONFANTE, *Corso* t. I s. 46; CUQ, *Manuel des instit. jurid.*² s. 155. Twierdzenie SERWJUSZA, in *Aen.* 4, 103, że przez użycie tych dwóch pierwiastków natura coniuncta habeatur i LAKTANCJUSZA, *Div. Inst.*, 20, 10 (Migne, 6, 310), wywołane zostało pewnymi poglądami filozoficznymi. Ogień to pierwiastek aktywny — męski, a woda bierny — żeński. Połączenie ich stwarza wszelkie życie. Stąd też używano ich przy obrzędach zawarcia małżeństwa „ut sacramento ignis et aquae foedera sanciantur”, jak mówi Laktancjusz.

⁴ FESTUS, v. Genialis lectus; ARNOBIUS, *Adv. Gent.* 2, 67 (Migne, 5, 920—1); SERVIUS, in *Aen.* 6, 603.

⁵ MACROBIUS, *Sat.* 1, 15, 22.

⁶ NON. MARC., v. Nubentes.

czy bóstwa rozstajnych dróg są dla jej małżeństwa przychylne.¹ Po tych ceremoniach odbywała się znów uczta, zwana *repositio* — „quia reficitur potatio”.² Urządzano ją nie mniej wystawnie jak pierwszą, ponieważ ustawy starały się ukrócić wydatki na nią. Wkońcu małżonkowie wręczali sobie podarki, a także rozdawali gościom upominki.³

Nie zawsze wolno było zawierać małżeństwa. Istniały pewne dni w roku, *dies religiosi, parentales*, a szczególnie *Kalendae, Nona* i *Idus*, kiedy istniał zakaz zawierania małżeństwa. Jako powody tego zakazu Makrobjusz podaje okoliczność, że w *Kalendae* i *Idus*, które są *dies feriati*, nie wolno nikomu zadawać gołtu, a po zawarciu ślubu *vis fieri virgini videtur*.⁴

§ 4. Forma zawarcia małżeństwa a chrześcijaństwo.

Gdy chrześcijaństwo wystąpiło na widowni świata, Rzymianie posiadali następujące formy zawierania małżeństwa: *confarreatio* jako formę religijną zawarcia małżeństwa *cum manu, coemptio* i *usus* jako formy świeckie zawarcia małżeństwa *cum manu* oraz zwykle nieformalne oświadczenie zgody jako sposób zawarcia małżeństwa *sine manu*. Chrystjanizm względem tych form musiał zająć pewne stanowisko. Pismo św. żadnych bezpośrednich wskazań pod tym względem nie podawało, stąd też trzeba je było wysnuć z całokształtu i ducha nauki chrześcijańskiej.

I tak, co się tyczy formy zawarcia małżeństwa *cum manu*, to przede wszystkim chrześcijanie musieli zwrócić uwagę na *confarreatio* jako na formę religijną zawarcia małżeństwa. Wprawdzie w tym czasie była ona tylko formą kapłańską, ale w tej postaci utrzymała się najdłużej ze wszystkich form zawierania małżeństwa

¹ NON. MARC., v. Nubentes. Bliższego wyjaśnienia tej ceremonii nigdzie nie znajdujemy. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 46, nazywa ją „un rito oscuro”.

² FESTUS, v. *repositio*; GELLIUS, *Noct. Att.* 2, 24.

³ Ulp., D. 27, 3, 1, 5; Scaev., D. 24, 1, 66, 1.

⁴ MACROB., *Saturn.* 1, 15, 22.

cum manu, bo do chwili zupełnego zniesienia kapłanów pogańskich. Rzecz naturalna, że wobec ścisłego związku jej z kultem pogańskim, nie mogło być mowy o przeszczepieniu jej na grunt chrześcijański, mimo to nasuwała ona pewne idee nadania małżeństwu chrześcijańskiemu formy religijnej. Pozostałe formy zawarcia małżeństwa *cum manu* również nie znalazły zastosowania w Kościele, ponieważ małżeństwo to, głoszące zupełne podporządkowanie żony mężowi, nie odpowiadało zasadom małżeństwa chrześcijańskiego. Chrześcijanie zawierali zatem tylko małżeństwa *sine manu*, jeżeli byli obywatelami państwa, lub małżeństwa *iuris gentium*, jeżeli nie byli obywatelami. Chociaż Kościół przez długie wieki nie przepisał żadnej formy do objawienia zgody małżeńskiej, od początku swego istnienia zachęcał wiernych, aby zawierali małżeństwa publicznie i przy współudziale kapłana. Ignacy Antiocheński († 107) pisze: „Byłoby dobrze, gdyby ci, którzy zabierają się do stanu małżeńskiego, przed zawarciem związku zasięgali rady biskupiej, bo małżeństwo ma się opierać na woli bożej, a nie na namiętności”.¹ Tertuljan († 240) mówi, że, jeżeli kto pragnie zawrzeć małżeństwo w Panu i według prawa i myśli Apostołów, to powinien żądać go od biskupów, kapłanów i diakonów, jako sług tego sakramentu; oni to uskutecznią ten nierozzerwalny związek w dziewiczym Kościele, jedynej oblubienicy samego Chrystusa.² W innym dziele określa on bliżej czynności, towarzyszące zawieraniu małżeństwa. Słowa jego brzmią: „Skąd zdołam godnie określić szczęście tego małżeństwa, które Kościół łączy, ofiara zatwierdza i które błogosławieństwem przypieczętowane ogłaszają aniołowie, a Ojciec niebieski uznaje za prawdziwe”.³ Ambroży podaje, że małżeństwo powinno być poświęcone przez zasłonięcie welonem i błogosławieństwo kapłańskie.⁴ O współudziale Kościoła przy zawieraniu małżeństwa i bło-

¹ IGNACY ANTJOCH., *List do Polikarpa*, 5 (Pisma Ojców Kościoła I, 245 n.).

² TERTULL., *De monogamia*, c. 11 (Migne, P. L., 2, 993); *De pudicitia*, c. 4 (Migne, 2, 1038). Por. Arch. für. kath. K. R. t. 39 s. 149 n.

³ TERTULL., *Ad uxorem*, II, 9 (Migne, 1, 1415).

⁴ AMBROSIUS, *Epist. 19 ad Vigilium*, c. 7 (Migne, 16, 1026); por. także *De Abraham*, I, 9, 93 (Migne, 14, 473).

głosławieństwie kapłańskim świadczy także Grzegorz z Nazianzu.¹ Inocenty I (401—417) porównywuje błogosławieństwo kapłańskie przy zawieraniu małżeństwa z błogosławieństwem, jakiego P. Bóg udzielił pierwszym rodzicom po ich stworzeniu.² O ceremonii zasłonięcia welonem i o błogosławieństwie małżeńskim wspomina również papież Syrycjusz.³ Ambroży wspomina także o świadkach przy zawieraniu małżeństwa.⁴ Mimo to zgoda wyrażona bez żadnej formy, tajemnie, wystarczała do ważności związku małżeńskiego. Chociaż małżeństwa tajemne, zawierane bez współudziału władzy kościelnej, uważano za ważne, wobec Kościoła były one traktowane jako związki podejrzone, grzeszne i cudzołożne i ściągały na nupturjentów kary kościelne. Tertuljan tak o nich mówi: „Ideo penes nos occultae quoque coniunctiones, id est, non prius apud ecclesias professae iuxta moechiam et fornicationem iudicari periclitantur: nec inde consertae obtentu matrimonii crimen eludant”.⁵ Synod w Laodycei ok. r. 343 potępia tajemne związki małżeńskie i nie przyznaje im pełnych skutków prawnych.⁶ Synod rzymski, odbyty za czasów papieża Syrycjusza (384—398), nakazuje wyznaczać pokutę dziewicom, choćby Bogu nie poświęconym, które potajemnie zawierają małżeństwa bez uzyskania świadectwa krewnych i kapłanów.⁷ Papież Hormisdas w VI wieku nakazuje, aby wierni zawierali związki małżeńskie publicznie i otrzymywali błogosławieństwo od kapłanów. Odnośny tekst brzmi: „Nullus fidelis, cuiuscumque conditionis sit occulte nuptias faciat, sed benedictione acceptata a sacerdote, publice nubat in Domino”.⁸ Statuta ecclesiae antiqua z końca V lub początku VI w. głoszą, że błogosławienie związku małżeńskiego powinno odbywać się

¹ GREGOR. NAZIAN., *Ep.* 193 (Migne, P. G., 37, 316).

² INNOC I, *Epist. 2 ad Victric.*, c. 6 (Migne, 20, 475).

³ SIRICIUS, *Ep. ad divers. episc.* (Migne, 13, 1164); *Epist. 1 ad Himer.*, c. 4 (Migne, 13, 1136) = c. 50 C. 27 q. 2.

⁴ AMBROSIUS, *De lapsu virginis consecratae*, c. 5 (Migne, 16, 388—9).

⁵ TERTULL., *De pudicitia*, c. 4 (Migne, P. L., 2, 1038).

⁶ Conc. Laodic., c. 1 (Mansi, 2, 564).

⁷ Conc. Rom., c. 1 (Migne, P. L., 13, 1181 n.).

⁸ HORMISDAS w c. 2 C. 30 q. 5.

w kościele w obecności rodziców lub swatów.¹ W najdawniejszych sakramentarjach Kościoła rzymskiego, jak Leona W. (440—61), Gelazego I (492—496) i Grzegorza W. (590—604), a także w dawnych rytuałach znajdujemy formę błogosławienia związku małżeńskiego.² Na Zachodzie jednak rozwój prawa w kierunku wytworzenia obowiązkowej formy kościelnej zawarcia małżeństwa szedł wolniej, niż na Wschodzie.³

Chrześcijanie z początku przyjęli również prawie wszystkie ceremonie, towarzyszące zawieraniu rzymskich związków małżeńskich, które odbywały się, bądź w domu ojcowskim oblubienicy, bądź w domu oblubieńca, z wyjątkiem tych, które nie dały się pogodzić z charakterem religii chrześcijańskiej; ceremoniom tym nadano jednak formę i znaczenie chrześcijańskie.⁴ Oblubienica chrześcijańska podobnie jak oblubienica pogańska w wieczór przedślubny składała strój dziewczęcy, *toga praetexta*, a przybierała długą białą szatę o purpurowej frendzli, zwaną *tunica recia* albo *regilla*, która tworzyła strój ślubny obok czerwonej zasłony, *flammeum*, służącej do osłonięcia głowy, *nubere caput*, skąd nazwa *nuptiae*. Podawanie sobie przez oblubieńców dłoni, *dextrarum iunctio*, w chwili, kiedy objawiali wolę zawarcia małżeństwa, pierścionki i koronowanie nowożeńców istniały także w Kościele.⁵ U chrześcijan stracił znaczenie i odpadł cały rytuał

¹ C. 101 = c. 5 C. 30 q. 5. BRUNS, *Canones apostolorum et conciliorum saeculorum IV—VII*. Berolini 1839 t. 1 s. 143.

² *Sacramentaria Leonis* (Migne, P. L., 55, 130), *Gelasii* (Migne, P. L., 74, 1213) i *Gregorii* (Migne, P. L., 78, 261); *Rit. Rom.*, tit. VII, c. 2. SALVIOLI, *La benedizione nuziale fino al concilio di Trento* w *Archiv. giur.* t. 53 (1894).

³ KS. GROMNICKI, *Forma zawierania zaręczyn i małżeństw* s. 20 n.; ABRAHAM, *Forma zawarcia zaręczyn i małżeństwa* s. 13 n.

⁴ DUCHESNE, *Origines du culte chrétien*.³ Paris 1903 s. 434: „Sauf ce qui un caractère nettement religieux, surtout l'aruspicine et les sacrifices, tout le rituel nuptial romain a été conservé à l'usage chrétien”.

⁵ TERTULLIANUS, *Ad uxorem*, II, 9 (Migne, P. L., 1, 1415); tenże, *De virginibus velandis*, c. 11 (Migne, 2, 952 n.); AMBROSIIUS w c. 8 C. 30 q. 5; CHRYSOSTOMUS, *Hom. 48 in Genes.*, c. 6 (Migne, P. G., 54, 443); *Sacramentaria Leonis* (Migne, P. L., 55, 130), *Gelasii* (Migne, P. L., 74, 1213) i *Gregorii*

specyficznie pogański, jak badanie woli bogów, *auspicia*, ofiara owcy i t. p., utrzymała się natomiast praktyka wprowadzania oblubienicy do domu oblubieńca połączona z poświęcaniem łoża małżeńskiego oraz zwyczaj spisywania wobec świadków umów ślubnych, *tabulae nuptiales*.¹

Charakter religijny małżeństwa chrześcijańskiego wywarł wpływ na ustawodawstwo cesarzy chrześcijańskich. Ustawodawstwo to jednak przez długi czas nie przepisywało żadnych obrzędów religijnych przy zawieraniu małżeństwa ani nie przywiązywało do nich żadnego znaczenia prawnego, a tylko uważało je za dowody, służące do stwierdzenia zgody na zawarcie małżeństwa. Cesarze Teodozjusz II i Walentynjan III (428) wyraźnie głoszą, że, jeżeli obrzędy ślubne zostaną opuszczone, nie należy jeszcze z tego wyciągać wniosku o nieważności związku małżeńskiego. Tekst odnośny opiewa: „Si... pompa aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem”.² W czasach Justynjana chrześcijanie zawierali małżeństwa w domach swych przez dotykane ewangelji albo w kościołach przez przysięgę, lecz to również nie było wymagane do ważności małżeństwa.³ Zawieranie zaś małżeństwa wobec defensora kościoła nie posiadało jeszcze charakteru religijnego, gdyż *defensor ecclesiae* i duchowni, biorący udział przy sporządzeniu dokumentu ślubnego, występowali jedynie w celu przyjęcia oświadczenia woli nupturjentów. Taki sam charakter miało rozporządzenie Leona Izauryjczyka i syna jego Konstantyna, które przepisywało zawieranie małżeństwa w formie pisemnej

(Migne, P. L., 78, 261); ISIDORUS, *De eccles. officiis*, II, 19 (Migne, P. L., 83, 807 n.). DAREMBERG ET SAGLIO, *Dictionnaire des antiqu. grecques et rom.*, v. matrimonium, t. 3^e s. 1654 n.; GLASSON, *Le mariage civil et le divorce* s. 168 n.

¹ TERTULLIANUS, *Ad uxorem*, II, 3 (Migne, 1, 1405); tenże, *De exhortatione castitatis*, 9 (Migne, 2, 973); VICTOR VITENUS, *De persecutione Vandalica*, V, 3 (Migne, 58, 243); SIDONIUS APOLLINARIS, *Epist.*, VII, 2 (Migne, 58, 566); ISIDORUS, *De eccl. off.* II, 20, 10 (Migne, 83, 812).

² C. 5, 4, 22.

³ Nov. 74, 5.

z podpisem trzech świadków.¹ Forma kościelna zawierania małżeństwa w prawie świeckim na Wschodzie była nakazana dopiero przez Leona Filozofa.² Na tem wpływ wzajemny prawa bizantyńskiego na prawo kościelne, a prawa kościelnego na prawo bizantyńskie został zakończony.³

¹ *Eclog.* II, 1, 3, 8.

² *Nov.* 89.

³ TROPLONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains* s. 81 n.; MILAŠ, *Das Kirchenrecht der morgenländ. Kirche* s. 595; Ks. GROMNICKI, *Forma zawierania zaręczyn i małżeństwo* s. 17—20; ABRAHAM, *Forma zawarcia zaręczyn i małżeństwa* s. 12—3.

Rozdział IV.

WYMOGI DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA.

Zdolność do zawarcia małżeństwa zależy od pewnych warunków. Warunki te wynikają z przyczyn różnorodnych: naturalnych, prawnych, socjalnych, politycznych, etycznych, religijnych. W ciągu wieków ulegały one licznym zmianom; przytem były one różne zależnie od rodzajów małżeństw. Prawo rzymskie wyrobiło te warunki odnośnie do małżeństwa prawnego — *matrimonium legitimum* i to początkowo tylko odnośnie do małżeństwa *cum manu*, a z powstaniem małżeństwa *sine manu* rozciągnięto je także i na te ostatnie. Warunki wyrobione przez Rzymian można podzielić na dwie kategorie: bezwzględne i względne, zależnie od tego, czy brak ich powoduje zakaz ogólny zawarcia małżeństwa z każdą osobą, czy tylko z niektórymi osobami. Brak tych warunków nazywamy przeszkodą do zawarcia małżeństwa, *impedimentum*, które stosownie do podziału warunków mogą być bezwzględne, t. j. wykluczające wogóle zawarcie małżeństwa, lub względne, t. j. wyłączające małżeństwo tylko z niektórymi osobami.¹

Rozpatrzmy najpierw warunki bezwzględne do zawarcia małżeństwa, a potem względne.²

¹ VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali* w Studi in memoria di Albertoni, I, 1933. W kanonistyce przyjął się podział przeszkód małżeńskich na dwa rodzaje: impedimenta dirimentia i impedimenta impeditantia. Pierwsze czynią małżeństwo nieważnem, a drugie tylko niedozwolonem. Terminologia ta od pierwszych wieków nie była znana; rozwój jej rozpoczyna się dopiero od chwili wydania Dekretu Gracjana por. FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 221 n.

² Przy omawianiu ich trzymać się będziemy porządku przyjętego przez BONFANTE'GO, *Corso* t. 1 s. 194 n.

§ 1. Warunki bezwzględne do zawarcia małżeństwa.

Prawo rzymskie zna następujące warunki bezwzględne do zawarcia małżeństwa: zdolność prawną, zdolność fizyczną, jedność małżeństwa, zachowanie czasu żałoby, nadto w prawie chrześcijańskim warunek, aby nie zachodziła przeszkoda z tytułu święceń wyższych lub uroczystego ślubu czystości w zakonie i wreszcie przyzwolenie stron oraz zezwolenie osób, które posiadają nad nimi władzę.

1. ZDOLNOŚĆ PRAWNA.

Do zawarcia małżeństwa wymaga się przedewszystkiem zdolności prawnej, zwanej *conubium*. Ulpjan tak o niej mówi: „Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit”.¹ *Conubium* stanowi wymóg charakteru prawnego, konieczny do tego, aby można zawrzeć małżeństwo prawnie z punktu widzenia prawa rzymskiego, co Ulpjan tak określa: „Conubium est uxoris iure ducendae facultas”.² *Conubium* posiadają wolni obywatele. Ulpjan powiada, że *conubium* posiadają ci, którzy nie są krewni w stopniu przez prawo zakazanym.³ Oprócz obywateli posiadali *ius conubii* ci nieobywatele, którym go udzielono.⁴

¹ ULP., *Reg.* 5, 2.

² ULP., *Reg.* 5, 3.

³ ULP., *Reg.* 5, 4. Niektórzy romaniści dzisiejsi pod wyrazem *conubium* rozumieją wszystkie wymogi, poza wiekiem i zezwoleniem, konieczne do zawarcia ważnego małżeństwa. Por. SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 55; GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 160; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituz.* t. 2 s. 189.

⁴ Ponieważ w czasach pierwotnych poszczególne rody posiadały charakter autonomicznych związków politycznych, *conubium* posiadali tylko członkowie tego samego rodu. Por. MOMMSEN, *Die röm. Eigennamen* w Rhein. Mus. f. Phil. t. 15 (1860); tenże, *Röm. Forsch.* t. 1 s. 9. Do zawarcia małżeństwa z członkiem innego rodu wymagano aktu natury religijnej, *gentis enuptio*, analogicznego do *adrogatio* por. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica* t. 2 s. 58 — 9. Później miejsce *gentes* zajęło państwo i dlatego tylko obywatele mogli zawierać pomiędzy sobą małżeństwo prawne.

Ulpian tak to wyraża: „Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit”.¹ Rzymianie, zawierając traktaty międzynarodowe z różnemi państwami Italji środkowej, zwykle udzielali mieszkańcom tych państwek rzymskiego *commercium*, lecz *conubium* im nie udzielali. *Civitates latini nominis*, korzystające wśród państw sprzymierzonych ze szczególnych przywilejów, również otrzymywały zwykle rzymskie *commercium*, lecz bez *conubium*.² Stopniowo jednak Rzymianie zaczęli udzielać *ius conubii* w drodze przywileju różnym narodom italskim, aż wreszcie na mocy *lex Iulia* z r. 90 i *lex Plautia Papiria* z r. 89 przed Chr. prawo to otrzymały wszystkie narody italskie. *Conubium* udzielano także w nagrodę wysłużonym weteranom peregrynom, ale z tem zastrzeżeniem, że tylko pierwsze związki małżeńskie zawarte po wyjściu ze służby wojskowej, *honestas missio*, z niewiastą pochodzenia latyńskiego lub peregryńskiego uważano za prawne.³ W początkach cesarstwa nie posiadają jeszcze *conubium* gminy prowincjonalne, z wyjątkiem tych, którym cesarz udzielił go w drodze specjalnego przywileju, bądź bezpośrednio, bądź jako skutek udzielenia prawa obywatelstwa.⁴ Cesarz Karakalla w 212 r. udzielił wszystkim mieszkańcom państwa prawa obywatelstwa rzymskiego, a tem samem udzielił im i *ius conubii*.⁵ Zasada, że małżeństwa prawne mogą zawierać pomiędzy sobą tylko obywatele rzymscy, pozostała nieukniona i w prawie justynjańskim. W Instytucjach Justynjana czytamy bowiem: „Iustas nuptias inter se cives Romani contrahunt”.⁶

¹ Ulp., *Reg.* 5, 4; GAIUS 1, 56.

² BINDER, *Die Plebs* s. 355, przypuszcza, że *civitates latinae* od czasów bardzo dawnych posiadały *conubium* z plebejuszami.

³ GAIUS 1, 57.

⁴ ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm. Ehe* s. 392, podaje przy czyny tej wstrzemięźliwości Rzymian.

⁵ Ulp., D. 1, 5, 17. BRASSLOFF, *Die Peregrinenprätur und die Constitutio Antoniniana von Jahre 212* w *Mitteil. des Kais. deutsch. Inst.*, R. Abth. t. 25 (1911) s. 260—6.

⁶ *Inst.* 1, 10 pr.

Co się tyczy małżeństw mieszanych, zawartych pomiędzy obywatelem rzymskim, a peregrynką lub pomiędzy obywatelką rzymską, a peregrynem, prawo podaje następujące przepisy. Jeżeli obywatel rzymski zawarł małżeństwo z peregrynką, posiadającą *ius conubii*, powstawało małżeństwo prawne i syn urodzony z takiego małżeństwa stawał się obywatelem rzymskim i podlegał władzy swego ojca. Jeżeli zaś obywatelka rzymska wyszła za mąż za peregryna, obdarzonego przywilejem *conubii*, dzieci urodzone z tego związku były *iusti filii* ojca, lecz stawały się peregrynami. W czasach Hadryana na mocy uchwały senatu postanowiono, że, chociaż pomiędzy obywatelką rzymską i peregrynem nie będzie *conubium*, dzieci z tego związku urodzone stają się *iusti filii* ojca.¹

Z *ius conubii* nie mogły jednak korzystać narody, mieszkające poza obrębem *orbis romani*. Z tego względu w Rzymie od czasów najdawniejszych spotykamy małżeństwa endogamiczne, t. j. związki małżeńskie zawarte wewnątrz kraju pomiędzy obywatelami i obywatelkami.² Pod tym względem Rzymianie różnili się od pierwotnych Greków, którzy w przeciwstawieniu do endogamji praktykowali system egzogamji, czyli zdobywania żon na obczyźnie.³ W czasach monarchji absolutnej konstytucja cesarzy Walentynjana I i Walensa (365 r.) zabroniła nawet pod karą śmierci zawierania małżeństw pomiędzy obywatelami, a obcopoladanymi, *gentiles, barbari*.⁴ Zakaz ten pozostał również w prawie justyniańskim, a została zniesiona tylko dawna surowa sankcja karna.

¹ GAIUS 1, 76—7.

² WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 29 s. 353 n.; APPLETON, *L'origine de l'exogamie* w Rev. générale de droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger r. 1924—5. ESMEIN-GÉNÉSTAL, *Le mariage en droit canonique*² t. 1 s. 372, przypuszcza, że starożytni Rzymianie znali i praktykowali egzogamję, o czym ma świadczyć legenda o porwaniu Sabineek. Inne przykłady na korzyść egzogamji podaje ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm. Ehe* s. 463 i MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*. Leipzig 1888 t. 3 s. 633 uw. 1. Zasadę endogamji stosowali zawsze w całej pełni Izraelici por. Numeri XXVI, 7—8.

³ ZIELIŃSKI, *Historja kultury antycznej*. Warszawa 1922 t. 1 s. 81.

⁴ C. Th. 3, 14, 1.

2. ZDOLNOŚĆ FIZYCZNA.

Wymóg dojrzałości płciowej, *pubertas*, wynika z celu pierwszorzędnego małżeństwa, którym jest krzewienie potomstwa.

Według zasad pierwotnych dojrzałość fizyczną mężczyzn u Rzymian ustalał dla każdej poszczególnej osoby *paterfamilias* względnie opiekun, a uznanie za dojrzałego oznaczano zapomocą wkładania togi męskiej, *toga virilis*, zamiast dawnej togi dziecięcej, *toga praetexta*. Ceremonja ta odbywała się 17 marca w *Liberalia*, t. j. w uroczystość boga Libera. W dniu tym ojciec względnie opiekun prowadził chłopca, który doszedł do dojrzałości, na *forum* i wpisywał go na listę obywateli. Mężczyzna, który dotychczas nazywał się *praetextatus* lub *investis*, od tej chwili był uważany za dojrzałego i nazywał się *vesticeps*.¹ W czasach pryncypatu, szczególnie dla członków domu cesarskiego, niekiedy przyspieszano zaliczenie do szeregu dojrzałych, co nazywano *togam maturare*.² Co się tyczy kobiet, to pierwotnie ustalano dojrzałość ich, podobnie jak mężczyzn, wedle *habitus corporis*, lecz ponieważ indywidualne określanie wieku dojrzałości kobiet ze względów skromności było nieodpowiednie, wyrobił się dla nich wiek stały, mianowicie ukończenie 12 lat życia świadczyło o dojrzałości fizycznej kobiet, *viripotentia*.³ W okresie prawa

¹ GELLIUS 5, 19; Ulp., D. 43, 30, 3, 6. W czasach dawniejszych Rzymianin zwykle przywdziewał togam virilem po ukończeniu lat 16 i zaraz zawierał małżeństwo. Zob. CIC., *Brut.* 88 n.; GELLIUS 4, 20, 3; MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* t. 1 s. 126—130. W czasach klasycznych zawierano małżeństwo nieco później zob. FRIEDLÄNDER, *Darstellung aus der Sitten Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine* t. 1 s. 248 n.

² TAC., *Ann.* 12, 41; ROSSBACH, *Untersuchungen über d. röm. Ehe* s. 414 n.

³ Liczne napisy rzymskie wspominają o dwunastoletnich i trzynastoletnich żonach por. C. I. L., III, 2382; V, 7539; VI, 18703, 29324; X, 2311. Pierwotnie wystarczał do małżeństwa wiek niższy por. BRASSLOFF, *Die Rechtsstellung der Vestalinen und das Heiratsalter im altröm. Recht.* w *Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss.* t. 22 (1908) s. 140—7. O wieku, w którym kobieta była zdolna zawrzeć małżeństwo, w prawie papirusowem por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 37 (1916) s. 188 uw. 2.

klasycznego odnośnie do kobiet obowiązuje bezwzględnie wiek stały, a nie *habitus corporis*.¹ Dla mężczyzn zasada dawna określania dojrzałości utrzymała się dłużej,² ale i tu powstało dążenie do zamiany jej na wiek stały. W dyskusji na ten temat brały udział obie znane w jureksprudencji rzymskiej szkoły: prokulejańska i sabinjańska. Szkoła prokulejańska była za określeniem stałego wieku dojrzałości dla mężczyzn, mianowicie 14 lat ukończonych, szkoła sabinjańska zaś trzymała się dawnego poglądu, że dojrzałym jest „qui habitu corporis pubertatem ostendit”.³ Później powstał trzeci pogląd Priskusa, wymagający jednocześnie obydwóch warunków, t. j. ukończenia 14 lat i zarazem dojrzałości fizycznej.⁴ Definitywne rozstrzygnięcie sprawy przyniosły dopiero czasy justynjańskie. Justynjan w konstytucji swej z r. 529 usunął dawny sposób nieprzyzwoity badanie dojrzałości mężczyzn — „indecoram observationem in examinanda marum pubertate”, a postanowił, że, podobnie jak kobiety po ukończeniu 12 lat życia są uważane za dojrzałe, tak samo mężczyźni po osiągnięciu 14 lat życia mają być uważani za dojrzałych bez nieprzyzwoitego badania ciała — „indagatione corporis inhonesta cessante”.⁵ Jako motyw przepisu tego Justynjan podaje względ etyczny swych czasów — „castitas temporum nostrorum”.⁶ Wprawdzie powyższe rozstrzygnięcie miało na względzie sprawę opieki, dla której ustalenie wieku dojrzałości było rzeczą niezbędną, odnosiło się ono również do małżeństwa, jak to zresztą zaznacza sam Justynjan.⁷

Wiek dojrzałości wymagany do małżeństwa jest wiekiem stałym, niewzruszalnym i nie ulegającym żadnym wyjątkom. Jeżeli

¹ COLLINET, *La puberté et la plena pubertas* w *Nouv. revue hist. de droit fr. et étr.* t. 24 (1900) s. 368—9, jest zdania przeciwnego.

² *Inst.* 1, 22 pr.; C. 5, 60, 3.

³ GAIUS 1, 196; TERTULLIANUS, *De virg. vel.*, 11 (Migne, 2, 954): „pubertatem in annis decernentes”.

⁴ ULP., *Reg.* 11, 28. HÖRMANN, *Die desponsatio impuberum*. Innsbruck 1891 s. 17 n. Zdaje się, że pogląd Priskusa stał się panującym por. PERNICE, *Labeo* t. 1 s. 211.

⁵ C. 5, 60, 3.

⁶ *Inst.* 1, 22 pr.

⁷ C. 5, 4, 24.

jednak kobieta wyszła za mąż przed osiągnięciem 12 lat, to z chwilą ukończenia ich u mężczyzny, stawała się prawną małżonką — *legitima uxor*.¹

Prawo może określić nie tylko minimalną, lecz także maksymalną granicę wieku do wstąpienia w związek małżeński, po przekroczeniu której małżeństwo staje się niedozwolone. Według niektórych autorów podobny przepis, stanowiący granicę maksymalną wieku do wstąpienia w związek małżeński, został określony przez *lex Iulia et Papia Poppaea*.² Wiekiem tym dla mężczyzn było ukończenie 60, a dla kobiet 50 lat życia, a myślą przewodnią powyższego przepisu było, że po ukończeniu tego wieku, tak mężczyzna, jak również kobieta stają się bezpłodni, a zatem nie mogą dopełnić głównego celu małżeństwa.³ W konsekwencji *lex Iulia et Papia Poppaea* zwalnia mężczyzn powyżej lat 60 i kobiety powyżej lat 50 od kar bezżeństwa lub bezdzietności, lecz *senatusconsultum Persicinium*, uchwalone prawdopodobnie w czasach Tyberjusza, karze te osoby, jeżeli nie zawarły małżeństwa przed osiągnięciem powyższego wieku.⁴ Następnie, *senatusconsultum Claudianum* zwalnia mężczyzn powyżej lat 60 od kar ogłoszonych przez *senatusconsultum Persicinium* w razie zawarcia małżeństwa z kobietą poniżej lat 50.⁵ Wreszcie, *senatusconsultum Calvisianum* głosi, że małżeństwo zawarte pomiędzy mężczyzną poniżej lat 60 i kobietą powyżej lat 50, zwane *impar matrimonium*, pozbawia zdolności do nabycia spadku, zapisu lub posagu.⁶ Powyższe przepisy były błędnie tłumaczone przez jurysprudencję, jako zakazy zawierania małżeństwa pomiędzy mężczyzną powyżej lat 60 i kobietą powyżej lat 50. W czasach chrześcijańskich cesarz Justynian zniósł te ograniczenia w dwóch konsty-

¹ Pomp., D. 23, 2, 4.

² OKĘCKI, *Prawo rodzinne u Rzymian* t. 1 s. 95.

³ DIONYS. 4, 6; Iustin. (532), C. 6, 58, 12.

⁴ ULP., *Reg.* 16, 3; SUET., *Claud.* 23. JÖRS, *Über das Verhältnis der lex Iulia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea*. Bonn 1882 s. 10—13; CORBETT, *The roman law of marriage* s. 52—3.

⁵ ULP., *Reg.* 16, 4.

⁶ ULP., *Reg.* 16, 4. SECKEL-MEYER, *Zum sogenannten Gnomon des Iddioslogos* s. 16 n.

tucjach i przywrócił w całości zupełną swobodę zawierania małżeństw bez wszelkich ograniczeń maksymalnych wieku.¹

Chrześcijaństwo trzymało się tych samych zasad. Tertuljan wspomina, że kobieta powinna ukończyć 12 lat, a mężczyzna 14.² Trafiały się jednak małżeństwa wcześniejsze, lecz stawały się one prawomocne dopiero po ukończeniu 12 lat dziewczyny. Epitaf z r. 349 mówi o pewnej kobiecie Konstancji, która w chwili śmierci miała 18 lat, a żyła w małżeństwie lat 8, z czego wynika, że wyszła za mąż w 10 roku życia.³

Co się tyczy niezdolności fizycznej do aktu małżeńskiego u osób dojrzałych, to w dawniejszym prawie rzymskim *spadones* posiadali zdolność zawarcia małżeństwa.⁴ Ulpjan głosi: „Nam (spado) et uxorem ducere et adoptare potest”.⁵ Wyraz *spadones* oznacza wogóle niezdolnych do płodzenia dzieci i obejmuje tych, którzy z natury są niezdolni, jak również tych, którzy stali się niezdolni w inny sposób.⁶ W prawie justyniańskim powstaje rozróżnianie wśród *spadones* dwóch kategorii. Do pierwszej należą *castrati*, a do drugiej *spadones*, czyli niezdolni do płodzenia dzieci nie z powodu kastracji, lecz jakiejś innej przyczyny. Pierwszym nie wolno było zawierać małżeństwa, a drugim wolno było je zawierać. W Pandektach czytamy: „Si spadoni mulier nupserit distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium et dos et dotis actio est”.⁷ Niemoc jedna-

¹ Iustin. (531—2), C. 5, 4, 27.

² TERTULLIANUS, *De virginibus velandis*, c. 11 (Migne, 2, 954). Jak widać jest on zwolennikiem zdania szkoły prokulejańskiej. Por. ROBERTI, *L'età nelle fonti patristiche* w *Archivio giuridico* t. 91 (1924) s. 77 n.; HOFMEISTER, *Puer, juvenis, senex* w *Festschrift P. Kehr*. München 1926 s. 287 n.

³ Ks. BILCZEWSKI, *Małżeństwo w dawnych chrześcijańskich pomnikach* s. 19; więcej przykładów zob. KRAUSS, *Real-Encycl.* t. 1 s. 382, v. Ehe.

⁴ Por. SCHUBART, *Galli und Spadones im Gnomon des Idioslogos* w *Aegyptus* t. 14 s. 89 n.

⁵ D. 28, 2, 6, pr.

⁶ Ulp., D. 50, 16, 128.

⁷ Ulp., D. 23, 3, 39, 1. Począwszy od słów „distinguendum arbitror” tekst jest interpolowany; por. także Marcian., D. 40, 2, 14, 1. Zakończenie tekstu „non idem” etc. jest dodane w drodze interpolacji. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 196 uw. 1.

kowoż może być powodem do rozwiązania małżeństwa. Rozwód taki, według Justynjana, można było otrzymać pierwotnie dopiero po dwóch latach wspólnego pożycia,¹ a później termin ten został przedłużony do lat trzech.² Cesarz Leon Filozof zabronił błogosławienia małżeństw zawieranych przez eunuchów. Związki te nie były uznane za małżeństwa, a duchowni błogosławiący je byli karani pozbawieniem urzędu, eunuch zaś był karany tak jak za *stuprum*.³

Przepisów kościelnych o niezdolności fizycznej do aktu małżeńskiego osób dojrzałych w pierwszych wiekach nie znajdujemy. Kościół w praktyce w dziedzinie tej stosował zwykle zasady prawa rzymskiego, odrzucając naturalnie rozwiązanie małżeństwa w drodze rozwodu.⁴

W sprawie hermafrodytów prawo rzymskie przepisuje, że nie stanowią oni osobnej płci, lecz mają być zaliczeni do płci męskiej lub żeńskiej, wedle tego, która z nich przeważa. Ulpjan mówi: *Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet*".⁵

3. JEDNOŚĆ MAŁŻEŃSKA.

Małżeństwo rzymskie jest od najdawniejszych czasów związkiem monogamicznym mężczyzny i kobiety, podobnie jak u Greków, t. zn. że mężczyzna może posiadać jednocześnie tylko jedną żonę, a kobieta tylko jednego męża. Małżeństwu monogamicznemu przeciwstawia się poligamja, t. zn. że mężczyzna może równocześnie pozostawać w małżeństwie z wielu osobami odmiennej płci. W pierwszym wypadku mamy do czynienia z poliginją, a w drugim z poliandrią.

¹ Iustin. (528), C. 5, 17, 10.

² Nov. 22, 6 (z r. 536). SEHLING, *Die Wirkungen der Geschlechtsge-meinschaft auf die Ehe*. Leipzig 1885 s. 1 n.

³ Const. 93. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 207 — 211, 758; MILAŠ, *Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche* s. 586, 597, 637.

⁴ AUGUSTINUS w c. 18 C. 32 q. 5; c. 27 C. 32 q. 7. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 759.

⁵ D. 1, 5, 10; Paul., D. 22, 5, 15; Ulp., D. 28, 2, 6, 2.

Już ustawa religijna Numy Pompiljusza potępia poligamię, zabraniając kobiecie, która wychodzi zamaż za mężczyznę żona tego, dotykania się ołtarza Junony, bogini małżeństwa, a w razie dotknięcia się go nakazuje złożenie Junonie na ofiarę jagnięcia;¹ a i później obyczaje rzymskie były przeciwne związkom poligamicznym.² W państwie rzymskim, szczególnie we wschodnich jego częściach, zamieszkiwały jednakowoż narody, uznające związki poligamiczne, które prawo państwowe zwalczało i karało. I tak, pretorowie karali infamją tych, którzy zawierali równocześnie w imieniu własnem, a nie z woli osoby, której władzy podlegali, albo w imieniu tej osoby, którą posiadali pod swoją władzą, podwójne małżeństwo: „Infamia notatur... quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet,... binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit”.³ Chociaż w tekście niema wyraźnej wzmianki o kobiecie, wyraz *quive* oznacza zapewne małżonka bez różnicy płci,⁴ na co zresztą wskazują wyrazy *quem quamve* podane nieco dalej w tymże tekście. Wprawdzie Swetonjusz w życiorysach cesarzy podaje, że Cezar miał rzekomo wydać ustawę, pozwalającą na posiadanie tyle żon, ile kto zechce,⁵ przez cały jednak przeciąg czasu istnienia państwa rzymskiego pozostała nienaruszona zasada: „Neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere”.⁶ Cesarze również ogłaszają infamję na mężczyznę, posiadającego więcej niż jedną żonę, a nadto karzą go za bigamię, jak za *crimen stupri*.⁷ Najpierw czynią to w konstytucji swej Walerjan i Galienus (258) w zastosowaniu do samych

¹ FESTUS, v. Paelices: „Paelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito”.

² ZIELŃSKI, *Historja kultury antycznej* t. 1 s. 26 n.

³ Iulian., D. 3, 2, 1. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano* w Studi in memoria di Ratti (1933) s. 421 n.

⁴ ULP., D. 50, 16, 1. JOLLY, *Des seconds mariages*. Paris 1896 s. 87.

⁵ SUET., *Caes.* 52.

⁶ GAIUS 1, 63; *Inst.* 1, 10, 7.

⁷ W sprawie znaczenia wyrazu *stuprum* por. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* w Studi econ.-giur. della Università di Cagliari t. 17 (1929) s. 56 n.

tylko obywateli rzymskich,¹ a później Dioklecjan i Maksymjan (285) rozszerzają sankcję tę na wszystkich mieszkańców państwa. Odnosny tekst konstytucji tych ostatnich cesarzy brzmi: „Neminem, qui sub dicione sit Romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur”.² Cesarze chrześcijańscy jeszcze silniej podkreślają zakaz poligamii. Według Konstantyna, kobieta, posiadająca więcej, niż jednego męża, była uważana za *adultera* i surowo karana.³ Sławna jest w naszej materji konstytucja cesarzy Walentynjana, Teodozjusza i Arkadiusza, wydana w r. 393 przeciwko Żydom, która głosi: „Nemo Iudaeorum morem suum in coniunctionibus retinebit nec iuxta legem suam nuptias sortiatut nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat”.⁴ W prawie justynjańskiem kara za bigamię została znacznie obostrzona. I tak, małżonka bigamistę skazywano na śmierć, a kobietę karano jako cudzołożnicę, t. j. karą chłosty i zamknięciem na całe życie w klasztorze.⁵

¹ C. 9, 9, 18.

² C. 5, 5, 2. Konstytucja ta prawdopodobnie była spowodowana przez kontakt z różnemi narodami, które stosowały w praktyce system poligamii. Por. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 221 n.; STADE, *Der Politiker Diokletian und die letzte grosse Christenverfolgung* s. 77 n.; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² 39 uw. 1; VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in dir. rom.* w Studi di Ratti s. 419 n. TAUBENSCHLAG, *Das röm. Privatrecht zur Zeit Diokletians* s. 234, na podstawie konstytucji tej dowodzi, że poligamia nie była zakazana. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899 s. 701, twierdzi, że Rzymianie podczas całego okresu klasycznego nie znali właściwego pojęcia przestępstwa bigamii, jako postaci samoistnej. Nazwa bigamus, trigamus i t. d., według niego, po raz pierwszy spotyka się dopiero w źródłach kościelnych por. ISIDORUS, *Etym.* 9, 7, 15 (Migne, 82, 365).

³ Constant. (337), C. 5, 17, 7; Nov. 117, 11.

⁴ C. 1. 9, 7. IUSTER, *Les juifs dans l'Empire romain*. Paris 1914 t. 2 s. 53, utrzymuje, że przepis ten nie był ściśle stosowany. Pisarze chrześcijańscy jednak podają, że Żydzi przepis ten zachowywali por. CHRYSOST., *In Epist. I ad Timoth.*, c. 3, Hom. X (Migne, P. G., 62, 547); THEODORETUS, *In I Tim.*, c. 3 (Migne, P. G., 82, 805).

⁵ Nov. 117, 11; 134, 10.

Naruszenie zasady monogamicznej małżeństwa rzymskiego, oprócz sankcji karnej, podlegało sankcji cywilnej. I tak, małżeństwo powtórne było nieważne, co wyraźnie stwierdzają Instytucje justynjańskie, głosząc, że w wypadku tym niema, ani małżeństwa, ani męża i żony, ani posagu. Dzieci zrodzone z takiego związku, *coitus*, są uważane za nieprawe, *spurii*. Zatem nietylko nie podlegają władzy ojcowskiej, ale nawet w obliczu prawa nie posiadają ojca.¹ Zdaje się, że nawet dobra wiara rodziców nie zwalnia ich od tych surowych następstw prawa.² Należy jednak pamiętać, że, wobec wolności rozwodów, małżeństwo istniejące stanowiło przeszkodę do zawarcia małżeństwa powtórnego tylko wówczas, gdy małżeństwo powtórne zostało zawarte przed dokonaniem rozwodu.³

Chrześcijaństwo, idąc za głosem swego Twórcy, od samego zarania istnienia stanęło na stanowisku bezwzględnej monogamji, potępiając poligamię jako sprzeczną z nauką ewangeliczną.⁴ Lecz, ponieważ prawo rzymskie także potępiało poligamię, dlatego też spotykamy w Kościele niewiele przepisów przeciwko niej wydanych.⁵ Nauka chrześcijańska o jedności małżeństwa nie pozostała bez wpływu na ustawodawstwo cesarzy chrześcijańskich. U pisarzy kościelnych spotykamy się nadto ze specjalnem, nieznanem prawu rzymskiemu, pojęciem bigamji, która powstaje wówczas, gdy ktoś wstępuje w związek małżeński po rozwiązaniu małżeństwa poprzedniego przez rozwód, o czem bliżej będzie mowa w związku z prawem rozwodowem.

¹ *Inst.* 1, 10, 12.

² ACCARIAS, *Précis de droit rom.* t. 1 s. 90 uw. 3.

³ CIC., *De orat.* 1, 40, 56.

⁴ MAT. XIX, 4 n.; I Kor. VII, 10—11; *Rzym.* VII, 2; JUSTINUS, *Dial. cum Tryphone*, 141 (Migne, P. G., 6, 800); ATHENAGORAS († 170), *Legatio pro christianis*, c. 33 (Migne, 6, 965 n.); THEOPHILUS ANTIOCH., *Ad Autolycum*, III, 4 (Migne, 6, 1126); MINUCIUS FELIX, *Octavius*, c. 31 (Migne, 3, 349 n.); CLEM. ALEX. († 217), *Stromat.*, III, 12 (Migne, 8, 1183); AMBROSIIUS († 397), *De Abraham*, I, 7 (Migne, 14, 464 n.).

⁵ Conc. Tolet. I (400), c. 17 (Mansi, 4, 1001)=c. 4 D. 34; conc. Rom. (402), c. 9 (Mansi, 3, 1137); ISIDORUS w c. 5, D. 34.

4. TEMPUS LUCTUS.

Prawo rzymskie zabraniało wdowie zawierania małżeństwa przed upływem pewnego terminu ustawowego od śmierci męża, *tempus constitutum*.¹ Zakaz ten posiadał pierwotnie charakter religijny. Ustawa Numy Pompiljusza nakazuje wdowie zachowanie żałoby po śmierci męża przez przeciąg dziesięciu miesięcy i zabrania jej podczas tego terminu zawierania małżeństwa; w razie naruszenia przepisu wdowa powinna złożyć bóstwu na ofiarę *bovem fetam*.² Prawo pretorskie za naruszenie *tempus luctus* karało infamją. Kara ta nie dotyczyła jednak bezpośrednio kobiety, lecz innych osób. I tak, według edyktu pretorskiego, wpadał w infamję przedewszystkiem ojciec, który, wiedząc o śmierci zięcia, wydał powtórnie zamąż wdowę, którą miał pod swoją władzą, przed upływem czasu żałoby. Następnie, wpadał w nią ten, kto ją poślubił, chyba, że czynił to z rozkazu swego ojca. Wreszcie, wpadał w nią *paterfamilias*, który tolerował, że osoba, podlegająca jego władzy, pojęła ją za żonę.³ Jeżeli kto pojął ją z rozkazu ojca, to, chociaż po swem wyjściu z pod jego władzy ją zatrzymał, w infamję nie wpadał.⁴ W czasie późniejszym, kiedy instytucja infamji została rozciągnięta także na kobiety, wpadała w nią także wdowa.⁵ Cesarz Gordjan w konstytucji swej z 239 r. wyraźnie stanowi, że wdowa, która zawiera nowe związki małżeńskie podczas twania żałoby, jak również ten, kto ją poślubia, stają się według edyktu *infames*.⁶ Żałoba obowiązywała tylko kobiety, męczyzna zaś był wolny od zachowania żałoby po śmierci żony: „Uxores viri lugere non compelluntur”.⁷ Czas żałoby obliczano

¹ PLUT., *Numa* 12; Ulp., D. 3, 2, 11, 1; *Nov.* 22, 40.

² PLUT., *Numa* 12.

³ Iulian., D. 3, 2, 1; *Frag. Vat.* 320. Pomiedzy tekstami temi zachodzi pewna różnica, którą rozpatruje KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 224 n. i GREENIDGE, *Infamia*. Oxford 1894 s. 173 n.

⁴ Paul., D. 3, 2, 12.

⁵ *Frag. Vat.* 320.

⁶ C. 2, 11 (12), 15.

⁷ Paul., D. 3, 2, 9.

jako *tempus continuum*, dlatego też biegł on od dnia śmierci męża, niezależnie od tego, czy wdowa wiedziała o niej, czy nie.¹

Zczasem zakaz zawierania małżeństwa przez wdowę po śmierci męża stracił swój charakter religijny i przybrał charakter natury fizjologicznej, mianowicie przez wzgląd na dzieci zrodzone z małżeństwa poprzedniego, t. zw. *turbatio sanguinis*,² co do którego mogła zachodzić wątpliwość, kto jest ich ojcem. Ten nowy punkt patrzenia powstał w prawie pretorskiem.³ Przeciąg czasu zabronionego do wstąpienia w nowe związki małżeńskie w celu uniknięcia *turbatio sanguinis* został ustalony na dziesięć miesięcy, podobnie jak i czas żałoby. Ulpjan podaje: „Praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur: qui solet elugeri”.⁴ W prawie klasycznym oba czasokresy: żałoby i wdowieństwa, chociaż opierały się na zasadach odmiennych, pokrywały się ze sobą, a nawet niektóre teksty łączą pojęcie naruszenia żałoby z zawarciem przedterminowem małżeństwa i pod nazwą czasu żałoby rozumieją czas, w ciągu którego kobieta powinna żyć we wdowieństwie. Łączenie tych dwóch pojęć jest jednak raczej pozorne, niż rzeczywiste i spowodowane jest tem, że oba czasokresy trwają jednakowo długo. W prawie klasycznym więcej, niż kiedykolwiek indziej, obie instytucje powinny być odróżniane. Jedynym motywem, dla którego kobieta nie może zawrzeć małżeństwa nowego przed upływem dziesięciu miesięcy, jest uniknięcie *turbatio sanguinis* w wypadku przyjścia na świat dziecka po zawarciu małżeństwa nowego. Z tego też względu, jeżeli dziecko przyszło na świat przed upływem dziesięciu miesięcy od śmierci małżonka, wdowa mogła bez żadnej przeszkody wyjść zaraz zamąż. Ulpjan, idąc za Pomponjuszem, tak mówi: „Quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare”.⁵ Z drugiej strony wdowa powinna zachować

¹ Ulp., D. 3, 2, 8.

² Ulp., D. 3, 2, 11, 1; Nov. 22, 40.

³ VOLTERRA, *Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio* w Riv. ital. per. sc. giurid., N. S. t. 8 (1933).

⁴ D. 3, 2, 11, 1; Grat., Val. i Theod. (381), C. 5, 9, 2; PAUL., Sent. 1, 21, 13; Frag. Vat. 320.

⁵ D. 3, 2, 11, 2; CICERO *Pro Cluentio* 12, 35.

legitimum tempus także w tych wypadkach, kiedy żałoba po mężu nie obowiązuje: „Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari”.¹ Żałoba jednak nie obowiązywała po mężach, którzy byli wrogami ojczyzny, zostali skazani za zdradę stanu, powieszeni za karę lub wreszcie byli samobójcami, z wyjątkiem jednak samobójstwa, dokonanego z powodu zniechęcenia do życia.² Z tego wynika, że wdowa nie może wstąpić w nowe związki małżeńskie przed upływem dziesięciu miesięcy nawet wówczas, kiedy jest wolna od noszenia szat żałobnych i innych oznak zewnętrznych smutku, *lugubria*.

Czasokres dziesięciu miesięcy obowiązuje tylko w tych wypadkach, gdy chodzi o zawarcie małżeństwa. Jeżeli zatem wdowa pragnie w ciągu tego czasu zawrzeć zaręczyny, zakaz nie skutkuje, ponieważ w wypadku tym nie zagraża *turbatio sanguinis*. Paulus tak to wyraża: „Quae virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet”.³

Jeżeli żona dowiedziała się o śmierci swego męża po upływie dziesięciu miesięcy od dnia jego zejścia, to mogła bezpośrednio wyjść za mąż, chociaż nie obchodziła wcale żałoby, ponieważ w wypadku tym nie zagrażała obawa z powodu *turbatio sanguinis*.⁴

Zachowanie dziesięciomiesięcznego okresu wdowieństwa w wypadkach rozwodu nie obowiązywało na podstawie *lex Iulia*, która nałożyła na wdowę obowiązek powtórnego wyjścia za mąż w ciągu sześciu miesięcy, a to w celu uniknięcia kar ustanowionych przeciwko celibatowi; termin ten *lex Papia Poppaea* przedłużyła na 18 miesięcy. Ta sama *lex Iulia* w wypadku śmierci męża określiła *vacatio legis* na przeciąg jednego roku, a *lex Papia Poppaea* przedłużyła ten termin do lat dwóch.⁵

¹ Ulp., D. 3, 2, 11, 1.

² Ulp., D. 3, 2, 11, 3.

³ D. 3, 2, 10, 1.

⁴ Ulp., D. 3, 2, 8.

⁵ ULP., *Reg.* 14, 1.

Od zachowania okresu wdowieństwa można było otrzymać od cesarza dyspensę. Paulus podaje: „Solet a principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat”.¹

Z chwilą zapanowania w państwie rzymskim chrześcijaństwa *tempus luctus* zmienia znów swój charakter i zbliża się do swego charakteru pierwotnego. Chrześcijaństwo opiera *tempus luctus* na względach natury religijnej, a nie na względach natury fizjologicznej, jak to czynili prawnicy klasyczni: na *religio luctus*, a nie na *turbatio sanguinis*. Ten punkt patrzenia dominuje u wszystkich cesarzy chrześcijańskich. I tak, Teodozjusz W. mówi o kobiecie, która przedwcześnie zawarła małżeństwo, że „nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit”,² Justynjan zaś mówi o niej, że nie zachowała *mariti memoriam* lub *solam honestatem*.³

Z tym nowym punktem widzenia łączą się innowacje cesarzy chrześcijańskich. Pierwszą z nich jest przedłużenie okresu wdowieństwa. Cesarze Gracjan, Walentyńjan i Teodozjusz W. (381 r.) czasokres dziesięciu miesięcy uważali za zbyt krótki i przedłużyli go do roku — *intra anni spatium*.⁴

Obowiązek zachowania roku żałoby, chociaż opierał się na względach natury religijnej, a nie fizjologicznej, nie dotyczył jednak mężczyzn, co miało miejsce również w wiekach dawnych. Justynjan wyraża to jasno w Noweli swej, gdy mówi: „Viri quidem ibunt omnino omni observatione liberi”.⁵ *Annus luctus* obowiązuje nadal tylko kobiety i opiera się wyłącznie na *verecundia matronalis*.

Drugą innowacją cesarzy chrześcijańskich było ustanowienie przeciwko kobiecie w razie naruszenia *annus luctus*, oprócz infamji, także kar natury materialnej. Inicjatywę w tej materji przedsięwziął cesarz Teodozjusz Wielki na synodzie biskupów

¹ D. 3, 2, 10 pr.

² Grat., Val. i Theod. (380), C. 5, 9, 1 pr.; C. 6, 56, 4.

³ Nov. 22, 40.

⁴ C. 5, 9, 2.

⁵ Nov. 22, 22.

w Konstantynopolu, a urzeczywistnił ją w drodze dwóch konstytucyj wydanych w r. 380 i 381. Na mocy konstytucyj tych kobieta, która zawarła małżeństwo powtórne przed terminem ustawowym, przede wszystkim nie mogła dać swemu nowemu mężowi pod postacią posagu, lub zostawić mu w drodze testamentu więcej, niż wynosiła trzecia część własnego majątku. Następnie, traciła wszystkie spadki, zapisy, fideikomisy i *mortis causa donationes* na korzyść spadkobierców, bądź testamentowych, bądź ustawowych tej osoby, która je pozostawiła. Dalej, wszystko cokolwiek otrzymała od męża zmarłego, bądź *iure sponsalium*, bądź na skutek aktu ostatniej woli, traciła na korzyść *decem personae* wymienionych w edyktie pretorskim, t. j. ascendentów i krewnych w linii bocznej do drugiego stopnia, a w braku ich na korzyść skarbu państwowego. Wreszcie, mogła dziedziczyć *ab intestato* tylko do trzeciego stopnia pokrewieństwa.¹ Justynian powyższe rozporządzenie swoich poprzedników potwierdził,² a nadto dodał, że kary wzmiankowane mają zastosowanie także wówczas, jeżeli wdowa nie wstępuje w nowe związki małżeńskie, lecz urodzi w jedenastym lub dwunastym miesiącu od śmierci męża; dziecko w tym czasie urodzone nie jest uważane za dziecko zmarłego.³ Od kar powyższych wdowa mogła zwolnić się w drodze reskryptu cesarskiego. Już Gracjan, Walentynjan i Teodozjusz (380) postanowili, że cesarz w wypadku niezachowania *religio luctus* w drodze specjalnego dobrodziejstwa, *imperiale beneficium*, może znieść piętno infamji i zarazem zwolnić od kar innych. Jeżeli jednak wdowa posiadała dzieci z poprzedniego małżeństwa, zniesienie infamji wraz z innemi karami mogła otrzymać tylko wówczas, jeżeli dała im połowę całego swego majątku bez zatrzymania dla siebie użytkowania na tej połowie. Jeżeliby umarło jedno z tych dzieci bez testamentu, to część otrzymana od matki przechodziła na dzieci pozostałe i jedynie w razie śmierci wszystkich dzieci bez testamentu wracała do matki.⁴ Justynian przyjął to rozporządzenie do swojej Noweli

¹ C. 5, 9, 1, 2.

² Nov. 22, 22—3.

³ Nov. 39, 2.

⁴ C. 6, 56, 4.

i wprowadził w niem tę tylko zmianę, że po śmierci syna część jego powinna przejść na jego dzieci i dopiero w braku dzieci na braci lub wreszcie w braku ich na matkę.¹ Powyższe kary, ustanowione za naruszenie roku żałoby, w ostatnim okresie rozwoju prawa rzymskiego dotyczyły tylko wdów. Jest więc rzeczą prawdopodobną, że kobiety rozwiedzione, które zawierały przedwcześnie związki małżeńskie, nie były tak surowo karane jak wdowy.

Cesarze Gracjan, Walentynjan i Teodozjusz rozszerzyli czas żałoby także na wypadki rozwodów. W wypadkach tych chodzi przede wszystkim o *turbatio sanguinis*, t. j. o usunięcie wątpliwości co do ojcostwa dzieci — „ne quis de prole dubitet”.² Zakaz powyższy nie dotyczył jednak małżonków rozwiedzionych na skutek zobopólnej zgody. Dopiero konstytucja Anastazjusza (497) rozciągnęła zakaz ten także na rozwody za zobopólną zgodą, *repudium communi consensu*.³

Jeżeli małżeństwo zostało zawarte podczas trwania żałoby, ślub stawał się ważnym, ale strony winne podpadały karze. Czas żałoby stanowił tylko przeszkodę wzbraniającą, a nie rozrywającą.⁴

5. ORDO SACER I VOTUM SOLEMNE.

Ustawodawstwo cesarzy chrześcijańskich wprowadziło pod wpływem prawa kanonicznego dwie przeszkody bezwzględne do zawarcia małżeństwa: wyższe święcenie i uroczysty ślub czystości w zakonie.

Przeszkoda święcenia wyższego, *ordo sacer*, jest związana z ustawodawstwem kościelnym o celibacie. Już na początku IV w. spotykamy przepisy o celibacie, lecz rozwój ustawodawstwa celibatowego był odmienny na Wschodzie i Zachodzie. W Kościele wschodnim synody w Ancyrze (314) i Neocezarei (314—25) zabroniły diakonom i kapłanom zawierania związków

¹ Nov. 22, 22 § 1.

² C. Th. 3, 8, 1; Theod. i Valent. (449), C. 5, 17, 8.

³ C. 5, 17, 9.

⁴ VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali*. Padova 1933 s. 17 n.

małżeńskich.¹ Na soborze nicejskim biskup Pafnucjusz wspomina o tym przepisie jako o dawnej tradycji kościelnej.² Z drugiej strony dopuszczano na Wschodzie żonatych do święceń i pozwalano im nadal utrzymać pożycie małżeńskie.³ W Kościele zachodnim wzięła górę praktyka surowsza. I tak, synod w Elwirze (300—6) zabronił pod karą depozycji biskupom, kapłanom i diakonom pożycia z żonami pojętymi przed święceniami.⁴ Zakaz ten został później potwierdzony przez papieży Syrycjusza (385 r.), Innocentego I (404) i Leona I (458).⁵ Tem bardziej zabroniono na Zachodzie wstępowania w związki małżeńskie po przyjęciu święceń wyższych.⁶

Prawo justynjańskie, idąc za kanonami kościelnymi, zabroniło także kapłanom, diakonom i subdiakonom zawierania związków małżeńskich i naruszenie tego zakazu karało degradacją, utratą urzędu i samej godności. Małżeństwo wbrew przepisowi temu zawarte było uważane za nieważne, a dzieci z takiego małżeństwa urodzone uchodziły za nieprawe narówni z dziećmi zrodzonymi ze związków kazirodczych lub bezbożnych. Żonaci natomiast mogli przyjmować święcenia diakonatu i prezbiteratu: tylko biskupem nie mógł zostać ten, kto miał żonę lub dzieci.⁷ Przepisy justynjańskie o zakazie zawierania małżeństw i nieważności małżeństw zawartych przez duchownych święceń wyższych zostały później powtórzone przez sobór trullański (692).⁸ Tenże sobór pozwolił kapłanom, diakonom i subdiakonom żyć w małżeństwie zawartem przed otrzymaniem święceń, lecz zabronił

¹ Conc. Ancyrr., c. 10 (Mansi, 2, 518) = c. 8 D. 28; conc. Neocaes., c. 1 (Mansi, 2, 539) = c. 9 D. 28.

² SOCRAT., *Hist. ecol.*, I, c. 11 (Migne, P. G., 67, 102 n.).

³ Canones Apost., c. 5; conc. Gangr. (350), c. 4 = c. 15 D. 28.

⁴ Conc. Eliberit., c. 33 (Mansi, 2, 11).

⁵ Zob. w c. 4—6, 10—11 D. 31; c. 2—4 D. 82.

⁶ Conc. Toletanum I (400), c. 1 (Mansi, 3, 998); conc. Aurelianense III, c. 2 (Mansi, 9, 12).

⁷ Iustin. (530), C. 1, 3, 44 (45); Nov. 6, 1, 5; 22, 42; 123, 1, 12; 137.

⁸ Conc. Trull., c. 6 = c. 7 D. 32. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 477.

tego biskupom.¹ Uchwały soboru trullańskiego zostały później potwierdzone przez cesarza Leona Filozofa (886—911) w jego Nowelach. Nowela 3, która nosi tytuł „Quod ante ineundum sacerdotium matrimonium contrahi debeat” wyraźnie zaznacza, że w sprawie tej powinny być zachowane przepisy kościelne: „lube-mus, ut ad vetus Ecclesiae et antiquitus traditum praescriptum dehinc creationes procedant”.²

Ślub czystości w zakonie, *votum solemne*, stoi w wyraźnej sprzeczności z małżeństwem i dlatego stanowi przeszkodę do małżeństwa. Przeszkoda ta ma podstawę swoją w zaleceniu Chrystusa do naśladowania rad ewangelicznych, a szczególnie do zachowania czystości.³ Liczni chrześcijanie, idąc za tem zaleceniem, ofiarowali życie swoje Bogu i złożyli ślub czystości.⁴ Chrześcijanie, którzy złożyli ślub czystości w zakonie, nie mogli godziwie zawrzeć małżeństwa,⁵ a jeżeli je zawarli byli karani pokutą publiczną, a nawet ekskomuniką.⁶ Nieważność tych małżeństw została określona znacznie później:⁷ sobór lateraneński I (1132 r.) mówi

¹ Conc. Trull., can. 13 = c. 13 D. 31; can. 12, 48 (Mansi 11, 946, 966).

² Nov. Leonis 3. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 188; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 723.

³ MAT. XVI, 24; XIX, 11, 12, 21.

⁴ I TYMOT. V, 2, 11, 16; CLEM. I, *Ep. I ad Corinthios*, c. 38 (Migne, P. G., 1, 283 n.); IGNAT. ANTIOCH., *Epist. ad Policarp.*, c. 5 (Migne, P. G., 5, 723); ATHENAGOR., *Legatio pro christianis*, c. 33 (Migne, P. G., 6, 965 n.); IUSTINUS, *Apolog.*, I, 15 (Migne, P. G., 6, 350); TERTULLIANUS, *De virgin. veland.*, c. 11 (Migne, P. L., 2, 952 n.); CYPRIAN., *De habitu virg.* (Migne, P. L., 4, 451 n.); conc. Eliberit. (300—6), c. 13 = c. 25 C. 27 q. 1; conc. Ancyrr. (314), c. 18 = c. 24 C. 27 q. 1.

⁵ CYPRIANUS w c. 4 C. 27 q. 1; AUGUSTIN. w c. 1 C. 32 q. 8; GELASIUS (494) w c. 42 C. 27 q. 1.

⁶ CYPRIANUS w c. 4. 5 C. 27 q. 1; conc. Eliber. (300—6), c. 13 = c. 25 C. 27 q. 1; conc. Ancyrr. (314), c. 19 = c. 24 C. 27 q. 1; conc. Tolet. I (400), c. 16 = c. 27 C. 27 q. 1; conc. Araus. (441), c. 27. 28 = c. 35 C. 27 q. 1; conc. Chalced. (451), c. 16 = c. 12. 22 C. 27 q. 1.

⁷ LEON I (440—461), w c. 1 C. 20 q. 3, uznaje ważność takiego małżeństwa; podobnie czyni synod I w Orleanie w 511 r., c. 22 i 23 = c. 32 C. 27 q. 1. Synod II w Tours z 567 r., c. 16 (Mansi, 9, 796), nakazuje w wypadkach tych separację małżonków. GRZEGORZ W. (594 r.), w c. 39 C. 27 q. 1, karze zamknięciem w klasztorze zakonników, którzy opuścili klasztor w celu zawarcia małżeństwa.

o niej niedość jasno,¹ a sobór lateraneński II (1139 r.) już zupełnie wyraźnie ogłasza tego rodzaju małżeństwa za nieważne.²

Przeszkoda małżeńska z tytułu ślubu czystości w zakonie z prawa kościelnego dostała się do prawa rzymskiego. Justynian zabronił wyraźnie zakonnikom zawierania związków małżeńskich lub posiadania konkubin.³ Co się tyczy ważności tych związków, to prawo świeckie również używa takich słów, z których wynika, iż chodzi o nieważność.⁴

6. PRYZWOLENIE.

Ostatnim wymogiem bezwzględny do zawarcia małżeństwa jest wzajemne przyzwolenie stron, *consensus*, jak również zezwolenie osób, pod których władzą znajdują się nowożeńcy. Paulus tak to wyraża: „Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt”.⁵

Najpierw tedy do zawarcia małżeństwa wymaga się, jak daleko nasza tradycja sięga, wzajemnego przyzwolenia stron. Iulianus głosi: „Nuptiae consensu contrahentium fiunt”.⁶ Przyzwolenie to stanowi wymóg bezwzględny do zawarcia małżeństwa. Ponieważ zaś wola może działać jedynie pod wpływem przedmiotu, dostarczonego jej przez umysł, stąd też wszystko, co zmniejsza lub znosi świadomość umysłową, w tym samym stopniu zmniejsza lub znosi akt woli. Zatem brak przyzwolenia może mieć miejsce, bądź po stronie rozumu, bądź po stronie woli.

Przeszkody przyzwolenia ze strony rozumu mogą zachodzić dwie: brak rozeznania i błąd. Przedewszystkiem do zawarcia umowy małżeńskiej jest konieczne rozeznanie. Prawo

¹ Conc. Later. I, can. 21 = c. 8 D. 27. WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* s. 353 i ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 503 n.

² Conc. Later. II, can. 7—8 = c. 40 C. 27 q. 1. ESMEIN-GÉNÉSTAL, *Le mariage en droit canon*. t. 1 s. 304; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 693.

³ Nov. 5, 8.

⁴ ZHISHMAN, tamże s. 504 n; ESMEIN-GÉNÉSTAL, tamże t. 1 s. 302 n.

⁵ C. 23, 2; Iulian., D. 23, 1, 11; ULP., *Reg.* 5, 2; Nov. 22, 3.

⁶ D. 23, 1, 11.

rzymskie wyraźnie odmawia zdolności zawierania małżeństwa osobom pozbawionym użycia rozumu, *furiosi*. Paulus mówi: „Furor contrahi matrimonium non sinit quia consensu opus est”.¹ Lecz, jeżeli osoba chora umysłowo posiada pewne chwile rozeznania, *lucida intervalla*, w chwilach tych może zawrzeć ważne małżeństwo.² Jeżeli choroba umysłowa następuje po zawarciu małżeństwa, w wypadku tym małżeństwo nie rozwiązuje się. Paulus głosi: „Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt: sed contractum matrimonium furore non tollitur”.³ Ten sam przepis znajdujemy również w zbiorach kanonicznych.⁴

Następnie, przyzwolenie nie może być wyrażone pod wpływem błędu istotnego.⁵ Ulpian za Julianem głosi: „Non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit”?⁶ Wyraźniej jeszcze podaje to Dioklecjan, gdy mówi: „Nullus sit errantis consensus”.⁷ Małżeństwo zawarte pod wpływem błędu istotnego jest nieważne, ponieważ błąd wyklucza zgodność pomiędzy wolą, a jej oświadczeniem. Pomponjusz mówi: „Nulla enim voluntas errantis est”.⁸ Błąd co do przymiotów osoby nie wpływa na nieważność umowy małżeńskiej, ponieważ odnosi się tylko do ubocznych okoliczności. Podobnie błąd w pobudce, *error in motivis*, nie unieważnia umowy małżeńskiej, gdyż nie jest istotnym. Do nieważności aktu prawnego z tytułu błędu wymaga się jednak, aby błąd był niezawiniony, *error probabilis*, to znaczy, żeby nie nastąpił z winy

¹ D. 23, 2, 16, 2; Ulp., D. 1, 6, 8 pr.; PAUL., *Sent.* 2, 19, 7.

² Iustin. (530), C. 5, 70, 6.

³ PAUL., *Sent.* 2, 19, 7.

⁴ C. 26 C. 32 q. 7. Jest on przypisywany papieżowi Fabjuszowi, lecz zapewne został zapożyczony od Paulusa por. ESMEIN-GÉNESTAL, *Le mariage en droit can.* t. 1 s. 335.

⁵ ALLAIN, *L'erreur dans les contrats en droit rom. et en droit français*. Paris 1907; SCHULTZ, *Der Irrtum im Beweggrund*. 1927; LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*. 1927; GINO ZANI, *L'evoluzione storica-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*. 1927.

⁶ D. 2, 1, 15; D. 50, 17, 116.

⁷ C. 1, 18, 9 (294 r.).

⁸ D. 39, 3, 20; Diocl. i Maxim. (294), C. 1, 18, 8.

strony, która się na błąd powołuje.¹ Kościół w pierwszych wiekach nie posiadał własnych przepisów o błędzie, lecz stosował się do zasad prawa rzymskiego, jako zgodnych z prawem naturalnem. Rozwój instytucji błędu, jako przeszkody do małżeństwa, rozpoczyna się w Kościele dopiero od czasów Gracjana i Piotra Lombarda.²

Prawo justyniańskie wspomina jeszcze o wypadku zawarcia małżeństwa przez osobę wolną z osobą niewolną w mniemaniu, że jest ona wolna, lecz wypadek ten był rozpatrzony w związku z *contubernium*.

Przeszkody przyzwolenia ze strony woli sprowadzają się do czterech: symulacji, oświadczenia nie na serjo, *reservatio mentalis* i oświadczenia pod wpływem bojaźni.

Przedewszystkiem przyzwolenie powinno być rzeczywiste, t. j. powinno odpowiadać rzeczywistemu stanowi rzeczy, a nie symulowane. Symulacja jest głównym wypadkiem niezgodności pomiędzy wolą, a jej oświadczeniem.³ Akt prawny symulowany w prawie klasycznym był uważany za ważny, a w prawie justyniańskim za nieważny. Zasada, że *negotium simulatum* jest nieważne, powstała w w. V w doktrynie szkoły beryckiej. Doktryna ta opiera się na poglądach głoszonych przez teologów antiocheńskich, które uzasadnienie swoje znajdują w filozofii Arystotelesa. Z tego też względu tekst Gajusa: „*Simulatae nuptiae nullius momenti sunt*”⁴ jest interpolowany pod wpływem nauki chrześcijańskiej.⁵ Jeżeli jednak symulacja nie zostanie udowodniona, obowiązuje zasada: „*Plus valere quid agitur, quam quod simulate concipitur*”.⁶

Następnie, oświadczenie woli powinno być złożone na serjo. Oświadczenie woli na zawarcie małżeństwa złożone w żarcie czyni małżeństwo nieważnem.

¹ Paul, D. 22, 6, 9, 2; Nerat., D. 41, 10, 5.

² FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 227 n.

³ GROSSO, *In tema di divergenza fra volontà e dichiarazione*. 1930.

⁴ D. 23, 2, 30.

⁵ Por. PARTSCH, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte* w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 42 (1921) s. 240 n.

⁶ C. 4, 22.

Co się tyczy *reservatio mentalis*, czyli jednostronnie zamierzonej, a równocześnie przemilczanej niezgodności pomiędzy wolą, a oświadczeniem, uczynionem w takich okolicznościach, że niezgodność ta nie jest znana drugiej stronie, nie wpływa ona na ważność aktu prawnego.

Wreszcie, przyzwolenie powinno być objawione dobrowolnie, a nie pod wpływem bojaźni, *metus*. Terentius Clemens podaje: „Non cogitur filius familias uxorem ducere”.¹ Według dawnego prawa cywilnego bojaźń, *metus*, zachodząca przy zawarciu aktu prawnego, nie wywierała żadnego wpływu na ważność aktu. Obowiązywała wtedy zasada: „Tamen coactus volui”.² Ponieważ w wypadku tym nie może być mowy o zgodności pomiędzy wolą, a jej oświadczeniem,³ pretor drogą edyktu wprowadził wzruszalność takiego aktu prawnego.⁴ Do rozwiązania małżeństwa wymagano jednak bojaźni większej, *timor maioris malitatis*. Zachodziła ona wówczas, gdy groźba odnosiła się do natychmiastowego niebezpieczeństwa, dotyczącego zdrowia, życia lub czci strony albo jej krewnych.⁵ Następnie, wymagano, aby bojaźń była należyście uzasadniona, t. zn. taka, która zdoła wyprowadzić z równowagi nawet odważnego mężczyznę — „qui merito et in homine constantissimo cadat”.⁶ *Metus reverentialis* nie unieważnia małżeństwa, jak to świadczy Celsus: „Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur”.⁷ Patron jednak nie może zmusić swej wyzwolenicy do wyjścia za niego zamąż: „Invitam libertam uxorem ducere patronus

¹ D. 23, 2, 21; Diocl. i Maxim., C. 5, 4, 14.

² Paul., D. 4, 2, 21, 5.

³ Ulp., D. 50, 17, 116.

⁴ Ulp., D. 4, 2, 1; Paul., D. 4, 2, 21, 4; Diocl. i Maxim., C. 5, 4, 14. ULRICH VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel „quod metus causa gestum erit”*. 1930.

⁵ Ulp., D. 4, 2, 5; 4, 2, 9 pr; Diocl. i Maxim. (290), C. 2, 4, 13 pr.

⁶ Gai., D. 4, 2, 6. ŻRÓDŁOWSKI, *Instytucje i historia prywatnego prawa rzymskiego* s. 390 n.

⁷ D. 23, 2, 22.

non potest”.¹ Jeżeli patron wyzwolił ją specjalnie w celu posłużenia, przymus małżeństwa nie unieważniał.²

W Kościele w pierwszych wiekach odnośnych kanonów w tej dziedzinie nie było, przeto sprawę ważności względnie nieważności małżeństwa rozstrzygano na podstawie zasad prawa naturalnego i zwyczajowego.³ Rozwój instytucji *vis metus*, jako przeszkody rozrywającej małżeństwo, odnosi się dopiero do czasów pogracciańskich.⁴

Oprócz przyzwolenia nowożeńców do zawarcia małżeństwa wymagano jeszcze zezwolenia osób, które posiadały nad nimi władzę.⁵ Pierwotnie zezwolenie to stanowiło jedyną zgodę istotną: paterfamilias mógł sam według własnej woli zawierać małżeństwa w imieniu swych dzieci i je rozwiązywać. Według Plautusa zezwolenie patrisfamilias było zawsze do małżeństwa konieczne, natomiast zgoda filiaefamilias, zdaje się, nie była wymagana.⁶ Pogląd ten potwierdzają również wyrażenia: *nuptum* lub *in matrimonium dare*, albo *nuptum* lub *in matrimonium collocare, tradere*.⁷ W czasach późniejszych do ważności małżeń-

¹ Marcian., D. 23, 2, 28.

² Ulp., D. 23, 2, 29.

³ Por. c. 22 C. 22 q. 4.

⁴ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 259 n.

⁵ Paul., D. 23, 2, 2; Iulian., D. 23, 2, 18; Papin., D. 23, 2, 35; Gord., C. 5, 4, 7; *Inst.* 1, 10 pr. VANTROYS, *Étude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants*. Paris 1889; MORIAUD, *Du consentement du père de famille au mariage en droit classique* w *Mélanges Girard* t. 2 s. 291 — 309; LAENNEC, *Du droit des pères familias à Rome sur le mariage de leurs enfants*. Paris 1899.

⁶ PLAUTUS, *Stich.* 1, 2, 41; „*Viros nostros, quibus tu (pater) nos voluisti esse matresfamilias*”; *Stich.* 1, 2, 85.

⁷ GAUS 2, 235; Paul., D. 16, 3, 27; Marcian., D. 23, 2, 19; Paul., D. 23, 2, 38, 2; Callistr., D. 23, 2, 64, 2; Ulp., D. 27, 6, 11, 3; Scaev., D. 32, 1, 41, 7; D. 36, 1, 79, 1; Ulp., D. 48, 5, 24, 1; Papin., D. 48, 5, 12, 7; Philipp., C. 5, 6, 5; Gord., C. 5, 14, 3; Alex., C. 6, 20, 3. SOLAZZI, *Le nozze della minorenn* w *Atti della R. Accad. delle scienze di Torino* t. 51 (1915) s. 759 n. 2, jest zdania, że w klasycznym prawie rzymskim jedynie zgoda patrisfamilias była istotna do zawarcia małżeństwa córki, na zgodę zaś samej filiaefamilias nie zwracano żadnej uwagi. Co się tyczy prawa greckiego w tej dziedzinie por. MITTEIS, *Grundzüge* s. 215 n.; TAUBENSCHLAG w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 37 s. 187.

stwa wymagano koniecznie także przyzwolenia nowożeńców. Gdy chodzi o zezwolenie osób, posiadających władzę nad nowożeńcami, nie odgrywa w tej dziedzinie żadnej roli wzgląd naturalny wieku, krwi lub doświadczenia, lecz jedynie wzgląd cywilny władzy. Dlatego też, przy rozpatrywaniu tego zezwolenia zasadniczym będzie podział osób na dwie kategorie: *alieni iuris* i *sui iuris*.

Co się tyczy osób *alieni iuris*, to do zawarcia małżeństwa wymagano koniecznie zezwolenia osób, posiadających nad nimi władzę. Paulus głosi: „Eorum, qui in potestate patris sunt sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur”.¹ Zachodzi jednak pewna różnica w traktowaniu mężczyzn i kobiet. Dla mężczyzn konieczne było wyraźne zezwolenie ojca rodziny, a dla kobiet wystarczało zezwolenie bierne, wyrażone zapomocą milczenia, czyli wystarczał brak sprzeciwu.² Druga różnica polegała na tem, że, jeżeli żył jeszcze dziadek, do zawarcia małżeństwa przez wnuka wymagano zezwolenia ojca i dziadka; odmowa jednego z nich unieważniała małżeństwo. Jeżeli natomiast zawierała małżeństwo wnuczka, wystarczało zezwolenie samego dziadka.³ Powodem tej drugiej różnicy zapewne było to, że wyjście zamąż córki, według rzymskiego ustroju rodzinnego, było dla ojca mniejszej wagi, niż zawarcie małżeństwa przez syna. Przez pierwsze utracił on tylko nadzieję dostania jej samej pod swoją władzę po śmierci dziadka, ponieważ dzieci urodzone z jej małżeństwa nie były nigdy pod władzą ascendentów matki, tymczasem dzieci syna były zawsze pod tą samą władzą co i ojciec i brały udział w dziedziczeniu jako *heredes sui*.⁴ Gdyby jednak ojciec albo

¹ PAULUS, *Sent.* 2, 19, 2.

² Papin., *D.* 29, 2, 35; Iustin. (530), *C.* 5, 4, 25; *Inst.* 1, 10 pr. BONFANTE, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* w *Rivista di dir. commerciale* t. 5 (1907), fasc. 2, 9.

³ Paul., *D.* 23, 2, 16, 1: „Nepote uxorem ducente et filius consentire debet: neptis vero si nubat voluntas et auctoritas avi sufficiet”.

⁴ *Inst.* 1, 11, 7. GIRARD, *Manuel élém. de dir. rom.* s. 167; OKĘCKI, *Prawo familijne u Rzymian* t. 1 s. 103; CENERI, *Lezioni su temi del jus familiae*. Bologna 1881 s. 82 n.

dziadek był umyślowo chory, do małżeństwa syna wystarczało zezwolenie jednego z nich.¹

Jeżeli *paterfamilias* znajduje się w stanie niemożności udzielenia swego zezwolenia, małżeństwo może być zawarte bez jego zezwolenia, ale z pewnymi zastrzeżeniami. Prawo przewiduje trzy wypadki tego rodzaju. Pierwszy wypadek ma miejsce wówczas, jeżeli *paterfamilias* jest *furiosus*. Kwestja ta w dawnym prawie była inaczej unormowana odnośnie do kobiet, niż mężczyzn. Prawie wszyscy prawnicy dawni utrzymywali, że kobieta w wypadku tym może wyjść za mąż bez zezwolenia ojca.² Co się tyczy mężczyzn, istniała wątpliwość. Wprawdzie Ulpjan wspomina, że według konstytucji Marka Aurelego dzieci *dementis*, niezależnie od płci, mogą zawierać małżeństwo nawet bez zezwolenia cesarza — „etiam non adito principe”,³ lecz ponieważ konstytucja ta mówi tylko o dzieciach *dementis*, powstała wątpliwość, czy należy stosować ją także do dzieci *furiosi*. Wątpliwość tę rozstrzygnął dopiero Justynjan w myśl zasady, istniejącej dla dzieci *dementis*, czyli, że także dzieci *furiosi* mogą bez zezwolenia ojcowskiego zawierać małżeństwo, z upoważnienia jednak *praefectus urbi* w stolicy, a namiestnika prowincji lub biskupa miejscowego po wysłuchaniu kuratora *dementis* lub *furiosi* i głównych krewnych w prowincjach.⁴

Drugi wypadek ma miejsce wówczas, jeżeli ojciec jest nieobecny i nie da się z pewnością stwierdzić, czy żyje i gdzie żyje — „*ubi sit et an sit*”. W wypadku tym należało oczekiwać ojca przynajmniej przez przeciąg 3 lat, po upływie których wolno było synowi lub córce zawrzeć ważne małżeństwo.⁵ Przed upływem powyższego terminu można było zawrzeć ważne małżeństwo tylko wówczas, jeżeli była pewność, że ojciec na to mał-

¹ Ulp., D. 23, 2, 9 pr.

² Iustin. (530), C. 5, 4, 25, 1.

³ C. 5, 4, 25, 2.

⁴ Iustin., C. 5, 4, 25, 3—4; C. 1, 4, 28. SOLAZZI, *Furor vel dementia* w Riv. di antichità *Μουσείον* t. 2 (1924) fasc. 1.

⁵ Paul., D. 23, 2, 10. Część druga tekstu od wyrazu „et si triennium” jest interpolowana por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 199 uw. 2.

zeństwo zgodzi się: „cuius condicionem certum sit patrem non repudiaturum”.¹

Ostatni wreszcie wypadek zachodzi w razie dostania się ojca do niewoli nieprzyjacielskiej, *captivitas*. Gdy paterfamilias dostał się do niewoli nieprzyjacielskiej, wówczas nie było pewności, czy dzieci jego są *sui iuris*, czy *alieni iuris*, ponieważ w razie jego powrotu z niewoli, na mocy ius postliminii, odzyskiwał na powrót wszelkie prawa i był traktowany, jakgdyby praw tych nigdy nie utracił. Dopóki jednak pozostawał w niewoli, nie mógł udzielić swego zezwolenia, a przez to dzieci nie mogły zawrzeć małżeństwa. Trudności te zostały rozstrzygnięte w sposób podobny, jak w wypadku poprzednim, mianowicie należało oczekiwać powrotu jego przez przeciąg 3 lat, po upływie których dzieciom wolno było zawrzeć ważne małżeństwo.² Przed upływem tego terminu można było zawrzeć ważne małżeństwo tylko wówczas, jeżeli była pewność, że ojciec na nie zgodzi się.³ Zasada ostatnia wytworzyła się w drodze interpolacji, czego dowodem jest zdanie Tryfonina, które nie uległo w tym kierunku interpolacji i głosi: „Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest”.⁴ Jako uzasadnienie tego poglądu Tryfonin podaje konieczność i publiczną użyteczność instytucji małżeństwa.

Należy jeszcze rozpatrzyć wypadki kolizji woli ojca i syna przy zawieraniu małżeństwa. Kolizja może zachodzić wówczas, jeżeli syn sprzeciwia się woli ojca, lub odwrotnie, jeżeli ojciec sprzeciwia się woli syna. W czasach pierwotnych podobne wypadki nie zdarzały się wcale, gdyż zawsze decydowała wola

¹ Iulian., D. 23, 2, 11. Tekst w znacznej części jest interpolowany por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 199 uw. 2.

² Ulp., D. 23, 2, 9, 1. Wyrazy „si non intra triennium revertatur” są dodane zapomocą interpolacji. Jest także wątpliwość, czy zamiast wyrazu potest nie było w prawie klasycznym „non potest” por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 199 uw. 2.

³ Iulian., D. 23, 2, 11.

⁴ D. 49, 15, 12, 3. Tekst zapewne opiewał uxorem ducere non potest. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio rom.* s. 51 — 2; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 199 uw. 2.

ojca; wypadki takie możliwe były dopiero w czasach późniejszych. Dokładnie ilustrują nam to komedje Plautusa¹ i Terencjusza.² W czasach cesarstwa powstają przepisy, zakazujące zmuszania synów do zawierania małżeństwa wbrew ich woli. Konstytucja Dioklecjana i Maksymjana głosi: „Ne filium quidem familias invitum ad ducendam uxorem cogi legum disciplina permittit”.³ Kobiety także mogły wyrażać swoje sprzeciwy, lecz tylko w tych wypadkach, gdy ojciec wybierał „indignum moribus vel turpem”, podobnie jak to miało miejsce przy zaręczynach.⁴

Sprzeciwy mogły zdarzać się nietylko ze strony dzieci, ale także ze strony ojca, który miał prawo odmówić swego zezwolenia na małżeństwo. Do czasów Augusta prawo nie interwenjowało w podobnych wypadkach nawet w razie nieuzasadnionej odmowy ze strony ojca. Gdy zaczęto wydawać przepisy przeciwko bezżeństwu, sprawa powyższa musiała ulec zmianie. *Lex Iulia* głosi, że, jeżeli ojciec niesłusznie sprzeciwia się małżeństwu, dzieci mogą zwrócić się do władzy publicznej i władza może zmusić ojca do udzielenia swej zgody. Marcjan tak o tem pisze: „Qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere... per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare”.⁵

Zezwolenie było konieczne także wówczas, jeżeli nupturjenci już żyli w małżeństwie zawartem z pozwolenia rodzicielskiego, potem rozwiedli się i pragnęli powtórnie zawrzeć małżeństwo. Iulianus powiada: „Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur”.⁶

Co się tyczy osób *sui iuris*, to mężczyźni byli zupełnie wolni od obowiązku otrzymania zezwolenia ojcowskiego

¹ PLAUTUS, *Cist.* 1, 1, 79; 2, 1, 21 n.

² TERENTIUS, *Phormio* 4, 3, 53; *Eunuch.* 5, 2, 49; *Andr.* 4, 2, 13 n.

³ C. 5, 4, 12.

⁴ Ulp., D. 23, 1, 12.

⁵ D. 23, 2, 19. MORIAUD, *Du consentement du père de famille au mariage en droit classique* w *Mélanges Girard* t. 2 s. 291 n., przypuszcza, że tekst ten odnosi się tylko do małżeństwa córek.

⁶ D. 23, 2, 18.

na zawarcie małżeństwa nawet w tym wypadku, jeżeli stali się *sui iuris* w drodze emancypacji. Modestyn wyraźnie mówi: „Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest et susceptus filius ei heres erit”.¹ Lecz, odnośnie do kobiet *sui iuris* sprawa ta nie jest zupełnie jasna. Jeżeli chodziło o zawarcie małżeństwa *cum manu*, z pewnością była konieczna zgoda opiekuna, *auctoritas tutoris*; poza tym wypadkiem, zdaje się, zgoda kuratora nie była potrzebna.² Opiekun prawdopodobnie brał także udział przy wyborze przyszłego męża, lecz udział w tem brała również matka i krewni i w razie braku zgody pomiędzy nimi i opiekunem sprawę rozstrzygała władza państwowa.³ W prawie cesarskiem mamy już wyraźny przepis, że do kuratora należy jedynie zarząd majątku pupilki, zawarcie zaś małżeństwa zależy wyłącznie od jej własnej woli.⁴

W czasach chrześcijańskich w sprawie udzielenia zgody przez opiekuna do zawarcia małżeństwa kobiety *sui iuris* powstały istotne zmiany, mianowicie sprawę tę oparto na różnicy wieku. Według konstytucji cesarzy Honorjusza i Teodozjusza (408 r.) kobieta *sui iuris*, która nie ukończyła jeszcze 25 lat, powinna uzyskać zezwolenie swego ojca, a w razie jego śmierci matki i krewnych. Jeżeli nie posiada, ani ojca, ani matki i znajduje się pod opieką kuratora, to w razie sporu, za którego kandydata ma wyjść zamaż, sprawę rozstrzyga sędzia w obecności krewnych, jeżeli sama kobieta nie uczyni wyboru.⁵ Justynjan oprócz konstytucji powyższej umieścił w swych zbiorach także

¹ D. 23, 2, 25.

² Paul., D. 23, 2, 20. W tekście tym wyraz tutor jest zamieniony w drodze interpolacji na curator por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 200 uw. 6.

³ Sever. i Anton. (199), C. 5, 4, 1. W prawie prowincjonalnem zgoda kuratora, zdaje się, odgrywała rolę decydującą. Prawo rzymsko-syryjskie głosi, że sierota niepełnoletnia nie może zawrzeć małżeństwa bez zgody swego kuratora; zwykle wystarczała zgoda samego kuratora. Por. L. 88; P. 47; Ar. 58 i Arm. 59 oprócz zgody opiekuna żądają także zgody matki i braci. SOLAZZI, *Le nozze della minorene* w *Atti della R. Accad. d. sc. di Torino* t. 51 (1915) s. 749 n.

⁴ Paul., D. 23, 2, 20; Gord., C. 5, 4, 8.

⁵ C. 5, 4, 20.

konstytucję Walentynjana, Walensa i Gracjana znacznie interpolowaną, która podaje zasady dokładniejsze i szczegółowsze. Początkowo odnosiła się ona tylko do wdów klas wyższych, ale przez Justynjana została rozciągnięta na wszystkie wdowy, także niepełnoletnie. Według niej wdowa, która nie ukończyła 25 lat, także emancypowana, do zawarcia małżeństwa powtórnego powinna uzyskać zezwolenie ojca. W razie sporu pomiędzy kobietą i krewnymi odnośnie do wyboru kandydata sprawę rozstrzyga władza sądowa, która przy równych zaletach ma wybrać tego, na kogo zgadza się kobieta. Bliższy krewny może być zastąpiony przez dalszego, jeżeli pierwszy nie udziela zgody ze względu na spodziewany spadek.¹ Kobieta pełnoletnia, t. j. która ukończyła 25 lat, mogła sama zawrzeć małżeństwo.

Wreszcie, wyzwolenica, która została żoną swego patrona, nie mogła wyjść za nikogo bez zezwolenia patrona na rozwód.² Ulpjan tak to wyraża: „Invito patrono libertam, quae ei nupta est, alii nubere non posse”.³ Pod nazwą *patronus* należy rozumieć przede wszystkim tego, kto ma własność nad niewolnikiem i dobrowolnie dopełnia wyzwolenia.⁴ Dalej, syn żołnierza jest również uważany za patrona, jeżeli niewolnicę nabył za *peculium castrense*.⁵ Gajus zadaje sobie pytanie, czy jest patronem ten, kto zawarł małżeństwo z wyzwolenicą wspólną, *communis liberta*. W odpowiedzi mówi, że, według Jawolenusa, nie jest on patronem, gdyż właściwie nie można nazwać swoją wyzwolenicą tej, która jest zarazem wyzwolenicą kogoś innego; według innych natomiast, a także samego Gajusa, jest on patronem.⁶ Nie będzie zaś patronem ten, kto wyzwolił niewolnicę nabytą za cudze pieniądze,⁷ albo dokonał wyzwolenia *ex causa fideicommissi*,

¹ C. 5, 4, 18.

² Wypadki wyzwolenia niewolnicy przez właściciela i poślubiania jej na mocy swego prawa patronatu spotykamy także u innych narodów por. KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis* s. 119.

³ D. 23, 2, 45 pr.

⁴ Ulp., D. 23, 2, 45 pr.

⁵ Ulp., D. 23, 2, 45, 3.

⁶ D. 23, 2, 46.

⁷ Ulp., D. 23, 2, 45, 2.

ponieważ uczynił to nie z własnej woli, ale z obowiązku,¹ albo pojął za żonę *ignominiosam libertam*.² To samo prawo, jakie posiada patron, przysługuje również synowi jego odnośnie do wyzwolenicy swego ojca.³ Za *inuitus patronus* uważa się przede wszystkim tego patrona, który nie daje pozwolenia na rozwód.⁴ Następnie, *inuitus* jest ten patron, który dostał się do niewoli nieprzyjacielskiej.⁵ Sankcją zakazu tego była nieważność małżeństwa powtórnego. Iulianus podaje, że nawet *cuncubinatus* w tych okolicznościach zawarty był pozbawiony wszelkich skutków prawnych.⁶

Małżeństwo zawarte bez zgody ojca, według Paulusa, jest nieważne.⁷ Małżeństwo tego rodzaju staje się ważnem dopiero wówczas, jeżeli ojciec udzieli później swej zgody. Iulianus mówi: „Nuptiae... nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur”.⁸ Zgoda późniejsza ojca nie posiadała jednak mocy wstecznej, gdyż zgoda ojcowska powinna poprzedzić zawarcie małżeństwa. Tekst odnośny brzmi: „Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat”.⁹ W innem jednak miejscu u Paulusa widzimy pewną sprzeczność pozorną z zasadą podaną: „Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur: contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur”.¹⁰ W sprawie pogodzenia tego tekstu z zasadami prawa rzymskiego istnieją różne opinie. I tak, Walter¹¹ ostatnie słowa „sed contracta etc.” uważa za dodatek wizygocki,

¹ Marcel., D. 23, 2, 50.

² Terent. Clem., D. 23, 2, 48, 1.

³ Terent. Clem., D. 23, 2, 48 pr.

⁴ Ulp., D. 23, 2, 45, 5.

⁵ Ulp., D. 23, 2, 45, 6.

⁶ Ulp., D. 24, 2, 11 pr.

⁷ D. 1, 5, 11.

⁸ D. 23, 2, 18.

⁹ Inst. 1, 10 pr.

¹⁰ PAULUS, Sent. 2, 19, 2.

¹¹ WALTER, *Lehrbuch des Kirchenrecht*. 1861 s. 638 uw. 11.

lecz nie podaje na to żadnego dowodu. Richter¹ uważa, że po wyrazach „sed contracta” należy dodać „voluntate eorum”, wobec czego tekst miałby następujące znaczenie: podobnie jak małżeństwo nie może bez zezwolenia ojca być zawarte, tak samo bez jego zezwolenia nie może być rozwiązane. Podobny pogląd wygłasza Zhishman.² Tekst Paulusa dostał się w zmienionej postaci do *Lex romana Visigothorum*. Brzmi on tam następująco: „Viventibus patribus inter filios familias sine voluntate patrum matrimonia non legitime copulantur: sed si conjuncta fuerint, non solvuntur, quia ad publicam utilitatem antiquitas pertinere decrevit, ut procreandorum liberorum causa conjunctio facta non debent separari”.³ Z tekstu tego wynika, że małżeństwo zawarte bez zezwolenia ojcowskiego jest nieważne, lecz ze względu na interes publiczny, czyli potomstwo, nie wolno go rozerwać. Z zakazu rozerwania związku tego nie można jednak wyciągnąć wniosku, że jest on uważany za małżeństwo, lecz jest traktowany jako *concubinatus*.⁴

Kościół katolicki od pierwszych wieków swego istnienia również domagał się zezwolenia rodziców do zawarcia małżeństwa swych dzieci. Podkreśla to wyraźnie Tertuljan w następujących słowach: „Nam nec in terris filii sine consensu patrum rite et iure nubent”.⁵ Więcej jeszcze akcentuje potrzebę zezwolenia rodziców św. Bazyli: „Matrimonia sine iis, qui potestate habent, fornicationes sunt”.⁶ Św. Ambroży o zezwoleniu rodziców tak mówi: „Honorantur parentes Rebeccae muneribus, consulitur puella non de sponsalibus, illa enim iudicium expectat parentum, non est enim virginalis pudoris eligere maritum”.⁷ O potrzebie zezwolenia rodziców do małżeństwa swych dzieci mówią również papieże,

¹ RICHTER, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*. 1874 s. 912 uw. 1.

² ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 625 uw. 4.

³ HAENEL, *Lex romana Visigothorum*. 1848.

⁴ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 309.

⁵ TERTULL., *Ad uxorem*, II, 9 (Migne, P. L., 1, 1415).

⁶ S. BASILIUS, *Epist. 199 ad Amphil.*, c. 42 (Migne, P. G., 32, 730).

⁷ S. AMBROS. w c. 13 C. 32 q. 2.

jak Leon I (440—461) w liście do Rustyka¹ lub Pelagjusza I (550—560).² Sprawę tę poruszają także liczne synody, jak orleański IV (541),³ paryski z r. 557,⁴ w Tours II (567),⁵ w Toledo III (589)⁶ i t. d. W Kościele niema jednak żadnego przepisu powszechnego, któryby unieważniał małżeństwa dzieci, zawarte wbrew woli rodziców. Uwieńczeniem tego poglądu Kościoła jest postanowienie soboru trydenckiego, które zagraża karą ekskomuniki tym „qui falso affirmant, matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta irrita esse”.⁷

O ile chodzi o małżeństwa warunkowe, to warunek zawieszający, *conditio suspensiva*, był niedopuszczalny przy *actus legitimi*,⁸ a ponieważ małżeństwo do takich aktów należy, przeto i tu uznano go za niedopuszczalny.⁹

Prawo kanoniczne zna warunki zawieszające przy zawarciu małżeństwa. Rozwój ich datuje się dopiero od czasów papieża Aleksandra III.¹⁰ W Kościele jednak wschodnim, tak katolickim, jak również schizmatyckim warunkowe zawarcie małżeństwa nie zostało przyjęte.¹¹

§ 2. Warunki względne do zawarcia małżeństwa.

Prawo rzymskie zna różne warunki względne do zawarcia małżeństwa. Opierają się one na motywach natury, bądź etyczno-fizjologicznej, bądź etyczno-socjalnej, bądź praktycznej i politycznej, bądź wreszcie religijnej.

¹ LEO I, *Ad Rusticum*, c. 4 = c. 12 C. 32 q. 2.

² PELAGIUS I w c. un. C. 32 q. 2.

³ Conc. Aurel. IV, c. 22 (Mansi, 9, 117).

⁴ Conc. Paris. III (557), c. 6 = c. 6 C. 36 q. 2.

⁵ Conc. Turon. II, c. 20 (Mansi, 9, 798).

⁶ Conc. Tolet. III, c. 10 = c. 16 C. 32 q. 2.

⁷ Conc. Trid., sess. XXIV, c. 1, de ref. matr.

⁸ Papin., D. 50, 17, 77.

⁹ MANENTI, *Dell'inapponibilità di condizioni ai negozi giuridici e in specie delle condizioni apposte al matrimonio*. Siena 1888 s. 40, 44.

¹⁰ FREISEN, *Geschichte des can. Eherechts* s. 232 n.; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 612.

¹¹ ZHISHMAN, tamże s. 612.

1. WARUNKI NATURY ETYCZNO - FIZJOLOGICZNEJ.

Do warunków tych należy, żeby pomiędzy stronami nie zachodziły przeszkody pokrewieństwa, powinowactwa i adopcji.

A. Pokrewieństwo.

Prawo rzymskie ze względów etycznych i fizjologicznych zabraniało zawierania małżeństwa pomiędzy osobami związanymi bliskim węzłem pokrewieństwa, *cognatio*.¹ Doświadczenie bowiem uczy, że małżeństwa pomiędzy osobami wspólnej krwi wywierają ujemny wpływ, tak na stronę fizyczną, jak również umysłową rasy. Przeciwko małżeństwom tym przemawiają także względy natury etycznej, objawiające się w tem, że jeżeliby krewni mogli zawierać pomiędzy sobą małżeństwa, mogliby z powodu uległości wobec wstępnych albo przyjaźni wobec rodzeństwa lub kuzynostwa być narażeni na różne niebezpieczeństwa moralne.² Paulus głosi: „In contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est; contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere”.³ Do osób, pomiędzy którymi prawo rzymskie zabrania zawierania małżeństw z powodu bliskiego węzła pokrewieństwa, należą wszyscy krewni w linii prostej, a także niektórzy krewni w linii bocznej.

¹ Pokrewieństwem nazywamy wzajemny stosunek kilku osób, wynikający z wspólności ich pochodzenia. Krewnymi więc, *cognati*, nazywają się takie osoby, które pochodzą, albo kolejno jedna od drugiej, albo wszystkie od tej samej osoby trzeciej. W wypadku pierwszym mamy krewnych w linii prostej, *linea recta*, a w wypadku drugim krewnych w linii bocznej, *linea collateralis* lub *transversa*. Krewni w linii prostej, począwszy od ojca i matki w górę, *linea superior*, nazywają się wstępnymi, *ascendentes*, a począwszy od syna lub córki w dół, *linea inferior*, nazywają się zstępnymi, *descendentes*. Prawnicy rzymscy przez wyraz *cognatio* oznaczali również agnację, pojmując ją jako *cognatio civilis* w przeciwstawieniu do pokrewieństwa zwyczajnego, zwanego *cognatio naturalis*.

² AUGUSTINUS, *De civitate Dei*, XV, 16 (Migne, P. L., 41, 457 n.); OKĘCKI, *Prawo familijne u Rzymian* s. 82; SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 71 n.

³ D. 23, 2, 14, 2.

O ile chodzi o krewnych w linii prostej, to zakaz ten rozciągał się na wszystkie stopnie pokrewieństwa, *in infinitum*.¹ Małżeństwa zawarte pomiędzy takimi osobami uważano za nieważne i piętnowano jako kazirodcze, *nefariae et incestae nuptiae*. Gajus mówi: „Inter eas enim personas, quae parentum, liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt...; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur”.² Zakaz ten, jak mówi Paulus, wywodzi się z *ius gentium*: „Iure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendantium uxorem duxerit”.³ Naruszenie powyższego przepisu było zagrożone bardzo surowymi karami, które zmieniały się stosownie do czasu. I tak, w czasach rzeczypospolitej za kazirodztwo groziła kara śmierci. Cicero mówi: „Incestum pontifices supremo supplicio sanciunt”.⁴ Tacyt opowiada, że za panowania Tyberjusza niejaki Marjusz był zrzucony ze skały Tarpejskiej za popełnienie kazirodztwa z córką.⁵ Istniały nadto specjalne *sacra* i *piacula* dla przebłagania obrażonych bóstw.⁶ W czasach cesarstwa kara ta została złagodzona, mianowicie kazirodztwo było karane, podobnie jak cudzołóstwo, deportacją.⁷

¹ Gai., D. 23, 2, 53; ULP., *Reg.* 5, 6; *Coll.* 6, 2, 1; *Inst.* 1, 10, 1. Zakaz ten istniał również w Grecji por. ARISTOT., *Polit.* II, 3, 4. U Persów natomiast były dozwolone małżeństwa pomiędzy matką i synem por. MINUCIUS FELIX, *Octavius*, c. 31 (Migne, 3, 350). DARESTE, *L'ancien droit des Perses*. Études d'hist. du droit. Paris 1908.

² GAIUS 1, 59; D. 23, 2, 53; Diocl. i Maxim. (295), C. 5, 4, 17; *Coll.* 6, 2, 4; *Inst.* 1, 10, 1.

³ D. 23, 2, 68. W nauce prawa powstało rozróżnianie kazirodztwa na *incestus iuris gentium* i *iuris civilis*. Pierwsze powstawało pomiędzy krewnymi w linii prostej, a drugie w linii bocznej i pierwsze było surowiej karane, niż drugie por. Papin., D. 48, 5, 39 (38), 2. KLINGMÜLLER, *Incestus* w Pauly-Wissowa, Real-Encyclopädie der klassisch. Altertumsw. t. 9 s. 1246; PFAFF, *Incestus*, tamże t. 9 s. 1245.

⁴ CICERO, *De leg.* 2, 9.

⁵ TACIT., *Ann.* 6, 19.

⁶ TAC., *Ann.* 12, 8. Przepisy o małżeństwach kazirodczych stanowiły część prawa pontyfikalnego.

⁷ PAUL., *Sent.* 2, 26, 15; *Coll.* 6, 3. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899 s. 687; WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiser-*

Co się tyczy krewnych w linii bocznej, to zakazane były małżeństwa między bratem i siostrą bez względu na to, czy pochodzili od wspólnych rodziców, *germani*, czy tylko od wspólnego ojca, *consanguinei*, względnie od wspólnej matki, *uterini*. Gajus, a za nim Justynjan, głosi: „Inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutro eorum”.¹ Pokrewieństwo pomiędzy rodzeństwem, bądź rodzonem, bądź przyrodnim stanowi drugi stopień pokrewieństwa w linii bocznej, gdyż pierwszego stopnia pokrewieństwa w linii bocznej prawo rzymskie nie zna.² Małżeństwa tego rodzaju były zakazane przez prawo zwyczajowe, *mores* i były uważane za *incestus iuris civilis*.³ Przekroczenie zakazu tego było początkowo karane śmiercią, a potem karami łagodniejszymi; przy czem przy wymiarze sprawiedliwości uwzględniano okoliczności łągodzące, jak np. wiek, płeć.⁴

reich w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 29 s. 357 n.; LOTMAR w Mélanges Girard t. 2 s. 123 n. Ponieważ przy małżeństwie kazirodczem karano raczej za stosunek płciowy, niż za małżeństwo, stąd też było karane także kazirodztwo bez małżeństwa por. Marc., D. 48, 18, 5.

¹ GAJUS 1, 61; *Inst.* 1, 10, 2.

² Gai., D. 38, 10, 1, 1. Prawo rzymskie stopień pokrewieństwa, tak w linii prostej, jak również w linii bocznej oznacza według liczby rodzeń, łączących te dwie osoby, których pokrewieństwo chcemy określić: quot generationes tot gradus. Ojciec więc ze swoim dzieckiem pozostaje w pierwszym stopniu pokrewieństwa, ponieważ łączy ich jedno rodzenie, brat z siostrą pozostaje w drugim stopniu pokrewieństwa, ponieważ łączą ich dwa rodzenia, a mianowicie od brata do ojca jedno, a od ojca do siostry drugie.

³ Pomp., D. 23, 2, 68; Paul., D. 23, 2, 39, 1; *Coll.* 6, 2, 4; WEISS, *Endogamie und Exogamie* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 29 s. 358 n.; PARTSCH, w Arch. f. Pap. V, 476.

⁴ Papin., D. 48, 5, 39 (38), 3. 4. 7. Kwestja zakazu małżeństwa pomiędzy braćmi i siostrami przedstawia się różnie u rozmaitych narodów zamieszkałych w państwie rzymskiem. I tak, narody greckie pozwalały na zawieranie małżeństw pomiędzy braćmi i siostrami przyrodnimi z ojca por. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république athénienne*. Paris 1897 t. 1 s. 166 n.; WEISS, *Endogamie und Exogamie*, l. c., s. 347. Niektórzy idą dalej i twierdzą, że były dozwolone małżeństwa także pomiędzy braćmi i siostrami przyrodnimi z matki, a nawet pomiędzy braćmi i siostrami rodzonemi por. MINUCIUS FELIX, *Octavius*, c. 31 (Migne, 3, 350); HRUZA, *Bei-*

Pokrewieństwo stopnia trzeciego w linii bocznej było również przeszkodą do małżeństwa. Zatem, wuj (*avunculus*) nie mógł żenić się z córką siostry, stryj (*patruus*) z córką brata, siostra matki (*matertera*) nie mogła wyjść za siostrzeńca, a siostra ojca (*amita*) za swego bratanka.¹ Zakaz ten opierał się na zasadzie *respectus parentelae*, ponieważ rodzeństwo rodziców jest na warunkach rodziców, *parentum loco habentur*.² Małżeństwo zawarte w pokrewieństwie stopnia trzeciego linii bocznej było uważane za związek kazirodczy, była jednak wątpliwość, czy należy uważać je za *incestus* prawa zwyczajowego, czy *iuris gentium*.³ Zakaz powyższy istniał w starożytności i przez cały przeciąg Rzeczypospolitej. W czasach cesarstwa senat uchwalił (49 r.), że małżeństwo stryja z córką brata jest dozwolone. Powód do tej uchwały dał cesarz Klaudjusz, który pragnął poślubić Agrypinę, córkę swego brata Germanika.⁴ Według uchwały tej małżeństwa pomiędzy wujem i siostrzenicą oraz pomiędzy siostrą matki i siostrzeńcem lub siostrą ojca i synowcem pozostały nadal zakazane.⁵ Uchwała ta została zniesiona przez cesarza Nerwę,⁶ lecz później znowu została przywrócona i przetrwała do czasów chrześcijańskich.⁷ Cesarze Konstans i Konstantyn (342) pod wpływem poglądów chrześcijańskich przywrócili dawne prawo

träge zur Geschichte des griech. und röm. Familienrechts t. 2 s. 166. Podobnie w Egipcie były dozwolone małżeństwa pomiędzy braćmi i siostrami, a dla królów małżeństwa takie były nawet obowiązkowe por. DIODOR. SIC. 1, 27; MINUCIUS FELIX, *Octavius*, c. 3¹ (Migne, 3, 350); WILCKEN w *Berliner Sitzungsber.* (1883) s. 903; WEISS, *Endogamie u. Exogamie*, I. c., s. 349 n.; tamże literatura papirologiczna; CALDERINI, *La composizione della famiglia secondo le schede di censimento dell'Egitto romano*. Milano 1923 s. 49.

¹ GAIUS 1, 62.

² Paul., D. 23, 2, 39 pr.

³ Papin., D. 12, 7, 5, 1; Paul., D. 23, 2, 39, 1.

⁴ GAIUS 1, 62; TAC., *Ann.* 12, 5 7; SUET., *Claud.* 26, 39, 43; *Coll.* 6, 4, 5.

⁵ GAIUS 1, 62; ULP., *Reg.* 5, 6.

⁶ DIO CASSIUS 68, 2.

⁷ GAIUS 1, 62; ULP., *Reg.* 5, 6; Diocl. i Maxim. (295), C. 5, 4, 17. WEISS, *Endogamie und Exogamie im römischen Kaiserreich*, I. c., 361 n.; STADE, *Der Politiker Diokletian und die letzte grosse Christenverfolgung* s. 77 n.

z czasów rzeczypospolitej i za zawarcie małżeństwa z córką brata lub siostry ogłosili karę śmierci.¹ Arkadjusz i Honorjusz (396) zakaz ten potwierdzili, lecz sankcję złagodzili: sprowadzili ją do utraty zdolności testowania i innych kar majątkowych.² Cesarz Zenon (474 — 491) małżeństwo takie nazywa *nefandissimum scelus* i zabrania nawet zwracania się z prośbą o dyspensę od powyższego zakazu.³ Wreszcie, Justynjan w Instytucjach umieścił wyraźny przepis: „Fratris vel sororis filiam uxorem ducere non licet”.⁴ Przepis ten w następstwie przeszedł do Eklogi,⁵ Prochironu⁶ i Bazylik.⁷

Opierając się na zasadzie *respectus parentelae*, zakaz małżeństw pomiędzy rodzeństwem rodziców, a bratankiem, bratanicą, siostrzeńcem i siostrzenicą rozciągnięto na wszystkie stopnie pokrewieństwa tak samo, jak w linii prostej. Zatem, mężczyzna nie mógł żenić się nie tylko z siostrą matki lub ojca, lecz także z siostrą babki (*matertera magna*) lub dziada (*amita magna*), z którymi łączy go pokrewieństwo stopnia czwartego w linii bocznej; podobnie nie mógł żenić się z siostrą prababki (*promatertera*) lub praprababki (*abmatertera*) lub z siostrą pradziada (*proamita*) lub prapradziada (*abamita*), z którymi łączy go pokrewieństwo stopnia piątego, względnie szóstego. Kobieta również nie mogła wyjść za mąż nie tylko za brata ojca lub matki, lecz także za brata dziada (*patruus magnus*) lub brata babki (*avunculus magnus*), z którymi łączy ją pokrewieństwo stopnia czwar-

¹ C. Th. 3, 12, 1. Kościół już poprzednio niezbyt przychylnie patrzył na tego rodzaju małżeństwa, jak świadczy o tem can. 5 Apost.

² C. Th. 3, 12, 3.

³ C. 5, 8, 2, 1; 5, 5, 9.

⁴ *Inst.* 1, 10, 3. W prawach narodów greckich małżeństwa te nie tylko były dozwolone, ale nawet szeroko rozpowszechnione, na czym opiera się instytucja epikleratu por. HAFTER, *Die Erbtochter nach attischem Recht*. Leipzig 1887; HRUZA, *Beiträge z. Gesch. des griech. u. röm. Familienrechts* t. 1 s. 90 n.; LEIST, *Alt-arisches ius civile*. Jena 1896 t. 2 s. 154 n.; GERNET, *Sur l'epiclerat* w *Revue des études grecs* t. 34 (1921) s. 337 n.

⁵ *Eclog.* XVII, 33.

⁶ *Prochir.* VII, 3.

⁷ *Basil.* XXVIII, 5, 1.

tego; tak samo nie mogła wyjść za brata pradziada (*propatruus*) lub prapradziada (*abpatruus*), albo za brata prababki (*praavunculus*) lub praprababki (*abavunculus*), z którymi łączy ją pokrewieństwo stopnia piątego, względnie szóstego. Justynjan głosi: „Nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint. Cuius enim filiam uxorem ducere non licet, eius neque neptem permittitur”.¹

Co do innych stopni pokrewieństwa w linii bocznej, to według *vetus mos* małżeństwa byby zabronione *intra septimum gradum cognationis*.² Później pozwolono na zawieranie małżeństw pomiędzy *consobrini*, t. j. dzieci dwóch braci lub dwóch sióstr albo brata i siostry.³ Lecz Teodozjusz W. pod wpływem chrześcijaństwa, które było wogóle przeciwne zawieraniu małżeństw pomiędzy bliskimi krewnymi, dawny zakaz małżeństwa pomiędzy *consobrini* przywrócił i zaopatrzył go w bardzo surową sankcję karną, mianowicie karę śmierci i konfiskatę majątku.⁴ Tak surowa sankcja karna była wynikiem nauki św. Ambrożego i Augustyna, którzy małżeństwa pomiędzy dziećmi rodzeństwa uważali za tak bliskie, jak małżeństwo pomiędzy rodzeństwem.⁵ Arkadjusz i Ho-

¹ *Inst.* 1, 10, 3; Gai., *D.* 23, 2, 17, 2; Paul., *D.* 23, 2, 39.

² TAC., *Ann.* 12, 6. Potwierdza to fragment Liwjusza ogłoszony przez KRÜGERA I MOMMSENA, *Anecdota Liviana* w *Hermes* t. 4 (1870) s. 372—6— MOMMSEN, *Ges. Schriften* t. 7 (Philolog. Schr.) s. 163 n.; ROSSBACH, *Untersuch. über d. röm. Ehe* s. 432; FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 877; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 201.

³ Zakaz zawierania pomiędzy nimi małżeństw istniał jeszcze przy końcu rzeszypospolitej por. FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 877 uw. 5.

⁴ C. Th. 3, 12, 3. Konstytucja ta nie zachowała się; dowiadujemy się o niej od św. AMBROŻEGO, *Epist.* 60, 3 (Migne, P. L., 16, 1183 n.).

⁵ S. AMBROSIUS, *Epist.* 60, 3 (Migne, P. L., 16, 1183 n.); S. AUGUSTINUS, *De civitate Dei*, XV, 16 (Migne, P. L., 41, 457 n.). W sprawie wpływu chrześcijaństwa na przeszkodę małżeńską z tytułu pokrewieństwa zob. TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 68 n.; KUHLENBECK, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*. 1910 t. 1 s. 346; GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 169; FERRINI, *Manuale di pandette* s. 877; BRUGI, *Istituzioni di dir. priv. giustiniano*². 1911 t. 2 s. 255; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 341; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² s. 42; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 203; BAVIERA, *La codificazione giustiniana e il cristianesimo* w Congr. internaz. di dir. rom. Sunti delle relazioni s. 67.

norjusz w r. 396 potwierdzili ten zakaz, lecz złagodzili kary: sprowadzili je do utraty zdolności testowania i innych kar majątkowych.¹ W kilka lat później ci sami cesarze Arkadiusz i Honorjusz (405) odwołali dla Wschodu poprzednie rozporządzenie, obowiązywało ono jednak nadal na Zachodzie i od r. 409 dopuszczało dyspensę cesarską.² Wreszcie, Justynian zniósł je zupełnie dla całego państwa, wobec czego małżeństwa pomiędzy rodzeństwem stryjecznym, ciotecznym i wujecznym zostały dozwolone, podobnie jak to miało miejsce w czasach cesarzy pogańskich. W Instytucjach czytamy: „Duorum autem fratrum vel sororum liberi vel fratris et sororis iungi possunt”.³ Później w prawie bizantyńskim wrócono znowu do praktyki dawnej.⁴

Jeżeli chodzi o ustawodawstwo kościelne odnośnie do przeszkody z tytułu pokrewieństwa, to już św. Paweł Apostoł w listach wspomina o kazirodztwie i o ciężkiej za jego popełnienie karze.⁵ Pozatem w pierwszych trzech wiekach Kościół trzymał się pod tym względem zasad prawa mojżeszowego i rzymskiego.⁶ Począwszy od w. IV prawo kościelne w tej dziedzinie zaczyna kroczyć własną drogą.⁷ Liczne przepisy w tej materii zostały wydane w w. VI i VII na synodach we Francji i Hiszpanji.⁸

¹ C. Th. 3, 12, 3 = C. 5, 5, 6.

² Arc. i Hon. (405), C. 5, 4, 19; Honor. (409), C. Th. 3, 10, 1; Hon. i Teod. (409), C. 5, 8, 1. Por. ROTONDI, *Studi sulle fonti del cod. Giust.* w Bull. dell' Ist. di dir. rom. r. 29 = Scr. giur. varii t. 1 s. 216.

³ Inst. 1, 10, 4. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 236 n.

⁴ Eclog. II, 1; *Prochir.* XXXIX, 72; *Basil.* XXVIII, 5, 1.

⁵ I Kor. V, 1 n.

⁶ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 228 n.; SCHULTE, *Handbuch d. k. Eherechts* s. 159.

⁷ Conc. Eliberit. (300—6), c. 66 (Mansi, 2, 16); S. AMBROSIUS, *Epist.* 60, 3 (Migne, P. L., 16, 1183 n.); S. AUGUSTINUS, *De civitate Dei*, XV, 16 (Migne, P. L., 41, 457 n.); S. PATRICIUS († 465) in Synod. II Hiberniae, c. 29 (Mansi, 6, 526); INNOC. I in Synod. Rom. (402), c. 11 (Mansi, 3, 1138); S. GREGOR. I w c. 20 C. 35 q. 2—3.

⁸ Conc. Epaon. (517), c. 30 (Mansi, 8, 562 n.) = c. 8 C. 35 q. 2: kanon ten jest błędnie uważany za c. 61 Synod. Agathen. (506); conc. Arvern. (535), c. 11 (Mansi, 8, 861); conc. Aurel. III (538), c. 10 (Mansi, 9, 14); conc. Turon. (567), c. 21 (Mansi, 9, 800); conc. Paris. III (557), c. 4 (Mansi, 9, 745); Conc.

W Kościele wschodnim sobór trullański (692) zabrania zawierania małżeństwa z *consobrina* pod karą surowej pokuty i z zagrożeniem rozwiązania małżeństwa, jako *matrimonium nefarium*.¹ Przepisy powyższe wprowadziły przeszkodę do szóstego stopnia pokrewieństwa, która później została rozciągnięta nawet do stopnia siódmego.² Od wieku VIII w Kościele przyjmuje się stopniowo przy obliczaniu stopni pokrewieństwa w linii bocznej, zamiast systemu rzymskiego, system germański praktykowany na mocy zwyczaju u niektórych narodów ówczesnych.³ W Kościele wschodnim oraz we współczesnych kodeksach cywilnych ogólne zastosowanie ma system rzymski obliczania stopni pokrewieństwa.

Na zakończenie należy jeszcze kilka słów dodać o małżeństwach osób, które są ze sobą tylko faktycznie spokrewnione, a nie prawnie. Należą do nich przedewszystkiem osoby nieprawego pochodzenia, *vulgo quaesiti*. Paulus powiada, że pokrewieństwo w ten sposób powstałe jest przeszkodą do małżeństwa.⁴ Do tej samej kategorii należą niewolnicy wyzwoleni z niewoli. Dopóki niewolnik pozostaje w niewoli, nie obowiązuje go przeszkoda małżeńska z tytułu pokrewieństwa, lecz skoro z niewoli zostanie wyzwolony i pragnie zawrzeć małżeństwo, naturalny

Toletan. II (531), c. 5 (Mansi, 8, 786 n.); S. ISIDORUS († 636) w c. un. C. 35 q. 4; PALMIERI, *Tractatus de matr. christ.* s. 353 n.; FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 376 n., 408, 575.

¹ Conc. Trull., can. 54 (Mansi, 11, 967). Sobór rzymski z r. 721, cc. 1—9 (Mansi, 12, 263), podaje cały katalog małżeństw zakazanych z tytułu pokrewieństwa i karze za wszystkie ekskomuniką.

² Rozciągnięcie przeszkody do stopnia siódmego pokrewieństwa opiera się na zasadzie przedjustynjańskiej powoływania krewnych do dziedziczenia do stopnia siódmego oraz na jej interpretacji wizygockiej. Por. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 241 n.; FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 400 n.; ESMEIN-GËNESTAL, *Le mariage en droit can.* t. 1 s. 377 n.; ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts* s. 64.

³ MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*. Lublin 1932 s. 186. System ten polega na tem, że w linii bocznej ilość rodzeń oblicza się tylko w jednej linii. Jeżeli linie te są nierówne, to oznacza się stopień pokrewieństwa oddzielnie w obydwóch liniach.

⁴ D. 23, 2, 14, 2; Scaev., D. 23, 2, 54.

stosunek pokrewieństwa staje się przeszkodą do małżeństwa.¹ Z tego też względu wyzwoleniec nie mógł pojąć za żonę, ani własnej matki, ani siostry, ani siostrzenicy; podobnie ojciec wyzwolony nie mógł żenić się z córką, choćby istniała wątpliwość, czy rzeczywiście jest jej ojcem.²

B. Powinowactwo.

Powinowactwem, *affinitas*, prawo rzymskie nazywa stosunek, który powstaje pomiędzy jednym małżonkiem, a krewnymi drugiego małżonka wskutek zawartego małżeństwa. Modestyn tak je określa: „Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis”.³ Z powyższej definicji wynika, że powinowactwo powstaje tylko z małżeństwa prawnie zawartego, niezależnie od tego, czy jest ono spełnione, czy nie.⁴ Ponieważ podstawą powinowactwa jest małżeństwo, stąd też, jeżeli małżeństwo zostanie zerwane gaśnie również powinowactwo.⁵

Powinowactwo może zachodzić, bądź w linii prostej, *affinitas in linea recta*, bądź w linii bocznej, *affinitas in linea transversa*. Powinowactwo w linii prostej zachodzi pomiędzy jednym małżonkiem, a krewnymi w linii prostej, t. j. ascendentami i descendentami, drugiego małżonka. Powinowactwo zaś w linii bocznej ma miejsce pomiędzy jednym małżonkiem, a krewnymi w linii bocznej drugiego małżonka. Powinowactwo stanowi przeszkodę do zawarcia niektórych małżeństw. Justynjan głosi: „Ad-

¹ D. 23, 2, 14, 2; *Inst.* 1, 10, 10.

² D. 23, 2, 14, 2.

³ D. 38, 10, 4, 3. Co do terminologii powinowactwa por. CARON, *De l'alliance ou affinité* s. 32—4.

⁴ Paul, D. 23, 2, 14, 3. Alex. (228), C. 5, 4, 4; Zeno (475), C. 5, 5, 8.

⁵ Cíc., *Pro Cluentio* 67; Ulp., D. 3, 1, 3, 1; Labeo, D. 23, 3, 84; *Inst.* 1, 10, 7. Niektórzy jednak mniemają, że rozzerwanie małżeństwa zasadniczo nie znosi węzła powinowactwa, a tylko w drodze wyjątkowej niektóre skutki powinowactwa por. CARON, *De l'alliance* s. 53—7.

finitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est".¹ Lecz, ponieważ powinowactwo własnych stopni nie posiada — *gradus autem adfinitati nulli sunt*, stąd też, oblicza się je według stopni pokrewieństwa.²

I tak, przedewszystkiem były zakazane małżeństwa pomiędzy powinowatymi w linii prostej. Zatem, teść (*socer*) nie mógł żenić się z synową (*nurus*), czyli z żoną syna rozwiedzionego lub zmarłego, albo wnuka lub prawnuka; zięć (*gener*) nie mógł żenić się z teściową (*socrus*), czyli matką rozwiedzionej lub zmarłej żony, albo z jej babką lub prababką; ojczym (*vitricus*) nie mógł żenić się z pasierbicą (*privigna*), czyli córką rozwiedzionej lub zmarłej żony z poprzedniego jej małżeństwa, albo z jej wnuczką lub prawnuczką; pasierb (*privignus*) nie mógł żenić się z macochą (*noverca*), czyli drugą żoną zmarłego lub rozwiedzionego ojca, podobnie z drugą żoną dziada lub pradziada.³ Wreszcie, ojczym nie mógł żenić się z żoną pasierba, a macocha z mężem pasierbicy, zrodzonej z dawniejszego małżeństwa swego obecnego męża.⁴ Z powyższego wynika, że powinowactwo w linii prostej, zdaje się, jest przeszkodą do małżeństwa bez względu na stopień, *in infinitum*, podobnie jak to miało miejsce przy pokrewieństwie.

Zakaz zawierania małżeństw pomiędzy powinowatymi w linii prostej opierał się początkowo na prawie zwyczajowem. Cycero podaje wypadek zawarcia małżeństwa pomiędzy teściową i zięciem i fakt ten nazywa: „*Scelus incredibile, et praeter hanc unam, in omni vita inauditum*”,⁵ Wypadek ten prawdopodobnie spowodował wydanie ustawy, zakazującej zawierania podobnych małżeństw. Kiedy ustawa ta została wydana nie wiadomo; konstytucja wydana przez Dioklecjana i Maksymjana w r. 295 nazywa ją już *ius antiquum*.⁶ Zakaz małżeństw pomiędzy powinowatymi

¹ *Inst.* 1, 10, 6.

² *Modest.*, D. 38, 10, 4, 6.

³ *GAJUS* 1, 63; *Paul.*, D. 23, 2, 14, 4; *Modest.*, D. 38, 10, 4, 5—6; *Inst.* 1, 10, 6—7.

⁴ *Papin.*, D. 23, 2, 15.

⁵ *CIC.*, *Pro Cluentio* 6, 15.

⁶ *C.* 5, 4, 17.

w linii prostej opierał się na *respectus parentelae*. Modestyn, wyliczywszy osoby, które do nich należą, jako to: *socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna*, dodaje: „Hos itaque inter se, quod adfinitatis causa parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est”.¹ Dziedzina powinowactwa, to dziedzina obyczajowości. Stąd też, przedewszystkiem ma tu zastosowanie ogólna zasada, obowiązująca w sprawach małżeńskich, że należy mieć na uwadze nietylko to, co jest dozwolone, ale także to, co jest godziwe: „Semper in coniunctionibus, non solum quid liceat considerandum est, sed etiam quid honestum sit”.²

Co się tyczy powinowactwa w linii bocznej, to przez długi czas prawo rzymskie nie uważało go za przeszkodę do małżeństwa. Liwjusz opowiada o dwóch synach, czy wnukach Tarkwinjusza Starego, którzy pojęli za żony dwie córki króla Serwjusza i gdy umarł jeden z nich i żona drugiego, pozostały przy życiu syn ożenił się z wdową po bracie.³ Podobnie Plutarch wspomina, że Marcus Crassus zawarł małżeństwo z żoną swego brata.⁴ Dopiero w czasach chrześcijańskich powstaje przeszkoda małżeńska z tytułu powinowactwa również w drugim stopniu linii bocznej. Wprowadził ją za namową papieża Liberjusza (352—366) syn Konstantyna W. Konstancjusz w r. 355, zabraniając na Zachodzie zawierania małżeństwa z żoną brata zmarłego lub z siostrą żony zmarłej.⁵ Późniejsi cesarze Walentynjan, Teodozjusz i Arkadjusz (393) wprowadzili przeszkodę tę i na Wschodzie. Odnośny tekst głosi: „Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus coniungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo

¹ D. 38, 10, 4, 7.

² Modest., D. 50, 17, 197.

³ Liv. 1, 46; DION. 4, 79.

⁴ PLUT., *Marc. Crass.* 1.

⁵ C. Th. 3, 12, 2. JAC. GOTHOFRED., *Comment. ad Cod. Theod.* III, 12, 2, ed Ritter, I, 338; TROP LONG, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains* s. 68 n.; CENERI, *Lezioni su temi del jus familiae* s. 61; CARON, *De l'alliance ou affinité* s. 61 n.; BAVIERA, *La codificazione giustin. e il cristianesimo* w Congr. internaz. di dir. rom. Sunti delle relazioni s. 67.

coniugio".¹ Bliżej sprawę tę unormowali Arkadiusz i Honorjusz (396)² oraz Zenon (475 — 484), który małżeństwo tego rodzaju nazywa „*turpissimum consortium*".³ W późniejszym prawie bizantyńskim przeszkoda z tytułu powinowactwa została znacznie rozszerzona pod wpływem przepisów kościelnych.⁴

Przeszkoda powinowactwa powstaje również z konkubinat u prawnego. Wyraźnie to stwierdza w konstytucji swej cesarz Aleksander (228 r.), gdy mówi: „*Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt... Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt*".⁵ Małżeństwo zawarte z powyższą przeszkodą jest piętnowane jako *nefaria coniunctio*.⁶

Prawo uznaje za przeszkodę do małżeństwa także powinowactwo powstałe pomiędzy niewolnikami w razie późniejszego wyzwolenia ich z niewoli, podobnie jak to czyni z pokrewieństwem. Paulus głosi: „*Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est*".⁷ Zatem, syn nie może pojąć za żonę osoby, która żyła w *contubernium* z ojcem, ani ojciec osoby, która żyła w *contubernium* z synem, ani wreszcie matki tej, którą w czasie niewoli miał za żonę. Paulus tak to ujmując: „*Ut eam, quae in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere, et contra eam, quae in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere: aequae nec matrem eius, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum*".⁸

¹ C. 5, 5, 5.

² C. 5, 5, 6.

³ C. 5, 5, 8, 9.

⁴ FERRINI, *Manuale di pandette* ³ s. 878.

⁵ C. 5, 4, 4.

⁶ Ulp., D. 25, 7, 1, 3. Tekst jest interpolowany por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 204 uw. 2. Niektórzy są jednak zdania, że z konkubinatu rzymskiego powinowactwo nie powstaje por. CARON, *De l'alliance ou affinité* s. 43 n.

⁷ D. 23, 2, 14, 3 — tekst interpol. por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 204 uw. 2; CARON, *De l'alliance ou affinité* s. 43 n., jest zdania, że z *contubernium* powinowactwo nie powstaje.

⁸ D. 23, 2, 14, 3.

Związek zawarty przez osoby, pomiędzy którymi istnieje przeszkoda powinowactwa, nie był uważany za małżeństwo, a tylko za zwykły *coitus*. Instytucje Justynjana podają: „Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intellegitur”.¹ Dzieci z takiego związku nie podlegały władzy ojcowskiej, lecz były uważane za nieprawe, *vulgo concepti*, których ojciec był nieznany.² Nadto, zawarcie związku tego rodzaju tworzyło przestępstwo *incestus*. Papinjan mówi, że związek zawarty pomiędzy powinowatymi w linii prostej stanowi *incestus iuris gentium*, a związek zawarty pomiędzy powinowatymi w linii bocznej stanowi *incestus iuris civilis*.³ Za przestępstwo pierwsze karano, tak mężczyznę, jak również kobietę, za drugie zaś tylko mężczyznę. Jeżeli związek był zawarty publicznie, karano łagodniej, a jeżeli był zawarty potajemnie, karano surowiej.⁴

Kościół w pierwszych wiekach stosował w praktyce przepisy prawa rzymskiego i mojęszowego odnośnie do przeszkody małżeńskiej powinowactwa. Lecz, niektóre synody odbyte w początkach IV w. dobitnie świadczą, że przeszkoda powinowactwa była w Kościele szerzej pojmowana, niż w prawie rzymskiem lub mojęszowym. I tak, synod w Elwirze w Hiszpanji (300—6) zabrania zawierania małżeństwa z siostrą zmarłej żony pod karą pięcioletniej ekskomuniki, a synod w Neocezarei (314—325) w Kapadocji zabrania małżeństwa z bratem męża zmarłego, podczas gdy prawo rzymskie zabraniało w tym czasie małżeństw jedynie pomiędzy powinowatymi w linii prostej.⁵ Papież Inocenty I wydał podobny zakaz na synodzie rzymskim w r. 402.⁶ Na Wschodzie wielką rolę w naszej dziedzinie odegrał zakaz zawierania

¹ *Inst.* 1, 10, 12.

² *Inst.* 1, 10, 12; *GAIVS* 1, 64; *ULP.*, *Reg.* 5, 7; *Modest.*, *D.* 1, 5, 23.

³ *D.* 12, 7, 5, 1; 48, 5, 39 (38), 2.

⁴ *Paul.*, *D.* 23, 2, 68; *Papin.*, *D.* 48, 5, 39 (38), 2.

⁵ *Conc. Eliberitanum*, can. 61 (*Mansi*, 2, 15); *conc. Neocaesareense*, can. 2 (*Mansi*, 2, 540).

⁶ *Conc. Romanum* (402), c. 9, 11 (*Mansi*, 3, 1137—8). *WERNZ-VIDAL, Ius matrimoniale* s. 433; *KNECHT, Handb. d. kath. Eherechts* s. 504 n.

małżeństwa z siostrą zmarłej żony i z teściową wydany przez św. Bazylego († 379), jako arcybiskupa cezarejskiego.¹ Uzasadnienie zakazu tego podaje list jego pisany do biskupa Diodora z Tarsu. List ten głosi, że nie tylko mężczyźnie nie wolno żenić się z matką, córką lub siostrą zmarłej żony, ale także kobiecie nie wolno wyjść za ojcą, syna lub brata zmarłego męża: „Sunt enim utrinque communia affinitatis iura”.² Zakaz ten w następstwie został powtórzony przez sobór trullański (692),³ a stamtąd w formie uzupełnionej przeszedł do Eklogi,⁴ Prochironu⁵ i Bazylík.⁶ W wieku VI i VII na licznych synodach w Galji zabroniono pod ciężkimi karami zawierania małżeństw z *relicta fratris, soror uxoris, privigna, noverca, relicta patruí vel avunculi*.⁷ Przeszkoda powinowactwa w powyższym zakresie została przyjęta w całym Kościele.⁸

Chociaż podstawę powinowactwa stanowiło małżeństwo, świadectwa dawnych Ojców Kościoła i papieży stwierdzają, że racją bliższą, *ratio proxima*, dla której małżeństwo stanowiło podstawę powinowactwa, była *copula*, dzięki której mężczyzna i kobieta stawali się „dwoje w jednym ciele”.⁹ Stosownie do tej zasady czasem zaczęto zwracać uwagę nie na samo małżeństwo, lecz na *unitas carnis* powstałą przez *copula*, bądź dozwoloną, czyli

¹ S. BASILIUS, *Epist. 217 ad Amphil.*, can. 78—79 (Migne, P. G., 32, 806).

² S. BASILIUS, *Epist. 160 ad Diodorum* (Migne, P. G., 32, 622).

³ Conc. Trull., c. 54 (Mansi, 11, 967).

⁴ *Eclog.* II, 2.

⁵ *Prochir.* VII, 7 n.; XXXIX, 72.

⁶ *Basil. XXVIII*, 5, 1. Zob. ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts*³ s. 66.

⁷ Conc. Aurelianense I (511), c. 18 (Mansi, 8, 354); conc. Epaonense (517), c. 30 (Mansi, 8, 562—3); conc. Aurel. II (533), c. 10 (Mansi, 8, 837); conc. Arvernense (535), c. 12 (Mansi, 8, 861); conc. Aurelian. III (538), c. 10 (Mansi, 9, 14); conc. Aurel. IV (541), c. 27 (Mansi, 9, 118); conc. Paris. III (557), c. 4 (Mansi, 9, 745) i t. d.

⁸ WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* s. 434.

⁹ *Gen.* II, 24; S. BASILIUS, *Epistola 160 ad Diodorum* (Migne, P. G., 32, 622); S. AUGUSTINUS, *Locut. in Heptat.*, 1, 3; *de Levitico* (Migne, P. L., 34, 486 n.; 515 n.).

małżeńską, bądź niedozwoloną, czyli pozamałżeńską.¹ Określenie sposobu i czasu, kiedy nauka ta została w Kościele wprowadzona, nie da się jednak z całą pewnością ustalić. W Galji istnieje ona już w VI w., a później przeszła do innych krajów.²

Od powinowactwa właściwego, o którym była mowa, należy odróżnić pewien rodzaj powinowactwa, które powstaje w drodze analogii ze stosunków pozamałżeńskich; jest to t. zw. powinowactwo sztuczne, *affinitas ficta* lub *quasi affinitas*. Prawo rzymskie zna dwa rodzaje powinowactwa sztucznego. Pierwsze z nich wynika z zaręczyn i powoduje przeszkodę do zawarcia małżeństwa pomiędzy narzeczonymi i niektórymi krewnymi narzeczonej oraz pomiędzy narzeczoną i niektórymi krewnymi narzeczonego.³ O tym rodzaju powinowactwa sztucznego oraz o wynikającej z niego przeszkodzie do małżeństwa była już mowa na str. 43—44 w związku ze skutkami prawnymi zaręczyn. Drugie z nich ma miejsce wówczas, gdy po dokonaniu rozwodu prawnego jedna ze stron wstąpi w powtórne związki małżeńskie i z małżeństwa tego posiada dzieci. Dzieci te łączy z drugim współmałżonkiem rozwiedzionym powinowactwo sztuczne, *quasi affinitas*. Powinowactwo to tworzy również przeszkodę do małżeństwa. Przeszkodę tę prawo rzymskie ogranicza do jednego wypadku, mianowicie, jeżeli żona po uzyskaniu rozwodu wyjdzie za kogo innego i z małżeństwa tego ma córkę, to pierwszy mąż matki nie może się z nią żenić, chociaż nie jest ona dla niego pasierbicą.⁴ To samo zapewne należy powiedzieć o wypadku analogicznym, jeżeli mąż z późniejszego małżeństwa będzie miał syna. Chociaż syn ten właściwie nie będzie pasierbem żony pierwszej jego ojca, nie może ona jednak wyjść za niego za mąż.⁵ Podstawą przeszkody tej były pewne względy przyzwoitości i szacunku należne mężowi poprzedniemu swej matki względnie żonie poprzedniej swego ojca.

¹ MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*. Lublin 1932 s. 214.

² Conc. Epaonense (517), c. 30 (Mansi, 8, 562—3).

³ Ulp., D. 38, 10, 6, 1; Pomp., D. 38, 10, 8; Paul., D. 22, 1, 38, 1.

⁴ Ulp., D. 23, 2, 12, 3; *Inst.* 1, 10, 9.

⁵ OKĘCKI, *Prawo familijne u Rzymian* t. I s. 84.

C. Adopcja.

Przeszkodę do małżeństwa stanowi także adopcja, *adoptio*.¹ Jest ona stosunkiem, który imituje pokrewieństwo rzeczywiste i dlatego w przeciwstawieniu do niego nazywa się pokrewieństwem prawnym, *cognatio legitima*.² Osoba adoptowana zatrzymuje pokrewieństwo naturalne, zapomocą którego łączy się ze swoją rodziną dawną, lecz na mocy pokrewieństwa prawnego przechodzi jako agnat względnie agnatka do rodziny osoby adoptującej.³ Według zasad prawa rzymskiego nie można było być członkiem agnacyjnym w dwóch rodzinach i podlegać władzy dwóch ojców rodziny, stąd też osoba przysposobiona przedstawiała być agnatem w swej rodzinie poprzedniej, pozostawała w niej jednak jako kognat.

Adopcja występuje w prawie rzymskiem w dwojakiej postaci: w formie uroczystej zwanej *arrogatio* i w formie zwykłej zwanej *adoptio*.⁴ Prawo rzymskie pod ogólną nazwą *adoptio* rozumie, tak pierwszą, jak również drugą jej postać. *Arrogatio* miała miejsce wówczas, jeżeli była usynawiana *persona sui iuris*, a *adoptio*, jeżeli była usynawiana *persona iuris alieni*. Modestinus głosi: „Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt”.⁵ Pierwsza forma jest dawniejsza i dokonywała się zapomocą aktu publicznego: pierwotnie w drodze specjalnej ustawy na kurjalnych zgromadzeniach narodowych, a po zaniku *comitia curiata* w drodze *rescriptum principis*.⁶ Forma druga jest późniejsza i dokonywała

¹ Adopcją nazywamy akt prawny sporządzony w celu uzyskania władzy ojcowskiej nad dzieckiem cudzem.

² Modest., D. 38, 10, 4, 2; Ulp., D. 23, 2, 12, 4; *Inst.* 1, 11, 4; *Epitome Gaii* 1, 5 pr.: „Adoptio naturae similitudo est, ut aliquis filium habere possit quem non generaverit”.

³ Ulp., D. 23, 2, 12, 4.

⁴ *Inst.* 1, 11; D. 1, 7. Podział ten przyjął się również w prawie kanonicznem.

⁵ D. 1, 7, 1, 1; GELL. 5, 19, 1; GAIUS 1, 98—102; Ulp., *Reg.* 8, 2—3.

⁶ GELL. 5, 19, 4—6; GAIUS 1, 99. DESSERTAUX, *Étude sur les effets de l'adrogation*. Dijon 1892; AUDIBERT, *L'adrogation et la capitis deminutio* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 17 (1893) s. 363 n.

się zapomocą prywatnego aktu prawnego: początkowo w drodze trzykrotnej mancypacji, a według Justynjana w drodze zwykłego oświadczenia wobec sądu.¹ Justynjan pod wpływem praw hellenistycznych wprowadził rozróżnianie wśród *adoptio* dwóch jej rodzajów: *adoptio plena* i *adoptio minus plena*. Pierwsza miała miejsce wówczas, gdy adoptowany zrywał wszelkie więzy z dawniejszą rodziną, a druga, gdy *patria potestas* ojca naturalnego nie gasła, lecz usynowiony otrzymywał tylko prawo dziedziczenia ustawowego po adoptującym. Pierwsza występowała tylko w wypadkach usynowienia przez krewnego wstępnego, np. dziadka, a druga we wszystkich innych wypadkach.²

Adopcja, niezależnie od formy w jakiej występuje, powoduje różne skutki prawne, bądź natury materialnej, bądź osobistej, odnośnie do stanowiska osoby adoptującej i adoptowanej w rodzinie. Do skutków tych należy także przeszkoda do zawarcia małżeństwa pomiędzy niektórymi osobami.

Przeszkoda do małżeństwa z tytułu adopcji, czyli pokrewieństwa prawnego, powstaje pomiędzy temi osobami, które wchodzi pomiędzy sobą w stosunki agnacyjne. Zatem, w prawie justynjańskim *adoptio minus plena* nie powoduje żadnej przeszkody małżeńskiej, ponieważ nie sprowadza ona żadnej zmiany w stosunkach agnacyjnych: ani nowa władza ojcowska nie powstaje, ani poprzednia nie gaśnie. Wszystkie prawa osoby adoptowanej w tej dziedzinie pozostają bez zmiany; nabywa ona jedynie ustawowe prawo dziedziczenia po osobie adoptującej.

Przeszkoda do małżeństwa wynikająca z adopcji zachodzi przede wszystkim w linii prostej pomiędzy osobą adoptu-

¹ GELL. 5, 9, 1; GAIUS 1, 134; Gai., D. 1, 7, 2; ULP., *Reg.* 8, 2 — 3; *Inst.* 1, 11, 1.

² C. 8, 47 (48), 10; *Inst.* 1, 11, 2; 1, 12, 8; 3, 1, 14. BERGMAN, *Beitr. zum röm. Adoptionsrecht.* Lugd. 1912; PETERS w Z. Sav.-St. t. 33 s. 582 n. O adopcji w prawie greckiem por. LIPSJUS, *Attisches Recht und Rechtsverfahren.* 1915 s. 500 n. Odnośnie do prawa egipskiego zob. ARANGIO-RUIZ, *Success. testam.* s. 14 n.; CRÖNERT w Wessely, *Studien zur Paläogr.* IV, 102; WILCKEN w Arch. f. Pap. Forsch. III, 124; TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 37 (1916) s. 178 n., 211 n.

jącą i adoptowaną oraz ich ascendentami i descendentami bez ograniczenia stopni. Jako motyw prawo podaje, że osoby te są w stosunku do siebie „*parentum liberorumve loco*”.¹ Ojcu adoptującemu nie wolno żenić się nie tylko z córką adoptowaną, lecz także z żoną syna adoptowanego, nawet emancypowanego, ponieważ jest ona na warunkach synowej, *nurus loco*, a matce adoptującej nie wolno wychodzić za męża córki adoptowanej, nawet emancypowanej, ponieważ jest on na warunkach zięcia, *generi loco*. Z drugiej strony synowi adoptowanemu nie wolno żenić się z żoną adoptującego, ponieważ jest ona na warunkach macochy, *novercae loco*.² Powyższy zakaz małżeństwa trwa nawet po rozwiązaniu adopcji przez emancypację. Gajus mówi: „*Ut etiam dissoluta adoptio idem iuris maneat*”.³

Następnie, pokrewieństwo prawne stanowi przeszkodę do zawarcia małżeństwa w linii bocznej, przytem w tych samych stopniach jak przy pokrewieństwie naturalnem. Jeżeli jednak stosunek adopcyjny zostanie rozwiązany, przeszkoda przestaje istnieć.⁴ Różnica pomiędzy temi dwoma rodzajami przeszkód polega na tem, że w wypadku pierwszym rozwiązanie adopcji nie znosi przeszkody małżeńskiej, natomiast w wypadku drugim ją znosi. Stąd też, jeżeli osoba adoptowana stanie się czyjąś siostrą, małżeństwo pomiędzy temi osobami nie może być zawarte; w razie jednak emancypacji jednej z tych osób, przeszkoda do małżeństwa przestaje istnieć.⁵ Gajus podaje ogólną zasadę, że braterstwo nabyte przez adopcję, *fraternitas quaesita per adoptionem*, stanowi przeszkodę do małżeństwa tylko tak długo, dopóki trwa adopcja.⁶ Ta sama zasada obowiązuje przy małżeństwie z siostrą ojca lub z siostrą dziada.⁷ Podobnie ten, kto znajduje się w ro-

¹ GAIUS 1, 59; Gai., D. 23, 2, 55 pr.; *Inst.* 1, 10, 1.

² Paul., D. 23, 2, 14.

³ GAIUS 1, 59; Gaius, D. 23, 2, 55 pr.; PAUL. w *Coll.* 6, 3, 1—2; *Inst.* 1, 10, 1.

⁴ GAIUS 1, 61; Gaius, D. 23, 2, 17; 23, 2, 55, 1; *Inst.* 1, 10, 2.

⁵ GAIUS 1, 61; *Inst.* 1, 10, 2.

⁶ Gai., D. 23, 2, 17 pr.

⁷ Gai., D. 23, 2, 17, 2.

dzinie ojca, nie może żenić się z matką ojca adoptującego lub z siostrą matki albo wnuczką z syna, lecz, jeżeli zostanie usamowolniony, gaśnie przeszkoda do małżeństwa, gdyż przez usamowolnienie staje się osobą obcą, *persona extranea*.¹

Ponieważ przeszkoda z tytułu adopcji w zasadzie powstaje tylko pomiędzy temi osobami, które z osobą adoptującą wchodzi w stosunki agnacyjne, stąd też małżeństwo z córką kobiety przez ojca adoptowanej jest dozwolone, albowiem nie jest ona spokrewniona, ani według prawa naturalnego, ani według prawa cywilnego. Instytucje Justyniana podają: „Eius vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali neque civili iure tibi coniungitur”.² Dla tej samej racji można zawrzeć małżeństwo z siostrą ojca adoptującego, jeżeli nie pochodzi ona od tego samego ojca, czyli dla adoptującego jest siostrą przyrodnią ze strony matki, *soror uterina*.³

Co się tyczy charakteru prawnego przeszkody małżeńskiej z tytułu adopcji, czy mianowicie tworzyła ona przeszkodę rozrywającą, czy tylko tamującą, należy powiedzieć z wszelką pewnością, że była ona przeszkodą rozrywającą.⁴

Kościół katolicki w pierwszych wiekach w praktyce swej prawdopodobnie stosował zasady prawa rzymskiego o adopcji.⁵ Przez pierwsze ośm wieków nie znajdujemy jednak żadnego pomnika ustawodawstwa kościelnego, któryby kanonizował przepisy rzymskie o przeszkodzie rozrywającej do małżeństwa z tytułu adopcji. Po raz pierwszy spotykamy się z ustawodawstwem kościelnem w tej dziedzinie dopiero w wieku IX.⁶

¹ Gai., D. 23, 2, 55, 1.

² Inst. 1, 10, 3; Ulp., D. 23, 2, 12, 4.

³ Ulp., D. 23, 2, 12, 4.

⁴ Inst. 1, 10, 12.

⁵ LAURIN, *Introductio in ius matrimoniale ecclesiasticum* s. 214, 216 n.

⁶ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 555; WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* s. 209 n.

2. PRZESZKODY NATURY ETYCZNO-SOCJALNEJ.

W prawie rzymskiem istniały różne przeszkody do zawarcia małżeństwa oparte na względach etyczno-socjalnych. Idea równości warunków socjalnych i etycznych przy zawieraniu małżeństwa u Rzymian była silnie zakorzeniona: wspomina o niej zarówno literatura prawnicza, jak i nieprawnicza. Plinusz w panegiryku na cześć Trajana powiada, że wielu sławnych mężów dużo traciło na swej opinii przez zawarcie małżeństwa z kobietą niegodną i przez brak odwagi porzucenia jej, przez co infamja domowa pozbawiała ich sławy zdobytej nazewnątrz, tak że, będąc małymi mężami, nie mogli stać się wielkimi obywatelami.¹ Przeszkody te w ciągu dziejów rzymskich przechodziły rozmaite koleje, aż wreszcie w czasach Justynjana prawie wszystkie znikły.

A. Przedewszystkiem dawne prawo rzymskie zabraniało zawierania małżeństw pomiędzy patrycjuszami i plebejuszami.² Zakaz ten opierał się na pierwotnych zapatrywaniach rzymskich, że małżeństwo może być zawarte tylko pomiędzy osobami równemi stanowiskiem politycznem, *paritas conditionis*.³ Zakaz ten trwał przez czas długi i nawet przez ustawę XII tablic nie został zniesiony.⁴ Po ogłoszeniu ustawy XII tablic trwając nadal walki pomiędzy patrycjuszami i plebejuszami, które kończą się udzieleniem plebejuszom *iūs conubii* przez *lex Canuleia*, uchwaloną w r. 445 przed Chr. na wniosek trybuna plebejskiego Kanulejusza. Dzięki ustawie tej dawna przeszkoda *disparitatis conditionis* przestała istnieć.

B. Następnie, istniał zakaz zawierania małżeństwa pomiędzy wolnourodzonymi, *ingenui* i wyzwolencami, *libertini*.⁵ Zakaz ten opierał się na poglądach rzymskich, że małżeństwo powinno być zawarte pomiędzy osobami równymi

¹ PLIN., *Paneg. Trai.* 83.

² COSTANZI, *Sul diritto di connubio fra patrizi e plebei* w *Atti del I Congresso nazionale di studi romani* t. 2 (1929) s. 171—7.

³ LIV. 4, 1, 2. 6.

⁴ CIC., *De rep.* 2, 37; LIV. 4, 4; DION. 10, 60; 11, 28.

⁵ CIC., *Phil.* 2, 36; 3, 6; *ad Attic.* 16, 2, 11; *pro Sext.* 52.

pozycją socjalną, *paritas honestatis*. Gdy Fecenji Hispalla, wyzwolenicy, pozwolono w nagrodę zawrzeć związek małżeński z wolnourodzonym — „uti ei ingenuo nubere liceret”, konieczna była do tego uchwała senatu.¹ Zakaz ten, chociaż stopniowo tracił swoje znaczenie, przetrwał jednak do *lex Iulia et Papia Poppaea*, która zakres jego ścieśniła tylko do osób stanu senatorskiego. Celsus podaje: „Lege Papia cavetur omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere”.² W szczególności ustawa ta stanowi, że senator, ani jego syn, wnuk lub prawnuk, nie może świadomie w złej woli „sciens dolo malo” zawrzeć małżeństwa z wyzwolenicą; podobnie córka senatora, wnuczka lub prawnuczka, nie może „sciens dolo malo” wyjść za mąż za wyzwolenca.³ Małżeństwa te były jednak ważne i dzieci z nich zrodzone podlegały władzy ojcowskiej. Dopiero Marek Aureljusz postanowił, że związki małżeńskie pomiędzy osobami stanu senatorskiego i wyzwolenicami są nieważne — nec nuptiae essent.⁴ W następstwie powstała wątpliwość, czy godność senatorska później otrzymana unieważnia małżeństwo poprzednio zawarte. Zdanie przeważające było, że, jeżeli wolnourodzony po zawarciu małżeństwa z wyzwolenicą, lub jeżeli ojciec wolnourodzonej, która wyszła za mąż za wyzwolenca, został senatorem, małżeństwo powinno być rozwiązane. Justynjan w Kodeksie przywrócił przepis dawny, że małżeństwo w wypadku tym jest ważne,⁵ a w Nowelach zniósł zupełnie powyższą przeszkodę.⁶ W ten sposób *disparitas honestatis* w tej dziedzinie przestała być przeszkodą do małżeństwa.

C. Dalej, ta sama ustawa opiewa, że ani senator, ani jego syn lub córka, ani wnuk lub wnuczka, ani prawnuk lub prawnuczka, nie może „sciens dolo malo” zawrzeć małżeństwa z osobą, która sama lub jej ojciec albo matka poświęcili się sztuce sce-

¹ Lrv. 39, 19, 3.

² D. 23, 2, 23.

³ Paul., D. 23, 2, 44; Ulp., Reg. 13, 1; 16, 2.

⁴ Paul., D. 23, 2, 16 pr.; Modest., D. 23, 2, 42, 1; Ulp., D. 24, 1, 3, 1.

⁵ C. 5, 4, 28.

⁶ Nov. 78, 3; 117, 6.

nicznej — „quae ipsa eiusve pater materve artem ludicram facit fecerit”.¹ Z początku małżeństwa te były ważne, lecz później zostały uznane za nieważne.² Cesarz Justyn (520—523) postanowił, że jeżeli kobieta zmieniła swój zawód niehonorowy, mogła w drodze reskryptu cesarskiego otrzymać pozwolenie na zawarcie małżeństwa nawet z osobą stanu senatorskiego.³ Justynian (534) potwierdził tę konstytucję, znosząc nawet potrzebę reskryptu cesarskiego,⁴ dzięki czemu *disparitas honestatis* w tej dziedzinie przestała być przeszkodą do małżeństwa.

D. Ale nie tylko senatorowie, lecz także wolnourodzeni nie mogli poślubić kobiety „(palam) corpore quaestum facientem, (et) lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam et quae artem ludicram fecerit”.⁵

Przedewszystkiem więc przepis ten zabrania senatorom i wolnourodzonym poślubiania kobiety „palam corpore quaestum facientem”. Bliższe wyjaśnienie tych słów znajdujemy w Digestach, gdzie czytamy, że „palam quaestum facere” oznacza trudnienie się nierządem nie tylko w domu publicznym, lecz także w sklepie kupieckim, szynku lub jakimkolwiek innym miejscu.⁶ Jeżeli kobieta oddaje się za pieniądze tylko jednemu lub drugiemu, nie uprawia jeszcze nierządu *palam*.⁷ Octavenus twierdzi, że jeżeli oddaje się każdemu, nawet bez pieniędzy, należy do kobiet, które „corpore palam quaestum faciunt”.⁸

Następnie, zabrania on senatorom i wolnourodzonym brać za żonę „lenam et a lenone lenave manumissam”. Komentarz do tych słów podają także Digesta, gdzie czytamy, że *lena* oznacza kobietę utrzymującą w imieniu własnem lub cudzem

¹ Paul., D. 23, 2, 44 pr.; Ulp., Reg. 13, 2.

² Modest., D. 23, 2, 42, 1.

³ C. 5, 4, 23.

⁴ C. 1, 4, 33, 2.

⁵ Ulp., Reg. 13, 2; por. HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustinianae*⁵ s. 587 n.

⁶ Ulp., D. 23, 2, 43 pr.

⁷ Ulp., D. 23, 2, 43, 2.

⁸ Ulp., D. 23, 2, 43, 3.

dom publiczny.¹ Także kobieta, która prowadzi oberżę i posiada w niej *corpora quaestuaria* nazywa się *lena*.² Mężczyzna trudniący się tym samym procederem nazywa się *leno*. Senatorom i wolnourodzonym nie wolno było zawierać małżeństwa nietylko z kobietą lub mężczyzną utrzymującymi dom publiczny, lecz także z kobietą przez nich wyzwoloną. Przypuszczano zapewne, że wyzwolenicą będzie jedna z tych kobiet, które tekst nazywa *corpora quaestuaria*.

Wreszcie, nie wolno senatorom i wolnourodzonym zawierać małżeństwa z kobietą, która została schwytana na cudzołóstwie — in adulterio deprehensa, albo przez sąd publiczny skazana została — iudicio publico damnata, albo, która zajmowała się sztuką sceniczną — artem ludicram fecerit.³ Zaznaczyć wogóle należy, że wszelkie zakazy małżeństw, dotyczące wolnourodzonych, odnoszą się także do senatorów. Zasada ta brzmi „Eas quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, senatores non ducent”.⁴

Małżeństwa zawarte pomiędzy wolnourodzonymi i wyliczonymi *mulieres famosae*, chociaż pociągały za sobą pewne kary, początkowo były uważane za ważne.⁵ W następstwie zostały one uznane za nieważne, narówni z innymi wyżej wzmiankowanymi małżeństwami.⁶ Wkońcu Justynjan zniósł zupełnie tę przeszkodę.⁷

E. Zakazane były również małżeństwa pomiędzy wyzwolencem, a patronką, t. j. żoną, córką, wnuczką lub prawnuczką patrona swego,⁸ chyba, że pochodzi ona ze stanu niższego, *igno-*

¹ Ulp., D. 23, 2, 43, 7—8.

² Ulp., D. 23, 2, 43, 9.

³ ULP., Reg. 13, 2; Ulp., D. 23, 2, 43, 10—13. WARNECKE, *Die bürgerliche Stellung der Schauspieler im alten Rom* w Neue Jahrb. für das Klass. Alterth. t. 33—4 (1914) s. 95—109.

⁴ Paul., D. 23, 2, 44, 8.

⁵ ULP., Reg. 16, 2.

⁶ Const. (336), C. 5, 27, 1.

⁷ Nov. 117, 6. O sprzyjaniu ustawodawstwa justynjańskiego kobietom por. GIANTURCO, *L'influenza dell'imperatrice Teodora nella legislazione giustiniana* w Studi giur. in onore di C. Fadda t. 4 s. 1 n.

⁸ PAUL., Sent. 2, 19, 9; Papin., D. 23, 2, 62, 1; Sever i Anton. (196), C. 5, 4, 3.

bilis.¹ Związki tego rodzaju stanowiły *coniunctiones odiosae*,² a wyzwolenca, który je zawierał, *pro dignitate personae* skazywano na pracę w kopalni lub inną pracę publiczną.³ W praktyce małżeństwa te zdarzały się dość rzadko.⁴

F. W prawie justynjańskim została ustanowiona nowa przeszkoda do małżeństwa, mianowicie pomiędzy kobietą wolną, a cudzym kolonem. Nowela Justynjana głosi: „Adscriptio alieno nubere liberam non licet”.⁵

G. Ze względów czysto etycznych prawo rzymskie uznaje pewne przestępstwa za przeszkody do zawarcia małżeństwa. Do przestępstw tych należą: cudzołóstwo i porwanie kobiety.

a. Co do cudzołóstwa, *adulterium*, to już *lex Iulia de adulteriis* stanowi, że kobieta cudzołożna rozwiedziona nie może zawrzeć nowych związków małżeńskich nie tylko ze współnikiem cudzołóstwa, ale także z każdą osobą inną, a nawet mąż poprzedni nie może jej przyjąć zpowrotem; mogła ona natomiast wstąpić w związek konkubinatu.⁶ Celem zakazu tego było, aby cudzołożnicy nie odnosili korzyści z rozwiązywania małżeństw i aby możliwość zawarcia małżeństwa z osobą cudzołożną nie była zachętą do popełniania przestępstwa. Zakaz powyższy miał jednak zastosowanie tylko wówczas, gdy kobieta została sądownie zasądzona za cudzołóstwo.⁷ Zawarcie nowego małżeństwa pociągało za sobą karę, związek małżeński jednak pozostawał ważny.⁸ Dopiero Justy-

¹ Ulp., D. 23, 2, 13.

² C. 5, 4, 3; Ulp., D. 24, 1, 3, 1.

³ PAUL., *Sent.* 2, 19, 9; Sever i Anton., C. 5, 4, 3

⁴ Pozostało kilka napisów, które wspominają o patrona et coniux (C. I. L., V, 6039; VI, 14462, 15106, 15548, 288 5; VIII, 3371, 3116). Znacznie więcej posiadamy napisów, które wspominają o liberta et uxor (C. I. L., II, 4306; V, 6388, 7606; VIII, 10598; IX, 811, 1284; XI, 1873, 5010; XII, 3446; XIII, 2235, 5872; XIV, 396). Świadczą one o dość częstych małżeństwach między patronami i wyzwolenicami.

⁵ Nov. 22, 17.

⁶ Ulp., D. 25, 7, 1, 2.

⁷ Papin., D. 48, 5, 12 (11), 13; Paul., D. 48, 5, 41 (40) pr.; Papin., D. 34, 9, 13.

⁸ Modest., D. 23, 2, 26 — interpol. „vivente (F vidente) marito”; Papin., D. 23, 2, 34, 1; 48, 5, 12 (11), 13; Ulp., D. 48, 5, 30 (29), 1. Por. BONFANTE,

njan w Noweli 134 (556 r.) ogłosił nieważność małżeństwa zawartego pomiędzy kobietą cudzołożną, a cudzołożnikiem — „neque matrimonium valere iubemus”.¹ Jeżeli mimo zakazu usiłowano związek zawrzeć, mężczyzna ulegał najpierw karze chłosty, a potem karze śmierci, a kobieta po ukaraniu chłostą była zamykana na całe życie w klasztorze.²

W prawie kościelnym pierwszych wieków cudzołóstwo również było surowo karane³ i stanowiło przeszkodę do małżeństwa, lecz nie unieważniało go, nawet gdyby zostało zawarte ze współnikiem przestępstwa po śmierci strony niewinnej.⁴ Później w Kościele wschodnim, zdaje się, została kanonizowana Nowela 134 Justynjana. Co się tyczy Kościoła zachodniego, to żadnych przepisów, unieważniających małżeństwo zawarte pomiędzy współnikami cudzołóstwa nie było. Po raz pierwszy przepis tego rodzaju został wprowadzony dopiero w wieku IX.⁵

b. Porwanie kobiety, *raptus*, stoi w związku z dawną egzogamią i małżeństwem przez porwanie. Spotykamy je dość często w czasach Rzeczypospolitej, a jeszcze częściej w okresie cesarstwa. U retorów rzymskich mamy wzmiankę o specjalnej ustawie *de raptoribus*.⁶ Wedle tej ustawy porywający za karę powinien, albo ponieść karę śmierci, albo poślubić porwaną — „raptor aut pereat aut ducat”.⁷ W tym celu pozostawiano mu

Corso t. 1 s. 205 uw. 1; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 627; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 585 n.

¹ Nov. 134, 12.

² Nov. 134, 12.

³ Synod w Elwirze (300—306), can. 69 (Mansi, 2, 17), karze pięcioletnią pokutą publiczną, która jednak mogła być skrócona, „si necessitas infirmitatis coegerit”; Synod w Ancyrze (314), can. 20 (Mansi, 2, 519), karze pokutą siedmioletnią. Por. FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 615 n., 561 n., 620 n.; KNECHT, *Handbuch d. kath. Eherechts* s. 454.

⁴ Conc. Eliberitanum (300—6), c. 9 = c. 8 C. 32 q. 7; S. AUGUSTINUS († 430), *De nupt. et concup.*, I, 10 = c. 2 C. 31 q. 1; LEO I w c. 1 C. 31 q. 1; SIRICIUS (384—398), *Ep. I ad Himerium*, c. 5 w c. 12 C. 33 q. 2.

⁵ Conc. Meldense (845), cc. 68—69 = c. 5 C. 31 q. 1; HEFELE, *Konzilien-gesch.* t. 4 s. 118; FREISEN, *Gesch. d. can. Eher.* s. 625.

⁶ QUINT., *Decl.* 247, 270; CALP. FLACC. 25.

⁷ CALP. FLACC. 25; Marc., D. 48, 6, 5, 2.

30 dni, w ciągu których powinien prosić ojca porwanej, a także ją samą o zgodę na małżeństwo bezposażne; w razie odmowy groziła mu śmierć.¹ Prawo klasyczne przestępstwo porwania kobiety karze śmiercią. Marcjan tak o tem głosi: „Kto porwał kobietę wolną lub zamężną, jest karany śmiercią i jeżeliby ojciec, ulegając prośbie, krzywdę darował, to obcy może wnieść przeciwko winnemu oskarżenie, które nie ulega przedawnieniu pięcioletniemu, ponieważ przestępstwo porwania przechodzi zakres ustawy Juljuszowej *de adulteriis*”.² Z powyższych słów nie wynika jednak, że przestępstwo to jest wyjęte wogóle z pod przedawnienia, lecz, że w stosunku do niego ma zastosowanie przedawnienie dwudziestoletnie, ustanowione przez Dioklecjana i Maksymjana, jako norma ogólna dla wszystkich przestępstw. Tekst odnośny podaje: „Skarga o oszustwo może być uchylona tylko zapomocą ekscepcji z tytułu przedawnienia dwudziestoletniego, podobnie jak zazwyczaj i inne przestępstwa”.³

Dokładniej kwestja ta została unormowana dopiero w ustawodawstwie cesarzy chrześcijańskich.⁴ I tak, cesarz Konstantyn (320) określa przedewszystkiem pojęcie porwania, mianowicie ma ono miejsce wówczas, kiedy dziewczyna, *puella*, zostanie przeniesiona z jednego miejsca na drugie bez zgody rodziców, niezależnie od tego, czy wbrew jej woli, czy za jej zgodą.⁵ Następcy Konstantyna pojęcie to rozciągnęli także na męzátki, wdowy i dziewice Bogu poświęcone.⁶ Następnie, kara śmierci za porwanie została utrzymana, przyczem Konstantyn W. zniósł możność wyboru przez porwaną, albo śmierci porywającego, albo małżeństwa.⁷ To samo powtórzył w swej kodyfikacji Justynjan, gdzie czytamy następujące słowa: „Nec sit facultas raptae vir-

¹ QUINT., *Decl.* 262, 270, 280, 301, 309; SENECA, *Contr.* 2, 3; CALP. FLACC. 25, 33, 40, 44, 49.

² D. 48, 6, 5, 2.

³ C. 9, 22, 12.

⁴ FERRINI, *Diritto penale romano*. Milano 1899 s. 368 n.

⁵ C. Th. 9, 24, 1.

⁶ C. Th. 9, 25, 1. 2. 3; Iustin. (533), C. 9, 13, 1.

⁷ C. Th. 9, 24, 1 pr.

gini vel viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere".¹ Według Konstantyna także porwana odpowiadała za *societas criminis*,² co Justynjan jednak zniósł, nawet w razie zgody z jej strony na porwanie.³ Rodziców natomiast surowo karało prawo Konstantyna, jak również Justynjana, jeżeli wiedzieli o porwaniu i nie ścigali przestępcy, a szczególnie, jeżeli zgodzili się na zawarcie małżeństwa.⁴ Apelacja od wyroku sądzającego za porwanie kobiety, według rozporządzenia Konstantyna, była zabroniona, co w następstwie zostało potwierdzone przez Justynjana.⁵ Przestępstwo porwania według rozporządzenia Gracjana, Walensa i Walentynjana I (374) przedawniało się w ciągu 5 lat, *praescriptio quinquennalis*, po upływie których, ani przestępstwa nie można było ścigać, ani kwestjonować małżeństwa zawartego pomiędzy porywającym i porwaną.⁶ W prawie justynjańskim przestępstwo porwania przedawnieniu nie ulega.⁷

Kościół w pierwszych wiekach żadnych przepisów o porwaniu nie wydał. Św. Bazyli († 379) w liście swym nakazuje, aby porwana została zwrócona swym rodzicom lub krewnym, poczem dopiero za ich wolą i swoją zgodą mogła zawrzeć małżeństwo.⁸ Od wieku IV na licznych synodach zostają ustanowione surowe kary przeciwko porywaniu kobiet⁹; ważność małżeństwa nie wszędzie jednak była podawana w wątpliwość.¹⁰ Przepisy kościelne wywarły pewien wpływ na prawo świeckie.¹¹

¹ C. 9, 13, 1, 2.

² C. Th. 9, 24, 1 pr.

³ C. 9, 13, 1, 3.

⁴ C. Th. 9, 24, 1, 4; C. 9, 13, 1, 3; *Nov.* 143; 150.

⁵ C. Th. 9, 24, 1, 3; C. 9, 13, 1, 1.

⁶ C. Th. 9, 24, 3.

⁷ C. 9, 13, 11.

⁸ S. BASILIUS, *Epist.* 199 *ad Amphiloch.*, cc. 22, 30 (Migne, P. G., 32, 722. 726).

⁹ Conc. Ancy. (314), c. 11 (Mansi, 2, 518); conc. Chalced. (451), c. 27 = c. 1 C. 36 q. 2; GELASIUS (496) w c. 2 C. 36 q. 1; conc. Aurel. I (511), c. 4 = c. 3 C. 36 q. 1; SIMMACHUS (513) w c. 2 C. 36 q. 2; conc. Paris. III (557), c. 6 = c. 6 C. 36 q. 2 i t. d.

¹⁰ Conc. Trullan. (692), c. 92 (Mansi, 11, 892); conc. Roman. (721), c. 11 = c. 5 C. 36 q. 3.

¹¹ ESMEIN-GÉNESTAL, *Le mariage en droit canonique*² t. 1 s. 434.

3. WARUNKI NATURY PRAKTYCZNEJ I POLITYCZNEJ.

Ze względów praktycznych i politycznych pełnienie pewnych obowiązków było również przeszkodą do zawarcia małżeństwa z niektórymi osobami. Do obowiązków tych należały: sprawowanie opieki lub kurateli, pełnienie urzędu w prowincji i służba wojskowa.¹

A. Paulus wyraźnie mówi, że opiekun lub kurator nie może żenić się z osobą oddaną mu pod opiekę, chyba, że została z nim zaręczona przez ojca lub wyznaczona w testamencie.² Zakaz ten został wydany po raz pierwszy w czasach Marka Aurelego i Komoda w drodze uchwały senatu i odnosił się pierwotnie tylko do opiekunów.³ W prawie klasycznym został on rozciągnięty na *curatores minorum*, a w prawie justynjańskim także na *curatores mulieris* i *curatores ventris et bonorum*.⁴

Opiekun nie tylko sam nie mógł żenić się z pupilką, lecz także syn jego.⁵ Wyraz syn odnosi się również do syna naturalnego, nawet gdyby był oddany komu innemu w adopcję.⁶ Jeżeli syn adoptowany opiekuna zawrze małżeństwo z pupilką ojca, małżeństwo staje się ważne dopiero z chwilą rozwiązania adopcji przez emancypację.⁷ Zakaz ten stosuje się do syna także po śmierci ojca, dopóki rachunki nie zostaną zdane i to bez względu na to, czy przyjął spadek po ojcu, lub nie, czy został

¹ Prawo Kościoła wschodniego również zabrania opiekunowi lub jego ojcu, bratu i synowi, zostającemu pod władzą, żenić się z pupilką podczas trwania opieki, a namiestnikowi prowincji z kobietą prowincjonalną w czasie urzędowania swego por. PHOTII, *Nomocanon*, tit. 13, cap. 2.

² D. 23, 2, 36: wyrazy „vel curator” i „nisi a patre” etc. zostały dodane w drodze interpolacji por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 205 uw. 9 i SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*. Roma 1912 s. 45 n.; Diocl. i Maxim., C. 5, 6, 7: „vel curator” interpol. por. PETERS w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 32 s. 301.

³ Paul., D. 23, 2, 59—60. DE MEDIO, *Divieto di donare tra coniugi* s. 83—4.

⁴ *Frag. Vat.* 201. SOLAZZI, *La minore età nel dir. rom.* s. 45 n.; tenże, *Le nozze della minorenni* w *Atti dell' Acc. di Torino* t. 51 s. 756 n.; LENEL w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 35 s. 145; ALBERTARIO w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 33 s. 247 n.; PETERS w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 32 s. 250.

⁵ Paul., D. 23, 2, 66 pr.

⁶ Paul., D. 23, 2, 60, 7.

⁷ Paul., D. 23, 2, 60, 6.

wydziedziczony lub jako *emancipatus* w testamencie pominięty. Córka opiekuna może jednak wyjść za pupila ojca swego, ponieważ w tym wypadku niema obawy, aby opiekun nadużył swego stanowiska.¹ Matka pupilki z opiekunem swej córki lub jego synem może zawrzeć małżeństwo.² Wyraz *filius* obejmuje także wnuka oraz wszystkich spadkobierców opiekuna.³ Jeżeli opiekun wyznaczony, *tutor dativus*, odwoła się zaraz do sądu w celu uwolnienia się od opieki i umrze zanim decyzja nastąpi, a spadkobierca jego sprawę przegra, małżeństwo jego z pupilką spadkodawcy będzie unieważnione, a, jeżeli sprawę wygra, małżeństwo będzie ważne: w pierwszym bowiem wypadku spadkobierca będzie obowiązany do zdania rachunków, a w drugim od obowiązku tego będzie wolny.⁴ Przeszkoda małżeńska z tytułu opieki nie odnosi się do wypadków, kiedy dziad sprawuje opiekę nad wnuczką, zrodzoną z syna emancypowanego i chodzi o wydanie jej za wnuka zrodzonego z innego syna, bądź emancypowanego, bądź znajdującego się pod władzą, gdyż w wypadku tym nie istnieje żadne podejrzenie pokrzywdzenia.⁵ Podobnie jak syn opiekuna lub kuratora nie może żenić się z pupilką ojca, tak samo ojciec opiekuna lub kuratora nie może żenić się z pupilką syna, ale tylko w tym wypadku, jeżeli syn znajduje się jeszcze pod władzą ojca.⁶ Jeżeli kobieta, znajdująca się pod opieką lub kuratelą, umrze przed otrzymaniem sprawozdania i zostawi córkę spadkobierczynią, syn opiekuna może pojąć tę córkę za żonę, ponieważ dług, jaki opiekun mógłby tej córce być winien, byłby długiem zwykłym, powstałym z *negotiorum gestio* majątku spadkowego, a nie z tytułu opieki.⁷

Jeżeli opiekun lub kurator zostanie wyznaczony przez ojca pupilki na jej męża, bądź zapomocą testamentu, bądź

¹ Callistr., D. 23, 2, 64, 2; Philip. (245), C. 5, 6, 5.

² Alexan. (223), C. 5, 6, 2.

³ Paul., D. 23, 2, 59; Callistr., D. 23, 2, 64, 1.

⁴ Paul., D. 23, 2, 60, 8.

⁵ Tryphon., D. 23, 2, 67, 1.

⁶ Tryphon., D. 23, 2, 67, 2.

⁷ Tryphon., D. 23, 2, 67, 5.

przez zaręczyny, zakaz powyższy nie ma zastosowania.¹ Matka jednak pupilki, choćby otrzymała upoważnienie od męża nieboszczyka wyznaczenia dla córki męża według swego upodobania, opiekuna na męża wybrać nie może.²

Przeszkoda małżeńska z tytułu opieki trwa tak długo, dopóki opiekun nie złoży rachunków z opieki i nie otrzyma pokwitowania, jak również, dopóki pupilka po złożeniu rachunków przez opiekuna nie osiągnie pełnoletności, czyli 25 lat życia i wreszcie zanim upłynie *annus utilis*, potrzebny do przywrócenia pierwotnego stanu *ex capite minoris aetatis*.³

Naruszenie zakazu tego pociągało za sobą następujące kary. Przedewszystkiem małżeństwo stawało się nieważne — *non est matrimonium*.⁴ Następnie, pociągało za sobą piętno infamii i różne kary *extra ordinem*.⁵ Dalej, opiekun lub kurator, który pojął za żonę pupilkę, podlegał karze ustanowionej za cudzołóstwo⁶ i wreszcie stawał się *indignus* do nabycia po niej darowizn⁷ i dziedziczenia testamentowego.⁸

B. Niedozwolone jest również małżeństwo pomiędzy tym, który piastuje urząd w prowincji, a kobietą tam urodzoną lub zamieszkałą.⁹ Zakaz ten opiera się na obawie, żeby urzędnicy, jak np. prefekt kohorty lub jazdy, albo trybun, nie nadużywali swego stanowiska w kierunku zmuszenia kobiety do wyjścia za siebie zamąż.¹⁰ Motyw był również natury politycznej, chodziło mianowicie o to, aby urzędnik, obdarzony i tak wielką władzą, nie szukał przy pomocy bogatej i wpływowej rodziny

¹ Paul., D. 23, 2, 36; Valer. i Galien. (260), C. 5, 6, 6.

² Papin., D. 23, 2, 62, 1.

³ Paul., D. 23, 2, 66 pr.; Marc., D. 48, 5, 7; Valer. i Galien., C. 5, 6, 6.

⁴ Paul., D. 23, 2, 66 pr.

⁵ Paul., D. 23, 2, 66 pr.; Diocl. i Maxim., C. 5, 6, 7.

⁶ Marc., D. 48, 5, 7.

⁷ Ulp., D. 24, 1, 32, 28.

⁸ Marc., D. 34, 9, 2, 1.

⁹ D. 23, 2, 38 pr.

¹⁰ Papin., D. 23, 2, 63. Tekst interpolowany od wyrazów „cum ratio potentatus” do końca por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 205 uw. 10.

swej żony środka do usamodzielnienia się od władzy centralnej. Z tego samego względu zabroniono urzędnikom nabywania w prowincji dóbr albo przyjmowania darów lub podarków.¹

Podobnie jak zakaz poprzedni zabraniał nietylko opiekunowi, ale i jego synowi, zawierania małżeństwa z pupilką, a zezwalał na małżeństwo córki opiekuna z pupilem, tak samo zakaz obecny odnosi się nietylko do urzędnika prowincji, lecz także do jego syna;² nie odnosi się natomiast do córki urzędnika, gdy chodzi o zawarcie małżeństwa z mężczyzną podwładnym.³ Powód jest ten, że kiedy ojciec za pośrednictwem związku małżeńskiego syna otrzymywał przynajmniej w części majątek jego żony, to, w wypadku zamążpójścia córki, był obowiązany dać jej mężowi ze swego majątku posag.

W drodze wyjątku urzędnik, nawet w czasie urzędowania, mógł pojąć za żonę mieszkankę prowincji, jeżeli był z nią zaręczony jeszcze przed objęciem urzędu. Paulus głosi: „Veterem sponsam in provincia, qua quis administrat, uxorem ducere potest et dos data non fit caduca”.⁴ Przepis ten, zdaje się, pochodzi nie z czasów klasycznych, lecz justynjańskich.⁵ Przeszkoda powyższa gasła z chwilą ustąpienia urzędnika z urzędu.

Naruszenie powyższego zakazu powodowało nieważność związku małżeńskiego.⁶ Z chwilą jednak ustąpienia z urzędu urzędnika stawało się ważnem, jeżeli wola pierwotna nie została odwołana, a dzieci urodzone po uważnieniu małżeństwa uważane były za prawe.⁷ Zaręczyny zawarte w powyższych okolicznościach były ważne, ponieważ mogły prowadzić do małżeństwa dopiero po złożeniu urzędu. Jeżeli po złożeniu urzędowania przez urzęd-

¹ Ulp., D. 1, 16, 6, 3.

² Marc., D. 23, 2, 57.

³ Paul., D. 23, 2, 38, 2.

⁴ D. 23, 2, 38, 1.

⁵ LAURIA, *Ricerche su Pauli Sententiarum libri* w *Annali della R. Università di Macerata*. 1930; VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali*, I. c., s. 142 — 8.

⁶ Papin., D. 23, 2, 63; Ulp., D. 24, 1, 3, 1.

⁷ Paul., D. 23, 2, 65; Gord. (239), C. 5, 4, 6.

nika narzeczona nie chciała zawrzeć małżeństwa, mogła to uczynić bez narażenia się na karę *in quadruplum*, zwracając jedynie *arram sponsaliciam*.¹ Nadto urzędnik, który zawarł małżeństwo z mieszkanką prowincji, stawał się *indignus* do dziedziczenia testamentowego po niej.²

C. Żołnierzom w stałej służbie wojskowej, zdaje się, aż do czasów Sewerów nie wolno było zawierać małżeństwa. Kwestja ta wśród uczonych jest przedmiotem obszernej dyskusji.³ Dio Cassius wspomina, że Klaudjusz udzielił żołnierzom praw, przysługujących żonatym, *iura maritorum*, w celu zwolnienia ich od kar ustanowionych na beżennych przez *lex Iulia et Papia Poppaea*.⁴ Podobnie papirusy grecko-egipskie podają, że cesarz Trajan udzielił synom żołnierzy, urodzonym w czasie służby wojskowej, *bonorum possessio unde cognati* zamiast dziedziczenia ustawowego, którego byli pozbawieni jako dzieci nieprawego pochodzenia.⁵ Herodianus zaś mówi, że Septym Sewer udzielił żołnierzom przywileju wspólnego pożycia z żonami.⁶ Teksty prawne natomiast już wyraźnie wspominają o małżeństwach żołnierzy lub je suponują.⁷ O stosunkach małżeńskich żołnierzy mamy także

¹ Paul., D. 23, 2, 38 pr.—tekst interpolowany; Grat., Valent. i Theod. (380), C. 5, 2, 1. VOLTERRA, *Studi sull'arrha sponsalicia* w Riv. it. per le scienze giur., N. S. t. 4 (1929) s. 23 n.; TAUBENSCHLAG, *Hist. zadatku w prawie rzymskiem* s. 53.

² Marc., D. 34, 9, 2, 1.

³ CAGNAT, *L'armée romaine d'Afrique*. Paris 1892 s. 439 n.; TRÉMEREL, *De la condition légale des militaires au point de vue du mariage*. Paris 1894; SCIALOJA, *Il papiro giudiziario Cattaoui e il matrimonio dei soldati romani* w Bull. d. Ist. di. dir. rom. r. 8 (1895) s. 155 n.; MEYER, *Der röm. Konkubinat* s. 100 n.; tenże, *Die Aegypt. Urk. und das Eherecht der röm. Soldaten* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 18 (1897) s. 44 n.; tenże, *Papyrus Cattaoui* w Arch. für Papyrusforschung und verwandte Gebiete t. 3 (1903) s. 68 n.; TASSISTRO, *Il matrimonio dei soldati romani* w Studi e docum. di storia e dir. t. 22 (1901); STELLA-MARANCA, *Il matr. dei soldati rom.*, tamże t. 24 (1903)

⁴ DIO CASS. 60, 24.

⁵ Pap. B. G. U. n. 140, ed. Wilcken. Por. BRUNS, *Fontes* s. 421—2.

⁶ HEROD. 3, 8, 4. MARQUARDT, *Röm. Staatsverw.* t. 2 s. 560 n.; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.* s. 47 n.

⁷ Papin., D. 49, 17, 13 i 16 pr. LESQUIER, *Le mariage des soldats romains* w Comptes rendus de l'Acad. des Inscr. et Belles-Lettres (1917) s. 227.

liczne wzmianki w napisach pogrzebowych.¹ Teksty te należy uzgodnić w ten sposób, że Dio Cassius mówi o przepisie dyscyplinarnym, zakazującym żołnierzom wspólnego pożycia z żonami,² a przez to uniemożliwiającym im zawierania małżeństw w czasie służby wojskowej, Herodianus natomiast wspomina o zniesieniu tego przepisu przez Sewera. Jeżeli małżeństwo zostało zawarte przed służbą wojskową, to, w razie trwania *maritalis affectio*, stosunki małżeńskie trwały nadal i powodowały skutki prawne.³ Żołnierze, którzy służyli w wojsku w swej ojczyźnie, mogli zawierać małżeństwo z mieszkanką tejże prowincji.⁴ W prawie nowszem żadnego zakazu w tej dziedzinie już nie ma.⁵

4. WARUNKI NATURY RELIGIJNEJ.

Rzymscy cesarze chrześcijańscy z pobudek religijnych wprowadzili dwie nowe przeszkody do zawarcia małżeństwa. Pierwszą z nich jest różnica wyznania pomiędzy nupturjentami, a drugą pokrewieństwo duchowe, wynikające ze chrztu.

A. Różnica wyznania pomiędzy nupturjentami, *disparitas cultus*, według dawnego prawa rzymskiego nie wpływała wcale na zdolność prawną do zawarcia małżeństwa: zdolność prawna w dziedzinie tej zależała nie od wyznania, lecz od pochodzenia. Wszyscy w państwie rzymskiem korzystali z wolności swego wyznania. Państwo przeciwko religii obcej występowało dopiero wówczas, jeżeli zagrażała ona państwu lub religii państwowej.⁶ Stosownie do zasady tej nupturjentom pozostawiono zupełną wolność religijną.

W nauce chrześcijańskiej różnica wyznania pomiędzy nowożeńcami zaczyna przybierać nowy obrót. Wprawdzie nauka

¹ Napisy te są zebrane w cytowanej wyżej pracy Tassistro.

² SERV., in *Aen.* 8, 688; CIC., *Phil.* 5, 8, 22; PROP. 5, 3, 45.

³ Ulp., D. 24, 1, 32, 13.

⁴ Paul., D. 23, 2, 65 pr.

⁵ Nov. 22, 14; 74, 4, 3.

⁶ Liv. 39, 16; CIC., *De leg.* 2, 8; SERV., in *Aen.* 8, 187; DIO CASSIUS 52, 36.

Chrystusowa sprawy tej wyraźnie nie porusza, w listach apostołskich jednak mamy już wzmianki o małżeństwach wiernych z niewiernymi.¹ Teksty te nie są jednak zupełnie jasne, dlatego też, niektórzy Ojcowie Kościoła wprost mówią, że na podstawie ewangelji i listów apostołskich nie można z pewnością powiedzieć, czy Chrystus zabronił wiernym zawierania małżeństw z niewiernymi, czy też nie.² Stopniowo przeważał w Kościele pogląd, że małżeństwa tego rodzaju, z powodu zagrażającego stronie wiernej niebezpieczeństwa, są niedozwolone.³ Tertuljan małżeństwa z niewiernymi uważa za związki niemoralne i zagraża za nie wykluczeniem ze społeczności chrześcijańskiej.⁴ Podobnie wyrażają się o nich liczni Ojcowie Kościoła, jak Cyprian,⁵ Ambroży,⁶ Hieronim,⁷ Augustyn⁸ i t. d. Sprawą tą zajmują się również liczne synody, poczynawszy od synody w Elwirze, który zakazuje chrześcijankom zawierania związków małżeńskich z poganami, Żydami i heretykami.⁹

¹ I Kor. VII, 12—16. 39; II Kor. VI, 14.

² S. AUGUSTINUS, *De coniug. adult.*, I, 25, (Migne, P. L., 40, 468 n.).

³ TERTULLIANUS, *De corona*, c. 3 (Migne, P. L., 2, 98 n.); *Ad uxorem*, II, 3—7 (Migne, 1, 1405—13); *De monog.*, c. 7 (Migne, 2, 988). S. CYPRIANUS, *De lapsis*, c. 6 (Migne, 4, 483), wygłasza zdanie: „Iungere cum infidelibus vinculum matrimonii, prostituere membra Christi”.

⁴ TERTULLIANUS, *Ad uxorem*, II, 3 (Migne, 1, 1405): „Fideles gentilium matrimonia subeuntes stupri reos esse constat et arcendos ab omni communicatione fraternitatis”.

⁵ CYPRIANUS, *De lapsis*, c. 6 (Migne, P. L., 4, 482 n.).

⁶ AMBROSIUS, *De Abraham*, I, 9 (Migne, P. L., 14, 473) = c. 15 C. 28 q. 1.

⁷ HIERON., *Epist. 122 ad Ageruch*. (Migne, 22, 1046 n.); *Adv. Iovinian.*, I, 5 (Migne, 23, 225 n.).

⁸ AUGUSTIN., *De coniug. adult.*, I, 21 (Migne, 40, 465 n.).

⁹ Conc. Eliberit. (300—6), cc. 15, 16, 17 (Mansi, 2, 8); conc. Arelat. (314), c. 11 (Mansi, 2, 472); conc. Laodic. (343—81), cc. 10, 31 (Mansi, 2, 565. 589); conc. Hippon. (393), c. 12 (Mansi, 3, 921); conc. Carthag. (397), c. 12 (Mansi, 3, 882); conc. Chalced. (451), c. 14 (Mansi, 7, 363); conc. Aurel. II (535), c. 19 (Mansi, 8, 838); conc. Arvernens. (535), c. 6 (Mansi, 8, 861) = c. 17 C. 28 q. 1. Conc. Aurel. III (538), c. 13 (Mansi, 9, 15 n.), zabrania małżeństw z Żydówkami pod groźbą sekwestracji majątku, a nawet zabrania uczęszczania wspólnie z Żydami pod groźbą rocznej ekskomuniki.

Cesarze chrześcijańscy powodowani względami natury religijnej wprowadzili zakaz zawierania małżeństw pomiędzy chrześcijanami i Żydami. Pierwszy zajmuje się tą sprawą syn Konstantyna W. Konstancjusz w 339 r.; zabrania on mianowicie Żydom zawierania małżeństw z chrześcijankami. Celem zakazu tego było dobro religii, polegające na usunięciu niebezpieczeństwa, jakie mogłoby zagrażać stronie wiernej przez zawarcie związku małżeńskiego z osobą niewierną oraz dobro rodziny, polegające na usunięciu przyczyn, rozbijających życie rodzinne, szczególnie przy wychowywaniu potomstwa. Za naruszenie zakazu tego zagrażała kara śmierci.¹ Później cesarze Walentynjan II, Teodozjusz W. i Arkadjusz (388) zabronili wogóle zawierania małżeństw pomiędzy dwiema osobami, z których jedna jest wyznania mojżeszowego, a druga chrześcijańskiego.² Zakaz ten przeszedł do kodeksu justynjańskiego w następującem brzmieniu: „Ne quis Christianam mulierem in matrimonium Iudaeus accipiat neque Iudaeae Christianus coniugium sortiatur”.³ Naruszenie przepisu tego pociągało za sobą taką samą karę, jak *adulterium*. Odnośny tekst głosi: „Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit”.⁴ Konstytucje te powstały pod oczywistym wpływem chrześcijaństwa.⁵ Przepisy w nich podane utrzymywały się prawie powszechnie w Europie do czasów współczesnych.

Co się tyczy zakazu zawierania małżeństw pomiędzy chrześcijanami i poganami, prawo rzymskie w tej dziedzinie żadnych postanowień nie wydało. Mamy wiadomość, że Konstantyn W. zabronił zawierania małżeństw pomiędzy chrześcijanami i poganami, ale jest ona niepewna.⁶ Wprawdzie cesarze Walentynjan I

¹ C. Th. 16, 8, 6.

² C. Th. 3, 7, 2; 9, 7, 5.

³ C. 1, 9, 6.

⁴ C. 1, 9, 6. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 509 n.; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 635.

⁵ BAVIERA, *La codificazione giustin. e il cristianesimo* w Congr. internaz. di dir. rom. *Sunti delle relazioni* s. 67.

⁶ CONSTANT. PORPHYR., *De administrando imperio*, c. 13 (Migne, P. G., 113, 179 n.).

i Walens w r. 365 zabronili pod karą śmierci zawierania małżeństw pomiędzy Rzymianami z jednej strony, a *barbari* lub *gentiles* z drugiej, lecz przepis ten nie odnosił się do różnicy religii, gdyż wyrażenie *barbari* lub *gentiles* oznaczało obcopodanych, niezależnie od religii, jaką wyznawali.¹

Kościół zabraniał wiernym zawierania małżeństw także z heretykami i schizmatykami, *mixta religio*. Zakazy powyższych małżeństw początkowo zostały wydane na licznych synodach partykularnych, a później i na soborach powszechnych.² Św. Ambroży głosi: „Cave Christiane... gentilem aut Iudaeam atque alienigenam, hoc est haereticam, et omnem alienam a fide tua uxorem accersas tibi”.³ Kościół wschodni na soborze trullańskim (692) ogłosił nawet małżeństwa te za nieważne.⁴

W źródłach prawa rzymskiego nie znajdujemy żadnego zakazu zawierania małżeństw pomiędzy katolikami i heretykami lub schizmatykami. Spotykamy tylko przepis odnośnie do zaręczyn wydany przez cesarzy Leona i Antemjusza (472), który pozwala na zerwanie ich *propter sectae diversitatem*.⁵

B. Oprócz zakazu małżeństwa opartego na różnicy wyznania w prawie rzymskiem doby chrześcijańskiej powstała przeszkoda do zawarcia małżeństwa pomiędzy ojcem chrzestnym, a chrześniaczką. Jest to rodzaj pokrewieństwa duchowego, wynikającego ze chrztu, *cognatio spiritualis*. Pokrewieństwo duchowe ze chrztu, jako pewien stosunek religijny pomiędzy ministrem chrztu i osobą ochrzczoneą, powstało bardzo wcześniej w życiu kościelnem i oparcie swoje posiada nawet w listach apostoelskich. I tak, św. Piotr na-

¹ C. Th. 3, 14, 1.

² Conc. Laodic., c. 10, 31 (Mansi, 2, 565. 569); conc. Hippo. (393), c. 12 (Mansi, 3, 921); conc. Chalced., c. 14 (Mansi, 7, 363); conc. Trull., c. 72 (Mansi, 11, 975).

³ S. AMBROSIUS, *De Abraham*, I, 9 (Migne, P. L., 14, 473) = c. 15 C. 28 q. 1.

⁴ Conc. Trull., can. 72 (Mansi, 11, 975). ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 523; MILAŠ, *Das Kirchenrecht d. morgenländ. Kirche* s. 538 n.

⁵ C. 5, 1, 5, 3. Zob. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts* s. 61 n.

zywa Marka ewangelistę *filius meus*,¹ tak samo św. Paweł nazywa Tymoteusza, Tytusa i Onezyma.² Wkrótce pokrewieństwo duchowe zostało rozciągnięte także na rodziców chrzestnych i chrześniaków.³ Przeszkoda małżeńska z tytułu pokrewieństwa duchowego ze chrztu powstała później, niż samo pokrewieństwo duchowe. Początkowo nie było potrzeby ustanawiania jej, ponieważ rodzicami chrzestnymi były zwykle osoby tej samej płci, co i osoba ochrzczona, a nadto częstokroć byli nimi sami rodzice osoby ochrzczonej.⁴ Z czasem, gdy stosunki te zmieniły się, powstał zwyczaj powstrzymywania się od zawierania małżeństw pomiędzy osobami duchowo spokrewnionymi.⁵

Pierwszym przepisem pisany, zakazującym zawierania małżeństw pomiędzy rodzicami chrzestnymi i osobą ochrzczoneą, jest konstytucja cesarza Justynjana z 530 r. Odnosny tekst stanowi: „Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis... a sacrosancto suscepit baptismate”.⁶ Uzasadnienie przepisu tego podaje Justynjan w następujących słowach: „Cum nihil aliud sic inducere potest paternam adfectionem et iustam nuptiarum prohibitionem, quam huiusmodi nexus, per quem deo mediante animae eorum copulatae sunt”.⁷ Chociaż konstytucja ta pochodzi od władzy świeckiej, nie stanowi jednak niczego nowego, lecz jest tylko zatwierdzeniem zwyczaju już przyjętego w Kościele.⁸ W następstwie sobór trullański (692)

¹ I *Epist.* V, 13.

² I *Kor.* IV, 17; II *Tym.* II, 1; *Tyt.* I, 4; *Filem.* 10 n.

³ TERTULLIANUS, *De baptismo*, c. 18 (Migne, 1, 1329 n.); DIONYSIUS AREOP., *De eccles. hierarch.*, c. 7, § 11 (Migne, P. G., 3, 565 n.).

⁴ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 508; WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* s. 464 n.

⁵ FREISEN, tamże s. 508 n.; LAURIN, *Introd. in ius matr. eccl.* s. 220 n.; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 265 n.

⁶ C. 5, 4, 26, 2. Przepis ten znajdujemy także w *Eclog.* II, 2; *Prochir.* VII, 28 i *Basil.* XXVIII, 5, 14.

⁷ C. 5, 4, 26, 2

⁸ BENED. XIV, *De synodo dioec.*, l. IX, c. 10, n. 6; BAVIERA, *La codificazione giustin. e il cristianesimo* w Congr. internaz. di dir. rom. Sunti delle relazioni s. 67.

nie tylko kanonizował ustawę justynjańską o pokrewieństwie duchowym, ale rozszerzył ją jeszcze zakazem zawierania małżeństw pomiędzy ojcem chrzestnym, a matką chrześniaka.¹ W Kościele zachodnim pokrewieństwo duchowe jest znane już w VI w., lecz o przeszkodzie małżeńskiej z tytułu pokrewieństwa duchowego po raz pierwszy wspomina dopiero synod rzymski z 721 r. Tekst odnośny brzmi: „Si quis commatrem spiritualement duxerit in coniugium, anathema sit”.² Przepis ten w wiekach następnych nie tylko został powtórzony w reskryptach papieskich, postanowieniach synodów i ustawach świeckich, ale nawet został rozszerzony.³

§ 3. Dyspensacja i konwalidacja.

1. Warunki wymagane do zawarcia małżeństwa nie były jednakowej natury. Jedne z nich były przepisane przez prawo cywilne, a inne wynikały wprost z prawa naturalnego. Jeżeli chodzi o pierwszy rodzaj wymogów, dyspensacja od nich była dopuszczalna, od drugich dyspensacja była niedopuszczalna. Prawo dyspensowania przysługiwało zwierzchniej władzy państwowej, jako władzy ustawodawczej. W czasach dawnych władza ta spoczywała przy senacie, do którego należała funkcja *legibus solvere*.⁴ W czasach późniejszych przeszła ona w ręce cesarzy. I tak, Paulus wyraźnie mówi, że do zawarcia małżeństwa w czasie żałoby po mężu wymaga się dyspensy cesarskiej.⁵ Podobnie Ulpjan głosi, że senator może zawrzeć prawne małżeństwo z wyzwolenicą *indulgentia principis* i wówczas wyzwolenica staje się *iusta uxor*.⁶ Cesarz Dioklecjan wspomina o potrzebie dyspensy cesarskiej do zawarcia małżeństwa pomiędzy opiekunem lub kura-

¹ Conc. Trullan., c. 53 (Mansi, 11, 967).

² Conc. Romanum (721), c. 4 (Mansi, 12, 263).

³ FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 509 n.; WERNZ-VIDAL, *Ius matr.* s. 465 n.; MILAŠ, *Das Kirchenrecht d. morgenländ. K.* s. 534 n.

⁴ PLUT., *M. Ant.* 31; LIV. 39, 17.

⁵ D. 3, 2, 10.

⁶ D. 23, 2, 31.

torem, a osobą oddaną w opiekę w celu uniknięcia infamji.¹ Justynian czyni wzmiankę o *principale beneficium*, na mocy którego kobieta, poświęcająca się grze scenicznej, w razie porzucenia swego zajęcia, może zawrzeć małżeństwo prawne.² Lecz, nie od wszystkich przeszkód można było otrzymać dyspensę. Cesarz Zenon (474—491) zabrania zwracania się z prośbą o dyspensę od zakazu zawierania małżeństwa z córką brata lub siostry. Słowa jego brzmią: „Precandi quoque in posterum super tali coniugio, immo potius contagio, cunctis licentiam denegamus, ut unusquisque cognoscat impetrationem quoque rei, cuius est denegata petitio, nec si per subreptionem post hunc diem obtinuerit, sibimet profuturam”.³

W prawie rzymsko-bizantyńskim istniały tylko cztery wypadki, w których można było otrzymać dyspensę cesarską: a) jeżeli wdowa wychodziła za mąż za mężczyznę godności niższej i prosiła o zatrzymanie godności poprzedniej,⁴ b) jeżeli wdowa chciała wyjść za mąż przed upływem roku żałoby,⁵ c) jeżeli kurator przed złożeniem rachunków pragnął zaręczyć się lub poślubić osobę podległą jego opiece⁶ i d) jeżeli rodzice pragnęli pobłogosławienia swoich dzieci, które nie ukończyły jeszcze 14 względnie 12 lat, lecz ukończyły już 7 lat.⁷

W prawie kościelnym w pierwszych wiekach nie spotykamy wzmianki o dyspensie od przeszkód do zawarcia małżeństwa. Znajdujemy jedynie przykłady konwalidacji małżeństw nieważnie zawartych w razie późniejszego otrzymania dyspensy od przeszkody.⁸ Wypadek jedyny uprzedniej dyspensacji stanowi zezwolenie udzielone przez Grzegorza W. Anglii. Zezwolenie

¹ C. 5, 6, 7.

² C. 5, 4, 22, 1; *Nov.* 139.

³ C. 5, 8, 2.

⁴ *Ulp.*, D. 1, 9, 12.

⁵ *Paul.*, D. 3, 2, 10; *Grat. Val. i Theod.* (380), C. 6, 56, 4.

⁶ *Valer. i Galien.* (260), C. 5, 6, 6.

⁷ *Nov.* 109 cesarza Leona.

⁸ *Conc. Agath.* (506), c. 61 = *conc. Epaon.* (517), c. 30 = c. 8 C. 35 q. 2—3; *conc. Aurel. III* (538), c. 10 (*Mansi*, 9, 14 n.).

to jednak, upoważniające do zawierania małżeństw w pewnych stopniach pokrewieństwa, jest raczej przywilejem, czyli wyjęciem z pod sankcji prawa karnego, niż dyspensacją w ścisłym tego słowa znaczeniu. Dyspensacja w Kościele od przeszkód małżeńskich powstała dopiero w wiekach znacznie późniejszych, dlatego też pozostała bez wszelkiego wpływu na prawo rzymskie.¹

2. Przeszkody do zawarcia małżeństwa mogły być, bądź stałe, bądź czasowe. Jeżeli zachodziła przeszkoda czasowa, małżeństwo mogło być konwalidowane. Konwalidacja następowała pod dwoma warunkami, a mianowicie, jeżeli przeszkoda została usunięta i jeżeli wspólne pożycie nie przestało istnieć. W razie urzeczywistnienia się tych warunków konwalidacja następowała *ipso iure*. W wypadku konwalidacji powstawało nowe małżeństwo na skutek nowej zgody i ważność jego dotyczyła tylko czasu przyszłego. Pomponjusz podaje, że jeżeli kobieta wyjdzie zamaż przed ukończeniem dwunastego roku życia, małżonką prawną stanie się dopiero z chwilą ukończenia lat dwunastu.² Podobnie, jeżeli senator poślubi wyzwolenicę, to, z chwilą utraty przez niego godności senatorskiej, wyzwolenica staje się prawną żoną.³ Jeżeli żołnierz zawrze małżeństwo w prowincji wbrew rozporządzeniom, to, po ukończeniu służby w razie trwania tej samej woli, małżeństwo staje się prawnem i dzieci później urodzone są dziećmi prawymi.⁴ Są to wypadki milczącej konwalidacji małżeństwa przez sam fakt zniknięcia przeszkód, co było możliwe dzięki temu, że do zawarcia małżeństwa wolnego nie wymagano żadnej formy.

Jeżeli zachodziła przeszkoda stała, konwalidacja nie mogła nastąpić. W wypadku tym należy odróżnić, czy małżeństwo zostało zawarte w złej wierze, czy w dobrej. Jeżeli strony znajdowały się w złej wierze, wtedy przeszkoda stała powodowała nieważność związku małżeńskiego, jeżeli zaś strony znajdowały

¹ WERNZ - VIDAL, *Ius matrimoniale* s. 484 n.

² D. 23, 2, 4.

³ Ulp., D. 23, 2, 27.

⁴ Paul., D. 23, 2, 65, 1; Gord. (239), C. 5, 4, 6.

się w dobrej wierze, małżeństwo stawało się domniemanem, *matrimonium putativum* i rodziło wszelkie skutki prawne, tak odnośnie do małżonków, jak również potomstwa.¹ Jeżeli małżonkowie później znaleźli się w złej wierze, powinni rozłączyć się, ponieważ z chwilą tą małżeństwo przestało być domniemanem.²

¹ Marc., D. 23, 2, 57 a; Val., Theod. i Arc., C. 5, 5, 4.

² Val., Theod. i Arc., C. 5, 5, 4.

Rozdział V.

SKUTKI PRAWNE ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA.

Zawarcie małżeństwa pociąga za sobą liczne i różnorodne skutki. Jedne z nich są charakteru prawnego, drugie charakteru religijnego lub wreszcie etycznego, podobnie jak samo małżeństwo, które jest częściowo instytucją prawną, a częściowo religijną i etyczną. Nam chodzi w tem miejscu jedynie o skutki prawne małżeństwa. Skutki te dotyczą, bądźto stosunków prawnych pomiędzy małżonkami, bądźto pomiędzy rodzicami i dziećmi. Stąd też, najpierw rozpatrzymy skutki prawne małżeństwa dotyczące małżonków, a potem — dotyczące rodziców i dzieci.

§ 1. Skutki prawne małżeństwa dotyczące małżonków.

Charakter stosunków prawnych pomiędzy małżonkami zależy wogóle od rozwoju kulturalnego danego narodu oraz od jego historycznych i narodowych właściwości. U narodów starożytnego Wschodu stanowisko prawne żony było bardzo niskie; niewiele lepiej działo się i w Grecji.¹ U Rzymian natomiast było stanowisko socjalne żony w domu męża bardzo zaszczytne. Żona społecznie stała narówni z mężem, otoczona była wielkiem poważaniem.

¹ MAYER, *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer* t. II s. 360; WALTER, *Kulturgeschichte des Altertums*. 1925 s. 62, 114.

niem i nosiła zaszczytną nazwę *matrona* lub *materfamilias*.¹ O wielkiem jej poważaniu świadczą takie wyrażenia, jak *sanctitudo nominis matronae* lub *dignitatis nomen uxor*.² Należy się jej od dzieci swych taka sama cześć, jaka przysługiwała ojcu. Ulpjan mówi: „*Pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur*”.³ Dla niewolników jest ona panią, *domina*, podobnie jak mąż panem, *dominus*. Pod względem prawnym jednakowoż Rzymianie nie zdołali przeprowadzić zasady równouprawnienia kobiet z mężczyznami, co Papinjan wyraża w sposób następujący: „*In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum*”.⁴

Aby to upośledzenie kobiet pod względem prawnym zrozumieć, należy wziąć pod uwagę charakter prawny małżeństwa rzymskiego. Małżeństwo to miało za podstawę patriarchalną i jednostronną władzę męża względnie ojca i to zarówno w małżeństwie *cum manu*, jak i *sine manu*.⁵ Z tego powodu żona nie nabywała żadnych praw w stosunku do swego męża. Od końca rzeczypospolitej stosunki prawne w małżeństwie zaczynają ulegać jednak pewnym przeobrażeniom w kierunku równouprawnienia obojdwóch małżonków. W czasach Antoninów przyznano matce prawo zatrzymania przy sobie dzieci wspólnych mimo wytoczenia przez ojca *interdictum de liberis exhibendis*, jeżeli nadużywał swej władzy.⁶ Początek przemiany tej pod względem majątkowym datuje się od przyznania przez pretora obydwu małżonkom, w razie braku *liberi*, *legitimi* i bliższych krewnych, wzajemnego prawa dziedziczenia po sobie — *bonorum possessio unde vir et uxor*.⁷ Jeszcze silniej występuje to równouprawnienie

¹ CORNELIUS NEPOS, Praef.; BONFANTE, *Corso di diritto romano* t. 1 s. 39—41; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 152 n.; JHERING, *Geist d. röm. R.*³ t. 2, 1 s. 203 n.

² SPARTIANUS, *Ad Ver.* 5, 11.

³ D. 27, 10, 4; VOIGT, *Die XII Tafeln* t. 2 § 92.

⁴ D. 1, 5, 9.

⁵ BRINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* t. 1 s. 23 n., 218 n.; t. 3 s. 16 n.; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² s. 26 n.

⁶ Ulp., D. 43, 30, 1, 3.

⁷ Ulp., D. 38, 11, 1.

majątkowe w prawie justynjańskim, kiedy w interesie równości, jako wzajemne świadczenie ze strony męża za posag żony, wprowadzono *donatio propter nuptias*¹ i to w tej samej wysokości co *dos*.² Dąży się tem samem do przyznania kobiecie odnośnie do darowizny *propter nuptias*, w razie rozwiązania małżeństwa, stanowiska, odpowiadającego stanowisku męża odnośnie do posagu.³ Podobnie zostały powiększone prawa żony także odnośnie do

¹ COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² s. 28 — 30; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 379 n.; SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale* w Riv. di storia del dir. it. t. 2 (1929) s. 457 — 506 i t. 3 (1930) s. 69- 95. Instytucja ta wykształciła się na Wschodzie i stanowiła tam istotny wymóg do ważności małżeństwa. Co do wpływu praw wschodnich na rzymską instytucję donatio propter nuptias zob. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 256 n.; LAROCQUE, *Le don du fiancé à Rome et dans les provinces romaines avant Justinien*. Toulouse 1898; COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*. I. Paris 1912 s. 145 n. Specjalnie o donatio p. n. w lokalnem prawie grecko-egipskim i babilońskim por. NIETZOLD, *Die Ehe in Aegypten zur ptolomäisch-röm. Zeit*. Leipzig 1903 s. 58 n.; DE RUGGIERO, *Studi papirologici sul matrimonio e divorzio nell'Egitto greco-romano* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. r. 14 (1902) s. 179; TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w Studi Bonfante t. 1 s. 423; tamże literatura papirologiczna; KOSCHAKER, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*. Leipzig 1917 s. 150 n.; SCHUPFER, *La legge di Hammurabi e il dir. babilonese della prima dinastia* w Memorie della R. Acc. dei Lincei, Serie V t. 16 (1922) s. 435 n. O darowiznie małżeńskiej w prawie talmudycznym por. GULAK, *Rechtsvergleichende Studien zu Talmud und Papyri* w Études de papyrologie, I, Le Caire 1932 s. 101 n. Niektórzy przypuszczają, że rzymska instytucja donatio p. n. powstała pod wpływem prawa Izraelitów zob. MAYER, *Die Rechte des Israeliten, Athener u. Römer* t. 2 s. 351 n.

² Nov. 97, 1. Co się tyczy praw wschodnich w tej materji por. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 293; BRUNS, *Syr.-röm. Rechtsbuch* s. 295. W prawie talmudycznym narzeczony również tyle wyznaczał dla narzeczonej, ile ona jemu wносиła por. GULAK, *Rechtsvergleichende Studien zu Talmud und Papyri* w Études de papyrologie, I, Le Caire 1932 s. 101 n. O paralelizmie pomiędzy donatio propter nuptias i dos por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 391 — 3; SCHOTT, *Die donatio propter nuptias*. Mannheim 1867 s. 25, 49 n.

³ BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*. Bologna 1892 s. 85 n.; DE MEDIO, *Per la storia della donazione fra coniugi* w Riv. per le scienze giur. t. 22 (1902) s. 261 n.

posagu, dzięki czemu posag tylko formalnie był uważany za własność męża, faktycznie zaś stanowił własność żony.¹

Różne czynniki złożyły się na ten rozwój małżeństwa. Z trzech czynników wyliczanych w tym względzie przez uczonych: filozofii stoickiej, praw orientalnych i chrześcijaństwa — ten ostatni czynnik był najsilniejszy.² Już św. Paweł w liście do Galatów ogłasza równość pomiędzy małżonkami: „Nie jest Żyd ani Greczyn, nie jest niewolnik ani wolny, nie jest mężczyzna ani niewiasta. Albowiem wy wszyscy jedno jesteście w Chrystusie Jezusie”.³ Lecz z drugiej strony przestrzega żony, aby były poddane swoim mężom, albowiem mąż jest głową żony, jako Chrystus jest głową Kościoła.⁴ Chrześcijaństwo pozbawiło mężczyznę nieograniczonej władzy nad żoną i przyznało kobiecie w rodzinie stanowisko, jakiego starożytność nie znała.⁵ Św. Hieronim naucza: „Apostolica... auctoritas non modo uxorem viro, sed etiam virum uxoris subiecit potestati”.⁶ Dzięki nauce chrześcijańskiej małżeństwo przedstawia się jako związek zupełnej i stałej wspólności życiowej na podstawie równości stanowiska obojga małżonków.⁷

¹ C. 5, 12, 30. WEISS, *Pfandrechtliche Untersuchungen*. Weimar 1909 s. 97 n.; WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 53 (1933) s. 357 n.

² TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 61 n., 97 n.; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* t. 1 s. 221; MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* s. 230 n.; COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien* t. 1 s. 145 n.; RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del dir. rom.* w *Mélanges de dr. rom. dédiés à Cornil* t. 2 s. 262; SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*. Torino 1930 s. 347, 382, 384. O wpływie chrześcijaństwa na rzymską dorożnicę małżeńską por. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico* w pracy zbiorowej *Cristianesimo e diritto romano*. Milano 1935 s. 295—406. Według niego instytucja ta powstała pod wpływem hebrajsko-chrześcijańskim.

³ *Gal.* III, 28.

⁴ *Efez.* V, 22—3.

⁵ *Efez.* V, 22, 32; VI, 1, 4; *Kol.* III, 20—1; AMBROSIIUS, *De institut. virg.*, c. 3 (Migne, 16, 323 n.); CHRYSOSTOMUS, *Quales ducendae sint uxores*, 3 (Migne, 51, 228 n.); *Sermo 4 in Gen.*, 1 (Migne, 54, 593); *Hom. 61 in Joan.*, 3 (Migne, 59, 339 n.); THÖNES, *Christl. Anschauung der Ehe*. 1881; STOCKER, *Frau in alter Kirche*. 1907.

⁶ HIERONYM., *Epist.* 148, 28 (Migne, 22, 1217).

⁷ I *Kor.* VII, 3—5, 10; CHRYSOST., *In Epist. 1 ad Cor.*, *Hom.* 19, 1 (Migne, 61, 151 n.); *In cap. XX Genes.*, *Hom.* 45 (Migne, 54, 414 n.); *Quales ducendae sint uxores*, 3 (Migne, 51, 228 n.); CLEM. ALEX., *Stromat.* II, 23 (Migne, 8, 1085 n.).

Nie znaczy to jednak, aby równość stanowiska obojga małżonków w praktyce została przeprowadzona w całej pełni. Pewne upośledzenia żony pozostały nadal, czemu wyraz daje św. Ambroży w następujących słowach: „Non ita lege constringitur vir, sicut mulier, caput enim mulieris vir est”.¹ I tak, mąż pozostaje nadal głową rodziny, jego zamieszkanie jest zamieszkaniem dla żony i dzieci, pewne obowiązki rodzicielskie w pierwszym rzędzie spadają na niego, on administruje darowizną małżeńską i t. p.

Po tych ogólnych uwagach przystępujemy do rozpatrzenia poszczególnych skutków małżeństwa. Lecz, ponieważ przedstawiają się one inaczej w małżeństwie *cum manu*, niż w małżeństwie *sine manu*, przeto rozpatrzmy je oddzielnie.

1. MAŁŻEŃSTWO CUM MANU.

W małżeństwie *cum manu* żona stawała się członkiem rodziny swego męża na warunkach córki, *filiae loco*, stąd też w stosunku do swego męża zyskiwała prawa dziecka. Gajus tak to wyraża: „Nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nancisci”.² Mężowi zatem nad żoną *in manu* przysługiwała taka władza, jaką posiadał *paterfamilias* nad swojemi dziećmi. Władza ta obejmowała stosunki tak osobiste, jak również majątkowe.³

I tak, mąż, jako głowa rodziny, ma obowiązek utrzymywania żony i dzieci, *alimentatio*, oraz obowiązek pokrywania kosztów utrzymania domu, *onera matrimonii sustinere*.⁴ W prawie klasycznym nie spotykamy jednak żadnego zabezpieczenia tego obowiązku zapomocą skargi. Jest to zatem obowiązek natury czysto moralnej, wynikający z *societas vitae*. Dopiero

¹ AMBROSIUS, *In Epist. ad Cor*, I, c. 7 (Migne, 17 b, 228 n.).

² GAJUS I, 115; 3, 14.

³ LABBÉ, *Du mariage romain et de la manus* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 11 (1887) s. 1—20; MATTER, *De la manus mariti et des sociétés de tous biens entre époux*. Paris 1890.

⁴ KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau und Frucht der dos* w *Studi in onore di Bonfante* t. 4 s. 1—27.

prawo justynjańskie daje żonie możliwość dochodzenia swego prawa w drodze sądowej.¹ Co się tyczy obowiązku wzajemnego żony względem swego męża, źródła prawne nic pewnego w tej materji nie podają.

Do żony należy kierownictwo gospodarstwa domowego i wychowywanie dzieci — „*praecipua laus erat tueri domum et inservire liberis*”.² Tem się one różnią od Greczynek, które są zamykane w mieszkaniu — *gyneceum* i strzeżone. „*Matres familias vestrae in atrii operantur domorum*”.³

Następnie, jest żona obowiązana do wspólnego pożycia z mężem, co wynika wprost z istoty samego małżeństwa. W związku z tem mąż mógł żądać wydania żony zapomocą *vindicatio* od wszelkiej osoby trzeciej, a także od jej rodziców i to nawet wbrew jej własnej woli. Lecz, *vindicatio* ta może mieć zastosowanie odnośnie do żony, podobnie jak wszelkiej innej osoby wolnej *alieni iuris*, tylko *adiecta causa*, ponieważ jedynie „*adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse*”.⁴ Wyraźnie zaznacza to Ulpian, gdy mówi o *in rem actio*: „*Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate non petuntur;... nisi forte adiecta causa quis vindicet*”.⁵

Większe zastosowanie miały inne środki obrony. Ulpian powiada: „*Petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria*”.⁶ Przysługują mu przeto przedewszystkiem *actiones praeiudiciales*, gdy chodziło o ustalenie, czy kobieta podlega władzy męzowskiej i komu władza ta przysługuje. Następnie, przysługiwała mu przeciwko każdej osobie trzeciej bezprawnie żonę zatrzymującej obrona interdyktalna w takiej samej postaci, jaką posiadał *paterfamilias*.⁷ Później przyznano mu interdykt *de*

¹ Ulp., D. 24, 3, 22, 8. Tekst jest interpol. por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 211 uw. 3.

² TAC., *Dial de orat.* 28; PLUT., *Cato M.* 20; *De pueris educandis* 5.

³ ARNOBIUS, *Adv. Gent.*, 2, 67 (Migne, 5, 920—1).

⁴ Ulp., D. 6, 1, 1, 2.

⁵ Ulp., D. 6, 1, 1, 2.

⁶ Ulp., D. 6, 1, 1, 2.

⁷ Ulp., D. 43, 30, 1, 1. Po wyrazach „*in potestate*” w tekście oryginalnym następowało „*manu mancipiove*” por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 210 uw. 5.

uxore exhibenda et ducenda na podstawie związku małżeńskiego.¹ Interdykt ten jednak początkowo nie bronił męża przeciwko ojcu żony, który zatrzymywał nad nią władzę ojcowską — obronę tę otrzymał dopiero później — i czasem przyznano mu także ekspcję przeciwko interdyktowi *de liberis exhibendis*, wytoczonemu przez ojca w celu zabrania córki i rozerwania małżeństwa.² Wreszcie, miała zastosowanie do wszystkich osób *alieni iuris*, a zatem i w naszym wypadku, *cognitio praetoria*.³ Celem postępowania tego było otrzymanie od magistratury dekretu, upoważniającego do zabrania z sobą osoby podległej.

Manus upoważniała następnie męża do rozporządzania żoną. Mąż mógł sprzedać żonę, podobnie jak mógł to czynić z dziećmi swojemi.⁴ Dawne prawo zezwalało na sprzedaż żony w celu zysku, lecz religja już w czasach królestwa surowo tego zabraniała i stanowiła, że, kto sprzedał żonę dla zysku, powinien być ofiarowany bogom podziemnym.⁵ Sprzedaż żony wcześniej wyszła z użycia.⁶ Długi czas natomiast utrzymała się mancyacja *noxae causa* na skutek skarg noksalnych. Ulpian głosi: „Adversus eas personas, quae alieno iuri subiectae sunt, noxales erunt”.⁷ Ponieważ jednak *ius noxae dandi* sprzeciwia się naturze związku małżeńskiego, stąd też według wszelkiego prawdopodobieństwa bardzo wcześniej wyszło z użycia.⁸

¹ Hermog., D. 43, 30, 2; Diocl. i Maxim., C. 5, 4, 11.

² Ulp., D. 43, 30, 1, 5 — tekst uległ znacznej zmianie w drodze interpolacji zob. BONFANTE, *Corso* t. 1, s. 211 uw. 1; PAUL., *Sent.* 5, 6, 15; Hermog., D. 43, 30, 2.

³ D. 6, 1, 1, 2; 43, 30, 33.

⁴ GAJUS 1, 118; FESTUS, v. Remancipatam.

⁵ PLUT., *Romul.* 22.

⁶ PLUT., *Rom.* 22; VOIGT, *Über die leges regiae* s. 37 n.; BRINI, *Matrimonio e div. nel dir. rom.* t. 2 s. 75—9; ESMEIN, *Mélanges* s. 18.

⁷ D. 27, 6, 9, 1.

⁸ SCHLESINGER, *Die Noxalklagen wegen Personen in manu und mancipio* w *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* t. 8 s. 51 n. Por. także GIRARD, *Les actions noxales* w *Mélanges* t. 2 s. 325 n.; BIONDO-BIONDI, *Actiones noxales*. 1925; LENEL, *Die Formeln der actiones noxales* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 47 s. 1—28. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 153 n., nie widzi dowodów na potwierdzenie *noxae deditio* żony.

Władza rozporządzania żoną *in manu* występuje także przy *tutoris datio*. Mąż mianowicie może w testamentie ustanowić opiekuna dla swej żony *in manu*, podobnie jak dla córki. Jeżeli mąż podlega jeszcze władzy, prawo powyższe przysługuje teściowi.¹ Z biegiem czasu wchodzi w użycie także instytucja *tutoris optio*, na mocy której mąż udziela żonie pozwolenia wybrania sobie opiekuna według własnego uznania. Gajus tak o tem mówi: „Recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare”.² W wypadku tym żona mogła wybrać sobie opiekuna, bądź dla wszystkich spraw, bądź dla jednej lub dwóch. W pierwszym wypadku ma miejsce *plena optio*, a w drugim *angusta*.³

W historii rzymskiej spotykamy wypadki przechodzenia manus od jednej osoby do drugiej. I tak, według świadectwa Diona Kasjusza, Tyberjusz Klaudjusz Neron odstąpił Liwję Augustowi⁴, a Memjusz Regulus Lolję Paulinę Kaliguli.⁵ Spotykamy także wypadki czasowego użyczenia własnej żony osobie drugiej w celu wydania tej osobie potomstwa. Plutarch opisuje, że Katon, cenzor, wypożyczył swoją żonę Marcję Hortensjuszowi.⁶ Wypadki podobne opierały się na dawnych obyczajach rzymskich. Podstawą obyczajów tych był obowiązek posiadania synów prawych, którzyby kontynuowali rodzinę i sprawowali kult przodków.

Wreszcie mąż posiadał prawo karania żony, jako odbicie dawnego *ius vitae ac necis*, jednak tylko w pewnym ograniczonym zakresie.⁷ I tak, mąż mógł bezkarnie zabić żonę bez sądu tylko wówczas, jeżeli została schwytana na gorącym uczynku cudzo-

¹ GAIUS 1, 148.

² GAIUS 1, 150.

³ GAIUS 1, 151.

⁴ DIO CASS. 48, 44.

⁵ DIO CASS. 59, 12.

⁶ PLUT., *Cato M.* 37.

⁷ TAC, *Ann.* 2, 50, 13, 32; DION. 2, 25; LIV. 39, 10; VAL. MAX. 6, 1, 1, 6, 3, 7—8; PLIN., *Nat. hist.* 14, 13; SUET., *Tib.* 35; TERTULL., *Apolog.*, 6 (Migne, 1, 353); LACTANT., *Div. Inst.*, 1, 22 (Migne, 6, 245). JHERING, *Geist*³ t. 2, 1 s. 213 n, jest zdania, że w czasach historycznych prawo karania żony śmiercią przysługiwało mężowi tylko w drodze wyjątkowej.

łóstwa. Gellius powiada: „In adulterio uxorem tuam si prehensisses, sine iudicio impune necares”.¹ Poza wypadkiem tym musiał mąż zasięgnąć, zwłaszcza gdy chodziło o niewierność, opinii kognatów. Jeśliby zabił ją, nie zasięgnąwszy opinii sądu domowego, wpadał w notę cenzorską.² Mąż mógł karać żonę także za inne przestępstwa. Liwjuusz powiada: „Mulieres damnatas cognatis, aut in quorum manu essent tradebant, ut ipsi in privato animadverterent”.³ Jurysdykcja mężowska w początkach cesarstwa wyszła z użycia; ostatnie jej ślady spotykamy w czasach Nerona.

W małżeństwie *cum manu* żona nie tylko osobiście podpadała władzy swego męża, lecz także majątek jej przypadał z konieczności prawnej mężowi, jako całość. W małżeństwie tem obowiązywało ojcowskie prawo majątkowe, w myśl którego tylko mąż może posiadać majątek. Gajus głosi: „Quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt”.⁴ Miała tu miejsce pewnego rodzaju *successio*. Przysługujące jej prawa własności i wierzytelności pozostawały bez zmiany; zmieniał się tylko podmiot tych praw. Sukcesja ta, jak mówi Gajus, powstała na mocy prawa zwyczajowego: „Neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure (quod) consensu receptum est”.⁵ Chociaż reguła prawa rzymskiego głosi, że ciężary przechodzą na tego, kto ponosi korzyści — „secundum naturam est comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda”,⁶ to jednak zobowiązania cywilne kobiety przez przejście *in manum* sprowadzały się do zwykłego zobowiązania naturalnego, przez co wierzyciel tracił swoją skargę. Gajus tak to wyraża: „Si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec

¹ GELL. 10, 23, 5.

² VAL. MAX. 2, 9, 2.

³ LIV. 39, 18.

⁴ GAIUS 2, 98; CIC., *Top.* 4, 23: „cum mulier viro in manum convenit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine”.

⁵ GAIUS 3, 82.

⁶ Paul., D. 50, 17, 10.

directo intendi potest, sibi dare eum eamve oportere".¹ Ponieważ zasada ta była niesprawiedliwa i krzywdziła wierzycieli, przeto pretor poprawił ją w ten sposób, że wierzycielom udzielał *actio utilis*, opierającej się na fikcji, jakoby *capitis deminutio* wogóle nie miała miejsca. Wskutek tego mąż, który zapomocą *in manum conventio* otrzymał majątek żony, musiał odpowiadać za długi przez nią zaciągnięte, lecz *non ultra vires*, t. zn. tylko w granicach majątku otrzymanego.² Jeżeliby mąż nie chciał świadczyć, to pretor zezwalał na sprzedaż majątku, jaki należałby do niej, gdyby nie dostała się pod władzę męzkowską.

Przez zawarcie małżeństwa *cum manu* kobieta traciła zdolność posiadania własnego majątku. Gajus powiada: „His, qui in potestate manu mancipiove sunt, nihil in iure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit”.³ Stąd też, wszystko cokolwiek żona *in manu* nabywała podczas małżeństwa, czy to w drodze spadku, czy darowizny, pracy lub w jakikolwiek inny sposób, stanowiło majątek męża. Gajus podaje: „Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate manu mancipiove habemus”.⁴ Lecz, jak dziecko pod władzą, tak samo żona za zezwoleniem męża mogła posiadać *peculium*.⁵ Wzamian za to po śmierci męża żonie przysługiwało prawo dziedziczenia w klasie *sui heredes*. Ulpjan podaje: „Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus...; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus”.⁶

Co się tyczy zobowiązań zaciągniętych zapomocą umów przez żonę *in manu* w czasie trwania małżeństwa, to cywilnie ani ona nie odpowiadała za nie, ani jej mąż.⁷ Trakto-

¹ GAIUS 4, 38; Ulp., D. 4, 5, 2, 2; Gai., D. 4, 5, 8.

² GAIUS 3, 84.

³ GAIUS 2, 96.

⁴ GAIUS 2, 86.

⁵ PLAUT., *Casina* 2, 2, 16. POKROWSKI, *Historja prawa rzym.* t. 2 s. 207 n.

⁶ ULP., *Reg.* 22, 14.

⁷ GAIUS 3, 104.

wano ją pod tym względem narówni z *filiafamilias*, t. zn., jeżeli zobowiązanie zaciągnięte przez żonę dawało podstawę do skarg *adiectitiae qualitatis*, mąż był obowiązany za nie odpowiadać.¹ Za zobowiązania z przestępstw żony mąż odpowiadał w granicach skarg noksalnych.

2. MAŁŻEŃSTWO SINE MANU.

Ponieważ stosunki osobiste małżonków w małżeństwie *sine manu* nie zostały przez *ius civile* unormowane, stąd też drogą analogji skutki prawne małżeństwa *cum manu* zaczęto przywiązywać także do małżeństwa *sine manu*. W ten sposób powstała instytucja władzy męzowskiej, wynikająca nie z *manus*, lecz z samego małżeństwa. W szczegółach stosunki prawne pomiędzy małżonkami w małżeństwie *sine manu* układają się w sposób następujący.

Kobieta przez wyjście zamaż otrzymuje stanowisko społeczne swojego męża, *honor mariti*.² Ulpjan mówi: „Feminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt”.³ Jeżeli mąż nosił tytuł *clarissimus* albo *vir consularis*, żonie przysługiwał również tytuł *clarissima* albo *consularis*. Ulpjan głosi: „Consulares feminas dicimus consularium uxores”.⁴ Tytuł ten przysługuje jej nawet po rozwiązaniu małżeństwa, chyba że wyjdzie zamaż za osobę godności niższej.⁵

Następnie, zamieszkanie męża staje się jej zamieszkaniem, jako *domicilium matrimonii*,⁶ chyba że mąż nie ma

¹ Ulp., *Reg.* 11, 27.

² Valent., Theod. i Arcad. (392), C. 10, 40 (39), 9 pr.; 12, 1, 13; *Frag. Vat.* 104.

³ D. 1, 9, 8.

⁴ D. 1, 9, 1, 1.

⁵ Ulp., D. 1, 9, 8; Diocl. i Maxim., C. 5, 4, 10; Valent., Theod. i Arc., C. 10, 40 (39), 9, 1.

⁶ Ulp., D. 2, 1, 19; 5, 1, 65; Pomp., D. 23, 2, 5; Paul., D. 50, 1, 22, 1; Papir. Iust., D. 50, 1, 38, 3; Val., Theod. i Arc., C. 10, 31, 9 pr.; 12, 1, 13. Rzymianie nie znają małżeństwa na próbę, kiedy to żona po zawarciu małżeństwa przez pewien czas pozostaje w domu swego ojca. O małżeństwie

wcale miejsca zamieszkania lub jest skazany na wygnanie za przestępstwo.¹ Mężowi jednak nie przysługiwała skarga sądowa o zmuszenie żony do pożycia wspólnego, jeżeli żona go opuściła i nie chciała dobrowolnie powrócić. O środkach obrony prawa mężowskiego do wspólnego pożycia z żoną przeciwko innym osobom już była mowa poprzednio.

Co się tyczy stanowiska żony *sine manu* wewnątrz domu, to należało do niej, podobnie jak przy małżeństwie *cum manu*, kierownictwo domu i wychowywanie dzieci.² Hermogenjan powiada, że, jeżeli patron zgodził się na zawarcie małżeństwa swojej wyzwolenicy, utracił prawo do jej usług, ponieważ jako żona powinna ona być *in officio mariti*.³ Prace poza domem, jak uprawa gruntu, prowadzenie interesów handlowych, należały do męża.

Prawo mówi również o obowiązku żon do odpowiedniego szanowania swych mężów, co odnosi się zarówno do małżeństwa *sine manu*, jak i *cum manu*. Ulpjan wspomina o „recepta reverentia, quae maritis exhibenda est”,⁴ a Justynjan o „debitum

tem w prawie kreteńskim por. BRASSLOFF, *Die Abstufung der Ehebruchsbusse im Recht von Gortyn* w Mitteil. des kais. deutsch. Arch. Inst., Ath. Abth. t. 38 (1913) s. 203 n. Niektórzy, jak REVILLOUT, *Chrestomathie démotique*. Paris 1880 s. 132 n. lub w Revue égyptologique, I s. 95, dopatrują się również w prawie egipskim małżeństwa na próbę roczną. Lecz w wypadku tym charakter prowizoryczny małżeństwa musiał być jasno wyrażony w umowie małżeńskiej, przyczem kobiecie należało się utrzymanie przez pierwszy rok i odszkodowanie w razie odtrącenia jej. Pogląd ten zwalcza jednak ARANGIO-RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri* s. 61 n.: według niego prawo egipskie obok małżeństwa właściwego zna tylko coś w rodzaju małżeństwa morganatycznego, które nazywa on „scritto di alimentazione”, polegające jedynie na obowiązku dostarczenia kobiecie pewnej ściśle określonej ilości środków utrzymania. Por. w tej sprawie także MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht* s. 223—5. O stosowaniu małżeństwa na próbę wspomina również SOZOMENUS, *Hist. eccl.* 1, 8 (Migne, 67, 878—9).

¹ Const. (321), C. 5, 16, 24.

² PLUT., *Cato M.* 20; *De pueris educ.* 5; TAC., *Dial de orat.* 28.

³ D. 38, 1, 48 pr.

⁴ D. 24, 3, 14, 1. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi nel diritto romano* w Rivista italiana per le scienze giuridiche t. 42 (1906) s. 7 n. i t. 47 (1910) s. 3 n.

reverentiae maritalis” i o „obsequia, quae maritis praestant”.¹ Z szacunku tego wypływało posłuszeństwo względem męża. Plautus wspomina o pewnym ojcu, który gorąco zaleca swej córce posłuszeństwo względem męża.² Plinusz Młodszy mówi, że niema większej chwały dla kobiety jak posłuszeństwo względem męża.³ Z tego też powodu kobieta nie powinna podnosić rąk na swojego męża, jak również bez jego zezwolenia uczęszczać na uczty z obcymi mężczyznami, chodzić do teatru lub na wyścigi konne i to pod karą wydalenia z domu.⁴

Nietylko żona powinna okazywać względem swego męża należne uszanowanie, lecz także mąż powinien szanować swoją żonę. Bicie żony, według Teodozjusza i Walentynjana, jest wystarczającym powodem do otrzymania przez nią rozwodu.⁵ W wypadkach, kiedy nie było wystarczającej przyczyny do rozwodu, prawo justynjańskie nakładało na mężów kary pieniężne na korzyść żon.⁶ Mąż nietylko sam powinien szanować swoją żonę, ale także domagać się dla niej szacunku od innych. Zniewaga uczyniona żonie dotyczy także męża. Z tego też względu mężowi przysługuje *actio iniuriarum* przeciwko osobie znieważającej żonę. Gajus tak o tem mówi: „Pati autem iniuriarum videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros quos in potestate habemus; item per uxores nostras, quamvis in manu nostra (non) sint”.⁷ Lecz zniewaga uczyniona mężowi nie dotyczy żony, stąd też nie przysługuje jej *actio iniuriarum* przeciwko osobie znieważającej męża — „quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est”.⁸

Ponieważ małżeństwo zawierano *liberorum quaerendorum causa*,⁹ stąd też żona powinna dochować wierności mał-

¹ C. 5, 13, 1, 7; 8, 17 (18), 12, 5.

² PLAUT., *Menaechm.* 5, 2, 37 n.

³ PLIN., *Paneg. Trai.* 83.

⁴ D. 5, 17, 8, 3; *Nov.* 22, 15; 117, 8.

⁵ C. 5, 17, 8, 2.

⁶ *Nov.* 117, 14.

⁷ GAIUS 3, 221; PAUL., *Sent.* 5, 4, 3; Ulp., D. 47, 10, 1, 3; Paul., D. 47, 10, 18, 2. W sprawie tekstu Gajusowego por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 207 uw. 1.

⁸ Paul., D. 47, 10, 2.

⁹ GELLIUS 17, 21; GAIUS 1, 29; Callistr., D. 50, 16, 220, 3; Prob., C. 5, 4, 9.

żeńskiej swemu mężowi.¹ Żona schwyta na gorącym uczynku niewierności, *in flagranti delicto*, mogła bezkarnie być zabita razem z cudzołożnikiem, podobnie jak w małżeństwie *cum manu*. U Gelliusa czytamy: „In adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine iudicio impune necares”.² Zasada ta utrzymała się także w klasycznym prawie rzymskim. Ulpjan podaje: „Si tamen maritus in adulterio deprehensam occidat, quia ignoscitur ei”.³ W prawie późniejszym żona schwyta *in flagranti delicto* niewierności nie mogła już być bezkarnie zabita, a współnika cudzołóstwa można było zabić tylko wówczas, jeżeli należał do klasy niższej, *ignobilis*.⁴ Jeżeli cudzołożnicy nie zostali schwytani na gorącym uczynku, wymiar sprawiedliwości należał nie do męża, lecz do władzy publicznej. *Lex Iulia de adulteriis* z czasów Augusta stanowi, że cudzołożnicy powinni być wygnani na odrębne wyspy, a przytem żona powinna być pozbawiona połowy posagu i trzeciej części majątku, a współnik cudzołóstwa połowy majątku.⁵ Kobieta skazana za cudzołóstwo nie mogła ważyć zawrzeć małżeństwa,⁶ ani nie mogła świadczyć w sądzie.⁷ Mąż, który żony schwytej na cudzołóstwie nie oddalił, a także osoba, która zawarła małżeństwo z kobietą zasądzoną za cudzołóstwo,

¹ WESTRUP, *Quelques observations sur la notion antique de la fidelité*. Paris 1927; por. także TAUBENSCHLAG w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 49 s. 545 n.

² GELL. 10, 23, 5; VOIGT, *Die XII Tafeln t.* 2 § 160; SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 247; BRINI, *Matr. e divorzio nel dir. rom.* t. 1 s. 153.

³ D. 29, 5, 3, 3. W sprawie kar za adulterium w różnych epokach por. HARTMANN w PAULY-WISSOWA, *Real-Enc.*, v. adulterium. Nietylko mąż, ale także ojciec miał prawo zabić cudzołożnika razem z córką, którą miał pod swoją władzą. Papinjan (D. 48, 5, 21 (20)) głosi: „Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet”.

⁴ EFIMOW, *Lekcji istorji rimskiego prawa* s. 228.

⁵ TAC., *Ann.* 2, 85; SUET., *Oct.* 65; PAUL., *Sent.* 2, 26, 14; Papin., D. 48, 5, 12 (11) pr.; Marc., D. 48, 18, 5. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la lex Iulia de adulteriis* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr. r.* 1879 s. 1—35 i 397—442 = *Mélanges* s. 71 n., 130 n.; DERVILERS, *Des peines de l'adultère en droit rom. avant, sous et après la loi Iulia de adulteriis*. Paris 1893.

⁶ Papin., D. 48, 5, 12 (11), 13.

⁷ Paul., D. 22, 5, 12 (11); Ulp., D. 28, 1, 20, 6.

również byli karani.¹ Cesarz Aleksander (224) stanowi, że kobieta cudzołożna powinna być ukarana stosownie do *lex Iulia* i jeżeli ktoś, po uniknięciu przez nią w jakikolwiek sposób kary śmierci, świadomie pojąłby ją za żonę, powinien być ukarany *ex causa lenocinii*.² Cesarze Dioklecjan i Maksymjan (293) również wspominają o karze śmierci za cudzołóstwo.³ W prawie cesarzy chrześcijańskich o *poena gladii* za cudzołóstwo mówi cesarz Konstantyn (326): „Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet”.⁴ Justynjan dla mężczyzn za cudzołóstwo ustanowił karę śmierci, a dla kobiet karę chłosty i zamknięcie na całe życie w klasztorze. Mężowi wolno jednak było zabrać ją stamtąd w ciągu dwóch lat. Jeżeli czasokres ten upłynął, albo mąż umarł, nakładano na nią habit zakonny i musiała pozostać w klasztorze przez całe życie. Jeżeli miała descendentów, to dwie trzecie części jej majątku przechodziły na nich, a jedna trzecia na klasztor. Jeżeli nie miała descendentów, lecz ascendentów, to cztery uncje przechodziły na ascendentów, a ośm na klasztor. Jeżeli wreszcie nie miała, ani descendentów, ani ascendentów, cały majątek przechodził na klasztor.⁵

¹ Tryph., D. 4, 4, 37, 1; Ulp., D. 48, 5, 30 (29), 1.

² C. 9, 9, 9. Słowa tekstu „si quocumque modo poenam capitalem evaserit” są interpolowane por. ESMEIN, *Le délit d'adultère à Rome et la lex Iulia de adulteriis* w *Mélanges* s. 112; WŁASSAK, *Anklage und Streibefestigung in Kriminalrecht der Römer*. 1917 s. 65; LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*. 1931 s. 59 n.

³ C. 2, 4, 18. Tekst jest interpolowany por. WŁASSAK, tamże s. 65 i *Inst.* 4, 18, 4.

⁴ C. 9, 9, 29 (30), 4. Tekst jest interpolowany, co wynika z porównania z tą samą konstytucją w C. Th. 9, 7, 2.

⁵ Nov. 134, 10. VOLTERRA, *Alcune innovazioni giustiniane al sistema classico di repressione dell'adulterio* w *Rend. del R. Istituto Lombardo di sc. e lett.*, serie II t. 63 (1930) s. 182—90; FERRINI, *Diritto penale romano* s. 365. MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giust.* s. 80, powód łagodniejszego karania kobiet, niż mężczyzn widzi w słowach Chrystusa wypowiedzianych do jawnogrześnicy: „I ja ciebie nie potępię; idź, a już więcej nie grzesz” (Jan VIII, 11). W sprawie błędnego przypisywania kary śmierci, ustanowionej przez Justynjana, ustawie Juljuszowej por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 261 n.; VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* w *Studi economico-giuridici della R. Università di Cagliari* t. 17 (1929) s. 61; BENNECKE, *Die straf. Lehre von Ehebruch*. Marburg 1891.

Leon Filozof cudzołóstwo stawia narówni z zabójstwem i cudzołożnika skazuje na obcięcie nosa, a kobietę nadto na zamknięcie w klasztorze.¹

Co się tyczy prawa oskarżania za cudzołóstwo, to na podstawie *lex Iulia de adulteriis* przysługiwało ono nietylko mężowi i ojcu, ale także osobom obcym, bądź przeciwko cudzołożnicy, bądź jej współnikowi (*actio popularis*). I tak, w przeciągu dwóch pierwszych miesięcy, czyli 60 dni, oskarżać mógł tylko mąż lub ojciec, w następnych zaś czterech miesiącach także każdy obcy, *extraneus*.² Ponieważ czas liczył się *utiliter*, stąd też czasokres dwóch względnie czterech miesięcy można było przeciągnąć, lecz nie ponad 5 lat.³ Po upływie pięciu lat od spełnienia przestępstwa winny cudzołóstwa nie może już być oskarżony. Papinjan tak to wyraża: „Adulterii reum intra quinque annos continuos a die criminis admissi defuncta quoque muliere postulari posse palam est”.⁴ Zatem po pięciu latach następowało przedawnienie ścigania przestępcy z tytułu popełnienia cudzołóstwa. Wyraża to dokładnie cesarz Aleksander (223) w następujących słowach: „Adulter post quinquennium, quum commissum adulterium dicitur, quod continuum numeratur, accusari non potest”.⁵ Pięcioletnie przedawnienie ścigania przestępcy z tytułu cudzołóstwa zostało wprowadzone przez *lex Iulia de adulteriis* w 18 r. przed Chr.⁶ Jeżeli zostało popełnione cudzołóstwo połączone z kazirodztwem, jak np. z pasierbicą, synową lub macochą, to przestępstwo nie uchylało się przez przedawnienie pięcioletnie. Papinjan podaje: „Praescriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur”.⁷ Przestępstwo tego rodzaju przedawniało

¹ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 585.

² Papin., D. 48, 5, 12 (11), 6; Ulp., D. 48, 5, 4, 1—2; 48, 5, 30 (29), 5; Alex. (223), C. 9, 9, 6 pr; Diocl. i Maxim. (290), C. 9, 9, 21.

³ Ulp., D. 48, 5, 30 (29), 5.

⁴ D. 48, 5, 12 (11), 4; Ulp., D. 48, 5, 30 (29), 6.

⁵ C. 9, 9, 5.

⁶ UNTERHOLZNER-SCHIRMER, *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre*. Leipzig 1858 t. 2 s. 421 n.

⁷ D. 48, 5, 40 (39), 5; 48, 5, 39 (38) pr.

się, według konstytucji Dioklecjana i Maksymjana (293 r.), dopiero po latach dwudziestu.¹ W czasach chrześcijańskich prawo oskarżania za cudzołóstwo uległo zmianie, mianowicie Konstantyn W., mimo zaliczenia *adulterium* do *delicta publica*, pozbawił osoby obce prawa oskarżania za cudzołóstwo; przysługiwało ono tylko osobom najbliższym — *proximi et necessarii*.² Odnośnie do przedawnienia ścigania przestępcy z tytułu cudzołóstwa, w materji tej w czasach chrześcijańskich niczego nowego nie postanowiono, a nawet dawne zasady prawa rzymskiego zostały recypowane przez prawo kanoniczne.³

Co się tyczy obowiązku dochowania wierności małżeńskiej po stronie męża, to klasyczne prawo rzymskie nie zna jeszcze tego obowiązku; powstał on dopiero pod wpływem chrześcijaństwa. Wprawdzie tekst Ulpjana podaje: „*Periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat*”,⁴ lecz tekst ten jest interpolowany w duchu etyki chrześcijańskiej, według której obowiązek wierności małżeńskiej jest jednakowo traktowany po stronie męża i żony.⁵ Rozpatrzmy podstawy etyki chrześcijańskiej w tej dziedzinie.

Już słowa Chrystusa wyrażone w ewangelji zawierają myśl o wzajemności obowiązków moralnych pomiędzy małżonkami. Wykład o szóstym przykazaniu Dekalogu, według nauki ewangelicznej, dotyczy tak mężczyzny, jak również kobiety.⁶ Z drugiej strony Chrystus potępia dawne surowe kary głoszone przez Pentateuch przeciwko niewiernej małżonce.⁷ Zasady te są wyrażone jeszcze dokładniej w listach apostołskich, a w szczególności u św. Pawła. Ponieważ mężczyzna i kobieta są jednakowo we-

¹ C. 9, 22, 12.

² C. 9, 9, 29 (30).

³ Ks. CZAJKA, *Przedawnienie w prawie karnem kanonicznem*. Lublin 1934 s. 47, 74 n.

⁴ D. 48, 5, 14, 5.

⁵ WESTRUP, *Quelques observations sur la notion antique de la fidelité* s. 31 n.

⁶ MAT. V, 27—8.

⁷ JAN. VIII, 11.

zwani do królestwa Bożego,¹ stąd też posiadają równe obowiązki moralne.² Św. Paweł wyjaśnia dokładnie zasady życia wspólnego pomiędzy małżonkami, przyczem podkreśla wyraźnie wzajemność obowiązków mężczyzny i kobiety.³ Ojcowie Kościoła głoszą również zasadę wzajemnej wierności małżonków. Św. Ambroży podaje to w następujących słowach: „Nemo blandiatur sibi de legibus hominum. Omne stuprum adulterium est: nec viro licet, quod mulieri non licet. Eadem a viro quae ab uxore debetur castimonia. Quidquid in eam, quae non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii damnatur crimine”.⁴ Podobnie wyrażają się Inocenty I (401—417),⁵ Grzegorz z Nazianzu,⁶ Jan Chryzostom,⁷ Hieronim,⁸ Augustyn⁹ i t. d.

Nauka chrześcijańska nie pozostała bez wpływu na ustawodawstwo cesarzy chrześcijańskich. I tak, na mocy konstytucji Teodozjusza i Walentynjana z r. 449 cudzołóstwo popełnione przez męża było uważane, podobnie jak cudzołóstwo żony, za wystarczającą przyczynę do rozwodu.¹⁰ W prawie justynjańskim znajdujemy potwierdzenie tego przepisu, lecz z pewną różnicą w traktowaniu męża i żony. Jeżeli chodzi o żonę, to zwykle cudzołóstwo przez nią popełnione wystarczało do rozwodu,¹¹ jeżeli zaś chodzi o męża, to wymagano nadto, aby w swym domu

¹ *Gal.* III, 28.

² I *List św. PIOTRA* III, 7.

³ I *Kor.* VII, 4; *Tym.* V, 14.

⁴ S. AMBROSIUS, *De Abraham*, I, 4 (Migne, P. L., 14, 452) = c. 4 C. 32 q. 4.

⁵ INNOCENT. I, *Ep. ad Exuperium*, c. 4 (Migne, 20, 499 n.) = c. 23 C. 32 q. 5.

⁶ S. GREGORIUS NAZIAN., *Moralia* 21, 9 = c. 13 C. 32 q. 5.

⁷ S. CHRYSOST., *In Matth.*, *Homil.* 32 (Migne, 57, 377 n.) = c. 9 C. 32 q. 5; *In Cor.*, *Hom.* 19 (Migne, P. G., 61, 151—7).

⁸ S. HIERON., *Ad Oceanum de morte Fabiolae* w c. 20 C. 32 q. 5.

⁹ S. AUGUSTIN., *De adult. coniug.*, II, 8 (Migne, 40, 474—6) = c. 4 C. 32 q. 6. Św. Augustyn jest zdania, że mężczyźni powinni być za cudzołóstwo karani surowiej, niż kobiety.

¹⁰ C. 5, 17, 8, 2.

¹¹ *Nov.* 117, 8 § 2.

albo w domu innym swego miasta utrzymywał stałą kochankę i mimo napomnienia nie chciał jej porzucić.¹ Wreszcie, Justynjan w Noweli 134 z r. 556 postanowił, że mąż w razie popełnienia cudzołóstwa traci na korzyść żony posag i *donatio propter nuptias*, cały zaś majątek pozostały przypada ascendentom lub descendentom aż do trzeciego stopnia; jeżeli nie ma descendentów ani ascendentów, majątek pozostały przechodzi na skarb państwowy.² Obowiązek jednak wierności małżeńskiej inaczej traktowano po stronie męża, niż po stronie żony. Po stronie męża jedynie stosunki z osobą zamężną uważano za naruszenie wierności małżeńskiej, *adulterium*, stosunki zaś męża z kobietą niezamężną stanowiły zwykły występki niemoralny, *stuprum*; żona natomiast zawsze popełniała cudzołóstwo, niezależnie od tego, czy miały miejsce stosunki z mężczyzną żonatym, czy wolnym.³

Przechodzimy do kwestji spędzenia płodu. Według pojęć rzymskich dziecko przed ukończeniem urodzenia było uważane za część matki. Ulpjan mówi: „Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum”.⁴ Stąd też, spędzenie płodu, *abactio partus*, przez osoby trzecie nie było występkiem przeciwko dziecku, lecz uszkodzeniem ciała matki.⁵ Jeżeli spędzenie płodu zostało dokonane za wolą matki, było występkiem przeciwko ojcu, którego matka pozbawiła dziecka. Marcjan podaje: „Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandum: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse”.⁶ Przestęp-

¹ Nov. 117, 9 § 5. VOLTERRA, *Alcune innovazioni giustinianee al sistema classico di repressione dell'adulterio* w Rend. R. Istituto Lombardo di sc. e lett., serie II t. 63 (1930) s. 182—90.

² Nov. 134, 10.

³ Papin., D. 48, 5, 6; Modest., D. 48, 5, 34; 50, 16, 101. W sprawie znaczenia wyrazu *stuprum* por. VOLTERRA, *Per la storia dell'accusatio adulterii iure mariti vel patris* w Studi econ.-giur. della R. Università di Cagliari t. 17 (1929) s. 56 n.

⁴ D. 25, 4, 1, 1.

⁵ COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*. Bologna 1922 s. 159; PERNICE, *Laboe* t. 1 s. 197.

⁶ Marc., D. 47, 11, 4. Por. także Ulp., D. 1, 5, 18; 48, 19, 3; PAUL., *Sent.* 5, 23, 14.

stwo to, jak z przytoczonych słów wynika, było karane wygnaniem czasowem. Według pisarzy kościelnych spędzenie płodu było traktowane narówni z zabójstwem.¹

Istnieją liczne inne prawa i obowiązki wzajemne pomiędzy małżonkami. I tak, małżonkowie z powodu należnego sobie szacunku nie mogą wzajemnie pozywać się do sądu bez pozwolenia magistratury.² *Lex Iulia iudiciorum publicorum* głosi, że mąż i żona są wolni od świadczenia w sądzie przeciwko sobie.³ Przy prowadzeniu sprawy sądowej przeciwko współmałżonkowi powinien być przyjęty każdy *fideiussor iudicio sistendi causa*; nie można wymagać, aby *fideiussor* był *locuples*.⁴ Żona nie mogła również żądać od męża zabezpieczenia majątku posagowego.⁵ Jeżeli żona pozywa osobę trzecią, mąż może zastępować ją w sądzie nawet bez specjalnego zlecenia.⁶

O ile chodzi o *actiones poenales* i *famosae*, to w prawie przedjustynjańskim spotykamy wypadki wnoszenia przeciwko sobie *actio mandati*,⁷ *actio furti*,⁸ *actio doli*⁹ lub *accusatio criminis*.¹⁰ Prawo justynjańskie natomiast wyklucza pomiędzy małżonkami wszelkie skargi o charakterze karnym i infamującym.¹¹ Jeżeli zatem współmałżonek chciał wytoczyć skargę przeciwko

¹ BARNABAS, *Epist.*, cc. 19—20 (Migne, P. G., 2, 777 n.); ATHENAGOR., *Legatio pro christ.*, c. 35 (Migne, P. G., 6, 967 n.); MIN. FELIX, *Octavius*, c. 30 (Migne, P. L., 3, 347—9); TERTULL., *Apolog.*, c. 9 (Migne, P. L., 1, 366 n.); S. CYPR., *Ep.* 59 (Migne, P. L., 3, 1047 n.).

² Modest., D. 2, 4, 13.

³ Paul., D. 22, 5, 4.

⁴ Ulp., D. 2, 8, 2, 2 — tekst interpolowany por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 208 uw. 5.

⁵ Grat., Valent. i Theod. (381), C. 5, 20, 1; Iustin. (530), C. 5, 20, 2.

⁶ Constant. (315), C. 2, 12 (13), 21.

⁷ Ulp., D. 23, 3, 38.

⁸ Paul., D. 25, 2, 3, 2 — część autentyczna od *sed* do *nuberet*.

⁹ Sev. i Ant. (201), C. 5, 12, 1.

¹⁰ Ulp., D. 24, 2, 11, 2; D. 48, 5, 27 (26).

¹¹ Paul., D. 25, 2, 3, 2 — interpol.; Marc., D. 11, 3, 17 — interpol. „*sed... simplum*”; Diocl. i Maxim. (293), C. 5, 21, 2 — interpol. „*constante... actio*”. Por. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi in diritto romano* w Riv. ital. per le scienze giur. t. 42 (1906 i t. 47 (1910)).

drugiemu współmałżonkowi o zwrot rzeczy skradzionej, to nie mógł korzystać z *actio furti*, lecz z innej skargi analogicznej, która nie pociągała za sobą infamji.¹ Skargą tą podczas trwania małżeństwa była *condictio ex iniusta causa*, a po jego rozwiązaniu *actio rerum amotarum*, która miała na celu jedynie odszkodowanie, zastępowała przeto tylko *condictio furtiva*, skarga zaś karna, *actio furti*, zupełnie odpadała.² *Actio rerum amotarum* powstała przy końcu rzeczypospolitej i początkowo miała zastosowanie tylko przeciwko kobiecie, która przed rozводом *divortii causa* lub *consilio* dokonała kradzieży i nie było możliwości otrzymania odszkodowania zapomocą *restitutio propter res amotas*.³ Skargę tę mąż mógł wnieść tylko po dokonaniu rozvodu i z powodu kradzieży popełnionej przez żonę w przewidywaniu rozvodu. Była to *actio arbitraria*, t. zn., że kobieta była zasądzona jedynie wówczas, jeżeli nie zwróciła rzeczy skradzionych.⁴ W prawie justynjańskiem w imię zasady równości *actio rerum amotarum* w drodze interpolacji została rozciągnięta także na wypadki dokonania kradzieży przez mężczyznę.⁵ Podobnie w innych wypad-

¹ HUVELIN, *Études sur le furtum*. Lyon-Paris 1915 t. 1 s. 620.

² Marcian., D. 25, 2, 25; Gai., D. 25, 2, 26.

³ Paul., D. 25, 2, 1; Marc., D. 25, 2, 25; Ulp., D. 25, 2, 15. Prawo retyencji jest to ustawowe prawo potrącenia, przysługujące pod pewnymi warunkami mężowi. Mąż może potrącić sobie propter res amotas, propter res donatas, propter res impensas, a w razie rozwiązania małżeństwa z winy żony propter mores, bądź graviores (szóstą część posagu), bądź leviores (ósmą część posagu) oraz propter liberos (dla każdego dziecka $\frac{1}{6}$ posagu, lecz w całości nie więcej, jak $\frac{1}{2}$ posagu). Mąż winny rozvodu także był karany por. ULP., Reg. 6, 9 — 12. DE LAGARRIGUE, *Des retentiones ex dote*. Toulouse 1891.

⁴ Pomp., D. 25, 2, 8, 1. Co do charakteru tej skargi i norm procesowych por. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. II s. 1181 n. Co do jej charakteru karnego por. PAMPALONI, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto* w Studi senesi t. 17 (1900) s. 154 n.

⁵ Paul., D. 25, 2, 6, 1; Ulp., D. 25, 2, 7; 25, 2, 11 pr.; 23, 3, 9, 3; Tryph., D. 42, 1, 52; Diocl. i Maxim. (293), C. 5, 21, 2 — interp. O interpolacjach tych i innych tekstów, traktujących o *actio rerum amotarum* przeciwko mężowi, por. ZANZUCCHI, *Il divieto delle azioni famose* t. 1 s. 10 n.; PRINGSHEIM w Zeitschr. Sav.-St. t. 42 s. 283.

kach małżonkowie zamiast skarg infamujących mogli korzystać ze skarg analogicznych, nie pociągających za sobą infamji, jak np. zamiast *actio doli* — *actio in factum* i t. d.¹

Wreszcie, małżonkowie korzystali względem siebie z *beneficium competentiae*, to zn., że skazanie w procesie pomiędzy nimi mogło nastąpić tylko *in id quod facere possunt*, czyli na tyle, ile pozostało po wydatkach na odpowiednie utrzymanie.² Początkowo od czasów Ofiljusza przysługiwało ono tylko mężowi pozwanemu przez żonę lub przez osoby inne w sprawie posagowej. Później przez Antonina Piusa zostało rozciągnięte na skargi wytoczone przez żonę przeciwko mężowi z tytułu wszelkich kontraktów.³ Justynjan, opierając się na zasadzie wzajemnego szacunku należnego małżonkom, udzielił tego samego dobrodziejstwa żonie w sporach pomiędzy nią a mężem.⁴

Jeżeli małżonkowie popełnili przeciwko sobie jakieś przestępstwo, odpowiadali surowiej, niż osoby obce.⁵

Co się tyczy stosunków majątkowych, to zawarcie małżeństwa *sine manu* nie wywierało na nie żadnego wpływu; każda strona zatrzymywała swój majątek i zarządzała nim swobodnie według własnej woli. Podstawą ich była zasada odrębności majątkowej: majątek męża i majątek żony stanowiły dwie zupełnie niezależne od siebie masy majątkowe. Jeżeli zatem żona

¹ Sev. i Anton. (201), C. 5, 12, 1 — interpol od „nisi a muliere” etc. por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 210 uw. 1.

² Ulp., D. 24, 3, 14, 1 — interp.; Paul., D. 25, 2, 21, 6 — interp.; Ulp., D. 42, 1, 17; Modest., D. 42, 1, 20 — interp.; Iustin. (530), C. 5, 13, 1, 7; Nov. 97, 6, 1. Por. WUNSCH, *Zur Lehre vom beneficium competentiae*. Leipzig 1897; PAMPALONI, *Sulla teoria del beneficium competentiae nel diritto romano* w Studi in onore di F. Schupfer. Torino 1898 t. 1 s. 65; ZANZUCCHI, *Sul cosiddetto beneficium competentiae* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. t. 29 (1916) s. 61 n.

³ Modest., D. 42, 1, 20; Schol. Sin. 6, 12. Por. LENEL w Zeitschr. Sav.-St. t. 24 s. 417.

⁴ Modest., D. 42, 1, 20 — interpol. „quod... ratio”; Ulp., D. 24, 3, 14, 1 — interpol. „namque... apparet”; Iustin., C. 5, 13, 1, 7. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 208 uw. 7.

⁵ Callistr., D. 48, 19, 28, 8; Marcian., D. 48, 9, 1: wyraz uxorem jest interpolowany por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 208 uw. 10.

była *sui iuris*, to wszystko, co posiadała poza posagiem przed zamążpójściem lub otrzymała podczas małżeństwa drogą pracy, spadku i t. p., stanowiło jej własny majątek, zwany *parapherna*, z którego mogła korzystać i rozporządzać nim według własnej woli.¹ Konstytucja Teodozjusza i Walentynjana głosi: „Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat”.² Żona musiała jednak udowodnić, że jest to jej własny majątek, w przeciwnym razie, według t. zw. *praesumptio Muciana*, uważano, że jest to majątek pochodzący od męża.³ Jeżeli żona była *alieni iuris*, to pomimo zamążpójścia pozostawała nadal pod władzą swego ojca. Z wszelkich jej nabytków korzystał ojciec, za czynności zaś jej odpowiadał tylko w granicach *actiones adiectitiae qualitatibus* i *actiones noxales*.⁴

Żona w małżeństwie *sine manu* posiada taką samą zdolność nabywania majątku, rozporządzania nim i zaciągania zobowiązań, jak jej mąż. Może zatem sporządzać akty prawne, tak między żyjącymi, jak również na wypadek śmierci bez zgody swego męża,⁵ a nawet może zawierać akty prawne

¹ Od wyrazu *parapherna*, oznaczającego majątek pozaposagowy żony, należy odróżnić majątek oznaczony tą samą nazwą w prawie grecko-egipskiem. *Parapherna* w prawie tem już od wczesnego cesarstwa oznacza tylko pewną kategorię majątku pozaposagowego, mianowicie tę, która składa się z pieniędzy, ubrania, klejnotów i sprzętów domowych. Justynjan w C. 5, 14, 11 ma na myśli prawdopodobnie tę kategorię rzeczy. Por. CASTELLI, *I parapherna nei papiri greco-egizi e nelle fonti romane*. Milano 1913 = *Scritti giur. vari*. Milano 1923 t. 1 s. 94.

² C. 5, 14, 8; Ulp., D. 23, 3, 9, 3 — tekst jest interpolowany. W sprawie tekstu Ulpjana por. ZANZUCCHI w Riv. ital per le sc. giur. t. 42 (1906) s. 6, 162 n.; PAMPALONI w Riv. ital. per le sc. giur. t. 52 (1913) s. 62 n.; RICCOBONO w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 34 (1913) s. 250; CASTELLI, tamże s. 68 n.

³ Pomp., D. 24, 1, 51.

⁴ Co się tyczy stosunków majątkowych pomiędzy małżonkami w prawie prowincjonalnem zob. SEIDL, *Das vertragliche und das gesetzliche Güterrecht nach den dem. Papyri*. 1933.

⁵ Diocl. i Maxim., C. 8, 55 (56), 6.

z własnym mężem.¹ Mąż z woli prawa nie miał żadnej władzy nad majątkiem żony. Zarząd majątku parafernálnego żona mogła powierzyć swemu mężowi na mocy zlecenia lub depozytu; mąż nie miał jednak nigdy żadnego prawa do zarządu majątkiem żony.² Z powyższego wynika, że pomiędzy małżonkami mogły powstawać różnego rodzaju skargi. Bliski stosunek jednak pomiędzy nimi powodował pewne odstępstwa od ogólnych zasad prawnych, np. mąż przy zarządzie majątkiem żony powinien dokładać staranności, jaką otacza własne rzeczy — „*diligentia quam suis rebus adhibere solet*”, a nie staranności, jakiej powinien dokładać zwykły mandatarjusz — „*diligentia diligentis patrisfamilias*”, inaczej mówiąc, mąż odpowiadał za *culpa levis* nie w abstrakcyjnym jej pojęciu — *culpa in abstracto*, lecz w konkretnym — *culpa in concreto*; przytem pretensje żony, z tego tytułu płynące, były zabezpieczone ustawowem prawem zastawu na całym majątku męża.³

§ 2. Skutki prawne małżeństwa dotyczące rodziców i dzieci.

Zawarcie małżeństwa pociąga za sobą liczne stosunki prawne pomiędzy rodzicami i dziećmi, *liberi*.⁴

I tak, przedewszystkiem małżeństwo jest najważniejszym i naturalnym sposobem powstania władzy ojcowskiej, *patria potestas*. Prawo rzymskie nie zna władzy rodziców wogóle, lecz tylko władzę ojca. Matka pierwotnie w stosunku do swych dzieci

¹ GELL. 17, 6.

² Ulp., D. 23, 3, 9, 3.

³ Iustin., C. 5, 14, 11.

⁴ Nazwa *liberi* (od *liber* = wolny) służy do odróżnienia dzieci od niewolników, gdyż pozatem jedni i drudzy podlegają władzy por. ISIDORUS, *Etymolog.* 9, 5, 17 — 18 (Migne, 82, 355). Według IZYDORA, *Etym.* 9, 5, 7 (Migne, 82, 354), ojciec powinien opiekować się dziećmi narówni z niewolnikami; por. także AUGUSTINUS, *De civ. Dei*, XIX, 16 (Migne, 41, 644 — 5) i LACTANTIUS, *Div. inst.* 4, 3 (Migne, 6, 454 — 5) i 4, 4 (Migne, 6, 458). Laktancjusz i Izydor widzą nadto podobieństwo w sposobach zgaśnięcia władzy: *manumissio* i *emancipatio*.

żadnych praw rodzicielskich nie posiadała; stosunki pomiędzy nią, a dziećmi podobne były jak stosunki braci i siostr względem siostry. Stosunki pomiędzy rodzicami i dziećmi normowano według jednostronnej, patriarchalnej władzy ojca. Lecz w okresie cesarstwa dawne stosunki pomiędzy matką i dziećmi zaczynają ulegać pewnym zmianom. Początek tych zmian datuje się od *senatusconsultum Tertullianum*¹ z czasów Hadrijana i *senatusconsultum Orfitianum*² z czasów Marka Aurelego, na mocy których matce udzielono cywilnego prawa dziedziczenia beztestamentowego po dzieciach i odwrotnie dzieciom po matce. Dalej, prawo nakłada na dzieci obowiązek utrzymywania matki, podobnie jak ojca³ i w razie potrzeby sprawowania nad nią opieki.⁴ Za Antoninów i Sewerów udzielono matce pewnych uprawnień związanych z władzą, jak czuwanie nad sprawowaniem opieki przez opiekunów ustanowionych w testamencie ojcowskim nad dziećmi niedojrzałymi.⁵ Uprawnienia te utorowały drogę do przyznania jej w czasach chrześcijańskich zdolności sprawowania opieki nad swymi dziećmi,⁶ mimo zasady dawnej umieszczonej w Kodeksie justynjańskim, że opieka stanowi *virile munus* i jest „*ultra sexum femineae infirmitatis*”.⁷ Justynjan rozciągnął prawo matki do sprawowania opieki także na babkę i udzielił im pierwszeństwa przed wszystkimi krewnymi bocznymi, z zastrzeżeniem jednak pierwszeństwa dla opiekunów ustanowionych na skutek rozporządzenia ostatniej woli.⁸ W ten sposób matka zaczęła brać udział do pewnego stopnia w wykonywaniu praw ojcowskich.⁹

¹ ULP., *Reg.* 26, 8; PAUL., *Sent.* 4, 9; *Inst.* 3, 3.

² ULP., *Reg.* 26, 7; PAUL., *Sent.* 4, 10; *Inst.* 3, 4.

³ Ulp., *D.* 25, 3, 5, 2 — 6.

✓ ⁴ Ulp., *D.* 27, 10, 4: „*Furiosae matris curatio ad filium pertinet*”.

⁵ Papin., *D.* 3, 5, 30 (31), 6; 23, 2, 62 pr.; 26, 2, 26 pr.; 26, 7, 5, 8.

⁶ Valent., Theod. i Arc. (390), *C.* 5, 35, 2.

⁷ Alex. (224), *C.* 5, 35, 1.

⁸ *Nov.* 118, 5.

⁹ O *materna potestas* w prawie grecko-egipskim zob. TAUBENSCHLAG, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 49 (1929) s. 115—128.

Z uwag powyższych wynika, że strona prawna stosunków pomiędzy rodzicami i dziećmi sprowadza się do *patria potestas*.¹ Władza ojcowska, jako instytucja ściśle prawa cywilnego, według dawnego prawa rzymskiego wynikała tylko z małżeństwa cywilnego, nie wynikała natomiast z małżeństwa naturalnego, czyli *iuris gentium*.² W prawie justynjańskim różnica pomiędzy małżeństwem cywilnym i naturalnym znikła zupełnie, stąd też władza ojcowska powstawała z każdego małżeństwa ważnego.

Patria potestas była władzą absolutną patriarchalnego władcy domu. I tak, *paterfamilias* posiadał pierwotnie w stosunku do swych dzieci nieograniczone prawo życia i śmierci, *ius vitae ac necis*, jak również prawo porzucania ich, *ius exponendi*. Na schyłku rzeczypospolitej *ius vitae ac necis* ogranicza się do *ius occidendi* dozwolonego tylko w wypadkach przez prawo ściśle określonych, później w okresie cesarstwa pogańskiego ulega jeszcze większym ograniczeniom, aż wreszcie w prawie cesarstwa chrześcijańskiego *paterfamilias* zostaje zupełnie pozbawiony prawa życia i śmierci w stosunku do swych dzieci: synobójstwo zostało zrównane z *parricidium*, a ojcu rodziny przysługiwała jedynie *modica coercitio*.³ W okresie cesarstwa absolutnego pod wpły-

¹ POKROWSKI, *Historja prawa rzymskiego* t. 2 s. 214 n.

² GAIUS 1, 56; ULP., *Reg.* 10, 3.

³ LIV. 1, 26; 2, 41, 10; 4, 29; 8, 7, 21; 39, 18, 6; DION. 3, 22; 8, 79; GELL. 5, 19; PLUT., *Publ.* 6; CIC., *De finibus* 1, 7; *De rep.* 2, 35, 6; DIO CASS. 37, 16; VAL. MAX. 6, 1, 3; 6, 1, 6; Papin., D. 37, 12, 5; Marc., D. 48, 9, 5; Ulp., D. 48, 8, 2; Papin. w *Coll.* 4, 8, 1; TERTULLIANUS, *Apologeticus*, c. 9 (Migne, P. L., 1, 369); Constant. (318 — 9), C. Th. 9, 15, 1 = C. 9, 17, 1; Valent. i Valens (365), C. 9, 15, 1. CORNIL, *Contribution à l'étude de la patria potestas* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 21 (1897) s. 415 — 485; WILLEMS, *Coup d'oeil sur l'étendue de la puissance paternelle à Rome* w *Musée belge* t. 3 (1899) s. 214—35, 282—97; DRUCKER, *De la protection de l'enfant contre les abus de la puissance paternelle*. Paris 1894; BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 80 n.; tenże, *Scritti giuridici varii* t. 1 s. 61 n.; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899 s. 619; ŁAPICKI, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie*. Warszawa 1933 s. 22 n., 91 n., 140 n. Dioklecjan żadnych stanowczych zmian w dziedzinie *patria potestas* jeszcze nie wprowadził: pierwsze kroki w tym kierunku uczynił dopiero Konstantyn por. TAUBENSCHLAG, *Das röm. Privatrecht zur Zeit Diokletians* s. 271; MITTEIS,

wem pojęć chrześcijańskich zostaje zniesione również prawo porzucania swych dzieci.¹ Następnie, *paterfamilias* posiadał w stosunku do swych dzieci prawo sprzedaży, *ius vendendi*, bądź do niewoli *trans Tiberim*, bądź wewnątrz państwa *in mancipium*. W prawie klasycznym sprzedaż dzieci jest dozwolona tylko w wypadku ostatecznej konieczności. To samo potwierdził jeszcze cesarz Konstantyn W.² Wreszcie, w razie wyrządzenia przez dziecko

Reichsrecht u. Volksrecht s. 549. Co się tyczy patria potestas w prawie papiusowym por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 37 (1916) s. 177—230; tenże, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w *Studi Bonfante* t. 1 s. 385, 406 n., 423 n., 435 n.

¹ Val., Valens i Grat. (374), C. 8, 51 (52), 2; Iustin. (529), C. 8, 51 (52), 3; Nov. 153; BARNABAS, *Ep.* 19 (Migne, 2, 777 n.); IUSTIN., *Apol.*, I, 27, 29 (Migne, 6, 370, 374); ATHENAG., *Legat. pro christ.*, c. 35 (Migne, 6, 967 n.); TERTULL., *Apolog.*, c. 9 (Migne, 1, 369); MINUCIUS FELIX, *Octavius*, c. 30 (Migne, 3, 347 n.); LACTANT., *Divin. instit.* 6, 20 (Migne, 6, 611 n.); AUGUSTIN., *De nuptiis et concup.*, I, 15 (Migne, 44, 423); CARCOPINO, *Le droit romain d'exposition des enfants et Gnomon de l'idologue* w *Mél. de la Soc. nat. des Antiqu. de France* t. 77 (1928) s. 59—86; BAUDRILLART, *Moeurs païennes et moeurs chrétiennes* t. 1 s. 149 n.; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 81 n.; MAROI w *Raccolta di scritti in onore di Lumbroso* s. 377 n. Co się tyczy ustawodawstwa cesarza Konstantyna por. COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino* w *Memorie della R. Accademia delle scienze di Bologna. Sez. giur.* t. 4 (1910) s. 117; RICCOBONO, *Corso di diritto romano*. Milano 1933—34, cz. II s. 586. Wpływ chrześcijaństwa w tej dziedzinie wynika także z faktu, że pisarze kościelni ostro zwalczali ten zwyczaj oraz, że opieka nad osobami porzuconymi należała w pierwszym rzędzie do biskupów por. MARCHI, *Dell'influenza del cristianesimo sulla codificazione giustin.* w *Studi senesi* t. 38 s. 86.

² CIC., *De orat.* 1, 40; *Pro Caec.* 34; DION. 2, 27; PLUT., *Numa* 17; GAIUS 1, 117—8; PAUL., *Sent.* 5, 1, 1; Constant., C. Th. 5, 8, 1 = C. 4, 43, 2; Val., Theod. i Arc. (391), C. Th. 3, 3, 1. BONFANTE, *Il ius vendendi del paterfamilias et la legge 2 Cod. 4, 43 di Costantino* w *Studi in onore di Fadda*. Napoli 1906 t. 1 s. 113 n. = *Scritti giuridici*. 1926 t. 1 s. 64 n.; COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino* w *Memorie della R. Accad. delle scienze di Bologna. Sez. giur.* t. 4 (1910); MOMMSEN, *Röm. Strafrecht* s. 782 n.; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* t. 1 s. 125; ŁAPICKI, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie* s. 37 n., 114 n. Co się tyczy prawa papiusowego por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri*

komuś szkody, *paterfamilias* miał prawo wydania winnego poszkodowanemu w celu jej odrobienia, *ius noxae dandi*. W prawie justyniańskim *noxae datio* w zastosowaniu do dzieci już nie istnieje.¹ Dzięki powyższym ograniczeniom *patria potestas* nad dziećmi przy końcu rozwoju prawa rzymskiego straciła prawie zupełnie swoją surowość patryarchalną, przestała być pełnem władztwem ojca nad dzieckiem, a stała się jedynie władzą wychowawczą i karcącą. Wśród czynników, które pomogły do polepszenia stanowiska prawnego dzieci, wielką rolę odegrało chrześcijaństwo.²

Stosunki prawne pomiędzy rodzicami i dziećmi mogły istnieć tylko na podstawie małżeństwa prawnego. Stąd też, oprócz władzy ojcowskiej, szczególnym skutkiem małżeństwa ze względu na jego cel pierwszorzędny jest prawe pochodzenie dzieci, czyli ich charakter ślubny, stosownie do zasady: „Pater is est quem nuptiae demonstrant”.³ Za ślubne uważano jedynie te dzieci,

w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 37 s. 216 n. ŚW. AMBROŻY, *De Tobia*, 8, 29 (Migne, 14, 807), wspomina o sprzedaży dzieci zmarłego dłużnika przez wierzyciela w celu zaspokojenia swej pretensji; w kwestji tej por. TAUBENSCHLAG, *Das Sklavenrecht im Rechte der Papyri* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 50 s. 144.

¹ Liv. 7, 20, 7; GAIUS 1, 141; 4, 75—6; Papin. w *Coll.* 2, 3, 1; *Inst.* 4, 8, 7. DE VISSCHER, *Les Actions noxales et le système de la noxalité d'après ses origines historiques et la loi des XII Tables*. Paris 1919, GIRARD, *Les actions noxales* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 11 (1887) s. 409—49; t. 12 (1888) s. 31—58 = *Mélanges de droit rom.* t. 2 s. 1923; SELL, *Aus dem Noxalrecht der Römer*. Bonn 1879; BIGNO-BIONDI, *Actiones noxales*. 1925 s. 292 n.; tenże *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales*. 1929; LENEL, *Die Formeln der actiones noxales* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 47 s. 13 n.

² TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 88 n.; PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁶ t. 1 s. 546 n.; VAN WETTER, *Cours élém. de droit rom.* s. 91; CHWOSTOW, *Istoria rzymskiego prawa*. Moskwa 1910 s. 198 n.; RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del dir. rom.* w *Mélanges de dr. rom. dédiés à Cornil* t. 2 s. 262; CUQ, *Manuel des instit. jurid. des Romains*² s. 8, 139 n.; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 140 n.; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 81 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 424 n.

³ Paul., D. 2, 4, 5. AMIABLE, *De la paternité du mari en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence française* w *Rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 8 (1862); DECLAREUIL, *Paternité et filiation: contribution à l'histoire de la famille légale à Rome* w *Mél. Girard*. 1912 t. 1 s. 315—53.

które zostały poczęte podczas trwania małżeństwa i które mąż uznał za swoje.¹ Dzieci prawe w prawie klasycznym nazywano *liberi iusti*, a w prawie justyniańskim *liberi legitimi*. Jedynie one otrzymywały stanowisko prawne i socjalne swego ojca i podlegały jego władzy rodzinnej. Za poczęte zaś podczas trwania małżeństwa uważano te dzieci, które przyszły na świat najwcześniej 182 dni, t. j. w 7-ym miesiącu, po zawarciu małżeństwa,² a najpóźniej 300 dni, t. j. w ciągu 10-ciu miesięcy, po jego rozwiązaniu.³ Zasada ta jest tylko domniemaniem prawnym, *praesumptio iuris*, a zatem nie wyklucza przeciwdowodu, że np. dziecko nie pochodzi od męża, ponieważ był on nieobecny podczas poczęcia lub chory albo fizycznie niezdolny.⁴ Samo oświadczenie matki, że dziecko nie pochodzi od męża, nie było wystarczającym przeciwdowodem.⁵ Dziecko urodzone przed 7-ym miesiącem po zawarciu małżeństwa lub po 10-ciu miesiącach od jego rozwiązania było uważane za nieślubne. W ustawodawstwie justyniańskim jednak dziecko urodzone przed 7-ym miesiącem było uważane za ślubne, jeżeli urodziło się podczas trwania małżeństwa.⁶ Powyższe zasady obliczania czasu odnośnie do ślubności dzieci zostały w całości recypowane przez prawo kanoniczne.

Ślubność dziecka mogła być stwierdzona zapomocą różnych dowodów. Na pierwszym planie stawiano dokumenty publiczne. Ojciec bowiem po uznaniu dziecka za swoje obowiązany był

¹ Ulp., D. 25, 3, 1, 4.

² Ulp., D. 38, 16, 3, 12; Paul., D. 1, 5, 12.

³ Scaev., D. 28, 2, 29 pr.; Ulp., D. 38, 16, 3, 11; PAUL., *Sent.* 4, 9, 5; Iust. (530), C. 6, 29, 4; Nov. 39, 2; CENSORINUS, *De die natal.* 7, 2; 9, 11; CIC., *De nat. deor.* 2, 27, 69; PLIN., *Hist. nat.* 6, 4; 7, 5, 38—40; GELL. 3, 16; MACR., *Somn. Scip.* 1, 6.

⁴ Ulp., D. 1, 6, 6; D. 25, 3, 1, 14; D. 38, 16, 3, 12; ULP., *Reg.* 5, 10. TISSET, *Contribution à l'histoire de la présomption de paternité. Étude de droit hébraïque et de droit romain.* Montpellier 1921; ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* w *Scritti di dir. rom.* t. 1 s. 3 n.; DONATUTI, *Le praesumptiones iuris in diritto romano.* 1930; tenże, *Le „praesumptiones iuris” come mezzi di svolgimento del diritto sostanziale romano.* 1933.

⁵ Scaev., D. 23, 3, 29, 1.

⁶ Iustin. (530), C. 5, 27, 11; Nov. 89, 8, 1.

w ciągu 30 dni od *lustratio*¹ powiadomić odnośny urząd o narodzeniu się dziecka i przyjęciu go do swej rodziny. Urząd ten sprawował w Rzymie *praefectus aerarii*, a w prowincjach *tabularii publici*. Urzędnicy ci czynili odpowiednią adnotację w odnośnych księgach. Zawiadomienie powyższe, zwane *naturalis professio*,² początkowo było stosowane jedynie na mocy zwyczaju, a od czasów Marka Aurelego system rejestracyjny stanu cywilnego oparto na ustawie, skutkiem czego stał się on instytucją praktykowaną powszechnie.³

W braku dokumentu publicznego ślubności dziecka można było dowieść zapomocą dokumentów prywatnych. Należały do nich: oświadczenie ojca uczynione w testamencie, pismo przez niego sporządzone i przez trzech świadków podpisane,⁴ lub wreszcie świadectwo pięciu świadków.⁵

Skarga o uznanie dziecka, *actio de liberis agnoscendis*, była skargą prejudycjalną, udzieloną na mocy uchwały senatu

¹ *Lustratio* jest to uroczysta ceremonia, polegająca na przyjęciu dziecka do kultu domowego, która odbywała się w dniu dziewiątym po urodzeniu dziecka, jeżeli było ono chłopcem, a w ósmym, jeżeli było dziewczyną. Ceremonia ta była połączona z nadaniem dziecku imienia, praenomen. Dzień ten nazywał się dies lustricus por. MACROB., *Saturn.* 1, 16, 36. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica* t. 1 s. 169 n.; MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* s. 83; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² s. 74; CUQ, *Manuel des instit. jurid. des Romains*² s. 733.

² Dokumenty powyższych *professiones* zebrał BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*⁷ s. 420 i GIRARD, *Textes de droit rom.* s. 918. Co się tyczy *professiones natales* w papirologii grecko-egipskiej por. WILCKEN, *Chrestomathie* s. 212; MEYER, *Jurist. Pap.* s. 7 n.; w WESSELY, *Studien* t. 22, n. 18, n. 37, n. 38; w *Aegyptus* t. 3 s. 206—9. O album professionum w lokalnem prawie egipskiem por. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w Studi Bonfante t. 1 s. 387, 408.

³ SUET., *Tib.* 5; *Cal.* 8; IUVEN., *Sat.* 9, 84—5; CAPITOLINUS, *Marc. Aurel.* 9; Terent. Clem., D. 22, 3, 16; Scaev., D. 22, 3, 29; Modest., D. 27, 1, 2, 1; C. 4, 20, 1; Diocl. i Maxim. (293), C. 7, 16, 15; Nov. 117, 2. BERRIAT SAINT PRIX, *Recherches sur la législ. et la tenue des actes de l'état civil.* Paris 1842 s. 2—3; LEZE, *Les Registres de naissance à Rome* w Rev. gén. du dr., de la législ. et de la jur. t. 18 (1894) s. 416 n.

⁴ Nov. 117, 2.

⁵ Scaev., D. 22, 3, 29 pr.; Diocl. i Maxim. (293), C. 7, 16, 15.

z czasów Hadrijana w wypadku rozwodu w celu uznania ślubności dziecka urodzonego podczas trwania małżeństwa.¹ *Senatusconsultum Plancianum* wprowadza skargę *extra ordinem* w celu uznania ślubności dziecka urodzonego dopiero po rozwodzie—*actio de partu agnoscendo*. Postępowanie to odbywa się w sposób następujący. Rozwiedziona kobieta, jeżeli znajduje się w ciąży, powinna zawiadomić o tem swego męża w ciągu 30 dni od chwili dokonania rozwodu — „denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito”.² Po zawiadomieniu tem mąż, bądź ustanawia kuratorów, bądź zaprzecza ojcowstwa; jeżeli nie uczyni, ani jednego, ani drugiego, jest obowiązany *partum agnoscere* i świadczyć alimenty.³ Jeżeli mąż ustanawia kuratorów, to wolno mu w przyszłości zaprzeczyć ślubności swego domniemanego dziecka.⁴ Jeżeli matka zaniecha powiadomienia lub nie przyjmie opieki, mężowi wolno nie uznać dziecka;⁵ nie przesądza to jednak prawa wniesienia w swoim czasie skargi przez syna w celu uznania go—„*praeiudicium an filius sit*”.⁶ Lecz może zdarzyć się, że nie tak żonie, jak raczej mężowi zależy na obronie dziecka jeszcze nieurodzonego. Wtedy mąż miał prawo dokonania oględzin przy pomocy trzech akuszerok znanych ze swej wiedzy i zaufania — „*obstetrices probatae et artis et fidei*” i jeżeli okazało się, że kobieta jest w ciąży, mógł wyznaczyć dozorców do chwili przyjścia na świat dziecka.⁷ Jeżeli dziecko urodziło się dopiero po śmierci ojca, lecz za życia dziadka i władzy jego podlegało, skargę nale-

¹ Ulp., C. 25, 3, 3, 1; Diocl. i Maxim. (294), C. 8, 46 (47), 9; *Inst.* 4, 6, 13. DECLAREUIL, *Paternité et filiation: contribution à l'histoire de la famille légale à Rome* w *Mélanges Girard* t. 1 s. 315 n.

² Ulp., D. 25, 3, 1, 1; 25, 3, 3, 1; PAUL., *Sent.* 2, 24, 5.

³ Ulp., D. 25, 3, 1, 4; PAUL., *Sent.* 2, 24, 5. Co się tyczy lokalnego prawa egipskiego por. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w *Studi Bonfante* t. 1 s. 387 n.

⁴ Ulp., D. 25, 3, 1, 11; 25, 3, 5, 9; Modest., D. 25, 3, 7.

⁵ Ulp., D. 25, 3, 1, 6; PAUL., *Sent.* 2, 24, 6.

⁶ Ulp., D. 25, 3, 1, 8. 13. 15.

⁷ Ulp., D. 25, 4, 1; PAUL., *Sent.* 2, 24, 6 — 8. SCHORR, *Ein Anwendungsfall der inspectio ventris im altbab. Recht* w *Wien. Ztschr. f. die Kunde d. Morgenlandes* 29, 74 n.

żało wnieść przeciwko dziadkowi.¹ Edykt pretorski reguluje sprawę dziedziczenia dzieci jeszcze nieurodzonych, ale za życia spadkobiercy poczętych, udzielając im tymczasowej *bonorum possessio ventris nomine*.² Jeżeli dziecku niedojrzałemu zaprzeczono legitymacji, mogło ono na mocy edyktu pretorskiego uzyskać *bonorum possessio ex edicto Carboniano* aż do osiągnięcia dojrzałości.³

Przyjęcie dziecka urodzonego z żony do swej rodziny, *susceptio*, uzewnętrzniało się zwykle zapomocą pewnego aktu zwanego *suscipere* lub *tollere liberum*.⁴ Zwyczaj ten, stosowany u Rzymian narówni z innemi narodami indoeuropejskiemi, nie posiadał jednak żadnego znaczenia prawnego.⁵ Polegał on na tem, że dziecko zaraz po urodzeniu składano u stóp ojca, który, albo podnosił je z ziemi, przez co wyrażał wolę przyjęcia go do rodziny, albo pozostawiał leżącym na ziemi, *liberum repudiare* lub *negare*, przez co dziecko uważano za porzucone.⁶ Dziecko porzucone było połączone tylko z matką węzłami pokrewieństwa naturalnego, *cognatio*.

Co się tyczy dzieci urodzonych z małżeństwa domniemanego, *matrimonium putativum*, czyli zawartego w dobrej wierze pomimo istnienia przeszkody, prawo rzymskie nie podaje żadnych ogólnych przepisów prawnych, lecz tylko niektóre szczególne, odnoszące się do błędu, *error*. I tak, jeżeli jeden

¹ Ulp., D. 25, 33, 1 — tekst jest interpol. por. KARŁOWA, *Röm. Rechtsg.* t. 2 s. 1105 n.

² Ulp., D. 37, 9, 1 pr.

³ Ulp., D. 37, 10, 1 pr.

⁴ Cic., *Ad Att.* 11, 9, 3; TERENTIUS, *Andria* 464; AUGUSTINUS, *De civ. Dei*, IV, 11 (Migne, 41, 122); GIRARD, *Manuel*⁶ s. 172; CUQ, *Les instit. jurid. des Rom. L'ancien droit* s. 161 n., 175 n.; MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* s. 82 n. Co się tyczy praktyki tej u innych narodów por. SCHRADER, *Sprachvergleichung* t. 2 s. 345; DECLAREUIL w *Mélanges Girard* t. 1 s. 325—6.

⁵ PEROZZI, *Tollere liberum* w Studi Simoncelli. Napoli 1915 s. 213 n., zwalcza pogląd ogólny, że *tollere* względnie *non tollere liberum* posiadało znaczenie prawne. O znaczeniu religijnem składania dziecka nowonarodzonego na ziemi zob. BLÜMNER, *Röm. Privatalterthümer* s. 301 n. 4; DIETERICH, *Muter Erde*. Leipzig 1905.

⁶ Ulp., D. 25, 3, 1, 11.

małżonek jest w błędzie co do stanu obywatelstwa drugiego małżonka i z małżeństwa tego urodzi się dziecko, to po stwierdzeniu błędu, *erroris causae probatio*, tak małżonek, jak również dziecko nabywają obywatelstwo, a ojciec nabywa władzę ojcowską nad dzieckiem. Jeżeli małżonkiem jest *peregrinus dediticius*, to zatrzymuje on nadal swoje stanowisko poprzednie, a przez to dziecko nie podlega jego władzy.¹ Gajus tak mówi o *erroris causae probatio*: „Jeżeli obywatel rzymski, *civis*, z powodu błędu zawrze małżeństwo z Latynką lub cudzoziemką, uważając ją za obywatelkę rzymską i z małżeństwa tego przyjdzie na świat syn, to syn ten nie dostaje się pod *patria potestas*, lecz staje się *Latinus* lub *peregrinus*, t. zn. otrzymuje stanowisko matki, ponieważ dzieci nabywają stanowisko ojca tylko wówczas, jeżeli oboje małżonkowie posiadali *ius conubii*. Lecz, w wypadku tym uchwała senatu pozwala ojcu udowodnić błąd i od tej chwili żona, jak również syn otrzymują obywatelstwo rzymskie, przyczem syn dostaje się pod *patria potestas* ojca”.² *Causae erroris probatio* istniała do czasów Justynjana, t. j. do ostatecznego zniesienia różnicy pomiędzy *cives romani* i *Latini*. Tej samej idei odpowiada reskrypt cesarzy Marka i Lucjusza, który dzieci urodzone z małżeństwa zawartego *ignorantia iuris* przez pewną kobietę z wujem każe uważać za prawe.³ Wśród uczonych pozostaje jednak rzeczą sporną, czy prawo rzymskie zna instytucję małżeństwa domniemanego, czy nie.⁴

Dzieci urodzone poza małżeństwem prawnem są dziećmi nieślubnymi, *fili illegitimi* lub *iniusti*, wśród których odróżniano: *fili naturales*, t. j. urodzone z konkubinatu prawnego, *spurii vulgo concepti* lub *vulgo quaesiti*, t. j. urodzone ze stosunku cielesnego wolnego, lecz niezabronionego,⁵ *adulterini*, czyli zro-

¹ GAJUS 1, 67—75. ² GAJUS 1, 67.

³ Marcian., D. 23, 2, 57a.

⁴ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*.⁹ Frankfurt a. M. 1906 t. 1 s. 254; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² s. 51; WEISS, *Endogamie u. Exogamie* s. 359 uw. 2.

⁵ Cels., D. 1, 5, 19; Modest., D. 1, 5, 23; Paul., D. 23, 2, 14, 2; Anton. (215), C. 5, 18, 3; *Inst.* 1, 10, 12. KUBITSCHKE, *Spurius, spurii filius, sine patre filius und spurius* w *Wiener Studien* t. 47 (1929) s. 130—43.

dzzone ze stosunku osoby wolnej z osobą zamężną¹ i *incestuosi* lub *nefarii*, pochodzące ze stosunku, któremu sprzeciwia się jakaś przeszkoda. W źródłach prawa obydwaj ostatnie rodzaje dzieci nazywają się także *spurii vulgo concepti*.² Pierwotnie dziecko nieślubne nie było spokrewnione ani z ojcem ani z matką, w dalszym jednak rozwoju uznano pokrewieństwo dziecka nieślubnego z matką narówni z jej dzieckiem ślubnym, a to na podstawie zasady: „*Mater semper certa est*”.³ W agnacyjnej rodzinie rzymskiej nie było miejsca dla dzieci nieprawych, ponieważ do niej było można dostać się tylko przez małżeństwo prawne. Dzieci nieślubne nie posiadały prawnie ojca i dlatego nie mogły podlegać jego władzy.⁴ Według prawa naturalnego, *lex naturae*, nabywały one stanowisko prawne i socjalne swej matki,⁵ która też musiała je utrzymywać, ale wzamian za to przysługiwało jej od nich *obsequium*, podobnie jak od dzieci prawych.⁶

Początkowo prawo rzymskie w stosunku do dzieci nieprawego łoża nie było zbyt surowe. Nie było pogardy ogólnej względem nich, a nawet mogły obejmować wysokie stanowiska społeczne.⁷ Upośledzone były szczególnie w prawie spadkowym, które dawniej opierało się wyłącznie na agnacji. Dopiero później ten stan rzeczy uległ zmianie.⁸ W prawie pretorskiem dziedziczyły już po matce i odwrotnie matka po nich w klasie trzeciej *unde cognati*.⁹ W czasach chrześcijańskich na mocy konstytucji Arkadiusza i Honorjusza (396) dzieci zrodzone ze związków cudzo-

¹ Alex. (226), C. 9, 9, 11.

² GAIUS 1, 64; ULP., *Reg.* 5, 7. Por. D'ANGELO, *Jus Digestorum*. Roma 1927 t. I s. 292. W nauce kanonistycznej terminologia w tej materji także nie zawsze była ustalona por. FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 864; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 724.

³ Paul., D. 2, 4, 5.

⁴ GAIUS 1, 64; *Inst.* 3, 5, 4.

⁵ Ulp., D. 1, 5, 24; Cels., D. 1, 5, 19.

⁶ Ulp., D. 25, 3, 5, 4.

⁷ Ulp., D. 50, 2, 3, 2.

⁸ WEISS, *Zur Rechtsstellung der unehelichen Kinder in der Kaiserzeit* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 49 (1929) s. 260—73.

⁹ Modest., D. 38, 8, 8.

łożnych i kazirodczych zostały pozbawione prawa dziedziczenia po swych rodzicach.¹ Konstytucja ta została później zniesiona przez Nowelę 12 cesarza Justynjana.

Wśród dzieci nieślubnych wyodrębniano dzieci zrodzone w konkubinacie, które dzięki swemu szczególnemu położeniu otrzymały nazwę *liberi naturales*.² W czasach chrześcijańskich wydano cały szereg rozporządzeń cesarskich, dotyczących dzieci urodzonych z konkubinatu. I tak, *liberi naturales* w prawie justynjańskim otrzymały prawo alimentacji od obojga rodziców.³ Następnie, konkubina i jej dzieci otrzymały pewne ograniczone prawo dziedziczenia po swym mężu względnie ojcu. To prawo dziedziczenia rozwijało się stopniowo. Konstantyn Wielki (336) wspomina jeszcze o niezdolności konkubiny i dzieci naturalnych do otrzymania czegokolwiek w drodze testamentu.⁴ Walentynjan, Walens i Gracjan (371) określili, że konkubina i dzieci naturalne razem mogą otrzymać w drodze testamentu dwunastą część spadku, *uncia*, po swym mężu względnie ojcu, jeżeli dziedziczą łącznie z dziećmi prawem, a jeżeli dziedziczą z innymi spadkobiercami, mogą otrzymać czwartą część spadku, *tres unciae*.⁵ Arkadiusz i Honorjusz (397) potwierdzili niezdolność bezwzględną określoną przez Konstantyna,⁶ lecz później (405) razem z Teodozjuszem II powrócili do rozporządzenia Walentynjana, Walensa i Gracjana.⁷ W następstwie Teodozjusz II i Walentynjan III (426) pozwolili obdarzać konkubinę i dzieci naturalne tylko do wysokości ósmej części majątku,⁸ a w dwa lata później powrócili do prawa poprzedniego, t. j. do konstytucji Walentynjana, Walensa i Gracjana.⁹ Najważniejsze w tej materji przepisy zostały wydane

¹ C. 5, 5, 6.

² C. 5, 27; Iustin. (530), C. 5, 35, 3. PASCAL, *De la condition de l'enfant naturel en droit romain*. Paris 1889.

³ Nov. 89, c. 12 § 4, 6 i c. 13.

⁴ C. Th. 4, 6, 2, 3.

⁵ C. Th. 4, 6, 4.

⁶ C. Th. 4, 6, 5.

⁷ C. Th. 4, 6, 6 = C. 5, 27, 2.

⁸ C. Th. 4, 6, 7.

⁹ C. Th. 4, 6, 8.

przez Justynjana. Stanowią one, że, jeżeli konkubina i dzieci jej dziedziczą w drodze testamentu razem z dziećmi prawymi, mogą otrzymać dwunastą część majątku męża względnie ojca; sama konkubina bez dzieci może otrzymać część dwudziestą czwartą, a jeżeli niema żadnych spadkobierców, może otrzymać cały spadek po mężu.¹ Jeżeli niema dzieci ślubnych, konkubina może otrzymać razem ze swemi dziećmi połowę majątku.² Ostatniem stadjum uznania prawnego konkubinatu jest moment przyznania konkubinie i jej dzieciom prawa dziedziczenia ustawowego w wysokości szóstiej części spadku, jeżeli nie było dzieci prawych.³

Czasy chrześcijańskie w udzielaniu praw dzieciom naturalnym poszły jeszcze dalej, mianowicie dały im możliwość uzyskania uprawnienia, *legitimatō*.⁴ Udzielenie dzieciom naturalnym możliwości uzyskania legitymacji należy do tych środków chrześcijańskiej polityki socjalnej, zapomocą której starano się zbliżyć konkubinaty do małżeństwa, aby tem łatwiej można go zamienić na małżeństwo rzeczywiste i w ten sposób zupełnie go znieść.⁵ Stopniowo powstały trzy sposoby uprawnienia: pierwszy, polegający na zawarciu małżeństwa prawnego pomiędzy konkubentami, *legitimatō per subsequens matrimonium*, drugi, polegający na zapisaniu syna naturalnego do *ordo* miejscowych dekurjonów, *legitimatō per oblationem curiae*, trzeci wreszcie, polegający na legitymacji zapomocą specjalnego reskryptu cesarskiego, *legitimatō per rescriptum principis*. W czasach przedchrześcijańskich legitymacji nie znano. Udzielenia praw dzieci ślubnych dokonywano wówczas w sposób pośredni, mianowicie zapomocą adopcji.⁶ Rozpatrzmy poszczególne sposoby legitymacji nieco bliżej.

¹ Nov. 89, 12.

² C. 5, 27, 8 (528 r.)

³ Nov. 18, 5, 89, 12.

⁴ GÉNESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels*. I. Paris 1905.

⁵ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. R.* s. 115 n.; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 724 n.; BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 233 n.; GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 71, 189.

⁶ Nov. 74, 3; 89, 11.

Legitimatio per subsequens matrimonium polegała na zawarciu małżeństwa pomiędzy ojcem dziecka nieślubnego i konkubina.¹ Przez fakt zawarcia pomiędzy nimi małżeństwa dziecko z konkubinatu zrodzone wchodziło w taki sam stosunek prawny do rodziców, jak dzieci pochodzące z ich późniejszego małżeństwa. Wprowadzenie tego sposobu legitymacji łączy się z osobą Konstantyna W., czyli tego cesarza, który, jak głosi odnośna konstytucja, umocnił państwo rzymskie wiarą chrześcijańską — „qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium”² i od twórcy swego nosi ona nazwę *legitimatio Constantinea*. Konstantyn, a za nim Zenon pozwolili osobom, posiadającym dzieci z konkubinatu, legitymowania ich przez zawarcie pomiędzy sobą małżeństwa, byle tylko nie posiadali dzieci ślubnych z małżeństwa prawnego i konkubina była wolnourodzoną. Pozwolenie to zostało udzielone tylko na korzyść tych osób, które podczas ogłoszenia konstytucji posiadały już potomstwo z konkubiny.³ Anastazy w r. 517 przyjął ten przepis przejściowy za stały, a nadto zezwolił na arrogację dzieci zapomocą reskryptu cesarskiego.⁴ W dwa lata później (519) następca jego Justyn zniósł rozporządzenie Anastazego tak pod pierwszym, jak również drugim względem.⁵ Justynjan również odrzucił arrogację w stosunku do dzieci naturalnych, uznał natomiast legitymację *per subsequens matrimonium* jako stałą instytucję prawną.⁶ Justynjan wydał w tej materji cały szereg Nowel, w których rozstrzygnął różne nasuwa-

¹ WHITE, *Legitimation by subsequent marriage* w *Law Quarterly Review* t. 36 s. 255—67; WOLF, *Legitimatio per subsequens matrimonium nach Iustinianischen Recht*. Braunschweig 1881; HEYZMANN, *Uwag kulka nad uprawnieniem dzieci nieślubnych przez następne małżeństwo*. Rozprawy wydziału hist. fil. krak. Akad. Umiejętn. t. 6 (1877) s. 295 n.; GÉNÉSTAL, *Légitimation par mariage subséquent*. Paris 1906.

² C. 5, 27, 5 pr.

³ Zeno (477), C. 5, 27, 5. Konstytucja Konstantyna zaginęła, lecz jest wspomniana w konstytucji Zenona.

⁴ C. 5, 27, 6.

⁵ C. 5, 27, 7.

⁶ C. 5, 27, 10, 11; *Inst.* 1, 10, 13; *Nov.* 74, 3; 89, 7.

jące się wypadki konkretne.¹ Według przepisów tych dzieci mogły być legitymowane tylko wówczas: 1) jeżeli w chwili poczęcia dziecka było dozwo one zawarcie małżeństwa pomiędzy rodzicami, 2) jeżeli rodzice zamieniali konkubinat na małżeństwo i przytem sporządzili *instrumentum dotale* i wreszcie, 3) jeżeli same dzieci zgodziły się na pozostanie pod władzą swojego ojca. Przepisy te nie stosowały się jednak do dzieci *vulgo concepti*. Jeżeli ktoś chciał nabyć władzę ojcowską nad dziećmi nieślubnymi, urodzonymi poza konkubinatem, musiał uciec się do sposobu dawnego arrogacji. Istnienie dzieci z małżeństwa poprzedniego nie było przeszkodą do dokonania legitymacji. W drodze wyjątkowej mogły być legitymowane także dzieci urodzone z *contubernium* pomiędzy niewolnicą i patronem, jeżeli później patron wyzwolił ją i poślubił, a przytem udzielił wolności samym dzieciom.² Kościół w pierwszych wiekach nie zna wcale instytucji legitymacji *per subsequens matrimonium*. Po raz pierwszy z instytucją tą spotykamy się dopiero w dekretale Aleksandra III (1159 — 1181).³

Legitimatio per oblationem curiae została ustanowiona przez Teodozjusza II i Walentynjana III w 413 r., stąd też nazywa się *legitimatio Theodosiana*.⁴ Dokonywano jej przez oddanie syna naturalnego na członka senatu miejskiego, *decurio*, z pewnem wyposażeniem go, aby mógł ponosić ciężary połączone z przynależnością do zarządu miasta. To samo dobrodziejstwo mógł otrzymać ojciec córki przez wydanie jej zamąż za dekurjona z jednoczesnem wyposażeniem jej. Instytucji tej przyświecał cel fiskalny, mianowicie chodziło o pomnożenie szeregów dekurjonów, przerzedzających się wskutek związanych z tem stanowiskiem ciężarów, a szczególnie gwarancji za podatki. *Oblatio curiae* mogła być dokonana także w drodze testamentu. Ojciec czynił syna swoim spadkobiercą i jednocześnie oświadczał swoją wolę, aby został on członkiem kurji miejskiej. Powinien jednak zostać

¹ Nov. 12, 4, 18, 11; 19 oraz Nov. 89, celem której było podanie całokształtu pracy ustawodawczej w tej dziedzinie.

² Nov. 18, 11; 78, 4.

³ C. 1, IV, 17.

⁴ C. 5, 27, 3; Nov. Theod. 22.

członkiem kurji własnego miasta, do którego należy *vicus* względnie *possessio*, gdzie ma zamieszkanie. Pochodzący z obydwóch stolic mogli być oddani do każdego miasta głównego prowincji. Wyposażenie syna lub córki powinno być wystarczające do przyjęcia ich do kurji. Według konstytucji Leona i Antemjusza z r. 470 dzieci naturalne oddane w jeden lub drugi sposób do kurji korzystają także z dziedziczenia ustawowego po swoim ojcu.¹ Formę wykończoną legitymacji tej nadał Justynjan. Przyznał on ojcu władzę ojcowską nad legitymowanym i wzajemne prawo dziedziczenia.² Następnie, pozwolił na powyższą legitymację także wówczas, jeżeli ojciec naturalny posiadał dzieci ślubne,³ a nawet pozwolił samemu synowi legitymować się po śmierci ojca przez oddanie się kurji, jeżeli w wypadku tym nie było dzieci ślubnych.⁴ Legitymacja ta także w prawie justynjańskim wymaga zezwolenia ze strony dziecka i jest w skutkach swych ograniczona, mianowicie odnosi się tylko do ojca, a nie do rodziny ojcowskiej.⁵

Legitimatio per rescriptum principis została wprowadzona dopiero przez Justynjana w Nowelach; nazywa się ona także *legitimatio Iustiniana*.⁶ Justynjan ustanowił ją na wypadek, gdyby legitymacja pierwszego rodzaju nie dała się zastosować, np. z powodu śmierci matki lub jej zaginięcia albo niegodności, jak również w razie powstania przeszkody do zawarcia z nią małżeństwa. Ponieważ legitymacja ta zastępuje zwykle legitymację *per subsequens matrimonium*, stąd też w skutkach prawnych jest bardzo do niej zbliżona. Dokonywano jej przez wniesienie ze strony ojca, nie mającego potomstwa ślubnego, odpowiedniej prośby do cesarza, który nadawał dziecku stanowisko dziecka ślubnego w drodze reskryptu i poddawał je temsamem pod władzę ojca. Prośba taka mogła być wyrażona także w testamencie ojca i wtedy uprawnienie nazywano zwykle *legiti-*

¹ C. 5, 27, 4.

² Nov. 89, 11.

³ C. 5, 27, 9, 8.

⁴ Nov. 89, 2.

⁵ C. 5, 27, 9, Nov. 89, 4, 11.

⁶ Nov. 74, 1, 2, 89, 9.

matio per testamentum. Jeżeli dzieci, w razie dokonania legitymacji zapomocą testamentu, chciały korzystać ze stanowiska dzieci prawych, to musiały przyjąć deferowany im spadek.

Co się tyczy tak zwanej *legitimatio per nuncupationem*, polegającej na zwykłym oświadczeniu ojca w dokumencie prywatnym lub publicznym albo w testamencie, że dana osoba jest jego dzieckiem i jest urodzona z jego małżeństwa prawnego, jest kwestją wątpliwą, czy prawo justynjańskie ją zna.¹ Zdanie panujące wyklucza ten sposób legitymacji i utrzymuje, że Nowela 117 wspomina tylko o pewnem domniemaniu legitymacji. Inni natomiast, powołując się na przykład Grecji, uważają ją za rzeczywistą legitymację.²

Następnym skutkiem zawarcia małżeństwa jest prawo i zarazem obowiązek rodziców trzymania dzieci u siebie i wychowywania.³ Pierwszeństwo pod tym względem przysługiwało ojcu, lecz od czasów Antoninów, jeżeli ojciec był niegodny, lub jeżeli chodziło o kobietę lub chłopca, pierwszeństwo miała matka.⁴ Jeżeli *filiusfamilias* znajduje się w rękach osoby trzeciej, ojcu w celu odebrania go przysługiwała wedle prawa cywilnego *vindicatio*, a wedle prawa pretorskiego — interdykty *de liberis exhibendis* i *de liberis ducendis*: na mocy pierwszego może domagać się przystępu do dziecka, a na mocy drugiego usunięcia przeszkód stawianych w odprowadzeniu dziecka do domu.⁵ W razie śmierci ojca piecza i wychowanie dziecka niekoniecznie należały do opiekuna. *Magistratus* do spełnienia tego zadania wybierał zwykle jakiegoś członka rodziny, dającego większe gwarancje dobrego wychowania dziecka. Matka z natury rzeczy posiadała pierwszeństwo przed innymi członkami rodziny, co już cesarz Aleksander (223) wyraża temi słowy: „*Educatio pupillorum tuorum*

¹ ATHANAS. w HEIMBACH, *Anecd.* 1, 126.

² Ulp., D. 43, 30, 1, 3; 43, 30, 3, 5—6. Por. TAUBENSCHLAG w *Atti del congr. intern. rom.* t. 1 s. 310.

³ Wychowanie powinno być zgodne z zasadami podstawowemi ustroju prawnego i moralnego oraz z interesami państwa rzymskiego. Por. ŁAPICKI, *Władza ojcowska w starożytnym Rzymie* s. 109—114.

⁴ Ulp., D. 43, 30, 1, 3; 43, 30, 3, 5—6.

⁵ D. 43, 30.

nulli magis quam matri eorum... committenda est".¹ Justynian zasadę tę motywuje w ten sposób: „Quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur”.²

Dalej, dzieci względem rodziców były obowiązane do szacunku i posłuszeństwa, *pietas* i *obsequium*.³ Stąd też, edykt pretorski zabrania pozywania do sądu swych rodziców bez zezwolenia *magistratus*.⁴ Zakaz ten obowiązywał także dzieci nieślubne, dzieci naturalne i adoptowane.⁵ Nietylko dzieciom nie wolno było procesować się z rodzicami, ale również rodzicom z dziećmi. Nie wolno też było dzieciom wnosić przeciwko rodzicom i odwrotnie rodzicom przeciwko dzieciom skarg infamujących lub jakby infamujących, jak *actio doli*, *interdictum de vi*.⁶ Dzieci nie mogły wnosić przeciwko rodzicom *actio iniuriarum*, chyba że miała miejsce *iniuria atrox*.⁷ Nie mogły również domagać się od rodziców składania przysięgi na słuszność sprawy, *iusiurandum calumniae*.⁸ Rodzice i dzieci wolni są od wzajemnego składania świadectwa przeciwko sobie.⁹ Rodzicom przysługuje *beneficium competentiae*, t. zn. odpowiadają tylko do wysokości „in quantum facere possunt”.¹⁰

Stosunki prawne pomiędzy rodzicami i dziećmi występują także w dziedzinie opieki i kurateli. I tak, syn na mocy reskryptu Antonina Piusa ma pierwszeństwo być przed osobą obcą kuratorem ojca umysłowo chorego.¹¹ W czasach chrześcijań-

¹ C. 5, 49, 1 pr.

² Nov. 22, 38.

³ Ulp., D. 37, 15, 1; 27, 10, 4; Tryphon., D. 37, 15, 10.

⁴ Ulp., D. 2, 4, 4, 1—2.

⁵ Ulp., D. 2, 4, 4, 3; Paul., D. 2, 4, 6; Ulp., D. 2, 4, 8; Inst. 4, 6, 12; 4, 16, 3.

⁶ Julian., D. 37, 15, 2; Ulp., D. 37, 15, 5, Paul., D. 37, 15, 6; Ulp., D. 37, 15, 7 pr.; Ulp., D. 4, 3, 11, 1. Według MUROMCEWA, *Oczerki obszczej teorii po graždanskomu prawu* s. 254 n., zakaz ten powstał pod wpływem filozofji stoickiej.

⁷ Ulp., D. 47, 10, 7, 3.

⁸ Ulp., D. 12, 2, 34, 4; 37, 15, 7, 3.

⁹ Diocl. i Maxim., C. 4, 20, 6.

¹⁰ Ulp., D. 37, 15, 7, 1.

¹¹ Ulp., D. 27, 10, 1, 1.

skich ojciec naturalny, a także matka mogą wyznaczać dziecku swemu pod pewnymi warunkami opiekuna testamentowego; musiał on jednak być zatwierdzony przez magistraturę.¹ Na mocy konstytucji Walentynjana II, Teodozjusza I i Arkadiusza (390) matka owdowiała otrzymała prawo sprawowania opieki nad dziećmi w braku opiekuna testamentowego lub ustawowego, jeżeli była pełnoletnia i złożyła *apud acta* przysięgę, że nie wyszła powtórnie za mąż. Jeżeli wyszła za mąż podczas sprawowania opieki nad dziećmi z pierwszego małżeństwa, to musiała się opieki zrzec.² W prawie justyniańskim przepisy te uległy pewnym zmianom, a przytem zostały rozciągnięte także na babki.³ Wreszcie, Nowela 155 udziela kobiecie, która nie wyszła powtórnie za mąż, prawa pierwszeństwa do sprawowania opieki nad swojemi dziećmi przed opiekunem ustawowym, lecz tylko w braku opiekunów testamentowych.⁴ Według konstytucji Honorjusza i Teodozjusza (408) kobieta *sui iuris* niepełnoletnia, w razie śmierci ojca powinna do zawarcia małżeństwa otrzymać zezwolenie swej matki.⁵

W czasach cesarstwa, zdaje się od Marka Aurelego, powstają pomiędzy rodzicami i dziećmi wzajemne prawa i obo-

¹ Iustin., C. 5, 29, 4; Hermog., D. 26, 3, 7 pr. — tekst jest interpol. por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 418.

² Valent., Theod. i Arc. (390), C. 5, 35, 2. Zdolność matki do sprawowania opieki była już wcześniej przyjęta w prawie lokalnem niektórych prowincyj wschodnich. WENGER, *Zur Vormundschaft der Mutter* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 24 (1903) s. 449 n., stwierdził, że w prawie lokalnem grecko-egipskiem opieka matki była znana już w wieku I po Chr. Zob. także TAUBENSCHLAG, *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Recht* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 49 (1929) s. 125; tenże, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w *Studi Bonfante* t. 1 s. 390; SOLAZZI, *L'istituto greco-egizio della madre επαικολουθήτρια e il diritto romano*. Napoli 1933 s. 20. W praktyce grecko-egipskiej od samego początku panowania rzymskiego istniała opieka nietylko matki nad dziećmi, lecz także siostr i ciotek. Por. WENGER, *Zur Vormundschaft der Mutter*, tamże s. 449 n.; tenże, *Curatrix* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 18 s. 305 n. i t. 19 s. 474.

³ *Nov.* 22, 40; 94, 2; 118, 5.

⁴ *Nov.* 155, 1.

⁵ C. 5, 4, 20.

wiązki alimentacyjne.¹ Początkowo prawa i obowiązki te noszą charakter instytucji wyjątkowej i podlegają kompetencji konsulów *extra ordinem*.² W prawie justynjańskim instytucja ta posiada już charakter stały i podlega władzy sądowej.³ Prawa i obowiązki alimentacyjne pomiędzy rodzicami i dziećmi są wzajemne i istnieją niezależnie od sprawowania władzy ojcowskiej; przysługują one zarówno ojcu i matce, jak również przeciwko ojcu i matce.⁴ Co do obowiązku dzieci do alimentacji rodziców, to kwestja ta stała się aktualna dopiero wówczas, kiedy dzieci mogły posiadać własny majątek. Podstawą obowiązku tego jest *pietas, aequitas i caritas sanguinis*.⁵ Jeżeli ojciec jest *incestuosus*, należą mu się również alimenty od dzieci. Justynjan podaje następujące uzasadnienie przepisu tego: „Nam licet legum contemptor et impius fit, tamen pater est”.⁶ Obowiązek ten rozciąga się także na dziadków, tak po stronie ojca, jak i matki bez żadnej pomiędzy nimi różnicy; przytem jest on tak samo obowiązkiem wzajemnym.⁷ Jeżeli osoba inna wyręcza w alimentowaniu, przysługuje jej *actio negotiorum gestorum* o zwrot wydatków przeciw osobie, która obowiązana była do alimentacji. Wysokość alimentów określa się według zamożności osoby zobowiązanej, biorąc przytem pod

¹ Ulp., D. 27, 3, 1, 4; 25, 3, 5. CHARLE, *De l'obligation alimentaire en droit romain*. Paris 1897; ALBERTARIO, *Sul dir. agli alimenti*. Milano 1925 s. 19; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 280; BESELER w Z. Sav.-St. t. 45 (1925) s. 454.

² Ulp., D. 25, 3, 5; 34, 1, 3. Fragmenty te pochodzą z dzieła ULPJANA, *De officio consulis*, co jest oczywistym dowodem, że sprawa ta początkowo należała do kompetencji konsulów.

³ Ulp., D. 25, 3, 5; 34, 1, 3. Wyraz konsul w drodze interpolacji został zamieniony na iudex lub iudex competens. Interpolacja jest uskuteczniiona w odnośnych konstytucjach Kodeksu (C. 5, 25). Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 279 uw. 6.

⁴ Ulp., D. 25, 3, 5; Pius, C. 5, 25, 1; Divi fratres (161), C. 5, 25, 2.

⁵ Sev. i Ant. (197), C. 5, 25, 4; Ulp., D. 25, 3, 5, 2. Zakończenie tekstu jest prawdopodobnie interpolowane. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 280 uw. 1; Ulp., D. 34, 1, 14, 1; Hon. i Theod., C. 8, 50 (51), 20, 1.

⁶ Nov. 12, 2.

⁷ Ulp., D. 25, 3, 5, 2.

uwagę ubóstwo i niezdolność do pracy.¹ Treść prawa alimentacyjnego odnosi się nie tylko do zwykłego utrzymania, czyli do zwykłych potrzeb elementarnych życia, lecz także do wychowania;² nie odnosi się jednak do spłacania długów ojcowskich.³ Prawo alimentacji utracą ten, kto w jaskrawy sposób uchyla się z obowiązku alimentacji. ⁴ Charakter obowiązków alimentacyjnych z natury swej jest ściśle osobisty i wyjątkowo tylko, jeżeli ojciec znajdzie się w biedzie ostatecznej — „in summam egestatem pater deductus est”, obowiązki alimentacyjne przechodzą na spadkobierców syna.⁵ W prawie justynjańskim także *liberi naturales* otrzymały, obok ograniczonego prawa dziedziczenia, prawo do alimentów nawet w razie istnienia dzieci ślubnych.⁶ *Liberi vulgo quaesiti* mają prawo do alimentacji od swej matki, jak również ona od nich; powyższy obowiązek dotyczy także dziada matczynego.⁷ Gdy zestawimy przepisy klasycznego prawa alimentacyjnego i justynjańskiego, widzimy, że zaszły w nim wielkie zmiany. Bez wątpienia bardzo ważnym czynnikiem, który na te zmiany wpłynął, jest nauka chrześcijańska.⁸

Do uprawnień dzieci należy także prawo dziedziczenia po rodzicach. Pierwotnie dziedziczenie opierało się na zasadzie agnacyjnej, t. zn. dziedziczyły tylko osoby związane ze

¹ Ulp., D. 25, 3, 5, 7; Divi fratres (162), C. 5, 25, 3; Sev. i Ant. (197), C. 5, 25, 4.

² Ulp., D. 25, 3, 5, 12.

³ Ulp., D. 25, 3, 5, 16.

⁴ Ulp., D. 25, 3, 5, 11; Sev. i Ant., C. 5, 25, 4.

⁵ Ulp., D. 25, 3, 5, 17. Zakończenie tekstu jest interpolowane. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 280 uw. 7; ALBERTARIO, *Sul dir. agli alimenti* s. 32 n.; RICCOBONO w *Riv. dir. civ. r.* 1911 s. 49; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 2 s. 169 uw. 4.

⁶ *Nov.* 18, 5; 89, 12. 13. 15. Por. ALBERTARIO, *Sul dir. agli alimenti* s. 21 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 378.

⁷ Ulp., D. 25, 3, 5, 4—5. Wyrazy „*praesertim vulgo quaesitos liberos*” są prawdopodobnie dodane i interpolowane. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 281 uw. 2.

⁸ ALBERTARIO, *Sul dir. agli alimenti* s. 38 n. Co się tyczy obowiązku alimentacyjnego ojca względem swych dzieci w prawie papirusowem, to por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 37 (1916) s. 189 n., 219 n. i *Alimentationsverhältnisse im Rechte der Papyri* w *Studi Riccobono* t. 1 s. 507 n.

spadkodawcą sposobem agnacyjnym, tak zwani *sui heredes*.¹ Znaczyć jednak należy, że dziedziczenie w klasie *sui heredes* z punktu patrzenia dawnego prawa było nietylko dziedziczeniem w ścisłym tego słowa znaczeniu, ile raczej wstąpieniem w samodzielny zarząd majątku, który jeszcze za życia *patrisfamilias* należał do nich na prawach wspólnej własności rodzinnej. Idea o współdziale *sui heredes* we własności rodzinnej za życia ojca opierała się na *unitas personae* ze spadkodawcą i była aktualna jeszcze w okresie prawników klasycznych. Gajus mówi, że „*sui heredes ...vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*.”² Podczas życia *patrisfamilias* zarząd majątku rodzinnego należał wyłącznie do niego, ponieważ poza nim nikt inny nie stanowił samodzielnego podmiotu majątku. Po jego śmierci dzieci dziedziczyły z konieczności — bez możliwości zrzeczenia się spadku, stąd też przysługiwała im nazwa *heredes sui* lub *heredes necessarii*. Z chwilą powstania systemu dziedziczenia pretorskiego do spadku obok agnatów zaczęto powoływać także kognatów, chociaż nie wszystkich. Na mocy *senatusconsultum Tertullianum* udzielono matce cywilnego prawa dziedziczenia beztestamentowego po dzieciach,³ a na mocy *senatusconsultum Orfitianum* udzielono takiego samego prawa dzieciom po matce.⁴ Ustawa Teodozjusza i Walentynjana rozszerzyła prawa dzieci do dziedziczenia po krew-

¹ GAIUS 2, 156.

² GAIUS 2, 157; Paul., D. 28, 2, 11. MICHON, *La succession „ab intestat”* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* (1921) s. 120 n.; tenże, *Autour des origines légales de l'agnation externe* w *Mélanges Cornil* t. 2 s. 113—136; LENEL, *Die Rechtsstellung des proximus agnatus* w *Z. Sav.-St.* t. 37 (1916) s. 129—135; RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes* w *Z. Sav.-St.* t. 50 (1930) s. 327 n. Za wspólną własnością rodzinną przemawiają dane językowe — „dominium” od „domus” oraz dane z historii porównawczej. Zob. GIRARD, *Manuel* s. 272; SCHRADER, *Sprachvergleichung und Urgeschichte* t. 2 s. 356—9; LEIST, *Alt-arisches ius civile* t. 2 s. 136 n. Przeciwno teorii wspólności rodzinnej wypowiadają się: BRINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* t. 1 s. 92 n.; SCIALOIA - BONFANTE, *Teoria della proprietà nel dir. rom.* Roma 1928 t. 1 s. 246, 248; CLARK, *History of roman private law* t. 3 (1919) s. 62 n.

³ ULP., *Reg.* 26, 8; PAUL., *Sent.* 4, 9; *Inst.* 3, 3.

⁴ ULP., *Reg.* 26, 7; PAUL., *Sent.* 4, 10; *Inst.* 3, 4.

nych w linii macierzystej.¹ Wreszcie, system dziedziczenia justyniańskiego powołuje do spadku kognatów bez różnicy płci według bliskości stopnia pokrewieństwa ze spadkodawcą. Dawna zasada agnacyjna dziedziczenia została zamieniona całkowicie na zasadę kognacyjną. Przy rozwoju nowego systemu dziedziczenia nie małą rolę odegrała nauka chrześcijańska.²

Do obowiązków rodziców należy także wyposażenie córek, *dotare filias*. Ustalenie czasu powstania tego obowiązku nie jest rzeczą łatwą. Według opinii panującej został on ustanowiony w czasach Augusta przez *lex Iulia de maritandis ordinibus*, a według niektórych uczonych został on wprowadzony w drodze rozporządzenia Aleksandra Sewera.³ Główną podstawą dla obydwóch opinii jest tekst Marcjana,⁴ który, jak wykazały najnowsze studia, jest interpolowany.⁵ Obowiązek wyposażania córek początkowo spoczywał tylko na ojcu, który posiadał nad nimi władzę.⁶ W dalszym rozwoju prawa obowiązek wyposażania córek uznano bez względu na to, czy znajdują się one pod władzą ojca, czy nie. W konstytucji Justyniana (531 r.) wyraźnie jest mowa o *officium paternum* ustanawiania posagu dla córek i darowizny małżeńskiej dla synów, niezależnie od tego, czy dzieci te znajdują się pod władzą ojcowską, czy są emancypowane.⁷ Podobnie Nowela justyniańska, mówiąc o obowiązku ojcowskim ustanawiania posagu w wypadku małżeństw powtórnych, zaznacza, że obowiązek ten jest niezależny od tego, czy córka podlega władzy

¹ Theod. i Valent. (426), C. 6, 55, 11.

² TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 114 n.; PUCHTA, *Cursus der Institutionen*⁶ t. 1 s. 546 n.; CUQ, *Manuel des institutions jurid. des Romains*² s. 723.

³ MANCALEONI, *L'origine storica dell'obbligo di dotare in dir. rom.* w Arch. giur. t. 47 (1891) s. 37.

⁴ D. 23, 2, 19.

⁵ CASTELLI, *Intorno all'origine dell'obbligo di dotare in dir. rom.* w Filangieri (1913) n. 1—2 = *Scritti giuridici* s. 129 n.; MORIAUD w *Mélanges Girard* t. 2 s. 291; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 299 n.

⁶ Marcian., D. 23, 2, 19; Cels., D. 37, 6, 6.

⁷ C. 5, 11, 7, 2.

ojcowskiej, czy jest *sui iuris*.¹ Ponieważ córka przez przejście pod *manus* męża zrywała wszelkie stosunki ze swą rodziną, a przez to traciła prawo dziedziczenia ustawowego w swej rodzinie, wyposażenie jej przez ojca stanowiło poniekąd wydzielenie jej spadku za swego życia. W prawie nowszym obowiązek wyposażania córek w drodze wyjątkowej — „*ex magna et probabili vel lege expressa causa*” — spoczywał także na matce.² Miało to zwykle miejsce wówczas, jeżeli ojciec majątku nie posiadał, a matka go posiadała. Obowiązek powyższy rodziców istniał niezależnie od różnicy wyznania pomiędzy rodzicami i córką. Stąd też, rodzice akatolicy mieli obowiązek wyposażenia „*secundum vires patri-monii*” córek katoliczek.³

¹ *Nov.* 97, 5.

² Diocl. i Maxim. (293), C. 5, 12, 14. Tekst ten jest interpolowany. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 302; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 648 uw. 3. Iustin. (531), C. 5, 11, 7.

³ Iustin. (529), C. 1, 5, 19, 3.

Rozdział VI.

ROZWIĄZANIE MAŁŻEŃSTWA I JEGO SKUTKI.

§ 1. Rozwiązanie małżeństwa.

Związek małżeński, według prawa rzymskiego, trwał zasadniczo przez całe życie. Mimo to klasyczne prawo rzymskie wylicza trzy przyczyny rozwiązania małżeństwa: rozwód, śmierć i utratę *conubii*. Słowa Paulusa brzmią: „Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum”.¹ Wprawdzie konstytucja przypisywana Gordjanowi podaje zasadę: „Rite contractum matrimonium ex post facto vitari non potest”,² tekst ten jednak jest interpolowany. Przeciwno autentyczności jego przemawia przede wszystkim to, że *iustae nuptiae* mogły być rozwiązane *ipso iure* przez fakt późniejszy od chwili zawarcia małżeństwa. Faktami takimi mogły być: niewola wojenna, utrata obywatelstwa przez deportację, otrzymanie tytułu senatorskiego przez męża wyzwolenicy lub adoptowanie zięcia przez teścia. Następnie interpolacja jego wynika z ducha prawa justyniańskiego, które starało się utrzymać w mocy prawnej ważne małżeństwo. Z tego też powodu przy adopcji, według Gajusa, radzono, aby ojciec córkę emancypował,³ a według Justynjana było to wprost

¹ D. 24, 2, 1.

² C. 5, 6, 3 pr. VOLTERRA, *La l. 3 pr. C. d. inf. matr. 5, 6 e il principio „Rite contractum matrimonium ex post facto vitari non potest”* w Bull. dell' Ist. di dir. rom. t. 1929 s. 81—7.

³ D. 23, 2, 17, 1.

nakazane — „debere eum ante filiam suam emancipare”.¹ Jeżeli chodzi o *ars ludicra* żony senatora, to w prawie przedjustynjańskim mąż *ipso iure* powinien był się rozwieść, lecz Justynjan zniósł tę zasadę w drodze interpolacji.²

Rozpatrzmy poszczególne przyczyny rozwiązania małżeństwa pokolei.

1. ŚMIERĆ WSPÓŁMAŁŻONKA.

Pierwszym i naturalnym sposobem rozwiązania małżeństwa jest śmierć jednego z małżonków. Gajus mówi: „Feminae, quae in manu sunt, similiter eo iure liberantur atque filiae, quae in potestate sunt, vel ut morte eius, cuius in manu sunt”.³ Kwestja rozwiązania małżeństwa przez śmierć jednego z małżonków nie przedstawiała nigdy żadnych trudności. Mogą jednak powstać pewne wątpliwości przy ustaleniu faktu, czy śmierć rzeczywiście nastąpiła, czy też nie. Prawo rzymskie dla rozstrzygnięcia tych wątpliwości nie podaje żadnych norm prawnych, stąd też śmierć małżonka mogła być stwierdzona zapomocą wszelkich dowodów. Lecz prawo zastanawia się specjalnie nad jednym wypadkiem, mianowicie kiedy żona przestaje otrzymywać od męża-żołnierza wiadomości i powstaje wątpliwość co do faktu jego życia. Konstantyn (337) rozstrzyga powyższy wypadek w ten sposób, że żona ma czekać na niego przez cztery lata, a po ich upływie ma wręczyć dowódcy oddziału, w którym mąż służył, książeczkę, *libellus*, z powiadomieniem o zamiarze wstąpienia w nowe związki małżeńskie; po dokonaniu tych formalności uważa się ją za wolną, przyczem nie traci ona posagu i nie podlega żadnym innym karom.⁴ Justynjan w ostrożności poszedł w wypadku tym dalej. Najpierw w Noweli 22 zamienił okres czasu oczekiwania męża z lat czterech na pięć.⁵ Później w Noweli 117 postanowił, że, jeżeli mąż znaj-

¹ *Inst.* 1, 10, 2.

² Paul., D. 23, 2, 44, 6. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 240 uw. 2.

³ GAJUS 1, 137 por. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*⁵ s. 208.

⁴ C. 5, 17, 7 pr. Por. LEVY, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten* w *Gedächtnisschrift für Seckel*. Berlin 1927 s. 162 n.

⁵ *Nov.* 22, 14—15.

duje się na wyprawie wojennej, żona ma obowiązek oczekiwania go przez cały przeciąg czasu trwania wyprawy, choćby nie otrzymywała od niego listów ani odpowiedzi. Jeżeli zaś żona słyszała o śmierci męża i pragnęła zawrzeć nowe małżeństwo, powinna udać się do dowódcy oddziału, w którym mąż jej służył i otrzymać od niego zeznanie pod przysięgą, że mąż jej nie żyje, poczem musiała jeszcze czekać jeden rok, po upływie którego już mogła zawrzeć małżeństwo. W razie niezachowania powyższych formalności, tak kobieta, jak również mężczyzna, który ją poślubił, byli karani jako cudzołożnicy. Dowódca zaś, gdyby wydał fałszywe zeznanie, był również surowo karany.¹

2. UTRATA CONUBII.

Małżeństwo mogło być rozwiązane także przez utratę *conubii*. Utrata *conubii* mogła mieć miejsce, bądź przez utratę wolności — *capitis deminutio maxima*, bądź przez utratę obywatelstwa — *capitis deminutio media*, bądź wreszcie przez powstanie specjalnej przeszkody *impedimentum superveniens*.

Przedewszystkiem małżeństwo rozwiązywało się i to niezależnie od woli stron, jeżeli jeden z małżonków utracił wolność, *libertas*. W wypadku tym ma miejsce *capitis deminutio maxima*, która znosi zarówno element cywilny, t. j. obywatelstwo, jak również element naturalny, t. j. wolność.² Przez utratę wolności człowiek staje się niewolnikiem, a niewola pozbawia *conubium*, co pociąga za sobą rozwiązanie małżeństwa. Justynjan głosi: „*Servitute namque semel superveniente alteri personae fortunae inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit*”.³

Pierwszym i najważniejszym wypadkiem utraty wolności, a przez to i rozwiązania małżeństwa, było dostanie się jednego

¹ Nov. 117, 11.

² Ulp., D. 24, 1, 32, 6.

³ Nov. 22, 7.

z małżonków do niewoli nieprzyjacielskiej, *captivitas*.¹ Tryfon głosi: „Captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est”.² Rozwiązanie małżeństwa w wypadku tym było podobne do rozwiązania go przez śmierć, a nie przez rozwód, co miało praktyczne zastosowanie wówczas, gdy mąż zobowiązał się do zwrotu posagu w wypadku śmierci swej żony.³ *Ius postliminii* w tej dziedzinie nie miało zastosowania, wobec czego powrót obywatela rzymskiego z niewoli, stanu dawnego nie przywracał.⁴ Jeżeli chciano utrzymać dawne małżeństwo w swej mocy, według Pomponjusza, konieczne było odnowienie małżeństwa przez zobopólną zgodę — „*consensu redintegratur matrimonium*”.⁵

Wzmiankę o rozwiązaniu małżeństwa według zasad prawa rzymskiego w wypadku tym znajdujemy również w liście papieża Inocentego I (401 — 417), w którym papież stwierdza, że według zasad chrześcijańskich, w przeciwstawieniu do przepisów

¹ Paul., D. 24, 2, 1. LEVY, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten* w *Gedächtnisschrift für Seckel* s. 146—193; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 240 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 272; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni* t. 2 201 uw. 1; GIRARD, *Manuel*⁶ s. 163; CUQ, *Manuel*² s. 172. Początkowo jedynym źródłem niewolnictwa była wojna i obywatel rzymski nie mógł stać się niewolnikiem w obrębie Rzymu. Por. MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* t. 1 s. 164; MOMMSEN w *Festgabe für Beseler* (1885) s. 256.

² D. 49, 15, 12, 4. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*. II. fasc. 2. *Les capitis deminutiones maiores du droit classique*. Paris 1926. III. *La capitis deminutio dans le droit byzantin*. Paris 1928 s. 55 n.

³ Paul., D. 24, 3, 56.

⁴ *Ius postliminii* polega na tem, że, gdy obywatel rzymski powróci z niewoli nieprzyjacielskiej, z chwilą przekroczenia granicy rzymskiej, limen, wstępuje zpowrotem w swoje dawne uprawnienia. Por. Paul., D. 49, 15, 19 pr.; MITTEIS, *Röm. Privatrecht* t. 1 s. 130; KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte* t. 2 s. 120. O pochodzeniu językowym „postliminium” od „post” i „limen” por. CICERO, *Top.* 9. Obywatel rzymski, będąc w niewoli, nie mógł wykonywać praw obywatelskich. KRUGER, *Captivus redemptus* w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 51 (1931) s. 205 n.; BALOGH, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelianischen Gesetzes* w *Studi in onore di Bonfante* t. 4 (1930) s. 679—84.

⁵ D. 49, 15, 14, 1.

prawa świeckiego, małżeństwo przez niewolę jednego z małżonków nie rozwiązuje się.¹ Stanowisko Inocentego I podziela także papież Leon Wielki (440 — 461),² św. Augustyn³ i św. Bazyli, biskup kapadocki.⁴ Najdokładniej jednak chrześcijański punkt patrzenia na sprawę powyższą podaje Synod kartagiński z r. 407. Tekst odnośny, umieszczony w kanonie 112 Kodeksu kanonów Kościoła afrykańskiego, opiewa: „Placuit, ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam, neque dimissus ab uxore, neque dimissa a marito, alteri conjugatur; sed ita maneant, aut sibimet reconcilientur: quod si contempserint, ad poenitentiam redigantur. In qua causa legem imperialem petendum est promulgari”.⁵ Z tekstu tego widać, że synod zwraca się do władzy państwowej z prośbą o unormowanie tej sprawy w duchu nauki chrześcijańskiej. Przytoczone pomniki chrześcijańskiego punktu patrzenia wywarły decydujący wpływ na ustawodawstwo Justynjana.⁶

Justynjan wprowadził w materji naszej zasadnicze zmiany: częściowo w drodze interpolacji, a częściowo w Nowelach. Tekst interpolowany Paulusa mówi, że kobieta może zawrzeć drugi związek małżeński dopiero po pewnym określonym czasie, *post constitutum tempus*. Jeżeli po powrocie męża z niewoli nie będzie chciała bez żadnej słusznej przyczyny — *nulla causa probabili interveniente* — wznowić z nim pożycia małżeńskiego, ulegnie karom ustanowionym za rozwód, *poenae discidium*.⁷

¹ INNOC. I, *Epist.* 36 (Migne, 20, 602—3) = DIONYS. EXIG., *Decr. Innoc.* 37 (Migne, 67, 251).

² LEO I, *Epist.* 159, 1—4 (Migne, 54, 1136 n.) = DIONYS. EXIG., *Decr. Leon.* 42 (Migne, 67, 296 n.) = c. 1 C. 34 q. 1—2.

³ AUGUSTINUS, *De adult. coniug.* 2, 9; 2, 13; 2, 19; 2, 20 (Migne, 40, 476. 479. 485. 486).

⁴ BASILIUS, *Epist.* 199 *ad Amphil.* (Migne, 32, 728); *Epist.* 217, can. 77 (Migne, 32, 803 n.) = Conc. Trull. (692), can. 87 (Mansi, 11, 980 n.).

⁵ HEFELE, *Konziliengeschichte* 2 t. 2 s. 101; MANSI, 3, 806; FAHRNER, *Geschichte d. Ehescheidung*. 1903 t. 1 s. 41 n.

⁶ LEVY, *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten* w *Gedächtnisschrift für Seckel* s. 173; ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*. Milano 1931 s. 11.

⁷ D. 49, 15, 8. Tekst jest interpolowany od słów „post constitutum tempus”.

Tekst interpolowany Juljana, głosi, że w razie dostania się współmałżonka do niewoli należy odróżnić dwa wypadki: 1) jeżeli istnieje pewność, że małżonek, znajdujący się w niewoli, żyje i 2) jeżeli tej pewności nie ma. W wypadku pierwszym nie wolno drugiemu małżonkowi zawierać małżeństwa innego. W wypadku drugim współmałżonek ma obowiązek oczekiwania małżonka wziętego do niewoli przez przeciąg pięciu lat, po upływie których wolno mu zawrzeć inne małżeństwo; przytem uważano, że małżeństwo zostało rozwiązane *bona gratia* i każdy współmałżonek zachowuje swoje prawa bez zmiany.¹ Dokładniej sprawa ta została unormowana w Noweli 22, gdzie mamy podane następujące zasady. Jeżeli jest pewność, że współmałżonek wzięty do niewoli żyje, małżeństwo nie rozwiązuje się i drugiemu współmałżonkowi nie wolno wstępować w inne związki małżeńskie pod karą utraty posagu względnie *donatio propter nuptias*. Jeżeli nie ma pewności, czy współmałżonek wzięty do niewoli żyje, drugi współmałżonek ma obowiązek oczekiwania go przez przeciąg pięciu lat, po upływie których wolno mu zawrzeć inne małżeństwo. Przytem Nowela ta dodaje, że, ponieważ w wypadku tym ma miejsce *divortium bona gratia factum*, ani mąż nie zyskuje posagu, ani żona darowizny przedślubnej, lecz każdy współmałżonek pozostaje przy prawie swoim.² Zmiany wprowadzone przez Justynjana nie zdołały uzgodnić w całej pełni przepisów prawa z zasadą chrześcijańską o nierozzerwalności związku małżeńskiego, stąd też w następstwie uległy one dalszej zmianie w Noweli 33 Leona Filozofa. Nowela ta głosi, że, chociaż według przepisów dawnych *infortunium captivitatis* rozwiązywało małżeństwo, gdyż „conditionis inaequalitas

¹ D. 24, 2, 6. Tekst uległ interpolacji prawie w całości. Różne racje przemawiają za interpolacją tekstów Paulusa i Juljana, bądź ich język, bądź sprzeczności z innemi tekstami klasycznymi, bądź określenie czasokresu, bądź też kary za rozwód wzmiankowane w tekście Paulusa, które w czasach Paulusa były jeszcze nieznanne. Por. ACCARIAS, *Précis de droit romain* t. 1 s. 97; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 241 — 2. Przeciwno interpolacji wystąpili: BRUNS w *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts* t. 1 (1857) s. 100 n. i KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* t. 2 s. 121. Według Karlowy czasokres powyższy odnosi się do *lex Iulia et Papia Poppaea*.

² *Nov.* 22, 7.

aequalitatem, quae in nuptiis spectatur, permanere non patitur”, na przyszłość jednak małżeństwa w wypadkach tych będą uważane za nierozzerwalne, a zatem strona, pozostająca na wolności, ma oczekiwać drugiego współmałżonka, aż do chwili otrzymania dowodu o jego śmierci.

Jeżeli oboje małżonkowie dostają się do niewoli nieprzyjacielskiej i żyją tam z sobą wspólnie, to, w razie powrotu ich do ojczyzny, na mocy reskryptu Sewera i Karakalli sławna fikcja *iuris postliminii* miała zastosowanie, a zatem małżeństwo było uważane za ważne i dzieci urodzone w niewoli, jako *spuri*, stawały się dziećmi prawymi. Stąd też, żaden z małżonków nie mógł zawrzeć małżeństwa nowego, dopóki poprzednie nie zostało rozwiązane w drodze rozwodu.¹ Te same zasady obowiązywały i w prawie justynjańskim.

Jeżeli wreszcie oboje małżonkowie zostali wzięci do niewoli i powrócił z niewoli tylko jeden z nich albo oboje, ale w różnych okresach czasu, wówczas *iuris postliminii* nie miało zastosowania, ponieważ do urzeczywistnienia fikcji tej wymagano nieprzerwanej możliwości wspólnego pożycia pomiędzy małżonkami. Współmałżonek więc, aż do reformy Justynjana, mógł zawrzeć nowy związek małżeński. Co do charakteru prawnego dzieci, to, w razie powrotu samej tylko matki, dzieci pozostawały nadal jako *spuri*.²

Prawo klasyczne mówi, że wyzwolenica rozwiedziona ze swym patronem traci *conubium*,³ lecz powstaje pytanie, czy traci również *conubium* w wypadku niewoli patrona. Ze słów Juljana wynika, że małżeństwo patrona z wyzwolenicą trwa mimo niewoli patrona *propter patroni reverentiam*; tekst ten podaje jednak przepis prawa nie klasycznego, lecz poklasycznego.⁴

Capitis deminutio maxima mogła także mieć miejsce jako kara za niektóre przestępstwa. Występowała ona w tych wszystkich wypadkach, kiedy jeden z małżonków został skazany na

¹ Marc., D. 49, 15, 25; Ulp., D. 49, 15, 9; Sev. i Ant., C. 8, 50 (51), 1.

² Marc., D. 49, 15, 25; Sev. i Ant., C. 8, 50 (51), 1, 1.

³ Ulp., D. 23, 2, 45 pr.; 24, 2, 11 pr.; Alex., C. 5, 5, 1; 6, 3, 9.

⁴ Ulp., D. 23, 2, 45, 6. SOLAZZI, *Studi sul divorzio*. II. *Il divorzio della liberta* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. t. 34 s. 300 n.

pracę w kopalni, *in metallum*, lub na pożarcie przez dzikie zwierzęta, *ad bestias*, inaczej mówiąc, gdy współmałżonek stawał się *servus poenae*.¹ Skazany podlegał śmierci cywilnej, co prawnicy rzymscy wyrażali w następujących słowach: „Servitutum mortalitati comparamus”² lub „servitus morti adsimilatur”.³ Małżonek drugi stawał się wolnym i mógł zawrzeć nowy związek małżeński. Justynian, powodowany zasadami nauki chrześcijańskiej o nierozzerwalności związku małżeńskiego, w Noweli 22 postanowił, że, jeżeli ktoś, bądź mężczyzna, bądź kobieta, został zasądzony *in metallum*, to nie staje się niewolnikiem — „nullum ab initio benenatorum ex supplicio permittimus fieri servum”, skutkiem czego także małżeństwo jego utrzymuje się nadal w swej mocy — „maneant igitur matrimonium hic nihil ex tali decreto laesum”.⁴ Jeżeli zostanie sprowadzony do niewoli wyzwoleniec albo wyzwolenica lub ich dzieci, to małżeństwo rozwiązuje się, podobnie jak w razie śmierci: „Quoniam praecedentes nos dicunt supervenientem servitutum non procul a morte differre”.⁵

Capitis deminutio media, według prawa dawnego i klasycznego, rozwiązywała małżeństwo, ponieważ pozbawiała *conubium*, które mogło mieć miejsce tylko pomiędzy obywatelami rzymskimi. Zachodziła ona w różnych wypadkach, jak emigracji obywatela rzymskiego do kolonii latyńskiej, przyjęcia poddaństwa obcego, zasądzenia na *aquae et ignis interdictio* zastąpionej później przez *deportatio*.⁶ O jej charakterze rozwiązującym małżeństwo, a przez to zezwalającym na zawarcie nowego, świadczą różne wzmiarki przypadkowe, umieszczone w kodyfikacji justyniańskiej.⁷ I tak, Paulus upodabnia deportację do niewoli,⁸ w innym

¹ Ulp., D. 48, 19, 8, 6; 48, 20, 5 pr.

² Ulp., D. 50, 17, 209.

³ Ulp., D. 35, 1, 59, 2.

⁴ Nov. 22, 8. GIRARD, *Manuel*⁷ s. 107.

⁵ Nov. 22, 9.

⁶ O *aquae et ignis interdictio* por. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* s. 72, 964; HARTMANN, *Über Rechtsverlust und Rechtsfähigkeit der Deportierten* w *Zeitschr. d. Sav.-St. t.* 9 s. 42.

⁷ DESSERTAUX, *La capitis deminutio dans le droit byzantin* s. 56 n., 71.

⁸ D. 24, 3, 56.

znów miejscu, wraz z prawnikiem Ulpjanem, podaje, że deportowani są uważani jako *mortuorum loco*.¹ W materji tej nastąpiła w prawie justynjańskiem zasadnicza zmiana.² Deportacja, która w czasach cesarstwa zastąpiła dawną *aquae et ignis interdictio*, nie rozwiązywała już małżeństwa, jak to czyniła jej poprzedniczka, a tylko mogła być słuszną przyczyną do rozwodu.³ Z tego też względu dawne przepisy, które dostały się do Pandektów i Kodeksu justynjańskiego, uległy interpolacji.⁴ Justynjan podaje ten sam przepis w Noweli, lecz powstanie jego błędnie przypisuje Konstantynowi W.⁵ Błąd ten uwidocznia się przy zestawieniu tekstu z konstytucją autentyczną.⁶ Lecz, ponieważ *iustae nuptiae* nawet w prawie justynjańskiem mogą istnieć tylko pomiędzy obywatelami rzymskimi, a deportowany jest *nullius civitatis civis*, stąd też małżeństwo jego nie mogło pociągnąć za sobą wszystkich skutków rzymskiego prawa cywilnego, lecz stało się *matrimonium iuris gentium*. Chociaż małżeństwo *iuris civilis* przekształcało się na małżeństwo *iuris gentium*, dzieci z małżeństwa takiego urodzone uważano za prawe, jak również posag pozostawał w swej mocy.⁷ Lecz, jeżeli obywatel utracił obywatelstwo rzymskie, a przyjął je w innem państwie, które posiadało z Rzymem *conubium*, małżeństwo jego pozostawało nadal *iustum matrimonium*.

¹ Ulp., D. 37, 4, 1, 8; Paul., D. 38, 2, 4, 2.

² DESSERTAUX, *La capitis deminutio dans le droit byzantin* s. 71 n.

³ Ulp., D. 24, 1, 13, 1. LUSIGNANI, *Se il matrimonio si sciogla colla deportazione*. Parma 1898.

⁴ Ulp., D. 24, 1, 13, 1 — tekst jest interpolowany od słów „cum igitur”; Ulp., D. 48, 20, 5, 1: interpolowane „non utique deportatione ait Marcellus tunc” i „postea... nata actione”; Alex. (229), C. 5, 17, 1 — interpol. „non solvitur, si casus... adfectionem; ipso iure non competit, sed indotatam... permittunt”. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 243 uw. 3; KRÜGER w *Zeitschr. d. Sav.-St.* t. 19 (1898) s. 22. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni* t. 2 § 201 uw. 2, jest za autentycznością tekstów: D. 48, 20, 5, 1 i C. 5, 17, 1.

⁵ Nov. 22, 13.

⁶ C. 5, 16, 24. (C. Th. 9, 42, 1, gdzie brakuje całego § 1). Por. DI MARZO *Lezioni sul. matr. rom.* s. 91 n.

⁷ Ulp., D. 48, 20, 5, 1; Alex., C. 5, 17, 1.

Co się tyczy *exilium*, wygnania, zesłania, to stosują się do niego przepisy analogiczne, jak przy *deportatio* względnie *aquae et ignis interdictio*.¹ Św. Ambroży wspomina również o *exilium*, przyczem nadmienia, że *exsul* zachowuje na obczyźnie swoje rodzime prawo.²

Capitis deminutio minima, polegająca na zwykłej zmianie *status familiae*, w zasadzie nie wywierała żadnego wpływu na rozwiązanie małżeństwa.³ I tak, *arrogatio* pozostała zawsze bez wszelkiego wpływu na *iustum matrimonium*, bądź *cum manu*, bądź *sine manu*. Podobnie należy powiedzieć o emancypacji w czasach pogajusowych, kiedy tworzyła ona czynność pojedynczą i miała swój skutek własny.⁴ Co się zaś tyczy oddania *in mancipium* syna lub córki, to w czasach dawnych, kiedy wejście *in mancipium* przyrównywano do niewoli, rozwiązywało się małżeństwo *cum manu*,⁵ a może nawet i małżeństwo *sine manu*.⁶ Zachodziły jednak wypadki, kiedy powstawało pokrewieństwo pomiędzy małżonkami i powodowało przeszkodę do dalszego trwania małżeństwa, *impedimentum superveniens*. Przedewszystkiem przeszkoda taka miała miejsce wówczas, jeżeli pomiędzy małżonkami powstało takie pokrewieństwo, które tworzyło przeszkodę do zawarcia małżeństwa. I tak, mąż adoptowany przez teścia stawał się bratem własnej żony, co było przeszkodą do dalszego trwania małżeństwa, t. zw. *incestus superveniens*.⁷ Stąd też, jeżeli teść chciał adoptować zięcia, to, w celu uniknięcia tej konsekwencji, musiał przedtem emancypować córkę; podobnie, jeżeli teść chciał adoptować synową, musiał przedtem emancy-

¹ Ulp., D. 38, 2, 14, 3; Paul., D. 48, 1, 2; por. także Marc., D. 48, 22, 5.

² AMBROSIIUS, *De Jacob et vita beata* 2, 4, 18 (Migne, 14, 651).

³ ŻRÓDŁOWSKI, *Instytucje i historia prywatnego prawa rzymskiego* s. 535; DESSERTAUX, *La capitis deminutio dans le droit byzantin* s. 54 n.

⁴ DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*. I. *Ancienneté respective des cas et des sources de la capitis deminutio*. Paris 1909 s. 35 n.

⁵ GIRARD, *Manuel*¹⁷ s. 168 n.

⁶ DESSERTAUX, tamże I s. 250 n.

⁷ Tryph., D. 23, 2, 67, 3; *Inst.* 1, 10, 2.

pować syna.¹ Niektórzy w wypadku tym mówią o *capitis deminutio minima* spowodowanej przez adopcję.²

W prawie dawnem istniała zasada, że, jeżeli mąż wyzwolenicy osiągnął godność senatorską, małżeństwo jego rozwiązywało się.³ Zatem nierówność *status* stawiała się przeszkodą nie tylko do zawarcia małżeństwa, lecz także do dalszego jego trwania. Justynjan w Kodeksie uważa małżeństwo tego rodzaju za ważne i jako motyw przepisu podaje wolę Bożą, według której szczęście męża w tem samym małżeństwie nie powinno być nieszczęściem dla żony. Przepis dawny Justynjan uważa za zbyt surowy, nieodpowiadający zasadom etycznym i dlatego znosi go zapomocą słów: „*Absit itaque a nostro tempore huiusmodi asperitas et firmum maneat matrimonium*”.⁴ Później w Nowelach zniósł zupełnie powyższą przeszkodę do małżeństwa.⁵

Podobnie rozwiązywało się małżeństwo senatora, jeżeli żona, ojciec jej lub matka poświęcili się sztuce scenicznej. Lecz Justynjan zmienił ten przepis w ten sposób, że ograniczył ten skutek tylko do wypadku żony, jeżeli zaś chodziło o ojca lub matkę, małżeństwo utrzymywało się w swej mocy.⁶

3. ROZWÓD.

A. Pojęcie i rozwój historyczny rozwodu.

Małżeństwo mogło być rozwiązane także przez rozwód, czyli przez akt prawny, mający na celu rozerwanie małżeństwa. Co do terminologii, to prawo rzymskie na oznaczenie rozwodu używa zwykle wyrazu *divortium*, który pochodzi od czasownika archaicznego *divortere, divertere* — rozłączyć się, oddalić się, odejść.

¹ Gai., D. 23, 2, 17, 1; *Inst.* 1, 10, 2.

² PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 362.

³ *Iustin.* (531—532), C. 5, 4, 28 pr.

⁴ C. 5, 4, 28, 2.

⁵ *Nov.* 78, 3; 117, 6.

⁶ *Paul.*, D. 23, 2, 44, 6—7. Tekst prawdopodobnie interpolowany od wyrazu „*iniquissimum*” do końca paragrafu. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 240 uw. 7.

Gajus podaje następujące wyjaśnienie wyrazu *divortium*: „Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium”.¹ Najprawdopodobniej termin ten etymologicznie wyraża rozłączenie się jednego małżonka od drugiego: *dis-iunctio* w przeciwstawieniu do *con-iunctio*. Na oznaczenie rozwodu używa się również wyrazu *repudium*.² Co do wzajemnego stosunku tych dwóch wyrazów, niema jednolitej opinii. Według Paulusa i Modestyna, różnica pomiędzy *divortium* i *repudium* polega na tem, że *repudium* oznacza także rozwiązanie zaręczyn, natomiast *divortium* oznacza tylko rozwiązanie małżeństwa.³ Zwykle jednak prawnicy rzymscy używali wyrazu *repudium* na oznaczenie rozwodu dokonanego przez oddalenie kobiety, *divortium* zaś na oznaczenie rozwodu dokonanego przez odejście kobiety względnie mężczyzny.⁴ W czasach chrześcijańskich *repudium* staje się jakby terminem technicznym na oznaczenie rozwodu jednostronnego, t. j. dokonanego na skutek woli jednej ze stron, a *divortium* oznacza rozwód dwustronny, t. j. dokonany na skutek obopólnej zgody stron.⁵ Prawo rzymskie na oznaczenie rozwodu używa jeszcze innych wyrazów, jak *discidium*,⁶ *renuntiatio*⁷ lub *matrimonii solutio*.⁸

¹ D. 24, 2, 2; Paul., D. 50, 16, 191.

² FESTUS, v. repudium.

³ D. 50, 16, 191; 50, 16, 101, 1.

⁴ Iavol., D. 24, 1, 64; African., D. 24, 3, 34; Paul., D. 24, 1, 57; Ulp., D. 40, 9, 14, 2. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 244—5. Wedle LEVY'EGO, *Hergang der römischen Ehescheidung*. Weimar 1925 s. 76, *divortium* oznacza całość stanu faktycznego rozwodu (Gesamtatbestand der Scheidung), *repudium* zaś oznacza pewną oznakę tego stanu faktycznego, mianowicie jednostronne oświadczenie rozwodu (einseitige Scheidungserklärung). *Repudium* więc ucieleśnia tylko po stronie jednego małżonka wolę rozejścia się, a drugiemu przynosi jedynie uświadomienie, że będzie rozwiedziony (Bewusstsein, dass er geschieden werde).

⁵ Niektórzy twierdzą, że *divortium* jest wyrazem ogólnym na oznaczenie rozwodu, tak umownego, jak również jednostronnego, *repudium* natomiast oznacza oświadczenie jednostronne, przez które dokonywuje się rozwód. Por. ZEUMER, *Gesch. d. westgot. Gesetzgebung* w Neues Archiv d. Gesellschaft f. ältere deutsche Geschichtskunde t. 24 (1899) s. 620—2.

⁶ Papin., D. 48, 5, 12 (11), 13; Paul., D. 49, 15, 8.

⁷ Gai., D. 24, 2, 2, 1.

⁸ Paul., D. 50, 16, 240.

Rzymskie prawo rozwodowe w ciągu wieków uległo wielkim przeobrażeniom.¹ W historii jego można odróżnić trzy główne okresy: 1) od czasów najdawniejszych do *lex Iulia et Papia Poppaea*, 2) od *lex Iulia et Papia Poppaea* do cesarzy chrześcijańskich i 3) okres cesarzy chrześcijańskich.

1. W okresie pierwszym początkowo powszechnie panuje małżeństwo *cum manu*. Rozwód w tym czasie w zasadzie istnieje, ale tylko w pewnych granicach, a przytem jest on wyłączną prerogatywą mężczyzn. Kobiетom rozwodzić się nie wolno, co w zupełności odpowiada pierwotnemu charakterowi małżeństwa rzymskiego. Plutarch wyraźnie mówi, że Romulus wydał pewną ilość ustaw, wśród których znajduje się przepis, który zabrania żonie rozłączania się z mężem, mężowi natomiast pozwala na porzucenie żony w razie dokonania przez nią otrucia dzieci, kradzieży kluczy lub cudzołóstwa. Jeżeli mąż porzuca żonę dla innych przyczyn, traci połowę swego majątku na korzyść żony, a drugą połowę na rzecz bogini *Ceres*, opiekunki małżeństwa.²

¹ WACHTER, *Über Ehescheidungen bei den Römern*. 1822; CENERI, *Il divorzio presso gli antichi romani*. Roma 1881; ESMEIN, *La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain* w *Rev. gén. de droit* t. 7 (1883) s. 5—15, 121—37 = *Mélanges* s. 1—36; PUCCINELLI, *L'evoluzione storico-giuridica del divorzio in Roma* w *Archivio giuridico* t. 34 s. 424—72; GUJOT, *Du divorce à Rome*. Bar le Duc 1894; FONTENAY, *Dissolution des iustae nuptiae par le divorce en droit romain*. Paris 1894; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*. Bologna 1888—9; LHOMER, *Histoire de la repudiation en droit romain*. Paris 1902; CAUVIERE, *Le lien conjugal et le divorce*. Législation du Bas-Empire w *Rev. gén. de droit* t. 35 (1911) s. 446—57, t. 36 (1912) s. 123—51, 239—50, 394—404, t. 37 (1913) s. 124—35, 304—12; 420—27; LEFEBVRE, *Le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine* w *Nouv. rev. hist. de dr. fr. et étr.* t. 42 (1918) s. 102—35; CAYRÉ, *Le divorce au IV siècle dans la loi civile et les canons de s. Basile* w *Echos de l'Orient* t. 19 s. 295 n.

² PLUT., *Rom.* 22; GELLIUS 10, 23, 4. W sprawie tekstu Plutarcha por. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer*. Leipzig 1858 s. 447 uw. 2; VOIGT, *Über die leges regiae* t. 1 s. 31; WESTRUP, *Plutarchs romulisches Gesetz über divortium* w *Nord. Tydskr. F. Philol.*, LR. t. 8 s. 117—37; SCHLESINGER w *Zeitschr. f. Rechtsg.* t. 8 s. 58; BRINI, *Matrimonio e divorzio* t. 2 s. 81 n. W sprawie tekstu Gelliusa por. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*. Città di Castello 1899 s. 258.

Dionizjusz z Halikarnasu wspomina jednak, że małżeństwa zawarte w drodze *confarreatio* były nierozzerwalne.¹ Niektórzy uczeni tekstowi temu odmawiają jednakowoż wszelkiego znaczenia.² Należy jednak pamiętać, że małżeństwa konfareacyjne zawarte przez kapłanów flaminów były *de facto* nierozzerwalne i Dionizjusz zapewne ma je na myśli, ponieważ w jego czasach takie tylko małżeństwa konfareacyjne istniały.³ Zakaz rozrywania małżeństw konfareacyjnych należy uważać tylko za przepis natury religijnej, gdyż zakaz rozwodu wogóle był przeciwny duchowi rzymskiej starożytności pogańskiej.⁴ Mąż jednak, który pragnął rozwieść się, obowiązany był zasięgnąć opinii sądu domowego, *iudicium domesticum*, złożonego z bliskich krewnych i przyjaciół — *necessarii, propinqui et amici*.⁵ Jeżeli rozwiódł się bez zasięgnięcia tej opinii, wpadał w kary cenzorskie. Valerius Maximus mówi, że w 307-ym r. przed Chr. cenzorowie wydali z senatu Lucjusza Anjusza za rozwód z żoną swoją bez zasięgnięcia rady przy-

¹ DION. 2, 25. LANDUCCI, *Indissolubilità del matrimonio confarreato* w Archivio giuridico t. 57 (1896) s. 3 n.; DI MARZO, *Lezioni sul matr. rom.* s. 15; CUQ, *Manuel*² s. 171; ŁAPICKI, *Ustawy królewskie w starożytnym Rzymie*. Pamiętnik historyczno-prawny t. 12 (1933) s. 326.

² REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer* s. 449 n.; VOIGT, *Über die leges regiae* s. 29; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 250; PEROZZI, *Istit.*² t. 1 s. 364; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istit.* t. 2 s. 202; COSTA, *Storia del dir. r. priv.*² s. 17 uw. 1; KÜBLER, *Gesch. d. röm. Rechts* s. 33.

³ FESTUS, v. Flammeo; GELL. 10, 15, 22—23; PLUT., *Quaest. Rom.* 50; OVID., *Fast.* 6, 23, 232; SERV., *In Aen.* 4, 29; TERTULL., *De exh. cast.*, c. 13 (Migne, 2, 977); *De monog.*, c. 17 (Migne, 2, 1002 n.); HIERON., *Ep.* 123, 8 (Migne, 22, 1051 n.).

⁴ SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 164. Flamen dialis nie tylko nie mógł rozwodzić się, ale nie mógł być wdowcem, ponieważ w razie śmierci żony musiał porzucić swój urząd. Podobnie flaminica, jak również mąż jej nie mogli zawierać powtórnych małżeństw. Por. SAMTER, *Flamines* w Pauly-Wissowa, *Realencykl.* t. 6 s. 2486 n. Zresztą należy pamiętać, że do flaminów stosowano szczególne prawo małżeńskie, podobnie jak ich stanowisko rodzinne było szczególne, np. flamen po inauguracji wychodził z pod patria potestas bez capitis deminutio.

⁵ VAL. MAX. 2, 9, 2; 5, 8, 3; 6, 1, 1; PLIN., *Nat. hist.* 14, 13; TAC., *Ann.* 13, 32.

jaciół — „*nullo amicorum consilio adhibito*”.¹ Ustawa XII tablic wyraźnie wspomina o rozrywaniu związku małżeńskiego przez rozwód.²

Autorowie rzymscy zwykle przytaczają jako wypadek pierwszy właściwego rozwodu fakt rozejścia się z żoną niejakiego Spurjusza Karwiljusza Rugi w r. 234 przed Chr. z powodu jej niepłodności.³ Od tego czasu spotykamy rozwody coraz częściej. Plautus w komediach swych podaje częste wypadki rozwodów.⁴ Szczególnie łatwy był rozwód małżeństwa *sine manu*: wystarczyło nie tylko obopólne przyzwolenie obojdwóch małżonków, lecz także jednostronna wola, tak męża, jak również żony. W dalszej ewolucji wytworzyła się zasada, że, jeżeli samo przyzwolenie wystarczy do zawarcia małżeństwa, powinno wystarczyć również do jego rozwiązania analogiczne oświadczenie. Każdy z małżonków mógł rozwodzić się według własnej woli, a „*pactum ne liceret divertere*” nie posiadało żadnej mocy prawnej.⁵ Przy takiej swobodzie rozwodzono się częstokroć dla przyczyn bardzo błahych, jak np., że żona rozmawiała publicznie z kobietą podejrzaną o obyczajów, lub że była w teatrze bez wiedzy męża, a nawet wprost

¹ VAL. MAX. 2, 9, 2.

² CIC., *Philip.* 2, 28.

³ DION. 2, 25; PLUT., *Thes. et Rom.* 6; *Licurg. et Numa* 3; *Quaest. Rom.* 14; GELLIUS 4, 3, 2; 17, 21, 44; VAL. MAX. 2, 1, 4; TERTULLIANUS, *De monogamia*, c. 9 (Migne, 2, 901). Kwestja pogodzenia tradycji, która przedstawia rozwód Karwiljusza Rugi jako pierwszy, jest obszernie wyjaśniona przez romanistę włoskiego BRINI w dziele *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*. Kwestji tej autor poświęca cały tom drugi dzieła. Brini dowodzi, że rozwód Karwiljusza Rugi jest rozwodem pierwszym albo jednym z pierwszych głośniejszych rozwodów małżeństwa *sine manu*, który został dokonany z udziałem władzy publicznej, w przeciwstawieniu do dawnego iudicium domesticum, mającego zastosowanie przy rozwiązaniu małżeństwa cum manu. SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano* t. 2 s. 202, twierdzi, że rozwód Rugi dlatego uważany jest za pierwszy, ponieważ został dokonany po raz pierwszy z przyczyny nieprzewidzianej przez prawo, bo z powodu niepłodności żony.

⁴ PLAUT., *Stich.* 1, 1; *Menaechm.* 1, 2, 4; *Cas.* 2, 2, 36; *Cist.* 4, 2, 102; *Miles glor.* 4, 3, 32.

⁵ Alex. (223), C. 8, 38 (39), 2.

bez żadnych przyczyn.¹ Cyncero rozwiódł się z żoną swoją Terencją, aby poślubić inną bogatszą, co dałoby mu możność spłacenia długów, a potem rozwiódł się z Terencją, ponieważ za mało smuciła się po stracie córki jego Tulji.² Sulla miał pięć żon i rozwodził się pokolei bez uzasadnionego powodu.³ Podobnie postępowało wielu innych sławnych mężów rzymskich. Nietylko mężowie rozwodzili się ze swojemi żonami, ale także żony z mężami. Pisarze rzymscy przytaczają liczne przykłady rozwodów ze strony żon, nawet bez przyczyny — *sine causa*.⁴ Seneka wspomina o kobietach, które liczyły lata swoje nie według urzędowania konsulów, lecz według liczby swoich mężów i które rozwodziły się poto, aby wyjść za mąż, wychodziły zaś za mąż poto, aby się rozwieść.⁵ Juwenalis mówi o kobiecie, która w ciągu pięciu lat miała ośmiu mężów,⁶ a inny satyryk Marcjalis wymienia kobietę, która w ciągu dni trzydziestu wyszła za mąż dziesięćkrotnie.⁷

Rozwodzili się nietylko mężowie i żony *sui iuris*, lecz rozwiązywał małżeństwa swych dzieci także *paterfamilias* i to nawet wbrew ich woli i niezależnie od zgodnego ich pożycia.⁸ Istniała bowiem zasada, że podobny wpływ, jaki *paterfamilias* ma na zawarcie małżeństwa swych dzieci, ma również na rozwiązywanie ich małżeństw.

W celu ukrócenia rozwodów stopniowo władza państwowa zaczyna wglądać w sprawy małżeńskie. Pierwszą ingerencją państwa i prawa cywilnego było zastąpienie *iudicium do-*

¹ VAL. MAX. 6, 3, 10—12.

² PLUT., *Cic.* 41.

³ PLUT., *Sulla* 35, 37.

⁴ CIC., *Top.* 4; *Ad famil.* 8, 5; 8, 7; *Ad Attic.* 11, 23; *Pro Cluent.* 5; SENECA, *De benef.* 3, 16, 2; MARTIALIS, *Ep.* 6, 7; 10, 41.

⁵ SENECA, *De benef.* 3, 16, 2.

⁶ IUVENALIS, *Sat.* 6, 229 n.

⁷ MARTIAL. 6, 7.

⁸ PLAUT., *Stich.* 1, 1, 10 n.; 1, 1, 51 n.; 1, 2, 20 n. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung.* s. 17 n.; LONGO, *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias* w Bull. d. Ist. di dir. rom. t. 40 (1932) s. 201 n.

mesticum przez *iudicium de moribus*, które badało przyczyny rozwodu.¹ O powstaniu tego sądu już w okresie republikańskim świadczy Plinusz, gdy podaje, że „Cn. Domitius iudex pronuntiavit mulierem videri plus vini bibisse quam valetudinis causa, viro insciente”.² Podobnie świadczy o tem Plutarch,³ Valerius Maximus,⁴ Cycero i inni.⁵ *Iudicium de moribus* trwa potem przez okres cesarstwa i zostaje zniesione dopiero przez Justynjana.⁶ Strona, która rozwodziła się dla przyczyn błahych albo dawała powód do rozwodu przez zachowanie swoje, ponosiła kary pieniężne.⁷ I tak, żona za pewne przestępstwa była karana utratą posagu, szczególnie jeżeli popełniła cudzołóstwo lub piła wino.⁸

2. Pewne zmiany w tym stanie rzeczy stanowi *lex Iulia et Papia Poppaea*, która wprowadziła kary na wszystkich rozwiedzionych. Kary te były różnego rodzaju. Przede wszystkim były to kary materialne, odnoszące się do zwrotu lub zatrzymania posagu, jak np. mąż za karę obowiązany był do zwrotu posagu, a żona była skazywana na *retentio dotis propter liberos* lub *propter mores*. Kary te dotyczyły tylko rozwodów jednostronnych, dokonanych bez słuszych przyczyn lub z powodu winy jednego z małżonków albo ojca rodziny. *Lex Iulia et Papia Poppaea* celu swego nie osiągnęła; rozwody w dalszym ciągu były powszechnie praktykowane. Tertuljan († 240) tak charakteryzuje rozwody w epoce cesarstwa pogańskiego: „Repudium iam et votum est, quasi matrimonii fructus”,⁹ czyli wyjść z małżeństwa znaczy tyle, co rozwieść się, bo rozwód jest naturalnem następstwem małżeństwa.

¹ KLINGMÜLLER, *Iudicium de moribus* w Pauly-Wissowa, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft t. 9 s. 2483.

² PLIN., *Nat. hist.* 14, 13, 90.

³ PLUT., *Mar.* 38.

⁴ VAL. MAX. 8, 2, 3.

⁵ CIC., *Top.* 4, 19; GELL., *Noct. Att.* 10, 23.

⁶ GAUJUS 4, 102; ULP., *Reg.* 6, 13; Constantius i Constans, C. Th. 3, 13, 1; Hon., Theod., C. Th. 3, 16, 2; Iustin., C. 5, 17, 11, 2.

⁷ CIC., *Top.* 4, 19.

⁸ VAL. MAX. 8, 2, 3; PLUT., *Mar.* 38; PLIN., *Nat. hist.* 14, 13, 90.

⁹ TERTULLIANUS, *Apologeticus*, 6 (Migne, P. L., 1, 354 n.).

Wielkie znaczenie w dziedzinie rozwiązywania małżeństw dzieci przez despotyczną władzę *patrisfamilias* miało rozporządzenie przypisywane Antoninowi Piusowi, a występujące u Dioklecjana i Justynjana jako rozporządzenie Marka Aurelego.¹ Rozporządzenie to stanowi, że, jeżeli *paterfamilias* zgodził się na małżeństwo córki, później nie mógł zmusić jej do rozwodu w razie zgodnego z mężem pożycia, *matrimonium bene concordans*, chyba że istniała wielka i słuszną przyczyna — „*magna et iusta causa interveniente*”. Jeżeli córka została emancypowana, ojciec nie miał żadnej władzy odnośnie do jej rozwodu.² Ulpjan podaje następujące umotywowanie tego rozporządzenia, uszczuplającego prawa władzy ojcowskiej: „*Ne bene concordantia matrimonii iure patriae potestatis turbentur. Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat*”.³ W prawie justynjańskim *paterfamilias* tego prawa już nie posiada.⁴

¹ PAUL., *Sent.* 5, 6, 15; Diocl. i Maxim., C. 5, 17, 5 pr.; Iustin., C. 5, 17, 12. DI MARZO, *Lezioni sul matr. rom.* s. 76, jest zdania, że konstytucja ta została wydana przez Antonina Piusa, a później została potwierdzona przez Marka Aurelego i innych jeszcze cesarzy.

² PAUL., *Sent.* 5, 19, 2; 5, 6, 15; Ulp., D. 24, 1, 32, 19; 43, 30, 1, 5; *Fr. Vat.* 116; Diocl. i Maxim., C. 5, 17, 5 pr. SOLAZZI, *In tema di divorzio. I. Il divorzio della figlia familias* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. t. 34 (1925) s. 1—28, stwierdza, że wszystkie teksty przytoczone są interpolowane. Por. także LONGO, *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias* w Bull. dell'Ist. d. d. r. t. 40 s. 202 n.; ARANGIO-RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri* s. 78 n. W prawie lokalnem grecko-egipskiem ojciec wogóle mógł rozwodzić córki swoje nawet wbrew ich woli. Por. TAUBENSCHLAG, *Die patria potestas im Recht der Papyri* w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 37 s. 188. Wpływy rzymskie spowodowały jednak pewne ograniczenia tej władzy. Por. COSTA, *I papiri fiorentini* w Atti del R. Istituto Veneto t. 66 (1906—7) II s. 107 n.; MITTEIS, *Neue Rechtsurkunden aus Oxyr.* w Arch. P. F. I, 343 n.

³ D. 43, 30, 1, 5. SOLAZZI, tamże s. 17—22, dowodzi, że tekst ten zawiera trzy zmiany, które pochodzą z czasów tak przedjustynjańskich, jak również justynjańskich; por. także EISELE w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 13 s. 130; BERGER, *Interdictum* w Pauly-Wissowa, Realencykl. t. 9 s. 1642.

⁴ Iustin. (534), C. 5, 17, 12.

Wyzwolenica jednak nie mogła się rozwieść z patronem bez jego zezwolenia, *invito patrono*. Modestyn głosi: „Patrono invito liberta, quam in matrimonio habuit, ab eo discedere non potest”.¹ W wypadku faktycznego rozwiązania małżeństwa prawnie trwać ono nie przestawało — „iure durat matrimonium”.² Stąd też wyzwolenica bez zgody patrona nie mogła, ani zawrzeć drugiego małżeństwa, ani wytoczyć skargi o posag.³ Podobnie patron nie mógł wytoczyć przeciwko niej *actio rerum amotarum*, ani nie mógł zawrzeć innego małżeństwa, nawet konkubinatu, gdyż świadczyłoby to o zgodzie z jego strony.⁴ Powyższy zakaz nie odnosił się jednak do wyzwolenic, które zostały wyzwolone *ex causa fideicommissi*, mogły one bowiem *invito patrono* zawrzeć drugie małżeństwo.⁵

3. W dziedzinie prawa rozwodowego zasadnicze reformy wprowadzili cesarze chrześcijańscy. Bez wątpienia wielki wpływ wywarła tu nauka chrześcijańska o nierozzerwalności sakramentu małżeństwa. Nauka chrześcijańska wogóle potępia rozwody i głosi nierozzerwalność związku małżeńskiego. Chrystus na zapytanie faryzeuszów, czy godzi się człowiekowi opuścić żonę swoją dla jakiegokolwiek przyczyny, odpowiedział: „Dlatego opuści człowiek ojca i matkę i złączy się z żoną swoją i będą dwoje w jednym ciele... Co tedy Bóg złączył, człowiek niechaj nie

¹ D. 24, 2, 10; Ulp., D. 24, 2, 11 pr.; PAUL., *Sent.* 5, 6, 15; VOLTERRA, *Sul divorzio della liberta* w Studi in onore di Riccobono III; SOLAZZI, *Studi sul divorzio*. II. *Il divorzio della liberta* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. t. 34 (1925) s. 295—311.

² Ulp., D. 38, 11, 1, 1. SOLAZZI, tamże s. 307 n., dowodzi, że nierozzerwalność małżeństwa wyzwolenicy należy do przepisów prawa poklasycznego. Nierozzerwalność małżeństwa wyzwolenicy stwarza stanowisko analogiczne do dzisiejszej separacji, która była instytucją nieznaną prawu bizantyńskiemu.

³ Ulp., D. 24, 2, 11 pr.; 23, 2, 45 pr.; Alex., C. 5, 5, 1; 6, 3, 9.

⁴ Ulp., D. 24, 2, 11, 2.

⁵ Marcell., D. 23, 2, 50; Modest., D. 24, 2, 10. SOLAZZI, *Studi sul divorzio*. II. *Il divorzio della liberta* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. t. 34 (1925) s. 295—311; LEVY, *Hergang d. röm. Ehescheidung* s. 136 n.; OKĘCKI, *Prawo rodzinne u Rzymian* t. 1 s. 75 n.

rozłącza”.¹ Dalej Chrystus podaje: „A powiadam wam, iż ktobykolwiek opuścił żonę swoją, oprócz dla poróbstwa, a inszaby pojął, cudzołoży; a ktoby opuszczoną pojął, cudzołoży”.² Słowa te były drogowskazem i ideałem, do którego stopniowo zmierzano. Liczni pisarze i Ojcowie Kościoła, opierając się na tych słowach boskiego Mistrza, wypowiadają się przeciwko rozwodom.³ Już Pasterz Hermasa mówi jasno o nierozzerwalności związku małżeńskiego w razie popełnienia przez żonę cudzołóstwa.⁴ Podobne zdanie wygłasza również Klemens Aleksandryjski.⁵ Według św. Teofila Antjocheńskiego zwyczaj rozwodzenia się jest niegodny chrześcijan.⁶ Przeciwko rozwodom wypowiadają się także: Tertuljan,⁷ Orygenes,⁸ Laktancjusz,⁹ Bazyli W.,¹⁰ Ambroży,¹¹ Epifanijusz,¹² Augustyn.¹³ Niektórzy z nich występują przeciwko ustawodawstwu świeckiemu, które uznawało rozwody. I tak, św. Jan Chryzostom powiada: „Nie mów mi o prawach, które pozwalają dawać list rozwodowy i rozwodzić się; Bóg na sądzie ostatecznym

¹ MAT. XIX, 3—6.

² MAT. V, 32; XIX 9; MAR. X, 11; ŁUK. XV, 18; I Kor. VII, 10—11; Rzym. VII, 2—3.

³ Teksty ich przytaczają: PERRONE, *De matrimonio christiano* t. 3 s. 243—340; PALMIERI, *De matrimonio christiano* s. 145 n.; ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 101 n.; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 769 n.; MOY, *Das Eherecht der Christen in der morgenländischen und abendländischen Kirche bis zur Zeit Karls d. Grossen*. Regenberg 1833 s. 28 n.

⁴ HERMAS, *Pasterz*, Mand. IV, c. 1. Pisma Ojców Kościoła (tłum. Ks. Lisiecki) t. 1 s. 320 n.

⁵ CLEM. ALEX., *Strom.* II, 23 (Migne, P. G., 8, 1085).

⁶ THEOPHIL. ANTIOCH., *Ad Autolycum*, III, 15, (Migne, 6, 1142).

⁷ TERTULLIANUS, *Adversus Marcionem*, IV, 34 (Migne, P. L., 2, 472 n.).

⁸ ORIGENES, *Commentar. in Matth.*, XIV, 23 (Migne, 13, 1243 n.).

⁹ LACTANT., *Instit. divin.*, VI, 23 (Migne, P. L., 6, 716 n.).

¹⁰ BASILIUS, *Ep. 188 ad Amphiloichium*, c. 9 (Migne, 32, 678).

¹¹ AMBROS., *De Abraham*, I, 7 (Migne, 14, 464 n.).

¹² EPIPHAN., *Adversus haereses, haeres.* 59, c. 4 (Migne, 41, 1022—6).

¹³ AUGUSTIN., *De bono coniugali*, XXIV, 32 (Migne, 40, 394); *De nupt. et concup.*, I, 10 (Migne, 44, 420); *De coniugiis adulterinis*, II, 17 (Migne, 40, 483 n.). Naukę św. Augustyna o nierozzerwalności małżeństwa przedstawia PETERS, *Die Ehe nach der Lehre des hl. Augustinus* s. 46—58.

nie będzie sądził według tych praw, ale według praw swoich, które dla ludzi ustanowił”.¹ Św. Ambroży tak o tem mówi: „Et putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet? Sed prohibet lex divina”.² Podobnie wyraża się w tej sprawie papież Grzegorz I (590—604): „Verum sciendum est, quia etsi hoc lex humana concessit, lex tamen divina prohibuit”.³ Przeciwno rozwodom wypowiadają się także liczni papieże⁴ i synody.⁵

Cesarze chrześcijańscy, kierując się nauką chrześcijańską, stanęli na stanowisku stopniowego przeprowadzania zasady nierozzerwalności związku małżeńskiego.⁶ Przedewszystkiem zaczęli wprowadzać pojęcie przyczyn słusznych — *iustae causae*, na podstawie których rozwód był dozwolony i niekarany; dawne tradycyjne przyczyny miały oparcie tylko na *mores*, a nie na ustawie. Następnie, wprowadzają po raz pierwszy kary na osoby, rozwodzące się bez słusznej przyczyny. Dawne *retentiones*, ustanowione przez *lex Iulia*, nie posiadały ani nazwy ani charakteru kar rozwodowych.⁷ Cesarze ci wypowiedzieli otwartą walkę prze-

¹ S. CHRYSOST., *De libello repudii*, 1 (Migne, 51, 219).

² S. AMBROSIUS, *In Lucam*, c. 16 = c. 2 C. 33 q. 2.

³ S. GREGORIUS I, *Ep.* 39 = c. 19 C. 27 q. 2.

⁴ INNOCENTIUS I (401—417), *Ad Exuperium*, c. 6 (Migne, 20, 500 n.); *Ad Probum* (Migne, 20, 602 n.); *Ad Victricium*, c. 13 (Migne, 20, 478 n.); LEO M. (440—461), *Epist.* 159 *ad Nicetam*, c. 1 (Migne, 54, 1136 n.).

⁵ Conc. Eliberitanum (300—6), c. 9 = c. 8 C. 32 q. 7; *Codex canonum Ecclesiae Africanae*, c. 112 (Mansi, 3, 806); Conc. Andegav. (453), c. 3 (Mansi, 7, 901) etc.

⁶ TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 75 n.; VAN WETTER, *Cours élém. de droit romain* t. 1 s. 91; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio rom.* s. 83 n.; BONFANTE, *Storia del dir. rom.*² s. 540; tenże, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 256; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di dir. rom.*² s. 4 n.; tenże *Corso di istituz. di dir. rom.* t. 1 s. 9; BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del cristianesimo sul dir. rom.* w *Mélanges Girard* t. 1 s. 67 n.; GIRARD, *Manuel élém. de droit rom.*⁵ s. 71, 166; COSTA, *Storia del dir. rom. priv.*² s. 33 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 368 n.; RICCOBONO, *Corso di diritto romano*. Milano 1933—34, cz. II s. 585—6.

⁷ Wprawdzie w Digestach mamy dwa teksty, mówiące o karach za rozwody: Pomp., D. 45, 1, 19 i Paul., D. 49, 15, 8, ale są one interpolowane. Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 257 uw. 1.

ciwko rozwodom, której zakończenie sięga średniowiecza, a uwięzieniem której była gruntowna zmiana dawnych pojęć rzymskich w tej dziedzinie. Wpływ Kościoła na świeckie prawo rozwodowe był większy na Zachodzie, niż na Wschodzie. Na Zachodzie w średniowieczu Kościół doszedł do całkowitego usunięcia rozwodów i wprowadzenia na ich miejsce separacji *a toro et mensa*. Dopiero reformacja w czasach nowożytnych wprowadziła ponownie rozwody w znacznej części Europy.¹ Na Wschodzie kościół schizmatycki, wskutek zależności swej od władzy świeckiej, w praktyce stosował wprost zasady świeckiego prawa rozwodowego.² Dużo w tym kierunku uczynili już poprzednicy Justynjana, najważniejsze jednak reformy wprowadził sam Justynjan. Niektóre przepisy prawa justynjańskiego dostały się nawet do zbiorów prawa kanonicznego na Wschodzie i stały się źródłem miarodajnym dla praktyki kościelnej.

Pierwszy przeciwko rozwodom wystąpił Konstantyn Wielki.³ W konstytucji z r. 331 ustanowił trzy przyczyny słuszne do rozwodu, którymi są trzy przestępstwa, *crimina*, popełnione przez jednego z małżonków. I tak, żona mogła rozwieść się, jeżeli mąż popełnił zabójstwo, truciicielstwo lub naruszył groby, mąż zaś mógł rozwieść się, jeżeli żona popełniła cudzołóstwo, truciicielstwo lub utrzymywała dom publiczny.⁴ W razie dokonania rozwodu bez powyższych przyczyn mąż musiał zwrócić żonie posag, a nadto nie mógł wstąpić w powtórne związki małżeńskie. Żona w razie bezprawnego rozwodu traciła na korzyść męża wszystko aż do szpileczki do włosów, a nadto była skazana na deportację na wyspę.⁵ Rozporządzenie Konstantyna utrzymało się w swej mocy za jego życia oraz jego synów. Julian Apostata, synowiec Konstantyna W., z pobudek nienawiści do chrystja-

¹ RIVIER, *Précis du droit de famille romain* s. 230.

² ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 98 n., 104 n.; MILAŠ, *Das Kirchenrecht d. morgenländ. Kirche* s. 549 n.

³ CAYRÉ, *Le divorce au IV^e siècle dans la loi civile et les canons de S. Basile* w *Echos d'Orient* t. 19 s. 295—321.

⁴ C. Th. 3, 16, 1.

⁵ C. Th. 3, 16, 1.

nizmu przywrócił dawną wolność rozwodów. Wynika to ze słów św. Augustyna, które mówią o edykcje Juljana, udzielającym kobietom wolności rozwodzenia się,¹ a także z konstytucji Juljana z r. 363, która przywraca w całości *retentiones* przy zwrocie posagu.² Dłużej, bo około dwóch wieków, utrzymał się przepis Konstantyna w *Lex romana Burgundionum*³ i w *Edictum Theodorici*.⁴

Następnie, Honorjusz, Teodozjusz i Konstancjusz wydali w r. 421 nową konstytucję w tej materji, na mocy której wprowadzili różnicę pomiędzy rozwodami dokonanymi wskutek przyczyn poważnych — *graves causae* albo *magna crimina*, a rozwodami dokonanymi wskutek przyczyn błahych — *mediocres culpa*e albo *morum vitia*. Kary ustanowione przez Konstantyna odnosiły się jedynie do rozwodów zupełnie dowolnych, *repudium sine causa*, kary natomiast ustanowione przez Honorjusza, Teodozjusza i Konstancjusza odnosiły się również do rozwodów dokonanych dla przyczyn błahych, spowodowanych przez *morum vitia*. Według przepisów tych inne istniały kary dla mężczyzn, a inne dla kobiet i dotyczyły osoby, która dopuściła się winy. I tak, jeżeli rozwód został spowodowany przez *crimina magna*, to mężczyzna, rozwodzący się z powodu przestępstwa kobiety, zachowywał posag, otrzymywał zpowrotem darowiznę małżeńską i nie był ograniczony przy zawieraniu powtórnego małżeństwa, kobieta zaś, rozwodząca się z powodu przestępstwa męża, zatrzymywała posag i darowiznę małżeńską, lecz powtórne małżeństwo mogła zawrzeć dopiero po pięciu latach. W razie dokonania rozwodu z powodu *mediocris culpa* kobieta traciła posag, musiała zwrócić darowiznę małżeńską i nie mogła zawrzeć powtórnego małżeństwa, mężczyzna zaś tracił posag, lecz otrzymywał zpowrotem darowiznę małżeńską i mógł zawrzeć powtórne małżeństwo, ale dopiero po dwóch latach. Wreszcie, w razie dokonania rozwodu *sine causa*, kobieta

¹ S. AUGUSTINUS, *Quaest. ex utroque test.*, 115 (Migne, 35, 2347 n.).

² C. Th. 3, 13, 2.

³ Tit. 21.

⁴ Cap. 54.

traciła nietylko posag, darowiznę ślubną i zdolność zawarcia powtórnego małżeństwa, ale nadto była skazana na deportację, mężczyzna zaś tracił darowiznę, posag oraz zdolność zawarcia powtórnego małżeństwa — „perpetuo coelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis moerore sustineat”.¹

Rozporządzenie łagodniejsze wydali cesarze Teodozjusz II i Walentynjan III w r. 449.² Uwzględnia ono po raz pierwszy *favor liberorum*, jako przyczynę, utrudniającą rozwiązanie małżeństwa. Cesarze ci rozszerzyli ilość przestępstw, powodujących rozwód. Według nich żona mogła rozwieść się, jeżeli mąż był cudzołożnikiem, zabójcą, truciicielem, spiskowcem przeciwko cesarzowi, jeżeli został skazany za przestępstwo fałszerstwa, naruszał groby, kradł ze świątyni, jeżeli był rozbójnikiem lub przechowywał rozbójników, wykradał ludzi lub bydło, utrzymywał stosunki towarzyskie w domu swoim z kobietami bezwstydnymi wobec swej żony, nastawał na życie żony zapomocą trucizny, broni albo w jaki inny sposób, lub wreszcie bił swoją żonę. Podobnie mąż mógł rozwieść się, jeżeli żona była cudzołożnicą, zabójczynią, truciicielką, jeżeli wykradała ludzi, naruszała groby, kradła ze świątyni, sprzyjała rozbójnikom, brała udział w ucztach z obcymi mężczyznami bez wiedzy lub wbrew woli swego męża, nocowała poza domem wbrew woli męża bez żadnej słusznej przyczyny, chodziła bez zezwolenia męża do teatru lub na inne igrzyska, nastawała na jego życie zapomocą trucizny, broni lub w jaki inny sposób, wiedziała o zamachu na cesarza i o tem nie doniosła, była współniczką przestępstwa fałszerstwa lub podniosła rękę na swego męża.³

Cesarze Teodozjusz II i Walentynjan III znoszą również różnicę pomiędzy rozwodami zupełnie dowolnymi, *sine causa*, a rozwodami z powodu błażej przyczyny, *ex mediocri culpa*: pierwsze i drugie są uważane za bezprawne i jednakowo karane. Jeżeli zatem rozwiodła się kobieta bez przyczyny lub z powodu przyczyny przez prawo nieprzewidzianej, to traciła posag i *donatio*

¹ C. Th. 3, 16, 2 = C. 9, 9, 34 (35).

² C. 15, 17, 8.

³ C. 5, 17, 8, 1—3.

ante nuptias, a nadto nie mogła w przeciągu pięciu lat wstąpić w powtórne związki małżeńskie. Jeżeli udowodniła istnienie przyczyny prawnej, to otrzymywała zpowrotem posag i *donatio ante nuptias*, a także po roku mogła zawrzeć powtórne małżeństwo. Jeżeli rozwiódł się mężczyzna bez przyczyny prawnej, to był obowiązany zwrócić posag i tracił darowiznę małżeńską, lecz w razie rozwodu z powodu słusznej przyczyny otrzymywał posag i darowiznę małżeńską, a także mógł bez żadnej przeszkody zawrzeć powtórne małżeństwo.¹ Jeżeli z małżeństwa rozwiedzionego pozostają dzieci, to wszystko, cokolwiek z tytułu małżeństwa przypadało stronie drugiej, przechodziło po jej śmierci na dzieci. Zatem w razie niesłusznego rozwodu ze strony ojca, matka ma przechowywać dla dzieci *donatio ante nuptias*, a w razie niesłusznego rozwodu ze strony matki, ojciec ma przechowywać dla dzieci posag. Majątku tego nie wolno, ani aljenować, ani obciążać przez żadne umowy.² Przepisy powyższe nie dotyczyły wcale rozwodu *communi consensu*, który pozostał zawsze zupełnie dowolnym. Wynika to jasno z konstytucji cesarza Anastazego z r. 497, która w danym wypadku wyraźnie zezwala kobiecie na zawarcie małżeństwa powtórnego w ciągu jednego roku, czyli w terminie zwykłym dla każdego rozwiązania małżeństwa, a nie w ciągu pięciolecia.³

Z cesarzy chrześcijańskich najwięcej zajmował się prawem rozwodowym Justynjan. Starał się on uzgodnić przepisy prawa rozwodowego z prawem naturalnem i kościelnem. Celu tego nie zdołał jednak osiągnąć, gdyż pomiędzy prawami temi pozostały nadal zasadnicze różnice, a przedewszystkiem utrzymała się sama idea rozwodów.⁴ Nowela justynjańska 22, poświęcona wyłącznie prawu małżeńskiemu, na czele przepisów podaje następującą zasadę o rozwodach: „Quae in hominibus subsequuntur,

¹ C. 5, 17, 8, 4—5.

² C. 5, 17, 8, 7—8.

³ C. 5, 17, 9.

⁴ Nov. 22, 4; 117, 11. Konkretny przykład rozwodu z VI w. podają P. Oxy I, 129 w MITTEIS, *Chrestomathie* n. 296. Por. MITTEIS w *Hermes* t. 34 (1899) s. 105—6.

quidquid ligatur, solubile est".¹ Utrzymała się również w kodyfikacji justynjańskiej dawna zasada pogańska „pacta, ne liceret divertere, non valere”.² Rozwody przeprowadzano nadal i to w drodze aktu prywatnego bez interwencji sądu. Były dozwolone także małżeństwa powtórne osób rozwiedzionych. Mimo to Justynjan wprowadził w tej dziedzinie bardzo liczne reformy. Jeżeli chodzi o rozwód jednostronny z powodu winy jednego z małżonków, *repudium ex iniusta causa*, to istnieje on również w prawie justynjańskim. Początkowo Justynjan uznał te same przyczyny do rozwodu, które ogłosił w swej konstytucji Teodozjusz II i Walentynjan III, dodając tylko do nich trzy nowe na korzyść mężczyzn, a mianowicie mąż może rozwieść się, jeżeli żona dokona spędenia płodu, albo kąpie się we wspólnej kąpieli z mężczyznami, albo wreszcie, jeżeli podczas trwania pierwszego małżeństwa szuka drugiego męża.³ Przytem postanowił, że, jeżeli nie było ustanowionego ani posagu ani darowizny małżeńskiej, małżonek winny obowiązany był przekazać drugiemu małżonkowi czwartą część swego majątku i, jeżeli niema dzieci, to na własność, a jeżeli są dzieci, to w użytkowanie, rezerwując dla nich *nudam proprietatem*, z tem jednak zastrzeżeniem, aby nie przewyższała ona 100 funtów złota; przepis ten później został potwierdzony w Nowelach.⁴

Nowela 22, wydana w 535 r., nie wprowadza jeszcze nowych postanowień, lecz potwierdza tylko konstytucję Teodozjusza II i Walentynjana III oraz konstytucję Justynjana z r. 533. Nowela 117 z r. 542 natomiast wprowadziła zasadnicze zmiany. Unormowała ona inaczej sprawę rozwodu jednostronnego z powodu winy jednego z małżonków. Niektóre winy, według niej, zostały uznane za niewystarczające do otrzymania rozwodu. I tak, mężczyzna mógł rozwieść się bez żadnych ujemnych dla siebie następstw w wypadkach następujących: 1) jeżeli żona wiedziała

¹ Nov. 22, 3.

² Alex. (223), C. 8, 38 (39), 2.

³ C. 5, 17, 11 (533 r.).

⁴ Nov. 22, 18; 53, 6; 74, 5; 117, 15. Por. ZACHARIAE v. LINGENTHAL w Zeitschr. d. Sav.-St. t. 13 s. 15.

o zamachu na cesarza i o tem nie doniosła, 2) jeżeli zostało stwierdzone cudzołóstwo żony, 3) jeżeli żona nastawała na życie męża albo wiedziała, że inne osoby to czynią, a mężowi nie doniosła, 4) jeżeli wbrew woli swego męża brała udział w zabawach z obcymi mężczyznami albo kąpała się z nimi, 5) jeżeli wbrew woli męża przebywała poza domem z wyjątkiem domu rodzicielskiego i 6) jeżeli bez wiedzy lub wbrew woli męża uczęszczała na widowiska do cyrku, teatru lub amfiteatru. Żona zaś mogła rozwieść się bez żadnych ujemnych dla siebie następstw w następujących wypadkach: 1) jeżeli mąż czynił zamach na cesarza lub wiedział o zamachu na cesarza i o tem nie doniósł, 2) jeżeli nastawał na życie żony albo wiedział, że inne osoby to czynią, a żony o tem nie powiadomił, 3) jeżeli godził na czystość żony albo chciał oddać ją innym w celu cudzołóstwa, 4) jeżeli oskarżył ją o cudzołóstwo, którego nie zdołał udowodnić i 5) jeżeli w swym domu albo w domu innym swego miasta utrzymywał stałą kochankę i mimo napomnienia nie chciał jej porzucić.¹

Co się tyczy sankcji karnej za rozwód bez żadnej przyczyny słusznej — *repudium sine ulla causa*, to Justynjan przyjęte przez siebie w Noweli 22 przepisy,² wydane przez Teodozjusza II i Walentynjana III, w Noweli 117 znacznie zmienił. Przedewszystkiem zwiększył w niej kary w wypadku rozwodu bez słusznej przyczyny. I tak, jeżeli rozwodziła się kobieta, zamykano ją na całe życie w klasztorze, traciła posag na korzyść swego męża, a także utracala wszelki inny majątek na korzyść dzieci, ascendentów lub klasztoru. Jeżeli miała dzieci, to dwie trzecie części przechodziły na dzieci, a jedna trzecia na klasztor; jeżeli dzieci nie miała, to dwie trzecie części przechodziły na klasztor, a jedna trzecia na ascendentów; jeżeli wreszcie nie miała ani dzieci ani ascendentów, wszystko przechodziło na klasztor. Jeżeli rozwodził się mężczyzna, musiał zwrócić posag razem z darowizną małżeńską, a także tracił z pozostałego majątku tyle, ile wynosiła trzecia część darowizny małżeńskiej, która przechodziła na własność ko-

¹ Nov. 117, 8—9.

² Nov. 22, 15, 1—3.

biety, jeżeli nie posiadała dzieci, a jeżeli posiadała dzieci, to w użytkowanie.¹ Następnie, w Noweli 127 z r. 548 Justynjan zniósł różnicę odnośnie do kar pomiędzy mężczyzną i kobietą. Przepis ten Justynjan oparł na zasadzie, że, gdzie jest równe przestępstwo, tam powinna być również równa kara.² W noweli 134 z r. 556 stanowi on, że tak mężczyzna, jak również kobieta powinni być zamknięci w klasztorze i ukarani utratą majątku na korzyść descendantów w dwóch trzecich części i na korzyść klasztoru w jednej trzeciej części; w braku zaś descendantów — na korzyść ascendentów w jednej trzeciej części, a na korzyść klasztoru w dwóch trzecich części; w braku wreszcie ascendentów lub w razie ich zgody na rozwód cały majątek przechodził na klasztor.³

Analogiczne kary majątkowe wprowadziła Nowela 117 przeciwko małżonkom, którzy spowodowali przyczynę do rozwodu. I tak, kobieta, powodująca przyczynę do rozwodu, traciła posag, który pozostawał przy mężu na własność, jeżeli z małżeństwa tego nie było dzieci, a w użytkowanie, rezerwując własność dla dzieci, jeżeli były dzieci;⁴ nadto, rozumie się samo przez się, nie mogła żądać darowizny małżeńskiej. Jeżeli przyczynę do rozwodu spowodował mężczyzna, to obowiązany był zwrócić posag i płacił darowiznę przedślubną, która, jeżeli były dzieci, przechodziła w użytkowanie kobiety, z zastrzeżeniem własności dla dzieci, a jeżeli nie było dzieci, przechodziła na własność kobiety.⁵

Justynjan ustanowił także surowe kary na małżonka, który przez cudzołóstwo dał powód do rozwodu. I tak, żona cudzołożna traciła posag i darowiznę przedślubną, a także z pozostałego majątku, jeżeli nie miała dzieci, tyle przechodziło na męża, ile wynosiła trzecia część posagu. Jeżeli posiadała dzieci z tego małżeństwa, posag i inny jej majątek był zastrzeżony dla dzieci.⁶ Jeżeli mąż popełnił cudzołóstwo, żona

¹ Nov. 117, 13.

² Nov. 127, 4. Por. TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w Studi Bonfante t. 1 s. 423.

³ Nov. 134, 11.

⁴ Nov. 117, 8 pr.

⁵ Nov. 117, 9 pr.

⁶ Nov. 117, 9 § 4.

nabywała posag i *donatio propter nuptias*, lecz, jeżeli żona miała dzieci, *donatio* przechodziła na własność dzieci, a jej przysługiwało tylko użytkowanie, jeżeli zaś nie miała dzieci, to posag i darowiznę przedślubną nabywała na własność. Inny majątek męża przechodził na dzieci, a jeżeli dzieci nie miała, przechodził na skarb państwowy.¹ W razie fałszywego oskarżenia przez męża o cudzołóstwo, jeżeli niema dzieci, żona otrzymuje, oprócz posagu i darowizny przedślubnej, tyle z majątku męża, ile wynosi trzecia część darowizny przedślubnej, a jeżeli są dzieci, majątek męża, wyjąwszy darowiznę przedślubną, przechodzi na dzieci; nadto mąż ponosił te same kary, jakie poniosłaby żona, gdyby oskarżenie zostało udowodnione.² W razie niedozwolonego obcowania męża z innemi kobietami, żona rozwiedziona otrzymywała, oprócz posagu i darowizny *propter nuptias*, także część majątku męża, równającą się trzeciej części darowizny przedślubnej, z zastrzeżeniem dla dzieci własności darowizny przedślubnej i tej trzeciej części majątku, jeżeli zaś dzieci z małżeństwa tego niema, żona otrzymywała te rzeczy na własność.³

Nowela 117 zmienia również przepis poprzedni odnośnie do wypadku, kiedy nie został ustanowiony ani posag ani *donatio propter nuptias*. Jeżeli w wypadku tym rozwodzi się współmałżonek bez słusznej przyczyny, albo jeżeli spowoduje przyczynę do rozwodu, to poprzednio małżonek niewinny miał prawo do czwartej części majątku drugiego małżonka, byle tylko wartość jej nie przewyższała stu funtów złota, przyczem, jeżeli nie było dzieci, majątkiem tym mógł dysponować według swej woli, a jeżeli były dzieci, majątek ten musiał być dla nich zachowany na wzór posagu i darowizny przedślubnej,⁴ obecnie zaś na mocy Noweli 117 mężowi nie przysługuje nigdy prawo do czwartej części majątku winnej żony, a co się tyczy żony, to należy tu odróżnić wypadki, kiedy ma ona troje dzieci, a kiedy ma ich więcej:

¹ Nov. 117, 8 § 2.

² Nov. 117, 9 § 4.

³ Nov. 117, 9 § 5.

⁴ Iustin. (533), C. 5, 17, 11, 1; Nov. 22, 18; 53, 6; 74, 5.

w wypadku pierwszym żonie przysługuje prawo do czwartej części majątku męża, w wypadku drugim przysługuje jej prawo tylko do takiej części, jaka przysługuje każdemu dziecku, a przytem tylko w użytkowanie, gdyż własność powinna być zachowana dla dzieci.¹ Utrzymał się nadal w swej mocy przepis Justynjana, skierowany do ukrócenia rozwodów, że, jeżeli rodzice ustanowili posag lub *donatio propter nuptias*, do ważności rozwodu konieczne jest ich zezwolenie.²

Oдноśnie do *divortium bona gratia*, t. zn. rozwodu jednostronnego na podstawie przyczyn przez prawo uznanych, lecz bez winy ze strony małżonków, Nowela 117 także wprowadza pewne zmiany.³ W przeciwstawieniu do dawnych przyczyn przedjustynjańskich: niepłodności, wieku podeszłego, choroby umysłowej, służby wojskowej i kapłaństwa,⁴ uznaje ona *divortium bona gratia* tylko w trzech wypadkach: 1) w razie niezdolności fizycznej do pożycia małżeńskiego ze strony męża, ale dopiero po trzech latach od chwili zawarcia małżeństwa,⁵ 2) w razie wstąpienia jednego z małżonków do zakonu⁶ i 3) w razie dostania się małżonka do niewoli, jeżeli w ciągu pięciu lat nie było o nim żadnej wiadomości.⁷ Rozwód we wszystkich tych wypadkach nie powoduje żadnych ujemnych następstw majątkowych dla obydwóch stron: żona zatrzymuje swój posag, a mąż nie płaci darowizny przedślubnej.

Największą reformą prawa rozwodowego, dokonaną przez Justynjana pod wpływem moralności chrześcijańskiej, był zakaz

¹ Nov. 117, 5.

² Nov. 22, 19.

³ COHN, *Über den Begriff des bona gratia divortium* w Zeitschr. f. Rechtsgeschichte t. 13 (1878) s. 411—45.

⁴ Gai., D. 24, 1, 61; Hermog., D. 24, 1, 60, 1. Choroba umysłowa, furor, jednego z małżonków w zasadzie małżeństwa nie rozrywała, lecz, jeżeli dochodziła do takiego stopnia, że nie było żadnej nadziei wyzdrowienia — „ut sanitatis nulla spes supersit”, rozwód był usprawiedliwiony. Por. Ulp., D. 24, 3, 22, 7.

⁵ Nov. 117, 12. Przyczynę tę zna już C. 5, 17, 10 (528 r.) i Nov. 22, 6.

⁶ Nov. 117, 12. Przyczynę tę zna również Nov. 22, 5.

⁷ Nov. 117, 12.

pod surowemi karami rozwodu dwustronnego, czyli *divortium communi consensu*.¹ Początkowo Justynjan go uznawał, lecz w Noweli 117 postanowił, że rozwód na skutek obopólnej zgody jest dozwolony jedynie w tym wypadku, jeżeli małżonkowie wstępują do zakonu.² Wyjątek ten zresztą mógł być dokonany także na skutek woli jednego z małżonków, jako *divortium bona gratia*.³ Małżonkowie, rozwodzący się wskutek wzajemnej woli, poza wypadkiem wyjątkowym, byli karani w sposób następujący. Przedewszystkiem byli zamykani w klasztorze na całe życie, a następnie tracili posag i darowiznę przedślubną na korzyść swych dzieci. Jeżeli jeden z małżonków po złożeniu ślubu czystości w zakonie zawrze małżeństwo, to traci posag, darowiznę przedślubną i wszelki inny majątek, jaki posiadał, na korzyść swych dzieci, a jeżeli dzieci nie ma, majątek ten przypada fiskusowi. Jeżeli oboje małżonkowie zawrą małżeństwo, majątek ich obojga przechodzi na dzieci lub skarb państwowy.⁴ Zakaz rozwodu dwustronnego był wprost rewolucją przeciw tradycji dawnej i dlatego nie utrzymał się długo, bo już następca Justynjana Justyn II był zmuszony pod wpływem licznych presyj odwołać go w r. 566.⁵ Został on ponownie wprowadzony w Eklodze Leona Izauryjczyka i odtąd nie przestał już obowiązywać.⁶

Przepisy, znacznie dalej idące w kierunku zasad chrześcijańskich, wydali w czasach pojustynjańskich, t. j. po Noweli 117, cesarze Leon Izauryjczyk i syn jego Konstantyn w Eklodze w 740 r.⁷ Głoszą one jak następuje: „Mądrość Boga, Twórcy i Stworzyciela wszechrzeczy, poucza nas o jedności nierozłącznej tych, którzy w Panu zawarli małżeństwo. Albowiem po powołaniu z nicości do bytu mężczyzny, Bóg uczynił kobietę

¹ FERRINI, *Manuale di pandette*³ s. 881.

² Nov. 117, 10.

³ Nov. 22, 6; 117, 12.

⁴ Nov. 117, 10.

⁵ Nov. 140.

⁶ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts* s. 77.

⁷ *Eclog.* II, 12—13 Zob. ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts.* s. 78 n.

z mężczyzny; uczynił ją Bóg w inny sposób, chociaż mógł stworzyć ją tak samo jak mężczyznę. Z tego wyprowadza się zasadę, że, podobnie jak jedno ciało jednoczy się w dwóch osobach, tak samo małżeństwo jest nierozzerwalne. Dla tych samych względów Bóg nie rozdzielił kobiety od mężczyzny, kiedy za pokusą węża doprowadziła mężczyznę do gorzkiej rozkoszy, ani mężczyzny od kobiety, kiedy przestąpił wraz z nią przykazanie boskie, a tylko za upadek ukarał. Tę samą zasadę potwierdził Stwórca słownie, bowiem gdy faryzeusze zapytali, czy może mężczyzna dla jakiegokolwiek przyczyny rozłączyć się ze swoją żoną, otrzymali odpowiedź, co Bóg złączył, człowiek niechaj nie rozłącza, a to z obawy popelnienia cudzołóstwa. Zasadę tę także my chcemy naśladować i stosować i nie pragniemy niczego innego w sprawie tej rozporządzić. Zły obyczaj jednak pomiędzy ludźmi bardzo rozpowszechnił się i z tego powodu wiele osób, jeżeli nie żyje z sobą w miłości, dla różnych przyczyn, nawet błahych, rozchodzi się. Uważamy przeto za potrzebne w ustawie obecnej podać przyczyny, dla których małżeństwo można rozwiązać". Po tym wstępie mamy wyliczone cztery przyczyny do rozwodu, a mianowicie: 1) cudzołóstwo żony, 2) niezdolność płciową męża, 3) nastawanie na życie i 4) trąd. Inne przyczyny, jak np. choroba umysłowa, zostały zniesione.

Przepisy wydane przez cesarzy chrześcijańskich przeciwko rozwodom posiadały tę wielką wadę, że ogłaszały tylko kary za rozwody, natomiast samych rozwodów nie unieważniały. Podobnie przy zamykaniu małżonków w klasztorze sankcja karna nie wyrażała myśli, że małżeństwo dawne nadal trwa. Justynjan wyraża to jasno w Noweli, gdzie tak mówi: „Cum enim semel convenerit..., oportet causam omnino sequi etiam solutionem aut innoxiam aut cum poena, quoniam horum quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur, solubile est”.¹ Podobnie wyraża się Justyn II w Noweli, na mocy której przywrócił dawny rozwód za obopólną zgodą, gdzie tak czytamy: „Si enim (in) alterutrum adfectus nuptias solidat, (merito) contraria voluntas istas cum consensu

¹ Nov. 22, 3.

dissolvit, adsignificantibus rebus quae nuptias solvunt".¹ Dopiero późniejsi prawnicy bizantyńscy zaczęli przeprowadzać zasadę, że rozwód niedozwolony jest nieważny. Przy rozwodach dla przyczyn dozwolonych, nie było jednak wątpliwości, że rozwód jest ważny i małżeństwo powtórne dozwolone.²

B. Forma rozwodu.

Podobnie jak do zawarcia małżeństwa *cum manu* istniały pewne formy, tak samo obowiązywały formy do jego rozwiązania. Formy do rozwiązywania małżeństwa *cum manu* były różne, zależnie od sposobu jego zawarcia. Obowiązywała w tej dziedzinie zasada *contrarius actus*: małżeństwo zawarte w formie *confarreatio* musiało być rozwiązane zapomocą *diffarreatio*, a małżeństwo zawarte w formie *coemptio* lub *usus* — zapomocą *remancipatio*. Rozpatrzmy te formy rozwodu nieco bliżej.

Odnosnie do aktu *diffarreatio* zaznaczyć należy, że wymagał on współdziałania kapłanów i polegał na złożeniu ofiary Jowiszowi, bogu małżeństwa, oraz na wypowiedzeniu pewnych słów w znaczeniu przeciwnem, niż przy zawarciu — *certa contraria verba*. Festus powiada, że *diffarreatio* polegała na pewnego rodzaju ofierze z użyciem chleba pszennego.³ Plutarch wspomina, że przy rozwiązaniu małżeństwa byli obecni kapłani i sprawowali rzeczy straszne i smutne.⁴ W napisach mamy wzmiankę o *sacerdos confarreationum et diffarreationum*.⁵ Gdyby jednak nie było przyczyny do rozwodu, uznanej przez prawo sakralne, kapłan mógł odmówić swego udziału.⁶

O ile chodzi o małżeństwo zawarte w drodze *coemptio* lub *usus*, to rozwiązywano je przez *remancipatio*,

¹ Nov. 140, 1.

² Por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 268.

³ FESTUS, v. *diffarreatio*.

⁴ PLUT., *Quaest. Rom.* 50.

⁵ C. I. L., X, 6662.

⁶ SOHM, *Instytucje, historia i system rzymskiego prawa prywatnego* (tłum. Taubenschlag i Kozubski) s. 516 n.

t. j. sprzedaż pozorną żony w niewolę, po której następowała *manumissio* ze strony pozornego nabywcy. Mąż mianowicie mancypował żonę w obecności pięciu świadków i libripensa z obowiązkiem wyzwolenia jej, a nabywca ją wyzwalał.¹ Remancypacja *matrisfamilias* odpowiada całkowicie emancypacji *filiaefamilias*. Wola małżonki przy tym rozwodzie nie odgrywa żadnej roli: nie może ona, ani przeszkodzić rozwodowi, ani go spowodować.²

Do rozwiązania małżeństwa *sine manu* nie wymagano żadnej formy, lecz wystarczało jednostronne oświadczenie woli męża lub żony i zniesienie wspólności małżeńskiej.³ Lecz, podobnie jak przy zawieraniu małżeństwa, tak samo przy rozwodzie wytworzyła się pewna forma, aczkolwiek nie była ona konieczna. Autorowie rzymscy przekazują nam w tym względzie pewne formułki, jak np. *i foras, vade foras*,⁴ *baete foras*,⁵ *tuas res tibi habeto*, *tuas res tibi agito*, *quod tuum est teneas tecum*, *tibi habeas res tuas*, *redde meas*.⁶ Nie było jednakowoż żadnego przepisu prawnego, któryby ich używania nakazywał.⁷ Formułka ta niekoniecznie musiała być wypowiedziana osobiście; można było to uczynić za pośrednictwem posłańca lub listu, o czym świadczą różne wyrażenia, jak *repudium mittere* lub *nuntium*

¹ GAIUS 1, 115, 137 a, 195 a; FESTUS, v. remancipatam.

² SCHUPFER, *La famiglia secondo il dir. rom.* s. 184, mniema, że po rozwiązaniu małżeństwa przez rozwód manus nie gasła i dopóki nie została zniesiona pozostawała nadal, a razem z nią istniał pewien cień małżeństwa kwirytnego. Drudzy natomiast są zdania, że mąż nie mógł rozwieść się bez równoczesnego zgaśnięcia manus, w przeciwnym bowiem razie kobieta byłaby oddalona jako żona, a zatrzymana jako córka. Por. GASPAROLO, *Ius civile romanum* t. 1 s. 61 uw. 2.

³ LEVY, *Der Hergang d. röm. Ehescheidung* s. 76—94.

⁴ PLAUT., *Cas.* 2, 2, 35; MART. 11, 104.

⁵ VARRO apud NON. MARC., v. baetere. Por. BÜCHELER w *Jahrb. f. Philol.* 105, 565 n.; KÜBLER, *Geschichte d. röm. Rechts* s. 34; KNIEP, *Gaii Instit.* t. 1 s. 240. Język archaiczny tej formuły wskazuje na jej bardzo starożytne pochodzenie.

⁶ PLAUT., *Amph.* 3, 2, 47; *Trinum.* 2, 1, 30; *Cist.* 4, 2, 102; MART. 10, 41; CIC., *Phil.* 2, 28, 69; QUINTIL., *Decl.* 269; IUVEN., *Sat.* 6, 146; APUL., *Metam.* 5, 26; Gai., D. 24, 2, 2, 1.

⁷ Gai., D. 24, 2, 2, 1.

remittere.¹ Nieraz miały zastosowanie także pewne akty symboliczne, jak odebranie kluczy, wydalenie z domu² lub zniszczenie dokumentu umowy małżeńskiej, *tabulae nuptiales*.³ Formy te jednak nie miały żadnego znaczenia prawnego; zasadą było, że małżeństwo rozwiązuje się przez przerwanie *affectio maritalis* bez żadnej formy zewnętrznej.⁴ Niektórzy jednak autorzy uwiadomienie strony przeciwnej w jakiejkolwiek formie uważają, obok faktu zerwania wspólności życiowej, za istotną część składową rozwodu.⁵ Przepisy te, obowiązujące przy małżeństwie *sine manu*, zczasem przeniesiono także na małżeństwo *cum manu*.

Cesarz August w celu ukrócenia rozwodów nieuzasadnionych przepisał pod karą nieważności pewną formę przeprowadzania rozwodu. Ulpjan tak o tem mówi: „Item lex Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet”.⁶ Wedle formy przepisanej przez *lex Iulia de adulteriis* do rozwiązania małżeństwa wystarczało oświadczenie woli męża i zniesienie wspólności małżeńskiej, lecz oświadczenie to powinno być zakomunikowane stronie drugiej przez swego wyzwolenca w obecności siedmiu świadków obywateli rzymskich; przyczem było rzeczą zupełnie obojętną, czy było ono zakomunikowane w formie pisemnej, czy ustnej. Paulus podaje: „Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, praeter libertum eius qui divortium faciet”.⁷ Wiadomość strony drugiej nie była konieczna do ważności aktu.⁸ Jeżeli forma ta, *legitima observatio*, nie była zachowana, małżeństwo utrzymywało się nadal

¹ CIC., *De orat.* 1, 40; 1, 56; APUL., *Metam.* 9, 28.

² CIC., *Phil.* 2, 28, 69; PLAUT., *Cas.* 2, 2, 36; QUINTIL., *Decl.* 269.

³ TAC., *Ann.* 11, 30.

⁴ CIC., *De orat.* 1, 40.

⁵ LEVY, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* s. 53 n.; SOHM, *Instytucje, historia i system rzym. prawa pryw.* s. 517.

⁶ D. 38, 11, 1, 1; SUET., *Aug.* 34: „divortiis modum imposuit”. W sprawie formy wymaganej do rozwodu przez Augusta por. BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 246 n.; SOLAZZI, *Studi sul divorzio rom.* w Bull. dell'Ist. di dir. rom. t. 34 (1925) s. 312 n.; LEVY, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* s. 21 n., 47 n.

⁷ D. 24, 2, 9.

⁸ Ulp., D. 24, 2, 1; Diocl. (294), C. 5, 17, 6.

w swej mocy. Jasno wyraża to Ulpjan w słowach: „Si non secundum legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, cum non videatur solutum matrimonium”.¹ Podobne zdanie spotykamy także u Gajusa: „Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur”.² Z powyższego wynika, że w podobnym wypadku mimo rozvodu kobieta mogła zostać oskarżona o cudzołóstwo,³ a także darowizny pomiędzy małżonkami były nieważne.⁴ Wyjątek istniał dla *bonorum possessio unde vir et uxor*, która w wypadku tym nie miała zastosowania. Ulpjan wyraźnie głosi, że, chociaż według *lex Iulia de adulteriis* rozwód dokonany bez zachowania przepisanej formy jest nieważny, *bonorum possessio unde vir et uxor* niema zastosowania — „haec successio locum non habet”, ani względem strony rozwód posylającej, ani względem strony rozwód przyjmującej.⁵ Poza tem czysto formalnem ograniczeniem wolność rozwodów utrzymała się w prawie rzymskiem do samego końca.⁶ Forma ta obowiązywała tylko przy małżeństwie *cum manu*, lecz Justynjan, za którego czasów małżeństwo *cum manu* już dawno wyszło z użycia, wymagał jej do małżeństwa *sine manu*. W praktyce jednak, jako jedyna forma rozvodu, utrzymało się przesłanie *libellus repudiū* z pominięciem świadków.⁷

Istnieją jednak teksty prawne, z których wynika, że małżeństwo mogło być rozwiązane przez sam fakt przerwania *affectio maritalis*.⁸ Różne mamy opinie w sprawie

¹ D. 24, 1, 35; 38, 11, 1, 1.

² D. 48, 5, 44 (43).

³ Gai., D. 48, 5, 44 (43).

⁴ Ulp., D. 24, 1, 35.

⁵ Ulp., D. 38, 11, 1, 1.

⁶ SCHLESINGER, *Über die Form der Ehescheidung bei den Römern seit der lex Iulia de adulteriis* w *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* t. 5 (1866) s. 193 n.; SCHIRMER, *Die formlose Scheidung nach der lex Iulia de adulteriis*, tamże t. 11 (1873) s. 355 n.; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* t. 3 s. 71 n.

⁷ TAUBENSCHLAG, *Instytucje i historia rzymskiego prawa prywatnego* s. 230.

⁸ Iavol., D. 24, 1, 64; Marcell., D. 23, 2, 33; Ulp., 24, 1, 32, 13.

pogodzenia tych tekstów z nauką o nieważności rozwodu dokonanego bez przepisanej formy. Jedni uczeni są zdania, że w tekstach tych jest mowa o rozwodzie czysto faktycznym.¹ Drudzy przypuszczają, że teksty te mówią o rozwodzie przeprowadzonym w formie właściwej, lecz z brakiem woli rzeczywistej, czyli mówią o *divortium fictum* lub *simulatum*.² Inni znów, zatrzymując się szczególnie nad tekstem Ulpjana, posądzają jurysprudencję rzymską o błędne rozumowanie.³ Bonfante twierdzi, że należy tu odróżnić prawo klasyczne od prawa justyniańskiego. *Lex Iulia*, według niego, wprowadziła formę wyłącznie dla *repudium* w ścisłym znaczeniu, t. zn. dla rozwodu na żądanie jednej strony, dla rozwodu zaś na skutek porozumienia obopólnego albo *divortium bona gratia* forma ta nie była konieczna. Teksty klasyczne, nie uznające formy, mówią, zdaje się, o rozwodzie obopólnym. Wprawdzie przepisy o formie są ogólne, lecz są one zapewne interpolowane.⁴ Solazzi zaś jest zdania, że brak formy nie unieważnia rozwodu, lecz pociąga za sobą dla kobiety kary podobne jak za cudzołóstwo.⁵

Następnie, pod wpływem prawa prowincjonalnego zaczęła wchodzić w życie forma pisemna rozwodu, co zresztą było wogóle zgodne z duchem czasu.⁶ Papinjan wspomina o *libellus divortii*, który strona, pragnąca rozwieść się, posyła stronie drugiej,⁷ a Dioklecjan w konstytucji swej mówi o *libellus repudii*.⁸ O żadnej innej formie rozwodu nie wspomina ani pierwszy z nich

¹ SCHIRMER, *Die formlose Scheidung* w *Zeitschr. f. Rechtsg.* t. 11 (1873) s. 355 n.

² BRINZ, *Pandekten* t. 3 s. 107.

³ SCHLESINGER, *Über die Form der Ehescheidung bei den Römern* w *Zeitschr. f. Rechtsg.* t. 5 s. 193 n.

⁴ BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 247—9.

⁵ SOLAZZI, *Studi sul divorzio*. III. *Il divorzio senza forme* w *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* t. 34 (1924) s. 315 n.

⁶ LEVY, *Der Hergang der röm. Ehescheidung* s. 53 n.; BONFANTE, *Corso* t. 1 s. 246.

⁷ D. 24, 2, 7. Tekst ten nie jest interpolowany, jak to mniema LEVY, tamże.

⁸ C. 5, 17, 6.

ani drugi, z czego jasno wynika, że forma pisemna była wówczas formą ogólną rozwodu. Do rozwiązania małżeństwa wystarczało samo wysłanie listu rozwodowego; nie było rzeczą konieczną, aby druga strona otrzymała go lub treść jego poznała. Dioklecjan podaje to wyraźnie w następujących słowach: „Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium”.¹ Dlatego też rozwód z osobą umysłowo chorą był ważny, chociaż osoba ta nie rozumiała znaczenia aktu rozwodu.²

§ 2. Skutki prawne rozwiązania małżeństwa.

Rozwiązanie małżeństwa pociąga za sobą liczne skutki prawne. Skutki te mogą dotyczyć, bądź dzieci pochodzących z rozwiązanego małżeństwa, bądź żaloby po śmierci męża, bądź wreszcie zawarcia małżeństwa powtórnego. Rozpatrzmy je pokolei.

1. SKUTKI ROZWIĄZANIA MAŁŻEŃSTWA DOTYCZĄCE DZIECI.

Skutki rozwiązania małżeństwa dotyczące dzieci są inne przy rozwiązaniu go przez rozwód, a inne przy rozwiązaniu go przez śmierć.

I tak, jeżeli małżeństwo zostanie rozwiązane przez rozwód, to, według klasycznego prawa rzymskiego, dzieci pozostawały przy ojcu. W wypadku jednak niemoralnego prowadzenia się ojca matka miała prawo zatrzymania ich przy sobie.³ Konstytucja cesarza Dioklejana decyzję w sprawie podziału dzieci między rodziców pozostawia uznaniu sędziego, do którego należy rozstrzygnięcie, czy dzieci mają pozostać i być utrzymywane przy ojcu, czy przy matce; nie zna natomiast konstytucja ta podziału dzieci według płci — „ut per sexum liberorum inter

¹ C. 5, 17, 6.

² Ulp., D. 24, 2, 4.

³ Ulp., D. 43, 30, 1, 3; 43, 30, 3, 5; Alex. (223), C. 5, 49, 1.

parentes divisio celebretur".¹ Dokładniej sprawa ta została unormowana dopiero w Nowelach justynjańskich. Nowela 117 stanowi, że, jeżeli mąż dał powód do rozwodu, a żona w powtórne związki nie wstąpiła, dzieci pozostają przy matce, lecz ojciec ponosi wydatki na ich utrzymanie. Jeżeli żona dała powód do rozwodu, dzieci pozostają przy ojcu. Gdyby ojciec był biedny, a matka bogata, dzieci pozostają przy matce i przez nią mają być utrzymywane.² Przepisy te opierają się na prowincjonalnych prawach zwyczajowych.³ Co się tyczy stanowiska majątkowego dzieci osób rozwiedzionych, to prawo nakłada różne kary majątkowe na osoby rozwiedzione na korzyść dzieci. Jeżeli dzieci są jeszcze małoletnie, to dla majątku ich zostaje ustanowiony zarządca.⁴

Jeżeli małżeństwo zostanie rozwiązane przez śmierć współmałżonka, to dzieci mają być wychowywane i utrzymywane przez małżonka pozostałego przy życiu.⁵ Wyjątek od reguły tej ma miejsce wówczas, jeżeli zmarły w testamencie swym inaczej rozporządził; magistratura dla słusznej przyczyny mogła jednak zwolnić od zachowania woli zmarłego.⁶

2. RELIGIO LUCTUS.

Rzymskie prawo pontyfikalne podawało różne przepisy, normujące sprawę pogrzebu zmarłego.⁷ Przedewszystkiem nakazywało najbliższym spadkobiercom pochowanie lub spalenie zwłok zmarłego i dokonanie oczyszczenia domu zapomocą pewnych ofiar

¹ Diocl. i Maxim. (294), C. 5, 24, 1. W Egipcie rzymskim kontrakty małżeńskie lub dokumenty rozwodowe zawierały jednocześnie zastrzeżenia odnośnie do losu dzieci. Patrz GRENFELL, *Oxyr. Pap.*, III, 497; VI, 906.

² Nov. 117, 7.

³ COSTA, *Figli dei divorziati nei documenti greco-egizi dell'età romana* w Riv. di studi romani, II (1914); TAUBENSCHLAG, *Geschichte der Rezeption des röm. Privatrechts in Aegypten* w Studi Bonfante t. 1 s. 423.

⁴ Nov. 117, 10.

⁵ Alex. (223), C. 5, 49, 1; Nov. 22, 38.

⁶ Ulp., D. 25, 4, 1, 10; 27, 2, 1, 1; Pomp., D. 33, 1, 7.

⁷ Liv. 1, 20; PLUT., *Numa* 12.

i ceremonij, co nazywano „*iusta facere defuncto*”.¹ Do owych *iusta* należała także żałoba, *luctus*, która polegała na powstrzymaniu się od uczt, ozdób, purpury, szaty białej, a jeżeli chodziło o żonę, to także od zawierania powtórnych związków małżeńskich.² Odróżniamy dwa rodzaje żałoby: pierwsza dotyczyła wszystkich członków rodziny, druga specjalnie wdowy.

1. Żałoba dotycząca wszystkich członków rodziny posiadała charakter religijny i opierała się na wzajemnej miłości i szacunku członków rodziny względem siebie. Przepis odnośny przypisywany Numie Pompiljuszowi głosi, że po dziecku, które nie skończyło jeszcze trzech lat, żałoba nie obowiązuje; jeżeli dziecko skończyło już trzy lata, żałoba obowiązuje przez tyle miesięcy, ile dziecko miało lat, lecz najwyżej powinna dochodzić do dziesięciu miesięcy.³ W źródłach prawa rzymskiego również znajdujemy przepisy nakazujące żałobę. I tak, po rodzicach i dzieciach, które ukończyły dziesięć lat, żałoba obowiązywała przez cały rok, po dzieciach zaś, które nie ukończyły jeszcze dziesięciu lat, lecz już ukończyły trzy lata, żałoba obowiązywała przez tyle miesięcy, ile dziecko posiadało lat. Po dzieciach do lat trzech obchodzono żałobę mniej uroczystą, *subluctus*, a po dzieciach, które nie miały jeszcze roku, nie było wcale żałoby. Po mężu żałoba obowiązywała przez przeciąg dziesięciu miesięcy, a po krewnych w linii bocznej do szóstego stopnia przez przeciąg ośmiu miesięcy. Naruszenie powyższych przepisów pociągało za sobą karę infamji.⁴ Szczególnie często wspominają prawnicy o ża-

¹ FESTUS, v. *everriator*; VARRO, *De ling. lat.* 5, 23; CIC., *De leg.* 2, 22.

² PAULUS, *Sent.* 1, 21, 14; *Frag. Vat.* 320. O ścisłym związku pomiędzy czasem żałoby, a kultem zmarłych u pierwotnych ludów por. REVESZ, *Das Trauerjahr der Witwe* w *Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft* t. 15 (1902) s. 361—405; JOBBÉ DUVAL, *Les morts malfaisant „larvae lemures” d’après le droit et les croyances populaires des Romains* w *Revue hist. de dr. fr. et étr.* t. 2 (1923) s. 343 n.

³ PLUT., *Numa* 12.

⁴ PAUL., *Sent.* 1, 21, 13; *Frag. Vat.* 320—1; Papin., *D.* 3, 2, 25 pr. Por. PEROZZI, *Circa il limite della cognazione in Roma* w *Studi in onore di Brugi* s. 282; DE FRANCISCI, *La legittimazione passiva nell’actio fune-raria* s. 28.

łobie po rodzicach. I tak, Papinjan podaje, że syn jest obowiązany do zachowania żałoby po swym ojcu względnie matce, choćby nawet został wydziedziczony, a także należy żałobę zachować po osobie zaginionej podczas wojny, choćby zwłok nie można było znaleźć.¹ Gajus zaś, wspominając o słusznych i koniecznych przyczynach do odroczenia zawarcia małżeństwa, wylicza pomiędzy nimi śmierć rodziców.²

Później jednak żałoba zaczęła wychodzić z użycia. Konstytucja cesarza Gordjana z r. 239 zwalnia kobiety od noszenia stroju żałobnego i innych tego rodzaju oznak.³ Ulpjan wyraźnie podaje, że każdemu wolno według swej woli zachować żałobę po ascendentach i descendantach obojga płci oraz po innych agnatach i kognatach stosownie do czci i żalu po nich; kto tego nie czyni, nie wpada w karę infamji.⁴ Nadto Ulpjan dodaje, że żałoba po dzieciach i rodzicach nie stanowi przeszkody do zawarcia małżeństwa: „Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est”.⁵ Z powyższego wynika, że żałoba po członkach rodziny przestała być instytucją prawną, a stała się tylko obowiązkiem moralnym.

2. Żałoba wdowy po śmierci męża początkiem swym sięga powstania Rzymu i obowiązuje wdowę przez przeciąg dziesięciu miesięcy, czyli przez przeciąg dawnego roku romulusowego. Żałoba po współmałżonku dotyczyła tylko kobiety, uważano bowiem, że mężczyźni nie wypada opłakiwać żony, a tylko zachować po niej pamięć. Tacyt powiada: „Feminis lugere honestum est, viris meminisse”.⁶ Prawnicy rzymscy również głoszą, że mężczyźni nie są obowiązani do zachowania żałoby po śmierci żony. Paulus mówi: „Uxores viri lugere non compelluntur”.⁷ Żałoba wdowy po śmierci męża opierała się, podobnie jak żałoba dotycząca wszyst-

¹ D. 3, 2, 25.

² D. 23, 1, 17.

³ C. 2, 11 (12), 15.

⁴ D. 3, 2, 23.

⁵ D. 3, 2, 11 pr.

⁶ Tac., *De Germania* 27.

⁷ D. 3, 2, 9.

kich członków rodziny, na miłości i szacunku należnym zmarłemu mężowi i posiadała charakter religijny. Najstarszym przepisem w tej dziedzinie jest wzmiankowana wyżej ustawa Numa Pompiljusza, na mocy której wdowa po śmierci swego męża była obowiązana zachować żałobę przez przeciąg dziesięciu miesięcy, a nadto była obowiązana do powstrzymania się w ciągu tego czasu od zawarcia małżeństwa powtórnego.¹ Oba te obowiązki, chociaż są odmiennej natury, płynęły początkowo z tego samego źródła, mianowicie z *pietas* i *reverentia* należnej mężowi. Z czasem zakaz wstępowania wdowy w nowe związki małżeńskie oparto na podstawie natury fizjologicznej, mianowicie na względach uniknięcia wątpliwości co do ojcostwa dzieci zrodzonych z małżeństwa poprzedniego, czyli na t. zw. *turbatio sanguinis*.²

Ponieważ żałoba wdowy opierała się na miłości i szacunku względem męża zmarłego, stąd też, jeżeli mąż nie zasługiwał na miłość i szacunek, *religio luctus* po nim nie obowiązywała.³ Ulpjan, idąc za Neracjuszem, wylicza kilka kategorii mężów wyjętych z pod tego przepisu. Odnośny tekst opiewa: „Non solent autem lugeri, ut Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati nec suspendiosi nec qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia”.⁴ Z tego wynika, że żałoba nie obowiązywała po mężach wrogach ojczyzny, po skazańcach za zdradę stanu, po powieszonych za karę i wreszcie po samobójcach, z wyjątkiem jednak tych, którzy targnęli się na własne życie z powodu zniechęcenia do życia; jest to samobójstwo uznane przez filozofów stoickich.

3. SECUNDAE NUPTIAE.

W rozwoju ustawodawstwa rzymskiego odnośnie do małżeństw powtórnych można odróżnić trzy epoki. Pierwsza trwa od czasów najdawniejszych do *lex Iulia et Papia Poppaea*, druga

¹ PLUT., *Numa* 12; SENECA, *Epist. ad Lucilium* 63.

² Ulp., D. 3, 2, 11, 1; *Nov.* 22, 40.

³ Ulp., D. 3, 2, 11, 1.

⁴ D. 3, 2, 11, 3.

obejmuje czasy cesarstwa pogańskiego, a trzecia czasy cesarstwa chrześcijańskiego. Rozpatrzmy te trzy epoki kolejno.

1. W epoce pierwszej nie spotykamy żadnej ustawy, zakazującej powtórnych związków małżeńskich.¹ Mimo to na powtórne małżeństwa wdów lub rozwódek patrzono niezbyt przychylnie, przyczem wyróżniano i otaczano pewnym szacunkiem specjalnym kobiety, które posiadały tylko jednego męża, *univirae*.² Przywileje ich dotyczyły głównie spraw związanych z kultem. Jedynie one mogły występować przy zaślubinach jako t. zw. *pronubae*, co Festus podaje w ten sposób: „*Pronubae adhibentur nuptiis, quae semel nupserunt*”.³ Według świadectw pisarzy rzymskich jedynie *univira* mogła dotykać posagu bogini *Pudicitia*, *Fortuna Muliebris* i *Mater Matuta*.⁴ Tacyt wspomina o wyborze na westalkę córki Polliona jedynie z tego względu, że matka jej żyła w tem samem małżeństwie.⁵ Z drugiej strony kobiety *multarum nuptiarum* nie były otaczane taką czcią jak *univirae*, przytem przy powtórnych ich małżeństwach wiele ceremonij opuszczano.⁶ Małżeństwa powtórne kobiet były upośledzone ze względu na pamięć należną zmarłemu małżonkowi, jak również ze względu na miłość względem dzieci. Co się tyczy powtórnych małżeństw mężczyzn, to nie były one tak surowo traktowane, jak powtórne

¹ Nov. 22, praef. Za daleko, zdaje się, idzie ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe* s. 262, gdy przypuszcza, że w czasach pierwotnych nie wolno było wdowie zawierać małżeństwa powtórnego.

² TAC., *Ann.* 2, 86; LUCIL., *Sat.* 30, 69; PROPERT. 5, 11, 36; CATULL. 61, 182 n.; MARTIAL. 6, 7; VAL. MAX. 2, 1, 3; SERV., *In Aen.* 4, 19; TERTULL., *De exhort. cast.*, c. 10, 13 (Migne, P. L., 2, 977). DE MARCHI, *La virtù della donna nelle iscrizioni sepolcrali latine* w Rend. del. R. Instit. Lombardo, ser. II, t. 42 (1909) s. 778—9.

³ FESTUS, v. *Pronubae*; SERVIUS, *In Aen.* 4, 166; TERTULL., *De exhort. cast.*, c. 13 (Migne, 2, 977).

⁴ LIV. 10, 23, 9; FESTUS, v. *Fortunae Muliebris* i v. *Pudicitiae*; TERTULLIANUS, *De monogamia*, c. 17 (Migne, 2, 1002 n.).

⁵ TACIT., *Ann.* 2, 86.

⁶ CIC., *Ad Attic.* 13, 29; PLUT., *Quaest. Rom.* 102, 105; FESTUS, v. *Rapi*; MACROB., *Sat.* 1, 15; OVID., *Fast.* 2, 555; 5, 487; CATULL. 61, 3; DAREMBERG ET SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, v. *matrimonium*.

małżeństwa kobiet, z wyjątkiem kapłanów, którzy mogli tylko raz wstępować w związki małżeńskie.¹

2. W okresie cesarstwa pogańskiego punkt patrzenia na małżeństwa powtórne zmienia się. Są to czasy ogólnego zepsucia moralnego i unikania potomstwa. Stąd też, reformy dokonane w czasach Augusta idą po linii popierania małżeństw wogóle, a zatem i małżeństw powtórnych. *Lex Iulia de adulteriis* w celu ułatwienia rozwódkom zawarcia małżeństwa powtórnego przyznaje im skargę, zw. *actio rei uxoriae*, o zwrot posagu po rozwiązaniu małżeństwa. Ważniejsza jest *lex Iulia et Papia Poppaea*, stanowiąca kary przeciwko wdowom, które w przeciągu dwóch lat od śmierci męża nie wyjdą powtórnie za mąż, a także przeciwko rozwódkom, które nie wychodzą za mąż w przeciągu półtora roku od rozvodu.² Naruszenie przepisu tego pociągało za sobą kary ustanowione przeciwko celibatowi.

3. W okresie cesarstwa chrześcijańskiego punkt patrzenia na małżeństwa powtórne znowu się zmienia. Na zmianę tę wielki wpływ wywarła nauka chrześcijańska o powtórnych związkach małżeńskich. Już św. Paweł upomina wdowy, aby raczej pozostały w stanie wolnym, niż powtórnie wstępowały w związek małżeński. Słowa jego brzmią: „Żona przywiązana jest do zakonu, póki żyje mąż jej; a jeśliby zasnął mąż jej, wolna jest; niech idzie za kogo chce, tylko w Panu. Ale błogosławieńska będzie, jeśli tak została, wedle mojej rady.”³ Liczni pisarze i Ojcowie Kościoła, opierając się na pobudkach powściągliwości i umartwienia zmysłów, a także wierności względem małżonka zmarłego, również radzą pozostanie w stanie wolnym. Hermas z połowy II w. po Chr. na pytanie „Czy grzeszy, kto powtórnie ślubuje?” odpowiada: „Nie grzeszy; przecie kto pozostaje samotny zdobywa sobie wspanialszą część i wielką chwałę w oczach bożych”⁴ Klemens Aleksandryjski († 217) ujmuje

¹ TERTULL., *De monogamia*, c. 17 (Migne, P. L., 2, 1002 n.).

² ULP., *Reg.* 14, 1.

³ I Kor. VII, 39—40; por. także I Kor. VII, 8; *Rzym.* VII, 3.

⁴ HERMAS, *Pasterz*, *Mand.* IV, c. 4. Pisma Ojców Kościoła (tłum. ks. Lisiecki) t. 1 s. 324.

tę sprawę w duchu św. Pawła i tak mówi: „Według Pisma św. ten, kto powtórnie zawiera związek małżeński, nie grzeszy, ponieważ prawo go nie zabrania. Nie wykonywuje on jednak tej wielkiej doskonałości, którą poleca nam ewangelja”.¹ Orygenes († 254) konstatuje fakt, że w jego czasach istnieją drugie, trzecie i czwarte związki małżeńskie, lecz twierdzi, że takie małżeństwo oddala nas od królestwa bożego.² W drugim miejscu tym, którzy wstąpili w powtórne związki małżeńskie, nie odmawia on zbawienia, lecz obiecuje im je w mniejszym stopniu, niż tym, którzy całe życie spędzili w powściągliwości.³ Cyryl Jerozolimski mówi: „Zapewne piękną i cudowną jest powściągliwość, musimy jednak być pobłażliwi względem wstępujących w małżeństwa powtórne, aby uchronić słabych przed upadkiem”.⁴ Św. Ambroży pogląd swój na małżeństwa powtórne ujmuje w te słowa: „Non prohibemus secundas nuptias, sed non suademus”.⁵ Amfilochjusz, biskup Ikonjum, broni małżeństwa młodej wdowy, jeżeli pragnie ona posiadać dzieci, lecz nie potępia go także wówczas, jeżeli dzieci już posiada.⁶ Mniej więcej podobnie o powtórnych związkach małżeńskich wypowiada się Epifanjusz⁷ i inni.⁸

Niektórzy pisarze kościelni związki tego rodzaju piętnują jako coś w rodzaju cudzołóstwa. I tak, Atenagoras († 170) nazywa małżeństwo powtórne *decorum adulterium*.⁹ Klemens Aleksandryjski przechodzenie do związków następnych uważa za czyn niemoralny.¹⁰ Szczególnie ostro przeciwko małżeństwom po-

¹ CLEM. ALEX., *Stromat.*, III, 12 (Migne, P. G., 8, 1183).

² ORIGENES, *In Lucam, Homil.* 17 (Migne, 13, 1846).

³ ORIGENES, *In Jerem., Homil.* 19 (Migne, 13, 507).

⁴ CYRILL. HIEROS., *Catech.*, IV, 26 (Migne, P. G., 33, 487 n.).

⁵ AMBROS., *De viduis*, c. 11 (Migne, P. L., 16, 268).

⁶ AMPHILOCH., *Orat. in occursum Domini*, 7 (Migne, P. G., 39, 55).

⁷ EPIPHANIUS, *Adversus haereses, haeres.* 48, 9 (Migne, 41, 867 n.).

⁸ HIERON., *Ep. 48 ad Pammachium*, c. 9 (Migne, 22, 499); AUGUSTIN., *De bono vid.*, c. 12 (Migne, 40, 439). Zob. ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 405 n.; FREISEN, *Gesch. d. can. Eherechts* s. 666 n.; HEFELE, *Beiträge* t. 1 s. 39.

⁹ ATHENAGORAS, *Leg. pro christ.*, c. 33 (Migne, P. G., 6, 967).

¹⁰ CLEM. ALEX., *Stromat.*, II, 23; III, 12 (Migne, P. G., 8, 1085. 1178 n.).

wtórny występować Tertuljan († 240), głosząc, że stanowią one *species stupri*.¹ Św. Bazyli małżeństwa powtórne kwalifikuje jako *moderata fornicatio* i wspomina o nakładaniu za ich zawieranie pokuty.² Podobną kwalifikację moralną powtórnych związków małżeńskich znajdujemy u św. Chryzostoma.³ Zhishman jest jednak zdania, że autorzy powyżsi mają na myśli nie związki zawarte po śmierci męża poprzedniego, lecz po rozwiązaniu małżeństwa w drodze rozwodu.⁴

Podobnie na powtórne związki małżeńskie patrzą pierwsze synody: w Ancyrze w r. 314,⁵ w Neocezarei około r. 314—325,⁶ i w Laodycei około r. 343—381.⁷ Przeciwno zbyt rygorystycznym poglądom na powtórne związki małżeńskie wystąpił pierwszy sobór powszechny w Nicei (325), biorąc w obronę wolność chrześcijańską.⁸ Powód do wystąpienia tego dali Nowacjanie frygijscy, którzy głosili, że małżeństwo powtórne chrześcijanina, zawarte nawet po śmierci drugiego małżonka, jest cudzołóstwem.⁹

Kościół wogóle nie sprzyjał powtórny związkom małżeńskim, z tego też względu przy małżeństwach powtórnych odmawiał błogosławieństwa kościelnego. Z drugiej strony wdowy, żyjące w stanie wolnym, były otaczane szczególnem poważaniem, nieznanem w pogaństwie.¹⁰ W Kościele wschodnim powtórne związki

¹ TERTULLIANUS, *De exhortatione castitatis*, c. 9 (Migne, P. L., 2, 973); *Ad uxorem*, I, 1 (Migne, P. L., 1, 1385 n.); *De monogamia*, c. 10 (Migne, P. L., 2, 902); *De pudicitia*, c. 1 (Migne, 2, 1034—5). Pierwsze dwa dzieła były napisane pod wpływem montanizmu. Patrz PREISKER, *Christentum und Ehe in den ersten drei Jahr.* s. 187 n., 225.

² BASILIUS, *Epist. 188 ad Amphiloichium*, c. 4 (Migne, P. G., 32, 674).

³ CHRYSOSTOMUS w c. 9 C. 31 q. 1; por. także GREGOR. NAZIAN., *Oratio* 37, 8 (Migne, P. G., 36, 291).

⁴ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. K.* s. 407 n.

⁵ Conc. Ancyr., c. 18 = c. 24 C. 27 q. 1.

⁶ Conc. Neocaes., c. 3 (Mansi, 2, 540) = c. 8 C. 31 q. 1.

⁷ Conc. Laodic., c. 1 (Mansi, 2, 564).

⁸ Conc. Nicaen., c. 8 (Mansi, 2, 680).

⁹ SOCRATES, *Hist. eccl.*, V, 22 (Migne, P. G., 67, 642).

¹⁰ I Tym. V, 3 n.

małżeńskie były traktowane surowiej, niż w Kościele zachodnim. Na Wschodzie czwarte związki małżeńskie były zupełnie zakazane.¹

Nauka chrześcijańska nie pozostała bez wpływu na cesarzy chrześcijańskich, którzy w konstytucjach swych zaczęli zajmować stanowisko nieprzychylnie względem małżeństw ponownych.² Głos w tej sprawie zabiera cały szereg cesarzy chrześcijańskich. I tak, Konstantyn W. w konstytucji z r. 326 o kobietach, które wступują w powtórne związki małżeńskie, mówi: „Feminas immoderatas atque intemperantes... quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt”.³ Najpiękniej jednak i najwyraźniej, pod oczywistym wpływem nauki kościelnej, wypowiada się w tej sprawie cesarz Justynjan w te słowa: „Optimum itaque est atque laudabile et dignum oratione, ut mulieres ita se honeste tractent, quatenus quae semel ad virum venerunt, servant inviolatum morientium torum: et huiusmodi mulierem et miramur pariter et laudamus et non procul a virginitate ponimus”.⁴ Justynjan zebrał nawet wszystkie przepisy w tej materji i wydał w dwóch Nowelach: 2-ej i 22-ej, które tworzą jakby kodeks zasad o małżeństwach powtórnych w epoce justynjańskiej. Z Nowel tych wynika, że Justynjan stawia wyżej wdowieństwo, niż małżeństwo powtórne. Dopiero cesarzowa Irena około 800 r. zabroniła wprost zawierania małżeństwa trzeciego i dalszych.⁵ Cesarz Bazyli Macedończyk (867 — 886) rozporządził, że małżeństwo czwarte jest bezwzględnie zakazane i nieważne, a małżeństwo trzecie podlega karom kościelnym.⁶

¹ ZHISHMAN, *Das Eherecht d. orient. Kirche* s. 435 n.; FREISEN, *Geschichte d. can. Eherechts* s. 669.

² TROPLONG, *De l'influence du christianisme* s. 65 n.; VAN WETTER, *Cours élém. de droit rom.* t. 1 s. 91 n.; JOLLY, *Des seconds mariages*. Paris 1896 s. 65 n.; BONFANTE, *Storia del dir. rom.*² s. 540; tenże, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 394 n.; PEROZZI, *Istituzioni*² t. 1 s. 417 n.; PACCHIONI, *Corso di dir. rom.* t. 2 s. 252; GIRARD, *Manuel élém. de dr. rom.*⁶ s. 71, 978.

³ C. 5, 37, 22, 5.

⁴ Nov. 2, 3.

⁵ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. Rechts*³ s. 82.

⁶ *Prochir.* IV, 25.

Gdy później syn jego Leon Filozof wszedł po raz czwarty w związek małżeński (r. 901), w Kościele wschodnim powstało pomiędzy duchowieństwem wielkie rozdzielenie: część była za patriarchą Mikołajem, który cesarza ekskomunikował, a część za nowym patriarchą Eutymjuszem, który zdjął z niego klątwę. Rozdzielenie to zostało zażegnane dopiero po śmierci cesarza w drodze t. zw. aktu pojednawczego, uchwalonego w r. 920 na synodzie. Akt ten powtarza to, co zawierał Prochiron, a mianowicie, że małżeństwo czwarte jest nieważne, a trzecie podlega karom kościelnym, a nadto stanowi, że także trzecie małżeństwo jest bezwzględnie zabronione, jeżeli dana osoba ma 40 lat i posiada dzieci.¹ Zakaz ten utrzymał się w Kościele wschodnim do czasów dzisiejszych.

W ustawodawstwie cesarzy chrześcijańskich są jednak inaczej traktowane małżeństwa powtórne kobiet, niż mężczyzn; pierwsze są traktowane znacznie surowiej. Uważano, że powtórne związki małżeńskie kobiet są pewnem naruszeniem czystości i obrazą względem pierwszego męża, a także świadczą one o braku powściągliwości. W stosunku do mężczyzn nie spotykamy nigdzie tych motywów. Względem na dzieci z pierwszego małżeństwa również więcej podkreślano przy powtórnych małżeństwach kobiet, niż mężczyzn.² Dlatego też, najpierw zostały ustanowione kary za powtórne małżeństwa kobiet, a dopiero później mężczyzn.

Co się tyczy charakteru kar za zawarcie małżeństwa powtórnego — *poenae secundarum nuptiarum*, to są one głównie natury majątkowej i mają na celu przede wszystkim zabezpieczenie interesów dzieci z małżeństwa pierwszego szeregiem korzystnych dla nich postanowień prawnych, obciążających takiego *parens binubus*.³ Nie stanowią one jednak kar w ścisłym tego słowa znaczeniu, a niektóre z nich są wprost

¹ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. gr.-röm. R.*³ s. 82 n.

² C. 5, 37, 22, 5.

³ BONFANTE, *Corso di dir. rom.* t. 1 s. 395 n.; CUQ, *Manuel des institutions jurid. des Romains*² s. 174. Pisarze kościelni również wysuwali jako

następstwem naturalnem i koniecznem związku powtórnego. Jedne z tych kar dotyczą wspólnie obydwóch małżonków, a drugie tylko *mater binuba*.

Do kar wspólnych dotyczących obojga małżonków należą następujące.

Przedewszystkiem *coniux binubus* tracił *ipso iure* na korzyść dzieci z pierwszego małżeństwa własność wszystkich *lucra nuptialia*, a zatrzymywał tylko ich zarząd i użytkowanie, a przytem bez prawa alienacji.¹ W nowszem prawie justynjańskiem posag i *donatio propter nuptias* przechodzi na dzieci niezależnie od zawarcia powtórnego małżeństwa,² a małżonek pozostały, jeżeli nie zawarł małżeństwa powtórnego, otrzymywał *partem virilem* narówni z dziećmi na własność.³ Stąd też kara w razie zawarcia małżeństwa powtórnego dotyczyła tylko szczodroblivości i *portio virilis*. W celu zabezpieczenia praw dzieci z pierwszego małżeństwa przysługiwała im hipoteka na całym majątku małżonka użytkowcy lub jego spadkobierców.⁴

Następnie, *coniux binubus* nie mógł pozostawić małżonkowi nowemu, bądź zapomocą aktu pomiędzy żyjącymi, bądź na wypadek śmierci więcej, niż dał lub pozostawił dziecku z pierwszego małżeństwa.⁵ Jeżeli miał większą ilość dzieci, nie mógł pozostawić więcej, niż wynosiło to, co otrzymało dziecko najmniej

motyw zakazu małżeństw powtórných obronę dzieci z małżeństwa pierwszego. Por. Hieron., *Epist.* 54, 15 (Migne, 22, 557 n.); Ambros., *Hexaem.* 6, 4, 22 (Migne, 14, 265). O wpływie chrześcijaństwa w tej dziedzinie por. Wolter, *Prawo famil. w łac. liter. niepraw. IV—VII w. po Chr.* s. 137.

¹ Grat., Val. i Theod. (382), C. 5, 9, 3; Theod. i Valent. (439), C. 5, 9, 5; Nov. 2, 1—2; 22, 23. 26. 32. 46. 47; 127, 3. Przez *lucra nuptialia* rozumiano wszystko, cokolwiek współmałżonek zyskał pod względem majątkowym z poprzedniego małżeństwa, bądź w formie posagu, bądź *donatio propter nuptias*, czyli wszystko, co *parens binubus* nabył po zmarłym małżonku pod tytułem nieodpłatnym.

² Nov. 98, 1 (539 r.).

³ Nov. 127, 3 (548 r.).

⁴ Nov. 22, 24.

⁵ Leo i Anth. (469), C. 5, 9, 6 pr.

obdarowane; odnosiło się to również do dzieci i wnuków pozostałych po dzieciach.¹ Wszystko, co *binubus* dał lub pozostawił ponad powyższą normę, powinno być podzielone pomiędzy dzieci i wnuków z poprzedniego małżeństwa, z wyłączeniem tych, którzy sporządzili *inofficiosum testamentum*; podział pomiędzy dziećmi odbywa się według ilości głów, a pomiędzy wnukami według szczepów.² Jeżeliby dzieci okazały się niewdzięcznymi, mogły być prawa tego pozbawione.³

Dalej, według rozporządzenia Justynjana *parens binubus* podczas trwania powtórnego małżeństwa nie mógł zmniejszyć, a tylko powiększyć posag względnie *donatio propter nuptias*, a to ze względu na uniknięcie pokrzywdzenia dzieci z pierwszego małżeństwa.⁴ Jeżeli *coniux binubus* był obowiązany do zwrotu dzieciom z pierwszego małżeństwa zapisu lub fideikomisu, to miał obowiązek dać *cautio legatorum servandorum* także w tych wypadkach, w których *parens* był od niej wolny.⁵

Wreszcie, małżonek, który zawarł nowe związki małżeńskie, tracił wszystko, cokolwiek mu pozostawiono *sub conditione coelibatus* lub *viduitatis*. Przepis ten rozwinął się stopniowo. Początkowo, według *lex Iulia et Papia Poppaea*, warunek niewstępowania w związki małżeńskie dodany do testamentu uważano za niebyły. *Lex Iulia Miscella* uczyniła wyjątek od tej zasady dla wdów. Jeżeli jeden małżonek pozostawił cośkolwiek drugiemu pod warunkiem niewstępowania w nowe związki małżeńskie, warunek ten uważano za niebyły tylko wówczas, jeżeli małżonek pozostały przysiągł w ciągu roku, że zawiera małżeństwo jedynie *liberorum procreandorum causa*. Po upływie roku wdowa nie mogła otrzymać tego, co jej pozostawiono, chyba że złożyła gwarancję, iż nie zawrze powtórnego małżeństwa; gwarancja ta, od swego autora, którym był Quintus Mucius Scaevola, nazywała

¹ C. 5, 9, 6, 1—3.

² C. 5, 9, 6, 3; *Nov.* 22, 27.

³ *Iustin.* (529), C. 5, 9, 10.

⁴ C. 5, 3, 19, 3; *Nov.* 22, 31.

⁵ Zeno (489), C. 6, 49, 6, 1; *Nov.* 22, 41.

się *cautio Muciana*.¹ Justynjan początkowo zniósł postanowienia *legis Miscellae* i przywrócił w całości dawne prawo głoszone przez *lex Iulia et Papia Poppaea*,² lecz później odwołał to rozporządzenie i pozostawił do woli małżonka, albo zawarcie powtórnego małżeństwa z wyrzeczeniem się tego, co mu pozostawiono, albo otrzymanie tego, co mu pozostawiono z wyrzeczeniem się zawarcia małżeństwa.³

Należy jeszcze dodać, że na mocy nowszego prawa justynjańskiego *coniux binubus* nie mógł otrzymać żadnych święceń, a jeżeli już miał święcenia niższe, to nie mógł otrzymać wyższych, lecz musiał pozostać na zawsze tylko ze święceniami niższymi — „nequaquam ad maioris sacerdotii ascendat culmen”.⁴ Ta sama zasada odnosiła się do tych osób świeckich, które wstąpiły w związek małżeński dwukrotnie oraz do tych, które poślubiły kobietę, nie będącą dziewczycą, albo rozwiedzioną ze swym mężem lub swoją uprzednią konkubinę.⁵ Wreszcie, Justynjan w Noweli 137, idąc za kanonami synodów, postanowił, że przy święceniach duchowni powinni składać przysięgę, że, jeżeli posiadali żonę, to „eam tamen solam et neque viduam, neque a viro separatam”.⁶

Kary dotyczące specjalnie kobiet były następujące. Cesarze Teodozjusz i Walentynjan (426) postanowili, że, jeżeli matka po zawarciu powtórnego małżeństwa została powołana do dziedziczenia po dziecku z małżeństwa pierwszego, bądź na podstawie ustawy, bądź testamentu, to otrzymywała tylko użytkowanie na swej części spadkowej, własność zaś przechodziła na inne dzieci.⁷ Justynjan początkowo zniósł to rozporządzenie,⁸

¹ Iustin. (531), C. 6, 40, 2; Nov. 22, 43.

² C. 6, 40, 2, 3.

³ Nov. 22, 43. 44.

⁴ Nov. 22, 42.

⁵ Nov. 22, 42. Przepis, że mężczyzna, który zawarł małżeństwo z kobietą *non virgo*, nie mógł przyjąć święceń kapłańskich, został ustanowiony już na synodzie rzymskim w r. 465. Por. c. 9 D. 34.

⁶ Nov. 137, 1—2.

⁷ C. 6, 56, 5.

⁸ Nov. 2, 3

lecz później postanowił, że *mater binuba* traci własność tego, co dziedziczyła po dziecku tylko w tym wypadku, jeżeli dziedziczy dobra ojczyste i na podstawie ustawy.¹

Następnie, już cesarz Konstancjusz i Konstans postanowili (349), że *mater binuba* nie mogła odwołać z powodu niewdzięczności darowizn, które poczyniła na korzyść dzieci z pierwszego małżeństwa.² Justynjan postanowienie to potwierdził, lecz z pewnym złagodzeniem, mianowicie pozwolił na odwołanie darowizny w trzech wypadkach niewdzięczności: a) jeżeli obdarowany nastawał na jej życie, b) jeżeli bił ją i c) jeżeli czynił cośkolwiek w celu zabrania jej całego majątku.³

Dalej, cesarz Aleksander (223) postanowił, że *mater binuba* traci prawo wychowywania dzieci z małżeństwa pierwszego. Tekst odnośny opiewa: „*Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est*”.⁴ Zasada ta jednak nie była tak bezwzględna, jak to wynika z podanych słów. Dalszy tekst konstytucji głosi, że w razie sporu w tej sprawie pomiędzy matką, krewnymi i opiekunem, decyzja należy do namiestnika prowincji, który po zbadaniu przymiotów osób określi, gdzie dziecko ma być wychowywane.⁵ Justynjan potwierdził przepis Aleksandra, że *mater binuba* traci prawo wychowywania dzieci z małżeństwa pierwszego.⁶ Podobnie traciła ona prawo do sprawowania opieki nad dziećmi z pierwszego małżeństwa.⁷ Jeżeli zawarła małżeństwo powtórne przed wyznaczeniem nowego opiekuna i zdaniem rachunków oraz wydaniem majątku pupila, to uważano, że małżeństwo zostało zawarte w czasie trwania żałoby i z tego względu podlegała karom za naruszenie czasu żałoby.⁸

¹ Nov. 22, 46.

² C. 8, 55 (56), 7.

³ Nov. 22, 35.

⁴ C. 5, 49, 1 pr.

⁵ C. 5, 49, 1, 1.

⁶ Nov. 22, 38.

⁷ Valent. i Theod. (390), C. 5, 35, 2.

⁸ Nov. 22, 40; 94, 2.

Wreszcie, przez zawarcie powtórnego małżeństwa kobieta traciła godność i wszystkie przywileje zmarłego małżonka, a zyskiwała stanowisko prawne i socjalne małżonka nowego.¹ Utrata ta nie posiadała charakteru karnego, lecz była tylko zwykłym następstwem zasady ogólnej, że kobieta przez zawarcie małżeństwa nabywa stanowisko społeczne swego męża. Stanowisko to kobieta posiadała także po rozwiązaniu małżeństwa, lecz, jeżeli wyszła za mąż za mężczyznę godności niższej, je utraciała.² Justynian w Noweli 22 podaje tę samą zasadę. Słowa jego brzmią: „Quae enim priorum oblita est, non rursus ex prioribus adiuvabitur”.³ Jeżeli kobieta chciała zatrzymać tytuł swego dawnego męża, to mogła zwrócić się z prośbą do cesarza. Cesarze w drodze wyjątkowej pozwalali kobietom na zatrzymanie godności dawnego męża, co miało miejsce np. z Iulia Mamaea, siostrą ciotecznią cesarza Antonina.⁴ Zawarcie małżeństwa powtórnego pociągało za sobą również zmianę zamieszkania prawnego kobiety i, co za tem idzie, zmianę forum właściwego.⁵

Małżeństwo powtórne było uważane za ważne; zatem zakaz powyższy był tylko *lex minus quam perfecta*. Dopiero w czasach późniejszych małżeństwo czwarte uznano za nieważne.⁶

¹ Nov. 22, 36.

² Ulp., D. 1, 9, 8; Diocl. i Maxim., C. 5, 4, 10; Val., Theod. i Arc. (392), C. 10, 40 (39), 9 pr.; 12, 1, 13; Frag. Vat. 104.

³ Nov. 22, 36.

⁴ Ulp., D. 1, 9, 12 pr.

⁵ Paul., D. 50, 1, 22, 1; Ulp., D. 2, 1, 19 pr.; Nov. 22, 36.

⁶ ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech.-röm. R.*³ s. 82.

INDEKS RZECZOWY

Liczba oznacza stronicę; liczba tłusta wskazuje sedes materiae,
a mała przypiski.

- Abactio partus** 240.
Abamita 185.
Abavunculus 186.
Abmatertera 185.
Abpatruus 186.
Accusatio criminis 241.
Actio arbitraria 242.
 — *de liberis agnoscendis* 251.
 — *de partu agnoscendo* 252.
 — *doli* 241, 243, 262.
 — *ex sponsu* 42.
 — *furti* 241—2.
 — *in factum* 243.
 — *iniuriarum* 45, 234, 262.
 — *in rem* 227.
 — *mandati* 241.
 — *negotiorum gestorum* 264.
 — *popularis* 237.
 — *rei uxoriae* 312.
 — *rerum amotarum* 242, 287.
 — *utilis* 231.
Actiones adiectitiae qualitatis 232, 244.
 — *famosae p. skargi infamujące.*
 — *noxales p. skargi noksalne.*
 — *poenales* 241.
 — *praeiudiciales* 227.
Actus legitimi 180.
Adopcja 73, 83², 181, 196—99, 208, 257, 269, 279.
Adoptio w ściślejszem znaczeniu 196.
 — *minus plena* 197.
 — *plena* 197.
Adulterium 43, 73, 91, 94, 203, 106, 215, 235, 237—40.
 — *jako przeszkoda do małżeństwa* 204—5.
Aequitas 13, 17—8, 264.
Affectio maritalis 60, 73—4, 78, 88, 128, 136, 213, 303—4.
 — *superveniens* 89.
Affinis 189.
Affinitas 189—95.
 — *ficta* 195.
 — *servilis* 106, 192.
Agnatio 17, 181¹.
Akt prawny symulowany 169.
Alimentatio 98, 226, 246, 252, 264—5, 306—7.
Amita 184.
 — *magna* 185.
Amor coniugalis 63².
Annus luctus 162.
Anulus pronubus 36—7.
 — *sponsalicius* 36—7.
Aquae et ignis communio 140.
 — *interdictio* 140, 276—7, 278.
Arra sponsalicia 46—8, 51, 212.
Arrogatio 196, 230, 258—9, 278.
Auctoritas tutoris 118, 126, 176.

Auspex nuptiarum 138.
 Auspicia nuptiarum 137—8, 145.
 Avunculus 184, 194.
 — magnus 185.

Beneficium competentiae 13, 243, 262.
 — imperiale 163, 219.

Bezdzielnosc 67—8, 77.

Bezzennosc 68, 77, 195.

Bigamja 156—8.

Bład 168—9.

 — istotny 168.

 — niezawiniony 168.

 — w pobudce 168.

Błogosławieństwo małżeństwa 131—2,
 142—4.

 — — niewolników
 111, 131—2.

Błogosławieństwo zaręczyn 35.

Bojaźń 170—1.

 — uzasadniona 170.

 — większa 170.

Bonorum possessio 17, 101.

 — — ex edicto Carbo-
 niano 253.

 — — unde cognati 212.

 — — unde vir et uxor
 223, 304.

 — — ventris nomine 253.

Bonum fidelitatis 75.

 — prolis 75.

 — sacramenti 75.

Caerimoniae[™] difficultates 117.

Capitis deminutio maxima 271—6.

 — — media 102, 271,
 276—7.

 — — minima 83, 122,
 231, 278—9.

Captivitas 174, 269, 272—5.

Caritas 13, 65, 264.

Castrati 154—5.

Causa adiecta 227.

Causa nulla 273, 284.

 — probabilis 273.

Causae graves 291.

 — iustae 53, 286, 289.

 — — et necessariae 41.

 — piae 13—4.

Cautio legatorum servandorum 318.

 — Muciana 319.

Cel małżeństwa fizyczny 75—6.

 — — moralny 76.

 — — religijny 77—8.

 — — społeczny 77.

Celibat 15, 45, 67—8, 164, 292, 312,
 318.

Censorium iudicium 42.

Charakter nadprzyrodzony małżeń-
 stwa chrześcijańskiego 69—72.

Choroba umysłowa jako przyczyna do
 rozvodu 298, 306.

 — — przy małżeństwie 168.

 — — — zaręczynach 39.

Coemptio fiduciae causa 121—3.

 — matrimonii causa 80², 83²,
 88, 112—3, 118—23, 125,
 141, 230, 301.

 — sacrorum interimendorum
 causa 121—2.

 — testamenti faciendi causa
 121, 122—3.

 — tutelae evitandae causa
 121, 123.

Coemptionator 122—3.

Coena nuptialis 138.

Cognati 181¹, 266, 309.

Cognatio civilis 181¹.

 — legitima 196—9.

 — naturalis 17, 181—9, 253.

 — servilis 106, 188—9, 192.

 — spiritualis 216—218.

Cognitio praetoria 227—8.

Collatio legum Mosaicarum et Ro-
 manarum 73.

Collegia illicita 21¹.

- Collegium christianorum 23.
 Commercium 104, 149.
 Communicatio divini et humani iuris
 58—9,
 Communio maritalis 124.
 — sacrorum 59.
 Communis liberta 177.
 Compitum 140.
 Concubinitus p. konkubinat.
 Condictio ex iniusta causa 242.
 — furtiva 242.
 Conditio 52, 102, 130.
 — suspensiva 180.
 Confarreatio 81, 83², 88, 112, 113—8,
 125, 141, 282, 301.
 Coniugium 76—7.
 — inaequale 92, 95.
 Coniunctio legitima 95.
 — licita 204⁴.
 — nefaria 97, 192.
 — odiosa 204.
 Coniux binubus 95, 317—9.
 Consanguinei 183.
 Consensus do małżeństwa 167—8,
 167—180.
 — do zaręczyn 33.
 — facit nuptias 61 —2, 73,
 127.
 — mutuus 52.
 — nudus 130.
 Consilium necessariorum 56.
 — propinquorum et amico-
 rum 56.
 Consobrini 186, 188.
 Consortium omnis vitae 58, 60.
 Consummatio 69⁴.
 Contractus bilateralis 62.
 — sui generis 63.
 Contrarius actus 301.
 Contubernales 109.
 Contubernium 78, 93, 102—111, 169,
 192, 259.
 Conubium 91, 100—2, 104, 148—9,
 150, 269, 271, 275—7.
 Conventio 34¹.
 — in manum 81, 83, 85, 87,
 117, 231.
 Conversatio turpis 53.
 Copula carnalis 69⁴, 130, 194—5.
 Corpora quaestuarialia 203.
 Corpus christianorum 23.
 Crimina jako przyczyny do rozwodu
 290—1.
 Cudzołóstwo 182, 210, 237—40, 288,
 290, 295—7, 304—5,
 313—4.
 — jako przeszkoda do
 małżeństwa 204—5.
 Culpa in abstracto 245.
 — in concreto 245.
 — levis 245.
 — mediocris 291.
 Curatores minorum 208.
 — mulieris 208.
 — ventris et honorum 208.
 Cześć obywatelska 89, 91.
 Darowizna inter virum et uxorem
 98, 304.
 — małżeńska 226, 291—6,
 299.
 Datio tutoris 229.
 Decurio 259.
 Deductio in domum mariti 61, 129—31,
 136—7, 139, 145.
 Defensor ecclesiae 135, 145.
 Definicja małżeństwa 57—60.
 Demens 173.
 Deportatio 182, 269, 276—7, 278,
 290, 292.
 Desponsata 50, 52.
 Desponsatio 32, 127.
 Dextrarum iunctio 137, 138, 144.
 Dicta 32.

- Dies parentales 141.
 — religiosi 141.
 Diffarreatio 301.
 Dignitas małżonki 89, 232.
 Diligentia diligentis patrisfamilias 245.
 — quam suis rebus 245.
 Discidium 273, 280.
 Disparitas conditionis 200.
 — cultus 213—16.
 — honestatis 201, 202.
 Diversitas religionis 53.
 Divortium 242, 253, 279—306.
 — bona gratia 274, 298—9, 305.
 — communi consensu 293, 299.
 — fictum 305.
 — simulatum 305.
 Dokumenty posagowe 134—5.
 — prywatne 251, 261.
 — publiczne 250—1, 261.
 — rozwodowe 307¹.
 — umów małżeńskich 132-6, 303.
 Domicilium matrimonii 232.
 Dominica potestas 55, 79—80⁴.
 Domniemanie prawne 128.
 Dona nuptialia 48.
 Donatio adfinitatis contrahendae causa 48.
 — ante nuptias 130, 134, 292—3.
 — inter vivos 29.
 — mortis causa 29, 163.
 — propter nuptias 90, 133, 224, 240, 274, 297—8, 317—8.
 — simplex 48.
 Dotare filias 267—8.
 Dyspensacja 218—20.
 Dzieci adoptowane 262.
 — emancypowane 267.
 — naturalne 96, 98—9, 256—61, 262.
 — nieprawe 193, 255, 258.
 Dzieci nieślubne 254—6, 259, 262.
 — prawe 96.
 — ślubne 249—51, 257—8, 265.
 — vulgo concepti 98, 193, 259.
 Educatio 261—2, 320.
 Edykt tolerancyjny 23—4.
 Egzogamja 205.
 Emancypacja 198, 208, 278, 302.
 Epulae nuptiales 138.
 Error 253, 168—9.
 — in motivis 168.
 — probabilis 168.
 Erroris causae probatio 254.
 Exceptio doli 42.
 Exilium 240, 278.
 Extra ordinem skarga 210, 252, 264.
 Favor liberorum 292.
 Fideiussor 241.
 — locuples 241.
 Fikcja prawna 231, 275.
 Filiae loco 226.
 Filius adulterinus 254.
 — illegitimus 134, 254.
 — incestuosus 255.
 — iniustus 254.
 — iustus 150.
 — naturalis 254.
 — nefarius 255.
 — spurius 254—5.
 — vulgo conceptus 254—5.
 — — quaesitus 254.
 Flamen 28², 83², 114, 118.
 — Dialis 114—6, 282⁴.
 — Martialis 114.
 — Quirinalis 114.
 Flaminica 118, 282.
 Flammeum 137, 144.
 Focariae 91, 98.
 Forma małżeństwa 31, 112—46.
 — — a chrześcijań-
 — stwo 141—6.

- Forma małżeństwa cum manu 113-27.
 — — sine manu 127-36.
 — pisemna rozvodu 305-6.
 — rozvodu 301-6.
 — zaręczyn 32-7.
 Fornicatio 50, 95.
 — moderata 314.
 Fraternitas 13.
 Furiosus 168, 173.
 Furor jako przyczyna do rozvodu 298⁴.
 Furtum między małżonkami 65, 242.

 Gener 190-1, 198.
 Gentis enuptio 148⁴.
 Germani 183.
 Gradus adfinitati nulli sunt 190.

 Habitus corporis 151-2.
 Hasta coelibaris 137.
 Heredes necessarii 266.
 — sui 81, 172, 231, 266.
 Hermafrodyti 155.
 Honor maritalis et affectio 89, 133.
 — mariti 232.
 — matrimonii 60.

 Ignobilis 203-4, 235.
 Imaginaria venditio 118.
 Impar matrimonium 153.
 Impedimenta 106, 147, 309.
 — dirimentia 147¹.
 — impediencia 147¹.
 Impedimentum superveniens 271, 278.
 Impudica conversatio 53.
 Inaequale coniugium 92, 95.
 Inaequalitas conditionis 274.
 — fortunae 110.
 Incapaces 67.
 Incestae nuptiae 73.
 Incestuosus 264.
 Incestus 97, 182, 193.
 — iuris civilis 182³, 183, 193.
 — iuris gentium 182³, 184.

 Incestus prawa zwyczajowego 184.
 — superveniens 278.
 Indignus do dziedziczenia 210, 212.
 — moribus 40.
 Infamia 43, 52, 134, 156-7, 159,
 162-3, 210, 219, 242-3, 309.
 In integrum restitutio 13.
 Iniuria atrox 262.
 In manum conventio 81, 83, 85, 87,
 117, 231.
 Instrumenta dotalia 132, 134, 136, 159,
 — nuptialia 132.
 Interdictum 227.
 — de liberis exhibendis et
 ducendis 86, 223, 228,
 261.
 — de uxore exhibenda et
 ducenda 86, 227-8.
 — de vi 262.
 Investis 151.
 Istota małżeństwa 54-78.
 Iudicium de moribus 285.
 — domesticum 230, 282, 284-5.
 Ius auspiciorum 113.
 — civile 17, 80, 87, 100-1, 232.
 — commercii 100.
 — conubii 84, 91, 100, 113, 148-50,
 200, 254.
 — dotium 101.
 — exponendi 247-8.
 — extranei 91.
 — gentium 78, 100, 103, 182.
 — honorarium 17.
 — honorum 100.
 — mariti 91, 101.
 — naturale 59, 102.
 — noxae dandi 228, 249.
 — occidendi 247.
 — postliminii 172, 275.
 — sacrum 14, 25.
 — suffragii 100.
 — vendendi 55, 248.
 — — in mancipium 248.

Ius vendendi trans Tiberim 248.

— vitae ac necis 55, 229—30, 247.

Iusiurandum calumniae 262.

Iusta facere defuncto 308.

Jedność małżeństwa 155—8.

Jurysdykcja mężowska 230.

Kazirodztwo 182, 187.

Kierownictwo gospodarstwa domowego 227, 233.

Kobieta sui iuris 47, 80², 83, 86, 126, 176—7, 263, 268.

Konkubinat 14—5, 60, 64, 78, 88—99, 128, 178—9, 204, 257—9, 287—8.

Kontrakt małżeński p. umowa małżeńska.

Konvalidacja małżeństwa 218—8, 220—1.

Krewni 181—7.

— boczni 181¹, 183—7.

— w linii prostej 181¹, 182.

Kuratela 262—3.

Laesio enormis 13.

Largitates sponsaliciae 48.

Lectus genialis 140.

Legibus solvere 218.

Legitima observatio 303—4.

Legitimatio 15, 257—61.

— per nuncupationem 261.

— per oblationem curiae 257, 259—60.

— per rescriptum principis 257, 260—1.

— per subsequens matrimonium 257—9, 261.

— per testamentum 261.

Lena 202—3.

Leno 202—3.

Lenocinium 235.

Lex Canuleia 113, 200.

Lex divina 289.

— Furia testamentaria 45.

— humana 289.

— Iulia 106¹, 138, 149, 175, 289, 305.

— — de adulteriis 66, 92, 204, 206, 235—6, 237, 303—4, 312.

— — de fundo dotali 45.

— — de maritandis ordinibus 66⁴, 267.

— — de raptoribus 205—6.

— — et Papia Poppaea 45, 66—8, 153, 161, 201, 212, 274¹, 281, 285, 310, 312, 318—9.

— — iudiciorum publicorum 241.

— — maiestatis 21.

— Licinia 138.

— Minicia 102.

— Miscella 66⁴, 318—9.

— naturalis 135, 255.

— Plautia Papiria 149.

Libellus 270.

— divortii 305.

— repudii 304—6.

Liberi iusti 250.

— legitimi 250.

— naturales 95—6, 256—61, 265.

— vulgo quaesiti 188, 265.

Liberta 204⁴.

— communis 177.

— ignominiosa 178.

Liberum negare 253.

— repudiare 253.

Limen 272⁴.

Linea inferior 181¹.

— recta 181¹.

— superior 181¹.

— transversa 181¹.

List rozwodowy 288, 306.

Lucida intervalla 168.

Lucra nuptialia 317.

Luctus 307—10.

Lugubria 161.

Lustratio 251.

- Małżeństwo** cum manu 58, 79—84, 87—8, 112—3, 119, 125, 141—2, 147, 176, 223, 226, 230—3, 235, 278, 281, 301, 303—4.
 — domniemane 101, 221, 253—4.
 — egzogamiczne 150.
 — endogamiczne 150.
 — iuris gentium 76, 100—2, 142, 247, 277.
 — jako instytucja 63⁴.
 — — sakrament 69—72.
 — kapłańskie 114.
 — kazirodcze 132, 256.
 — mieszane 150.
 — monogamiczne 155.
 — morganatyczne 99.
 — na próbę 232⁶.
 — nieważne 165, 167—9, 178—9, 182, 201—203, 205, 210—11, 321.
 — powtórne 14—5, 50, 67, 158, 162, 177, 204, 267, 274—6, 282, 287, 291 4, 301, 306—8, 310—21.
 — sine manu 59, 79, 84—8, 112, 127—9, 141—2, 147, 223, 226, 232—3, 243, 278, 283, 302—4.
 — warunkowe 180.
Mancipatio 119—21, 197, 228.
Mancipium 79⁴, 82, 121, 231, 278.
Manumissio in ecclesia 109.
Manus 55², 79—88, 113⁶, 119, 122, 124, 127—32, 268, 270, 302².
 — mariti 55, 82, 86—7.
Mater binuba 317, 320.
Materna potestas 246⁹.
Matertera 184.
 — magna 185.
Matrimonium bene concordans 286.
 — impar 153.
Matrimonium in facto esse 62¹.
 — in fieri 62¹.
 — iniustum 79, 100—2.
 — iustum 79, 84, 87, 100—2, 277—8.
 — legitimum 78, 79—88, 147.
 — nefarium 188.
Matrjarchat 54¹.
Matrona 91.
Metrs 170—1.
 — reverentialis 170.
Mixta religio 216.
Monogamja 155—8.
Morum vitia 291.
Mulieres famosae 203.
 — inhonestae 96.
Mutuus consensus 52.
Negotium simulatum 169.
Nierozzerwalność małżeństwa 287—9.
Nieważność małżeństwa 165, 167—9, 178—9, 182, 201—3, 205, 210—11, 321.
Noverca 83, 190—1, 194, 198, 237.
Noxae datio 55, 228, 249.
Nudus consensus 130.
Nuntii remissio 52, 302—3.
Nuptiae confarreatae 114, 118.
 — incestae 73.
 — iustae 79, 87, 269, 277.
 — nefariae et incestae 182.
Nurus 81, 190—1, 198, 231, 237.
Obowiązki alimentacyjne 263—5.
Obrzędy ślubne 136—41.
Obsequium 234, 255, 262.
Odrębność majątkowa 243—4.
Officium mariti 233.
 — paternum 267.
Okres wdowieństwa 159—64.
Onera matrimonii 226.

Opieka jako przeszkoda do małżeństwa 208—10.

Optio tutoris 229.

Ordo sacer 164—6.

Osculum interveniens 49.

— przy zaręczynach 36.

Osoby alieni iuris 104, 172—5, 196, 227—8.

— duchowne 15, 26.

— sui iuris 32, 82, 174—7, 196.

Paelex 89, 156¹.

Panis farreus 113, 115.

Parapherna 244—5.

Parens binubus 316, 318.

Paritas conditionis 200.

— honestatis 201.

Partus 240, 252.

Patria potestas 54¹, 55, 79—80⁴, 82, 86—7, 102, 197, 231, 234, 245—9, 254, 286.

Patronus 177, 203—4¹, 275.

— invitus 178, 287.

Patruus 184, 194, 259.

— magnus 185.

Pellicatus 90.

Persona extranea 83, 87, 199.

— turpis 40.

Personae impares honestate 134.

Pietas 13, 65, 223, 262, 310.

Poenae discidii 273.

— secundarum nuptiarum 316—21.

— — — dotyczące kobiet 319—21.

— — — dotyczące obojga małżonków 317—9.

Pokrewieństwo cywilne 17.

— duchowe 14—5, 213, 216—18.

— naturalne 14—5, 17, 73, 181—9, 196, 198, 253.

— pomiędzy małżonkami 278—9.

Pokrewieństwo prawne 196—99.

Poliandria 155.

Poligamia 155—8.

Porwanie kobiety 205—7.

Posłuszeństwo względem męża 234.

Potestas dominica 55, 104.

— materna 246⁹.

— patria 55.

Powinowactwo 14, 73, 181, 189—95.

— sztuczne 195.

Praesumptio Muciana 244.

Praetextatus 151.

Prawa alimentacyjne 264—5.

Prawe pochodzenie dzieci 249—51.

Prawo dziedziczenia po rodzicach 265—7.

— karania żony 229—30.

— kościelne 25, 40—41, 50, 108, 164, 168, 187, 205, 219, 293.

— naturalne 59, 63, 103, 169, 218, 293.

— retencji 242³.

— rozwodowe 14, 281—306.

Privigna 190—1, 194, 237.

Privignus 190—¹.

Privilegium exigendi 45.

Proamita 185.

Proavunculus 186.

Professio naturalis 251.

Promatertera 185.

Pronuba 137, 140, 311.

Propatruus 186.

Przedawnienie cudzołóstwa 237—8.

— porwania 206.

Przestępstwa pomiędzy małżonkami 243.

Przeszkody do małżeństwa 38, 91—2, 147, 309.

— — — bezwzględne 147.

— — — czasowe 38, 220.

— — — etycznie-socjalne 200—7.

— — — rozrywające 50, 164, 171, 199.

- Przeszkody do małżeństwa stałe 38, 220—1.
 — — — wzbraniające 164, 199.
 — — — względne 147.
 Przyjęcie oblubienicy aqua et igni 137, 140.
 Przyzwolenie na małżeństwo 167-180.
 Pubertas 151—3.
 Puer patrimus et matrimus 139.
- Quasi affinitas** 43—4, 195.
- Raptus** 205—7
 Religio luctus 162—3, 307—10.
 Religionis diversitas 53.
 Remancipatio 301—2.
 Renuntiatio 51—2, 280.
 Repudium 52, 290, 305.
 — communi consensu 164.
 — ex iniusta causa 294.
 — mittere 302.
 — sine causa 291, 295.
 Reservatio mentalis 170.
 Respectus parentelae 184—5, 191.
 Retentio propter liberos 242^a, 285.
 — — mores 285.
 — — — graviores 242^b.
 — — — leviores 242^b.
 — — res amotas 242.
 — — — donetas 242^a.
 — — — impensas 242^a.
 Reverentia maritalis 233—4.
 — patroni 275.
 Rodzina patryjarchalna 54—7.
 Rozwód bez słusznej przyczyny 295.
 — dwustronny 299, 305.
 — ex mediocri culpa 292.
 — jednostronny 294, 298, 305.
 — sine causa 291—2.
 Równouprawnienie małżonków 87, 223—6.
- Sacerdos confarreationum et diffarreationum** 116, 301.
 Sacra familiae 56, 58—9, 78, 121—2.
 Sacrificium 115.
 Sacrorum socia 59.
 Sacrum nuptiale 137, 138.
 Sakrament małżeństwa 69—72.
 Secundae nuptiae 310—21.
 Sellae iugatae 116.
 Senatusconsultum Calvisianum 153.
 — Claudianum 105, 153.
 — Orfitianum 246, 266.
 — Persicianum 153.
 — Plancianum 252.
 — Silanianum 65.
 — Tertullianum 246, 266.
 Senes coemptionales 122.
 Separatio a toro et mensa 74, 287^a, 290.
 Servi coniuges 109.
 Skargi infamujące 45, 241, 243, 262.
 — noksalne 228, 232, 244.
 Socer 190—1.
 Socrus 190—1.
 Solutio matrimonii 280.
 Soror uterina 199.
 Sororis loco 83.
 Spadones 154—5.
 Spędzenie płodu 240—1.
 — — jako przyczyna do rozvodu 294.
 Spondere 31—4.
 Sponsa 32.
 Sponsalia 31, 32, 52.
 — osculo interveniente 49.
 Sponsio 32, 34¹.
 Sponsus 32, 37, 51.
 Spurius 98, 158, 275.
 Stanowisko społeczne żony 232, 321.
 — żony w małżeństwie cum manu 81—3.
 — — sine manu 86-7.
 Stipulatio 32.
 — poenae 46.

Stopnie pokrewieństwa 183—7, 267.
 Subluctus 308.
 Suscipere liberum 253.
 Symulacja 169.
 Ślub czystości w zakonie 166—7, 299.
 Ślubność dzieci 249—53.
 Święcenia niższe 319.
 — wyższe 25—7, 164—6, 319.

Tabulae dotales 132.
 — nuptiales 34, 132, 145, 303.
 Tempus luctus 159—64.
 Toga praetexta 137, 144, 151.
 — pura 137.
 — virilis 151.
 Tollere liberum 253.
 Trinotium p. usurpatio trinotii.
 Tunica recta 137, 144.
 — regilla 144.
 Turbatio sanguinis 160—2, 164, 310.
 Turpis conversatio 53.
 — persona 40.
 Tutor dativus 209.
 — fiduciarius 123.
 Tutoris auctoritas 118, 176.
 — datio 229.
 — optio 229.

Ubi tu Gaius, ego Gaia 139.
 Umowa dwustronna 62.
 — małżeńska 61—3, 303.
 — zaręczynowa 32—4, 39, 42, 49.
 Unitas carnis 194.
 — personae 266.
 Univira 311.
 Usucapio 123—4.
 Usurpatio trinotii 85—6, 126—7.
 Usus jako forma małżeństwa 80², 83²,
 85, 88, 112—3, 123—7, 141, 301.
 Uterini 183.
 Uxor iniusta 101.
 — iusta 101, 218.
 — legitima 239.
 Uxoris loco 44, 94.

Vesticeps 151.
 Vindicatio syna 261.
 — żony 227.
 Viripotentia 151.
 Vitricus 190—1, 320.
 Vitta lanea 137.
 Votum solemne 166—7.

Warunki do małżeństwa bezwzględne
 148—80.
 — etyczno-fizjologiczne 181—99.
 — praktyczne i polityczne 208—13.
 — religijne 213—18.
 — względne 180—218.
 Warunkowe małżeństwo 180.
 Wdowieństwo p. okres wdowieństwa.
 Wiek do małżeństwa 151—4.
 — — zaręczyn 39.
 Wierność małżeńska 234—40.
 — zaręczynowa 43.
 Władza mężowska 82—3, 86—7.
 Wpływ chrześcijaństwa na:
 akt prawny symulowany 169.
 celibat 15, 68—9.
 formę małżeństwa 10, 114, 131,
 145—6.
 istotę małżeństwa 10, 14, 73—4.
 konkubinat 10, 14—5, 95—7, 99.
 legitymację dzieci 15, 257—61.
 małżeństwo niewolników 109—11,
 131—2.
 — powtórne 10, 14, 315—6.
 niewolnictwo 10—1, 14—5, 29,
 103, 108—9.
 prawo alimentacyjne 265.
 — dziedziczenia 10, 15, 267.
 — rozwodowe 10, 14—5, 29,
 272—3, 289—301.
 — rzymskie 9—30.
 — — bezpośredni 9, 10, 24.
 — — pośredni 9, 10, 21.
 przeszkodę pokrewieństwa 10,
 14—5, 186—7.

Wpływ chrześcijaństwa na:

- przeszkodę pokrewieństwa duchowego 14—5, 216—8.
- powinowactwa 14-5, 191-2.
- różnicy wyznania 14, 213-6.
- ślubu czystości w zakonie 166—7.
- święcenia wyższego 164-6.
- quasi affinitas 43—4.
- rozwiązanie małżeństwa przez niewolę nieprzyjacielską 272-7.
- równouprawnienie małżonków 225—6.
- stanowisko prawne dzieci 10-1, 247—9.
- — kobiet 10-1.
- tempus luctus 162—4.
- wierność małżeńska 238—40.
- wyzwolenie z niewoli 14-5, 109.
- Wychowanie dzieci 227, 233, 261—2.
- Wyposażenie córek 267—8.
- Wyzwolenie z niewoli 14—5, 109, 302.

Zamieszkanie żony 232, 321.**Zastępstwo przy rozwodzie 302.**

— — zawarcia małżeństwa 128.

— — — zaręczyn 34.

— żony przez męża 241.

Zawarcie małżeństwa cum manu

113—27.

— — inter absentes 128.

— — sine manu 127—36.

— zaręczyn 32—7.

— — inter absentes 34.

Zdolność fizyczna 151—5.

— prawna 15, 102, 148—9.

Zezwolenie na małżeństwo 172—80.

— — zaręczyny 39—41.

Żałoba 158-64, 219, 306, 308-10, 320.

— po członkach rodziny 308-9.

— wdowy po mężu 309—10.

Żona alieni iuris 224.

— in manu 83, 144, 226, 228, 231.

— sine manu 233, 244.

— sui iuris 244, 284.

SPROSTOWANIA

str.:	wiersz:	zamiast:	powinno być:
49	1 zgóry	ub	lub
77	11 zdołu	sarcificium	sacrificium
122	7 zdołu	Handriani	Hadriani
146	3 zgóry	następujące	następujące
153	16 zgóry	Parsicianum	Persicianum
155	17 zdołu	małżeńska	małżeństwa