

I. ROZPRAWY

BRONISŁAW SITEK (Szczecin)

Koncepcja małżeństwa w rzymskim prawie klasycznym a kultura prawna Europy.

Uwagi o małżeństwie w oparciu o tekst Modestyna D. 23.2.1

1. Stan badań w romanistyce. 2. Postawienie problemu. 3. Małżeństwo a regulacje prawne. 4. Małżeństwo a jurysprudencja rzymska. 5. Definicja małżeństwa według Modestyna. 6. *Consortium omnis vitae* – wspólnota na całe życie? 7. Małżeństwo – *societas naturalis* czy *societas civilis*? 7.1. Prawno-naturalne pochodzenie instytucji małżeństwa. 7.2. *Consensus a affectio maritalis*. 7.3. *Communicatio divini et humani iuris*. 8. Kontraktowa koncepcja małżeństwa. 8.1. Małżeństwo w nauce Ojców Kościoła. 8.2. Małżeństwo w doktrynie prawa pozytywnego. 8.2.1. Małżeństwo w prawie niemieckim. 8.2.2. Małżeństwo w prawie włoskim. 9. Wnioski.

Instytucja małżeństwa budziła i budzi ciągle zainteresowanie przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych. Wśród nich należy wymienić: socjologów, psychologów, filozofów, jak również teologów i kanonistów. Nieobojętni na kwestie związane z małżeństwem pozostają przedstawiciele nauk prawnych. Do zadań tych ostatnich należy szeroki wachlarz spraw związanych z konstrukcją prawno-dogmatyczną instytucji małżeństwa oraz ustroju majątkowego małżonków.

Jeżeli chodzi o badania nad konstrukcją prawno-dogmatyczną małżeństwa, to należy stwierdzić, że obecnie nie cieszą się one dużą popularnością wśród prawników. Taki stan rzeczy wynika z powolnego wyczerpywania się problemów, które na przestrzeni wieków, poczynwszy od prawa rzymskiego, były gruntownie opracowane, oraz pojawienia się nowych problemów społecznie czy politycznie ważniejszych.

Szczególnym obszarem wzbudzającym przez ostatnie dwa wieki dyskusje wśród prawników jest istnienie w naszej kulturze prawnej dwóch odmiennych koncepcji małżeństwa: świeckiej i religijnej. Obecnie, bezkonfliktowe współistnienie tych systemów występuje w krajach o dostatecznie wykształconym ustroju demokratyczno-liberalnym. Natomiast takie konflikty są właściwe dla młodych demokracji, do których niewątpliwie należy Polska. Należy domniemywać, że i z czasem w tych krajach dojdzie do wypracowania zasad prawnych „pokojowego” współistnienia świeckiej i religijnej koncepcji małżeństwa.

Do problemów, które czekają na rozwiązanie, należy coraz głośniejszym dyskutowana, obca kulturze europejskiej, kwestia prawnego uznania związków homoseksualistów. Wydaje się jednak, że jest to swoista moda, która z czasem przeminie.

1. Aż do lat siedemdziesiątych włącznie w romanistyce pojawiła się znaczna ilość monografii i artykułów poświęconych zagadnieniom związanym z dogmatyką małżeństwa¹. Natomiast przegląd literatury romanistycznej z lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych pozwala zaobserwować spadek zainteresowania wśród romanistów kwestiami prawnodogmatycznymi instytucji małżeństwa. Wystarczy porównać ilość odnośników pod hasłem *matrimonium* w *Generalregiste* ZSS od nr 1 do 50² i od nr 51 do 75³ z *Generalregiste* ZSS od nr 76 do 100⁴, aby owo zjawisko zaobserwować. Przeminięły więc czasy, kiedy to powstawały obszerne monografie poświęcone małżeństwu, takich autorów jak np.: C. Manenti⁵, G. Brini⁶, P.E. Corbett⁷, R. Orestano⁸, E. Volterra⁹, O. Robleda¹⁰, czy H. Insadowski¹¹.

W ostatnich dwóch dekadach znaczny przyczynek do nauki o małżeństwie w prawie rzymskim wnieśli: M. Zabłocka¹² oraz M.C. Grosse¹³. Jednak tylko ostatni autor prowadził analizę tekstów źródłowych dotyczących konstrukcji prawnodogmatycznej małżeństwa w starożytnym Rzymie.

Taki stan rzeczy oznacza, że również romanisci przyjmują, iż ważniejsze kwestie z zakresu dogmatyki małżeństwa zostały już rozwiązane albo, że stan źródeł nie pozwala na dalsze badania. Dotyczy to również najważniejszego

¹ Całą dotychczasową literaturę zebrał M.C. Grosse, *Freie römische Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Pfaffenweiler 1991, s. XI–XXXVII.

² ZSS 1932, s. 807.

³ ZSS 1970, cz. II, s. 242.

⁴ ZSS 1990, cz. II, s. 170.

⁵ *Dell'inapponibilità di condizioni ai negozi giuridici e in specie delle condizioni aposte al matrimonio*, Siena 1889.

⁶ *Matrimonio e divorzio, I–III*, Bologna 1887, wyd. ost. Roma 1975.

⁷ *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1930.

⁸ *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*. 1. Milano 1951.

⁹ *La conception du mariage a Rome*, w RIDA 2(1955), s. 365 n.; *Lezioni del diritto romano. II. Matrimonio romano*. Roma 1961; *Matrimonio (diritto romano)*, w *Novissimo Digesto Italiano*, X, Torino 1964, s. 330 n.; *Ancora sulla struttura del matrimonio classico*, w *Festgabe für U. v. Lübtow zum 80 Geburtstag*, Berlin 1980, s. 147 n.

¹⁰ *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970.

¹¹ H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935. Więcej o Polskiej literaturze romanistycznej dotyczącej badań nad małżeństwem w prawie rzymskim zob. W. Rozwadowski, *Nowe badania nad istotą małżeństwa rzymskiego*, w *Meander* 42 (1987) z. 4–5, s. 243.

¹² *Ius trium liberorum w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, w PK 29 (1986) nr 1–2, s. 243–264; *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987; *Zmiany w ustawach małżeńskich Augusta za panowanie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, w PK 30 (1987), nr 1–2, s. 151–178; *Confarreatio w ustawodawstwie pierwszych cesarzy rzymskich*, w PK 31 (1988) nr 1–2, s. 237–246;

¹³ Dz. cyt.

problemu, a mianowicie polemiki wokół kontraktowej koncepcji małżeństwa. Koncepcja ta bowiem powszechnie przyjmowana przez romanistów do początków XIX w. została zarzucona przez C. Manentiego¹⁴. Mimo to, aż do czasów O. Robledy¹⁵ znajdowała zwolenników wśród romanistów. Wydaje się, że ostatecznie problem ten nie został rozwiązany. Pozostała bowiem do rozwiązania niejasna kwestia elementu konstytucyjnego małżeństwa. Dla jednych tym elementem pozostał *consensus*¹⁶ wyrażony przez małżonków podczas obrzędu zaślubin, a dla innych *affectio maritalis*¹⁷, a więc wola trwania w małżeństwie¹⁸. Problem ten jest o tyle ważny, że rzutuje na całą koncepcję małżeństwa w prawie rzymskim.

Obecnie, w podręcznikach do prawa rzymskiego powszechnie przyjmuje się pogląd M. Kasera¹⁹, według którego małżeństwo w rzymskim prawie klasycznym nie było pojmowane jako czynność prawna, lecz jako przejaw życia społecznego. Zaś interwencje prawne dotyczyły jego powstania, zgaśnięcia i ustroju majątkowego między małżonkami.

2. Artykuł ten nie jest próbą znalezienia luki w badaniach romanistycznych i jej uzupełnienia, ale podjęciem polemiki z powszechnie dziś przyjętą przez romanistów koncepcją małżeństwa w rzymskim prawie klasycznym²⁰. Nie chodzi tu przy tym o przedstawienie nowej koncepcji małżeństwa w rzymskim prawie klasycznym, ale o ukazanie złożoności jej konstrukcji, która znajduje swoje odbicie w źródłach prawa, pochodzących z tego okresu. Przestawienie zaś w podręcznikach do prawa rzymskiego jednolitej koncepcji dogmatycznej małżeństwa sprawia, że brzmi ona podobnie do współczesnych, a samo prawo rzymskie przedstawia jako system statyczny.

Tymczasem, w sposobie podejścia do spraw związanych z instytucją małżeństwa, z całej masy źródeł rzymskiego prawa klasycznego należy wydzieleć źródła wytworzone przez jurysprudencję rzymską. Ta bowiem nie tylko zajęła się małżeństwem w sposób tradycyjny, a więc regulowaniem stosunków majątkowych między małżonkami, ale w źródłach znajdujemy szereg tekstów świadczących o refleksji prawno-teoretycznej nad instytucją małżeństwa, a dotyczącej początku, końca i konstrukcji prawno-dogmatycznej tej instytucji.

Inaczej ma się rzecz z pozostałymi źródłami prawa rzymskiego z okresu klasycznego. Do niego należy zaliczyć *ius honorarium*, które już w począt-

¹⁴ Dz. cyt.

¹⁵ Dz. cyt.

¹⁶ Np. J. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht*, Roma 1977.

¹⁷ Np. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano. Ius. Fonti. Processo. Fatti e negozi giuridici. Persone e famiglia. Cose. Diritti reali. Possesso. Obligazioni. Donazioni. Successioni*, Palermo 1989, s. 296 n.

¹⁸ Zob. W. Rozwadowski, *Nowe badania*, s. 240.

¹⁹ RPR, I, wyd. 1971, s. 310.

²⁰ Np. zob. M. Talamasca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, s. 131 n. W literaturze polskiej taki pogląd dominuje w podręcznikach do prawa rzymskiego, również w tym najnowszym, W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 1996, s. 106.

kach pryncypatu traciło coraz bardziej swoją dynamikę rozwojową, jak i to, które było produkowane przez senat czy kancelarię cesarską, tj. *senatusconsulta* i konstytucje cesarskie. U podłoża tego podziału leży fakt, że *prudentes* w okresie klasycznym posiadali niczym nieskrępowane możliwości tworzenia prawa, przez co też byli wrażliwi na nowe prądy pochodzące już to z filozofii, już to z retoryki. Takich możliwości nie posiadał pretor, którego swoboda tworzenia prawa była stopniowo ograniczana od początku pryncypatu. W 135 roku proces formowania się edyktu pretorskiego został ostatecznie zamknięty. Również ograniczenia ciążyły na procesie kształtowania *senatusconsulta* czy konstytucji cesarskich, które były reagowane pod czujnym okiem cesarza i dotyczyły głównie konkretnych spraw o charakterze majątkowym.

3. Pierwotnie, w okresie prawa archaicznego i przedklasycznego, w prawie rodzinnym, dominującą rolę odgrywało prawo zwyczajowe, w znacznym stopniu oparte na normach religijnych. Władza nad instytucją małżeństwa leżała w ręku *paterfamilias* i to niezależnie od tego czy chodziło o jego własny związek małżeński, czy też o związek podległych jego *patria potestas*. Przykładem władzy ojca rodziny nad małżeństwem było prawo karania żony lub córki podległej jego władzy z tytułu *adulterium*²¹. Dopóki rodzina patriarchalna była silna, wszelkie problemy związane z powstaniem i zakończeniem małżeństwa oraz stosunki majątkowe były rozstrzygane wewnątrz rodziny w oparciu o prawo zwyczajowe.

W tym najstarszym okresie nie istniał z pewnością problem zgody małżeńskiej jako elementu konstytucyjnego małżeństwa. Pominąwszy opowieść Liwiusza o porwaniu Sabinek przez Rzymian, gdzie nie mogło być mowy o dobrowolnym wyrażeniu zgody na małżeństwo przez porwane kobiety, zgoda mających zawrzeć małżeństwo objawiała się przez fakt ich uczestnictwa w obrzędach weselnych. Wszystkie obrzędy związane z zawarciem małżeństwa, zwłaszcza *deductio in domum mariti*, *confarreatio*, *coemptio*, niewątpliwie pochodzą z początków istnienia Rzymu. Uczestniczenie więc małżonków we wszystkich obrzędach weselnych rodziło domniemanie, że wyrazili zgodę na zawarcie małżeństwa²¹.

Pierwszym krokiem zmierzającym do wprowadzenia kontroli publicznej nad instytucją małżeństwa było rozciągnięcie na cenzora²³ władzy karania kobiety za *adulterium*. Według Plutarcha²⁴ w 81 r. przed Chr. została uchwalo-

²¹ Tac. Ann. 2.50.

²² Zob. P. Rasi, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946, s. 8 uważa, że obrzędy *confarreatio* i *coemptio* zostały ustanowione znacznie później przez władzę państwową. Ta koncepcja nie znalazła uznania w romanistyce.

²³ Cic. de rep. 4.6. Najstarszy taki proces pochodzi z 328 r., przed Chr. (Liv. 8.22.3. i 10.31.9). Zob. G. Hartman, *Adulterium*, RE I, 432–435; M. Wurm, *Apokeryxis, Abdicatio und Exhereditatio*, München 1972 s. 66, M. Zabłocka, *Le modifiche introdotte nelle leggi matrimoniali augustee sotto la dinastia Giulio-Claudia*, w BIDR 89 (1986) s. 396; G. Rizzelli, *Stuprum e adulterium nella cultura augustea e la lex Julia de adulteriis*, w BIDR 90 (1987), s. 356, przyp. 4; P. Giunti, *Adulterio e leggi regie*, Milano 1990.

na *Lex Cornelia de adulteriis et de pudicitia*. Jednak od dawna w literaturze romanistycznej istnieją poważne wątpliwości co do jej istnienia²⁵. Pierwszą znaczącą regulacją dotyczącą małżeństwa była owocem polityki prorodzinnej Augusta. Cesarz ten, pragnąc zaradzić rozkładowi małżeństwa, wydał szereg ustaw, przy pomocy których uprzywilejowywał małżeństwa odpowiadające kryteriom *iustum matrimonium*.

Jeżeli chodzi o *Senatusconsulta*, to należy wymienić takie jak: *sc. Velleianum*, *sc. Tertulianum* i *sc. Orfitianum*. Jednak dotyczyły one wyłącznie spraw spadkowych, a więc majątkowych.

Dalsze regulacje dotyczące małżeństwa były dokonywane przy pomocy konstytucji cesarskich, które zebrano w Kodeksie Teodeozjańskim²⁶ i Justyniańskim²⁷. Są konstytucje pochodzące z końca okresu klasycznego i poklasycznego. W większości są to reskrypty, dotyczące zagadnień związanych z ustrojem majątkowym małżonków, a nie teoretycznych rozważań nad konstrukcją prawno-dogmatyczną małżeństwa. Pełniejsze unormowanie spraw związanych z konstrukcją prawno-dogmatyczną małżeństwa znalazło się w trzech nowelach Justyniańskich: 22; 74; 117, ale w nich mamy już chrześcijańską koncepcję małżeństwa. Stąd nie będziemy się zajmowali tymi nowelami.

Jak widać zatem, prawo stanowione w sprawach małżeńskich miało charakter fragmentaryczny i poza ustawodawstwem Augusta, nie można dopatrzeć się spójnej polityki prawnej w tym zakresie. Zważywszy zaś na to, że regulacje te, poza ustawami Augusta, dotyczyły bezpośrednio lub pośrednio spraw majątkowych (w szczególności posagu), lub porządku publicznego (ograniczenie uprawnień męża wobec żony w przypadku *adulterium*), to należy przyznać rację współczesnym romanistom, kiedy mówią, że instytucja małżeństwa w prawie rzymskim miała charakter bardziej socjologiczny niż prawny.

4. Jurysprudencja przedklasyczna i wczesnoklasyczna w sposobie rozprawiania o instytucji małżeństwa zasadniczo nie obiegała od stanu utrwalonego w prawie stanowionym²⁸. Dopiero w połowie drugiego wieku zaczęły pojawiać się prace nowego typu, a mianowicie *prudentes* zaczęli dostrzegać małżeństwo nie tylko jako fenomen społeczny, posiadający skutki majątkowe, ale również jako instytucję prawną, która posiada określoną konstrukcję prawno-dogmatyczną.

Wiadomości o dziełach poświęconych zagadnieniom teoretycznym instytucji małżeństwa są nader skąpe. Od A. Gelliusa wiemy, że Neratiusz napisał monografię pt. *De nuptiis*²⁹. Zaś z Digestów wiadomo jest, że Modestyn na-

²⁴ Comp. Lys. et sull. 3.3.

²⁵ Zob. G. Rotondi, *Leges*, s. 369 n.

²⁶ C.Tch. 3. 5–17; 8. 16.

²⁷ C. 5. 1; 2; 4; 5; 10; 17.

²⁸ We fragmencie D. 24. 3. 66. 6 Javolenus przytoczył opinię Labeona odnośnie kwestii związanej z posagiem.

²⁹ N.A. 4. 4.

piisał dzieło pt. *Liber singularis de ritu nuptiarum*³⁰. Według J. Gaudement³¹, to ostatnie dzieło zostało poświęcone przeszkodom do zawarcia małżeństwa. Wydaje się jednak, że trudno jest na podstawie posiadanych informacji jednoznacznie rozstrzygnąć o zawartości wspomnianych dzieł. Ponadto, nie wiemy, czy nie istniały jeszcze inne pisma jurysprudencji rzymskiej, poświęcone zagadnieniom prawno-dogmatycznym małżeństwa, które zostały przez kompilatorów pominięte, tak jak stało się ze wspomnianym wcześniej dziełem Naratiusza.

Najstarsze źródło dotyczącego aspektów prawno-dogmatycznych małżeństwa pochodzi od Gajusa i brzmi następująco:

L.S. de form. hypoth., D. 20. 1. 4: *Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae: Nec ad rem pertinet, quibus fit vebis, sicuti est et in his obligationibus quae consensu contrahuntur. Et ideo et sine scriptura si convenit ut hypotheca sit et probari poterit, res obligate erit de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari poterit: Et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem; Sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt.*

W tekście tym Gajus wspomina o zgodzie małżeńskiej mimochodem. Uczynił to przy okazji omawiania sposobu powstania hipoteki. Gajus stwierdził, że hipoteka powstaje za ustnym porozumieniem stron, przez co upodobniła się do kontraktów konsensualnych. Stąd bardzo ważne jest, aby tworzący hipotekę zwrócili baczną uwagę na treść wypowiedzianych słów.

Dla Gajusa sposób powstania hipoteki jest podobny do sposobu powstania małżeństwa. To ostatnie bowiem również powstaje jedynie poprzez wyrażenie zgody przez małżonków. Dokument – *testationes in scriptis*, zapewne Gajus myślał o tzw. *tabulae*, ma jedynie moc dowodową, a nie konstytutywną.

Zatem z wypowiedzi Gajusa wynika, że są czynności prawne, które upodabniają się do kontraktów konsensualnych, chociaż nimi nie są. Podobieństwo zaś zasadza się właśnie na sposobie powstawania tychże czynności, a mianowicie, dochodzą one do skutku poprzez wyrażenie zgody przez zainteresowane strony.

Gajus, w omawianym fragmencie, zastosował metodę często używaną przez prawników w okresie prawa klasycznego, a mianowicie, dla wyjaśnienia kwestii niejasnej, dyskutowanej w doktrynie, przywoływano się na analogiczny przypadek, lub kwestię, przy pomocy której rozwiązywano niejasności³². Zastosowana przez Gajusa analogia³³ pozwoliła mu w lepsze przedstawienie mechanizmu powstania hipoteki. Oznacza to, że powszechnie wiadome było, iż elementem konstytutywnym małżeństwa była zgoda małżonków.

³⁰ D. 23.2.42 = 50.17.197.

³¹ *Sociétés et mariage*, Strasbourg 1980, s. 46.

³² Zob. M. Kaser, *Storia del diritto romano*, tł. włoskie R. Martini, Milano 1979, s. 185.

³³ Więcej o stosowaniu analogii w retoryce i w prawie zob. G.E.R. Lloyd, *Polarity and Analogy. Two Types of Argumentation in Early Greek Thought*, Cambridge 1971.

5. W źródłach rzymskiego prawa klasycznego znajduje się jedna definicja małżeństwa, w której jej autor Modestyn nie tyle przedstawia istotne elementy małżeństwa rzymskiego, co jego istotę³⁴.

Mod. 1 Reg., D. 23, 2, 1: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

Tekst ten, wydaje się być prosty, i nie nastręcza trudności w jego tłumaczeniu na język polski. Wystarczy wziąć do ręki *Przewodnik do ćwiczeń z prawa rzymskiego* pod red. Wł. Bojarskiego, oraz podręcznik do prawa rzymskiego Wł. Rozwadowskiego, aby się przekonać, że te dwa tłumaczenia zasadniczo nie odbiegają od siebie. W *Przewodniku* tekst definicji Modestyna został przetłumaczony w następujący sposób: *Małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety, wspólnotą na całe życie, zespoleniem prawa boskiego i ludzkiego*³⁴. Natomiast Wł. Rozwadowski tekst ten tłumaczy w następujący sposób: *Małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety, zespoleniem na całe życie, wspólnotą prawa boskiego i ludzkiego*³⁴.

Przytoczone tłumaczenia różnią się między sobą odmiennym tłumaczeniem terminów *consortium* i *communicatio*. Przy czym w obu przypadkach stosowane są zamiennie polskie wyrazy *wspólnota* i *zespolenie*. Trzeba jednak zauważyć, że zespolenie oznacza połączenie, a więc istotny element wspólnoty. Można zatem powiedzieć, że obaj autorzy tłumaczą na język polski definicję Modestyna tak samo.

Tłumaczenie polskie wyrazu *consortium* nie odbiega od jego tłumaczeń na inne języki współczesne. I tak, w tłumaczeniu Digestów na język niemiecki³⁷, został użyty termin *Vereinigung*, co odpowiada właśnie polskiemu wyrazowi *wspólnota*. Podobnie jest w tłumaczeniu Digestów na język hiszpański – *consorcio*³⁸ i na język włoski – *consorzio*. Natomiast, w tłumaczeniu na język angielski³⁹ zastosowano termin *partnership*, czyli partnerstwo, co w końcu stanowi jeden z istotnych elementów wspólnoty.

Tłumaczenie w tekstach romanistycznych terminu *consortium* jako *wspólnota*, czy *zespolenie*, w niektórych językach odbiega od jego tłumaczenia słownikowego. W języku niemieckim termin *consortium* przekłada się wyrazem *Gemeinschaft*⁴⁰, który z jednej strony oznacza wspólnotę w sensie socjologicznym, a z drugiej strony jest terminem prawniczym, stosowanym na oznaczenie spółki prawa cywilnego. W języku angielskim termin *consortium*

³⁴ Zob. M. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht*, Roma 1977, s. 24 n. Podobnie już wcześniej mówili S. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano. Dal diritto classico al diritto giustiniano*, I. Milano 1951, s. 221, oraz J. Gaudemet, *La définition romano-canonique du mariage*, w: Festschrift W. Plöchl, Wien 1967, s. 107–114.

³⁵ *Przewodnik do ćwiczeń z prawa rzymskiego*, pod red. Wł. Bojarskiego, Toruń 1991, s. 21.

³⁶ *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Warszawa 1991, s. 302.

³⁷ *Corpus Juris Civilis*, tłum. i wyd. K. E. Otto, B. Schilling, K. F. F. Sinteneis, t. II, Leipzig 1831, dodruk Aalen 1984, s. 648.

³⁸ *Cuerpo del Derecho Civil Romano* t. II, tłum. i wyd. L. Garciá del Corral, Barcelona 1892, s. 112.

³⁹ *The Digest of Justinian*, t. II, tłum. i wyd. A. Watson, Philadelphia 1985.

⁴⁰ H. Heuman, E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, wyd. 10, Graz 1958, s. 97.

przekłada się wyrazami: *association*, *company*, a także *partnership*, czy *community of live*⁴¹. Przy czym dwa ostatnie zwroty nie są terminami prawniczymi. W języku włoskim natomiast odpowiednikiem łacińskiego terminu *consortium* jest wyraz *consorzio* i posiada on znaczenie tak prawnicze, jak i socjologiczne. Podobnie jest w języku hiszpańskim. W ostatnich dwóch językach tłumaczenie wyrazu *consortium* w tekstach prawa rzymskiego nie odbiega od jego tłumaczenia słownikowego. W języku polskim termin *consortium* jest tłumaczony jako spółka, wspólność czy wspólnota⁴².

Widzimy zatem, że łaciński termin *consortium* posiada dwupoziomową warstwę znaczeniową. Warstwa zasadnicza odnosi się do instytucji spółki w prawie cywilnym, zaś warstwa wtórna oznacza wspólnotę w znaczeniu socjologicznym. Tak ukształtowana treść terminu *consortium* występuje już w źródłach rzymskiego prawa klasycznego. Niedostrzeżenie złożoności znaczenia terminu *consortium* sprawia, że dla niektórych romanistów wraz ten użyty przez Modestyna w odniesieniu do określenia wspólnoty małżeńskiej posiada jedynie znaczenie czysto retoryczne, czy też nawet jest pustosłowiem⁴³. Jednak trudno jest sobie wyobrazić, aby prawnik tej klasy co Modestyn zastosował w tekście prawniczym termin, dobrze znany co do treści, pozabawiając go jakiegokolwiek pozaretorycznego znaczenia.

6. Według *communis opinio* zwrot *consortium omnis vitae* tłumaczony jest jako *wspólnota* lub *zespolecie na całe życie*. Tłumaczenie polskie jest obiciem tłumaczeń fragmentu D. 23.2.1 na inne języki nowożytny. I tak w tłumaczeniu Digestów na język niemiecki jest mowa o *Vereinigung für ganze Leben*. W tłumaczeniu angielskim jest mowa o *a partnership for live*. Te sformułowania sugerują, że definicja Modestyna została przez kompilatorów zchrystianizowana⁴⁴ i małżeństwo zostało ukazane w perspektywie czasowej, tj. jako związek nierozzerwalny. Obecnie przyjmuje się, że tekst jest oryginalny, ale pierwotnie tłumaczenie, obce duchowi rzymskiego prawa klasycznego, pozostało i egzystuje tak w podręcznikach, jak i w badaniach naukowych.

Od strony gramatycznej zwrot *omnis vitae* stanowi dopełnienie rzeczownika *consortium*. Zatem całość spornego fragmentu należy przetłumaczyć jako *wspólnota całego życia*. Takie właśnie tłumaczenie spornego fragmentu znajdujemy w hiszpańskim przekładzie Digestów, gdzie czytamy: *consorcio de toda vida*⁴⁵.

Zatem Modestynowi nie chodziło o nierozzerwalność związku małżeńskiego, ale o jego aspekt funkcjonalny. Mianowicie, małżeństwo obejmuje wszyst-

⁴¹ Oxford Latin Dictionary, Oxford 1968, s. 418.

⁴² Zob. A. Jougan, *Słownik kościelny łacińsko-polski*, Poznań 1958, s. 148.

⁴³ Zob. F. Lanfranchi, *Le definizioni e il concetto del matrimonio nei retori romani*, w SDHI 2 (1936), s. 150 n.

⁴⁴ E. Hurza, *Beiträge zur Geschichte des Griechischen und Römischen Familienrechtes*, II, Erlangen – Leipzig 1984, s. 7 n; G. Longo, *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias*, w BIDR 40 (1932), s. 202, przyp. 2.

⁴⁵ Op. cit., t. 2, s. 112.

kie sprawy zachodzące między małżonkami, między mężczyzną i kobietą, począwszy od tych materialnych, a skończywszy na prawach i obowiązkach obu stron wobec siebie. Małżeństwo nie jest więc tylko wspólnotą majątkową, ale też wspólnotą ducha. Los jednego z małżonków jest związany z losem współmałżonka niezależnie od stanu majątkowego. Jak długo istnieje ta wspólnota, tak długo na obu stronach ciąży prawa i obowiązki wzajemne⁴⁶.

Również taką samą interpretację trwałości małżeństwa w Rzymie znajdujemy u retorów, zwłaszcza u Kwintyliana, który mówił: *Matrimonio vero tum perpetuum est, si mutua voluntate iungitur*⁴⁷. Według Kwintyliana, małżeństwo może zostać określone jako *perpetuum*, jeżeli istnieje obustronna wola – *si mutua voluntate* – trwania razem.

7. Modestyn, posługując się terminem *consortium* w odniesieniu do małżeństwa, nie był oryginalny, bowiem już wcześniej takim mianem określano małżeństwo, przy czym w retoryce stosowano go zamiennie z wyrazem *societas*. Ciceron mówi o *prima societas*, czy o *vitae societas*⁴⁸. Podobnie pisał Quintilianus⁴⁹. Małżonków zaś określano jako współników, *consors lub socius*⁵⁰.

Natomiast w tekstach prawniczych małżeństwo było określane jedynie mianem *societas*. W sumie zachowały się dwa takie teksty. Pierwszy z nich pochodzi od Paulusa.

Paul. 7 ad Sab., D. 25, 2, 1: *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est*.

Fragment ten dotyczy dyskusji toczonej między prawnikami, odnoszącej się do możliwości wytoczenia przez męża *actio furti* przeciwko żonie, jeżeli ta w czasie trwania małżeństwa nie znajdowała się pod *manus* męża. Taką możliwość bowiem istniała w okresie przedklasycznym. Jednak pod wpływem prawa zwyczajowego, stopniowo rodziło się przekonanie, że mąż nie powinien wytaczać *actio furti* przeciwko żonie, niezależnie od tego, czy w czasie trwania małżeństwa znajdowała się ona pod jego *manus*, czy też nie.

⁴⁶ F. Lanfranchi, *Appunti sul „consortium” familiare nei retori romani*, w SDHI 1 (1935), s. 373–378; A. Erhardt, *Consortium omnis vitae*, w ZSS 57 (1937), s. 357; W. Heilebrand, *Ein Beitrag zur Problematik matrimonium und mos*, w ZSS 70 (1953), s. 247–276; J. Rabinowitz, *On the Definition of Marriage as a consortium omnis vitae*, w HThR 57 (1964), s. 55–56.

⁴⁷ *Decl. minor* 376, s. 417 n.

⁴⁸ *De off.* 1. 17: *primasocietas in coniugio... una domus, communia omnia*; *Oecon.* 1. 36: *maritale coniugium sic comparatum est natura ut non solum iucundissima, verum etiam utilissima vitae societas iniretur*.

⁴⁹ *Liv.* 1. 9. 14 mówiąc o porwaniu Sabineek przez Rzymian pisał: *...illas tamen in matrimonio, in societate fortunarum omnium civitatisque...*

⁵⁰ *Tac. Hist.* 3. 34; 12. 5.

W cytowanym powyżej fragmencie Paulus przytacza dwie opinie prawników z I w. po Chr. zbieżne co do rozwiązania, odmienne natomiast w jego motywacji. Według Nerwy i Kassjusza Longinusa, jeżeli żona nie znajdowała się pod *manus* męża w czasie trwania małżeństwa mąż może wystąpić przeciwko niej jedynie z *actio rerum amotrum*. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby wystąpił przeciwko byłej żonie z *actio furti*. Rację takiego rozwiązania dostrzegają oni w tym, że skoro małżeństwo jest wspólnotą życia – *societas vitae*, niezależnie od tego czy żona znajduje się pod władzą męża czy też nie, to tym samym żona w czasie trwania małżeństwa jest współwłaścicielką wszystkich rzeczy – *quodammodo dominam*. Określenie małżeństwa jako *societas vitae* oraz żony jako *domina* wszystkich rzeczy wspólnych małżonkom, zmusza do przyjęcia założenia, że prawnicy ci stosują analogię i porównują małżeństwo z *societas omnium bonorum*. W tego typu spółce bowiem wspólnicy posiadają współwłasność na rzeczach przynależących do spółki.

Druga opinia jest autorstwa Sabiniana i Prokulusa. Również według nich były mąż nie powinien wytaczać *actio furti* przeciwko byłej żonie, niezależnie od tego, czy w czasie trwania małżeństwa znajdowała się ona pod władzą męża czy też nie. Jednak podstawy takiego rozstrzygnięcia nie szukali w analogii do innej czynności prawnej, ale w konstrukcji prawno-dogmatycznej rodziny rzymskiej. Otóż, jeśli żona znajdowała się pod *manus* męża, to w rodzinie rzymskiej zajmowała miejsce córki – *filiae loco*. *Paterfamilias* nie mógł wytoczyć *actio furti* przeciwko podległym jego władzy, ze względu na to, że oni byli uważani za współwłaścicieli jego majątku – *quodammodo domini*⁵¹. Sabinian i Prokulus uważali, że również w przypadku, gdy żona w czasie trwania małżeństwa, podczas którego nie była pod władzą byłego męża, zajmuje miejsce jakby córki – *sicuti filia patri faciat*. Mamy tu więc do czynienia z fikcją prawną, równie często stosowaną przez prawników rzymskich jak analogię.

Jednak sprawa możliwości wytoczenia przez męża przeciwko żonie *actio furti*, jeżeli żona nie znajdowała się pod *manus* męża, długo była jeszcze przedmiotem sporu między prawnikami. Dopiero Salwiusz Julian rozstrzygnął, że mąż nie może wytoczyć *actio furti* przeciwko byłej żonie, nawet jeżeli w czasie trwania małżeństwa nie znajdowała się pod *manus* męża⁵².

Kolejny tekst pochodzi od Tryfoniana:

Tryph. 12 disp., D. 42, 1, 52: *Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio praecedentis societatis vitae causam habuisse, in solidum condemnari debet, quoniam ex male contractu et delicto oritur*.

W tym fragmencie mamy możliwość wytoczenia *actio rerum amotorum* przez żonę przeciwko byłemu mężowi. Taka możliwość istniała dopiero od czasów Antoniusza Piusa⁵³. Skarga ta mogła być wytoczona w przypadku, gdy były mąż przywłaszczył sobie rzeczy należące do posagu lub do majątku oso-

⁵¹ G. 2. 157, zob. M. Kaser, RPR I, s. 54, przyp. 16.

⁵² Szerzej o tym tekście, zob. A. Wacke, *Actio rerum amotorum*, Köln 1963, s. 91.

⁵³ Mod. I. 2 diff. D. 42. 1. 20.

bistego byłej żony, tzw. *parahperna*. Skarga ta mogła być wytoczona w konkursie z *actio rei uxoriae* (w tekście tym wspomina o niej autor, gdy mówi *ea quoque actio*). Podstawą wytoczenia tej skargi jest fakt, że mąż dokonał zaboru rzeczy w czasie, gdy istniało małżeństwo – *praecedentis societatis vitae*. Również w tym przypadku mamy do czynienia z analogią, tj. z porównaniem małżeństwa do *societas omnium bonorum*.

Widzimy więc, że Modestyn stanął wobec wyboru pomiędzy terminem *societas a consortium*, które były stosowane już wcześniej na określenie instytucji małżeństwa. Wybór tego ostatniego rodzi pytanie o racje, dla których dokonał takiego a nie innego rozstrzygnięcia. Co więcej, wybór ten musi być dla nas nieco zaskoczeniem, zważywszy na to, że termin *consortium* pojawia się w Digestach tylko 5 razy⁵⁴. W tym, poza tekstem Modestyna, ani razu na określenie małżeństwa.

Termin *societas* w tekstach prawniczych i pozaprawniczych oznaczał jednoznacznie spółkę prwa cywilnego, o celach wyłącznie majątkowych. I poza fenomenem „wspólnotowości” instytucję małżeństwa nie łączyło nic z klasyczną spółką. Stąd Modestyn dostrzegł więcej elementów wspólnych łączących instytucję małżeństwa z archaiczną postacią *consortium ercto non cito*.

Podobieństwa zasadzają się na trzech przesłankach, a mianowicie: prawnonaturalne pochodzenie obu instytucji, trwanie obu wspólnot zależy od woli współników, oraz udział jej członków w całości praw wpływających z tej wspólnoty.

7.1. Wspólnota majątkowa *ercto non cito* istniała już w okresie przed ustawą XII tab., kiedy to dziedziczenie testamentowe należało do rzadkości⁵⁵. Naturalną drogą dziedziczenia była właśnie wspólnota majątkowa wszystkich osób podległych władzy *paterfamilias* w chwili jego śmierci. Stąd była to instytucja pochodzenia prawno-naturalnego⁵⁶.

Również małżeństwo jest wspólnotą pochodzenia z prawa naturalnego. Takie przekonanie wyrażali nie tylko retorzy rzymscy, ale uczynił to też Ulpian.

Ulp. 1 Inst., D. 1, 1, 1, 3: *lus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*

⁵⁴ Oprócz omawianego tekstu Modestyna termin *consortium* znajduje się w tekście Hermogoniana 2 Iuris epist.; Papiniana 11 resp. D. 46. 3. 96. 3; Paulusa 6 Quaest., D. 27. 1. 31. 4; Ulpiana 8 ad ed., D. 17. 2. 52. 8.

⁵⁵ O *consortium ercto non cito* zob. J. Zabłocki, *Kompetencje pater familias i zgromadzeń ludowych w sprawach rodziny w świetle Noctes Atticae Aulusa Gelliusa*, Warszawa 1990, s. 109 n., tamże dalsza literatura.

⁵⁶ Zob. L. Gutiérrez-Masson, *Del „Consortium” a la „Societas”, I, „Consortium ercto non cito”*, Madrid 1994, s. 72 n.

Ulpian na początku tekstu zdefiniował pojęcie prawa naturalnego. Według niego, prawo naturalne są to reguły wspólne człowiekowi i zwierzętom, a które nie są wytworem kultury, lecz wypływają z natury stworzenia. Zatem w cytowanym fragmencie nie tylko chodzi o prawa biologiczne, które związane są z funkcjonowaniem organizmów stworzeń, ale również o prawa które są związane z ich przetrwaniem (zrodzenie potomstwa i jego edukacja), oraz z życiem grupowym, które jest powszechne wśród istot żywych⁵⁷. Na początku cytowanego fragmentu został wymieniony związek mężczyzny z kobietą, a następnie zrodzenie potomstwa i jego wychowanie. Dwa ostatnie prawa są bezpośrednio związane z zaistnieniem związku osobników odmiennej płci.

Ponadto Ulpian mówi, że związki odmiennych płci występują również wśród zwierząt. I tylko z takich związków może zrodzić się potomstwo, które następnie jest wychowywane. Trzeba zauważyć, że gdy Ulpian mówi o związku osobników odmiennej płci w ogólności, to posługuje się terminem *coniunctio*, niezależnie od tego, czy chodzi o ludzi czy o zwierzęta. Jednak związek mężczyzny z kobietą, na tle związków występujących wśród zwierząt, stanowi wyjątek, stąd nazywany jest małżeństwem – *quam nos matrimonium appellamus*.

Trzeba jednak powiedzieć, że podobieństwo pomiędzy instytucją małżeństwa a *consortium ercto non cito* kończy się na samym fenomienie prawnonaturalnego pochodzenia. Małżeństwo bowiem z natury pozostaje zawsze związkiem monogamicznym mężczyzny i kobiety. Ta sama natura zaś nakreśliła zupełnie inny krąg osób uprawnionych do wejścia do wspólnoty *ercto non cito*. Były to osoby podległe władzy *paterfamilias*, i nie można było z góry stanowić ani o liczbie, ani o płci uprawnionych.

7.2. Drugą przesłanką decydującą o zastosowaniu przez Modestyna analogii między *consortium ercto non cito* a małżeństwem jest uzależnienie trwania obu instytucji od woli ich uczestników⁵⁸. Oczywiście, że nie można całkowicie utożsamić obu aktów wolitywnych, bowiem w przypadku *consortium ercto non cito* współnicy mogli wystąpić o podział wspólnoty majątkowej w każdym momencie, zaś w przypadku małżeństwa istniały zwyczajowo i prawnie przyjęte obostrzenia, ograniczające swobodę rozwodu. Poza tym samo określenie *affectio maritalis* wskazuje na odmienne traktowanie przez Rzymian woli małżonków od woli członków wspólnoty majątkowej. Sam termin *affectio* oznacza całą sferę uczuć właściwą tylko mężczyźnie i kobiecie, które nie są brane pod uwagę przy istnieniu wspólnoty majątkowej.

Jak wcześniej zostało już to powiedziane, zgoda początkowa małżonków stała się przedmiotem dyskusji ze strony *prudentes* wtedy, gdy rodzina rzymska uległa na tyle osłabieniu, że nie była w stanie zagwarantować sprawowa-

⁵⁷ Więcej o tym tekście zob. B. Sitek, *Elemente des Anthropozentrismus im römischen Recht. Reflexion über den Text von Ulpianus I Inst. D. 1, 1, 1, 3*, w *I diritti fondamentali dell'uomo e dell'ambiente nei cambiamenti dell'Europa centro-orientale*, Varsavia 1995, s. 137 n.

⁵⁸ Aby nie komplikować zbytnio wywodu, pomijam kwestię rozwodu na życzenie *paterfamilias*.

nia właściwej kontroli nas ważnym społecznie aktem zawarcia małżeństwa. Wtedy właśnie jurysprudencja rzymska bardzo szybko rozstrzygnęła kwestię elementu konstytutywnego małżeństwa, odróżniając go od woli trwania w małżeństwie. Przy czym rozstrzygnięcie to nie było wynikiem spekulatywnych rozmyślań, ale obserwacji życia. *Prudentes* po prostu ujęli w terminy prawno-techniczne to co zostało już dawno wykształcone przez zwyczaj.

Z punktu widzenia prawa każdy z aktów woli tywnych wywierał inne skutki prawne. *Consensus* był aktem, od którego zależało powstanie określonych skutków majątkowych i zmian w prawie osobowym⁵⁹. *Affectio maritalis* natomiast była potrzebna, aby ustalić okres trwania małżeństwa i moment od którego ewentualnie powstają nowe skutki właściwe dla sytuacji, gdy małżeństwo kończy się rozwodem, jak np. obowiązek alimentacyjny wobec dzieci czy żony, zwrot posagu, rozliczenie się męża z prowadzenia zarządu nad majątkiem osobistym byłej małżonki.

Klasycznym przykładem rozróżniania przez *prudentes* obu aktów woli tywnych są dwie paremie rzymskie: *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*⁶⁰ oraz *nuptias non concubitus, sed consensus facit*⁶¹. Ulpian, autor obu paremii, wyraźnie rozróżnia dwa pojęcia *matrimonium* i *nuptias*. W gruncie rzeczy jednak te dwa terminy oznaczają tę samą rzeczywistość, ale ujmują ją w różnych stadiach jej trwania. Termin *matrimonium* odnosi się do trwania małżeństwa – małżeństwo *in factum esse*, zaś *nuptiae* oznacza jego powstanie – małżeństwo *in fieri*.

Według Ulpiana małżeństwo *in factum* oparte jest na *affectio maritalis* – na woli trwania w związku małżeńskim, a nie na *coitus*. Ulpian więc przeciwstawia *affectio maritalis* temu co rozumie się przez termin *coitus*. Termin *coitus*, bardzo często stosowany przy *prudentes*, oznaczał przede wszystkim zawiązanie spółki⁶². Gajus zaś stosuje ten wyraz na oznaczenie związków, które nie mogły być przez Rzymian uznane za *iustum matrimonium*, jak np. związek z niewolnicą⁶³, czy pelegrynem⁶⁴. W tym ostatnim przypadku *coitus* oznacza związek ludzi, ale ograniczony wyłącznie do materialnego i fizycznego wymiaru⁶⁵. Małżeństwo zaś już dla samych Rzymian było czymś więcej niż fizycznym związkiem dwojga ludzi. Właśnie pojęcie *affectio maritalis* najlepiej wyraża ten nietypowy charakter związku małżeńskiego, gdzie nie tylko ma miejsce połączenie fizyczne małżonków, ale w grę wchodzi cała sfera uczuć, przeżyć, wspólnych doświadczeń.

Nuptiae natomiast to moment powstania małżeństwa. Dla Ulpiana było oczywiste, że małżeństwo powstaje poprzez zgodne wyrażenie woli małżon-

⁵⁹ Zmiany takie miały miejsce, gdy kobieta *sui iuris* wchodziła pod władzę męża. Dokonywała się wtedy *capitis deminutio minima*.

⁶⁰ Ulp. 33 ad Sab. D. 24. 1. 32. 1

⁶¹ Ulp. 35 ad Sab. D. 35. 1. 15 = Ulp. 36 ad Sab. D. 50. 17. 30.

⁶² ...*societatem coit*: Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.7.1; ...*societatem coit*: Paul. 32 ad ed. D. 17.2.3.1.; ...*coita societa*: Paul. 23 ad ed. D. 17.2.3.2.

⁶³ G. 1.88

⁶⁴ G. 1.64

⁶⁵ Zob. *Oxford Latin Dictionary*, Oxford 1968, s. 349.

ków o wstąpieniu w związek małżeński, a nie zaś fakt wspólnego pożycia, co określa terminem *concubitus*. W ten sposób została jasno nakreślona granica pomiędzy konkubinatem a *iustum matrimonium*.

Można zatem powiedzieć, że chociaż *prudentes* rozróżniali zgodę na zawarcie małżeństwa od *affectio maritalis* – woli trwania w małżeństwie, to jednak nie wiązali ze sobą tych dwóch aktów. *Consensus*, jako element konstytutywny małżeństwa, był tylko i wyłącznie momentem zawiazania węzła małżeńskiego. Nie miał on wpływu na trwałość związku. Ta bowiem zależała od *affectio maritalis*, a więc od woli trwania w związku małżeńskim.

Rozróżnienie pomiędzy zgodą małżeńską a *affectio maritalis* stanowiło o istocie koncepcji małżeństwa w rzymskim prawie klasycznym. Niestety to subtelne rozróżnienie dokonane przez jurysprudencję rzymską nie zawsze było i jest dostrzegane przez współczesnych romanistów. W konsekwencji prowadzi to do utożsamienia koncepcji małżeństwa u Modestyna z tą, które mamy w Instytucjach Justyniana⁶⁶. Tymczasem u Justyniana występuje już chrześcijańska koncepcja małżeństwa, gdzie z punktu widzenia prawa, *affectio maritalis* nie ma żadnego znaczenia. Definicja ta zaczyna się przecież od słów: *Nuptiae autem sive matrimonium...*⁶⁷. Dla kompilatorów justyniańskich nie istniała różnica pomiędzy terminem *nuptiae* i *matrimonium*, bowiem małżeństwo w tamtych czasach było dostrzegane już jako instytucja nierozzerwalna, jako sakrament.

Ponadto dokonanie przez jurysprudencję rzymską rozróżnienia *affectio maritalis* od zgody małżeńskiej pozwoliło Gajusowi na szukanie podobieństwa między małżeństwem a hipoteką, Modestynowi zaś pozwoliło na szukanie podobieństwa między małżeństwem a *consortium omnis vitae*.

7.3. Trzecią przesłanką decydującą o istnieniu analogii pomiędzy *consortio ercto non cito* a małżeństwem jest wspólnota dóbr. W obu przypadkach wspólnota obejmowała nie tylko dobra materialne, ale i metafizyczne.

Archaiczna postać wspólnoty majątkowej obejmowała nie tylko to co my dzisiaj określamy masą spadkową, ale również prawa i obowiązki poza majątkowe, jak np. prawo patronatu nad wyzwolonymi i klientami, obowiązek dokonania zemsty, a także sprawowaniu kultu bogów rodzinnych. Inaczej mówiąc, spadkobiercy wchodzili dosłownie w miejsce zmarłego, zajmowali oni taką samą pozycję w rodzinie jak zmarły. Można byłoby analogicznie jak do małżeństwa również w stosunku do *consortium ercto non cito* odnieść sformułowanie *communicatio divini et humani iuris*. Oczywiście już w okresie przedklasycznym *consortio ercto non cito* dotyczyło wyłącznie praw majątkowych⁶⁸.

Jeszcze kilkadziesiąt lat temu, A.L. Bellini pisał, że zwrot z definicji Modestyna *divini et humani iuris communicatio* nie oznaczał uczestnictwa małżonków w *sacra* pogańskich, ale związek duchowy, na sposób związku Kościoła

⁶⁶ Np. O. Robleda, op. cit., s. 59 n.

⁶⁷ I. 1.9.1

⁶⁸ Zob. F. Wieacker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I. Weimar 1936, s. 153 n.

z Chrystusem⁶⁹. Jako przykład przytaczał fragment z dzieła Tertuliana: *Et coniugent vos in Ecclesia virgine, unius Christi unica sposa*⁷⁰. Taka interpretacja jest oczywistym przykładem nieporozumienia. Zostało już bowiem wykazane, że nie da się wykaazać wpływu chrześcijaństwa na rzymskie prawo klasyczne. Było ono natomiast pod przemożnym wpływem filozofii greckiej. Należy zatem przyjąć, że w definicji Modestyna chodzi wyłącznie o *sacra pogańskie*. Za taką interpretacją przemawia również fakt, że jest to definicja sformułowana dla celów szkolnych, a więc należy w niej dopatrywać się tradycyjnej koncepcji małżeństwa, a nie nowinkarstwa, czym wówczas była na pewno chrześcijańska koncepcja małżeństwa.

Jeżeli chodzi o określenie terminu *ius hominis*, to zasadniczo nie można go pojmować inaczej niż był on rozumiany przez prawników okresu klasycznego. Trzeba się odnieść do fragmentu pochodzącego od Ulpiana, w którym autor ten prawo dzieli na trzy części: *ius naturale*, *ius gentium* i *ius civile*⁷¹. Modestyn chciał zatem powiedzieć, że małżeństwo jest wspólnotą, w której mają zastosowanie normy pochodzące z wszystkich tych trzech źródeł.

8. Najstarsze ślady kontraktowej koncepcji małżeństwa zbudowanej w oparciu o źródła prawa rzymskiego sięgają czasów *Petri Exceptionem legum Romanorum Appendices*. W podanej tam definicji kontraktu czytamy: *contractus id est ex utraque parte simul consensu tractus, sicut nuptie et emptio*⁷². Z całą pewnością małżeństwo jest zaliczone do kontraktów już w *Summa Codicis Trecensis* powstałej w czasach Iheronima. Taka koncepcja małżeństwa przetrwała prawie do dziś w prawie kanonicznym, natomiast w prawie świeckim aż do czasów Oświecenia.

8.1. W tekstach Ojców Kościoła termin *contractus* nie został ani razu zastosowany w odniesieniu do małżeństwa. Jednak analiza chrześcijańskiej koncepcji małżeństwa od samych początków wykazuje tendencję do jego identyfikacji z koncepcją kontraktów konsensualnych. Identyfikacja ta pozwalała na to, aby można było uznać równość stron, tj. małżonków, nierozzerwalność węzła małżeńskiego, obowiązek zachowania wierności małżeńskiej po obu stronach.

Nierozzerwalność małżeństwa w Kościele jest oczywiście odnoszona do związku Kościoła z Chrystusem. Odniesienie małżeństwa do związku Kościoła z Chrystusem nadaje tej instytucji nowy wymiar, wymiar sakramentalny. Sakrament uświęca związek zawarty poprzez wyrażenie zgody.

Ta dosyć klarowna chrześcijańska koncepcja małżeństwa sprawiła, że działalność Ojców Kościoła koncentrowała się wokół jej wcielenia w życie. Widać to w sposób szczególny w pierwszych trzech wiekach chrześcijaństwa. Już Św. Ignacy Antiocheński podkreślał konieczność obecności przedstawiciela Kościo-

⁶⁹ *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal secolo all'età giustiniana*, Milano 1939, s. 6 n. Podobnie myśleli inni autorzy w okresie międzywojennym, np. F. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris 1929, s. 141.

⁷⁰ *De Monogamia*, II, PL., II, 993.

⁷¹ Ulp. 1 Inst., D. 1.1.1.2.

⁷² I, 20 (wyd. Fitting, s. 184.).

ła podczas obrzędu zawierania małżeństwa. Obecność ta bowiem będzie gwarantowała, że małżeństwo zostanie zawarte według nauki Kościoła⁷³. W tekście tym wyraźnie widać, że inne skutki przypisywane były już wtedy małżeństwu zawartemu według rytu świeckiego, a inne według Kościoła.

A.L. Ballini wysunął teorię, że pierwotnie małżeństwo chrześcijańskie było zawierane tak, że w domu odbywały się wszystkie zwyczajem przewidziane obrzędy, a następnie małżonkowie udawali się przed proboszcza, aby uzyskać błogosławieństwo⁷⁴. Choć Tertulian wyraźnie już mówi o dwóch sposobach zawierania małżeństwa, ten według dawnego rytu, i ten nowy według chrześcijańskiego.

Jeżeli chodzi o zderzenie tych dwóch systemów, to należy zauważyć, że chrześcijaństwo w swych początkach było religią niższych warstw społecznych, a więc biedoty lub niewolników. Ci ludzie nie odgrywali znaczącej roli w obrocie prawnoprywatnym, ani nie zajmowali miejsc publicznych, zatem zainteresowanie ich małżeństwem, tzn. według jakiego rytu jest ono zawarte nie miało większego znaczenia dla urzędników cesarskich, bowiem małżeństwem interesowano się wtedy, gdy chodziło o dokonywanie czynności prawnoprywatnych, czy prawnopublicznych.

Ponadto liczne teksty patrologiczne wskazują też na to, że pierwotny Kościół zabiegał nie tylko o to, aby małżeństwo było zawierane przed jego przedstawicielami, ale również o to, aby akt zawarcia małżeństwa miał charakter publiczny. Dla przykładu warto przytoczyć tekst Tertuliana, który potępia tych, którzy zawierają małżeństwo – *non apud Ecclesiam professae*⁷⁵.

Od samego początku chrześcijaństwa momentem decydującym o kształcie chrześcijańskiej koncepcji małżeństwa była wola jego zawarcia. Natomiast żadnego znaczenia nie posiadało to, co Rzymianie określali jako *affectio maritalis*. Według doktryny chrześcijańskiej małżeństwo, jako sakrament, zostało zanurzone w łasce Bożej. I w razie, kiedy małżonkom zabraknie woli trwania we wspólnocie małżeńskiej, z pomocą przychodzi im łaska Boża.

Ukoronowaniem tego myślenia był KPK z 1917, gdzie w kan. 1013 § 2 ustawodawca kościelny mówił o małżeństwie jako kontrakcie. Pierwsza zmiana w koncepcji małżeństwa nastąpiła za papieża Piusa XI, który w encyklice *Casti connubii* mówił o małżeństwie jak o przymierzu. Koncepcja ta znalazła swoje potwierdzenie w nauce Soboru Watykańskiego II. Soborowy „powrót do źródeł” sprawił, że małżeństwo zaczęto postrzegać jako przymierze – *foedus*⁷⁶, a nie tylko jako kontrakt. Nie oznacza to, iż odrzucono starą koncepcję. Jeszcze w obecnym Kodeksie w kan. 1055 § 2 dalej występuje łaciński termin *contractus*⁷⁷.

⁷³ Epist. a Policarpo, V, PG. V, 963: *Decet vero ut sponsi et sponsae de sententia episcopi coniugium faciant ut matrimonium fit secundum Dominum non secundum concupiscentiam*.

⁷⁴ Op. cit., s. 15

⁷⁵ *De pudicitia*, IV, PL., II, 1038.

⁷⁶ Konstytucja *Gaudium et spes*, n. 48. Zob. M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Katowice 1987, 46–47; W. Góralski, *Ius matrimoniale. Ze studiów nad kościelnym prawem małżeńskim*, t. 1, Lublin 1990, s. 9 n.

⁷⁷ Więcej o nauce Kościoła odnośnie do małżeństwa zob. F. Bersini, *Il diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico-teologico-pastorale*, Torino 1994.

8.2.1. Małżeństwo we włoskim prawie konstytucyjnym⁷⁸ zostało zdefiniowane jako *societas naturalis*. Termin *naturalis* wskazuje na źródło pochodzenia tej instytucji, tzn., że nie jest ustanowione przez państwo lub przez jakiś inny organ prawotwórczy, ale wypływa z natury samego człowieka. Oznacza to także otwarcie małżeństwa na różnego rodzaju związki naturalne związane z małżeństwem, np. dzieci pozamałżeńskie⁷⁹. Natomiast termin *societas* zawiera w sobie ładunek treści o charakterze prawnym. Zwrot *societas naturalis* pozwala na zajmowanie się instytucją małżeństwa nie tylko przez prawników, ale i przez socjologów, teologów, historyków oraz innych przedstawicieli dyscyplin naukowych, które zajmują się badaniem społeczeństwa.

Zdefiniowanie małżeństwa jako *societas naturalis* pozwala również na stwierdzenie, że w małżeństwie mamy do czynienia nie tylko z równością obu małżonków wobec prawa, ale można mówić o równości moralnej. Ta ostatnia definiuje się poprzez zakaz poniżania tak fizycznego, jak i psychicznego jednego z małżonków przez drugiego. Tak rozumiana równość moralna jest nowym elementem w europejskiej kulturze prawnej i została do niej wniesiona właśnie poprzez prawników włoskich. Stąd obecnie jest tendencja w wielu krajach europejskich, aby i na to pole wkroczyło ustawodawstwo pozytywne. Przykładem tego jest wprowadzenie w niektórych ustawodawstwach europejskich kary za gwałt w małżeństwie⁸⁰, np. w Anglii.

W jursprudencji włoskiej odrzuca się kontraktową koncepcję małżeństwa, bowiem brakuje jej formy i substancji kontraktu. Natomiast powszechnie przyjmuje się, że małżeństwo jest czynnością prawną, która jednak bardzo różni się od klasycznych czynności prawnych w prawie prywatnym. Raczej uważa się ją za instytucję z zakresu prawa publicznego, bowiem do jej realizacji potrzeba przedstawiciela państwa lub kościoła, który pełni funkcję publiczną. Małżeństwo jest też aktem uroczystym⁸¹.

8.2.2. W BGB nie znajduje się określenie dogmatyczne małżeństwa. Uważa się, że dochodzi ono do skutku poprzez wyrażenie zgody przez mężczyznę i kobietę w formie uznanej przez państwo. Przyjmuje się, że małżeństwo jest socjalnym i prawnym fenomenem. Tym samym, odrzuca się kontraktową koncepcję małżeństwa, chociaż myślenie o instytucji małżeństwa według tych kategorii pozostało.

W art. 1353 I BGB ustawodawca napisał, że małżeństwo jest zawierane na całe życie. Małżonkowie są zobowiązani do wspólnej troski o małżeńską wspólnotę życia. Nierozłącznym elementem małżeństwa jest zatem wola zawarcia związku na całe życie – *Lebenslang*. Przysięga ten jednak nie wyklucza możliwości rozwodu.

⁷⁸ Art. 29 konstytucji włoskiej

⁷⁹ Zob. C.M. Bianca, *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Milano 1989, s. 4, przyp. 2. Tamże dalsza literatura.

⁸⁰ T. Martinez, *Diritto Costituzionale*, Milano 1984, s. 712.

⁸¹ Zob. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1985, s. 262 n.

Małżeństwo jest nazwane jako wspólnota życia – *Lebensgemeinschaft*. Pojęcie to jest wykładane przy pomocy ogólnych klauzul. Do nich zalicza się: wspólne planowanie rodziny, wspólne podejmowanie decyzji, zachowanie swobody działań dla partnera (działania gospodarcze, społeczne), zakaz wytaczania przeciwko sobie skarg o charakterze majątkowym w czasie trwania małżeństwa, zachowanie prawa do rozwodu⁸².

9. Te krótkie uwagi poczynione w niniejszym artykule, pozwalają stwierdzić, że wszelkie opinie jednoznaczne o małżeństwie w rzymskim prawie klasycznym nie w pełni odpowiadają rzeczywistości. Tym bardziej, że na podstawie analizy źródeł rzymskiego prawa klasycznego da się wyróżnić dwa odmienne sposoby patrzenia na małżeństwo. Dla prawa stanowionego małżeństwo było jedynie faktem społecznym o konkretnych skutkach majątkowych, które wymagały uregulowania. Natomiast zupełnie inne podejście prezentowali *prudentes*, dla których małżeństwo było wypadkową dynamiki rozwoju prawa rzymskiego na bazie rozwoju społecznego Rzymu. Stąd, na bazie pędu do systematyzacji prawa, próbowali małżeństwo dostrzegać jako akt prawny posiadający swoją własną konstrukcję dogmatyczną, wyrosłą na bazie zwyczaju. Dla Paulusa i Tryfoniana małżeństwo najbardziej przypominało kontrakt konsensualny *societas*. Dla Modestyna jednak małżeństwo przypominało archaiczną wspólnotę majątkową – *consortium ercto non cito*.

Nie oznacza to jednak, że *prudentes* uważali małżeństwo jako jeden z kontraktów. Na takie twierdzenie nie pozwala nam nawet fakt, że prawnicy ci bardzo często stosowali czasownik *contrahere* w odniesieniu do czynności zawarcia małżeństwa. Raczej należy stwierdzić, że spostrzegali oni małżeństwo tak samo jak śmierć czy narodziny człowieka. Są to fakty prawnonaturalne, niezależne od prawa, prawo zaś tylko wkracza w te obszary zdarzeń po to, aby uregulować sprawy o charakterze majątkowym.

Prudentes byli ważnym „ogniwem” na drodze rozwoju badań dogmatycznych nad małżeństwem. Przyczynili się do przekształcenia prawno-naturalnej koncepcji małżeństwa w akt prawny. Bez ich porównań małżeństwa do *societas* czy *consortium ercto non cito*, nie powstałaby we wczesnym średniowieczu kontraktowa koncepcja małżeństwa. I chociaż we współczesnym prawie pozytywnym koncepcję tę zarzucono, to jednak pozostał sposób traktowania małżeństwa jako czynności prawnej.

⁸² Zob. Beck'schekurz Kommentare, VII, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1984, s. 1286 n.

LA CONCEPTION DU MARIAGE DANS LE DROIT CLASSIQUE ROMAIN
ET LA CULTURE JURIDIQUE EN EUROPE. QUELQUES RÉFLEXIONS
SUR LE MARIAGE SELON LE TEXTE DE MODESTIN D. 23.2.1.

Résumé

Le mariage dans le droit classique romain était réglementé non seulement du point de vue des relations matérielles entre époux. On discutait aussi entre „prudentes” de la construction juridico-dogmatique du mariage. Cette construction remonte au temps de Sabinien et de Nerva. Les premières monographies sur le mariage ont été écrites au II^e s. après J.-C.

L'analyse des sources accessibles nous permet de constater que le mariage dans le droit classique romain se créait par la manifestation d'un consensus entre „nupturienses”. La durabilité du mariage dépendait de „l'affectio maritalis”, c'est-à-dire de la volonté des époux de durer dans la communauté. Le mariage était conçu comme communauté à vie. Modestin faisait appel au terme „consortium” pour définir le mariage, ce qui permet de présumer que celui-ci ressemblait au „consortium erecto non cito”. Cette ressemblance s'appuie sur trois conditions: les origines des deux communautés provenaient du droit naturel, la communauté des biens matériels et immatériels et la durabilité des deux communautés qui dépend de la volonté des époux.

Les „prudentes” ne traitaient pas le mariage comme un acte juridique, mais comme un état de fait demandant une réglementation juridique adaptée. Ça veut dire qu' on ne peut pas leur imputer une conception contractuelle du mariage, cette dernière est née bien plus tard et elle a persisté le plus longtemps dans le droit canonique.

Traduit Teresa Janasz

