

Powyższy przegląd przepisów *Ustawy*<sup>92</sup> pozwala stwierdzić, że w XII tablicach znajdowało się wiele myśli stanowiących podwaliny późniejszego prawodawstwa. Wartość dzieła decemwirów najlepiej chyba ocenił Tadeusz Zieliński, który pisał „Prawo dwunastu tablic — to zarodek wszelkich późniejszych praw dawnego Rzymu. A prawa te były tak doskonałe, że wszystkie cywilizowane narody przyjęły je kolejno, stosując je do swoich potrzeb — i my też do dziś jeszcze korzystamy z tych praw”<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Por. M i J. Zabłocki, *Ustawa XII Tablic. Tekst — tłumaczenie — objaśnienia*, Warszawa 2000.

<sup>93</sup> T. Zieliński, *Rzeczpospolita Rzymska*, Katowice 1989, s. 67.

JAN ZABŁOCKI (WARSZAWA)

## ZGODA MAŁŻEŃSKA W PRAWIE RZYMSKIM

W Rzymie wymagana była zgodna wola (*consensus*) kobiety i mężczyzny zarówno na zawarcie, jak i na trwanie w związku małżeńskim (*affectio maritalis*). Jeśli żyli zwierzchnicy familijni, to również oni musieli wyrazić taką wolę. Oczywiście, zanim zawarto małżeństwo, potrzebne były pewne uzgodnienia, zwłaszcza co do wysokości posagu. Wieńczyły je zazwyczaj uroczyste przyrzeczenia zwane *sponsiones* — zaręczyny. Symbolem zaręczyn był pierścionek noszony na serdecznym palcu lewej ręki. Aulus Gellius, antykwarysta z czasów dynastii Antoninów, powołując *Aegyptiaca* Apiona wyjaśnia, że od tego palca przebiega delikatny nerw do samego serca<sup>1</sup>. Poza tą ciekawostką anatomiczną Gellius nie mówi nic więcej o zaręczynach w Rzymie. Przedstawia natomiast zaręczyny dokonywane przez mieszkańców tej części Italii, którą zwano Latium. Podaje bowiem za *De dotibus* Serviusa Sulpiciusa Rufusa (prawnika z końca republiki) i *De nuptiis* Neratiusa Priscusa (prawnika z czasów Trajana i Hadriana), że zaręczyny, aż do czasu uchwalenia, podczas wojny ze sprzymierzeńcami, *lex Julia de civitate Latinis et sociis danda*<sup>2</sup>, były dokonywane zgodnie ze zwyczajem i prawem w formie podwójnej *sponsio* — stąd nazwa *sponsalia*. Odbywało się to w następujący sposób: ojciec chcący wydać za mąż córkę (*sponsa*) zapytywał przyszłego małżonka (*sponsus*), czy chce ją wziąć za żonę; przyszły małżonek zapytywał zaś ojca dziewczyny, czy zostanie mu ona wydana. Jeśli *sponsa* nie była wydana albo wzięta za żonę, powstawało roszczenie z tytułu zawartej *sponsio*. Gdy doszło do procesu, sędzia badał, dlaczego dziewczyna nie została wydana albo wzięta. W przypadku braku słusznej przyczyny zasądzał tego, który nie chciał wydać czy wziąć dziew-

<sup>1</sup> Por. Gell. 10,10.

<sup>2</sup> Por. G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, s. 207 i n.; G. Longo, s.v. *Lex Julia de civitate latinis danda*, NNDI 9 (1965), s. 810.

czyny. Jakkolwiek Gellius podaje, że Servius opisał unormowania prawne dotyczące Latium, to w rzeczywistości, jak można sądzić, były one takie same i w Rzymie, gdzie w formie *sponsio* przyrzekano oddanie i wzięcie przysięgi żony<sup>3</sup>.

Sama forma zawarcia małżeństwa nie była w Rzymie nigdy ściśle określona. Powszechnie przyjmuje się, że uroczyste obrzędy, orszak ślubny, wprowadzenie żony do domu męża nie miały wpływu na ważność zawartego małżeństwa, bo to zawierano poprzez nieformalne wyrażenie zgody na bycie mężem i żoną. Ceremonie i obrzędy związane z zawarciem małżeństwa miały na celu jedynie przejęcie władzy agnacyjnej przez męża i mogły służyć jako dowód zawarcia małżeństwa.

Małżeństwo mógł zawrzeć każdy, kto był dojrzały, miał *conubium* i wyrażał zgodę<sup>4</sup>. Dojrzałość uzyskiwały dziewczęta w wieku lat dwunastu, a chłopcy w wieku lat czternastu<sup>5</sup>. *Conubium* to możliwość wzięcia żony zgodnie z prawem, czyli możliwość zawarcia małżeństwa uznanego przez prawo<sup>6</sup>. *Conubium* mieli obywatele rzymscy i dawni Latyni (*Latini prisca*), pozostali zaś Latyni (*Latini coloniarii* oraz *Iuniani*), a także obcokrajowcy (*peregrini*) mogli uzyskać *conubium* w drodze przywileju<sup>7</sup>. Do *lex Canuleia*, ustawy uchwalonej w 445 r. przed Chr., plebejusze nie mogli zawierać małżeństwa z patrycjuszami<sup>8</sup>, a od czasów Augusta senatorowie i ich potomstwo z wyzwolenicami, a także wolno urodzeni z kobietami o nagannej reputacji<sup>9</sup>. Zgodę mógł wyrazić sam zawierający małżeństwo, jeśli był oso-

<sup>3</sup> Por. Varro, *de ling. Lat.* 6,69–72; Geil. 4,4 oraz E. Volterra, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, BIDR 40 (1932) [= *Scritti giuridici*, t. 1, Milano 1991, s. 344 i n.]; J. Gaudemet, *L'originalité des fiançilles romaines*, IURA 6 (1955), s. 47 i n.; H. Kupiszewski, *Das Verlöbniß im altrömischen Recht*, ZSS 77 (1960), s. 125 i n.; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989, s. 10 i n.

<sup>4</sup> Por. Ulp. 5,2.

<sup>5</sup> Por. G. 1,196; D. 23,2,4; I. 1,22 pr., a także S. Tafaro, „*Pubes*” e „*viripotens*” nella esperienza giuridica Romana, Bari 1988, s. 155 i n.

<sup>6</sup> Por. Ulp. 5,3.

<sup>7</sup> Por. G. 1,56 oraz F. De Visscher, „*Conubium*” e „*civitas*”, IURA 2 (1951), s. 140 i n.; E. Volterra, *L'aquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino*, [w:] *Studi E. Redenti*, t. 3, Milano 1951 [= *Scritti giuridici*, t. 2, s. 257 i n.]; idem, *La nozione giuridica del conubium*, [w:] *Studi E. Albertario*, t. 2, Milano 1953 [= *Scritti giuridici*, t. 2, s. 359 i n.]; M. Mirkovic, *Die Entwicklung und Bedeutung der Verleihung des „Conubium”*, Köln 1986.

<sup>8</sup> Por. G. Rotondi, op.cit., s. 338 i n.; G. Franciosi, *Matrimonio, „conubium” e classi sociali nel V sec. d. C.*, [w:] *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti Copanello 1984*, Napoli 1988, s. 147 i n.

<sup>9</sup> Były nimi *feminae famosae*: m.in. stręczycielki oraz złapane na cudzołóstwie czy nawet aktorki. Por. Ulp. 13, a także R. Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, SDHI 31 (1965), s. 57 i n.; idem, *Lex Iulia et Papia*<sup>2</sup>, Padova 1986, s. 98 i n.; M. Falcão, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Pamplona 1973, s. 10 i n.; L. F. Raditsa, *Augustus' Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love*

bą *sui iuris*, lub ze swoim zwierzchnikiem rodzinnym, jeśli znajdował się pod *patria potestas*<sup>10</sup>.

Państwo rzymskie nie regulowało ani sposobu zawarcia, ani też rozwiązania małżeństwa, chociaż małżeństwo wywierało daleko idące skutki. Do nich należy zaliczyć przede wszystkim legalność potomstwa i związaną z tym przynależność do rodziny agnacyjnej. Żona uzyskiwała też szacowne miano *mater familias*<sup>11</sup> i dzieliła status społeczny męża (*honor matrimonii*), ale miała obowiązek być mu wierną i wychowywać dzieci zgodnie z jego wskazówkami<sup>12</sup>.

Samo zawarcie małżeństwa nie powodowało wejścia żony pod władzę męża<sup>13</sup>. By żona mogła wejść pod władzę męża, należało dokonać uroczystej ceremonii *confarreatio*, czyli obrzędu o charakterze sakralnym, bądź *coemptio*, czyli uroczystego kupna władzy, albo też nabyć władzę poprzez *usus*, czyli dokonać czegoś, co można by nazwać „zaużywaniem” (bo chyba nie zasiedzeniem!) władzy. W tym ostatnim przypadku, gdy kobieta nie chciała wejść pod władzę męża, mogła skorzystać z *trinoctium abesse*, czyli opuścić dom męża na trzy kolejne noce, by przerwać nabywanie władzy nad sobą<sup>14</sup>. Istotne było przy tym to, że żona wchodząc pod władzę męża wchodziła do jego rodziny agnacyjnej, nabywając w niej takie prawa, jakie miały dzieci męża, w tym prawo do spadku. W dużym uproszczeniu można powiedzieć, że dla męża z punktu widzenia prawa spadkowego była córką, dla teścia wnuczką, dla dzieci męża i swoich własnych siostrą. Równocześnie, jeśli weszła pod władzę męża, zrywała więzy agnacyjne ze swoją dotychczasową rodziną tracąc w niej wszelkie prawa, w tym także prawo do spadku; jeśli zaś nie weszła do rodziny męża, zachowywała te prawa w swojej

*Affairs and Adultery*, ANRW II. 13 (1980), s. 326 i n.; F. Della Corte, „*Leges Iuliae*” e l'elegia romana, ANRW II. 30 (1982), z. 1, s. 545 i n.; M. Zabłocka, *Przemiana prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 35 i n.; A. Sokala, „*Meretrix*” i jej pozycja w prawie rzymskim, Toruń 1998, s. 85 i n.

<sup>10</sup> Por. D. 23,2,2, a także E. Volterra, *Quelques observations sur mariage des „fili-familias”*, RIDA 1 (1948), [= *Scritti giuridici*, t. 2, s. 97 i n.]; W. Bojarski, *Prawo rzymskie*, Toruń 1999, s. 120.

<sup>11</sup> Por. W. Wołodkiewicz, *Materfamilias*, CPH 16 (1964), z. 1, s. 104 i n.; idem, *Attorno al significato della nozione di „mater familias”*, [w:] *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, t. 3, Milano 1983, s. 735 i n.; R. Fiori, *Materfamilias*, BIDR 96–97 (1993–1994), s. 455 i n.

<sup>12</sup> Por. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, t. 1, München 1971, s. 72 i n.; P. L. Zannoni, s.v. *Rapporti personali tra coniugi (diritto romano)*, [w:] *Enciclopedia del diritto*, t. 28, Milano 1987, s. 367 i n.

<sup>13</sup> Por. E. Volterra, *La „conventio in manum” e il matrimonium romano*, RISG 95 (1968) [= *Scritti giuridici*, t. 3, s. 155 i n.]; idem, *Nuove ricerche sulla „conventio in manum”*, Mem. Lincei, Cl. sc. mor. VIII s., 12 (1966), z. 4 [= *Scritti giuridici*, t. 3, s. 3 i n.].

<sup>14</sup> Por. H. J. Wolf, *Trinoctium*, TR 16 (1939), s. 145 i n.; A. Watson, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, London 1975, s. 17 i n.; L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984, s. 101 i n.; I. Piro, „*Usu*” in manum venire, Napoli 1994, s. 129 i n.

dotychczasowej rodzinie. Chciałbym przy tym wyraźnie podkreślić, że Rzymianie nie znali różnych rodzajów małżeństwa<sup>15</sup>, jak przedstawiają to jeszcze i dzisiaj niektórzy historycy, a za nimi i kanoniści<sup>16</sup>, kiedy mówią o małżeństwie *cum manu* i małżeństwie *sine manu*<sup>17</sup>. W każdym razie nie ma po temu żadnych podstaw źródłowych, jeśli nie liczyć zmiany tekstu z *duae formae uxores* Cicerona<sup>18</sup> na *duae formae matrimoniorum* u Kwintyliana<sup>19</sup>.

Dzieci natomiast, jeśli zostały zrodzone z *iustum matrimonium*, zawsze wchodziły pod *patria potestas* swojego ojca. Przy czym nie miało znaczenia, czy matka ich była pod władzą męża, czy nie. Ustalenie stanowiska prawnego dziecka pociągało za sobą daleko idące konsekwencje ze względu na jego pozycję publicznoprawną i sytuację prawnomajątkową, zwłaszcza w prawie spadkowym. Z tego też względu istotne było, czy dany związek mężczyzny z kobietą odpowiada wymogom prawa, czyli mieści się w ramach przepisów pozwalających traktować go jako *iustum matrimonium*. Jeśli dany związek można było uznać za pełnoprawne małżeństwo, to dziecko pochodzące z tego związku wchodziło pod *patria potestas* swojego ojca. W przeciwnym razie było dzieckiem pozamałżeńskim, które stawało się osobą *sui iuris* i nie było krewnym agnacyjnym swojego ojca. *Patria potestas* była instytucją czysto rzymską i przysługiwała tylko obywatelom rzymskim. Jeśli ojciec nie utracił władzy — za karę, na skutek trzykrotnej sprzedaży syna czy poprzez czynność prawną (*emancipatio*) — trwała ona tak długo, jak długo żył ojciec; była sprawowana zarówno nad dziećmi nie-dojrzałymi, jak i nad dojrzałymi, chociażby te pełniły najwyższe funkcje państwowe. Jedynie wzięcie do służby w świątyni Westy, a także objęcie najwyższych urzędów kapłańskich, czyli *rex sacrorum*, *flamen Dialis*, *Martialis* i *Quirinalis* oraz *pontifex Maximus*, a w czasach chrześcijańskich uzyskanie godności biskupa zwalniało spod *patria potestas*<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Por. P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, t. 1, *Diritto di famiglia*, Milano 1963, s. 261 i n.; E. Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940 [= *Studi giuridici*, t. 2, s. 3 i n.]; idem, *La conventio in manum...*, s. 155 i n.; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2000, s. 109 i n.

<sup>16</sup> Por. T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t. 3, Olsztyn 1984, s. 174 i n.

<sup>17</sup> Ich poglądy są oparte na znakomitej pracy: H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, zawierającej podsumowanie dorobku ówczesnej romanistyki. Nie uwzględniają oni jednak koncepcji przedstawionych (jeszcze w 1925 r.) przez P. Bonfante, op.cit., i początkowo odosobnionych, a zwłaszcza dyskusji wywołanej opublikowaniem (w 1940 r.) fundamentalnej pracy na temat rzymskiego małżeństwa przez E. Volterrę, *La conception du mariage...* Por. też W. Rozwadowski, *Nowe badania nad istotą małżeństwa rzymskiego*, Meander 42 (1987), nr 4–5, s. 246 i n.

<sup>18</sup> Por. Cic. *top.* 3,14.

<sup>19</sup> Por. *Inst. orat.* 5,10,62.

<sup>20</sup> Por. G. 1,127,130, a także I. Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, s. 65 i n.

Z tych też względów ważne było ustalenie istotnych kryteriów decydujących o powstaniu i istnieniu ważnego małżeństwa, pozwalających odróżnić ten związek od innych form współżycia mężczyzny i kobiety, jak np. *adulterium*, *incestum*, *stuprum*, *concubinatus* czy *contubernium*.

W literaturze zajmującej się tym zagadnieniem można wyodrębnić trzy główne stanowiska. Pierwsze reprezentuje Ernst Levy<sup>21</sup>. Według niego warunkiem decydującym o powstaniu małżeństwa jest *deductio in domum mariti* — wprowadzenie żony do domu męża. Sama zgoda nupturientów nie wystarczała do zawiązania prawnego węzła małżeńskiego. Uzasadniając swój pogląd Levy porównuje małżeństwo do posiadania. W związku z tym, tak jak do posiadania — zgodnie ze słowami Paulusa: *...apiscimur possessionem corpore et animo...*<sup>22</sup> — również i do małżeństwa konieczne jest istnienie dwóch elementów: *corpus* i *animus*. Elementem *animus* jest oczywiście wola bycia mężem i żoną. Elementem zaś *corpus* jest według Levy'ego właśnie *deductio in domum mariti*, która powoduje zawarcie małżeństwa<sup>23</sup>. Na podobnej płaszczyźnie można traktować stanowisko Pierre'a Noailles<sup>24</sup>, który zwraca uwagę na konstytutywne znaczenie obrzędów sakralnych przy zawieraniu małżeństwa. Teorię Levy'ego zmodyfikował nieco Emilio Albertario<sup>25</sup>. Według niego bowiem w prawie klasycznym elementami koniecznymi do zawarcia małżeństwa były: *honor matrimonii* jako uzewnętrznienie woli zawarcia małżeństwa oraz *deductio in domum mariti*, a następnie współżycie jako wyraz trwania małżeństwa. Jak widać, według koncepcji Levy'ego i różnych jej modyfikacji element woli zawarcia małżeństwa będzie skuteczny jedynie wtedy, gdy zaistnieją inne elementy formalne. Inaczej mówiąc, o zawarciu małżeństwa decyduje zarówno wola, jak i *deductio in domum mariti* czy inne obrzędy.

Odmienne stanowisko dotyczące elementów decydujących o ważności małżeństwa sformułował Pietro Bonfante<sup>26</sup>, uzasadnił zaś opierając się na licznych źródłach Eduardo Volterra<sup>27</sup>, a za nim problem drażyli Piero Rasi<sup>28</sup>, Riccardo Orestano<sup>29</sup> czy Olis Robleda<sup>30</sup>. Według nich jako element konstytu-

<sup>21</sup> Por. E. Levy, *Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, s. 68 i n.

<sup>22</sup> Por. D. 41,2,3,1.

<sup>23</sup> Por. E. Levy, op.cit., s. 74. Por. też M. Kaser, op.cit., s. 311.

<sup>24</sup> Por. P. Noailles, *Junon déesse matrimoniale des Romains*, [w:] *Festschrift für Paul Koschaker*, t. 1, Weimar 1939, s. 386 i n.

<sup>25</sup> Por. E. Albertario, „*Honor matrimonii*” e „*affectio maritalis*”, [w:] *Studi di diritto romano*, t. 1, Milano 1933, s. 197 i n.

<sup>26</sup> Por. P. Bonfante, op.cit., s. 256 i n.

<sup>27</sup> Por. E. Volterra, *La conception du mariage...*, s. 3 i n.

<sup>28</sup> Por. P. Rasi, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946, s. 5 i n.

<sup>29</sup> Por. R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951.

<sup>30</sup> Por. O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez*,

tutywny małżeństwa najważniejszą rolę odgrywa element subiektywny, czyli sama zgoda stron. Zgoda ta jednak nie ma charakteru czynności prawnej, która jeśli raz zaistniała, wywiera również skutki na przyszłość. Jest to natomiast pewien specyficzny stan subiektywnego odczucia, który przez swoje powstanie konstituuje małżeństwo i przez swoją trwałość utrzymuje jego istnienie. Z chwilą, gdy ten stan woli u któregoś z małżonków ustanie, kończy się również małżeństwo. Tak pojęty element konstytuujący małżeństwo powoduje, że w prawie rzymskim okresu przedklasycznego i klasycznego nie istniały żadne prawem przepisane i wymagane formy wyrażenia zgodnej woli stron. Wszelkie oznaki istnienia małżeństwa były jedynie dowodem trwania wyrażonej zgody.

Wreszcie stanowisko wypośredkowane zajmują m.in. Contardo Ferrini<sup>31</sup>, Carlo Longo<sup>32</sup> czy Emilio Betti<sup>33</sup>. Uznają oni za jednakowo ważne do zawarcia małżeństwa i jego istnienia tak elementy subiektywne, jak i obiektywne. Wola współżycia małżeńskiego — *affectio maritalis* oraz jej uzewnętrznienie w obiektywnie istniejącej wspólności życia musiały istnieć obok siebie. *Deductio in domum mariti* nie stanowiła według nich istotnego elementu do powstania małżeństwa, lecz należała do ceremonii wykształconych drogą tradycji i towarzyszących zawarciu małżeństwa. Mimo to była ona uważana za element konieczny do istnienia małżeństwa, a nie tylko dowód na jego trwanie.

Ważnym elementem decydującym o powstaniu i istnieniu małżeństwa rzymskiego było też *conubium*, które, jak można wnioskować ze źródeł, zdaje się być nierozdzielnie związane z posiadaniem obywatelstwa rzymskiego i z niego wytykać. Istniała bowiem następująca współzależność: obywatele rzymscy, posiadając *conubium*, byli uprawnieni do zawierania małżeństwa uznawanego przez prawo. Istnienie takiego małżeństwa dawało możliwość nabycia *patria potestas* nad dziećmi z niego zrodzonymi, władza ta była zaś wyłączną prerogatywą rzymskich obywateli<sup>34</sup>.

Brak wymogu formalnego aktu potrzebnego do zawarcia małżeństwa powodował, że wystarczyło nieformalne oświadczenie woli nupturientów. Julian w swoich *Digestach* podaje: *sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt*<sup>35</sup>. Podobny wniosek wynika też z komentarza Paulusa do edyktu, w którym podaje on, że osoba chora umyślowo nie mogła zawrzeć

*efectos, disolubilidad*, Roma 1970, s. 111 i n.; idem, *Il consenso matrimoniale presso i Romani. Il mio punto di vista, alla luce delle fonti*, [w:] *Conferenze storico-giuridiche*, Perugia 1980, s. 101 i n.

<sup>31</sup> C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, t. 2, Milano 1904, s. 871.

<sup>32</sup> Por. C. Longo, *Diritto di famiglia*, Milano 1934, s. 267.

<sup>33</sup> Por. E. Betti, *Diritto romano*, t. 1, Padova 1935, s. 231.

<sup>34</sup> Por. E. Volterra, *Consensus facit nuptias*, [w:] *La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, Roma 1980 [= *Scritti giuridici*, t. 3], s. 48 i n.

<sup>35</sup> Por. D. 23,1,11.

małżeństwa z powodu braku możliwości wyrażenia woli<sup>36</sup>. Przedmiotem zgody była więc wola nupturientów, czyli *affectio maritalis* skierowana na wspólne pożycie w charakterze męża i żony. O tym, co w praktyce przez to rozumiano, świadczą teksty Plauta<sup>37</sup>, Kwintyliana<sup>38</sup>, Gelliusa<sup>39</sup>, Kalistratusa<sup>40</sup> czy Ulpiana<sup>41</sup>, w których czytamy o zawieraniu małżeństw *liberorum quaerendorum causa* lub *liberorum procreandorum animo et voto*.

*Affectio maritalis* jest właściwie tym kryterium, dzięki któremu można było określić charakter danego związku mężczyzny z kobietą. Jednakże brak określonej formy, przewidzianej na wyrażenie *affectio maritalis*, stwarzał nie lada problem. Sama zgoda pojęta jako wyrażenie woli bycia mężem i żoną jest niezmiernie trudna do uchwycenia przez osoby trzecie, zwłaszcza że nie ograniczała się ona jedynie do momentu zawierania małżeństwa, ale musiała trwać nieprzerwanie tak długo, jak długo trwało małżeństwo. Ponadto potrzeba stwierdzenia istnienia zgody mogła powstać po ustaniu związku. Przy braku dowodu bezpośredniego stawiało się to najczęściej niemożliwe. Nie dziwi przeto, że jursprudence rzymska kładła również nacisk na istnienie dowodów pośrednich, które stanowić musiały punkt wyjścia dla badania samej zgody. Dotyczyło to przede wszystkim małżeństw niepołączonych z *conventio in manu*. W małżeństwach bowiem połączonych z *conventio in manu* można było bezpośrednio obserwować uzewnętrznienie zgody nupturientów w trakcie *confarreatio* czy *coemptio*. W razie potrzeby brano pod uwagę każdy fakt, który mógł odegrać rolę środka dowodowego na istnienie *affectio maritalis*<sup>42</sup>.

Nic dziwnego zatem, że tradycja Rzymian wykształciła cały szereg najrozmaitszych czynności o charakterze obrzędowym, które jakkolwiek nie miały znaczenia prawnego dla ukonstytuowania małżeństwa, to jednak dawały wyraz uzewnętrznieniu *affectio maritalis* i stanowiły dowód na jego istnienie. Jedną z takich czynności stanowiła *deductio in domum mariti*, czyli uroczyste wprowadzenie żony do domu męża. Była ona kulminacyjnym punktem uroczystości zaślubin. *Deductio* stanowiła bez wątpienia widoczną oznakę istnienia *affectio maritalis* u nupturientów. Nie wydaje się jednak, by była ona elementem konstytuującym małżeństwo. Wprawdzie Pomponius mówił: *Mulierem absentem per litteras vel nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur*<sup>43</sup>, ale chodziło mu nie o zawarcie zwykłego małżeństwa, a o szczególny przypadek, czyli zawieranie małżeń-

<sup>36</sup> Por. D. 23,2,16,2.

<sup>37</sup> Por. Plaut, *Capt.* 4,2,109.

<sup>38</sup> Por. Quint., *dekl.* 247.

<sup>39</sup> Por. Gell. 4,3,2; 17,21,44.

<sup>40</sup> Por. D. 50,16,220.

<sup>41</sup> Por. Ulp. 3,3.

<sup>42</sup> Por. G. Kuleczka, *op.cit.*, s. 27 i n.

<sup>43</sup> Por. D. 23,2,5.

stwa *inter absentes*. Wystarczającym dowodem *affectio maritalis* w tym przypadku był sam list lub oświadczenie pośła, natomiast *deductio* wyznaczała moment, w którym następowało rozpoczęcie życia pod jednym dachem. Wyznaczenie takiego momentu było istotne dla skutków prawnych, wynikających z zawarcia małżeństwa. Moment rozpoczęcia pożycia miał bowiem istotne znaczenie przy ustaleniu, czy dziecko zostało poczęte w małżeństwie. Taki wniosek można też wyprowadzić z tekstów Cervidiusa Scaevoli<sup>44</sup>, Ulpiana<sup>45</sup> i cesarza Aureliana<sup>46</sup>. Inaczej mówiąc *deductio in domum mariti* miała podwójne znaczenie: stanowiła środek dowodowy na istnienie *affectio maritalis* oraz środek dowodowy na rozpoczęcie pożycia małżeńskiego<sup>47</sup>.

Patrząc na obraz ceremonii zaślubin przekazany w tekstach literackich, zwłaszcza Catullusa<sup>48</sup>, Festusa<sup>49</sup>, Plutarcha<sup>50</sup> czy Arnobiusa<sup>51</sup>, widać, że kobieta stawiała opór przed przekroczeniem progu domu męża. Nie wydaje się więc, by ten opór przed zawarciem małżeństwa mógł w istocie konstytuować małżeństwo, choć świetnie nadawał się, by utkwic w pamięci jako moment rozpoczęcia pożycia małżeńskiego. W razie potrzeby był przywoływany jako dowód zawarcia małżeństwa. W braku takiego dowodu można było przywołać czynności innych ceremonii. Sextus Pompeius Festus<sup>52</sup> i Cervidius Scaevola<sup>53</sup> mówią o *aqua et igni accipere* — przyjęciu wody i ognia; Cervidius Scaevola<sup>54</sup> i cesarz Probus<sup>55</sup> o *tabularum signatio*, zaś Plutarch<sup>56</sup>, Cicero<sup>57</sup>, Horacy<sup>58</sup> i liczni historycy ukazują cały ceremoniał weselny, a nawet podają poszczególne formuły słowne, towarzyszące, w myśl tradycji, obrzędowi zaślubin, choćby znaną formułę *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*<sup>59</sup>. Czasem było to tylko nieformalne oświadczenie wobec krewnych czy przyjaciół<sup>60</sup>. Ważną też czynnością towarzyszącą małżeństwu, prze-

<sup>44</sup> Por. D. 24,1,66.

<sup>45</sup> Por. D. 23,1,4.

<sup>46</sup> Por. C. 5,3,6.

<sup>47</sup> Por. G. Kuleczka, op.cit., s. 28 i n.

<sup>48</sup> Por. Catul. 62,1.

<sup>49</sup> Por. Festus, s.v. *Rapi*, L. 364.

<sup>50</sup> Por. Plut., *Quaest. Rom.* 29.

<sup>51</sup> Por. Arnob., *adv. nat.* 2,67.

<sup>52</sup> Por. Festus, s.v. *Aqua et igni*, L. 3; s.v. *Facem*, L. 77.

<sup>53</sup> D. 24,1,66,1.

<sup>54</sup> Por. D. 24,1,66 pr.

<sup>55</sup> Por. C. 5,4,9.

<sup>56</sup> Plut., *Quaest. rom.* 1.

<sup>57</sup> Por. Cic., *pro Cluent.* 5,14.

<sup>58</sup> Horat., *ep.* 1,1,87.

<sup>59</sup> Szerzej na temat ceremonii towarzyszących zawarciu małżeństwa P. De Francisci, *Primordia civitatis, Romae* 1959, s. 283.

<sup>60</sup> Por. konst. Severa i Antoninusa w C. 5,4,20.

mawiającą za zawarciem związku, było ustanowienie posagu<sup>61</sup>. Zresztą w razie wynikłego sporu sędzia mógł i tak dopuścić każdy dowód poświadczający istnienie zgody nupturientów. Taki wniosek można wysnuć z przekazu Gaiusa<sup>62</sup>, który wskazuje też wyraźnie, że zgoda wyrażona przez nupturientów była ważna bez względu na formę, w jakiej została wyrażona. Wystarczyło jedynie, aby była wyrażona w sposób jasny i zrozumiały<sup>63</sup>.

Zgoda obejmowała tylko chęć wspólnego życia w trwałym związku małżeńskim, nie obejmowała natomiast elementów świadomości braku wad prawnych zawartego związku. Jeżeli więc stwierdzono brak jakiegoś wymogu prawnego (np. wieku czy *conubium*) w zawartym związku, małżeństwo nie istniało, mimo wyrażenia i trwania *affectio maritalis*. I tak np. Pomponius wspomina o zakazie zawierania małżeństw przez dziewczęta poniżej 12 roku życia. Dodaje jednak, że w przypadku kiedy dziewczyna przekroczyła 12 rok pozostając, jako żona, u boku mężczyzny, taki związek stawał się *iustum matrimonium*<sup>64</sup>. Paulus natomiast podaje, że małżeństwo nie zostanie uznane za zawarte przez osoby *alieni iuris*, o ile zgody przez nie wyrażonej nie potwierdzą później zwierzchnicy familijni. Innymi słowy, uzyskanie takiej zgody powoduje uznanie małżeństwa nieważnie zawartego za *matrimonium iustum*<sup>65</sup>. Gaius wreszcie, który szeroko omawia *erroris causae probatio*, w przypadku zawarcia małżeństwa z osobą nie posiadającą *conubium*, przy błędnym przekonaniu, że współmałżonek je posiada, potwierdza możliwość uzyskania, w pewnych okolicznościach, *conubium* i tym samym uznania związku za *matrimonium iustum*<sup>66</sup>.

Na zaistnienie małżeństwa rzymskiego nie miało też wpływu dopełnienie małżeństwa. W tekście Ulpiana można przeczytać: *nuptias non concubitus, sed consensus facit* oraz *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*<sup>67</sup>, ale nawet jeśli ten tekst byłby interpolowany, to i tak możliwość zawarcia małżeństwa *inter absentes* jest wystarczającym argumentem. Nieobecność męża nie miała znaczenia ani dla samego zawarcia małżeństwa, ani dla rozpoczęcia przez kobietę, która takie małżeństwo zawarła, życia w charakterze żony<sup>68</sup>.

Zawsze jednak mogła zaistnieć wątpliwość, jak potraktować fakt współżycia kobiety z mężczyzną: jako małżeństwo, czy jako inny związek, np. konkubinatu. W tym przypadku za generalną zasadę interpretacyjną można

<sup>61</sup> Por. C. Castello, *Lo strumento dotale come prova del matrimonio*, SDHI I (1938), s. 208 i n.

<sup>62</sup> Por. D. 20,1,4.

<sup>63</sup> Por. G. Kuleczka, op.cit., s. 30.

<sup>64</sup> Por. D. 23,2,4.

<sup>65</sup> Por. D. 23,2,18.

<sup>66</sup> Por. G. 1,67 i n.

<sup>67</sup> Por. D. 23,2,2.

<sup>68</sup> Por. G. Kuleczka, op.cit., s. 32.

przyjąć wypowiedź Modestinus: *in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*<sup>69</sup>. Przy czym należy mieć na uwadze, że opiera się ona na dwóch założeniach: posiadania przez kobietę *status libertatis* oraz jej *honestas*, co oznaczało po prostu kobietę, która nie pracowała... na ulicy. Wydzwięk wspomnianego tekstu nie jest jednoznaczny, gdyż Modestinus nie wspomina ani o *affectio maritalis*, ani o *conubium*. Przyjmując ich istnienie pozostanie już tylko stwierdzić, jak subtelne były różnice między małżeństwem i związkami pozamałżeńskimi w oczach osób trzecich<sup>70</sup>.

Na pierwszy rzut oka trudno dostrzec różnicę między zgodą na zawarcie małżeństwa w prawie rzymskim, a w prawie cywilnym i kanonicznym. W każdym z tych praw małżeństwo zawiera się przez wyrażenie zgody. Zasada *nuptias non concubitus, sed consensus facit*<sup>71</sup>, przejęta z prawa rzymskiego, nadal obowiązuje. Ale jest to tylko podobieństwo pozorne. Nawet nie chodzi o to, że najczęściej w Rzymie nie małżonkowie, ale ich zwierzchnicy familijni wyrażali zgodę na zawarcie małżeństwa. Chodzi natomiast o to, że zgodę raz wyrażoną można było odwołać i samo jej odwołanie powodowało rozwiązanie małżeństwa. Inaczej jest w prawie cywilnym, zgodnie z którym sami małżonkowie nie mogą rozwiązać małżeństwa. Podobnie w prawie kanonicznym, choć według niego zgoda raz wyrażona rodzi trwałe skutki, a jeśli nastąpiło dopełnienie małżeństwa, jest nieodwołalna. Ponadto według prawa rzymskiego brak wymogów potrzebnych do zawarcia małżeństwa (np. brak wieku) powodował bezskuteczność wyrażonej zgody, aż do czasu ich spełnienia. Według prawa polskiego małżeństwo jest ważne już od momentu wyrażenia zgody, choć można je unieważnić, ale tylko w przypadku wytoczenia powództwa przed ustaniem przeszkody. W przeciwnym razie (np. gdy wiek został osiągnięty) nie można już unieważnić małżeństwa. Według prawa kanonicznego natomiast zawierane małżeństwo w przypadku braku wymogów (istnienia przeszkody rozrywającej) w ogóle nie zaistnieje. Jeśliby je chciano zawrzeć po ustaniu przeszkody (np. po osiągnięciu wymaganego wieku), potrzebne będzie ponownie formalne wyrażenie zgody.

<sup>69</sup> Por. D. 23,2,24.

<sup>70</sup> Por. G. Kuleczka, *op.cit.*, s. 33 i n.

<sup>71</sup> Por. D. 24,1,32,13; D. 35,1,1; D. 50,17,30.

ELŻBIETA ŻAK (LUBLIN)

### ACTIO HYPOTHECARIA CZYLI WINDYKACJA ZASTAWU

Uregulowania prawne dotyczące pierwszych historycznie form zastawu (*fiducia, pignus*) miały liczne wady. Zarówno *fiducia*, jak i *pignus* pozwalały na zabezpieczenie tylko jednego długu. W razie nieuiszczenia długu rozstrzygnięcie losów zastawu było niekorzystne dla dłużnika. Wierzyciel zatrzymywał bowiem rzecz zastawioną, a jej wartość niejednokrotnie przewyższała wysokość długu. Zasady słuszności (*aequitas*) inspirowały jurystów do szukania takiej formy zabezpieczenia wierzycielności, która spełniałaby oczekiwania obu stron stosunku obligacyjnego, dłużnikowi zapewniała uzyskanie kredytu przy jednoczesnym pozostawieniu mu przedmiotów zabezpieczenia; wierzycielowi maksymalną ochronę rzeczową, czyli skuteczną *erga omnes*. Owocem tych poszukiwań miała stać się hipoteka, forma rzeczowego zabezpieczenia niekrzywdząca dłużnika i chroniąca należycie interesy wierzyciela. Rodowód hipoteki sięga korzeniami do prawa publicznego. Zarówno organy państwowe, jak i samorządowe zawierając ze stowarzyszeniami kapitalistów (*societas publicanorum*) umowy: dzierżawy, dostaw, wykonania innych robót, żądały zabezpieczenia ich obowiązków. Najczęściej uciekano się do zabezpieczeń przez poręczycieli lub przez zastaw gruntów (*praedia*). Gdyby nie doszło do wykonania przyjętych obowiązków, grunty, które pozostawały w posiadaniu właścicieli, mogły być sprzedane. Ten rodzaj zabezpieczenia, tworzący jakby prototyp hipoteki, nazywano *praediatura*<sup>1</sup>.

Za czasów Katona Starszego (II w. przed Chr.) istniał już zwyczaj, aby do umowy dzierżawy rolnej wprowadzić postanowienia, że wszystkie rzeczy wniesione i sprowadzone przez dzierżawcę (*invecta illata et inducta* — in-

<sup>1</sup> Por. B. Łapicki, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1948, s. 325 i n.