

Ks. Dr Władysław P a d a c z, **Zawarcie małżeństwa między nieobecnymi w rozwoju prawnohistorycznym**, Warszawa 1950.

Ramy tytułu rozprawy nie pokrywają się ściśle z zasięgiem jej treści, gdyż całość nie jest wyłącznie studium prawnohistorycznym. Już w przedmowie stwierdza to sam autor uzasadniając temat pracy potrzebami praktycznoduszpasterskimi dającymi się odczuć szczególnie podczas ostatniej wojny światowej i wspominając o potrzebie wszechstronnego rozpatrzenia problemu. Po odliczeniu stron niezapisanych część historyczna rozprawy obejmuje stron 51, a część dogmatyczna wraz z omówieniem zagadnień, pozostających w łączności z tematem, 78 stron tekstu.

Podział materiału jest szczegółowy i przejrzysty. Część historyczna obejmuje rozdział o małżeństwie między nieobecnymi w ustawodawstwie rzymskim, rozdział o charakterze związku małżeńskiego w prawie izraelskim i babilońskim oraz przedstawioną w 4 rozdziałach ewolucję instytucji małżeństwa między nieobecnymi w prawie kanonicznym przed i potrydenckim.

Jakkolwiek Kodeks Hammurabiego i Pięcioksiąg Mojżesza podają normy odnoszące się do rozwiniętych już instytucji prawnych, złączonych z powstaniem nowego związku małżeńskiego (wypłacana przez męż-

czynną rodzinie przyszej jego żony określana sama pieniądze, zaręczyny, ochrona prawna narzeczonej), to jednak ustawodawstwa te nie znały zawierania małżeństw między nieobecnymi. W rozwinięciu się tej instytucji w prawie rzymskim zasadniczą rolę odegrało dostrzeżenie prawno-twórczego czynnika związku małżeńskiego w zgodzie woli nupturientów i w konsekwencji posługiwanie się przy określaniu istoty zawarcia małżeństwa elementami umów konsensualnych. U Rzymian dopuszczalne było zawarcie zaręczyn w czasie nieobecności jednej lub nawet obydwu stron. Stopniowe rozluźnienie formalizmu przy zawieraniu małżeństw doprowadziło też do uznania przez ustawę, iż ważne jest małżeństwo nawet i wtedy, gdy niewiasta za zgodą nieobecnego mężczyzny została wprowadzona jako małżonka do jego domu. Tylko mężczyzna mógł korzystać z tego udogodnienia prawa i to wtedy jedynie, gdy istniały ważne ku temu powody i gdy nie było przeszkód do zawarcia małżeństwa między nieobecnym a określoną niewiastą. Listownie lub przez posłańca donosił on kobiecie o swej woli zawarcia z nią związku małżeńskiego. Taki posłaniec nie był jednak pełnomocnikiem wyrażającym w prawnym zastępstwie i dla dobra mocodawcy swoją wolę, lecz tylko w sposób mechaniczny przynosił on oświadczenie wysyłającego. Chociaż Rzymianie posługiwali się wykształtowaną przez siebie instytucją zastępcy prawnego, to jednak użycie pełnomocnika, jak dowodzi autor, prostując poglądy Lombardiego, było w prawie rzymskim przy zawieraniu małżeństwa niedopuszczalne. Wymagano, by nupturient wyraził konsens małżeński osobiście: albo bezpośrednio albo za pośrednictwem listu czy też posłańca. — O możliwości zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika mówią dopiero teksty prawa kanonicznego z XII w. Glossatorzy kanonów Grącjana, zawierających wyjątki z księgi św. Ambrożego *De Patriarchis* wykorzystali podany przykład kojarzenia małżeństwa pomiędzy Izaakiem i Rebeką, aby przedstawić swe poglądy na kwestię zawierania związków małżeńskich przez pełnomocnika. Stanowisko swe opierali oni na zaczerpniętym z prawa rzymskiego przekonaniu Gracjana, że wzajemna zgoda nupturientów jest przyczyną sprawczą powstania między nimi związku małżeńskiego. Czerpali też argumenty ze społecznego charakteru małżeństwa i możliwości zaciągania zobowiązań społecznych przez nieobecnych¹. Pełnomocnictwo do zawarcia małżeństwa miało specjalny charakter² i jeśli w chwili wyrażenia konsensu małżeńskiego przez pełnomocnika zgoda jego mocodawcy była odwołana, związek małżeński niezależnie od tego czy pełnomocnik wiedział o odwołaniu czy nie wiedział uważano za nieistniejący. Glossatorzy zastanawiali się dokładniej

¹ *Glossa* do c. 17, C. 27, q. 2.

² *Glossa* do c. 33, D. 63.

nad instytucją pełnomocnictwa³, dążyli w oparciu o teksty prawne do zgłębienia istoty umowy małżeńskiej i stosując do niej cechy umów konsensualnych rozbudowali instytucję zawierania małżeństw przez pełnomocnika. Równocześnie uznawano też ważność małżeństwa zawartego przez posłańca lub za pośrednictwem listu. Wychodząc z założenia równości obydwu płci glossatorzy przełamali zasady prawa rzymskiego i doszli do przyznania również i kobietom nieobecnym prawa zawierania małżeństwa za pośrednictwem osoby trzeciej. Dekret soboru trydenckiego *Tametsi* wprowadzający obowiązkową formę zawarcia małżeństwa wywołał wąpliwości wśród kanonistów, czy małżeństwa między nieobecnymi nie zostały przez ten akt prawny zniesione. Zwyciężyło zdanie większości autorów uznających ważność związków małżeńskich zawartych między nieobecnymi na terenie mocy obowiązującej nowej ustawy. Instytucja ta uległa dalszej rozbudowie, wyświetlono też niektóre trudności i ustalono szereg danych łączących się z tym zagadnieniem.

Tak przedstawiają się w ogólnych zarysach wyniki badań historycznych autora. Gdy idzie o ocenę metody pracy, należy przede wszystkim zaznaczyć, że przedstawienie rozwoju określonej instytucji w kilku prawodawstwach na przestrzeni dziejów nastęrcza zawsze trudność wyczerpania całości literatury. Autor zwrócił uwagę na wykorzystanie źródeł. We wstępnych paragrafach podał dość obszerne wyjaśnienia pojęcia i charakteru związku małżeńskiego oraz stosunku wzajemnego ustawodawstw: rzymskiego i kanonicznego. W paragrafach referujących treść tekstów źródłowych czy też literatury zauważa się niekiedy tendencję do ogólnikowego traktowania przytoczonych zagadnień. Np. na s. 21 jest wzmianka, że u Rzymian były duże ograniczenia dla mocodawcy przy wyborze pełnomocnika i że wymagano stosownych kwalifikacji u zastępcy prawnego; poza tym jest tylko odnośnik do Kodeksu Justyniana, a nie podano, o jakie tu chodzi ograniczenia czy kwalifikacje. Na s. 44 autor dzieli wnioski komentatorów dekretu *Tametsi* na 4 grupy i w odnośniku cytuje tytuły 6 opracowań. podobne skróty są też i na stronach następnych. Przy postawieniu studium prawno-historycznemu wyższych wymagań wypadałoby podać szczegółowsze wyjaśnienia. Biorąc pod uwagę fakt, że również i prawo germańskie wywierało wpływ na prawo kanoniczne i że Kościół musiał ze swej strony korygować zwyczaje Germanów⁴, należało by wspomnieć choć pokrótce, jaki był

³ Glossa do c. 5, C. 21, q. 1, dochodzi do wniosku, że mocodawca przy wystawianiu mandatu nie może zastrzegać się, iż odpowiada tylko za te czyny swego pełnomocnika, które później uzna za kanoniczne i legalne; taki mandat jest nieważny, gdyż zastępowany prawnie odpowiada z góry za całość działania swego zastępcy w ramach udzielonego mu pełnomocnictwa.

⁴ Por. Brunner H.. *Quellen und Geschichte des deutschen Rechts*, Encyklopedie der Rechtswissenschaft, Leipzig-Berlin 1904, I, 254.

stosunek prawa małżeńskiego plemion germańskich do omawianego zagadnienia.

Opracowując dogmatyczną część swego studium autor obficie wykorzystał wydawnictwa źródeł i literaturę zagadnienia. Interpretację przepisów Kodeksu przeprowadził głównie pod kątem praktycznych potrzeb duszpasterskich, ilustrując zasady prawne materiałem z doświadczeń kapelanów z ostatniej wojny światowej. Wnioski wprowadzone na podstawie analogii do miejsc równoległych czy też z ogólnych zasad Kodeksu prowadzą na ogół do trafnych rozwiązań. Słusznie podkreśla również autor konieczność uwzględniania przepisów obowiązującego w danym państwie prawa cywilnego.

Wątpliwość budzi niejasno sformułowany na s. 82 wniosek, iż jako „proboszcz“ w rozumieniu kan. 1089 § 1 może podpisać wraz z mocodawcą pełnomocnictwo do zawarcia małżeństwa m. in. i „wikariusz współpracownik“, o ile jest delegowany do pomocy proboszczowi ad universitatem causarum non excepto matrimonio (kan. 476 § 2). W odnośniku powołuje się autor na odpowiedź Komisji do autentycznego tłumaczenia Kodeksu z 31. I. 1942. Tymczasem § 6 kan. 476 mówi, że sprawa i obowiązki wikariusza współpracownika należy określać na podstawie statutów diecezjalnych, pism Ordynariusza i polecenia samego proboszcza; wikariusz ten, o ile czego innego nie zastrzeżono, winien z urzędu dopełniać pracę proboszcza i pomagać mu w całej pracy parafialnej za wyjątkiem aplikowania Mszy św. za parafian. Ze stanowiskiem wikariusza współpracownika Kodeks nie wiąże określonych funkcji. Wikariusz ten spełnia więc swe czynności nie na mocy władzy zwyczajnej, lecz na podstawie zlecenia statutów diecezjalnych, dekretów Ordynariusza czy też z polecenia proboszcza. Jeśli jednak wikariuszowi współpracownikowi zlecono służyć pomocą proboszczowi w całej pracy parafialnej, to wtedy występuje on przy dopełnianiu pracy proboszczowskiej w tych dziedzinach, których nie wyłączono, jako urzędowy zastępca proboszcza. Kodeks wyłączył z tego zastępstwa aplikację Mszy św. za wiernych. Szczegółowy przepis kanonu 1096 § 1 w zestawieniu z powołanym kan. 476 § 6 wymaga w myśl cytowanej odpowiedzi Komisji Interpretacyjnej z 31. I. 1942 przy błogosławieniu małżeństw przez takiego wikariusza współpracownika jeszcze nowej delegacji od Ordynariusza czy proboszcza; ta delegacja wyjątkowo w tym tylko przypadku może być ogólna⁵. Natomiast podpisanie tak dokumentu zareczynowego wraz z narzeczonymi w myśl kan. 1017 § 1, jak i wraz z mocodawcą mandatu do zawarcia małżeństwa przez pełnomocnika w myśl kan. 1089 § 1 według brzmienia ustawy kodeksowej nie wymaga specjalnej delegacji dla wikariusza współpracownika. Innymi słowy, wikariusz ten

⁵ Por. Krzemieniecki J., ks., *Kanony: 476... 1096 w świetle odpowiedzi Komisji Interpret. Kod. Pr. Kan.*, Ateneum Kapłańskie 1947, 46.

mający zleconą pomoc w całej pracy parafialnej może niezależnie od faktu posiadania czy też nieposiadania odrębnej delegacji do asystowania przy zawieraniu małżeństw na mocy kan. 476 § 6, o ile tego nie wyłączono, podpisywać wspomniane dokumenty dopełniając pracę proboszcza jako jego urzędowy zastępca. Z zacytowanego więc zdania autora należałoby dla jasności skreślić zwrot „non excepto matrimonio“.

W paragrafie, mówiącym o podmiotach małżeństwa, zawieranego przez pełnomocnika, na s. 71, należy uwzględnić wydaną prawdopodobnie już po ukończeniu pracy przez autora odpowiedź Stolicy Apostolskiej z 18. V. 1949^e orzekającą, iż § 1 kan. 1088 odnosi się również do małżeństw ochrzczonych akatolików. Małżeństwa między nieobecnyymi chrześcijanami zawierane bez pełnomocnika należy więc uważać na terenie prawa kanonicznego za nieważne. Ta odpowiedź ma szczególne znaczenie dla trybunałów kościelnych, rozpatrujących sprawy o nieważność małżeństw ochrzczonych akatolików, zawieranych według praw cywilnych pomiędzy żołnierzami, przebywającymi na froncie a kobietami pozostającymi w kraju.

Przy wyszukiwaniu materiału z doświadczeń duszpasterskich ostatniej wojny światowej, pomocą mogłyby służyć archiwa naszych kurii diecezjalnych, które również załatwiały sprawy małżeństw między nieobecnyymi. Autor nie wspomina, czy wykorzystał te źródła.

Całość pracy stanowi wartościową pozycję w polskiej literaturze kanonistycznej; zamierzony cel został przez autora osiągnięty.

Ks. Walenty Wójcik