

BRONISŁAW W. ZUBERT OFM

MAŁŻEŃSKA PRZESZKODA WIEKU W DEKRECIE GRACJANA I U PIERWSZYCH DEKRETYSTÓW

Wyjątkowo silny dynamizm rozwojowy, jaki cechował historię europejską począwszy od XI w., spowodował nie tylko przemiany ogólnohistoryczne, lecz stworzył także sprzyjający klimat dla rozwoju nauki. Ogólna stabilizacja stosunków społecznych i krystalizacja chrześcijaństwa łacińskiego doprowadziły do odrodzenia intelektualnego. Wzrost świadomości chrześcijańskiej zmniejszył znaczenie prawa partykularnego i zwyczajowego na korzyść norm powszechnie obowiązujących. Dla zagwarantowania jednolitości organizmu społecznego i umocnienia chrześcijaństwa następuje w XII w. rozbudowa systemu prawa kanonicznego oraz ściśle z nią związany rozwój kościelnej literatury prawniczej¹. Pierwszym owocem przemian jest na terenie prawa kanonicznego zredagowanie *Dekretu* Gracjana. W ślad za powstaniem *Dekretu* idzie działalność pisarska dekretystów.

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie próba przedstawienia zagadnienia małżeńskiej przeszkody wieku najpierw u Hugona od św. Wiktora i Piotra Lombarda, następnie w *Dekrecie* Gracjana. Wprawdzie Hugo, nieco starszy od Gracjana, był przede wszystkim filozofem i teologiem, a Piotr Lombard, współczesny Gracjanowi, był jednym z czołowych przedstawicieli teologii XII w., to jednak w swoich pismach, zwłaszcza w nauce o sakramentach, omówili oni przeszkodę wieku wywierając jednocześnie zasadniczy wpływ na powstanie tzw. szkoły paryskiej. W dalszej kolejności zapoznamy się z nauką o przeszkodzie wieku u dekretystów, których komentarze powstały mniej więcej do r. 1170, tzn. do czasu ukazania się orzeczeń papieskich zmierzających do prawnego uregulowania tego zagadnienia. To czasowe ograniczenie jest podyktowane przede wszystkim tym, że dekrecyści tego okresu dyskutowali

¹ Por. J. Kłoczowski, *Wspólnoty chrześcijańskie*, Kraków 1964, s. 165 nn.; W. Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, Bd. II, Wien 1962², s. 33—39, 465 nn.; G. L. Seidler, *Myśl polityczna średniowiecza*, Kraków 1961, s. 226 nn.; Fr. Thanner, *Abälard und das canonische Recht*, Graz 1900, s. 7 nn.

nad przeszkodą wieku zasadniczo tylko w oparciu o *Dekret* Gracjana i własne koncepcje i przez to stworzyli niejako teoretyczne podstawy przyszłych orzeczeń papieskich².

I. PRZESZKODA WIEKU WEDŁUG KONCEPCJI HUGONA OD ŚW. WIKTORA I PIOTRA LOMBARDA

Konsensualna teoria małżeństwa, której twórcą był Ivo z Chartres († 915), znalazła swoich kontynuatorów u przedstawicieli szkoły paryskiej³. Problem ten o tyle wiązał się z małżeńską przeszkodą wieku, że ustalenie właściwych propozycji zachodzących pomiędzy zaręczynami a małżeństwem rzutowało zarazem na koncepcję przeszkody wieku oraz określało jej zakres.

Hugo od św. Wiktora († 1141)⁴ na podłożu swej nauki o sakramentach wprowadził rozróżnienie między desponsatio de futuro i desponsatio de praesenti oraz wskazał, na czym polega ta różnica⁵. W oparciu o tezę, że małżeństwo dochodzi do skutku od momentu wyrażenia konsensu małżeńskiego⁶, interpretuje on wypowiedź Izydora Hiszpańskiego, który uważał, iż małżonkami należy nazywać strony już od chwili zawarcia umowy zaręczynowej, chociażby nie nastąpiło jeszcze małżeńskie pożycie⁷. Hugo dostrzegł w stanowisku Izydora pewną trudność, a nawet

² Por. Fr. Schulte, *Zur Geschichte der Literatur über das Dekret Gratians*, „Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, philologisch-historische Klasse” [= WSB], 63 (1869) 317—318.

³ W literaturze kościelnej w okresie od VIII—IX w. znajdujemy początki dwóch zupełnie różnych koncepcji małżeństwa, tzw. teorii kopulacyjnej i teorii konsensualnej. Za twórcę pierwszej z nich uchodzi Hinkmar, arcybiskup Reims († 882), drugiej natomiast Ivo z Chartres. Te dwie przeciwstawne koncepcje małżeństwa stanowiły główny przedmiot sporu pomiędzy przedstawicielami szkoły bolońskiej i paryskiej. Por. J. Casoria, *De matrimonio rato et non consummato*, Romae 1959, s. 16—17; E. Sehling, *Die Unterscheidung der Verlöbnisse im canonischen Recht* [= *Die Unterscheidung*], Leipzig 1887, s. 40—48, 53—57; Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 306—307; J. Rybczyk, *Zezwolenie rodziców przy małżeństwie nieletnich dzieci*, Lublin 1949, s. 136—137. Powstanie i rozwój uczelni w Paryżu omawia obszernie H. Denifle, *Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400*, Graz 1956 (przedruk wyd. z 1885 r.), s. 40 nn.

⁴ L. Ott, *Lexikon für Theologie und Kirche* [= LThK], Bd. V, Freiburg 1960², kol. 518—519, v. Hugo v. St. Victor.

⁵ Por. E. Sehling, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe* [= *Die Wirkungen*], Leipzig 1883, s. 35; tenże, *Die Unterscheidung*, s. 60—72; W. Hörmann, *Die desponsatio impuberum*, Innsbruck 1891, s. 42.

⁶ *De sacramentis*, lib. II, p. XI, c. V: „[...] conjugium in consensu maritali sanciri” (Migne, PL, t. 176, kol. 487).

⁷ Isidorus Hisp., *Etymologiarum*, lib. IX, c. 7, 9: „[...] Coniuges verius

sprzeczność z swoją tezą. Usiłował ją wyjaśnić na drodze szczegółowej analizy przytoczonego tekstu. Jego zdaniem wyrażenie „umowa zaręczynowa” (*fides desponsationis*) może mieć podwójne znaczenie. Oznaczać ono może albo przyrzeczenie zawarcia w przyszłości małżeństwa, albo odnosić się do terażniejszości i dotyczyć istotnego konsensu małżeńskiego. Jeżeli konsens wyrażony przy zaręczynach ma za przedmiot przyszłe małżeństwo, to uprzedza on niejako właściwą zgodę małżeńską i nie jest istotną przyczyną sprawczą małżeństwa. Jeżeli jednak zaręczyny (*desponsatio*) rozumieć będziemy jako umowę i przyrzeczenie dotyczące przyszłości, wtedy *fides desponsationis* uważać można za wypełnienie umowy i przyrzeczenia złożonego przy zaręczynach. To z kolei jest wystarczającym uzasadnieniem twierdzenia, że od tej chwili zaczyna się małżeństwo, gdyż konsens małżeński wyrażający aktualny stan woli jest czynnikiem sprawczym małżeństwa. Gdy natomiast przez zaręczyny (*desponsatio*) rozumie się umowę mającą na celu przyszłe małżeństwo, to i wtedy można strony już od tego momentu nazywać małżonkami ze względu na to, co będzie w przyszłości, oraz dlatego, że zaręczyny są zapoczątkowaniem małżeństwa⁸. Tak misternie skonstruowane rozumowanie umożliwiło Hugonowi wprowadzenie wyżej wspomnianego rozróżnienia. Całą swoją argumentację opiera on na tym, czy konsens wyraża stan aktualny, czy też przyszły. Na innym miejscu Hugo również twier-

appellantur a prima desponsationis fide, quamvis adhuc inter eos ignoretur conjugalis concubitus [...]. (Migne, PL, t. 82, kol. 365 = c. 6 C. 27 q. 2).

⁸ *De sacramentis*, lib. II, p. XI, c. V: „Si enim a prima desponsationis fide conjugium incipit, cum fides desponsationis in promissione futuri consensus praecedere videatur, quando conjugium ab hac fide initiari dicitur, procul dubio etiam ipsum matrimonii consensum anteire probatur. Sed si desponsationem ipsam futuri matrimonii pactionem et promissionem intelligere debemus, tunc nimirum fidem desponsationis impletionem promissionis et pactionis exhibitionem convenienter accipimus. A qua nimirum quia in praedicto consensu constat, merito conjugium exordium sumit, quia in eo quod fides pactionis et sponsionis quae de futuro conjugio utrinque facta fuerat adimpletur, in consensu maritali conjugii sacramentum perficitur. Nomen autem desponsationis non ipsum conjugii consensum quo matrimonium firmatur, sed pactionem et promissionem futuri consensus significare in ipsa vocis expressione conijcimus, quia et spondere non dare est aut facere, sed promittere [...] si desponsationem accipiamus in eo quando consensu maritali conjugium sancitur, recte tunc ipsum conjugium inchoari et nomen conjugis assumi dicitur. Si autem desponsationem intelligimus in eo quod futurus ad conjugium faciendum consensus promittitur, tunc quidem conjugium in iis quae conjugium antecedunt inchoari dicitur; et ab inde etiam quae futura est conjux, propter ea quibus jam conjugium initiatum est nomine conjugis censetur. Sed ut libet de his et de huiusmodi sentiatur, tantum et conjugium nec ante legitimi consensus attestacionem, in quo uterque alteri ad conjugalis foederis societatem se tradit, verum esse credatur, nec postea imperfectum”. (Migne, PL, t. 176, kol. 487—488). Por. Hörmann, op. cit., s. 43—44.

dzi, że tylko ci są małżonkami, którzy na podstawie aktualnego konsensu zawierają z sobą związek małżeński⁹. Hugo uważał także, że zgoda małżeńska jest jedynym bezwzględny warunkiem zaistnienia małżeństwa¹⁰, natomiast faktyczne pożycie małżeńskie nie odgrywa żadnej istotnej roli, nie stanowi nawet jakiegoś elementu uzupełniającego¹¹. Problemu dopełnienia małżeńskiego nie pominął on jednak milczeniem¹². Albowiem obok właściwej zgody małżeńskiej, Hugo wyróżnia jeszcze inną, mianowicie zgodę na fizyczne pożycie (*consensus carnalis commercii, consensus carnis*). Zgoda ta polega, jego zdaniem, na wzajemnym udzieleniu sobie prawa do własnego ciała. Nie jest ona wszakże przyczyną sprawczą małżeństwa, lecz tylko czynnikiem dodatkowym, który zwykle występuje przy zawieraniu małżeństwa. Jej wyrażenie lub

⁹ *Summa Sententiarum*, tract. VII, c. VII: „[...] non fiant conjuges nisi illi qui se ex consensu ad praesens recipiunt [...]”. (Migne, PL, t. 176, kol. 160).

¹⁰ *Summa Sententiarum*, tract. VII, c. VI: „Consensum [...] sufficere credimus ad contrahendum conjugium, licet dos defuerit et sacerdotalis benedictio et alia nuptiarum solemnia, vel etiam ipsa sexuum commistio sine qua conjuges vere appellari possunt [...]”. (Migne, PL, t. 176, kol. 159). *De sacramentis*, lib. II, p. XI, c. IV: „[...] et tamen firmum stat etiam sic conjugii sacramentum cujus virtutem copula carnis sicut non efficit cum adest, ita si defuerit tollere non potest”. (Ibid., kol. 485). *De B. Mariae Virginitate*, c. I: „Spontaneus ergo consensus inter virum ac feminam legitime factus, quod uterque alteri debitorum sui se spondet iste est qui conjugium facit”. (Ibid., kol. 859). Hugo dowodzi istnienia przeszkody węzła małżeńskiego już od momentu wyrażenia aktualnej zgody (*consensus de praesenti*) na małżeństwo. Podobnej mocy wiążącej nie posiada natomiast przyrzeczenie zawarcia małżeństwa w przyszłości (*consensus de futuro*). *De sacramentis*, lib. II, p. XI, c. V: „Unde constat quod si vir vel mulier post talem consensum, ad alienam societatem transierit, etiamsi commistio carnis illic sequatur ad priorem tamen societatem in qua sacramentum conjugii sancitum est et postquam secunda copula illicita omnino judicatur, redire debet [...] Quapropter quidquid post consensum conjugalem qui matrimonium sacrat, cum alio vel alia sive in consensum sive in coitu admissum fuerit, ad incestus et adulterii maculam non ad conjugii sacramentum pertinebit”. (Ibid., kol. 485—486). Por. Hörmann, op. cit., s. 42—43.

¹¹ *De sacramentis*, lib. II, p. XI, c. III: „Conjugium tamen verum et verum conjugii sacramentum esse, etiam si carnale commercium non fuerit subsecutum, imo potius tanto verius et sanctius esse, quanto nihil in se habet unde castitas erubescat [...]”. (Migne, PL, t. 176, kol. 481). Ibid., c. V: „Si quis autem quaerat quando conjugium esse incipiat, dicimus quod ex quo talis consensus qualem supra diffinivimus inter masculum et feminam factus fuerit, ex quo statim conjugium est, quem etsi postea copula carnalis sequitur, nihil tamen conjugio amplius ad virtutem sacramenti confertur”. (Migne, PL, t. 176, kol. 485). Por. Sehling, *Die Wirkungen*, s. 35—36.

¹² Obszerniej omówił on to zagadnienie w krótkiej rozprawie: *O dziewictwie NMP*, w której broni tezy, że małżeństwo Maryi z Józefem było małżeństwem w ścisłym tego słowa znaczeniu. Por. *De B. Mariae Virginitate*, (Migne, PL, t. 176, kol. 857—876).

niewyrazenie nie posiada żadnego wpływu na ważność małżeństwa¹³. Z tego jednakże nie wynika, jakoby bez znaczenia była fizyczna zdolność małżonków do pożycia. Wprawdzie dopełnienie małżeństwa jest elementem nieistotnym, lecz istotna jest sama zdolność do pożycia małżeńskiego, ponieważ decyduje ona jednocześnie o prawnej zdolności stron. Według Hugona bowiem do zawarcia małżeństwa wymagana jest zgoda wyrażona w sposób prawny przez osoby, które z mocy prawa są zdolne do zawarcia małżeństwa. Za prawnie zdolnych uchodzą ci, którym w sposób racjonalny nie można wykazać, dlaczego nie wolno im zawrzeć ze sobą małżeństwa¹⁴.

Powyższa zasada ma zastosowanie także w odniesieniu do małżeńskiej przeszkody wieku. Hugo, określając zakres tej przeszkody, nie wysuwa na pierwsze miejsce fizycznej zdolności stron, gdyż ta sama z siebie nie ma żadnego znaczenia w jego hierarchii przyczyn sprawczych małżeństwa. Uwzględnia on jedynie zdolność prawną, czyli podstawą przeszkody wieku jest w jego mniemaniu przepis prawny wyznaczający granice wieku do małżeństwa, a nie osiągnięcie dojrzałości fizycznej jako takiej. Przy określeniu wieku wymaganego do małżeństwa miarodajne są dla niego postanowienia prawa rzymskiego. Zgodnie z nimi, za prawnie zdolnych do zawarcia małżeństwa uważa on chłopców, którzy ukończyli 14 rok życia oraz dziewczęta po ukończeniu 12 roku życia. Małżeństwo zawarte przed osiągnięciem tego wieku może być rozwiązane, nawet gdyby zawarto je dobrowolnie i za zgodą rodziców. Jeżeli natomiast po dojściu do wieku dojrzałości strony decydują się trwać w małżeństwie, wtedy bez jakichkolwiek innych formalności związek ich

¹³ *De B. Mariae Virginitate*, c. I: „Est adhuc alius consensus, scilicet carnalis commercii ad invicem exigendi atque reddendi, similem inter virum et mulierem pactionem constituens: comes et non effector conjugii, officium et non vinculum, qui et ipse tamen cum pari ab utroque voto suscipitur, pari etiam necesse est debito teneatur. Quod debitum in hoc quoque consensu dupliciter [...] exhibendum est, ut videlicet uterque se alteri conservet, et neuter alteri se neget. Hoc est ut sui corporis potestatem ad hoc opus nec alii praebeat, nec illi contradicat”. (Migne, PL, t. 176, kol. 859).

¹⁴ *De sacramentis*, lib. II, p. XI, c. IV: „Quidam hoc modo conjugium definiendum putaverunt, ut dicerent — conjugium esse consensum masculi et feminae individualement vitae consuetudinem retinentem — Cui diffinitioni »legitimum« adjungere oportet; quia si consensus masculi et feminae legitimus, hoc est legitime et inter personas legitimas factus non fuerit, conjugium in eo consecrari non potest. Legitimas autem illas personas dicimus in quibus illa rationabilis causa demonstrari non potest, quare conjugii pactum mutuo firmare non possint”. (Migne, PL, t. 176, kol. 483). Tak zdefiniowany konsens małżeński umożliwił Hugonowi utrzymanie przeszkody z tytułu niemocy płciowej. Osoby ogarnięte niezdolnością płciową zalicza on po prostu do grupy osób prawnie niezdolnych do małżeństwa (*personae non legitimae, non idoneae*). Por. Se hling, *Die Wirkungen*, s. 36.

nabiera mocy prawnej i staje się nierozzerwalny¹⁵. Wynika z tego, że związek małżeński osób nieletnich jest nieważny, ponieważ osoby te nie są uprawnione do jego zawarcia. Z tego też tytułu pochodzi rozerwalność takiego związku¹⁶.

Wydaje się, że w konsensualnej koncepcji małżeństwa, reprezentowanej przez Hugona, oparcie przeszkody wieku o numeryczną granicę lat i związanej z nią zdolności prawnej do małżeństwa było jedynym logicznym rozwiązaniem. Albowiem przy jego założeniach co do skuteczności prawnej aktualnego konsensu małżeńskiego, nieokreślenie stałego terminu, który wyznaczałby granicę wieku uprawniającą do zawarcia małżeństwa, stwarzałoby możliwości bardziej dowolnej interpretacji wartości prawnej tego konsensu. Trzeba by wtedy przyjąć, że zaręczyny zawarte przed osiągnięciem odpowiedniego wieku są legalnym i nierozzerwalnym małżeństwem, o ile strony wyraziły świadomą, dobrowolną i aktualną zgodę (*consensus de praesenti*). Hugo ustrzegł się tej niebezpiecznej niekonsekwencji przez uzależnienie skuteczności zgody stron od ich zdolności prawnej, której nabycie związał między innymi z określonym wiekiem. Przeszkoda wieku posiada więc w jego ujęciu charakter stały, niezależny od faktycznej dojrzałości fizycznej stron.

Podobne stanowisko zajął Piotr Lombard († 1164), drugi z kolei przedstawiciel szkoły paryskiej¹⁷. W swojej nauce o małżeństwie utrzymał¹⁸ i jeszcze jaśniej przedstawił wprowadzony przez Hugona od św. Wiktora podział zaręczyn na *desponsatio de futuro* i *desponsatio de*

¹⁵ *Summa Sententiarum*, tract. VII, c. XV: „Juvenes ante quatuordecim annos, et puellae ante duodecim juxta leges matrimonium inire nequent. Quod si ante praedicta tempora copulationem inierunt, separari possunt, quamvis voluntarie et assensu parentum juncti sint. Qui vero in pueritia copulati post annos pubertatis se nolunt relinquere, sed in conjunctione permanere: jam ex hoc efficiuntur conjuges, et deinceps nequeunt separari”. (Migne, PL, t. 176, kol. 166).

¹⁶ *Summa Sententiarum*, tract. VII, c. XX: „Omnes causas quas superius diximus impedire personas aliquas ne possint facere conjugium, procul dubio sufficere ad earundem personarum separationem si forte tales personae conjunctae sint. Cum enim votum continentiae ante conjunctionem contractum impediatur monachum et monacham ne possint facere matrimonium, propter idem separari debent si forte post illud juncti sunt. Similiter de cognatione et de aliis judicandum est ut quaecumque causae obsistunt aliquibus personis ne conjuges fieri valeant eadem ad separationem earum si forte conjunctae sint valeant”. (Ibid., kol. 172). Por. Hörmann, op. cit., s. 46.

¹⁷ Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 306—307; I. Brady — A. Emmen, LThK, Bd. VIII, Freiburg 1963², kol. 365—369, v. *Petrus Lombardus*.

¹⁸ Innego zdania jest J. Freisen, który twierdzi, że dopiero Piotr Lombard dokonał wyżej wymienionego podziału zaręczyn. Zob. J. Freisen, *Geschichte des canonischen Eherechts*, Paderborn 1893², s. 188; Hörmann, op. cit., s. 47.

praesenti¹⁹. Za jedyną przyczynę sprawczą nierozzerwalnego małżeństwa uważał on umowę zaręczynową opartą na zgodzie, która wyraża aktualną wolę zawarcia małżeństwa (*desponsatio de praesenti*)²⁰. Nawet małżeństwo niedopełnione jest związkiem nierozzerwalnym²¹. Natomiast rozerwalna jest *desponsatio de futuro* i właściwie tylko do niej odnosi się nazwa zaręczyny²². Na tej podstawie P. Lombard wyodrębnił wiek do zaręczyn od wieku potrzebnego do małżeństwa. Przyjął on, że zaręczyn nie można zawrzeć przed 7 rokiem życia. W celu uzasadnienia tego przepisu posłużył się argumentami zaczerpniętymi z prawa rzymskiego: do wyrażenia świadomej zgody małżeńskiej, konieczne jest zrozumienie treści aktu prawnego²³. Podając treść prawną przeszkody do małżeństwa P. Lombard również odwołuje się do prawa rzymskiego i stwierdza w formie negatywnej, że chłopcom nie wolno zawrzeć małżeństwa przed 14 rokiem życia, a dziewczętom przed 12. Przepis ten opatrzył on komentarzem, który prawie dosłownie nawiązuje do analogicznej wypowiedzi Hugona. Także treściowe brzmienie tego komentarza jest identyczne ze

¹⁹ *Sententiarum L. IV, dist. 27, 9*: „Fit aliquando desponsatio, ubi est commissio viri et mulieris de contrahendo matrimonio; non est autem ibi consensus de praesenti. Est et desponsatio habens consensum de praesenti, id est pactionem conjugalem, quae sola facit conjugium. In illa ergo desponsatione, ubi est pollicitatio contrahendi matrimonium, sponsi tantum et sponsae fiunt, non conjuges, et talibus sponsis licet sine communi consensu continentiam profiteri et monasterium eligere. In ea vero desponsatione, ubi est consensus de praesenti, conjugium contrahitur; et ab illius desponsationis prima fide veri conjuges appellantur”. (Migne, PL, t. 192, kol. 912—913). *Ibid.*, dist. 27, 11: „Sunt enim quaedam nuptialia pacta de futuro, ex quibus sponsi et sponsae vocantur, nec exinde conjuges sunt. Et est pactio quaedam conjugalis de praesenti quae sponsum et sponsam etiam conjuges facit. Et utraque pactio desponsatio vel sponsalia interdum dicuntur; proprie tamen sponsalia dicuntur quaedam solemnia pacta nuptialia”. (Migne, PL, t. 192, kol. 913—914).

²⁰ *Sententiarum L. IV, dist. 27, 3*: „Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet, sed per verba expressus, nec de futuro, sed de praesenti. Si enim consentiunt in futurum, dicentes: Accipiam te in virum, et: Ego te in uxorem, non est iste consensus efficax matrimonii” (*Ibid.*, kol. 910).

²¹ *Sententiarum L. IV, dist. 27, 4*: „[...] conjugium est etiam si non praecessit vel secuta est copula carnalis”. (*Ibid.*, kol. 911). Por. Sehling, *Die Wirkungen*, s. 39; Freisen, *op. cit.*, s. 180—181.

²² *Sententiarum L. IV, dist. 27, 11*: „[...] Apparet hanc fuisse desponsatam sine pactione conjugali de praesenti et ideo non fuisse conjugem, cui vivente sponso alteri nubendi licentia non negatur [...]”. (Migne, PL, t. 192, kol. 913). Por. Hörmann, *op. cit.*, s. 47; Plöchl, *op. cit.*, Bd. II, s. 307; Sehling, *Die Wirkungen*, s. 40.

²³ *Sententiarum L. IV, dist. 36, 4*: „Sponsalia ante septennium contrahi non possunt; solo enim consensu contrahuntur, qui intervenire non potest nisi ab alterutra parte intelligatur, quod inter eos agitur”. (Migne, PL, t. 192, kol. 931).

stanowiskiem Hugona²⁴, tzn. w wypadku małżeństwa zawartego przed osiągnięciem wymaganego wieku dopuszcza on możliwość rozejścia się małżonków lub wyrażenia formalnego konsensu po dojściu do wieku dojrzałości²⁵. Natomiast pewnym novum w stosunku do koncepcji Hugona jest zaszeregowanie nieletnich do grupy osób o ograniczonej zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa (*personae mediae legitimae*)²⁶. Ograniczenie to wynika przede wszystkim z braku przepisanego wieku i związanej z nim fizycznej dojrzałości (*annus pubertatis*). Chociaż więc P. Lombard nie przyznaje dopełnieniu małżeństwa istotnego znaczenia, to jednak nie umniejsza on roli fizycznej zdolności, która — podobnie jak u Hugona — składa się na pełną zdolność prawną do małżeństwa. Dopiero od momentu dojścia do fizycznej dojrzałości strony osiągają zdolność do wyrażenia zgody na małżeństwo w sposób prawnie skuteczny²⁷. Nasuwa się jednak pytanie, czy włączenie nieletnich do kategorii osób o ograniczonej zdolności prawnej nie jest próbą złagodzenia zbyt formalistycznie ujętej przeszkody wieku? Ujęcie takie mogło odpowiadać założeniom teoretycznym, ale praktyka była chyba inna. P. Lombard prawdopodobnie dostrzegł tę rozbieżność i dlatego w ten sposób usiłował uzasadnić swoje stanowisko oraz pogląd Hugona w sprawie małżeństw między nieletnimi²⁸.

Nadto wypada zwrócić uwagę na jeszcze jeden znamieny szczegół. Jeżeli uwzględnimy szerszy kontekst wypowiedzi Piotra Lombarda, zau-

²⁴ Zob. s. 75—77.

²⁵ *Sententiarum L. IV, dist. 36, 4*: „Hoc etiam sciendum est quod pueri ante 14 annos et puellae ante 12 annos secundum leges matrimonium inire nequeunt. Quod si ante praedicta tempora copulam inierint, separari possunt, quamvis voluntate et assensu parentum juncti fuerint. Qui vero in pueritia copulati post annos pubertatis nolunt se derelinquere, sed in conjunctione permanere, jam ex hoc efficiuntur conjuges, et deinceps nequeunt separari”. (Migne, PL, t. 192, kol. 931).

²⁶ Wśród osób o ograniczonej zdolności prawnej do małżeństwa P. Lombard nie wylicza wprawdzie małoletnich, lecz ich przynależność do tej grupy osób wynika ze skutków prawnych związanych z małżeństwem zawartym przez takie osoby. Możliwość rozwiązania małżeństwa zawartego przez nieletnich świadczy o ich ograniczonej zdolności prawnej do wykonania tej czynności prawnej, to zaś jest podstawowym kryterium, które decyduje o przynależności do wymienionej grupy osób. Por. *Sententiarum L. IV, dist. 43, 1*: „Plenae legitimae sunt, quibus non obviat votum continentiae, vel ordo sacer, vel cognatio, vel dispar cultus, vel conditio, vel naturae frigiditas, et si quid est aliud. Penitus vero illegitimae sunt per votum, per ordinem, per cognationem, per disparem cultum. Mediae vero sunt, nec plene legitimae, nec omnino illegitimae, per frigiditatem, per conditionem. Si enim tales junguntur ignoranter, commanere possunt quibusdam accedentibus causis, et iisdem deficientibus dividi”. (Migne, PL, t. 192, kol. 926).

²⁷ Por. Hörmann, op. cit., s. 48.

²⁸ Zob. s. 75—77.

ważymy, że przy wyliczaniu przeszkód małżeńskich pominął on przeszkodę wieku i dopiero z treści wynika, że traktuje on tę przeszkodę na równi z przeszkodą impotencji i warunku²⁹. Zrównanie to wynikało z przyznania tylko ograniczonej zdolności prawnej do zawierania małżeństwa osobom, które były objęte tymi przeszkodami. Odtąd przeszkoda wieku będzie częściej występowała w tej formie, zwłaszcza u dekretystów³⁰.

Poglądy Hugona i Piotra Lombarda zdają się w sposób dostateczny ilustrować wytyczony przez szkołę paryską kierunek rozwoju nauki o przeszkodzie wieku. Szkoła ta główny punkt ciężkości położyła na prawną zdolność do małżeństwa i przestrzeganie numerycznie określonej granicy wieku.

II. PRZESZKODA WIEKU W UJĘCIU GRACJANA

Począwszy od XII w. centrum nauki prawa na terenie Włoch była Bolonia. Tam dokonało się odrodzenie nauki prawa. Związane jest ono przede wszystkim z działalnością Irneriusza na terenie prawa rzymskiego oraz Gracjana, który z prawa kanonicznego stworzył samodzielną dyscyplinę naukową³¹. Gracjan zapoczątkował równocześnie nową interpretację przepisów z dziedziny prawa małżeńskiego i stał się twórcą i głównym przedstawicielem szkoły bolońskiej³².

W przeciwieństwie do szkoły paryskiej Gracjan wyróżniał w akcie zawierania małżeństwa dwa istotne elementy, mianowicie — konsens i dopełnienie małżeństwa. Stosownie do tego dzielił on małżeństwo na *matrimonium initiatum* i *matrimonium consummatum*. Wyrażenie konsensu, jakie następuje przy zawieraniu zaręczyn, jest zapoczątkowaniem mał-

²⁹ *Sententiarum* L. IV, dist. 34, 1 (Migne, PL, t. 192, kol. 926). Por. M. Śmiśniewicz, *Die Lehre von den Ehehindernissen bei Petrus Lombardus und bei seinen Kommentatoren* [...], Posen 1917, s. 49—54, 102—112.

³⁰ Por. Freisen, op. cit., s. 328; Hörmann, op. cit., s. 49.

³¹ Por. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, t. I, s. 392 nn.; Denifle, op. cit., s. 46—48; F. Schulte, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts [= QL]*, Graz 1956 (przedruk wyd.: Stuttgart 1875), Bd. I, s. 46; B. Kurtscheid, *De utriusque iuris studio saec. XIII*, [W:] *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, Romae 1935, vol. II, s. 311 nn. Irneriusz doprowadził do oddzielenia nauki prawa rzymskiego od retoryki, Gracjan natomiast oddzielił studium prawa kanonicznego od teologii.

³² Rozwój kościelnego prawa małżeńskiego był ściśle związany z nową strukturą stosunków społecznych i politycznych. Od połowy XII w. Kościół uzyskał niemal wyłączną jurysdykcję nad małżeństwem, a kościelne prawo małżeńskie zajęło miejsce prawa świeckiego. Por. *Dict. do c. 7 C. 2 q. 3*: „[...] matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori [...]”; A. Esmein — R. Génestal, *Le mariage en droit canonique*, t. I, Paris 1929, s. 27 nn.; Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 305—306.

żeństwa. Jednakże kontrakt ten nabiera pełnej mocy prawnej dopiero od chwili dopełnienia małżeństwa przez „copulam carnalem”³³. Gracjan doszedł do takiego wniosku starając się dać odpowiedź na pytanie, czy zaręczonej dziewczynie wolno zerwać pierwszy kontrakt zaręczynowy i zawrzeć drugi. Problem ten ujmuje on w podwójnym aspekcie. Najpierw usiłuje on rozwiązać kwestię, czy pomiędzy osobami zaręczonymi istnieje związek małżeński, czy nie; następnie, czy wolno im się rozejść³⁴. Na pierwszą kwestię odpowiedział Gracjan przecząco. Zgodnie ze swoją metodą zestawiał argumenty pro i contra oraz przedstawił własne rozwiązanie³⁵, w którym stwierdza, że przyczyną sprawczą małżeństwa są konsens

³³ *Dict. do c. 34 C. 27 q. 2*: „[...] Sciendum est, quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum; inter copulatos est coniugium ratum” Por. Hörmann, op. cit., s. 49—50; Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 306. Właściwe zrozumienie koncepcji gracjańskiego „matrimonium initiatum” nasuwa duże trudności. Na skutek nieściśłości terminologicznych, zwłaszcza używania w sposób zamienny terminów „desponsatio” i „sponsalia” (*Dict. do c. 34 C. 27 q. 2*), nie wiadomo z całą pewnością, czy Gracjan przez „matrimonium initiatum” (= desponsatione initiatur) rozumiał tylko niedopełnione małżeństwo, czy także zaręczyny w rozumieniu prawa rzymskiego. E. Sehling opowiada się zdecydowanie za interpretowaniem „matrimonium initiatum” jako małżeństwa niedopełnionego. Uważa on, że nie można utożsamiać „matrimonium initiatum” z zaręczynami (w sensie zaręczyn rzymskich). Według E. Sehlinga przez gracjańskie „matrimonium initiatum” należy rozumieć, używając terminologii szkoły paryskiej, „desponsatio de praesenti sine copula”. Natomiast nowsi autorowie, np. P. A. D’Avack i R. Łapiński twierdzą, że u Gracjana terminy „desponsatio” i „sponsalia” należy interpretować w znaczeniu „matrimonium initiatum”. W tym sensie wypowiedzi Gracjana interpretowali również przedstawiciele szkoły bolońskiej. Wydaje się, że takie rozumienie wypowiedzi Gracjana jest właściwe. Kościół przyjął bowiem zaręczyny z prawa rzymskiego, ale pod wpływem prawa germańskiego zacierało się właściwe pojęcie zaręczyn i zbliżano je do samego aktu zawierania małżeństwa. Ta tendencja zdaje się także przejawiać w sformułowaniach Gracjana i jego uczniów. Za słusnością tej opinii przemawia także i ta okoliczność, że zwolennicy gracjańskiej koncepcji małżeństwa przyjmowali możliwość formalnego zawarcia małżeństwa (matrimonium initiatum) przez niedojrzałych. Por. Sehling, *Die Unterscheidung*, s. 81—103; P. A. D’Avack, *Il „defectus aetatis” nelle fonti e nella dottrina matrimoniale classica della chiesa*, [W:] *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. I, Torino 1960, s. 370—371; R. Łapiński, *Zgoda istotnym elementem małżeństwa (consensus non concubitus facit nuptias)*, rozpr. dokt., Warszawa 1959 (maszynopis).

³⁴ *Dict. do C. 27 q. 2*: „Sequitur secunda questio, qua queritur, an puellae alteri desponsatae possint renunciare priori conditioni, et transferre sua vota ad alium [...]. Hic primum videndum est, an sit coniugium inter eos? [...] Secundo, an possint ab invicem discedere?” Por. Freisen, op. cit., s. 164.

³⁵ W pierwszej części (c. 1—15 C. 27 q. 2) powołuje się Gracjan na autorytet św. Jana Chryzostoma, św. Augustyna, pap. Mikołaja I, Izydora Hiszpańskiego oraz innych i stwierdza, że ich wypowiedzi przemawiają za tym, iż zaręczeni są małżonkami. W drugiej części (c. 16—34 C. 27 q. 2) na podstawie wypowiedzi św. Augu-

i pożycie małżeńskie³⁶. W oparciu o taką koncepcję małżeństwa dopuszcza on też rozerwalność zaręczyn³⁷.

Wydawałoby się, że ta dość logiczna koncepcja związku małżeńskiego umożliwi Gracjanowi jasne i precyzyjne zinterpretowanie przepisów dotyczących małżeńskiej przeszkody wieku. Niestety Gracjan potraktował to zagadnienie niemal zupełnie marginesowo. W jego *Dekrecie* nie ma jeszcze osobnego rozdziału „De desponsatione impuberum”.

W sprawie wieku do zawarcia zaręczyn stanowisko Gracjana utrzymane jest w duchu prawa rzymskiego, tzn. przed ukończeniem 7 roku życia nie wolno zawrzeć zaręczyn. Uzasadnienie tej granicy wieku dla zaręczyn zaczerpnął Gracjan również z prawa rzymskiego. Podstawą zawarcia zaręczyn jest wyrażenie konsensu. Dokonać tego mogą jedynie osoby, które osiągnęły taki stopień psychicznego rozwoju, iż są zdolne zrozumieć treść i walor podejmowanego aktu prawnego³⁸. Na potwierdzenie swojej opinii przytacza Gracjan wypowiedź niesłusznie przypisaną pap. Mikołajowi I³⁹. Aczkolwiek w cytowanej wypowiedzi użyty został

styna, pap. Leona I, pap. Grzegorza I, pap. Mikołaja I i innych, dowodzi, że zaręczeni nie są małżonkami z powodu braku dopełnienia małżeńskiego. Natomiast w części trzeciej (c. 35—45 C. 27 q. 2) uzgadnia Gracjan pozorne sprzeczności i wykazuje, że oba czynniki, tj. konsens i pożycie fizyczne, składają się na całość związku małżeńskiego. Por. *Freisen*, op. cit., s. 164—170; *Sehling*, *Die Wirkungen*, s. 44—46.

³⁶ *Dict.* do c. 45 C. 27 q. 2: „[...] Illud autem Johannis Crisostomi: Matrimonium non facit coitus, sed uoluntas; item illud Ambrosii: Non defloratio uirginitatis, sed pactio coniugalis matrimonium facit, ita intelligendum est: Coitus sine uoluntate contrahendi matrimonium, et defloratio uirginitatis sine pactioe coniugali non facit matrimonium, sed precedens uoluntas contrahendi matrimonium, et coniugalis pactio facit, ut mulier in defloratione suae uirginitatis uel in coitu dicatur nubere uiro, uel nuptias celebrare”.

³⁷ *Dict.* do c. 50 C. 27 q. 2: „Sed auctoritate hac Siricii illa prohibetur ad secunda uota transire, que in propria domo est ducta, et cum sponso suo est uelata et benedicta. Talium discessione uiolatur benedictio, quam nupturae sacerdos imponit. Verum hanc necdum sponsus in suam duxerat, nec cum ea benedictionem acceperat. Nec ergo hac auctoritate huius copula prohibetur”. Wynika z tego, że zwykle zaręczyny są rozerwalne. Por. *Freisen*, op. cit., s. 171 nn.

³⁸ *Dict.* do c. un. C. 30 q. 2: „Sponsalia ante septennium contrahi non possunt. Solo enim consensu contrahuntur, qui interuenire non potest, nisi ab alterutra parte id intelligatur, quod inter eos agitur. Probantur ergo sponsalia non posse contrahi inter pueros, quorum etatis infirmitas consensum non admittit”. Zob. *B. Zuber*t, *Przeszkoda wieku do zaręczyn i małżeństwa w prawie rzymskim*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne”, XIII (1966), z. 5, s. 88—89.

³⁹ C. un. C. 30 q. 2: „Ubi non est consensus utriusque, non est coniugium. Ergo qui pueris dant puellas in cunabulis, et e conuerso, nichil faciunt, nisi uterque puero-
rum post, quam uenerit ad tempus discretionis, consentiat, etiamsi pater et mater hoc fecerint et voluerint”. Nota krytyczna do tego tekstu wyjaśnia, że jest to cap. incertum.

wyraz „coniugium”, to jednak odnosi się on najprawdopodobniej do zaręczyn⁴⁰. Nawet niezależnie od tego stanowisko Gracjana nie jest pozbawione niejasności. Z omówionego wyżej układu elementów składowych małżeństwa wynika, że — według Gracjana — zaręczyny pokrywają się z pojęciem *matrimonium initiatum*. Rozumując konsekwentnie powinien on mówić nie o wieku wymaganym do zaręczyn, lecz o wieku potrzebnym do zapoczątkowania małżeństwa (*matrimonium initiatum*)⁴¹. Skoro jednak użył on wyrażenia „sponsalia”, to należy je rozumieć w sensie *matrimonium initiatum*, gdyż inaczej tekst ten byłby niezrozumiały⁴². Podobną nieścisłość popełnił Gracjan przy omawianiu problemu dobrowolności zgody na małżeństwo⁴³. Nie odróżnił on dokładnie małżeństwa od zaręczyn, co jest niezbędne dla właściwej oceny charakteru prawnego zezwolenia rodziców na małżeństwo dzieci⁴⁴.

Pomimo tych nieścisłości terminologicznych⁴⁵ wydaje się, że istota rzeczy pozostała nienaruszona. Do zawarcia zaręczyn wymagane było, według Gracjana, ukończenie co najmniej 7 lat życia. Norma ta, będąca dosłownym powtórzeniem postanowień prawa rzymskiego, nie uwzględniała specyficznego charakteru zaręczyn kościelnych. Mimo to Gracjan ją przyjął, ponieważ uważał zaręczyny jedynie za zapoczątkowanie małżeństwa i dopuszczał ich rozerwalność, oraz dlatego, że nie wymagał bezwzględnej dobrowolności zgody na zaręczyny⁴⁶. Punkt ciężkości całej argumentacji polegał na podkreśleniu wymogu odpowiedniego rozwoju psychicznego.

⁴⁰ Por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymsko-katolickiego*, t. I, Warszawa 1956, s. 162.

⁴¹ Na niejasność tekstu zwróciła już uwagę glosa do c. un. C. 30 q. 2: [...] v. ubi non est: hoc caput de matrimonio et de sponsalibus intelligi potest”.

⁴² Por. Freisen, op. cit., s. 325—326; Hörmann, op. cit., s. 50.

⁴³ Por. c. 1—4 C. 31 q. 2; c. un. C. 31 q. 3; c. 12—16 C. 32 q. 2.

⁴⁴ Zob. Rybczyk, op. cit., s. 139—144 — gdzie zagadnienie to zostało szczegółowo omówione. Por. także Hörmann, op. cit., s. 51—54; Freisen, op. cit., s. 326.

⁴⁵ Gracjan użył między innymi niewłaściwego terminu „pueri” na określenie chłopców poniżej 7 lat, podczas gdy prawo rzymskie z reguły posługiwało się w tym wypadku terminem „infantes”.

⁴⁶ Por. Hörmann, op. cit., s. 50—51. Autor słusznie zauważa, że zwolennicy szkoły paryskiej uznawali za prawnie skuteczny jedynie konsens wyrażony po osiągnięciu pełnoletności małżeńskiej, gdyż tylko taka zgoda mogła być istotną przyczyną sprawczą małżeństwa. Gracjan natomiast uważał, że zaręczyny zawarte przez rodziców w okresie dzieciństwa ich syna czy córki posiadają moc wiążącą, a tylko osobom dojrzałym przysługuje prawo swobodnej, niezależnej od rodziców zgody na zawarcie zaręczyn. Por. c.un. C. 31 q. 3: „Si qui parentes fidei fregerint sponsaliorum, triennii tempore a communione abstineant. Si uero idem sponsus uel sponsa in illo graui crimine non fuerint deprehensi, excusati erunt parentes. Si uero in eodem fuerint uicio, et polluerint se consentiendo, superior sententia seruetur”.

Mniej wątpliwości budzi natomiast problem wieku wymaganego do zaistnienia drugiego istotnego elementu związku małżeńskiego, mianowicie dopełnienia małżeństwa, albowiem z natury rzeczy podstawowym warunkiem umożliwiającym wypełnienie tego wymogu było osiągnięcie fizycznej dojrzałości. Jedyną trudność polega na tym, że Gracjan nie wspomina wyraźnie o ściśle określonej granicy wieku, której osiągnięcie przemawiałoby za fizyczną dojrzałością stron. Czyżby dowodziło to odstępstwa od norm prawa rzymskiego, których aplikacja w wypadku zaręczyn była tak wyraźna? W pewnym sensie tak. Gracjan przyjmując bowiem dopełnienie małżeństwa za nieodzowny warunek nierozzerwalnego małżeństwa, stanął na stanowisku faktycznej dojrzałości fizycznej. Opowiedzenie się więc za dojrzałością prawną byłoby zbyt jawną niekonsekwencją.

Gracjan nie odstąpił jednak całkowicie od uznania 12 względnie 14 roku życia za termin dojrzałości. Na poparcie tego wystarczy chyba posłużyć się jego wypowiedziami na temat wieku wymaganego do składania profesji zakonnej i przysięgi. Stwierdza on, że dziewczyna po ukończeniu 12 roku życia może swobodnie wybrać stan i nie jest zmuszona zgodzić się na nakaz rodziców⁴⁷. Dziewczynę, która ukończyła 12 lat, określa Gracjan jako „nubilis”, tzn. zdolną do zawarcia małżeństwa. Podobnie i chłopców, po ukończeniu przez nich 14 lat, uważał on za dojrzałych. Albowiem w odpowiedzi na pytanie, od kiedy dopuszczalny jest przymus złożenia przysięgi, Gracjan przytacza 3. kanon synodu z Elwiry, który zabraniał stosowania takiego przymusu wobec chłopców, którzy nie ukończyli 14 roku życia⁴⁸.

Widać z tego, iż Gracjan w zasadzie akceptował granicę wieku dojrzałości ustaloną przez prawo rzymskie⁴⁹. I chociaż nie wspomina on wyraźnie o wieku, z którym związana jest fizyczna zdolność do zawarcia małżeństwa, to na podstawie powyższych wypowiedzi słusznie można przypuszczać, że za wiek dojrzałości uważał on ukończenie 12 roku życia u dziewcząt, a 14 — u chłopców. Zgodnie jednak z jego założeniami teoretycznymi odnośnie do przyczyn sprawczych małżeństwa zdolność

⁴⁷ *Dict. do c. 8 C. 20 q. 1*: „Cum ergo in principio huius capituli dicatur: »Puellae, que non coactae imperio parentum« datur intelligi, quod si coactae virginitatis habitum sumpserint, sine prevaricatione ipsum deserere possunt. Sed puella hic nubilis intelligitur, cuius (ut in sequentibus monstratur) post duodecim annum liberum est arbitrium; nec in electione propositi cogitur sequi parentum imperium”.

⁴⁸ *C. 15 C. 22 q. 5*: „Pueri ante quatuordecim annos non cogantur iurare [...]” = *Conc. Elibertanum, c. 3* (J. D. Mansi, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, t. 2, Florentiae 1795, kol. 19). Por. *c. 10 C. 20 q. 1*.

⁴⁹ Przemawia za tym również dobra znajomość justyniańskich źródeł prawa przez autora *Dekretu*. Gdyby Gracjan był innego zdania, to prawdopodobnie nie omieszkałby tego zaznaczyć. Por. Schulte, *QL*, Bd. I, s. 103—104.

zawarcia związku małżeńskiego mogła zaistnieć jeszcze przed osiągnięciem tej granicy wieku⁵⁰. Wiek 12 względnie 14 lat stwarzał tylko zwykle domniemanie o istnieniu dojrzałości. Domniemanie to ustępowało, jeżeli np. strony wcześniej osiągnęły faktyczną dojrzałość fizyczną.

Streszczając pogląd Gracjana na małżeńską przeszkodę wieku dochodzi się do wniosku, że w jego ujęciu przeszkoda ta posiadała charakter względny, tzn. opierała się na faktycznej, a nie prawnej dojrzałości kontrahentów⁵¹. Pod tym względem pogląd Gracjana zasadniczo różnił się od opinii przedstawicieli szkoły paryskiej.

III. ROZWÓJ PRZESKODY W KOMENTARZACH DO DEKRETU GRACJANA

Wiele przyczyn złożyło się na powstanie i rozwój nauki prawa kanonicznego jako odrębnej dyscypliny naukowej oraz na rozkwit kościelnej literatury prawniczej, który przypada na XII i XIII w. Uzyskanie przez Kościół wolności i niezależności, nowe metody prowadzenia badań naukowych, powstanie uniwersytetów, ożywione zainteresowanie prawem rzymskim — to jedne z najistotniejszych przyczyn, które kształtowały podłoże, na którym wyrósł *Dekret* Gracjana. Od chwili ukazania stał się on podstawą nie tylko nauczania, lecz także przedmiotem komentarzy i innych prac naukowych, których autorzy — dekretyści — bądź kontynuowali myśl Gracjana, bądź przedstawiali własne opinie⁵². Wkład dekretystów w opracowanie małżeńskiej przeszkody wieku jest bardzo istotny⁵³, albowiem dość duże różnice zdań, jakie występowały już u pierwszych przedstawicieli szkół paryskiej i bolońskiej na temat przeszkody wieku do zawarcia małżeństwa, nie zostały zniwelowane po wydaniu *Dekretu*. Przeto dla lepszego poznania poglądów dekretystów na omawiane zagadnienie i w celu uwydatnienia zachodzących różnic wydaje się rzeczą słuszną przedstawić oddzielnie naukę dekretystów zgrupowanych wokół szkół bolońskiej i paryskiej⁵⁴.

⁵⁰ Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 318.

⁵¹ Z tego powodu łączono częściowo przeszkodę wieku z przeszkodą impotencji, ujmując ją pod aspektem czasowej niezdolności do pożycia małżeńskiego. Por. Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 318; Biskupski, op. cit., t. I, s. 163.

⁵² Por. Plöchl, op. cit., Bd. II, s. 497—501; A. Van Hove, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici* (= *Prolegomena*), Mechliniae-Romae 1945², s. 425—432; H. E. Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, Bd. I, Weimar 1955³, s. 245—248.

⁵³ Por. Hörmann, op. cit., s. 56—59; Biskupski, op. cit., t. I, s. 162—163.

⁵⁴ Podobnie, chociaż z innego tytułu, podzielił Sumy do *Dekretu* Gracjana S. Kuttner, *Repertorium der Kanonistik* (= *Repertorium*), t. I, Città del Vaticano 1937, s. 123 nn.

1. KOMENTARZE SZKOŁY BOLONSKIEJ

Do najstarszych uczniów Gracjana i współtwórców szkoły bolońskiej należał *Paucapalea*, który już między latami 1140—1148 wydał swoją *Sumę* do *Dekretu* Gracjana⁵⁵.

W komentarzu do c. un. C. 30 q. 2 wykłada *Paucapalea* swój pogląd na temat wieku do zaręczyn. Na pytanie, czy wolno zawrzeć zaręczyny między dziećmi-niemowlętami (*infantes*), odpowiada najpierw przecząco. Czerpiąc argumenty z prawa rzymskiego wykazuje, że dzieci w tym okresie życia nie są w stanie złożyć przyrzeczenia na zawarcie małżeństwa w przyszłości i dlatego są niezdolne do zawarcia zaręczyn⁵⁶. W drugiej części swoich wywodów *Paucapalea* dochodzi do innego wniosku. Nie licząc się zupełnie z zasadą jednoznaczności niektórych terminów, zamienił wyraz „*infantes*” na „*pueri*” i stwierdza, że prawo rzymskie zezwala na zawarcie zaręczyn począwszy od 7 roku życia. Przepis ten uważał on za miarodajny i wiążący, ponieważ wychodził z ogólnego założenia, że należy zachowywać przepisy prawa rzymskiego, o ile nie sprzeciwiają się one prawu kościelnemu⁵⁷. Ponadto na podstawie analogii, jaka zachodzi między zaręczynami a chrztem i profesją zakonną, argumentuje w ten sposób: skoro w okresie dzieciństwa wolno zawrzeć zaręczyny duchowe, to tym bardziej cielesne⁵⁸. *Paucapalea* zinterpretował więc tę kwestię identycznie jak Gracjan, wzbogacił jedynie zakres argumentów⁵⁹.

⁵⁵ Por. Kuttner, *Repertorium*, s. 125—127; F. Maassen, *Paucapalea*, WSB, 31 (1859) 449—516; F. Schulte (ed.), *Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani (= Paucapalea)*, Giessen 1890; Schulte, QL, Bd. I, s. 109—114; Van Hove, *Prolegomena*, s. 433—434.

⁵⁶ Do c. un. C. 30 q. 2: „*Secunda quaestio est, an sponsalia contrahantur inter infantes? Quod non contrahantur, hoc modo potest probari. Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum. Sed pueri neque dari neque promittere possunt, ergo in pueritia contrahi non possunt. Item sicut in matrimonio consensus requiritur, ita et in desponsatione. Sed pueri consentire non possunt, ergo sponsalio [sic!] inter illos non contrahuntur. Item Nicolaus: qui pueris dant puellas in cunabulis nihil faciunt. Si ergo nihil faciunt, sponsalia in pueritia non contrahuntur*” (Schulte, *Paucapalea*, s. 121). *Paucapalea*, podobnie jak Gracjan, używa zamiennie terminów: *infantia* — *pueritia*, *infans* — *puer*, a nawet *pueritia* zamiast *impubertas*. Jest to niezgodne z terminologią prawa rzymskiego. W prawie rzymskim terminy: *infans*, *impubes*, *pubes* miały ściśle określone znaczenie. Natomiast terminy: *puer* i *pueritia* nie były terminami technicznymi, wyznaczającymi konkretne granice wieku. Por. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of roman law (= Berger)*, Philadelphia 1953, s. 495, v. *Impubes*; *ibid.*, s. 661, v. *Puer, Pueritia*.

⁵⁷ Por. F. Maassen, *Beiträge zur juristischen Literaturgeschichte des Mittelalters*, WSB, 24 (1857) 67 nn.

⁵⁸ Do c. un. C. 30 q. 2: „*E contra probatur. Leges dicunt, quod sponsalia contrahuntur in septennio et post septennium, ergo contrahuntur in pueritia, quia pueritia est usque ad XIV annum. Lex vero tenenda est, nisi obviare sacris cano-*

Trwałość zobowiązania, jakie wynika z zawarcia zaręczyn, uzależnia Paucapalea od zgody w wieku dojrzałym. Zaręczyny, zawarte w okresie dzieciństwa przy współdziałaniu rodziców, można dowolnie zerwać po osiągnięciu dojrzałości. Natomiast nie wolno tego samowolnie uczynić, jeżeli zaręczyny miały miejsce w wieku dojrzałym; wtedy bowiem wymagana jest poważna przyczyna np.: przeszkoda małżeńska, wybór lepszego stanu życia, uprowadzenie lub dyspensa Kościoła⁶⁰. Wydaje się, że zachodzi tu pewna różnica w stosunku do Gracjana. Polega ona na tym, że Paucapalea, mimo że dopuszcza możliwość zawarcia zaręczyn przed osiągnięciem fizycznej dojrzałości, jednak inaczej niż Gracjan⁶¹ ocenia walor konsensu wyrażonego w tym czasie. Zgodnie z okresu dzieciństwa nie przypisuje on żadnej skuteczności prawnej. Skuteczność konsensu wiąże on ściśle z wiekiem dojrzałości⁶². Nie oznacza to wszakże odejścia od tradycji szkoły bolońskiej, gdyż Paucapalea jedynie silniej uwypuklił rolę dobrowolnej zgody na zawarcie zaręczyn i małżeństwa⁶³.

Oprócz zgody uważał on dopełnienie małżeństwa za istotny i równo-

nibus videatur. Item pueri et puellae in baptisate Christo desponsantur, cum patrini eorum fidem pro eis spondent. Item pueri et puellae desponsantur ecclesiae, cum a propriis parentibus offeruntur, quia, ut auctoritas ait monachum non solum facit propria professio, sed paterna devotio: Ergo si in pueritia contrahuntur spiritualia desponsalia, multo magis et carnalia cum sint inferiora. Pro qua quidem parte est danda sententia" (Schulte, *Paucapalea*, s. 121).

⁵⁹ Por. Hörmann, op. cit., s. 60—61.

⁶⁰ Do C. 27 q. 2: „[...] in pueritia degens sponsalia contraxisti cum quadam per parentes tuos, cum adultus es displicet tibi; licet tibi aliam ducere et illi alii nubere [...] Sed notandum, quod non licet sponsae a sponso discedere, nisi certis causis exstantibus, ut puta: electio melioris propositi; impossibilitas coeundi; fornicatio consanguineorum et consanguinearum; dispensatio ecclesiae; consanguinitas vel affinitas; et raptus si recipere noluerit cui fuerit rapta; dissensus etiam in matura aetate et cetera similia" (Schulte, *Paucapalea*, s. 114—115).

⁶¹ Zob. s. 82, przyp. 44.

⁶² Por. Hörmann, op. cit., s. 62—63. Paucapalea zalicza przeszkodę wieku do tego rodzaju przeszkód małżeńskich, które z natury rzeczy zabraniają zawarcia małżeństwa. Brak odpowiedniego wieku sprawia, że strony nie są zdolne do wyrażenia zgody prawnie skutecznej (consensus legitimus), a tylko taka jest przyczyną sprawczą małżeństwa. Do C. 27: „[...] notandum est, quod nuptiarum quaedam prohibentur, quaedam permittuntur. Quae prohibentur aliae naturae, aliae ratione sanguinis, aliae ratione affinitatis, aliae ratione honestatis, aliae constitutionibus. Natura ut inter pupillos". (Schulte, *Paucapalea*, s. 111); do C. 27 q. 2: „Efficiens causa matrimonii est consensus. Consensus autem debet esse licitus et manifestus. Licitus hoc modo, quod personae sint legitimae; quarum personarum nulla voverit castitatem, inter quas nulla sit consanguinitas, vel affinitas, quibus nullum ius divinum vel humanum aut auctoritas aliqua derogare possit, vel legitime contradicere." (Ibid., s. 115).

⁶³ W tym znaczeniu jego stanowisko jest jakby pewnym zbliżeniem do opinii szkoły paryskiej. Zob. s. 78.

rzędny czynnik sprawczy związku małżeńskiego⁶⁴. Takie ujęcie istoty małżeństwa wyznacza przynajmniej pod pewnym względem zakres przeszkody wieku do małżeństwa. Podlegają jej ci wszyscy, którzy nie są fizycznie zdolni do małżeńskiego pożycia. Paucapalea nie mówi wyraźnie o określonym wieku, jako granicy fizycznej dojrzałości. Używa terminów ogólnych: wiek dojrzałości (*matura aetas*), dojrzały (*adultus*), wiek rozeznania (*anni discretionis* w znaczeniu *anni pubertatis*)⁶⁵. Prawdopodobnie miał on na myśli 12 i 14 rok życia, uznany przez prawo rzymskie za początek okresu dojrzałości⁶⁶. Z wiekiem tym, nie wiązał on jednak w sposób bezwzględny fizycznej dojrzałości, gdyż klóciłoby się to z jego strukturą celu i przyczyn sprawczych małżeństwa⁶⁷.

W sposobie przedstawienia przeszkody wieku Paucapalea nie wyszedł w zasadzie poza ramy wyznaczone przez swego nauczyciela — Gracjana. Jego pogląd charakteryzuje się większym niż u Gracjana podkreśleniem dobrowolności konsensu i związaniem jego skuteczności prawnej z wiekiem dojrzałości.

Kolejny komentator *Dekretu* Gracjana — Rolandus Bandinelli, późniejszy pap. Aleksander III, z okresu swej działalności naukowej pozostawił nam w spuściźnie dwa dzieła, mianowicie: *Sumę* do *Dekretu* Gracjana, inaczej zwaną *Stroma ex decretorum corpore carptum* (praca ta powstała przed r. 1148, tzn. w czasie, kiedy Roland był wykładowcą w Bolonii) oraz *Sententiae*⁶⁸.

⁶⁴ Do C. 28 q. 1: „[...] legitimum coniugium est illud, quod legitime est initiatum, sed non ratum, quia carnali commixtione non est perfectum. Aliud ratum et non legitimum [...] veluti cum video aliquam per viam transeuntem, cognosco eam et ipsam mihi in uxorem socio, et ideo non est legitimum, quia non sunt ibi solemnitates, quae adesse deberent. Aliud legitimum et ratum [...], veluti cum aliquam mihi cum solemnitatibus copulo et eam cognosco”. (Schulte, *Paucapalea*, s. 118).

⁶⁵ Do C. 20 q. 1 (Schulte, *Paucapalea*, s. 94); do C. 21 (Ibid., s. 95).

⁶⁶ Byłoby to zgodne z jego tezą, że należy przestrzegać norm prawa rzymskiego, o ile nie są przeciwne prawu kościelnemu. Świadczy o tym także jego stanowisko w kwestii tzw. *pueri oblati* — chłopców poświęconych w dzieciństwie do stanu zakonnego: do C. 20 q. 1: „[...] intra annos pueritiae traditi, cum adulti fuerint, liberum arbitrium habeant discedendi vel manendi [...] Illa vero Leonis de nubili puella intelligitur, cuius post duodecimum annum liberum est arbitrium nec in electione propositi cogitur sequi parentum imperium [...]”. (Schulte, *Paucapalea*, s. 94). Por. Hörmann, *op. cit.*, s. 63—64.

⁶⁷ O celu małżeństwa mówi Paucapalea we wstępie do C. 27: „Principalis igitur coniugii causa est spes prolis, propter quam primi homines coniuncti sunt a domino dicente: Crescite et multiplicamini [...]”. (Schulte, *Paucapalea*, s. 110).

⁶⁸ Por. Kuttner, *Repertorium*, s. 127—129; Schulte, *QL*, Bd. I, s. 114—118; F. Thaner (ed.), *Die Summa magistri Rolandi Bandinelli nachmals Papstes Alexander III (= S. Rolandi)*, Innsbruck 1874; A. M. Gietl (ed.), *Die Sentenzen Ro-*

Roland jako pierwszy z dekretystów wylicza małżeńską przeszkodę wieku w szeregu przeszkód samoistnych. Jego zdaniem do zaistnienia małżeństwa konieczne są trzy elementy: zgoda (consensus), umowa małżeńska (pactio coniugalis) oraz zdatność osób (idoneitas personarum). Jeżeli strony zamierzające zawrzeć związek małżeński są niezdolne do tego, to nawet dwa pozostałe elementy nie posiadają żadnego znaczenia. Do wymogów, które decydują o zdolności do małżeństwa, należy między innymi odpowiedni wiek⁶⁹.

Przystępując do analizy wypowiedzi Rolanda bezpośrednio związanych z przeszkodą wieku, uderza nas treść komentarza, jakim opatrzył on c. un. C. 30 q. 2. W znanej już kwestii, czy wolno zawrzeć zaręczyny przed 7 rokiem życia, jego odpowiedź w porównaniu z dotychczasowymi jest zupełnie odmienna. Roland zaznacza, że na podstawie prawa rzymskiego wolno zawrzeć zaręczyny nie wcześniej jak od 7 roku życia; natomiast na mocy prawa kościelnego nie wolno zawrzeć zaręczyn przed osiągnięciem wieku, w którym nabywa się zdolność do wyrażenia zgody (ante tempus consentiendi)⁷⁰. O jaki wiek chodzi? Z tekstu wynika, że prawo kościelne zostało przeciwstawione prawu świeckiemu, co wyklucza możliwość przyjęcia okresu dzieciństwa, które zaczyna się z 7 rokiem życia. W celu właściwego zinterpretowania i zrozumienia powyższej wypowiedzi Rolanda należy sięgnąć do innych miejsc jego komentarza.

Roland przyjął za Gracjanem podział małżeństwa na małżeństwo zapoczątkowane (m. initiatum) i dopełnione (m. consummatum). Pierwsze dochodzi do skutku przez wyrażenie konsensu i zawarcie umowy małżeńskiej. Roland określa ten etap małżeństwa jako związek duchowy (spiritualis coniunctio) w przeciwieństwie do związku cielesnego (carnalis coniunctio), który powstaje z chwilą dopełnienia małżeństwa⁷¹. Jedy-

lands nachmals Papstes Alexander III (= Die Sentenzen), Freiburg i. B. 1891; Van Hove, *Prolegomena*, s. 434.

⁶⁹ Do C. 27: „[...] nunc videndum est, quae sint necessaria ad matrimonium contrahendum. Tria siquidem sunt necessaria: consensus, pactio coniugalis, idoneitas personarum [...] Idoneitas personarum valde est necessaria, sine qua consensus et pactio coniugalis penitus probantur inania. Nisi enim personae fuerint idoneae ad matrimonium inter se contrahendum, consensus et pactio earum nullius erunt momenti. Circa quam multa considerantur: votum, ligatio [...] aetas, enormitas delicti, impossibilitas coeundi [...]”. (Thaner, *S. Rolandi*, s. 114). Por. Gietl, *Die Sentenzen*, s. 271—272.

⁷⁰ Do c. un. C. 30 q. 2: „Secundo quaeritur, utrum sponsalia ante septennium contrahi possint. Legibus sponsalia septennio licite contrahuntur, ante non; canonicis vero ante tempus consentiendi sponsalia minime contrahenda iubentur”. (Thaner, *S. Rolandi*, s. 145).

⁷¹ Do C. 27 q. 2: „Notandum quod coniugium aliud est initiatum tantum, aliud est initiatum et consummatum. Initiatum tantum ubi est consensus cum pactio coniugali absque carnali commixtione, consummatum, ubi coitus cum consensu et

nie małżeństwo, które łączy w sobie oba elementy, jest związkiem nierozzerwalnym⁷².

Zaręczyny, według opinii Rolanda, nie są odrębną instytucją, lecz stanowią zapoczątkowanie małżeństwa oparte na przyrzeczeniu zawarcia małżeństwa w przyszłości⁷³. Zobowiązanie wynikające z tytułu takiego przyrzeczenia posiada u Rolanda o wiele bardziej trwałe charakter aniżeli u Gracjana⁷⁴. Wynika to z cech, jakie znamionować powinny związek, którego pryncypialną zasadą jest świadoma i dobrowolna zgoda. Dla Rolanda zasada ta jest punktem wyjścia do rozważań na temat przeszkody wieku. W odpowiedzi na pytanie, czy po zaręczynach zawartych przez rodziców wolno dziewczynie poślubić innego mężczyznę, Roland wprowadza dwie istotne dystynkcje. Dzieli on dziewczęta na zdolne i niezdolne do małżeństwa, a zaręczyny zawarte przy współdziale

pactione intercedit. Est ergo sensus: Cum initiatur coniugium per consensum et pactionem coniugii nomen asciscitur i. e. acquiritur, ex tunc enim vocantur coniuges non a carnali sed spirituali coniunctione". (Thaner, *S. Rolandi*, s. 127). Por. Rybczyk, op. cit., s. 150—151; Freisen, op. cit., s. 174.

⁷² Do C. 28 q. 1: „Usquequaque verum est, quod matrimonium legitimum et consummatum inter fideles ratum i. e. indissolubile consistit". (Thaner, *S. Rolandi*, s. 133). De matrimonio: „Est autem matrimonium viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens. Sed notandum est, duplicem esse coniunctionem. Est enim spiritualis, alia corporalis: corporalis perficitur carnali commixtione, spiritualis vero roboratur viri et uxoris voluntatum unione. Ad hoc ergo, ut sit matrimonium consummatum atque perfectum, necesse est, ut utraque coniunctio interveniat". (Gietl, *Die Sentenzen*, s. 270). Por. Sehling, *Die Wirkungen*, s. 51.

⁷³ Do C. 28 q. 1: „Notandum, quod coniugium aliud est legitimum, aliud non; item legitimum aliud est initiatum tantum ut inter sponsum et sponsam [...]". (Thaner, *S. Rolandi*, s. 133); do C. 30 q. 4—5: „[...] sponsalia foedera, quae sunt promissio futurarum nuptiarum, i.e. futurae carnalis coniunctionis [...]". (Ibid., s. 151).

⁷⁴ Roland nie bronił wprawdzie bezwzględnej nierozzerwalności „matrimonium initiatum", niemniej ograniczył do minimum przyczyny, które powodują rozerwalność takiego związku. Pogląd jego zbiega się w pewnym sensie z opinią, jaką reprezentowali Paucapalea oraz szkoła paryska. Por. do C.27 q. 2: „Fide pactionis se castos vicissim servare tenentur, unde et si religionem et continentiam sponsa invito sponso valeat eligere, ad alterius tamen copulam sponso vivente transire non potest [...]". (Thaner, *S. Rolandi*, s. 128). Roland wyraźnie podkreśla, że jego opinia w tym przedmiocie jest niezgodna ze zwyczajem Kościoła i zdaniem innych autorów: do C. 27 q. 2: „[...] His et innumeris auctoritatibus ostenditur non licere sponsae vel sponso utroque vivente ad secunda vota transire, quod secundum quosdam de sola traducta, benedicta atque velata intelligitur. Generaliter tamen et non specialiter ab aliis dictum fore videtur. Ecclesiae tamen consuetudo est, si desponsata alium virum sibi elegerit atque ab eodem carnali coniunctione polluta fuerit, secundo eam concedere. Quae tamen consuetudo quibus auctoritatibus defendatur, me latere non denego". (Ibid., s. 132—133). Por. Freisen, op. cit., s. 176—178; Hörmann, op. cit., s. 64—65.

rodziców na takie, które doszły do skutku za zgodą dziewczyny i bez niej. W oparciu o taki podział stwierdza on, że zaręczyny zawarte przez ojca za zgodą dziewczyny zdolnej do małżeństwa posiadają moc trwałego zobowiązania, chociaż nie stanowią jeszcze nierozwãalnego małżeństwa; natomiast nie wiążą narzeczonej zaręczyny zawarte pomimo jej sprzeciwu względnie w okresie niezdolności do małżeństwa⁷⁵. W świetle tej wypowiedzi zrozumiałe jest zdanie Rolanda w sprawie wieku potrzebnego do zawarcia zaręczyn (c. un. C. 30 q. 2)⁷⁶. Skoro bowiem zaręczyny są zapoczątkowaniem małżeństwa i opierają się na świadomej i dobrowolnej zgodzie, to uprawnione do ich zawarcia są tylko te osoby, które osiągnęły odpowiedni stopień psychicznego rozwoju, umożliwiający wyrażenie zgody o wspomnianych cechach. Dojrzałość psychiczna, gdyż tę prawdopodobnie miał na myśli Roland mówiąc „tempus consentiendi”, wiąże się z osiągnięciem przez dziewczynę 12 roku życia. Wiek ten jest zarazem terminus a quo fizycznej dojrzałości, na co wskazuje wyrażenie „nubilis” używane na określenie dziewczyny fizycznie zdolnej do małżeństwa⁷⁷. Przez zwrócenie uwagi na konieczność łącznego występowania psychicznej i fizycznej dojrzałości wprowadził Roland jakby swego rodzaju wiek pełnoletności małżeńskiej⁷⁸. Pełnoletność ta decydowała o nabyciu zdolności (idoneitas personae) do zawarcia małżeństwa w sposób prawnie skuteczny⁷⁹. W wyniku tego brak określonego wieku jest, wed-

⁷⁵ Do C. 31 q. 3: „Tertio quaeritur an post sponsionem parentum alii viro liceat nubere. Notandum, quod puellarum aliae sunt nobiles, aliae non. Item sponsio paterna alia fit consensu puellae, alia non. Si pater nubili filia consentiente pro ea sponderit, sponso vivente alii nubere non licebit, quod tamen si fiat, ex post facto convalescet. Multa enim sunt, quae cum prius de iure firmitatem non sortiantur, ex postfacto convalescunt. Si vero filia nondum nubili vel iam nubili sed contradicente pater pro ea sponderit, eius sponsioni stare minime compellitur, verumtamen pater sponsionis non minus reus existet [...]”. (Thaner, *S. Rolandi*, s. 157). Do C. 31 q. 2: „Secunda quaestio est, an aliqua invita sit alicui tradenda. Ad quod notandum, quod traditio est duplex. Est enim prima ad desponsationem et secunda ad carnalem coniunctionem. Prima traditio non debet fieri puella invita [...] Secunda prima praecedente consensu puellae eadem invita fieri potest”. (Ibid., s. 157).

⁷⁶ Zob. s. 88.

⁷⁷ Do c. 16 C. 32 q. 2: „[...] Similis conditio de virginibus habeatur, nec extra voluntatem parentum, hoc de minoribus XII annorum, vel suam, hoc de iam nubilibus, quae ad nubendum nullatenus compelli poterunt, nisi propria voluntas suffragaverit [...]”, (Thaner, *S. Rolandi*, s. 169).

⁷⁸ Rybczyk, op. cit., s. 150.

⁷⁹ Z przytoczonych wyżej (przyp. 75) tekstów bynajmniej jednak nie wynika, że rodzicom nie wolno zawierać zaręczyn w imieniu niepełnoletnich dzieci. Ojcu rodziny prawo takie przysługiwało, lecz skuteczność prawna tak zaistniałego związku uzależniona była od zgody strony bezpośrednio zainteresowanej, wyrażonej po osiągnięciu przez nią małżeńskiej pełnoletności. Trafnie zauważył J. Rybczyk (op.

ług Rolanda, przeszkodą małżeńską we właściwym tego słowa znaczeniu⁸⁰. Jak dla dziewcząt granicą dojrzałości jest 12 rok życia, podobnie dla chłopców granicą tą był 14 rok życia⁸¹. Wszyscy, którzy nie osiągnęli tego wieku, objęci byli małżeńską przeszkodą wieku. Roland odstąpił w zasadzie od podwójnej postaci przeszkody wieku — odrębnej dla zaręczyn, innej dla małżeństwa. Pojmując małżeństwo jako związek zasadzający się tak na zgodzie, jak i na dopełnieniu, nie oddzielał psychicznej dojrzałości od fizycznej i dlatego nabycie jednej i drugiej związał z osiągnięciem tego samego wieku⁸².

Wiek 12 względnie 14 lat, uznany przez Rolanda za wiek małżeńskiej pełnoletności, również — według niego — nie posiada charakteru granicy bezwzględnej, chociaż dotychczasowa analiza jego wypowiedzi mogła nasuwać takie przypuszczenie. Swoją opinię na ten temat przedstawił Roland w *Sentencjach*. Aczkolwiek są one dziełem o charakterze teologicznym, to jednak przeszkodę wieku ujmuje o wiele zwięźle i jaśniej niż *Suma*⁸³. Roland stwierdza, że 12 względnie 14 rok życia jest koniecz-

cit., s. 149—152), że taka konstrukcja przeszkody wieku jest bardzo zbliżona do postanowień prawa longobardzkiego. Por. Schulte, *QL*, Bd. I, s. 107—108.

⁸⁰ Zob. s. 89—90. Por. Hörmann, op. cit., s. 67.

⁸¹ Dowodem tego jest komentarz w sprawie wieku do profesji zakonnej: do C. 20 q. 1: „[...] professio illa tantum firma debeat haberi, quae fit ea aetate, quae solet apta nuptiis deputari [...]”. (Thaner, *S. Rolandi*, s. 70); do C. 20 q. 2: „[...] in potestate parentum esse vota filiorum infra XIV annis a filiis, infra XII a filiabus parentibus inconsultis praestita”. (Ibid., s. 72).

⁸² Roland przyjmował naturalnie różnicę jako taką, zachodzącą pomiędzy małżeństwem zapoczątkowanym (*matrimonium initiatum*) a dopełnionym (*matrimonium consummatum*). Nieobce było mu również stanowisko szkoły paryskiej, co ze szczególną wyrazistością zaznacza w *Sentencjach* — „De matrimonio”: „Sed notandum est, quia duplex est ligacio. Est enim ligacio de praesenti, que ab Augustino appellatur fides consensus; est de futuro, que ab eodem dicitur fides pactionis. Illa que de praesenti talibus verbis exprimitur: volo te in meam, et dicitur hec desponsatio de presenti, et hec talis ligatio impedit matrimonium contrahendum, dirimit et contractum. Illa vero que est de futuro talibus verbis exprimitur: volam vel accipiam te in meam, et dicitur hec desponsatio futurorum; est enim promissio et repromissio futurarum nuptiarum. Hec inquam ligatio impedit aliud matrimonium contrahendum, sed si contractum fuerit, non dirimit, dummodo non sit contractum contra prohibitionem ecclesie [...]” (Gietl, *Die Sentenzen*, s. 274). Użycie terminologii szkoły paryskiej (*desp. de futuro* i *desp. de praesenti*) nie zmienia faktu, że w przedmiocie przyczyn sprawczych małżeństwa Roland zdecydowanie opowiadał się za poglądem szkoły bolońskiej. Por. Gietl, *Die Sentenzen*, s. LXII—LXVI.

⁸³ „Etas quoque impedit matrimonium contrahendum. Ad hoc enim, ut sint idonee persone ad matrimonium inter se contrahendum, necesse est, ut puella sit nubilis et duodennis, puer vero XIII annorum, nisi forte malicia etatis locum suppleat. Unde in nona synodo: firma autem tunc erit professio virginitatis, ex quo adulta etas esse ceperit, et que solet apta nuptiis deputari. Cum ergo coniugium

ny, by dziewczyna lub chłopiec byli zdolni do małżeństwa, oraz dodaje: „chyba, że przedwczesna dojrzałość zastąpi brak wieku” (nisi malitia aetatis locum suppleat). Sformułowanie tej klauzuli wydaje się być istotną nowością w ujęciu przeszkody wieku, ponieważ umocniła ona niejako jej względny charakter. Klauzula ta powtarzać się będzie odtąd coraz częściej w dziełach kanonistów i dowodzi powolnego, lecz systematycznego utrwalania się opinii, iż w sprawach małżeńskich rzymska dojrzałość prawna ustąpić musi przed dojrzałością fizyczną — w poszczególnych przypadkach bardziej sprawdzalną i praktyczną.

W oparciu o dość obszerną interpretację wypowiedzi Rolanda uzasadniony wydaje się wniosek, że jego konstrukcja przeszkody wieku wnosi wiele nowych elementów. Należą do nich przede wszystkim: potraktowanie tej przeszkody, jako przeszkody małżeńskiej w ścisłym tego słowa znaczeniu, oraz wyraźne określenie jej względnego charakteru. Osiągnięcia te są tym cenniejsze, że zostaną one wykorzystane w oficjalnym orzecznictwie papieskim, gdy Roland jako pap. Aleksander III ponownie zabierze głos w tej sprawie ⁸⁴.

W dodatku do *Sumy* Rolanda umieścił jej wydawca F. Thaner dzieło nieznanego autora, pt.: *Incerti auctoris quaestiones*. Praca ta została napisana pod kątem potrzeb praktycznych i z tego powodu zasługuje na bliższe omówienie ⁸⁵.

Problem przeszkody wieku został przedstawiony na praktycznym przykładzie zaręczyn zawartych w imieniu pięcioletniej dziewczyny. Narzeczony złożył przysięgę, że ją poślubi, gdy ona ukończy 10 lat. Na kanwie tego przykładu autor rozważa kwestię, czy na mocy samego prawa wolno dziewczynie zrezygnować z takiego małżeństwa ⁸⁶. Odpowiada

solo consensu contrahatur, qui intervenire non potest, nisi ab altera parte id intelligatur, quod inter eos agitur, intelligi autem non valet, quousque ad praefatam ventum fuerit etatem, nisi, ut dictum est, malicia aetatis locum suppleat, quod inde probatur, quia si puella ante duodecimum annum sponte sua sacrum velamen assumeret possunt parentes vel tutores id factum statim irritum facere, quod quidem non possent, si quod ageret intelligeret, unde in eodem capitulo subiungitur: si vero in forciori etate adolescentula vel adolescens servire Deo elegerit, non est potestas parentibus prohibendi: relinquitur ergo quoniam ante illam etatem non possunt consentire: quare matrimonium contrahere non possunt”. (Gietl, *Die Sentenzen*, s. 279—280). Por. Gietl, *Die Sentenzen*, s. LXVII.

⁸⁴ Por. Thaner, *S. Rolandi*, s. VII.

⁸⁵ Por. Thaner, *S. Rolandi*, s. LII—LV, 237—303. Za prawdopodobny czas powstania tego dzieła przyjmuje Thaner lata 1154—1179.

⁸⁶ C. 13: „Quidam iuvenis quandam puellam se accepturum, quae quinquennis erat, iuravit in uxorem, cum perveniret ad decimum annum. In septimo vero anno denuntiatum est parentibus puellae, ut nullomodo consanguineae sponsi sui domum adeat, ne quod sibi licitum est, illicitum sibi reddat [...] Prima questio est, si possit de iure matrimonio divertere” (Thaner, *S. Rolandi*, s. 253—254).

twierdząco i uzasadnia to tym, że pięcioletnia dziewczyna nie jest zdolna do wyrażenia zgody. Powinna ona była ukończyć co najmniej 7 lat, aby według prawa świeckiego móc zawrzeć zaręczyny. Nie jest ona nawet zobowiązana przestrzegać zaręczyn zawartych w okresie małżeńskiej niepełnoletności⁸⁷.

Odpowiedź ta jest identyczna ze zdaniem Rolanda⁸⁸ — zgoda prawnie skuteczna możliwa jest dopiero w wieku dojrzałym. Zauważyć jednak można jakby pewien nawrót do koncepcji zaręczyn rzymskich. U Rolanda zaręczyny stwarzają trwałe zobowiązanie, tu natomiast są zwykłym przyrzeczeniem małżeństwa⁸⁹. O rozbieżności między teorią a praktyką świadczy także wiek 10 lat, uznany za stosowny do zawarcia małżeństwa. Skoro autor nie uważał za stosowne zająć negatywnego stanowiska wobec tej granicy wieku, można przypuszczać, że widocznie w praktyce często dochodziło do związków małżeńskich między bardzo młodymi osobami⁹⁰. W ten sposób z życiowej konieczności małżeńska przeszkoda wieku była przeszkodą względną.

Krótką analizą powyższego dzieła pozwoliła nam chociaż w małym stopniu skonfrontować osiągnięcia teorii z praktyką.

Dziełem o dużym zakresie wpływu okazała się *Suma*, której autorem był Magister Rufinus⁹¹. Jego komentarz sprawia w niektórych partiach wrażenie pracy polemicznej. Szczególnie we wstępie do C. 27 q.

⁸⁷ C. 13: „Solutio I. quaestionis talis esse potest. Volunt quidam dicere, quod ignorantia eum excuset, sed non valet, quoniam crassa est et supina; denuntiatum enim saepe fuit a puellae patribus illi, ut eius domum nullomodo adiret, ne instinctu diabolico eam carnaliter cognosceret. Quare dicimus eum incurrisse periurium, si peracta poenitentia ab illo iuxta praeceptum ecclesiae potest occulte aliam uxorem ducere, si voluerit, sed praedicta puella patris iuramento non cogitur huic nubere, nec sacramentum observare, quoniam quando iuramentum fuit factum, quia quinquennis erat, consentire non potuit, ad minus septennis fore debet, cum sponsalia inter eos contrahuntur secundum leges”. (Ibid., s. 254).

⁸⁸ Autor powołuje się zresztą bardzo często na autorytet Rolanda. Por. Thamer, *S. Rolandi*, s. 255, 278—284, 287 nn.

⁸⁹ Por. Hörmann, op. cit., s. 70—71. Potwierdzeniem tego jest inny cytat, c. 23: „[...] Tria sunt iuramenta quae possunt infringi sine peccato, quando quis male iurat, vel incaute iurat, vel quando pueri contrahunt sponsalitia”. (Thamer, *S. Rolandi*, s. 266). Pewna różnica w stosunku do Rolanda podpada również, gdy chodzi o przyczyny sprawcze małżeństwa — c. 26. (Ibid., s. 278).

⁹⁰ Por. Hörmann, op. cit., s. 71, 111—117; A. Hofmeister, *Puer, iuuenis, senex*, [W:] *Festschrift P. Kehr*, München 1926, s. 311. A. Hofmeister zaznacza, że w XII w. na terenie Niemiec 12 rok życia był pradawnym terminem dojrzałości chłopców. Może więc i dla dziewcząt przyjmowano niższą granicę dojrzałości.

⁹¹ H. Singer (ed.), *Die Summa decretorum des Magister Rufinus (= Summa Ruf.)*, Paderborn 1902; S. Kuttner, *Repertorium*, s. 131—132; Schulte, *QL*, Bd. I, s. 121—130; Van Hove, *Prolegomena*, s. 434. *Suma* została napisana w latach 1157—1159.

2⁹² Rufin ostro polemizuje z poglądami szkoły paryskiej i zdecydowanie odrzuca podział małżeństwa na *desponsatio de futuro* i *desponsatio de praesenti*⁹³. Opowiada się za gracjańską koncepcją małżeństwa⁹⁴. Przyczyny sprawcze małżeństwa dzieli on w sposób nieco inny od dotychczasowego. Wylicza trzy rodzaje przyczyn: istotna (*operans*), uzupełniająca (*cooperans*) i istotnie dopełniająca (*consummans*). Tylko przyczyna uzupełniająca (*cooperans*) jest, jego zdaniem, nieistotna przy zawieraniu małżeństwa. Natomiast dwie pozostałe, tzn. konsens i dopełnienie, są bezwzględnie potrzebne do zaistnienia małżeństwa⁹⁵. Oprócz tego strony muszą być prawnie zdolne do zawarcia małżeństwa, co wynika z ogólnej definicji związku małżeńskiego⁹⁶. Pod tym aspektem należy analizować wypowiedzi Rufina w przedmiocie małżeńskiej przeszkody wieku.

⁹² Por. H. Singer, *Summa Ruf.*, s. 440—449.

⁹³ Do C. 27: „Vaga multum est harum questionum sententia, quam non ministri Christi et divine scripture dispensatores, sed inanis glorie aucupes fecere bifrontem [...] Cum ergo ille magne memorie Gratianus in hac serie autenticam de coniugio distinctionem construat, dicendo inter sponsum et sponsam esse coniugium initiatum, non autem consummatum, quidam simplicium potibus invidentes more sevorum animalium, cum pertransissent, aquas limpidas turbaverunt et hanc sacram distinctionem alto vento superbe exsufflantes novam fabulam ediderunt, dicentes non inter quoslibet sponso esse coniugium, quia non semper talis inter illos consensus, qui faciat matrimonium. Consensus enim, ut aiunt, alius de praesenti [...] alius de futuro [...] Prior, inquit, consensus facit coniugium perfectum et ratum [...] Secundus vero consensus, ut dicunt, non facit matrimonium [...] Verum qui talia suis scriptis allegaverunt, ex qua sanctorum patrum auctoritate novum hoc plasma confecerint, utinam designassent, ut nos vel exercuissent ad exponendum vel traxissent ad imitandum! Ergo magistri sententiam ante alia lucidantes, quid ipsi obiciant, quomodo nostra pars eis satisfaciat et impugnet, tandem videamus”. (Singer, *Summa Ruf.*, s. 440—441). Por. R. Weigand, *Die bedingte Eheschliessung im kanonischen Recht*, München 1963, s. 128—129.

⁹⁴ Do C. 27 q. 2: „Sciendum est itaque quod matrimonium aliud est initiatum tantum, aliud initiatum et consummatum sed non ratum, aliud initiatum et consummatum et ratum. Initiatum tantum: in desponsatione; initiatum et consummatum: in carnis commixtione; initiatum et consummatum et ratum: in personarum legitimarum legitima coniunctione, concurrentibus tamen fide desponsationis et unione carnis. Si autem sit inter non legitimas personas, puta inter consanguineos, potest esse initiatum et consummatum, nunquam vero ratum”. (Singer, *Summa Ruf.*, s. 441).

⁹⁵ Do C. 27: „Causarum autem, per quas matrimonium contrahitur, alia est operans, alia cooperans, tertia consummans. Operans: consensus vel desponsatio [...] consummans: carnalis coniunctio [...] cooperans causa sunt cetera sollempnitates, que in desponsatione vel traductione adhibentur, sine quibus tamen tam fieri quam perfici potest matrimonium. Sed sine copulatione carnis nequit consummari, sicut nec absque desponsatione vel consensu incipi”. (Ibid., s. 432).

⁹⁶ Do C. 27: „Est itaque matrimonium legitima coniunctio maris et femine, individuum vite consuetudinem retinens [...] Quod vero additur legitima, sciendum est quod matrimonii coniunctio dicitur legitima tribus modis: et quia contrahitur

Przeszkodę wieku Rufin nie wymienia jako przeszkody odrębnej, lecz zalicza ją do jednej z trzech postaci przeszkody niezdolności do pożycia (*impossibilitas conveniendi*)⁹⁷. Poza tym umieścił ją w kategorii przeszkód czasowych i względnych⁹⁸. Bliższe dane co do wieku wymaganego do zaręczyn i małżeństwa zawiera jego komentarz do C. 30 q. 2. Przeprowadzając egzegezę tej kwestii Rufin stwierdza, że przepisy kościelne nie określają wyraźnie granicy wieku wymaganej do zaręczyn. Należy przeto przestrzegać norm prawa świeckiego, w myśl których przed 7 rokiem życia nie wolno zawrzeć zaręczyn. Związek małżeński wolno zawrzeć tylko osobom dojrzałym, tzn. po ukończeniu 12 względnie 14 roku życia⁹⁹. Chłopiec lub dziewczyna, którzy za zgodą ojca zawarli zaręczyny przed wiekiem dojrzałym, mogą je wprawdzie zerwać po osiągnięciu dojrzałości, lecz przez to popełniają grzech¹⁰⁰. Przez takie rozwiązanie

inter legitimas personas — vel que legitime ab ecclesia reputantur-, et quia habet fieri secundum legum instituta, et quia secundum morem uniuscuiusque provincie celebratur". (Ibid., s. 430).

⁹⁷ Niezdolność do pożycia dzieli Rufin na: 1. niezdolność wynikającą z choroby psychicznej; 2. niezdolność spowodowaną przez impotencję; 3. niezdolność pochodzącą z braku odpowiedniej dojrzałości psychicznej i fizycznej. Wymienione trzy rodzaje niezdolności tworzą jedną przeszkodę małżeńską. Do C. 27: „Nunc, que persone legitime sint ad matrimonium contrahendum videre consequens est. Ut autem hoc nobis familiarius innocescat, premittendum est, que illa sint, que matrimonium impediunt. Sunt igitur hec: votum, ordo [...] impossibilitas conveniendi [...] Item impossibilitas conveniendi alia conveniendi animo, ut in furiosis; alia conveniendi corpore, ut in frigidis et maleficiis impeditis; alia animo et corpore, ut in pueris et puellis”. (Ibid., s. 433).

⁹⁸ Do C. 27: „[...] impedimenta, si permaneant indivisa, XIV sunt; [...] Horum XIV obstaculorum quattuor sunt que ipsam coniunctionem dumtaxat inlegitimam statuunt, ut: error persone, coactio, tempus feriarum, ecclesiae interdictum; decem vero sunt, que etiam personas coniungendas illegitimas reddunt, ut: votum, ordo [...] impossibilitas conveniendi [...] Enimvero quorum quinque sunt, que perpetuo et substantialiter ad contrahendum matrimonium personas illegitimas faciunt, ut: votum sollemne et ordo, habitus, cognatio carnalis, cognatio spiritualis [...] Alia vero ad tempus et accidentaliter matrimonio impedimentum preparant [...]” (Ibid., s. 433—434).

⁹⁹ Do C. 30 q. 2: „In canonibus expresse non invenitur, qua etate sponsalia contrahi debeant; leges vero in hoc sequende sunt, que ante septennium sponsalia prohibent contrahenda. Ipse autem nuptie non nisi inter puberes celebrari possunt, ut scil. masculus sit XIV annorum, femina vero XII”. (Ibid., s. 461—462).

¹⁰⁰ Do C. 30 q. 2: „Solet queri, si post septennium ante maiores annos puer et puella contraxerint consensu utriusque patris sponsalia, utrum, postquam ad legitimam etatem venerint, abrenuntiare possint sponsalibus et transferre vota sua ad alios. Ad quod dicimus, quod sine peccato non possunt, non tamen hoc facere prohibentur; quod notatur ex eo, quod in subiecto capitulo dicitur, »nisi uterque puerorum, postquam venerit ad tempus discretionis, consentiat«: unde colligitur quia, si ante annos discretionis, i. e. quartum decimum vel duodecimum, consenserint, non valet, nisi postea consensus ille confirmetur” (Ibid., s. 462).

spornej i dyskutowanej kwestii, Rufin opowiedział się za zasadą świadomego i dobrowolnego konsensu, uczynił to jednak w sposób połowiczny i niezdecydowany. O sankcji moralnej nie mówi on natomiast przy rozważaniu innego problemu, szczególnie aktualnego w okresie nasilenia związków małżeńskich między osobami nierównego wieku¹⁰¹. Według Rufina z tytułu zaręczyn zawartych przez dojrzałego chłopca z niedojrzałą dziewczyną płynie tylko jednostronne zobowiązanie prawne. Strona dojrzała jest tak długo związana zaręczynami, dopóki druga strona nie osiągnie wieku dojrzałości i nie wyrazi świadomej zgody na małżeństwo¹⁰². Moment skuteczności prawnej świadomej zgody jest tu o wiele dobitniej podkreślony aniżeli poprzednio.

Z powyższego wynika, że Rufin w formułowaniu swego poglądu na małżeńską przeszkodę wieku wzorował się zasadniczo na Gracjanie. W stosunku do poprzedników jego potraktowanie przeszkody wieku można chyba uznać za tradycyjne i charakterystyczne dla szkoły bolońskiej.

Codex Gottwicensis w traktacie o małżeństwie¹⁰³ nie wnosi nic nowego do naszego zagadnienia. Identycznie jak Rufin podaje, że po skończonym 7 roku życia wolno zawierać zaręczyny za zezwoleniem rodziców¹⁰⁴. W wyniku takich zaręczyn powstaje jedynie zobowiązanie moralne, gdyż małżeństwo jest dozwolone tylko między osobami doj-

¹⁰¹ Praktyka zawierania małżeństw pomiędzy osobami niedojrzałymi była szczególnie rozpowszechniona w okresie od VII—IX w. i to zwłaszcza na terenie Włoch i Hiszpanii. Zwyczaj ten występował bardzo często wśród ludności chłopskiej, a następstwem jego było snochactwo, czyli utrzymywanie przez ojca nieletniego syna stosunków z synową aż do czasu dojścia syna do dojrzałości. Z pewnym prawdopodobieństwem można sądzić z wypowiedzi Rufina, że zagadnienie to nie straciło nic z swojej aktualności nawet w XII w. Por. K. K o r a n y i, *Powszechna historia państwa i prawa*. t. II, cz. 1; Warszawa 1963, s. 64 i 94.

¹⁰² Do C. 30 q. 2: „Item solet queri, si sponsalia contrahantur inter eum, qui est maioris etatis et puellam septennem, utrum, cum puella annos pubertatis habuerit, possit eum efficaciter petere, vel ipse possit ad aliam vota sua transferre. Et quidem credimus virum non posse aliam desponsare, si ista ipsum habere voluerit, licet inter eos non plene legitimum coniugium in desponsatione fuerit [...] Sed tamen sicut liber, qui ignoranter desponsavit ancillam, in potestate postea habet accipere eam vel non accipere, quia ex parte eius consensus non precesserat, ancille vero non est liberum desponsationi renuntiare, si eam ingenuus voluerit habere, quia in eum consenserat: ita et puelle licitum est hunc virum renuere, quia in desponsatione efficacem consensum non habuit, ipse vero, quia per omnia consentire potuit, ea in proposito perseverante aliam desponsare non valebit”. (Singer, *Summa Ruf.*, s. 462).

¹⁰³ Teksty cytuję za H ö r m a n n e m, op. cit., s. 71—74.

¹⁰⁴ „Quod sponsalia inter infantes contrahi possint, leges sane loquuntur, ut dicatur, ante septennium non posse contrahi, sed post septennium statim consensu parentum debent inita roborari”. (H ö r m a n n, s. 71).

rzałymi, a stronom zaręczonym wcześniej przysługuje prawo zerwania zaręczyn¹⁰⁵. Podobnie jak u Rufina, jest również rozwiązana sprawa zaręczyn między osobami nierównego wieku. Osoba niepełnoletnia po osiągnięciu dojrzałości ma prawo swobodnej zmiany wcześniej podjętej decyzji, gdyż w okresie zawierania zaręczyn nie posiadała odpowiedniego rozeznania (*infirmitas consentiendi*) do wyrażenia świadomej zgody na małżeństwo¹⁰⁶.

Suma Stefana, późniejszego biskupa w Tournay, powstała ok. r. 1160¹⁰⁷. W Paryżu studiował Stefan teologię, następnie w Bolonii prawo kanoniczne i świeckie¹⁰⁸. Te krótkie dane biograficzne pozostają w ścisłym związku z jego stanowiskiem co do problemów dyskutowanych między szkołami bolońską i paryską¹⁰⁹.

W sporze o przyczyny sprawcze małżeństwa i podział elementów składowych związku małżeńskiego Stefan ograniczył się do zreferowania poglądów obu szkół i zostawił czytelnikowi swobodę wypowiedzenia się za jednym z nich¹¹⁰. Mimo pozornego niezaangażowania z innych wypowiedzi wynika, że Stefan z Tournay przychylił się raczej do opinii szkoły paryskiej¹¹¹.

Przeszkoda wieku jest, według jego mniemania, jedną z 16 przeszkód małżeńskich, która jest niezależna od przeszkody płciowej impo-

¹⁰⁵ „Matrimonium autem contrahi non potest nisi inter puberes; unde si aliqui inter pubertatis annos etiam consensu parentum sibi ipsis fideliter desponsati, quamvis non possint sine peccato sponsalia scindere, sed tantum ad legitimam aetatem venientes, aliis se in matrimonium copulaverint, non potest eos ecclesia separare”. (Ibid., s. 72). Por. Rybczyk, op. cit., s. 153—154.

¹⁰⁶ „Si quis autem vir maioris aetatis puellam minoris aetatis utpote VIII annorum sibi desponsaverit, quamquam puella, cum nubilis fuerit, ad alium vota sua transferre possit, viro tamen, in quo non fuit consentiendi infirmitas, invita puella se transferre non licebit”. (Hörmann, s. 72—73).

¹⁰⁷ F. Schulte (ed.), *Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani* (= *Summa St. Torn.*), Giessen 1891. Do wydania Schultego krytycznie ustosunkował się A.M. Gietl, *Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, AfkKR, 62 (1892) 421—436. Por. Kuttner, *Repertorium*, s. 133—136; Van Hove, *Prolegomena*, s. 434.

¹⁰⁸ Por. Schulte, QL, Bd. I, s. 133.

¹⁰⁹ Por. Weigand, op. cit., s. 135 nn.

¹¹⁰ Do C. 27 q. 2: „Lectori autem reliquimus, utram magis approbare voluerit sententiam”. (Schulte, *Summa St. Torn.*, s. 236). Por. ibid., s. 235—236.

¹¹¹ Do C. 27 q. 1: „Efficiens causa matrimonii est maritalis consensus de praesenti per verba expressus [...] De praesenti ideo diximus, quia si de futuro fiat, non erit coniugium, sed desponsatio [...]. (Ibid., s. 232). Do określenia zdolności prawnej do małżeństwa użył on tej samej terminologii co Piotr Lombard — do C. 27 q. 1: „Et notandum, quia quaedam personae ad matrimonium contrahendum sunt plene legitimae, quaedam omnino illegitimae, quaedam neutrae”. (Schulte, *Summa St. Torn.* s. 232). Zob. s. 80, przyp. 26.

tencji¹¹². W komentarzu do C. 30 q. 2 stwierdza on, podobnie jak Paucapalea, że w przedmiocie wieku wymaganego do zawarcia zaręczyn brak wyraźnych przepisów kościelnych i wobec tego należy się kierować postanowieniami prawa rzymskiego, które związało nabycie zdolności do wykonania tego aktu prawnego z ukończeniem 7 roku życia. Stefan dodaje, że odnosi się to wyłącznie do zaręczyn w ścisłym znaczeniu, tzn. do umowy, której treść formalna i faktyczna dotyczy przyszłości. Małżeństwo mogą zawrzeć z sobą tylko osoby dojrzałe, tj. chłopiec od 14 roku życia, dziewczyna od 12 roku życia¹¹³.

Takie ustawienie przeszkody wieku zawiera w sobie pewne niejasności. Zasadnicza trudność polega na tym, że nie wiadomo z całą pewnością, czy Stefan z Tournay w wyżej przytoczonym tekście miał na myśli zaręczyny pojęte według prawa rzymskiego, czy też zaręczyny w znaczeniu gracjańskiego *matrimonium initiatum*. Wydaje się, że należy raczej przyjąć pierwszą możliwość. Wynika to z użytej terminologii, jak również z uwagi Stefana, że chodzi o właściwe zaręczyny, które rządzą się przepisami prawa rzymskiego. Ta nowa tendencja oddzielania zaręczyn o charakterze świeckim od zaręczyn kanonicznych ma swoje uzasadnienie. Przyjęcie gracjańskiej formy podziału małżeństwa łączyło się z pewnym pomniejszeniem roli konsensu małżeńskiego oraz zniwelowaniem różnicy pomiędzy zaręczynami a małżeństwem zapoczątkowanym (*matrimonium initiatum*). W praktyce instytucja zaręczyn pozostała jednak nadal aktualna i nie mogła być poza zasięgiem przepisów prawnych. Dopuszczenie do zawierania zaręczyn osób małoletnich od 7 roku życia począwszy i równoczesne uzależnienie skuteczności prawnej ich konsensu do osiągnięcia wieku małżeńskiej pełnoletności było słuszne z prawnego punktu widzenia, lecz praktycznie sprawy nie rozwiązywało. Dlatego zarysowuje się tendencja stworzenia podwójnej koncepcji zaręczyn: jednych o charakterze świeckim (*sponsalia*, *desponsatio legalis*),

¹¹² Do C. 27 q. 1: „Causae autem, quae impediunt matrimonium sunt XVI: votum, ligatio [...] aetas, impossibilitas coeundi [...]”. (Schulte, *Summa St. Torn.*, s. 232).

¹¹³ Do c. un. C. 30 q. 2: „In hac quaestione non habemus canonem expressum nec enim canonibus determinatur, qua aetate sponsalia contrahantur. Leges autem praefigunt septennium, quas sequi praecipimur, quoties canonibus non adversantur. Nota hic proprie vocari sponsalia scil. mentionem et repromissionem futurarum nuptiarum. Nam conjugium non nisi inter puberes contrahi potest ut scil. masculus sit XIV annorum, femina XII”. (Cytują za Hörmannem, op. cit., s. 75). F. Schulte w swoim wydaniu *Sumy* Stefana z Tournay użył wielu skrótów, np. C. 30 q. 2 (Paucapaleam sequitur), C. 31 q. 2 i 3 [...] (ex Rolando) itd. Na skutek tego jego wydanie jest niekompletne. Hörmann podaje natomiast in extenso niektóre cytaty opuszczone przez Schultego, ponieważ korzystał z kopii *Sumy* Stefana z Tournay, opracowanej przez Fickersa w oparciu o *Codex Monac.*, 14403, f. 100 squ.

które podlegały rygorom prawa rzymskiego; drugich o charakterze kościelnym (*desponsatio canonica*), których zasadnicza treść prawna sprowadzała się do wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody na małżeństwo¹¹⁴. W ten sposób nastąpiło pewne zbliżenie do poglądów szkoły paryskiej, szczególnie widoczne u Stefana z Tournay. Prawnik ten, chociaż wyrósł na tradycji szkoły bolońskiej i oficjalnie z nią nie zerwał, to jednak opowiadał się raczej za konsensualną koncepcją małżeństwa. Według niego zawarcie małżeństwa następowało od momentu wyrażenia aktualnej zgody (*consensus de praesenti*), a nie dopiero z chwilą dopełnienia małżeństwa¹¹⁵.

Takie ujęcie problemu zaręczyn i małżeństwa nie pozostało bez wpływu na strukturę małżeńskiej przeszkody wieku. Zaręczyny mogły zawrzeć osoby niedojrzałe. Ponieważ jednak pod względem formalnym zaręczyny świeckie nie zawsze różniły się od kościelnych, dlatego o jakości zobowiązania wynikającego z tego aktu prawnego, decydował fakt dojrzałości lub niedojrzałości stron. Jeżeli zaręczyny zawierały osoby niedojrzałe, wtedy stanowiły one zwykłą obietnicę małżeństwa, bez jakiegokolwiek skuteczności prawnej¹¹⁶. Skutki z tytułu takiej umowy zaręczynowej były natury prywatno-prawnej lub moralnej w zależności od tego, czy umowę tę zawarto z zachowaniem przepisów prawa świec-

¹¹⁴ Por. Hörmann, op. cit., s. 75 nn.; Sehling, *Die Unterscheidung*, s. 94 nn.

¹¹⁵ Do c. 2 C. 27 q. 2: „[...] substantiam [...] sacramenti non solennitates faciunt, sed consensus de praesenti expressus secundum leges ecclesiasticas [...]”. (Schulte, *Summa St. Torn.*, s. 236); do c. 5 C. 27 q. 2: „Cum initiatur, per consensum et pacitionem. Coniugium consensu initiatur ad rem, non in rem. Hinc assumunt illud membrum divisionis coniugium initiatum; sed recte intuenti sequentia patet, quia extunc coniugium est etsi non consequiter copula carnis”. (Ibid., s. 236); do c. 17 C. 27 q. 2: „Nam re vera, si diligenter attendamus, ante commistionem carnis est inter conjuges Christi et Ecclesiae sacramentum. Nam et Christus Ecclesiam sibi copulavit fide et voluntate, quae conjunctio significatur in desponsatione conjugii per consensum, de praesenti verbis expressum. Copulavit et sibi Ecclesiam conformitate naturae, quando in utero virginis verbum caro factum est, et haec conjunctio significatur in commistione conjugium. Alterum ergo sacramentum est in desponsatione, alterum in commistione carnali”. (Hörmann, s. 77).

¹¹⁶ Na bezskuteczność zgody małżeńskiej osoby niedojrzałej zwrócił Stefan uwagę w komentarzu do c. 3 C. 36 q. 1: „[...] raptori consenserit, ut fornicaretur, non ut matrimonium contraheret. Si enim consenserit causa matrimonii, dummodo nubilis esset, non redderetur patri; si autem nondum nubilis, sive consenserit sive non, reddenda ei esset” (Schulte, *Summa St. Torn.*, s. 257); do c. 8 C. 36 q. 2: „adtrahet eam: Si non fuerit nubilis vel si noluerit, cum alioquin paterna voluntas praeiudicium faceret consensui mulieris”. (Hörmann, s. 82, przyp. 2).

¹¹⁷ Do c. un. C. 30 q. 2: „n. f. [= nihil faciunt, przyp. aut.] quantum ad matrimonium, faciunt tamen aliquid quantum ad alteram obligationem, pena forsitan interposita vel sacramento interveniente”. (Hörmann, s. 81). Por. Hörmann, op. cit., s. 79—81.

kiego czy kościelnego¹¹⁷. Według Stefana z Tournay umowa zaręczynowa osób niedojrzałych była przeto bardziej zbliżona do zaręczyn rzymskich względnie do sponsalia de futuro aniżeli do gracjańskiego matrimonium initiatum¹¹⁸.

Zdolność (*idoneitas personae*) do zawarcia małżeństwa zależna była, zdaniem Stefana, między innymi od osiągnięcia wieku dojrzałości¹¹⁹. Za granicę małżeńskiej pełnoletności uznał on 12 względnie 14 rok życia¹²⁰. U osób, które ukończyły wymienione lata, zakładano istnienie zarówno fizycznej, jak i psychicznej dojrzałości. Stefan nie wypowiedział się jasno, czy przyjmuje względny czy bezwzględny charakter przeszkody wieku. Zastanawiał się jednak nad tym, jak z punktu widzenia prawa rozstrzygnąć wypadek, gdy do stosunku cielesnego doszło między narzeczonymi przed osiągnięciem małżeńskiej pełnoletności, a po jej osiągnięciu jedna ze stron nie zgodziła się na zawarcie małżeństwa. Stefan nie wypowiedział jednak na ten temat swojej opinii. Stwierdził tylko, że zdaniem niektórych autorów fakt fizycznego pożycia przesądza o trwałości małżeństwa¹²¹. Ostrożność Stefana z Tournay w zabieraniu głosu w kwestiach spornych jest uderzająca. Pomimo to wydaje się, że w powyższej sprawie Stefan był innego zdania i raczej uważał ukończenie odpowiedniego wieku za bezwzględny warunek nabycia zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa. Twierdził on bowiem, że nierozzerwalne małżeństwo tworzy zgoda wyrażona przez osobę pełnoletnią i bez niej wszelkie inne formalności są prawnie bezskuteczne¹²².

Aczkolwiek Stefan z Tournay formalnie należał do dekretystów szkoły bolońskiej, to faktycznie jego ujęcie zagadnienia małżeńskiej przeszkody wieku odpowiada raczej stanowisku szkoły paryskiej. Według niego przeszkodą wieku objęte były dziewczęta do 12, a chłopcy do 14 roku życia¹²³. Natomiast przeszkodzie do zaręczyn podlegali wszyscy do 7 roku życia. Stefan utrzymał w ten sposób dwustopniowość przeszkody wieku oraz wyraźnie wytyczył zakres jednej i drugiej.

Na lata 1160—1170 przypada powstanie *Sentencji*, których autor — Gandulf — był, podobnie jak Roland Bandinelli, zarazem teologiem

¹¹⁸ Por. Hörmann, op. cit., s. 80.

¹¹⁹ Zob. s. 97, przyp. 111.

¹²⁰ Zob. s. 98, przyp. 113.

¹²¹ „Quid iuris sit, solet et queri, si aliqua nondum nubilis in potestate sponsi data est et eam cognoscat, si postea facta adulta non consentiat? Dicunt quod ex quo cognita est, si vel non nubilis consensit, non est ei auferenda”. (Hörmann, s. 83).

¹²² Do C. 31 q. 3: „Si pater nubili filia consentiente et de praesenti consensum exprimente filiam desponderit, sponso vivente non licebit ei alteri nubere, quoniam uxor est”. (Hörmann, s. 83).

¹²³ Por. Hörmann, op. cit., s. 82—83.

i kanonistą¹²⁴. Wzorem swoich poprzedników problem wieku wymaganego do zawarcia zaręczyn rozwiązuje on w oparciu o prawo rzymskie. Stwierdza, że po ukończeniu 7 roku życia wolno zawierać zaręczyny w ścisłym znaczeniu, tzn. dwustronną umowę, której przedmiotem jest przyszłe małżeństwo¹²⁵. Wartość prawna konsensu, który jest podstawą zaręczyn, jest właściwie żadna, gdyż konsens ten nie rodzi zobowiązania prawnego. Powstaje jedynie pewne zobowiązanie moralne opierające się na posłuszeństwie względem rodziców¹²⁶. Wynika z tego, że Gandulf uznawał zaręczyny za sprawę czysto formalną, która w praktyce była prawdopodobnie ważna, lecz wobec prawa nie przedstawiała istotnej wartości.

Przeszkodę wieku do małżeństwa wylicza Gandulf wśród 11 odrębnych przeszkód małżeńskich, które powodują prawną niezdolność do zawarcia małżeństwa¹²⁷. Ramy czasowe przeszkody wieku są analogiczne

¹²⁴ J. de Walter (ed.), *Magistri Gandulphi Bononiensis Sententiarum libri quatuor* (= *Sent. Gandulphi*), Vindobonae 1924, s. IX nn.; Van Hove, *Prolegomena*, s. 428 i 456; Weigand, op. cit., s. 143, przyp. 30; Kuttner, *Repertorium*, s. 7 i 10; Schulte, *QL*, Bd. I, s. 132; L. Ott, *LThK*, Bd. IV, Freiburg 1960², kol. 513, v. *Gandulf v. Bologna*.

¹²⁵ *Sententiae*, l. IV, § 300: „Qua aetate sponsalia contrahuntur. Qua vero aetate sponsalia contrahantur, canonibus determinatum non est. Leges autem praefigunt septennium, post quod tantum sponsalia contrahuntur, quas sequi praecipimur, nisi canonibus adversentur. Nota proprie vocari sponsalia mentionem et repromissionem futurarum nuptiarum, quae inter pueros completo septennio contrahi possunt. Consensu enim contrahuntur, qui etiam intervenire non potest, nisi id intelligatur, quod inter eos agitur”. (J. de Walter, *Sent. Gandulphi*, s. 571).

¹²⁶ *Sententiae*, l. IV, § 301: „Ad quid ligentur suo consensu pueri, inter quos sponsalia contrahantur. Sed quaeri potest, ad quid huiusmodi consensu, qui fit in sponsalibus, pueri ligentur, cum postquam ad pubertatem pervenerint, aliis, si voluerint, matrimonio copulari poterunt. Forte ad hoc ligantur, ut magis teneantur oboedire voluntati et exhortationi parentum de sponsione adimplenda”. (J. de Walter, *Sent. Gandulphi*, s. 571). *Ibid.*, § 237: „An defunctis pueris eis desponsatae consanguineis eorum matrimonio copulari possint. De infantibus vero, quibus aliqua desponsantur, quaeritur, si antequam ad pubertatis annos pervenerint, defungantur, utrum eis desponsatae consanguineis eorum postmodum in matrimonio copulari possint. Quod videtur, cum nullus contractus inter infantes et sibi desponsatas praecesserit, quo vel tunc essent astricti vel postea essent astringendi. Hoc autem patenter ostendit Nicolaus papa dicens: »Ubi non est consensus [...]. Ex hac auctoritate patet, quod pueri neque propria neque parentum sponsione sibi sponsatis sunt alligati [...] postquam puer ad perfectam aetatem venerit, hoc, quod pater fecit, observare debet. Sed si aliter fecerit, scilicet si aliud matrimonium contra voluntatem patris contraxerit, irritum non erit” (J. de Walter, *Sent. Gandulphi*, s. 524—525).

¹²⁷ *Sententiae*, l. IV, § 264: „Solis [...] illis permittitur personis contrahere matrimonium, quae idoneae sunt ad contrahendum. Quam idoneitatem plura impediunt, scilicet votum [...] aetas [...] impossibilitas coeundi [...]” (*Ibid.*, s. 541—542).

do dotychczasowych, mianowicie 12 rok życia dla dziewcząt, 14 rok życia dla chłopców. Gandulf, w przeciwieństwie do Stefana z Tournay, opowiadał się za względnością przeszkody wieku. Sądził bowiem, że ważnym małżeństwem jest związek mężczyzny i kobiety, którzy wprawdzie nie ukończyli jeszcze wieku przewidzianego przez prawo, ale za to wyrazili aktualną zgodę (*consensus de praesenti*) na małżeństwo i zrodzili dziecko lub przynajmniej fizycznie z sobą współżyli. Gandulf w oryginalny sposób uargumentował swoją opinię. Ważność takiego małżeństwa pochodzi, jego zdaniem, z faktu zrealizowania istotnego celu małżeństwa oraz z tego, że stało się ono środkiem zaradczym przeciwko niepowściągliwości, albowiem z chwilą osiągnięcia fizycznej dojrzałości zachodzi niebezpieczeństwo niepowściągliwości i dlatego już od tego momentu dopuszczalne jest zawarcie małżeństwa¹²⁸. Swoistość argumentacji Gandulfa polega nie tylko na uwzględnieniu racji teologicznych i moralnych (możliwość grzechu), lecz również na tym, że dwa istotne warunki ważności takiego związku małżeńskiego — zgodę i fizyczne pożycie — postawił on na tej samej płaszczyźnie. Dotychczas nie negowano naturalnie konieczności zgody, lecz istnienia jej domniemywano na podstawie zaistniałego stosunku cielesnego. Było jakby rzeczą samo przez się zrozumiałą, że w wypadku fizycznego pożycia występowała jednocześnie obustronna zgoda małoletnich narzeczonych. Gandulf nie zadowolił się kryterium opartym na domniemaniu. Fundamentalną zasadą ważności małżeństwa była w jego mniemaniu wyraźna zgoda stron i od jej istnienia zależała skuteczność prawna fizycznego pożycia. Samo w sobie nie było ono przyczyną sprawczą małżeństwa ani nie stwarzało domniemania wyrażenia zgody¹²⁹. Względny charakter prze-

¹²⁸ *Sententiae*, I. IV, § 296: „Qua aetate matrimonium contractum ratum debeat haberi. Aetas sextum est eorum, quae matrimonium impediunt, veluti infantia, in qua numquam inter aliquos ratum erit matrimonium. Quod asseritur ex capitulo Nicolai superius posito scilicet: »Ubi [...] Sed contra hoc videtur, quod Ormisda papa Eusebium episcopum ait: »Tua sanctitas requisivit [...]. Sed hoc contrarium capitulo Nicolai non est. Licet enim debeat filius adimplere, quod pater voluit, non tamen, si contraxerit aliud matrimonium filius, irritum erit. Qua vero aetate contracta matrimonia rata sint, ex canonibus patet scilicet: »Si vir quatuordecim et mulier duodecim fuerit annorum«. Si autem infra haec tempora consensu de praesenti vir et mulier coniuncti fuerint et prolem ante praescripta tempora susceperint vel alter cum altera coierit, matrimonium ratum erit, quia consecuti sunt id, ad quod principaliter est institutum matrimonium, vel iam est contra infirmitatem, id est incontinentiam necessarium matrimonii remedium. Ex quo autem genitalibus membris vir et mulier uti possunt, ex tunc timendum est incontinentiae peccatum et iam tunc contrahere possunt matrimonium”. (Ibid., s. 567—568).

¹²⁹ Gandulf widział pod tym względem ścisłą korelację między małżeństwem a profesją zakonną, czyli tzw. małżeństwem duchowym. Por. *Sententiae*, I. IV,

szkody wieku uzasadniają przeto według Gandulfa: możliwość przedwczesnej dojrzałości fizycznej i związana z nią zdolność zrodzenia potomstwa oraz niebezpieczeństwo grzechu niepowściągliwości, jak również możliwość przedwczesnej dojrzałości psychicznej i złączona z nią zdolność wyrażania konsensu małżeńskiego¹³⁰.

Oryginalnością i umiejętnością wnikliwej analizy problemów prawnych odznacza się także sposób, w jaki Gandulf rozwiązał zagadnienie małżeństwa pomiędzy osobami nierównego wieku. Do tej pory stosowano nieco uproszczony schemat: strona dojrzała jest tak długo związana swoją decyzją, dopóki druga nie osiągnie małżeńskiej pełnoletności i nie zgodzi się na małżeństwo. Rozwiązanie w zasadzie proste i słuszne, a jednak Gandulf przyjął je z pewnym zastrzeżeniem. Sądził on, że nie można takich małżeństw rozpatrywać według jednego modelu, lecz należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, szczególnie zaś, czy konsens strony pełnoletniej miał za przedmiot małżeństwo oraz czy nastąpiło przeprowadzenie narzeczonej do domu narzeczonego. Jeżeli tak, wtedy powyższe rozwiązanie jest właściwe. O ile natomiast wiadomo, że nie było odpowiedniej zgody małżeńskiej, ale miało miejsce oficjalne i uroczyste przeprowadzenie narzeczonej, to wydaje się, iż ewentualne małżeństwo strony dojrzałej z inną osobą nie jest bezwzględnie zabronione. Gandulf zaznacza wszakże, że władze kościelne nie powinny udzielać zezwolenia na przeprowadzenie narzeczonej. Jeżeli był konsens, lecz nie było przeprowadzenia, wtedy prawdopodobnie konsens ten nie był na tyle skuteczny, aby spowodował nieważność małżeństwa z inną osobą. Jednakże niedotrzymanie umowy przez stronę pełnoletnią pociągało za sobą odpowiedzialność karną¹³¹.

§ 272: „Non [...] possunt pueri monasteriis sola devotione parentum traditi contra suam voluntatem ibidem, postquam ad annos discretionis pervenerint, detineri. Item, si copula matrimonii inter pueros auctoritate parentum contracta rata non erit, nisi ambo ad annos discretionis pervenientes de carnali copula inter se consenserit, multo minus spirituale coniugium in pueris auctoritate parentum ratum erit, nisi ad annos discretionis pertingentes hoc propria voluntate firmaverint”. (Ibid., s. 548—549).

¹³⁰ *Sententiae*, l. IV, § 272: „Saepe enim videmus illos, qui infra tempus discretionis constituti sunt, in faciendo bonum et vitando malum peritiores illis, qui iam in fortiori aetate positi sunt. Si ergo illi, qui iam sunt in tempore discretionis, se ipsos propria voluntate voto alligare possunt, multo magis illi, qui infra hoc tempus constituti sunt, cum astudiores sint facere bonum et vitare malum, quam praedicti, voto religionis se alligare possunt. Sicut enim ratum esset matrimonium alicuius puellae existentis infra nubiles annos, si prolem legitimam ex aliquo susciperet, ita et doli capacis votum indissolubile erit, quod deo sponte obtulit”. (Ibid., s. 550).

¹³¹ *Sententiae*, l. IV, § 299: „Si vir adultae aetatis aliquam infra nubiles annos constitutam in uxorem duxerit, an ei teneatur astrictus tamquam coniugi. Ut dic-

Szczegółowa analiza zdarzeń prawnych, aczkolwiek mają one dla nas znaczenie czysto teoretyczne i historyczne, wskazuje na dużą częstotliwość ich występowania i konieczność precyzyjnych norm prawnych, które zapobiegałyby nadużyciom i zapewniały właściwą ocenę wartości prawnej tego rodzaju związku małżeńskiego. W analizie tej ujawnia się również inne zamierzenie. Wprawdzie naukowa działalność Gandulfa była ściśle związana z ośrodkiem bolońskim, lecz pomimo tego nie podzielał on jego poglądów w całym zakresie. Uwzględniając kontekst powyższej wypowiedzi wydaje się, że jej dominantą jest szczególne podkreślenie znaczenia konsensu małżeńskiego jako istotnej i jedynej przyczyny sprawczej małżeństwa. Ta myśl przewodnia przewija się we wszystkich jego dotąd analizowanych wypowiedziach. Gandulf niedwuznacznie zresztą zaznacza na innym miejscu, że przyczyną sprawczą małżeństwa nie jest fizyczne pożycie, lecz zgoda¹³². Wydaje się jednak,

tum est, infra adultam aetatem vir et mulier matrimonium contrahere non possunt; sed si vir adultae aetatis aliquam infra nobiles annos constitutam sibi desponsaverit vel in eam tamquam in coniugem consenserit et in domum traduxerit et cetera, quae in nuptiis celebrari solent, cum ea celebraverit, utrum antequam sibi taliter copulata ad annos discretionis perveniat, aliam sibi in matrimonio copulare possit, non immerito quaeritur. Ad quod respondendum videtur, quod nisi taliter copulata ad annos discretionis pervenerit et tunc ipsa alterius copulam elegerit, vir praedictus aliam sibi copulare non poterit. Hic ergo, si ante praedictum tempus, scilicet antequam sibi copulata ad annos discretionis perveniat, aliam adultae aetatis in matrimonium duxerit, huiusmodi matrimonium dividendum erit. Quod non videtur, cum manifestum sit, quoniam inter hunc et eam, quam idem praedicto modo sibi copulavit, consensus non fuerit, qui matrimonium faciat. Forte dicitur, quoniam praedictus vir in conspectu ecclesiae et auctoritate ipsius hanc taliter duxit, nec ipse nec ipsa utroque vivente alii matrimonio copulari poterit. Hoc tamen cavere debet ecclesia, ut taliter aliquam traduci non permittat, nisi ex dispensatione hoc faciat. Sed si aliquis in eam in minoribus annis positam consenserit, quam non traduxit, non videtur huiusmodi consensus ita ipsum alligasse mulieri eidem, ut si, antequam ipsa ad annos discretionis pervenerit, idem vir cum alia matrimonium contraxerit, debeat huiusmodi coniugium irritum iudicari. Poenae tamen secundum arbitrium ecclesiae constitutae, si taliter matrimonium contraxerit, subiacebit". (Ibid., s. 570—571).

¹³² *Sententiae*, l. IV, § 234: „Efficit autem matrimonium voluntas, non coitus”. (Ibid., s. 519); § 235: „Consensus [...] solus matrimonium facit, quod etiam ratione liquet; ex consensu enim solo uterque alteri debitum reddere et nulli alii matrimonio copulari tenetur vivente utroque [...] Item, si non solus consensus matrimonium facit, quod Gregorius ait de frigidis, falsum erit scilicet: »Si mulier propter frigiditatem virum dimiserit et vir postmodum alii mulieri copulatus fuerit, quam ab ipso contingat cognosci, ad priorem dimissa secunda coactus redibit«, cum firmiter matrimonium cum secunda quam cum prima fuerit secundum eos, qui opinantur, cum secunda esse matrimonium, si cognita ab eodem fuerit”. (Ibid., s. 520—521); § 241: „Quod ea, quae per praesentem consensum alicui est copulata, si transierit ad alias nuptias, priori sit reddenda. Ex praedictis ergo patet sponsas de praesenti consensu verbis talibus expresso, quibus mulier dicat: »Accipio te in meum«, et

że Gandulf broni tej tezy raczej z teologicznego punktu widzenia dowodząc, że popełnia grzech ciężki ten, kto w czasie trwania związku małżeńskiego, opartego tylko na aktualnej zgodzie, ma zamiar poślubić kogo innego¹³³. Jako prawnik odstąpił on częściowo od tej zasady i przyjął jakby podwójną koncepcję małżeństwa: jedną bazującą na zgodzie oraz drugą, której podstawą jest zgoda i dopełnienie. Takie rozróżnienie można chyba wydedukować z jego stwierdzenia, że wdową jest tylko ta małżonka, która była związana z mężem w sposób fizyczny i duchowy (konsens i dopełnienie) i jedynie poślubienie takiej kobiety było przeszkodą do przyjęcia wyższych święceń¹³⁴.

Krótką interpretacją poglądów Gandulfa wskazuje, że nie przyjął on w sposób bezkrytyczny opinii swego środowiska, lecz wyszedł poza jego ramy i wcielił do swej nauki o przeszkodzie wieku wiele elementów charakterystycznych dla szkoły paryskiej. Tym samym można go zaliczyć do grupy tych dekretystów, którzy, mimo naukowej przynależności do szkoły bolońskiej, skorzystali z dorobku szkoły paryskiej i zgodzie małżeńskiej przypisywali decydującą rolę przy zawieraniu małżeństwa.

vir dicat: »Accipio te in meam«, coniuges esse, quibus viventibus eis, quibus taliter copulatae sunt, nubere aliis non licet. Quod si fecerint, prioribus viris sunt restituendae [...]» (Ibid., s. 529).

¹³³ *Sententiae*, l. IV, § 235: „[...] Peccat ergo mortaliter alter eorum ex hoc solo, quod vult alii nubere vivente utroque. Multo magis ergo peccat ex hoc, quod nubit alii ab utroque. Non ergo, si matrimonium cum alio contraxerit et cognita fuerit ab eodem mulier per consensum priori coniuncta, debet huiusmodi matrimonium ratum haberi. Item alicui per consensum copulatae alteri consentire vel copulari matrimonio mortale peccatum est. Si ergo inter ipsam et illum, cui postea copulatur, est ratum matrimonium, aut per consensum et coniugale opus aut per mortale peccatum ratum erit matrimonium; sed non per consensum et coniugale opus; ergo per mortale peccatum quod utique falsum videbitur» (Ibid., s. 520—521).

¹³⁴ *Sententiae*, l. IV, § 240: „Item, quod de solo consensu de praesenti coniuges non fiant, videtur. Si enim de solo consensu de praesenti coniuges fiunt, quae tali consensu alicui coniux facta est, vidua erit mortuo viro suo, cui taliter desponsata est, etiamsi ab eo cognita non sit. Quicumque ergo talem uxorem ducit, ad sacros ordines ulterius promoveri non poterit. Sed qui talem duxit, ad sacros ordines promovetur, ut Pelagius aperte ostendit dicens: »Valentino clerico, cui mulier cum alio velata, non tamen illi nupta, sed virgo permanens, post mortem eius, cum velata erat sponsa, coniugali copula est sociata, quia iterum velamen accepit, nullum in promovendo generetur obstaculum, quia nihil est, quantum ad hunc articulum pertinet, quod ei de canonicis obviet institutis«. Non est ergo taliter desponsata alicuius coniux. Ad haec dici potest, quoniam coniux dicitur per praesentem consensum et sacerdotalem benedictionem, non per carnalem commixtionem alicui copulata, ut de Maria et Joseph dicitur: »Noli dimittere Mariam, coniugem tuam«. Et tales coniuges mortuis sponsis earum viduae non dicuntur. Dicitur etiam coniux, quae non tantum praedicto modo, sed etiam carnali commixtione alicui est copulata; et haec sola mortuo viro vidua dicitur, quam qui duxerit, ad sacros ordines promoveri non poterit» (Ibid., s. 528—529).

W dalszej kolejności wypada omówić *Sumę Jana z Faenzy*, który jest jednym z najczęściej cytowanych dekretystów XII w. (Joannes Faventinus, † ok. 1187)¹³⁵. *Sumę do Dekretu* Gracjana napisał ok. 1171 r. i małżeńską przeszkodę wieku przedstawił w niej dość obszernie.

U Jana z Faenzy, podobnie jak u innych dekretystów, ujęcie przeszkody wieku zależne było od ogólnego poglądu na małżeństwo. We wstępie do C. 27 q. 2 scharakteryzował najpierw dwa zasadnicze kierunki podziału elementów składowych małżeństwa (matrimonium initiatum — consummatum i desponsatio de futuro — desponsatio de praesenti)¹³⁶, następnie podał własny pogląd. Jest to rozwiązanie kompromisowe. Zaręczyny stanowią zapoczątkowanie małżeństwa. Jeżeli odnoszą się one do przyszłości, wtedy nie są one od razu podstawą zaistnienia ważnego małżeństwa. Jeżeli natomiast dotyczą terażniejszości, wtedy nawet przed dopełnieniem powstaje ważne małżeństwo, które jest jednak rozwiązalne w dwóch wypadkach, mianowicie przez wstąpienie do zakonu i impotencję¹³⁷. Jan z Faenzy nie zgadzał się zatem z konsensualną koncepcją małżeństwa. Istotną rolę odgrywa — jego zdaniem — nie tylko zgoda, lecz również dopełnienie. W celu udokumentowania swej tezy powołał się na dekret pap. Aleksandra (męczennika), w którym tenże wyraźnie stwierdza, że dopełnienie nadaje małżeństwu charakter

¹³⁵ A. M. Stickler, LThK, Bd. V, Freiburg 1960², kol. 1031, v. *Johannes v. Faënza*; J. Argnani, *Johannes Faventinus glossator*, „Apollinaris”, 9 (1936) 418—443; Kuttner, *Repertorium*, s. 143—146; Schulte, QL, Bd. I, s. 137—140; F. Schulte, *Die Rechtshandschriften der Stiftsbibliotheken von Göttweig [...]*, WSB, 57 (1868) 579—595. Przytoczeni autorzy zgodnie przyznają, że *Suma* Jana z Faenzy jest kompilacją z *Sum* Stefana z Tournay oraz Rufina, lecz nie jest ona pozbawiona także znamion oryginalności.

¹³⁶ Do C. 27 q. 2: „Huic quaestioni ut melius explicetur, aliam subiungit, an matrimonium sit inter eos. — Si enim probatum fuerit, quod inter eos sit conjugium, consequentissime infertur, quod non possint ad alios sua vota transferre; Si vero conjugium nullum est, patet, quod si ad alios transitum fecerint, non retrahetur. Sed quia est hic diversitas sententiarum, ideo primum magistri sententiam ponamus ac defendamus, deinde aliorum sententiam secundum quosdam magis commendabilem non praetereamus [...] Alii non approbant distinctionem illam de initiato et consummato conjugio; nam ex quo incipiunt esse conjuges, perfecti et veri sunt conjuges nec unquam semiplenum aut imperfectum matrimonii sacramentum esse dicunt. Hi ut decretorum contrarietatem determinent dicunt, quia desponsatio alia est de futuro, alia de praesenti [...]” (Cytuję za Hörmannem, op. cit. s. 84—85).

¹³⁷ „Nos autem quasi mediam viam tenentes servata priori distinctione dicimus: in desponsatione matrimonium esse initiatum, sed si desponsatio sit de futuro, non statim est matrimonium ratum; si vero sit de praesenti, ut ex praedicta auctoritate Augustini monstratur, statim ante carnis commixtionem ratum efficitur adeo ut dissolvi non possit nisi in duobus casibus scilicet causa religionis et maleficij”. (Hörmann, s. 85).

związku sakramentalnego i nierozzerwalnego oraz powoduje nabycie pełni praw małżeńskich¹³⁸. Obowiązywalność zaręczyn była natomiast zależna od rodzaju zgody małżeńskiej¹³⁹. Opinia dekretysty z Faenzy była zatem zbliżona bardziej do stanowiska szkoły bolońskiej.

Przystępując do analizy tekstów bezpośrednio odnoszących się do przeszkody wieku można zauważyć, że Jan z Faenzy omawia tę przeszkodę w tym samym kontekście, co jego poprzednicy. Podobnie jak oni, stwierdza, że przepisy kościelne nie określają wyraźnie wieku wymaganego do zaręczyn, wobec czego należy stosować postanowienia prawa rzymskiego¹⁴⁰. Małżeństwo jest dopuszczalne tylko między osobami dojrzałymi, tzn. po ukończeniu 14 względnie 12 roku życia¹⁴¹. Analogicznie

¹³⁸ *Collectio Lipsiensis*, 59, 6: „Hoc igitur veraciter universa debet per orbem ecclesia confiteri, quod ubi nuptiarum desierit sacramentum, ibi nullatenus perfectum potest esse coniugium. Sacramentum autem, ut ait apostolus, magnum est, hoc autem dico in Christi ecclesia. Christus caput, ecclesia corpus. Nisi ergo per maris et feminae legitimam conjunctionem duo una caro efficiuntur, certum est, quod nullum inter eos sit conjugii sacramentum. Ubi ergo defuerit sacramentum, quo modo ibidem esse poterit virtus sacramenti? Nec ibidem perfecta esse possunt iura conjugii. In hoc itaque perficitur matrimonium, in reliquis initiatur et fit ut quodam naturali rerum ordine in quibusdam principium sumat et nomen, in aliis quidem fiat, in aliis perficiatur. Ut igitur sanae mentis intellectus vel naturalis nostra procedat assertio, in sponsalibus initiatur, in cohabitatione iam factum est, sed nequaquam sexuum commixtione perfectum. Hoc itaque, quod sic perfectum est, non nisi morte interveniente dissolvitur et, cum prioribus ubique praevaleat, etiam coniunctis viventibus ratum usque quoque perseverat. Hec sunt denique, quae beatorum romanorum pontificum predecessorum nostrorum videlicet piis vestigiis inherentes et nos firmiter observamus et universitati vestrae iugiter in posterum observanda mandamus”. (W: E. Friedberg, *Quinque compilationes antiquae*, Lipsiae 1882, s. 205). Por. Schulte, *Die Rechtshandschriften* [...], WSB, 57 (1868) 590. Schulte przypuszcza, że ten sfałszowany dokument jest dziełem samego Jana z Faenzy, gdyż nie mieści się on ani u Pseudo-Izydora, ani w żadnym innym zbiorze.

¹³⁹ „In hunc ergo articulo nostra sententia concludatur, ut dicamus, semper cum legitime et inter legitimas personas desponsatio intercedit esse matrimonium initiatum utique non consummatum; et si per verba de futuro initiatum fuerit, ad secunda vota transire non debet. Relicto priori sponso si tamen hoc fecerit, non separabitur a viro secundo; secus autem si de presenti consensit” (Hörmann, s. 86).

¹⁴⁰ Do c. un. C. 30 q. 2: „In canonibus expresse non invenitur, qua aetate debeant sponsalia contrahi. Ideoque leges in hoc sequendae sunt, quae ante septennium prohibent sponsalia contrahenda. Ipsae nuptiae autem non nisi inter puberes celebrari possunt, ut sit masculus XIV annorum, femina vero XII”. (Hörmann, s. 87). Przez wyrażenie zaręczyny należy prawdopodobnie rozumieć zaręczyny kościelne, które były zapoczątkowaniem małżeństwa (sponsalia de futuro). Wynika to z przeciwstawienia dwóch odrębnych aktów: sponsalia contrahere — nuptias celebrare. Por. Hörmann, op. cit., s. 87.

¹⁴¹ Do c. un. C. 30 q. 2: „Tempus discretionis quod videtur esse ex VII anno;

jak Paucapalea rozstrzygnął on problem zobowiązania wynikającego z zaręczyn zawartych przed osiągnięciem małżeńskiej pełnoletności. Zobowiązanie to ma jedynie aspekt moralny i może być ujmowane tylko w kategoriach grzechu, a nie prawa, gdyż z prawnego punktu widzenia rozwiązanie takich zaręczyn jest dozwolone¹⁴².

W sposób mniej wnikliwy niż Gandulf potraktował Jan z Faenzy problem małżeństw między osobami o nierównym wieku. Jego rozwiązanie nie odbiega od dotychczas przyjętego, mianowicie: strona dojrzała nie może zmienić decyzji, dopóki druga strona nie osiągnie małżeńskiej pełnoletności. Strona niepełnoletnia jest dlatego bardziej uprzywilejowana, ponieważ nie była zdolna do wyrażenia prawnie skutecznej zgody na małżeństwo. Natomiast małżeństwo jako takie nie było nieważne, lecz stanowiło niepełny akt prawny (*non plene legitimum coniugium*), którego istotny mankament, oprócz braku konsensu, polegał na braku równości wieku u kontrahentów, którzy wskutek tego nie byli pełnoprawnymi osobami¹⁴³. Ze sposobu rozstrzygnięcia tego problemu wynika, że Jan

ex tunc enim ut ait Augustinus potest homo consentire, potest peccare et ex tunc incipiunt esse sponsalia per consensum; vel ut quidam volunt tempus discretionis hic accipitur a XIV anno; ex tunc enim potest quis iurare, matrimonium contrahere et votum facere". (Hörmann, s. 92). Jan z Faenzy zaznacza, że wśród kanonistów brak jednomyślności co do interpretacji terminu „tempus discretionis”. Zwolennicy kopulacyjnej koncepcji małżeństwa za „czas rozeznania” uważali ukończony 7 rok życia i tę granicę wieku przyjmowali jako terminus a quo do zawarcia zaręczyn (*m. initiatum*). Natomiast zwolennicy teorii konsensualnej przez „czas rozeznania” rozumieli ukończony 14 względnie 12 rok życia, czyli wiek odpowiedni do zawarcia małżeństwa, opartego na aktualnej zgodzie (*sponsalia de praesenti*). Por. Hörmann, op. cit., s. 92.

¹⁴² Do c. un. C. 30 q. 2: „Solet autem queri, si post VII, annum maiores annis puer et puella contraxerint consensu utriusque partis sponsalia, utrum, postquam ad legitimam aetatem venerint, abrenuntiare possint sponsalibus et transferre sua vota in alios? ad quod dicimus, quod sine peccato non possunt, non tamen hoc facere prohibentur, quod potest notari ex eo quod dicitur supra C. XX c. 1”. (Hörmann, s. 87).

¹⁴³ Do c. 12 C. 32 q. 2: „Item solet in questione versari, si sponsalia contrahantur inter eum qui est majoris aetatis et puellam septennem utrum, cum puella pubertatis annos habuit, possit eum efficaciter petere vel ipse possit ad aliam sua vota transferre. Et quidem credimus, virum non posse aliam desponsare, si ista ipsum habere voluerit, licet inter eos non plene legitimum conjugium in desponsatione fuerit. Nam ut ait Gelasius: Nuptiarum foedera inter ingenuos sunt plene legitima et inter coaequales, infra proximae C. 32 qu. 2 cap. Non omnis. Sed tamen, sicut liber, qui ignoranter desponsavit ancillam, in potestate habet, accipere eam vel non accipere, quia ex parte eius consensus non praecesserit, ancillae vero non est liberum desponsationi renuntiare, si eam ingenuus habere voluerit, quia in eum consenserat, et ita puellae licitum est, virum hunc renuere, quia in desponsatione efficacem consensum non habuerit, ipse vero, quia per omnia consentire potuit, ea in proposito perseverante aliam desponsare non po-

z Faenzy nie uważał tego rodzaju związku małżeńskiego za zaręczyny (*desponsatio de futuro*), ale za właściwe małżeństwo (*desponsatio de praesenti*), rodzące jednostronne zobowiązanie dla strony dojrzałej, która wyraziła aktualną zgodę¹⁴⁴. Powyższe małżeństwo należało, zdaniem Jana z Faenzy, tak samo oceniać, jak małżeństwo osoby wolnej z niewolnikiem. Błąd co do stanu niewolniczego (*error conditionis servilis*) sprawiał, że strona wolna, która mu uległa, skoro tylko dowiedziała się o zaistniałym błędzie, nie była związana wyrażonym konsensem, natomiast strona będąca niewolnikiem nie posiadała takiego prawa. Pomiedzy małżeństwem osoby wolnej z niewolnikiem a małżeństwem osoby dojrzałej z niedojrzałą zachodzi jednak poważna różnica. W pierwszym wypadku zakładało się, że konsens strony wolnej w ogóle nie istniał, w drugim zaś, że konsens istniał, lecz jego skuteczność prawna była ograniczona, tzn. obowiązywał tylko do czasu osiągnięcia małżeńskiej pełnoletności. To ograniczenie stanowiło podstawę uprawnienia do odstąpienia od umowy zaręczynowej¹⁴⁵.

Wydaje się, że przeprowadzona wyżej interpretacja wypowiedzi Jana z Faenzy upoważnia do wniosku, że małżeńska przeszkoda wieku miała, jego zdaniem, charakter przeszkody bezwzględnej. Nie zaliczał on jej jednak do przeszkód samoistnych, lecz uważał osiągnięcie prawem przepisane wieku tylko za jeden z czynników, które składały się na pełną zdolność prawną do zawarcia małżeństwa.

Omówieniem poglądów Jana z Faenzy zamknąć można okres komentarzy, które odnosiły się tylko do *Dekretu* Gracjana i nie uwzględniały jeszcze nowego orzecznictwa papieskiego. Resumując wyniki analizy tych komentarzy napisanych przez dekretystów szkoły bolońskiej, zauważyć można dalszy, zdecydowany postęp w opracowywaniu teoretycznych podstaw małżeńskiej przeszkody wieku. Wyżej wyliczeni dekretyści, aczkolwiek zasadniczo byli ścisłymi komentatorami *Dekretu* Gracjana, to jednak częstokroć wychodzili poza ramy problematyki zakreślonej przez Gracjana, zwłaszcza w tych kwestiach, które Gracjan potraktował dość pobieżnie. Im też zawdzięczamy szersze niż u twórcy

test” (Hörmann, s. 88). Wymóg równości wieku, jako warunek pełnoprawnego małżeństwa, Jan z Faenzy błędnie przypisywał pap. Gelazemu; pochodzi on z listu pap. Leona do Rustyka, biskupa Narbony. Por. J. Jaffé — G. Wattenbach (ed.), *Regesta Pontificum Romanorum ab condita Ecclesia ad annum post Christum natum 1198*, Graz 1956 (przedruk wyd.: Lipsiae 1885²), t. I, nr 544 (320); Hörmann, op. cit., s. 88—89.

¹⁴⁴ Wniosek taki wynika chociażby z tego, że strona dojrzała nie mogła samowolnie zawrzeć małżeństwa z inną osobą, podczas gdy w stosunku do zaręczyn podobny zakaz nie obowiązywał. Por. Hörmann, op. cit., s. 89.

¹⁴⁵ Por. Hörmann, op. cit., s. 92.

Dekretu zainteresowanie przeszkodą wieku. Na postęp w naukowym opracowaniu tej przeszkody składa się kilka elementów:

1. Większe niż u Gracjana podkreślenie roli świadomego i dobrowolnego konsensu małżeńskiego, szczególnie widoczne u takich autorów, jak: Paucapalea, Stefan z Tournay i Gandulf. Tylko konsens wyrażony w wieku dojrzałym może być źródłem trwałego i nierozzerwalnego zobowiązania w kontrakcie małżeńskim.

2. Zdecydowana większość dekretystów tego okresu opowiadała się za względnością przeszkody wieku. Wyjątek stanowili jedynie Stefan z Tournay i Jan z Faenzy. Do zawarcia małżeństwa wymagało się w zasadzie ukończenia 12 względnie 14 roku życia, ale już wtedy, jak zaświadcza Roland Bandinelli, jest w użyciu klauzula: „nisi malitia suppleat aetatem”

3. Roland Bandinelli, Stefan z Tournay oraz Gandulf pierwsi spośród kanonistów wyliczają przeszkodę wieku jako przeszkodę odrębną i samoistną.

4. Stosunkowo wiele miejsca poświęca się rozważaniom na temat związków małżeńskich pomiędzy osobami nierównego wieku. Świadczy to o tym, że problem ten był wciąż aktualny i żywo dyskutowany oraz nastroczał wiele trudności natury teoretycznej i praktycznej.

5. Zgoda i dopełnienie przez większość autorów uważane są za dwa równorzędne czynniki sprawcze małżeństwa, co jest cechą charakterystyczną dekretystów szkoły bolońskiej.

W oparciu o ogólny pogląd na małżeństwo dekretysty bolońscy wyrażali swe opinie o przeszkodzie wieku, która — mimo indywidualnych różnic — miała niemal u wszystkich przedstawicieli tej szkoły jednolitą strukturę.

2. KOMENTARZE SZKOŁY PARYSKIEJ

Paryż był drugim poważnym centrum nauki prawa kanonicznego. Zasięg wpływów tego ośrodka był bardzo znaczny, obejmował między innymi Niemcy (Kolonia) oraz Wielką Brytanię (Oxford). Pierwsze komentarze do *Dekretu* Gracjana powstały w szkole paryskiej wiele lat później aniżeli w Bolonii. Ich wspólną cechą jest anonimowość, która poważnie utrudnia badania historyczne nad francuską dekretystyką¹⁴⁶. Do scharakteryzowania poglądów szkoły paryskiej na małżeńską przeszkodę wieku posłużą nam dwie najbardziej w tym okresie znane i w tej chwili jedynie dostępne *Sumy do Dekretu*, mianowicie *Suma paryska* i *Suma kolońska*.

¹⁴⁶ Kuttner, *Repertorium*, s. 169—170.

Suma paryska, zwana inaczej od pierwszych słów *Magister Gratianus in hoc opere*, została napisana — zdaniem jej wydawcy T. P. Mc Laughlina — ok. 1160 r.¹⁴⁷ i jest pierwszym komentarzem szkoły paryskiej¹⁴⁸.

Autor *Sumy*, dotychczas nie znany, był zdecydowanym zwolennikiem konsensualnej teorii małżeństwa. Według niego nawet zwykła obietnica zawarcia małżeństwa w łączności z aktualną zgodą jest wystarczającą przyczyną sprawczą do zaistnienia ważnego i pełnoprawnego małżeństwa¹⁴⁹. Natomiast przyrzeczenie małżeństwa bez aktualnej zgody, chociażby nawet było poparte przysięgą, nie stwarza prawnego obowiązku zawarcia małżeństwa¹⁵⁰.

O małżeńskiej przeszkodzie wieku *Suma paryska* wspomina niestety bardzo ogólnikowo. W komentarzu do c. un. C. 30 q. 2 znajdujemy w *Sumie* stwierdzenie, że kwestia, czy wolno zawrzeć zaręczyny między niemowlętami (infantes) jest dostatecznie wyjaśniona. Niemowlęta bowiem, które są pozbawione używania rozumu, nie są zdolne do zawarcia małżeństwa, gdyż brak zdolności do wyrażenia zgody wyklucza możliwość małżeństwa¹⁵¹. Termin „infantes” został zinterpretowany dosłownie, tzn. w odniesieniu do osób poniżej 7 roku życia, dlatego odpowiedź na tę kwestię rzeczywiście nie nastęrczała żadnych trudności. W *Sumie*

¹⁴⁷ T. P. Mc Laughlin (ed.), *The Summa Parisiensis on the Decretum Gratiani* (= *S. Parisiensis*), Toronto 1952, s. XXXI—XXXIII; Weigand, op. cit., s. 149, przyp. 37; Ch. Lefebvre, DDC, t. 6, Paris 1957, kol. 1230—1231, v. *Parisiensis* (*Summa*); Kuttner, *Repertorium*, s. 177; Schulte, QL, Bd. I, s. 224—225. Ci dwaj ostatni autorowie przyjmują, że *Suma paryska* powstała ok. 1170.

¹⁴⁸ Por. Hörmann, op. cit., s. 109. I on także sądzi, że *Suma paryska* powstała dopiero ok. 1170 r. i dlatego omawia najpierw *Sumę kolońską*. Nowsze badania historyków prawa (zwłaszcza wydawcy *Sumy* T. P. Mc Laughlina) wykazały jednak, że *Suma paryska* jest wcześniejsza od *Sumy kolońskiej*. Por. Laughlin, *S. Parisiensis*, s. XVII—XX.

¹⁴⁹ Do C. 32 q. 2: „Statim etenim ex quo consensus expressus per verba praesentis temporis, est conjugium, quacumque de causa contrahatur, dum tamen sint personae legitimae ad contrahendum”. (Laughlin, *S. Parisiensis*, s. 241); do c. 1 C. 34 q. 1—2: „Magistri (Boloniensis) tamen, non simpliciter sed cum distinctione, pristina conjugia redintegranda esse asserunt. Dicunt enim si forte initium (non) consummatum fuerit, prius conjugium redintegrandum non esse. Si autem initium fuerit consummatum, uxorem viro reddendam esse asserunt. Sed sine omni distinctione dicimus uxorem a viro suo reparandam et priori restituendam si initium sit conjugium per verba praesentis temporis” (Ibid., s. 256). Por. Hörmann, op. cit., s. 110.

¹⁵⁰ Por. Hörmann, op. cit., s. 110.

¹⁵¹ Do c. un. C. 30 q. 2: „Sequitur secunda quaestio qua quaeritur an sponsalia contrahantur inter infantes. Quaestio ista satis expedita est. Infantes etenim qui ratione carent matrimonium contrahere non possunt, quia vero nec consentire. Ubi autem consensus non est, non est matrimonium, sicut in capitulo illo habetur: — (Cap. un.) Ubi non est [...]”. (Laughlin, *S. Parisiensis*, s. 236).

brak wzmianki o możliwości zawarcia zaręczyn (*sponsalia de futuro*) po ukończeniu 7 roku życia, jak również o tym, jaką moc prawną posiadają aktualne zaręczyny (*sponsalia de praesenti*) zawarte przed osiągnięciem pełnoletności¹⁵². Za to na innym miejscu jest ogólna uwaga, że dziewczynę, która zgodziła się na małżeństwo, a potem się sprzeciwia, można nawet karą fizyczną zmusić do poślubienia tego, któremu została zaręczona. Możliwość zastosowania przymusu zakłada, że dziewczyna w chwili wyrażania konsensu musiała być pełnoletnia, gdyż w przeciwnym wypadku twierdzenie to byłoby niezgodne nie tylko z ogólnym wymogiem dobrowolności zgody małżeńskiej, lecz również z zasadą, że nieważne są zaręczyny zawarte przez ojca wbrew woli córki¹⁵³.

Z tych fragmentarycznych uwag trudno z całą dokładnością zrekonstruować pogląd autora *Sumy paryskiej* na małżeńską przeszkodę wieku. Na ich podstawie można wszakże przypuszczać, że autor był zwolennikiem bezwzględnego charakteru przeszkody wieku. Jedynie bowiem stała granica wieku, decydująca o nabyciu małżeńskiej pełnoletności, mogła stanowić nieomyślne kryterium przy ocenie wartości prawnej konsensu małżeńskiego.

O wiele więcej miejsca poświęca przeszkodzie wieku *Suma kolońska* (*Elegantius in iure divino*), która powstała ok. r. 1169¹⁵⁴. Autor opowiedział się wyraźnie za koncepcją małżeństwa lansowaną przez szkołę paryską. Związek małżeński porównuje on z kontraktem realnym i dlatego za jeden z istotnych elementów składowych małżeństwa uważa przekazanie narzeczonej narzeczonemu. Kontrakt małżeński składa się ogółem z trzech aktów: *traditio*, *velatio* i *traductio*. Pożycie fizyczne nie należy do istoty małżeństwa¹⁵⁵.

¹⁵² Por. Hörmann, op. cit., s. 110.

¹⁵³ Do C. 31 q. 2: „Secundo quaesitum est an aliqua sit juste copulata alicui si forte ab initio renitatur desponsationi, neque aliquo modo prece vel pretio consentire, nullomodo cogenda est nubere. Si autem ab initio desponsationi consentiat, postea autem dissentiat, verberibus etiam cogenda est eum habere cui desponsata est. In primo autem casu nec si iuramentum pater dederit cogi debet, sed data occasione debet pater poenitentiam agere” (Laughlin, *S. Parisiensis*, s. 239); do c. un. C. 31 q. 3: „[...] non tantae efficaciae illorum iuramentum [scil. parentum — przyp. aut.], ut inviti copulari debeant”. (Ibid., s. 239).

¹⁵⁴ Por. Schulte, WSB, 64 (1870) 93 nn.; F. Gillmann, *Einteilung und System des Gratianischen Dekrets nach den alten Dekretglossatoren bis Johannes Teutonikus einschliesslich*, AfKR, 106 (1926) 532 nn.; Kuttner, *Repertorium*, s. 170—172; S. Kuttner — E. Rathbone, *Anglo-norman canonists of the twelfth century*, „Traditio”, 7 (1949—1951) 298 nn. Autorstwo *Sumy* nie zostało dotąd ściśle ustalone. S. Kuttner przypuszcza, iż nie jest wykluczone, że jej autorem był niejaki Gottfried. Por. Kuttner, *Repertorium*, s. 171; Weigand, op. cit., s. 151, przyp. 45.

¹⁵⁵ „Illud etiam generale est in hujusmodi contractibus, ut traditione rei do-

Inaczej niż dotychczas przedstawia *Suma kolońska* podział związku małżeńskiego na zaręczyny i małżeństwo, używając terminologii zaręczyny cywilne (*desponsatio legalis*) i kanoniczne (*desponsatio canonica*). Zaręczyny cywilne są umową o zawarcie małżeństwa w przyszłości i są analogiczne do rzymskich zaręczyn (*sponsalia*), lecz ich skutki prawne są te same, co przy *sponsalia de futuro* i jedynie wstąpienie do zakonu zwalnia z obowiązku zawarcia małżeństwa. Zaręczyny kanoniczne to po prostu zaręczyny aktualne (*sponsalia de praesenti*), czyli pełnoprawne małżeństwo¹⁵⁶. Istotna różnica pomiędzy jednymi a drugimi polega na tym, że po pierwszych nie powinno się zawrzeć małżeństwa z inną osobą, a po drugich nie można go zawrzeć¹⁵⁷.

Sposób przedstawienia przeszkody wieku pozostaje w ścisłym związku z powyższą koncepcją małżeństwa. Według *Sumy kolońskiej* przeszkoda wieku nie jest przeszkodą odrębną, lecz jest tylko jedną z trzech przyczyn, które składają się na przeszkodę niezdolności do pożycia (*impossibilitas conveniendi*)¹⁵⁸. W zasadniczy pogląd na temat przeszkody wieku wprowadza nas obszerny i wnikliwy komentarz do c. un. C. 30 q. 2. *Suma* stwierdza jako rzecz pewną, że wiek niedojrzały stanowi przeszkodę do zawarcia małżeństwa. Problem rodzi się wtedy, kiedy chcemy dociec, czy ważny i nierozzerwalny jest związek małżeński pomiędzy osobą pełnoletnią i nieletnią, dopełniony ponadto przez fizyczne

minium transferatur. Proinde ex quo sponsa viro tradita et cum eo velata atque traducta est, ex tunc caro eius viri est etsi nuptiale mysterium nondum in ea completum sit; et hoc Gratianus post multas ambages sentire videtur". (Hörmann, s. 96, przyp. 2). Cytuję za Hörmannem, op. cit., s. 94 nn., gdyż żaden z trzech zachowanych rękopisów *Sumy* (Bamberg, Paryż, Wiedeń) nie jest mi dostępny.

¹⁵⁶ Hörmann, op. cit., s. 96: „Die *desponsatio legalis* ist das Eheversprechen im Sinne der römischrechtlichen *Sponsalia*, eine *Contrahendi matrimonii pollicitatio*, welche *Nuptias atque conjugium spondet, non efficit*, aber die eherechtlichen Wirkungen der *Sponsalia de futuro* besitzt, so dass *ad monasterium transire, sed non alii viro nubere licet quia fidem, quae sic sponso promittitur, violare sacrilegium est*. Die *Desponsatio canonica* ist die *Desponsatio de praesenti* des Petrus Lombardus, das *Pactum coniugale*, nach welchem *ad substantiam matrimonii nihil deest, ergo statim plenum et perfectum matrimonium inter eos est*; daher liege Ehe vor *antequam carnaliter conveniant* und entstehe schon aus diesem *Pactum nuptiale* die erzwingbare Pflicht zur Consummierung *ex nuptiali pacto uterque alteri ad servitutem corporis sui et naturaliter et civiliter obligatus est, ideo cum effectu sibi ad huiusmodi servitutem tenentur*".

¹⁵⁷ Por. Hörmann, op. cit., s. 96, 97.

¹⁵⁸ Hörmann, op. cit.; s. 97: „Der Verfasser fasst *Furor, impossibilitas coeundi* und *aetas* unter einem Sammelbegriff: *Impossibilitas conveniendi* zusammen (*vel ex animo ut inter furiosos vel ex corpore ut in frigidis et maleficiatis vel ex utroque ut in pueris et puellis*)".

pożycie stron. Za wiek małżeńskiej pełnoletności przyjmuje *Suma kolońska* 14 rok życia dla chłopców, 12 rok życia dla dziewcząt¹⁵⁹.

Zanim autor *Sumy kolońskiej* przedstawi własny pogląd na małżeńską przeszkodę wieku, nakreśla on całą złożoną problematykę związaną z tą przeszkodą. W pierwszej części swoich wywodów omawia on szczególnie przede wszystkim argumenty zwolenników kopulacyjnej teorii małżeństwa. Tok jego wypowiedzi jest następujący. Wiadomo, że małżeństwo pochodzi z prawa naturalnego i dlatego, jeżeli ktoś z natury jest już zdolny do zawarcia małżeństwa, prawo cywilne nie powinno mu stawiać przeszkód, gdyż prawo naturalne znosi prawo cywilne. 14 względnie 12 rok życia jest naturalną granicą dojrzałości nie z tej przyczyny, że zawsze od tego momentu człowiek staje się osobą dojrzałą, lecz dlatego, że zazwyczaj tak się dzieje. Chociaż więc ustalenie wieku małżeńskiej pełnoletności jest wynikiem życiowej obserwacji, to nie może być ono pojmowane w sposób absolutny. Jeżeli przeto dziewczyna wcześniej osiągnęłaby fizyczną dojrzałość i byłaby zdolna do fizycznego pożycia, wtedy nie należałoby rozwiązywać przedwcześnie zawartego i dopełnionego związku małżeńskiego. Analogicznie trzeba by postąpić w wypadku przeciwnym, to znaczy, gdy dziewczyna mając lat 12 wskutek nienormalnego rozwoju nie byłaby jeszcze fizycznie dojrzała, wtedy nie można by jej dopuścić do zawarcia małżeństwa. To bowiem, co na skutek przeciwności natury przesuwają się na okres późniejszy, to również z powodu jej przychylności można by godziwie przyspieszyć, gdyż łaskawość natury (*beneficium naturae*) uzupełnia brak wieku, podobnie jak w innych przypadkach czyni to nieprawość (*malitia*), w innych roztropność (*sagatia*) itd.¹⁶⁰ Kolejnym argumentem za względnością przeszkody wieku mógłby być fakt, że nie należy ona do istoty sakramentu małżeństwa, lecz raczej do formalności, których należy przestrzegać przy jego zawieraniu. Opuszczenie zaś formalności nie narusza samej istoty sakramentu, co zachodzi na przykład przy małżeństwach potajemnych

¹⁵⁹ Do c. un. C. 30 q. 2: „De aetate, quomodo conjugium impedit, explanemus. Quod aetas impuberum matrimonium impediatur, certum est. Sed an puberis et impuberis similiter dubium. Quaeramus ergo utrum inter mare a XIV anno supra et feminam XII infra vel e contra initiatum et carnaliter forte consummatum conjugium ratum sit et inseparabile?” (Hörmann, s. 97).

¹⁶⁰ Do c. un. C. 30 q. 2: „Matrimonium de iure naturali profectum scimus. Ergo quam primum natura expleri potest, propter iura civilia differendum non est; sic enim in institutionibus habemus quod ius civile ius tollit naturae non aequae. Illud etiam perspicuum est, quod in maribus XIV. annum, in feminis tamquam prematurioribus XII. ad hoc officium natura limitavit, non quod tunc solum sed quod tunc semper (saepe?) aequis passibus incedens natura ad tale officium sufficiat. Et licet hos aetatum limites humana consideratio prudenter invenerit, si tamen aliquam indulgentior natura praematurius aptaverit ut prius copu-

(matrimonia clandestina). Wprawdzie formalności tych nie powinno się pomijać, lecz gdyby małżeństwo bez nich zostało zawarte i dopełnione, nie można by go rozwiązać, albowiem wiele czynności prawnych, dokonanych wbrew prawem przepisanej formie, zachowuje swoją ważność¹⁶¹. Idąc dalej po linii argumentacji zwolenników teorii kopulacyjnej przechodzi autor *Sumy kolońskiej* od rozważań natury ogólnej do konkretnego rozwiązania wyżej zasygnalizowanego problemu. Nie jest kontrargumentem twierdzenie, że małżeństwo nieletniej dziewczyny z pełnoletnim mężczyzną jest związkiem niedoskonałym, który rodzi zobowiązanie tylko dla strony dojrzałej, czyli dla mężczyzny; natomiast dziewczyna z braku wymaganego wieku nie posiada zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa. W takich okolicznościach dziewczynie przysługuje prawo wniesienia zarzutu podstępny (exceptio doli), podobnie jak w innych kontraktach z prawa cywilnego. Takie małżeństwo bowiem wiąże tylko jedną stronę. Strona, która poślubiła osobę nie posiadającą odpowiedniego rozeznania, ma obowiązek poczekać aż do tego momentu na jej decyzję. Jeżeli natomiast w chwili małżeństwa osoba nieletnia rozeznanie takie miała, wtedy nie ma podstaw do zaskarżenia małżeństwa¹⁶². Na poparcie tej tezy *Suma kolońska* przytacza znane porównanie stwierdzające, że istnieje duże podobieństwo między małżeństwem cielesnym

lata thoro viripotens habeatur, rescindendum non puto, quod factum habere effectum probatur. Sicut in contrario si aliquam non tunc fore idoneam inimicante natura repertum fuerit, nec tunc copulata est. Quod ergo propter contrarietatem naturae differtur, propter favorem eius non inique maturatur, ut sic beneficium naturae hic suppleat aetatem sicut in aliis modo malitia, modo sagatia, modo discretio (devotio) adimplet quod in aetate minus est" (Hörmann, s. 97—98).

¹⁶¹ „Est et aliud, quod haec aetas de sollemnitate magis quam de substantia sacramenti est. Sollemnitates autem omissae substantiam non corrumpunt sicut habemus de clandestinis matrimoniis, in quibus, licet parentum traditio, sacerdotalis benedictio, legalis dotatio desit, sacramentum tamen manet. Sed ponamus matrimonium non debere sic contrahi, contractum tamen et carnaliter consummatum dissolvi non oportet. Plura, quae enim contra iuris formam fiunt, perfecta tamen subsistunt" (Hörmann, s. 98—99).

¹⁶² „Amplius etiam si conjugium hoc pro parte puellae infirmum esset, pro viri tamen parte forte et obligatorium est, ipse si quidem eius aetatis erat, ut se puellae dari posset, licet puella eius esset infirmitatis, ut se illi tradere non posset, quia minori dari potest, quamvis minor dare non possit. Sicut ergo in transactione rescindenda non suum sed adversarii dolum allegans auditur, ita hic puella reclamare potest, vir quod obiciat non habet. Et sicut est, si ingenuus ancillam inscius ducat vel infidelium conjugum alter ad fidem veniat, ita et hic conjugium pro parte deficit, pro parte perseverat. Et quemadmodum si liber ancillam inscius duxerit, si cohabitare maluerit, redimere praecipitur, sic qui talem duxit, si nondum cognoscere potest, expectet, dum possit, si vero iam potest non est, quare causetur". (Hörmann, s. 99). Jak wynika z tekstu, autor widział ścisłą analogię między małżeństwem osób nierównego wieku a małżeństwem wolnego z niewol-

a duchowym. Również w małżeństwie duchowym, gdy dziewczyna przed ukończeniem 12 roku życia dobrowolnie wybrała stan zakonny i rodzice wyrazili na to swoją zgodę, podjęta decyzja jest wiążąca¹⁶³.

Obszerne wywody teoretyczne kończy *Suma kolońska* uwagą praktyczną. Gdyby do małżeństwa wymagano w sposób bezwzględny ukończenia ściśle określonej granicy wieku, wiele małżeństw zawartych za wiedzą władz kościelnych byłoby związkami nieważnymi, albowiem ojcowie w trosce o dobre imię swych córek i mając na uwadze lekkoomyślność wieku młodzieńczego, niekiedy już przed ukończeniem prawem przepisanego wieku oddają swoje córki w związki małżeńskie i to bez sprzeciwu ze strony Kościoła. Biorąc pod uwagę te fakty, prawie niemożliwą rzeczą byłoby stwierdzić, kto okazuje dokument urodzenia zgodny z prawdą, aby władza kościelna mogła na tej podstawie orzec, które małżeństwo jest ważne, a które nie¹⁶⁴. Jak wynika z dalszych wypowiedzi autora, właśnie ta trudność praktyczna stanowiła najpoważniejszy argument zwolenników teorii kopulacyjnej. Wprawdzie Kościół od dłuższego czasu zdecydowanie zwalczał zwyczaj wczesnego zawierania małżeństw, to jednak odstępował od wymogu prawnej dojrzałości przynajmniej w tych wypadkach, kiedy kontrahenci byli faktycznie dojrzałi i zachodziło niebezpieczeństwo infamii. Z życiowej więc konieczności przeszkodę wieku traktowano raczej jako przeszkodę względną¹⁶⁵.

Dopiero na tle tak szczegółowo zarysowanej problematyki przeszkody wieku mówi *Suma kolońska* o tym, że panują w tym przedmiocie dwa diametralnie różne sposoby rozwiązania tych zagadnień prawnych. Jedni, pomijając całą złożoność problemu, stwierdzają po prostu, że istotne znaczenie posiada faktyczna dojrzałość psychiczna i fizyczna. Jeżeli

nię, czy osoby wierzącej z niewierzącą. Późniejsi dekretyści określali te trzy rodzaje małżeństw, jako coniugia imparia, które polegały na jednostronnej skuteczności prawnej. Jeszcze później określano je terminem „matrimonium claudicans”. Por. H ö r m a n n, op. cit., s. 100.

¹⁶³ „Scimus etiam quod spirituale et carnale matrimonium non enormiter sibi comparantur. In spirituali autem, si puella ante XII annum monasterium elegerit et vota parentum vel accesserint vel praecesserint, quod sic actum est, perseverabit”. (H ö r m a n n, s. 100).

¹⁶⁴ „Postremo si adeo desiderabitur in conjugio hic limes annorum, ut absque eo non sit verum conjugium sed illicitum contubernium, provenit ut pluraque non sint legitima conjugia auctore ecclesia celebrata. Paterna enim sollicitudo filiarum infamiam metuens et lubrico aetatis prospiciens, opitulante sibi in hoc ecclesia, quasdam ante tempus praescriptum nuptui tradit. Et quis nunc fidelem ponit calculum aut verus existet supputator annorum, ut sciat ecclesia, ubi sint vel non sint conjugia? Hic latet verum”. (Ibid., s. 100). Tekst ten jest jeszcze jednym dowodem potwierdzającym praktykę wczesnego zawierania małżeństw.

¹⁶⁵ Por. H ö r m a n n, op. cit., s. 101.

dziewczyna przed prawnie ustalonym terminem dojrzałości była rzeczywiście zdolna do małżeństwa i nastąpiło przeprowadzenie jej do domu narzeczonego oraz dopełnienie, wtedy związek małżeński jest ważny i nierozzerwalny¹⁶⁶. Dla wymienionej wyżej opinii reprezentatywnie jest stanowisko szkoły bolońskiej. Podkreślała ona bardziej wymóg dojrzałości fizycznej niż psychicznej.

Z kolei *Suma* przytacza argumenty szkoły paryskiej, która zagadnienie to ujmowała zupełnie inaczej. Dziewczyna dopiero po ukończeniu 12 roku życia jest zdolna do zawarcia małżeństwa i to nie ze względu na fizyczną dojrzałość, lecz z powodu dojrzałości psychicznej 12 rok jest terminem osiągnięcia właściwego rozeznania umysłowego (anni intelligibiles). Ponieważ od tej granicy wieku człowiek staje się odpowiedzialny za swoje czyny, jest zobowiązany do przestrzegania przykazań ewangelicznych, postów itd. To samo dotyczy małżeństwa. Jego przyczyną sprawczą jest konsens, który jest świadomym i dobrowolnym aktem woli i rozumu. Ponieważ przed 12 rokiem życia podobny akt jest albo niemożliwy, albo niepewny, dlatego nie można wcześniej zawrzeć małżeństwa, gdyż nie ma zgody tam, gdzie brak odpowiedniego zrozumienia. Z tego też względu prawnie ustalony wiek dojrzałości należy raczej do istoty sakramentu¹⁶⁷.

Autor *Sumy kolońskiej* przychyła się do tej drugiej opinii, na co zdaje się wskazywać tak wyczerpujące jej uzasadnienie. Zgadza się ona zresztą z jego ogólną koncepcją małżeństwa, jako związku opartego w głównej mierze na świadomej zgodzie kontrahentów. Autor nie ogranicza się do wyżej podanych argumentów, które przemawiają za koniecznością prawnej dojrzałości. Podaje on jeszcze inne, a mianowicie: skoro nie wolno zawrzeć małżeństwa w okresie zakazanym przez Kościół, to tym bardziej należy tego przestrzegać w odniesieniu do przeszkody

¹⁶⁶ „Hanc caliginem inextricabilem quidam evitantes dicunt, quod si sagatia animi et corporis aliquam praematurius idoneam exhibuerint, traducta ea et carnaliter cognita ratum et inseparabile matrimonium fit”. (H ö r m a n n, s. 101).

¹⁶⁷ „Pars altera argumentatur adversari tamquam duodenarius ad id solum nuptiis praescriptus sit, quod puella tunc viripotens habeatur, sed noverint magis propter opportunitatem animorum quam congruentiam corporum hoc dici. Duodenus siquidem annus limes est annorum intelligibilium. Ex tunc homo compos mentis et rationis efficitur, ex tunc per livium Pythagorici divertens vel in latum declinat voluptatis aut artum scandit latus virtutis, ex tunc de factis suis rationem reddere et praecepta evangelica implere exigitur, ex tunc ei poenitentia et consueta nostrae religionis ieiunia imponuntur. Proinde quia consensus matrimonium facit et consensum iudicium animi operatur, hoc autem ante XII annum vel nullum vel incertum est, ideo prius acta matrimonia deficiunt; non enim est consensus, ubi deest sensus. Itaque haec aetas non ad sollemnitatem tantum sed ad substantiam sacramenti magis operatur”. (H ö r m a n n, s. 102).

wieku¹⁶⁸. Wreszcie racja prawna i nienaruszalność prawa domagają się zachowania prawnej dojrzałości. Podobnie jak i umowa o kupno rzeczy poświęconej (*res sacra*) nie zobowiązuje osoby duchownej do oddania jej osobie świeckiej, tak i osoba małoletnia nie jest zdolna, aby być stroną w umowie małżeńskiej¹⁶⁹. Zabrania tego także prawo. *Suma kolońska* cytuje wypowiedź pap. Mikołaja I (c. un. C. 30 q. 2) i na jej podstawie stwierdza, że niedozwolone jest małżeństwo między osobami małoletnimi, jak również pomiędzy osobą małoletnią i pełnoletnią. W tym ostatnim przypadku nie można dopełnić małżeństwa przez późniejsze pożycie fizyczne, ponieważ akt prawny, który nie istniał, nie może być uważany¹⁷⁰. *Suma kolońska* podkreśla więc niemal bezwzględnie konieczność zgody małżeńskiej. Nawet fizyczne pożycie nie stwarza domniemania jej istnienia. Autor mając prawdopodobnie na uwadze konkretne sytuacje życiowe, nie wyciągnął jednak z tego twierdzenia wszystkich wniosków. Szczególnie dużo trudności nastęrczała mu właściwa ocena wartości prawnej małżeństwa między osobą pełnoletnią a małoletnią, gdy ta ostatnia była faktycznie dojrzałą i małżeństwo zostało dopełnione przez fizyczne pożycie. Według przyjętych założeń teoretycznych należałoby taki związek małżeński uznać za nieważny z powodu braku świadomego i dobrowolnego konsensu. Z praktycznego punktu widzenia autor nie znajduje wszakże możliwości rozwiązania takiego małżeństwa, gdyż jest ono znakiem unii między Chrystusem a Kościołem i z tej przyczyny jest nierozzerwalne¹⁷¹. Dlatego bezpieczniej jest przyjąć tezę, że małżeństwo fizycznie dopełnione jest związkiem trwałym. W przeciwnym razie, zamiast obrony nierozzerwalności małżeństwa stworzyłoby się precedensy do rozwodów i wprowadziło nieład w sprawy małżeńskie¹⁷². Jeżeli natomiast ma się do czynienia z podobnym małżeń-

¹⁶⁸ „Praeterea quaedam sunt tempora nuptiis illicita ut a LXI^{ma} post, in quibus, si contra interdictum ecclēsie celebratae fuerint, separatio fieri iubetur. Si hoc in tempore, multo magis in aetate observandum est”. (Hörmann, s. 103).

¹⁶⁹ „Habemus etiam, quod si quis cum laico venditore super re sacra contrahat, eum sibi ad praestationem rei non obligat, obstante ratione iuris et impossibilitate legis. A simili concludimus, quod, ubi maior minorem sibi copulat, matrimonium non efficitur, quia et ius et ratio refragatur”. (Hörmann, s. 103).

¹⁷⁰ „Ex hac auctoritate [pap. Mikołaja I — przyp. aut.] liquet, nec inter ambos minores nec inter minorem et maiorem matrimonium valere, ideoque nec consummari per subsecutam commixtionem sexuum, quia, quod non est, non confirmatur”. (Hörmann, s. 104).

¹⁷¹ Hörmann, op. cit., s. 105—106: „Auch der Verfasser der S. Coloniensis kommt auf diese Bedenken, kann sich jedoch nicht damit befreunden, eine consummirte Verbindung zu lösen, weil das mit der Consummirung gegebene *Sacramentum unionis Christi ad ecclesiam unlöslich ist*”.

¹⁷² „In hac controversia tutius est dicere sic: carnaliter consummatum perse-

stwem, które jednak nie zostało jeszcze dopełnione, wtedy osoba małoletnia do chwili osiągnięcia pełnoletności ma prawo wyboru innego małżeństwa, nawet wbrew woli osoby pełnoletniej. Osoba zaś pełnoletnia jest związana umową małżeńską do czasu zawarcia przez drugą stronę innego małżeństwa¹⁷³. Rozwiązanie to nie różni się zasadniczo od dotychczas znanych, z tym zastrzeżeniem, że autor *Sumy kolońskiej* nie uważał swej opinii za całkowicie pewną (tylko *credibile est*)¹⁷⁴. Mimo to odstępuje on w tym punkcie od sztywno pojętej prawnej dojrzałości. Prawdopodobnie i to ustępstwo podyktowane było względami praktycznymi.

Dotychczasowe rozważania autora *Sumy* w przedmiocie wieku sprostawały się do drobiazgowej analizy problemu małżeństw między osobami pełnoletnimi i małoletnimi. Z kolei *Suma* porusza jeszcze inne zagadnienie. W komentarzu do słów: „*nihil faciunt*” (z c. un. C. 30 q. 2) autor zastanawia się nad zobowiązaniem wynikającym z zaręczyn zawartych po ukończeniu 7 roku życia. Dochodzi on do wniosku, że z tytułu takiej umowy o zawarcie małżeństwa (*compromissio pro matrimonio*) nie wynika dla niepełnoletnich stron prawny obowiązek zawarcia go¹⁷⁵. Odpowiednio do wspomnianego wyżej podziału małżeństwa na zaręczyny cywilne i kanoniczne *Suma kolońska* uważa umowę małżeńską zawartą przed osiągnięciem prawnej dojrzałości za zaręczyny cywilne, bez względu na to, czy kontrahenci wyrazili swoją zgodę w formie teraźniejszej czy przyszłej. Tylko zgoda wyrażona przez strony prawnie dojrzałe jest przyczyną sprawczą małżeństwa¹⁷⁶.

Resumując obszernie wywody *Sumy kolońskiej* na temat przeszkody

verare, ne viam aperiamus divortiis et, quibus favorem debemus, matrimonia disturbemus”. (H ö r m a n n, s. 106).

¹⁷³ „Si tamen necdum carnaliter convenerunt, credibile est, minorem, cum ad annos pubertatis pervenerit, suo iudicio permitti, maiorem vero praecedenti pactio-
ne conjugali obligari, ut possit minor alii nubere, etiam si maior nolit, et major non possit alio sua vota transferre, nisi minor prius cum alio nuptiale foedus inie-
rit”. (Ibid., s. 106).

¹⁷⁴ Por. H ö r m a n n, op. cit., s. 106.

¹⁷⁵ Do c. un. C. 30 q. 2: „Unde si queratur, utrum capaces doli ante legitimam pubertatem in se consentientes possint ab invicem sua vota dividere? Respondendum est, non posse quidem absque culpa, posse tamen absque ecclesiae vindicta, quia, ut innuit Nicolaus, ex huiusmodi compromissione pro matrimonio ecclesiae non obligantur, nisi adulti facti in se consentiant”. (H ö r m a n n, s. 107). Odpowiedzialność karną ponoszą natomiast rodzice, jeżeli umowę tę poparli przysięgą. Por. do c. un. C. 31 q. 3: „Alternam obligationem Elibertanum Concilium confirmat iniungens parentibus septennem poenitentiam deberi sive per se sive per eorum prolem desponsationis fidem iuramento firmatam infregerunt, ait enim: qui parentes etc”. (Ibid., s. 107).

¹⁷⁶ Por. H ö r m a n n, op. cit., s. 107—108.

wieku trzeba stwierdzić, że informuje ona nas w sposób wszechstronny o współczesnych autorowi poglądach na tę przeszkodę. Na kanwie dwóch kontrowersyjnych opinii wypracował autor *Sumy* swoją własną, która odbiega nieco od tradycyjnej nauki szkoły paryskiej. Chociaż reprezentuje on wyraźnie konsensualną teorię małżeństwa, to jednak pod wpływem praktycznych potrzeb, częściowo ją zmodyfikował. Według niego przeszkoda wieku nie jest ani przeszkodą samoistną, ani przeszkodą o charakterze bezwzględny. Dopuszcza on bowiem możliwość zaistnienia ważnego i nierozzerwalnego związku małżeńskiego przed osiągnięciem prawnej dojrzałości przynajmniej przez jedną ze stron. Ten charakterystyczny wyjątek świadczy o tym, że w wyniku dyskusji między szkołą bolońską i paryską zaczyna się tworzyć nowa koncepcja przeszkody wieku, będąca poniekąd kompromisem obu teorii.

L'EMPÊCHEMENT D'ÂGE MATRIMONIAL

DANS LE DÉCRET DE GRATIEN ET CHEZ LES PREMIERS DÉCRÉTISTES

La rédaction du *Décret* de Gratien et l'activité scientifique des premiers décrétistes qui y était liée ont remarquablement contribué au développement du système de droit canon au XII^e siècle et ont ranimé l'intérêt pour de nombreuses institutions juridiques. En matière du droit matrimonial ecclésiastique, l'Église crée la nouvelle conception du mariage qui lui est propre, celle d'une union sacramentelle et indissoluble. L'empêchement d'âge matrimonial devient alors l'une de ces questions dont la solution dépendait des résultats de la discussion au sujet des éléments constitutifs du mariage. Dans cet article l'auteur se propose de présenter l'histoire d'empêchement d'âge à partir du décret de Gratien jusqu'à, à peu près, 1170 c'est-à-dire la date de la publication des décisions papales visant à régler du point de vue juridique cet empêchement matrimonial. C'est justement à ce moment-là que se manifeste une sérieuse divergence entre la position de l'école de Paris et celle de l'école de Bologne. La première partie de l'article est consacrée à l'analyse de l'empêchement d'âge selon la conception de Hugues de Saint-Victor et de Pierre Lombard. Ils étaient les partisans de la théorie du consentement de mariage et ils représentaient l'école de Paris. Hugues de Saint-Victor, à la base de son enseignement sur les sacrements introduisit la division de l'acte de contracter le mariage en *desponsatio de futuro* et *desponsatio de praesenti*. Il partageait l'opinion que le mariage se réalise à partir du moment où l'on exprime le consentement matrimonial actuel (*consensus de praesenti*). Selon lui, la consommation du mariage n'était pas un élément essentiel. Sous cet aspect essentielle était la seule capacité de la vie matrimoniale, car c'était elle qui décidait de la capacité juridique des parties. Ces thèses générales furent appliquées conséquemment par Hugues à l'empêchement d'âge. La base de cet empêchement est selon lui la prescription juridique désignant les limites d'âge pour le mariage. L'arrivée à un âge déterminé décide de l'acquisition de la capacité juridique pour contracter le mariage et elle permet d'exprimer juridiquement le consentement matrimonial efficace. Une position pareille est celle de Pierre Lombard. A son avis aussi, l'empêchement d'âge a le caractère fixe, indépendant de la réelle puberté physique

des parties. Aussi bien Hugues de Saint-Victor que Pierre Lombard mettaient surtout l'accent sur la capacité juridique de mariage et sur l'observation de la limite d'âge déterminée numériquement. Cette position est représentative pour l'école de Paris.

A l'empêchement d'âge selon Gratien est consacrée la deuxième partie de l'article. Au contraire de l'école de Paris Gratien distinguait dans l'acte de contracter le mariage deux éléments essentiels: le consentement et la consommation. Conformément à cela il divisait le mariage en *matrimonium initiatum* et *matrimonium consummatum*. On pourrait croire que cette conception assez logique de l'union matrimoniale permettrait à Gratien une interprétation précise des prescriptions concernant l'empêchement d'âge matrimonial. Malheureusement Gratien avait traité cette question de façon presque marginale. Quant à l'âge de fiançailles, la position de Gratien est celle de la loi romaine, c'est-à-dire qu'on ne peut pas se fiancer avant d'avoir 7 ans. Pour contracter le mariage, il faut selon lui atteindre la maturité physique. Gratien acceptait en principe la limite d'âge de maturité établie par la loi romaine (la 12^e année de vie pour les filles, la 14^e année pour les garçons). Conformément cependant à ses principes théoriques relatifs aux éléments constitutifs du mariage, il admettait que la capacité pour contracter le mariage peut être acquise encore avant qu'on n'atteigne cette limite d'âge. Ainsi donc, l'empêchement d'âge selon lui avait un caractère relatif, c'est-à-dire qu'il se basait sur la puberté réelle et non pas sur la puberté légale des contractants.

Sur le canevas de ces deux opinions différentes se poursuivait une vive discussion parmi les décrétistes appartenant soit à l'école de Bologne, soit à celle de Paris. Cette discussion a été analysée dans la dernière partie de l'article. D'abord l'auteur présente tour à tour les commentaires de l'école de Bologne et parmi eux les opinions de tels décrétistes que Paucapalea, Roland Bandinelli, Maître Rufinus, Étienne de Tournay, Gandulf et Jean de Faenza. On a aussi analysé l'oeuvre d'un auteur anonyme: *Incerti auctoris quaestiones* ainsi que le traité du mariage du *Codex Gottwicensis*. Chez chacun des décrétistes mentionnés il y a des liens visibles entre sa conception générale du mariage et sa conception d'empêchement d'âge. Ces décrétistes, tout en étant des commentateurs rigoureux du *Décret* de Gratien, dépassaient très souvent les cadres des problèmes dessinés par ce dernier. Leurs recherches pénétrantes au sujet de l'empêchement d'âge ont donné une base théorique aux futures décisions papales. On remarque qu'ils soulignent plus que ne l'avait fait Gratien le rôle du consentement matrimonial, délibéré et libre. C'est visible chez de tels commentateurs comme Paucapalea, Étienne de Tournay, Gandulf. Malgré cela la plupart des décrétistes de l'école de Bologne se prononcent pour la relativité de l'empêchement d'âge, à l'exception d'Étienne de Tournay et de Jean de Faenza. La relativité de l'empêchement d'âge s'exprime dans le principe: *nisi malitia suppleat aetatem* introduit déjà par Roland Bandinelli. Dans les commentaires de Roland Bandinelli, d'Étienne de Tournay et de Gandulf l'empêchement d'âge est présenté comme un empêchement indépendant et distinct. Relativement beaucoup de place consacrent les décrétistes aux considérations au sujet du mariage entre les personnes d'âge inégal. A leur tour on a analysé les commentaires de l'école de Paris. Pour caractériser les idées de cette école au sujet de l'empêchement d'âge matrimonial, l'auteur a utilisé la *Somme de Paris* et la *Somme de Cologne*. Dans la *Somme de Paris* l'empêchement d'âge avait été traité de façon très générale. Elle souligne la nécessité d'atteindre la majorité matrimoniale en tant qu'un critère infallible d'estimation de la valeur juridique du consentement matrimonial. De longues déductions au

sujet de l'empêchement d'âge se trouvent dans la *Somme de Cologne*. Selon elle, l'empêchement d'âge n'est ni un empêchement indépendant ni un empêchement de caractère absolu. Cet écart de l'opinion traditionnelle de l'école de Paris prouve qu'au cours de la discussion commence à naître une nouvelle conception de l'empêchement d'âge qui est en quelque sorte un compromis entre les deux théories.