

čís. 81



Různění překážek manželských
na veřejné a soukromé
není kanonické.

124

Napsal

professor J. U. Dr. Kamil Henner.

V Praze.

Nákladem Fr. Řivnáče.

1899.

Právo překladu se vyhrazuje.



Tiskem J. Otty v Praze.

Přehled obsahu.

	Strana
Úvod	1
§ 1. Běžný názor o překážkách veřejných a soukromých	8
§ 2. Středověká literatura římskoprávní	10
§ 3. Doba až po Gratiana	19
§ 4. Petrus Lombardus a Bandinus	25
§ 5. Práce k dekretu Gratianovu přílehlající	33
§ 6. Doba dekretalistův až po vydání Clementin	66
§ 7. Až do r. 1731	95
§ 8. Justus Henning Boehmer	108
§ 9. Další osudy různění překážek na veřejné a soukromé	115
§ 10. Celkový přehled a důsledky	136

ÚVOD.

Spisovatelé všech dob i všech odstínů mnoho práce i mnoho důvtipu vynaložili, by všestranně objasnili ústav *manželství* tak důležitý pro veškerou lidskou společnost, by odkryli jednotlivé prameny, z nichž časem vyvinul se veletok, by poukázali ku snahám, jež čelily k řádnému upravení jeho břehův. A přece ani dnes nelze říci, že by veškeré to badání bylo výsledků došlo, jimiž by všechny části složitého celku byly zcela objasněny. Ovšem nelze se tomu nikterakž diviti, neboť má manželství své dějiny tisícileté, k jejichž pramenům mnohdy jest ještě přístup nemožný nebo nesnadný. Manželství jsouc povahou svou v první řadě poměrem životním a ethickým, stalo se i poměrem právním, na jehož vytvoření pracovalo jak zákonodárství církevní, tak i zákonodárství státní. Zejména zákonodárství církve katolické vším úsilím hledělo k tomu, by svými normami ochránilo a povzneslo manželství ve skutečném životě k té ideální výši, na kterou jako svátost bylo postaveno. Církevní právo manželské stalo se základem veškerého pozdějšího

práva manželského, i lze si vysvětliti, že svým převelikým významem dějinným vábilo k sobě nepřehledné řady pracovníků, z nichž každý hleděl přispěti dle sil svých.

Není to zde ovšem naším úkolem, abychom všechny čelnější spisovatele na poli církevního práva manželského vypočetli; byl by to úkol jak nesnadný, tak i zde zbytečný. Celkový přehled takový téměř až do r. 1879 podal *Schulte* v 3. části 3. svazku své „Geschichte der Quellen u. Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart“ (roku 1880) na str. 365—369, který co do jednotlivostí se doplňuje příslušnými udáními umístěnými po různu ve všech třech svazcích díla uvedeného.

Od let sedmdesátých pěstování práva manželského ale neutuchlo, naopak doznalo nového vzružení okolností, že zejména r. 1875 pro říši německou zavedeno bylo obligatorní manželství civilní, čímž otázky příslušné staly se opětně palčivějšími, i vybízely samy sebou k novému a novému prozkoumávání, při čemž přirozenou měrou šlo se nazpět k historickým základům práva manželského. Zejména otázka, v jakém poměru nalézají se církevní oddavky k manželství civilnímu, stala se naléhavou a vyžadovala veškerou pozornost; tím přišla ale do proudu vůbec otázka po uzavírání manželství.

První, kdož do tohoto boje literárního vstoupil, byl známý německý právník historik *Rudolf Sohm* se spisem: „Das Recht der Eheschliessung“ (1875), kdežto po stránce ethické a liturgické k věci historicky přihlížel *Hermann Cremer* ve své Kirch-

liche Trauung (1875). *Sohm* hájil oslňujícím svým způsobem zásadu, že manželství vzniká jako dle práva německého zasnoubením, kdežto oddavky že jsou jen jeho důsledkem, jako as při koupi jest odevzdání věci jen důsledkem smlouvy dříve uzavřené. Proti *Sohmovi* vystoupil známý německý kanonista *Emil Friedberg* spisem: „Verlobung und Trauung“ (r. 1876), chtěje současně tím obhájit stanovisko své zaujaté r. 1865 v knize nadepsané „Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung“, při čemž pro kanonické právo kladl důraz na řeholi právní: consensus facit nuptias. Však *Sohm* se nepoddal a odvětil na výtky *Friedbergovy* v delším pojednání: „Trauung und Verlobung“ (1876) a pak v kratším spisku: „Zur Trauungsfrage“ (1879).

Literární spor takto vzniklý byl příliš zajímavý, než aby nebyl vábil na kolbiště nových bojovníkův. I byl to zejména Erlangenský profesor *Adolf von Scheurl*, jenž dvěma spisy vystoupil, a sice jedním speciálním: „Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechtes“ (1877) a jedním všeobecným r. 1882: „Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875.“

Touže otázkou základní zabýval se *Dieckhoff* (Die kirchliche Trauung, ihre Geschichte im Zusammenhang mit der Entwicklung des Eheschliessungsrechtes u. ihr Verhältniss zur Civilehe 1878), *Habicht* (Die altdeutsche Verlobung in ihrem Verhältniss zu dem Mundium u. der Eheschliessung, 1879), jenž tím současně podal kritiku *Sohmovy*

theorie zasnubní, pak *Lehmann* (Verlobung und Hochzeit nach den nordgermanischen Rechten des früheren Mittelalters 1882). Dva záslužné spisy napsal *Sehling* nepřímo s toužou otázkou související: „Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe“ (1885), kde sice hlavně vyličuje překážku tělesné nemožnosti, ale poukazuje současně na souvislost její s naukou o uzavírání manželství a s učením o svátostné povaze manželství. Ve spise: „Die Unterscheidung der Verlobnisse im kanonischen Recht“ (1887) objasňuje postupem historickým rozdíl sponsalií de praesenti a de futuro; ovšem jest zde již ostří namířeno proti spisovateli, který svými pojednáními uveřejněnými v časopisu *Archiv für katholisches Kirchen-Recht* (sv. 52, 53 a 54) a pak později v samostatném velkém spisu vyvolal v pravém slova smyslu revoluci v dosavadní nauce o manželství. Mínil tím *Josefa Freisena* *Geschichte des Canonischen Ehe-rechtes bis zum Verfall der Glossenlitteratur* (první vydání 1887 a druhé rozmnožené pouze o delší předmluvu r. 1893), kteréžto dějiny dvojím směrem mocně působily: že totiž pro veškeré otázky manželského práva upotřebeno bylo všeho přístupného a tiskem vydaného materiálu pramenného, čímž dějinný vývoj krok za krokem podán byl, a pak že zpracována soustava manželského práva do jednotlivostí na zásadě, že *causa efficiens* manželství jest *copula carnalis* provedená *cum affectu maritali*, zásada, od níž v této všeobecnosti ovšem *Freisen* sám později odstoupil. Povzbuzení *Freisenových* pracemi podali vysoce cenné příspěvky

k nauce o uzavírání manželství *Walther von Hörmann* a *Max Hussarek von Heinlein*; onen spisem: „Die Desponsatio impuberum“ (1891), tento spisem: „Die bedingte Eheschliessung“ (1892).

Avšak i jiné detailní otázky práva manželského byly v poslední době předmětem bedlivého pozorování; stačí tu poukázati příkladem na jména spisovatelů: *Feije*, *Scherer*, *Sachsse*, *Meurer*, *Salis*, *Fleiner*, *Riedler*, *Geffcken*, *Laurin*, *Cigoi*, *Pompen*, *Hörmann*, *Flügel*, *Schilling*, *Gerigk* a mnohých jiných, jejichžto práce zde ovšem netřeba zvláště vytýkati, ježto nám neběží ani o podrobný referát o literatuře, ani ne o bibliografii.

I systematické zpracování celého oboru práva manželského vykazuje celou řadu nových spisů, z nichž pro rakouské poměry zvláště důležitým jest známý spis *Rittnerův*: „*Österreichisches Ehe-recht*“ (1876), který na základě historickém podává platné právo, a o němž na př. *Friedberg* v předmluvě ku druhému vydání svého *Lehrbuch des kathol. u. evangel. Kirchenrechts* (1884) výslovně podotýká, že znamená pokrok v pěstění církevních disciplin vůbec. Důkladné zpracování mnohého historického materiálu vykazuje pak dvousvazkové dílo *A. Esmeina*: „*Le Mariage en droit canonique*“ (1891) a výběrná příruční kniha o právu církevním *Schererem* sepsaná: „*Handbuch des Kirchenrechts*“ II. sv. (1898) str. 84—593. Více s ohledem na praxi podávají celková zpracování *Gasparri*, *Heiner*, *Rosset*, *Schnitzer* a jiní.

Na kolik se českých prací v oboru práva manželského tkne, můžeme stručně poukázati na po-

drobné vypočtení jich, které uveřejnil *Tumpach* v Památku vydaném Českou akademií r. 1898 (Oddělení pro vědy právní a státní str. 43 násl.).

Kratičký tento poukaz k literatuře o právu manželském z posledních dob podali jsme na důkaz, jak veliké všestranné pozornosti těší se látka tato do dnes.

I tyto řádky jsou skromným pokusem objasniti některé otázky manželského práva, a to s jiného stanoviska, než dosud zvykem bylo. Původně zamýšleli jsme podati historický vývoj nauky o revalidaci, konvalidaci nebo renovaci manželství při překážkách zvaných v theorii soukromoprávních; avšak musili jsme ji prozatím poodložit, poněvadž při prostudování pramenů církevního práva manželského čím dále tím více vnucovala se nám myšlenka, že celé rozdělování překážek na veřejnoprávní a soukromoprávní ve smyslu nynější theorie jest něco církevnímu právu cizího, do něho zvenčí vneseného, co s duchem jeho nikterakž se srovnati nedá, a že též všechny důsledky praktické z tohoto rozdělení dosud vyvozované mají as jiný základ a jiné vysvětlení.

Bylo to tudíž pro nás nutností, věnovati především otázce o zmíněném rozdělování svou pozornost. Kdyby neběželo o nic jiného, než o oprávnění formálního onoho rozdělování, zaslouhova by věc bedlivého prozkoumání, neboť pro vědu není rozhodna okolnost, zdali pro praxi vytkne se nějaký pozitivní výsledek čili nic. Zde ale běží o víc, přispěti totiž k tomu, aby na vývoj církevního práva manželského v některých otázkách pozíráno

bylo v duchu tohoto práva a nikoli se stanoviska jemu cizího. Vždyť není většího prohřešení se proti dějinám, než minulost vysvětlovati přítomností, ani jedině opak toho jest přípustný. Netvrdíme nikterakž, že náš názor v následujících řádkách projednaný musí býti jedině správným; pro vědecké spracování určité otázky stačí chtít nalézt pravdu; poctivá snaha klesá cestu ke konečnému poznání, které rázem málokdy nastává.

Řešiti otázku svou pokusili jsme se tak, že stopovali jsme rozdily překážek manželských po stránce vnější i vnitřní, na kolik se vyskytují ve starší a v novější literatuře, bychom takto poznali, kdy as po prvé různění překážek na veřejnoprávní a soukromoprávní se objevuje, neboť patrno, že přibližné stanovení doby vzniku tohoto rozdělování může již mnoho vysvětliti.

Zvolený způsob pojednání jest historicko-statistický; zdá se sice býti jednotvárným, avšak pokládáme jej za jedině možný; my jej nikterakž nezavádíme jako nový, vždyť jest to způsob *Freisenau*, který se osvědčil, jak všeobecně nyní uznáno.

§ 1.

**Běžný názor o překážkách veřejných
a soukromých.**

Nynější doktrina církevního práva manželského, zejména v německé literatuře pěstovaná, zná vedle jiných různění překážek manželských rozdíl na překážky veřejnoprávní a soukromoprávní, mnohdy nazvané též veřejné a soukromé, *impedimenta iuris publici* a *iuris privati* čili *publica* a *privata*, dle toho, zdali uplatnění jejich přísluší církevnímu soudu z úřední povinnosti, aniž by vyčkatí musil žaloby stranami podané, pokud se tkne, zdali každý, kdož způsobilost má státi k soudu, oprávněn jest překážky přivést k platnosti, anebo zdali jen stranám účastněným přiřknuto právo, pro určité překážky neplatnosti manželství žalobou se domáhati.¹⁾ Jako důvod různění toho uvádí se pak pravidelně, že v onom případě rozhoduje zájem pro blaho celé církve, tudíž zájem veřejnoprávní, kdežto v případě tomto jen na váhu padá

¹⁾ Na př. *Schnitzer*, Kath. Eherecht z roku 1898 na str. 224; v. *Scherer*, Handbuch des Kirchenrechts (II. sv., 1898, str. 261 a 262 pod č. 6) a str. 526 násl. Později podáváme zevrubnější údaje.

zájem zdánlivých manželů samých.¹⁾ Dle nynějšího učení počítají se k překážkám soukromoprávním překážky omylu, bázně a donucení, nesplněné výminky a tajné nemožnosti, vykonávati soulož.²⁾

Oprávněnost nauky této chceme nyní poněkud blíže prozkoumati.

Freisen ve své *Geschichte des Can. Eherechtes*³⁾ a *Esmein* ve svém *Mariage en droit canonique*⁴⁾ podrobili vývoj nauky o manželských překážkách bedlivé zkoušce, došedše názoru, že ve starší literatuře církevního práva o nějakém přesném formálním rozdělování překážek není celkem ani stopy, vždyt i základní rozdíl jich, odůvodněný různěním mezi *lex perfecta* a *lex imperfecta*, totiž rozdíl na překážky vylučující a zakazující dlouho nebyl v této formě ustálen, třeba ovšem v podstatě byl znám, což dá se hlavně vysvětliti nedostatkem ustáleného názvosloví. Ačkoli výsledky obou spisovatelů jsou velice cenné, přece míníme, že se v leckterém směru dají doplniti.

¹⁾ Na př. *Schulte*, Handbuch des kath. Eherechts str. 32; *Heiner*, Grundriss des kath. Eherechts, 2. vydání 1892, str. 48 a v. *Scherer* l. c.

²⁾ *Heiner*, Grundriss str. 49 a jiní.

³⁾ Str. 220 násl. (citujeme dle 2. vydání shora na str. 4 udaného).

⁴⁾ I. str. 203 násl.

§ 2.

Středověká literatura římskoprávní.

Vzhledem k tomu, že pěstitelům církevního práva v době jeho klasického vývoje hlavní sbírky římského práva více méně povědomy byly, což z různého jich užívání jest patrné a což všeobecně dá se též předpokládati, ježto na universitách římské právo vedle církevního pěstěno bylo,¹⁾ chceme na několika případech ukázati, zdali a v jaké míře nauka o překážkách manželských v příslušné literatuře římskoprávní, později kanonisty užívané, se ukazuje čili nic. Poukazy tyto mají tu zajímavou stránku, aný poučují, zdali pozdější rozdělování překážek v kanonické literatuře se vyskytující základ svůj má v této literatuře, nebo zdali samostatně se vyvinulo. Při tom nemáme na mysli vyskytování se překážek manželských vůbec, nýbrž formální rozdělování nebo seřadování jich.

¹⁾ *Schulte*, Geschichte der Quellen und Litteratur I., 103 násl. *H. Hüffer*, Beiträge zur Geschichte der Quellen des Kirchenrechts u. d. Röm. Rechts im Mittelalter (1862) str. 86 násl. *Emil Ott*, Die Rhetorica Ecclesiastica (ze Sitzungsberichte der kais. Akademie d. W., phil.-hist. Cl. sv. 125, 1892) str. 25 násl. *Paul Fournier*, Yves de Chartres et le droit canonique (1898) str. 53 násl.

Římské právo zná ovšem nezpůsobilost osob co do uzavření manželství; nezpůsobilost tato zakládá se hlavně na otroctví, nedospělosti, vykleštění,¹⁾ stávajícím svazku manželském, pokrevenství a švakrovství, na přisvojení (adopci), na poměrech švakrovství napodobených (quasi affinitas), k nimž Justinian přidružil poměr mezi křesťním kmotrem a kmoťenci, pak na rozdílu stavu, což ovšem v Justinianském právu pozvolna odstraňováno bylo, na různosti náboženského vyznání v době křesťanských císařův a pak na poměrech úředních v době císařské (státní úřednictví, vojenský stav, poručnictví) a konečně na zločinu (cizoložství dle Justinianova předpisu a únos od dob Konstantinových).²⁾

Důvody této nezpůsobilosti nebyly zahrnovány technickým výrazem impedimentum, ani nebyly nikterakž formelně roztrřidovány. My sice setkáváme se s výpočtem zapovězených poměrů, na př. v Gaiových Institucích I., 59 a násl. v Justiniano-

¹⁾ Proti tomu *Sehling*, Die Wirkungen der Geschlechts-gemeinschaft 7 násl.

²⁾ *Heyrovský*, Instituce římského práva, 2. vydání 1894, § 114. K tomu srovn. *Jacobi Gretseri* [v. *Schulte*, Geschichte der Quellen III., 132 násl.; žil 1562—1625] Disputationes Matrimoniales duae; Ingolstadii 1611, zejména altera de iudice causarum matrimonialium, deque convenientia et differentia sacrorum Canonum et Legum civilium circa impedimenta matrimonii str. 20—49. *E. v. Moy*, Das Ehe-recht der Christen in der morgenländischen und abend-ländischen Kirche bis zur Zeit Karls des Grossen (1833) str. 46 násl. *Alexander Grünwald*, Die Eheschliessung. Nebst einem Anhang: Die Ehehindernisse und ihre rechtliche Einteilung (1881), str. 109 násl.

vých Institucích v 10. titulu knihy první (de nuptiis), v 4. titulu páté knihy Codicis (de nuptiis), v 5. titulu téže knihy (de incestis et inutilibus nuptiis), nebo v 3. titulu knihy první Codicis (de episcopis et clericis... et de nuptiis clericorum vetitis seu permissis), ale my nesetkáváme se s rozdělováním překážek, jak jsme tomu uvykli v pozdější doktríně kanonické.

I doznáváme téhož výsledku, probíráme-li některé čelnější literární práce z pozdějšího středověku, totiž práce, kterých spisovatelé kanoničtí užívali.

V ohledu tomto poukázati chceme příkladem k *Irneriově Summa Codicis*,¹⁾ která dle *Fittingových* dokladů²⁾ spracována jsouc v první době školy glossatorské, tvoří pojítka mezi právní vědou XI. a XII. století a pochází buď ještě ze století XI. anebo z první polovice století XII. a tvořila hlavní základ k *Summě Rogeriově a Placentinově*³⁾ v pracích kanonistických hojně užívané.

V § 3. titulu 4. knihy 5. (de ritu nuptiarum) *Summy Irneriovy* vykládají se překážky manželské dle tehdejšího stavu věci a udávají se rozdíly jejich dle různých dělidel takto:⁴⁾ „Nuptiae vero quae-

¹⁾ *Fitting*, *Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung*. Berlin 1894. Irnerius zemřel v 1. třetině XII. stol. Srovn. *Savigny*, *Geschichte des röm. R. im M. A. IV.* (1850, 2. vyd.) str. 9 násl.

²⁾ *Fitting*, l. c. XXX. násl.

³⁾ *Fitting*, l. c. XVIII. násl.; v. *Schulte*, *Geschichte der Quellen u. Lit. I.*, 107.

⁴⁾ *Fitting*, l. c. str. 140.

dam prohibentur, quaedam permittuntur; prohibentur: *natura*, ut inter minores XII. et XIV. annorum; item *ratione sanguinis*, ut inter ascendentes et descendentes...; *ratione quoque affinitatis* seu *honestatis* prohibentur; ... item inhihentur *senatus consultis*, ut inter tutorem et pupillam et curatorem et adultam liberosque eorum; *legibus* etiam, ut Julia et Papia inter senatorem et libertam...; *mandatis* quoque, ut inter praesides et subiectas eorum iurisdictioni; item *constitutionibus*, ut inter te et eam quam de sacro fonte suscepisti et feminas Deo dedicatas. Sunt autem nuptiae et alias prohibitaee seu inutiles, quae leviter notari possunt tam ex *constitutione*, quam ex *Responsis prudentium*.“

Z tohoto výkladu *Summy* plyne, že o nějakém rozdělení překážek ve smyslu pozdějším není ani zmínky. Na první pohled nápadno by býti mohlo, že se *Summa* v této souvislosti nezmiňuje o t. zv. překážkách erroris a vis ac metus, ani o impotenci. Přihlédneme-li však k věci blíže, jest okolnost tato u romanisty zcela přirozená, neboť patří nauka o omylu do nauky o chybném, resp. nedostatečném konsensu; vytýká-li se totiž v § 5. cit. titulu *Summy*, že matrimonia contrahuntur consensu nubentium et eorum quorum in potestate sunt,¹⁾ jest patrné, že omyl v osobě konsens nutný ke vzniku manželství vylučuje a že za takového omylu manželství platně vzniknouti nemůže. Donucení, jakož i impotence, vyjma případ kastrátů, byly při volném

¹⁾ *Fitting*, l. c. 140.

rozlučování manželství za důvod rozlučení považovány, nikoli však za překážky.¹⁾

Porovnáme-li rozdělení obsažené v této Summě s rozdělením v *Petri Exceptiones Legum Romanorum*,²⁾ shledáváme, že ve věci rozdílu není, ovšem ale poněkud ve formálním uspořádání, což nikterakž není nápadno, ana se *Irneriova Summa* zakládá³⁾ na *Exceptiones* (ve formě Tubingské právní knihy) pocházejících z polovice XI. stol., a sice z doby před r. 1068. V cap. 29. libri I. de prohibitis nuptiis⁴⁾

¹⁾ *Fitting*, l. c. str. 141, § 8. Distrahuntur (matrimonia) similiter consensu misso libello a *Freisen* 257—259; 330. *Sehling*, Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft str. 3—11. Věc jest ovšem v mnohém ohledu sporná.

²⁾ Otištěny na př. v Anhang I. A. v Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter od *Savignyho* 2. svazek (2. vyd. 1834) na str. 321—428 (jest to tak zv. systematický Petrus); popis tamtéž 134—163. K tomu ovšem srovn. *Fitting*, Glosse zu den Exceptiones legum Romanorum des Petrus, 1874; dále *Julius Ficker*: Über die Entstehungsverhältnisse der Exceptiones Legum Romanorum v Mittheilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung, II. Ergänzungsband, Innsbruck 1888, str. 1—76 a k tomu *Ficker*, Über die Usatici Barchinonae u. deren Zusammenhang mit den Exceptiones L. R. tamtéž, str. 236—275. *Max Conrat* (*Cohn*): Geschichte der Quellen u. Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter I. sv. 1891, celá 29. kapitola, str. 420 násl.

³⁾ *Fitting*, Summa Codicis des Irnerius str. LXXVIII. násl. Na str. LXXIX. pozn. b) vyvráceny jsou odchylné názory *Conratovy* (*Cohnovy*) l. c.; zejména 467 pozn. 5 a 471 pozn. 3.

⁴⁾ *Savigny*, n. u. m. II., 335 a 336. Jest to výňatek ze systematického Petra, který se však shoduje s cap. 119 Tubingské právní knihy (*Conrat* I., 427 a 521) a s cap. 54

vytýká se, že jsou „nuptiae aliae prohibitaee omnino, aliae ad tempus prohibitaee“. K oněm zapovězeným manželstvím zavdávají příčinu krevní příbuzenství, švakrovství, příbuzenství duchovní, rozdíl ve stavu,¹⁾ zejména pak poměr mezi svobodnými osobami a otroky, mezi propuštěncem a patronkou, mezi poručníkem a poručenkyní, dále vyšší posvěcení a řeholní sliby, jakož i zvolená vita solitaria. Dočasně může býti manželství zapovězeno vzhledem k osobám nedospělým a pak co do soudcův a jejich soudnictví podrobených žen, pokud oni úřad zastávají.²⁾ Jest to různění, které se zakládá na okolnosti, zdali důvod překážky mezi určitými osobami časem odpadnouti může, čili nic, rozdíl, kterému v kano-nické literatuře mnohdy odpovídají impedimenta perpetua a temporaria.

Jako zvláštní třetí druh vytknuty jsou pak ještě „aliae nuptiae, quae nec omnino prohibitaee sunt, nec ad tempus, sed prohibitaee quidem, tamen cum poena concessaee,³⁾ a jako příklad uvádí se doba smuteční u vdovy po zaniknutí předchozího

Hradecké právní knihy (*Conrat* I., 493). O těchto právních knihách pojednává *Conrat* I., 420 násl. a 490 násl.

¹⁾ Zmínky zasluhuje, že zá-pověď manželství mezi senatory a jejich dětmi a herci a jejich potomky zde proměněna jest dle změněných časů na zá-pověď inter nobiles et honestos viros et meretrices publicas et earum filias. *Conrat* I., 447. *Heyrovský* l. c. str. 375.

²⁾ To jest změna, neboť dle římského práva zapovězeno bylo manželství mezi státním úředníkem a ženou z té provincie, kde on službu koná. *Conrat* I., 447, *Heyrovský* l. c. 375.

³⁾ *Savigny* n. u. m. II., 336.

manželství. Patrně, že tímto druhem míněny jsou překážky zakazující č. prohibivní.

To, co *Ficker* o překážkách těchto *Exceptiones* byl vytkl,¹⁾ platí stejnou měrou o překážkách v *Summē Irneriově*: že se totiž především nejeví žádná podoba s rozřídováním překážek, kterak se později jeví u dekretistů, dále že se uvádějí překážky, které založeny byly římským právem, ale které církevnímu právu oněch dob byly již cizí, kdežto naopak uvedeny jsou překážky církevní, které římské právo nezná, což se jednak vysvětliti dá dobou vzniku literárních oněch zjevů, ve které ještě jednotné universální právo církevní neplatilo, nýbrž na mnoze v některých územích rozhodovalo právo partikulární, jednak okolností, že spisovatelé v první řadě podávali právo římské, berouce ovšem ohled k zákonodárství církevnímu.

Vzhledem k tomu, že *Rogierius*²⁾ spracoval svou *Summu Codicis z Irneriovy Summy*,³⁾ nedoznáme ani u něho jiného výsledku co do rozdělování překážek. Ve 4. titulu (*de nuptiis*) 5. knihy pojednává *Rogierius* o tom, co manželstvím sluší vyrozumívati, kterak a ve kterém stáří se uzavírá a pak o tom, *quae nuptiae sint permissae et quae prohibitae*.

¹⁾ *Ficker*, Über die Entstehungsverhältnisse der *Exceptiones* n. u. m. str. 17 a 18. *Conrat* I., 459 násl. 473, 474 pozn. 2.

²⁾ O *Rogieriovi*, srovn. *Savigny*, Geschichte IV. (2. vyd. 1850) str. 194 násl. O *Summa Codicis* 214 násl. *Fitting*, *Summa Codicis des Irnerius* XIV. násl.

³⁾ *Rogierii Summa Codicis* uveřejněna byla *Palmeriem* v *Bibliotheca iuridica medii aevi* vydávané *Gaudentem*, I. sv. (Bononiae) 1888 str. 7 násl. Cit. 4. titul jest na str. 91—93; 5. titul na str. 93.

Jen zcela všeobecně jako u *Irneria* vytyká se, že manželství zakazuje se z mnohých příčin, což se pak blíže provádí: *ratione sanguinis, aetatis, affinitatis, honestatis*; dále že manželství zakazují se *legibus, senatusconsulto, principum mandatis, constitutionibus principum*, pak dodává se, že zapovězeno manželství s matkou křtěncovou (*commater*) a s řeholnicí, dále, si *quocumque ecclesiastico honore gaudeas*. A opětně vrací se *Rogierius* k tomu, že manželství *legibus* jest zapovězeno, jako mezi svobodným a otrokyní atd.

Zakázaná manželství dělí pak na *incestae nuptiae* a *inutiles*, což v 5. titulu téže knihy (*de incestis et inutilibus nuptiis*) blíže provádí. Za incestní pokládá manželství, *quae contra castitatem atque naturam fiunt*, jako mezi blízkými příbuznými *secundum distinctionem legum et canonum*. Ostatní zakázaná manželství nazývá *inutiles*. Z toho ovšem opětně plyne, že o nějakém rozdělení ve smyslu kanonickém nelze mluvit. Vypočítávání děje se zde hlavně vzhledem k pramenu právnímu.

Jiné stanovisko v této otázce nezaujímá ani *Placentinova Summa Codicis*¹⁾ ani *Azonova Summa*;²⁾

¹⁾ O *Placentinovi* srovn. *Savigny*, Geschichte des röm. R. im M. A. IV. sv. (2. vyd. 1850) str. 244 násl.; zemřel r. 1192 (str. 253). O jeho *Summa Codicis* tamže str. 270 násl.; vydána jest v Mohuči r. 1536: In *Codicis Justiniani* . . . ex repetita praelectione libros IX. *Summa a Placentino* . . . conscripta. Příslušná místa jsou v V. knize, tit. 4 de *nuptiis* str. 196 násl. v titulu 5. téže knihy mluví de *incestis et inutilibus nuptiis*, str. 198.

²⁾ O *Azonovi* srovn. *Savigny* l. c. V. sv. (2. vyd. 1850) str. 1 násl.; zemřel okolo r. 1230 (str. 8); o jeho *Summách*

překvapující jest podobnost ve vypočítávání jednotlivých překážek, která jest toho svědectvím, jak pozdější Summa zpracována byla na základě dřívějších; rozdíl jeví se pouze v tom, že čím mladší jest Summa, tím více povšimnuto si bylo příslušných předpisů církevního práva; vypočítání ovšem děje se vzhledem k římskému právu.

Dle římského práva bylo manželství uzavřené za překážky vylučující ipso iure ničím; ale nebylo nikterakž stanoveno, jako dle církevního práva, že musí dříve neplatnost manželství soudem býti zjištěna.¹⁾ Římskému právu různění překážek na veřejné a soukromé známo nebylo.

27 násl. Užíváme Basilejského vydání (1572) Summy Codicis: Summa Azonis, locuples iuris civilis thesaurus. Příslušná místa jsou v titulu 4. (de nuptiis) knihy páté str. 468 násl. nr. 12 násl.; de incestis et inutilibus nuptiis mluví v 5. titulu tamže, str. 469 násl.

¹⁾ Bartels, Ehe u. Verlöbniß nach gemeinem u. particulärem Rechte in d. Provinz Hannover (1871), str. 288.

§ 3.

Doba až po Gratiana.

Přihledněme nyní k některým církevním spisovatelům, pokud se tkne, sbírkám kanonickým, i uvidíme, že to dlouhou dobu potřebovalo, než se nějaké dělení překážek ustálilo, vždyť i výpočet překážek jest jen po různu.

Známá *Lex Romana canonice compta*, vzniklá v době posledních tří čtvrtin století IX., má sice ustanovení o předčasném uzavírání nového manželství a uvádí překážky manželské, však nevykazuje žádné rozdělení jich (c. 184—197). K ní v tomto ohledu jako vůbec ku svému pramenu přilnula *Collectio Anselmo dedicata* z IX. století (pars 7, c. 9—22).¹⁾ Podobně se to má se sbírkou, kterou pořídil Bonizo.²⁾ V jeho *Dekretu*, který sepsán nebyl před r. 1089, kdy stal se dřívější

¹⁾ Maassen, Über eine Lex Romana canonice compta v Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kais. A. d. W. 35 sv. (1860) str. 73 násl., zejména str. 80, 95 a 102 (glossy). *Týž*, Geschichte der Quellen u. d. Literatur des can. Rechts I. (1870) str. 887 násl., 894 násl. *Conrat* I., 205 násl., 207 pozn. 5.

²⁾ Bonizo (1045—1091), horlivý přívrženec Řehoře VII. Srovn. v *Scherer* Handbuch des Kirchenrechtes I., (1886) str. 240, zejména pozn. 26. *Conrat*, Geschichte der Quellen I., str. 369 pod č. 5.

biskup sutrijský biskupem v Piacenze, nalézáme v 8. knize zmínky o překážkách manželských, které vliv římských právních názorů vykazují, které však o nějakém rozdělování překážek opětně nemají žádných stop; jest to jednoduché vypočtení, kdož dle autorových názorů pokládání býti mají vzhledem k manželství za inaequales, mezi nimiž platné spojení není možným. Mezi jinými jsou inaequales zejména: servus et liber, liber et ancilla, furiosi, rapta et raptor; kdežto o nemožnosti tělesné mluví se jako o důvodu rozloučení manželství: „Est et aliud quod solvit conjugium, si non potest provenire concubitus.“¹⁾

Ani v *Ivových* spisech nenalézá se žádné rozdělení překážek manželských, o nichž sice na různých místech mluví; ovšem jeví se u něho snaha stlačit některé překážky, později nazvané vylučujícími, na překážky později nazvané zakazujícími;²⁾ častěji mluví o překážce conditionis liberae, aniž by zde zastával všude týž názor.³⁾

Pierre Abélard (1079—1142), jeden z nejznámějších filosofů scholastických, nemá žádného rozdělení překážek; vytýká pouze ve své *Epitome theologiae christianae* cap. XXXI. některé překážky, na doklad čehož tento výňatek uvádíme:⁴⁾ „Multa sunt quae conjugium impediunt, cognatio, votum,

¹⁾ Místo ono otištěno jest u *Conrata* l. c. str. 370 pozn. 8.

²⁾ *Fournier*, Yves de Chartres et le droit canonique. Paris 1898 str. 42.

³⁾ *Fournier*, l. c. str. 43 násl. *Conrat* I., 387 pozn. 3.

⁴⁾ *Petri Abaelardi*, *Epitome theologiae christianae* v *Migne*, *Patrologia latina* tomus 178 (vydaný 1855) str. 1746

ordo, frigiditas... Servitus etiam impedit. Si quis enim se ignorante ancillam ducit alterius, si noluerit in servitute redigi, aut etiam redimat aut dimittat. Item si quis frigidus uxorem duxerit et eam habere non potuerit, Leo papa dicit, quod eam dimittere potest. Gregorius vero dicit esse conjugium, etsi non potest eam habere ut uxorem, habeat ut sororem et non minus erit conjugium, sicut conjugium Mariae et Joseph...“

Hugo de Sto. Victore (1097—1141), původce rozdělování sponsalií, rovněž zvláštního rozdělení překážek nemá. V c. 4. pars XI. libri II. de sacramentis christianae fidei,¹⁾ mluví o tom, co manželství jest a kým „legitime“ uzavřeno býti může, vytýká, že manželství by vzniknouti nemohlo, „si consensus masculi et feminae legitimus, h. e. legitime et inter personas legitimas factus non fuerit“. Za legitimae pokládá pak ony osoby, při nichž žádná vada se nevyskytuje, pro kterou by manželství nemohly uzavřítí: „Legitimas autem illas personas dicimus, in quibus illa rationabilis causa demonstrari non potest, quare conjugii pactum

§ Utrum clerici. Srovn. o něm *Wetzer u. Welte*, *Kirchenlexikon* (2. vyd.) 1. svazek, str. 12 násl. *Sehling*, *Die Wirkungen* atd. str. 43 násl.

¹⁾ *Hugonis de s. Victore*, opera omnia tribus tomis digesta, dle vydání z r. 1648 znova otištěna v *Migne*, *Patrologia latina*, tomus 176 (roku 1854): de sacramentis christianae fidei libri duo, pag. 173—618; 11. část knihy druhé pojednává de sacramento conjugii str. 479—520. *Conrat* I., 462 pozn. 1. vypočítává překážky zde projednané. O Hugovi srov. *Wetzer u. Welte*, *Kirchenlexikon* (2. vyd.) svazek 6., str. 392 násl.

mutuo firmare non possint“ a později opětne: „in quibus nulla causa exstat pro qua aut iuste prohiberi possit, quod faciendum est, aut cum factum fuerit, infirmari.“

Rozdíl překážek iuris divini a iuris humani ovšem jemu znám jest a provádí jej, na př. co do překážky pokrevenství, v témže citovaném cap. IV.

Vzhledem k známému výroku písma, že muž opustí otce svého i matku svou, by přidržel se manželky své (I. kn. Mojžíšova 2, 24) pokládá manželství mezi rodiči a dětmi za vyloučené božským právem: „Prima autem institutio, duas tantum personas, i. e. patrem et matrem a contractu matrimonii excepit, ubi hominem ut adhaerere possit uxori suae patrem et matrem relicturum esse asseruit... Has ergo duas personas solas prima institutio excepit.“ V ostatních stupních závady takové původně nebylo: „In caeteris omnibus nullam ulli ad sacramentum conjugii foederandum prohibuit.“ Avšak zavedeny byly takové překážky později: „Venit postea secunda institutio, quae per legem facta est; et excepit quasdam alias personas sive ad decorem naturae, sive ad pudicitiae argumentum. Et extunc coepit esse ex prohibitione illicitum quod fuerat ex natura concessum.“

V *Migově Patrologia latina*¹⁾ jako Appendix ad *Hugonis de s. Victore opera dogmatica* otištěno jest

¹⁾ Tomus 177 (z roku 1854), str. 381—456. Kdo tento *Robertus Paululus* jest, nebylo nám lze konstatovati. Smí se snad mysliti na *Robertia Pulla (Pulleyn)*, jenž zemřel mezi 1147 a 1154? Srovn. o něm *Wetzer* u. *Welte* (II. vyd.) 10. svazek, str. 633 násl. *Migne*, *Patrol. latina* sv. 186,

pojednání *de caeremoniis, sacramentis, officiis et observationibus ecclesiasticis*, za jehož původce udává se — ut videtur — *Robertus Paululus*, a zde v liber I., cap. XXX. pod záhlavím: *Quid faciat matrimonium*¹⁾ vypočítávají se překážky manželské, ovšem bez každého rozdělování, ale přece již v určitém seřazení: „*Legitimae autem personae sunt ad contrahendum, quarum neutrum impedit ordo, aut votum aut conditio (t. j. error conditionis liberae), aut impossibilitas reddendi debitum, aut cognatio, aut affinitas, aut spiritualis proximitas.*“ O omylu, o donucení a bázni, jako o zvláštních překážkách v pozdějším smyslu se však nemluví.

Že i veliká sbírka *Gratianova*²⁾ nemá žádného přesného rozdělení, ba ani podrobného souvislého výpočtu překážek, ani že v ní názvosloví příslušné není pevně ustáleno, ukázal již *Freisen*; ³⁾ ovšem jest *Gratianovi* rozdíl mezi překážkami vylučující-

str. 633 uvádí všechny variace jeho jména, mezi nimi se však *Paululus* nevyskytuje.

¹⁾ Pag. 397, § *Conjugium autem facit consensus*. Cap. XXXI., pag. 398 pod záhlavím *Quae impediunt conjugium* pojednává o *affinitas I., II., et III. generis* předpokládaje, že tyto poměry tvoří ještě všechny překážku manželskou dle tehda platného práva, což o vysokém stáří spisu shora udaného svědčí.

²⁾ O datu sepsání dekretu *Gratianova* (okolo r. 1140) srovnati sluší nejnověji *Paul Fournier*: *Deux controverses sur les origines du décret de Gratien* (*Extrait de la Revue d'histoire et de littérature religieuse* t. III. 1898 n. 2 et 3). *Macon* 1898 a sice str. 24—51. Srovn. též *Gietl*, *Die Sentenzen Rolands nachmals Papstes Alexander III.* 1891 str. XV.

³⁾ *Freisen*, *Geschichte des Canonischen Eherechtes* str. 221, 225.

cími a zakazujícími co do věci známý, aniž by však pro tento rozdíl užíval pevných výrazů, raději příslušné následky překážek opisuje.¹⁾ Rozumí se samo, že *Gratianovi* překážky manželské platné v jeho době známy jsou, vždyť o nich se též podrobně v různých *Causae* zmiňuje, ale pevný systém nemůže býti vytčen.

¹⁾ *Freisen*, I. c. 221.

§ 4.

Petrus Lombardus a Bandinus.

První, u koho se dle naší známosti setkáváme se samostatným rozdělením překážek, jest *Petrus Lombardus*, magister sententiarum († 1160). Jeho *Sententiarum libri quatuor*, které tvořily základ pro všechny pozdější scholastiky, jsou ale potud stále předmětem sporu, pokud se jejich poměru k dekretu *Gratianovu* tkne; stále totiž přetřásá se otázka, kdo z koho čerpal, zdali *Gratian* z *Lombarda*, nebo naopak.¹⁾ K důvodům, které byly uvedeny proto, že *Lombardus* pracoval již na základě *Gratiana*, právě malým příspěvkem jest rozdělování překážek. Nedá se dobře mysliti, že by

¹⁾ Nejnověji o této věci pojednal *Fournier* ve spisu udaném na str. 23 pozn. 2. a sice na str. 6—24, kde přichází k úsudku, že *Sententiae* sepsány jsou jistě po roku 1145 a pravděpodobně něco málo po roku 1150, kdežto *Gratianovo* dekretum povstalo okolo roku 1140 (srovn. též str. 51 *Fournierova* spisu). Na str. 14 a 15 v textu i v poznámkách uvádí *Fournier* dosavadní literaturu o sporné otázce shora udané. *Friedberg* v *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht* (1898), dritte Folge VIII. Band str. 223, č. 25 uznává důvody *Fournierem* udané za rozhodující. K tomu sluší ještě srovnati *Gietl*, *Die Sentenzen Rolands*, str. 17.

si *Gratian* při svém zevrubném rozvrhování byl dal ujíti rozdíl *Lombardovy*, které přece pro ony doby byly novými.

V distinkci 34. knihy 4. pod č. 1. s nadpisem *De personis legitimis*¹⁾ setkáváme se zpředu jen se všeobecným poukázáním k tomu, že i v otázce, kdo oprávněn byl manželství uzavřítí, vliv měly různé doby historické: „*Legitimae iudicantur personae secundum statuta Patrum, quae diversa sunt. Aliae namque fuerunt legitimae ante legem, aliae sub lege, aliae in tempore gratiae. Item in primitiva Ecclesia quaedam erant legitimae, quae modo non sunt.*“ Vzhledem k poměrům ale za jeho doby platným vytýká se pak rozdíl zcela nový, totiž: „(Earum vero quae modo legitimae sunt vel illegitimae), quaedam sunt *plene legitimae*, quaedam *omnino illegitimae*, quaedam *mediae*.“

Zcela způsobilé osoby jsou pak ty, jimž žádné překážky nevadí, z nichž některé zvláště se uvádějí, aniž by nějakým všeobecným výrazem byly zahrnuty, kdežto ovšem zcela nezpůsobilými jsou ty, jimž některá z překážek vadí: „*Plene 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 cognitionem, per disparem cultum.*“

¹⁾ *Petri Lombardi*, Novariensis cognomine magistri Sententiarum, episcopi Parisiensis Sententiarum libri quatuor v *Migne*, Patrologia latina, tomus 192 (z r. 1855) str. 519 až 962; o manželství jedná čtvrtá kniha, Distinkce XXVI. až XLII., str. 908—943.

Zvláštní pak postavení zaujímají osoby v ohledu způsobilosti manželské, které stojí uprostřed osob způsobilých a zcela nezpůsobilých, *Lombardem* nazvané *personae mediae*: „*Mediae vero sunt, nec plene legitimae, nec omnino illegitimae, per frigiditatem, per conditionem.*“ Při překážce nemožnosti u muže (*frigiditas*) a překážce omylu ve svobodném stavu manžela druhého¹⁾ nastává

¹⁾ *Conditio* jest technický výraz pro *error conditionis liberae*, a nikoli snad pro *impedimentum conditionis deficientis*, které v katalozích překážek pocházejících z dob starších vůbec se nevyskytuje; ani ne v katalogu překážek u *Roffreda Epiphani*, který první neprávem pokládá podmíněný konsens manželský za překážku manželskou. Srov. *Hussarek von Heinlein*, Die bedingte Eheschliessung (1892) str. 137 násl. Nemýlíme-li se, jest to *Ioannes Duns Scotus* (1265 nebo 1266—1308), který první uvádí podmíněné svolení k manželství v katalogu překážek a sice veršovaném, jenž se ale vůbec málo ujal; znít:

Vis, fraus personae, servi dationis, et amens,
Addita conditio tria conjugii bona tollens
 Frigidus, arcta, puer, truncatus, praestigiatus,
 Alterius coniux, obstant mutuae dationi.
 Ordo sacer, votum, duo cultus, sponsio moechi,
 Carnalis, legis, cognatio spiritualis
 Haec vi praecepti, sit huic affinis honestas.

O Scotovi sr. *Wetzer u. Welte*, Kirchenlexikon 10 sv. (2. vyd.) str. 2127. Katalog zmíněný nalézá se v Distinctio XLII. (quaestio unica) jeho Quaestiones in quartum librum Sententiarum (*Petri Lombardi*); str. 562 v 19. svazku nového Pařížského vydání všech jeho spisů (1894): *Ioannis Duns Scoti Opera omnia*; zmíněné Quaestiones dokončeny vůbec r. 1304. Srov. též *Ioannis Clericati* Decisiones de matrimonio (Venetiis 1725 ed. tertia.) str. 178 (Decisio XVIII.) a str. 197 násl. (Decisio XX.).

tedy dle *Lombarda* u osob manželství uzavírajících stav více méně nejistý, který označuje tak, že příslušné osoby co do oprávnění uzavřít manželství nazývá *mediae*; a zvláštnost další jest, že poměr tento odůvodňuje možností uzavřít později platné manželství, aniž by ovšem při této příležitosti udával, kterakým způsobem by se to dalo provésti. *Lombardus* pokračuje: „Si enim tales junguntur ignoranter, commanere possunt quibusdam accedentibus causis, et iisdem deficientibus, dividi.“¹⁾ Skorem doslova, zcela ale do smyslu setkáváme se s těmiže vývody *Lombardovými* v cap. 7. jeho *Collectanea in epistolas d. Pauli* a sice in ep. I. ad Corinthios (u *Migne*, *Patrologia latina* sv. 191, str. 1586), jen že nazývá *personae mediae* na tomto místě *neutrae*.

Zvláštního doplnění tohoto názoru *Lombardova* nalézáme v *Magistri Bandini* (theologi doctissimi) *sententiarum libri quatuor*,²⁾ které co do práva manželského na příslušné vývody *Lombardovy* silně upomínají, mnohdy s nimi slovně se shodují; neboť v distinkci 26. knihy 4. § *Denique personae legitimae*

¹⁾ Srovn. též *Freisen*, *Geschichte* 222; *Esmein* I, 128, 124.

²⁾ U *Migne*, *Patrologia latina*, tomus 192, str. 965—1112 s dodatkem anno saeculi XII incerto; o právu manželském jedná IV. kniha, Dist. XXV.—XXXV. K tomu srovn.: *Sehling*, *Die Unterscheidung der Verlobnisse im kanonischen Recht*. Leipzig 1887, str. 79 násl. Jisto jest že *Bandinus* není totožný s *Rolandem Bandinelli*. O *Bandinovi* srovnati sluší *Denifle*, *Abaelards Sentenzen und die Bearbeitungen seiner Theologia* v *Archiv für Literatur u. Kirchengeschichte des Mittelalters* I. sv. str. 434 násl. a *Gietl*, *Die Sentenzen Rolands* str. VII., pozn. 1.

sunt, dodává se za slovy *Lombardovými*, shora posléz udanými: „velut si cognita conditio placeat et naturae frigiditas non abhorreatur“, to znamená, že když někdo uzavřel manželství, maje zdánlivého manžela nesvobodného stavu za svobodného, v manželství vytrvati může, když po poznaném omylu se stavem nesvobodným se spřátelí, neboli od možnosti „dividi“ odstupuje. Podobně má se věc pak při frigiditě, při čemž se ovšem též předpokládá, že žena o frigiditě mužově v době uzavření sňatku ničehož nevěděla, což není nikterakž nápadno, neboť nemožnost mnohdy jen za překážku považovali, když běželo o omyl, t. j. že se mohoucnost mylně předpokládala tam, kde jí nebylo. Jinými slovy důvod překážek tvořících odrůdu osob *mediae* shledává jak *Lombardus* tak i *Bandinus* v možnosti konvalidace manželství, která nastává v dobách, kde žádné formy pro uzavírání manželství předepsáno nebylo, tak jako vůbec uzavírání manželství projevem vůle, chtít nyní žiti v manželství, a to projevem buď výslovným, buď mlčky učiněným, na př. faktickým manželským spolužitím. Tomu nazírání k věci dobře též výraz „*mediae*“ odpovídá, ježto strany, než se rozhodnou, stojí mezi možnostmi, uskutečnit neplatnost prvního svazku, nebo nové platné manželství.¹⁾

Nápadno by snad býti mohlo, že se *Lombardus* zmiňuje pouze o *conditio* a *frigiditas*, a že o ostatních případech omylu, pak o *vis ac metus* se ne-

¹⁾ *Sehling*, *Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe*, str. 40 pozn. 3. *Singer* v *Archiv für k. K. R.* sv. 69, str. 424, pozn. 176 a str. 425, pozn. 177.

zmiňuje. Můžeme říci, vším právem se tak neděje. Neboť *Lombard* stojí na stanovisku, že „efficiens causa matrimonii est consensus, non quilibet, sed per verba expressus, nec de futuro, sed de praesenti“.¹⁾ Projev vůle musí býti ale dobrovolný a pravý, musí to býti shodnutí se dvou osob v pravém slova smyslu; odtud přirozeně hájí *Lombard* zásadu: „nec solum coactio impedit vel excludit consensum, sed etiam error“.²⁾ *Lombardus* nepokládá tedy omyl a donucení za zvláštní překážky, naopak on vidí v nich přirozeně vady souhlasu, které nečiní osoby nezpůsobilými, aby manželství uzavřely, nýbrž které nepřipouštějí, by souhlasu se docílilo. Třeba *Lombard* zrovna u této příležitosti mluví o „impedit“ vel excludit consensum, přece neužívá slova impedire ve smyslu překážky manželství.³⁾

Tolik ale z řečeného jisto jest, že *Petrus Lombardus* ani slovem se nezmiňuje o nějakých překážkách veřejno- a soukromoprávních; při zvláštním vytčení poměrů nastalých za vlády nemožnosti výkonu soulož a omylu ve svobodném stavu nikde nemluví o tom, že by pouze zájem příslušných osob při stanovení těchto překážek býval rozhodoval, nýbrž rozhodující jest možnost obnovení manželství, t. j. možnost zdánlivých manželův obno-

¹⁾ Lib. IV., Dist. 27, č. 3 pod záhlavím de consensu, qui efficit conjugium u *Migne*, I. c. Srovn. též *Esmein* I., str. 119 násl.

²⁾ Lib. IV., Dist. 30 č. 1. pod záhlavím De errore qui evacuat consensum u *Migne*, I. c.

³⁾ *Freisen*, Geschichte, str. 222.

veným a řádným souhlasem založiti teprve manželství, které dříve nenastalo, poněvadž souhlasu patřičného se nedostávalo.

Slavného obhájce pro své rozdělení překážek našel *Lombardus* později ve svatém *Tomáši Akvinském* (1225, resp. 1227—74),¹⁾ kterého zde uvádíme, ačkoli časově by patřila zmínka o něm na místo pozdější, poněvadž se to stalo v díle, které za první účel mělo vyložití názory *Lombardovy*. Jest to *Commentum in quatuor libros sententiarum magistri Petri Lombardi* z prvních let druhé polovice XIII. století.

V quaestio 1. a artikulu 1. ku 34. distinkci 4. knihy *Lombardovy*²⁾ obhájuje *Tomáš* stanovisko jeho a, co nás zde nejvíce zajímá, jest odůvodnění dělení na personae mediae inter legitimas et illegitimas, což se činí takto: „(Ad quintum) dicendum, quod lex potest aliquid prohibere vel universaliter, vel in parte quantum ad aliquos casus; et ideo inter esse totaliter secundum legem, et esse totaliter contra legem, quae sunt contraria opposita, et non secundum affirmationem et negationem, cadit medium, esse aliqualiter secundum legem, et aliqualiter contra legem: et propter hoc ponuntur quaedam personae mediae inter simpliciter legitimas et simpliciter

¹⁾ Přehledný článek o něm srovn. na př. v *Herzogově* Real-Encyklopaedie 15. sv. (II. vyd.) 570 násl. Článek příslušný v II. vyd. *Wetzer-Weltova*, Kirchenlexikonu nevyšel ještě, co tyto řádky píšeme. (I. vyd., 10. sv., 911 násl.)

²⁾ Srovn. Opera omnia vydání Parmského VII. svazek, 2. část (1858), str. 982 násl. zejména 983.

illegitimas.“ Jak patrně, jest odůvodnění toto čistě formální, jest to poukaz, že stanovení onoho rozdílu není prohřešením proti logické důslednosti; z povahy manželství nebo vzhledem k manželství se rozdíl zde neopodstatňuje. Celý artikulus 1., o němž zmínka učiněna, přešel pak též do quaestio 50 *Supplementu* k 3. části *Tomášovy Summa theologica*.¹⁾ Co se ostatního rozdělování překážek tkne, nemá *Tomáš* vzhledem k literatuře své doby žádného zvláštního stanoviska; výslovně sluší k tomu ale poukázati, že memoriální verše o překážkách vylučujících a zakazujících nevyskytují se ponejprve u něho, jak se mnohdy za to má, nýbrž, jak uvidíme, nalézají se již u *Tancreda*.²⁾

¹⁾ Srovn. *Migne*, *Patrologia latina* sv. 225, str. 1116 násl., zejména 1119. Supplementum toto sestavil z *Tomášových* spisův, asi *Kolínský* theolog z XV. stol. *Heinrich von Gorrichen*. Srovn. *Herzog*, *Real-Encykl.* sv. 15., str. 575.

²⁾ Rozdělení zná *Tomáš* na vylučující a zakazující vzhledem k essentia a solemnitas manželství; dále překážky ex parte contractus matrimonii a ex parte contrahentium; tyto jsou překážkami buď simpliciter buď respectu alicuius personae; imped. subsequentia neuznává; srovn. udaná místa v předchozích dvou pozn.

§ 5.

Práce k dekretu Gratianovu přílehlíci.

Okolnost, že *Gratian* sám žádného sestavení, ani rozřídění překážek nemá, musila býti arci záhy postřehnutá, neboť decretum brzy, jak povědomo jest, se šířilo a známým se stalo. Odtud dá se též vysvětliti, že různá, brzy kratší, brzy delší pojednání o obsahu *Gratianova dekretu* záhy i této věci si povšimla a k vůli přehlednosti látky *Gratianem* tak obšírně projednané stručnější shrnutí podávala, jak tomu bylo při glossách, summách, exceptiones neboli excerpta.¹⁾ Příkladem byla brzy po sepsání dekretu Gratianova zhotovena *Excerpta et Summa Canonum sive decretorum sicut apostolica sanxit auctoritas*, která nalézá se v *Kotvickém* (*Göttweihském*) rukopisu pocházejícím z XII. století, ježž popsal *Schulte* ve svém *Decretistarum iurisprudentiae specimen*.²⁾ Před causa XXVII.,

¹⁾ Srovn. na př. *Schulte*, *Decretistarum iurisprudentiae specimen*. E libro *Gottwicensi* 88 (181) saeculo XII. manuscripto. Gissae 1868, str. 5 a 6; *Schulte*, *Geschichte der Quellen* I., 220 násl. *Emil Ott*, *Die Rhetorica ecclesiastica* l. c., str. 30 násl., kde se podává výborná charakteristika literatury příslušší ke dekretu Gratianovu.

²⁾ Srovn. pozn. 1.

kerou manželské právo začíná, nalézá se odstavec, v němž se jednotlivé překážky manželské, nazvané již impedimenta matrimonii jednotlivě pod krátkými hesly vypočítávají: „Gracianus X causis (to jest causa XXVII.—XXXVI.) exprimit quicquid constitutio, quid quidem consuetudo in coniunctione vel diremptione matrimonii, censuit observari. Sunt autem XIV impedimenta matrimonii. Votum (aliud solemne aliud simplex). Ordo. Habitus. Dispar cultus. Error personae. Conditio. Cognatio (consanguinitas alia et affinitas. compaternitas. alia carnalis. alia spiritualis. alia adoptio legalis). Ligatio. Publicae honestatis iustitia. Enormitas delicti. Impossibilitas conveniendi (alia animo ut in furiosis. alia corpore ut in frigidis, infantibus. alia utroque.) Coactio. Tempus feriarum. Ecclesiae interdictum.“¹⁾

Z tohoto výpočtu 14 překážek patrně, že zde běží pouze o sestavení, nikoliv ale o jejich rozdělení; že se zde setkáváme s pouhým katalogem překážek. Avšak již glossa k tomuto místu vykazuje různé jejich rozřazení, které však zde vytknouti nechceme, poněvadž jest z doby pozdější, ani není originálním, nýbrž vykazuje velikou podobu s rozdělením překážek u Rufina a Jana Faventina, o nichž doleji mluvíme.

Totéž platí o *Kotvíckém Tractatus de matrimonio*.

¹⁾ *Schulte*, Decret. iurispr. specimen pag. XIII. Slova shora v závorkách udaná jsou v rukopise dodatečně připsána, *Schulte* ibidem pozn. 24.

Omnibonus,¹⁾ žák *Gratianův*, pozdější biskup Veronský, asi r. 1156, jistě ale brzy po sepsání dekretu Gratianova zhotovil za účelem lehčího pro praxi přehledu výtah obšírné této práce (*Abbre- viatio decreti*), ve které vzhledem ke Gratianově Causa XXVII.²⁾ vytyká tři nutné náležitosti k uzavření manželství: „consensus et pactio conjugalis et quod persone tales sunt, que de iure valeant copulari.“ Po bližším označení těchto náležitostí zmiňuje se o překážkách manželských, které, ačkoli jich 10 uvádí, co do počtu všeobecně jen jako mnohé označuje a pak jednotlivě vypočítává, aniž by se do nějakého rozdělování pustil: „Multa autem sunt, que impediunt matrimonium: consanguinitas et affinitas, votum manifestum et ordo, ignorantia persone et error conditionis, etas, spiritualis proximitas, crimen et naturalis frigiditas.“³⁾

Co se jeho názoru o vzniku manželství týká, různí mezi spojenými (coniunctiones) tělesnými (corporales) a duševními (spirituales). Toto poslední vzniká prohlášením vůle stran, sebe navzájem míti za manžele: „Spiritualis (sc. coniunctio) qua quis

¹⁾ *Omnibonus* popsán jest u *Schulte*, Geschichte der Quellen u. Lit. I, str. 119 násl. a str. 226. Bližší zprávy podal pak ještě *Schulte* v Dissertatio de decreto ab Omnibono abbreviato (Bonnae 1892 v. universitním programu vydaném za příčinou oslavy Bedřicha Viléma III.). *Omnibonus* byl žákem Gratianovým, *Abbre- viatio decreti* sepsal asi r. 1156; zdá se, že summ k dekretu Gratianovu tehda sepsaných neznal, zemřel r. 1185.

²⁾ *Schulte*, Dissertatio de decreto ab Omnibono abbreviato str. 12 a násl.

³⁾ *Schulte*, l. c. str. 13.

aliquam vult habere in suam et e contrario. Et hoc per verba manifestant vel aliis indiciis. Hec coniunctio est matrimonium, i. e. faciens et constituens matrimonium.“...¹⁾

Copula carnalis v manželství vykonaná znamená jemu „unionem, que est inter deum et hominem et inter Christum et ecclesiam“; kde copula neprovedena, tam není takové manželství, „quod habeat in se Christi et ecclesiae sacramentum“. Tak rozhoduje otázku, zdali manželství vzniká mezi dospělými snoubenci, kteří ještě spojení nejsou commixtione sexus.²⁾

Kde ale jest manželství ratum et firmum (t. j. konsumované), tu manželé již rozvedeni býti nemohou, leda v případě cizoložství anebo když oba polně se shodli, že chtějí Bohu sloužit.³⁾

Přikročujeme nyní k některým *Summae*, které ve XII. století o dekretu Gratianově byly zpracovány a z nichž nejstarší jest *Summa Paucapaleova*,⁴⁾ spadající do let 1144—1150.⁵⁾ Rozdělení překážek jest u něho ještě velmi primitivní. Po vytčení účelu a pojmu manželství obrací se k překážkám

¹⁾ *Schulte*, l. c., str. 12, § Matrimonium est viri et mulieris coniunctio.

²⁾ *Schulte*, l. c. str. 14 Q. II. Secundo queritur . . .

³⁾ *Schulte*, l. c. str. 14 a 15, § Matrimonium est viri et mulieris coniunctio.

⁴⁾ *Schulte*: Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani (Giessen 1890). O Paucapaleovi sluší srovnati *Maassen*, Paucapalea v Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kais. Akad. 31. svazek, ročník 1859, str. 449 násl. *Schulte*, Geschichte I., 109 násl.

⁵⁾ *Schulte*, Paucapalea str. VII a násl.

(Causa XXVII. § De nuptiis autem restat dicendum),¹⁾ i praví: „Et est notandum, quod nuptiarum quaedam prohibentur, quaedam permittuntur. Quae prohibentur aliae *natura*, aliae *ratione sanguinis*, aliae *ratione affinitatis*, aliae *ratione honestatis*, aliae *constitutionibus*.“ K tomu podává nyní příklady.

Z tohoto výpočtu jde, že *Paucapaleovi* zrovna tak jako *Gratianovi* různění Lombardovo známo nebylo, neboť nelze dobře si mysliti, aby na místě rozdělení *Lombardova*, které se přece zakládá na jistých dělidlech oprávněných, *Paucapalea* úmyslně by podal rozdělení ceny dosti pochybné; to shoduje se též s názorem shora co do času vzniku *Lombardových Sententiae* vytknutým. Za to ale nápadna jest podoba s rozdělením překážek v *Irneriově* a *Rogeriově* Summě Codicis (viz shora § 2.), jen že *Paucapalea* vynechal přirozeně to, co se stanoviska římského práva mělo oprávnění, což ale s jeho stanoviska do rámce kanonického práva nepříslušelo. Odtud dá se vysvětliti, že jako pramen překážek neuvádějí se více již na př. *senatus consulta*, *leges* a *mandata*.

Že *Paucapalea* ve svém seznamu překážek nevytýká ani omyl, ani donucení, ani nemožnost, jako vady manželské jemu sice známé (mluví o nich v příslušných *Causae* dle pořadu *Gratianova*), vysvětluje se tím, že nechtěl žádný obrazec překážek podati, k čemuž zvláštní příležitost se mu

¹⁾ Tamtéž str. 111, v. *Scherer*, Handbuch II., 261, pozn. 14.

proto nenaskytla, že ani Gratian ani zmíněné Summy římské žádného takového rozdělování neměli.

Ani *Summa magistri Rolandi*, napotomného papeže Alexandra III., sepsaná před rokem 1148,¹⁾ v tomto ohledu velký pokrok neznamena. V úvodu de conjugio, předeslaném jednotlivým causae, jednajícím o právu manželském (causa XXVII a násl.) pojednává *Rolandus* stručně o pojmu a podmínkách platného manželství. Tři hlavní podmínky vytýká: consensus, pactio conjugalis, idoneitas personarum; o této způsobilosti pak praví: „Idoneitas personarum valde est necessaria, sine qua consensus et pactio 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, dissimilitudo fidei, error, conditio, spiritualis proximitas, aetas, enormitas delicti, impossibilitas coeundi, consanguinitas vel affinitas, nec non et violentia vel raptus.“²⁾ I tu patrno jest, že *Rolandovi* třídění *Lombardovo* známo není, což opětně co do času vzniku obou spisů se shoduje. Pozoruhodno ovšem jest, že *Roland* mezi překážkami uvádí omyl, nesvobodný stav, stáří, nemožnost, donucení, pokud se tkne únos, a že výslovně

¹⁾ *Thaner*, Die Summa magistri Rolandi, nachmals Papstes Alexander III., nebst einem Anhang Incerti auctoris quaestiones (Innsbruck 1874). O době sepsání str. XXXI násl. Srov. též v. *Schulte*, Geschichte I., 114 násl.

²⁾ *Thaner*, l. c. str. 113—115; citát na str. 114—115. Co do raptu viz *Freisen*, l. c. 226, pozn. 31.

uvádí, že za jejich vlády jest souhlas vyloučen a tím manželství neplatné.¹⁾

Na témže stanovisku jako v *Summě* právě uvedené stojí *Roland* celkem ve svých *Sentencích*; v naší otázce jediný rozdíl může býti vytknut, že totiž v pozdějším tomto díle conditio servilis počítá vůbec k omylu, čímž se stává, že má zde pouze 11 překážek proti 12 v *Summě*.²⁾

S rozdělením poměrně dosti zevrubným setkáváme se pak v *Summě magistri Rufini*, která dle *Schultových* výkladů asi r. 1156 byla sepsána, kdežto *Tanon* ji klade do let 1164—66.³⁾ Ve výkladu ke Causa XXVII. pojednává *Rufinus* o pojmu manželství přichází přirozeně k otázce, mezi kterými osobami platné manželství může se uzavřítí. Aby jasného o tom doznal názoru, chce dříve zodpovědět otázku „quae illa sint, quae matrimonium impediunt“. I vypočítává jednotlivé překážky, označuje je zvláštními technickými výrazy: votum, ordo, habitus, dispar cultus, error personae, conditio, cognatio, ligatio, publicae honestatis iustitia, enor-

¹⁾ *Hörmann*, Die Desponsatio impuberum. Innsbruck 1891, pag. 67.

²⁾ *Gietl*, Die Sentenzen Rolands, str. V. násl. (zejména IX.), LXII. násl. str. 269 násl.; příslušná místa 271 násl.

³⁾ *Schulte*, Die Summa magistri Rufini zum Decretum Gratiani. Giessen 1892, pag. XXXIX. násl. Též *Schulte*, Geschichte I., 121 násl. 221. 223. *Tanon*, Étude de littérature canonique. Rufin et Huguccio. Paris 1889. (Extrait de la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger 1888 et 1889) str. 15. K tomu *Singer*, Einige Bemerkungen zu Schultes Rufin Ausgabe, vydáno v Innsbrucku brzy po vydání *Schultova* *Rufina*.

mitas delicti, impossibilitas conveniendi, coactio, tempus feriarum, ecclesiae interdictum.¹⁾ Zvlášt-
ního opětne povšimnutí zasluhuje, které vady *Rufin*
jako samostatné překážky vytýká.

Rufin přistupuje pak k podrozdělování někte-
rých překážek, a sice slibu na votum simplex a
solenne; příbuzenství na carnalis, jako pokreven-
ství a švakrovství, na spiritualis jako compaternitas,
na legalis, jako adopce; dále překážky impossibili-
tatis conveniendi na nezpůsobilost duševní, jako
při furiosi, na nemožnost tělesní, jako při frigidi
et malefici, na nezpůsobilost tělesnou a duševní,
jako při hoších a dívkách; i vytýká pak, že pře-
kážek, nepřidrží-li se podrozdělení, jest 14, s pod-
odděleními však 19. Na to následuje podrobné po-
ukázání k tomu, ve kterých Causae, pokud se tkne
Quaestiones, *Gratian* o jednotlivých shora vytknu-
tých překážkách mluví.²⁾ Dále pak dělí *Rufin* pře-
kážky (obstacula) a sice dle toho, zdali ipsam con-
iunctionem duntaxat illegitimam faciunt (statu-
unt),³⁾ anebo zdali etiam personas coniungendas
illegitimas reddunt; k oněm počítá 4 a sice error
personae, coactio, tempus feriarum a ecclesiae inter-
dictum.⁴⁾ K těmto počítá 10 ostatních; počet ten
však vzrůstá správně na 15, přidržujeme-li se pod-

¹⁾ *Schulte*, *Rufinus* pag. 383 § Nunc quae personae legi-
timae sint.

²⁾ *Schulte*, *Rufinus* l. c. p. 383—384 § De voto so-
lenni est.

³⁾ *Singer* v *Archiv für kath. Kirchenrecht* svaz. 69,
str. 425 pozn. 177.

⁴⁾ Srovn. k tomu *Singer*, l. c. pozn. 196 na str. 432.

rozdělení překážek slibu, příbuzenství a nemožnosti
shora vytknutého.¹⁾

Rufinus vytýká pak mezi těmito překážkami
rozdíl na překážky „perpetuo et substantialiter ad
contrahendum matrimonium personas illegitimas
facientes“ č. stručně na překážky perpetuae nebo
substantiales (votum solenne, ordo, habitus, cognatio
carnalis, cognatio spiritualis, počtem 5), a pak na
překážky temporariae et accidentales neboli (quae)
„ad tempus et accidentaliter matrimonio impedi-
mentum praeparant“, k nimž ostatní překážky čítá
(alia vero ad tempus...).

Překážky perpetuae jsou buď absolutní (matri-
monium contrahere non poterit, vel cum nullo
omnino alio), buď relativné (vel cum illo cuius
respectu illud impedimenti vinculum dicitur con-
traxisse); k oněm počítá votum solenne, ordo, re-
ligiosus habitus, k těmto příbuzenství, švakrovství
a duchovní příbuzenství.²⁾

Po vytknutí příkladů posléze vytčených dodává
Rufinus ještě slova: „et si contraxerit penitus se-
parabitur“, která vztahují se zajisté k oběma od-
růdám, absolutním a relativním společně, nikoli
však k překážkám dočasným, poněvadž slova právě
zmněná předcházejí větu vytýkající překážky do-
časné. (Alia vero ad tempus etc.) Z toho plyne,
že *Rufinus* slovy vytčenými nechtěl nic jiného
říci, než opětne k rozdílu mezi trvalými a dočas-
nými překážkami poukázati; rčení toto jest přiro-

¹⁾ *Schulte*, *Rufinus* str. 384 § Horum quatuordecim ob-
staculorum.

²⁾ *Singer*, l. c. str. 425, pozn. 177.

zené, povážíme-li, že překážky dočasné odpadnouti mohou, kdežto trvalé na vždy dle *Rufina* vadí, neboť k možnosti dispensace se zde nepřihlíží. Jest to též patrné dále z *Rufinova* pokračování: „Votum namque privatum etsi impediatur contrahendum, non tamen contractum dirimit; per cetera quoque alia suis causis accidentibus infirmari poterit vel confirmari, sicut in presignatis capitulis intelligitur (anebo jak v rukopise Moulinsském stojí: diligens lector animadvertere poterit).“¹⁾ Z této souvislosti textové plyne, že věta posléz vytknutá má objasniti blíže překážky dočasné, před tím právě projednané. Slib jednoduchý, praví se, tvoří beztoho jen překážku odkládací. Překážky, které nebyly vytčeny u překážek trvalých, pokládá *Rufin* za dočasné; sem patří: tempus feriarum, které odpadne uplynutím času, ecclesiae interdictum zdvižením zákazu, enormitas delicti odbytím si církevního pokání a církevních trestů, dispar cultus obrácením se na víru, ligatio rozloučením svazku; ku zbyvajícím konečně překážkám a to omylu v osobě, omylu ve svobodném stavu (conditio), donucení a nemožnosti vztahují se slova per cetera quoque atd., jejichž totožnost s hořejšími slovy *Lombardovými* a *Bandinovými* jest patrná, pročez jim též smysl jako shora přisouditi můžeme, aniž bychom něco nuceného musili v ně vkládati.

Z tohoto výkladu jde, že *Rufin* o překážkách soukromoprávních v moderním smyslu vůbec nemluví.

¹⁾ *Schulte*, *Rufinus* str. 384 a 385 a poznámka 3 na str. 385.

Odbýv takto *Rufinus* roztřídění překážek prolašuje ony osoby k manželství za způsobilé (legitimae), „quas nihil horum praepedit, quae personas illegitimas in matrimonio faciunt.“¹⁾ Zvláště upozorniti sluší ještě k tomu, že *Rufinus* manželství mezi nezpůsobilými osobami považuje za neplatné: „cum itaque in commixtione illegitimarum personarum maxime earum, quae perpetuo ad mutuam coniunctionem sunt illegitimae, non fiat ratum conjugium, patet, ibi non esse Christi et ecclesiae sacramentum“ (ad C. XXVII. Q. 2).²⁾

Přistupujeme nyní k Summě *Stephani Tornacensis*, která dle *Schultových* dokladů sepsána byla před zářím 1159³⁾ a jejíž rozdělování překážek vykazuje nápadnou podobu s rozdělováním *Lombardovými*.⁴⁾ I *Štěpán* vytýká rozdíly u příležitosti pojednání Causae XXVII. qu. 1. a poukazuje k historickým změnám v otázce způsobilosti k manželství, o níž nyní církev rozhoduje: „Personae legitimae ad matrimonium contrahendum sunt iuxta institutionem ecclesiae. Aliae namque fuerunt legitimae in exordio nostrae originis et ante legem, aliae sub lege Moysi, aliae tempore gratiae. Item in primitiva ecclesia quaedam erant legitimae, quae modo non sunt.“⁵⁾ Pak se podává *Lombardovo*

¹⁾ *Schulte*, *Rufinus* str. 385.

²⁾ *Schulte*, *Rufinus* str. 391.

³⁾ *Schulte*, *Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*. Giessen 1891, str. XIX. násl. *Schulte*, *Quellen I.*, 133 násl. 223.

⁴⁾ *Singer*, *Archiv f. k. K. R.* sv. 69, str. 424 pozn. 176 a 425 pozn. 177.

⁵⁾ *Schulte*, *Stephanus* str. 232.

rozdělení na plene legitimae (personae), omnino illegitimae a neutrae. Kdežto *Lombard* poněkud zevrubněji rozebírá rozdíl mezi osobami způsobilými a nezpůsobilými, věnuje zase *Štěpán* větší pozornost třetímu druhu osob zvaných neutrae čili mediae. „Plene legitimae sunt, quas nihil impedit ad contrahendum matrimonium inter se; omnino illegitimae sunt, quibus obstat aliquid eorum, quae impediunt matrimonium contrahendum et dirimunt contractum, sicut est votum, ligatio; neutrae, i. e. nec plene legitimae, nec omnino illegitimae sunt, quibus obstat aliquid eorum, quae inter nescientes impediunt matrimonium; inter prius nescientes, postea vero scientes et non consentientes dirimunt contractum, sicut error, conditio, frigiditas naturae. Si enim tales ignoranter coniuncti sint, possunt permanere quibusdam causis accidentibus, et eisdem deficientibus dividi.“¹⁾

Opětně se tudíž s důležitým vytknutím setkáváme, které hlavní váhu klade na vůli stran, chtějí-li nebo nechťejí-li obnoviti konsens manželský, když prvotně smlouva manželská nevznikla pro vady určité; totéž, co shora řečeno u *Lombarda*, musilo by i zde opakováno býti. O nějakém ohledu na celek a na jednotlivce žádná zmínka se nečiní, a přirozeně klade se důraz na vůli stran, poněvadž bez ní manželství vzniknouti nemůže.

Zajímavo pak jest, že *Štěpán* vytýká 16 překážek, aniž by se ale do nijakého jejich třídění

¹⁾ *Schulte*, Stephanus str. 232 a k tomu *Singer*, l. c. v Archiv sv. 69 str. 424, pozn. 176.

nepouštěl; o překážkách mluví jako causae, quae impediunt matrimonium; jsou to: votum, ligatio, fidei dissimilitudo, conditio, error personae, cognatio carnalis, cognatio legalis, cognatio spiritualis, affinitas, quasiaffinitas, aetas, impossibilitas coeundi, enorme flagitium, tempus, raptus, coactio.¹⁾

S velice zajímavým různěním překážek setkáváme se pak v anonymní *Summě ku dekretu Gratianovu* obsažené v rukopisu *Mnichovské* dvorní a státní knihovny (Cod. Lat. 16.084) a pocházející z francouzské školy asi ze 60 let XII. stol., v summě to, kterou popsal *Singer* způsobem znamenitým.²⁾

Pod označením Cs. XXVII. q. I. (t. j. poukaz ku dekretu *Gratianovu*) nalézá se rozvrh překážek, který dle dosavadních známostí jest pro svou zevrubnost ojedinělý a proto tím zajímavější.³⁾ Jako první uvádí se rozdíl na překážky zakládající se v určitých vlastnostech nebo poměrech snoubencův a pak v povaze svazku manželského. „Eorum, quae impediunt matrimonium, alia impediunt intuitu ipsarum personarum, alia contemplatione matrimonialium coniunctionum.“

Překážky druhu prvního dělí se na absolutní a relativní: „Que vero intuitu personarum, aut singulariter et absolute matrimonium impediunt, aut habito quodam respectu ad alias personas collativo.“

¹⁾ *Schulte*, Stephanus str. 232.

²⁾ *Singer*, Beiträge zur Würdigung der Decretistenliteratur v Archiv für kath. Kirchenrecht 69. sv.; str. 369 násl. str. 372 násl.; 438 násl. Summa tato jest mladší než komentář *Štěpánův* str. 440 tamže.

³⁾ *Singer*, n. u. m. 424.

O překážkách absolutních praví se pak: „Singulariter quidem et absolute impediunt matrimonium hec: votum, ordo, habitus, frigiditas, etas, fati calamitas, horrendi flagitii enormitas... Hec absolute matrimonium impedire dicuntur, quia cui-cunque persone aliquod istorum contigerit, id efficit, ut ea omnino cum nulla persona matrimonium contrahere recte possit.“

Oproti tomu vytýká se o překážkách relativních: „Sunt autem que non absolute, sed habito quodam respectu ad alias personas collativo matrimonium impediunt, puta que persone, quibus contingunt, non generaliter cum quibuscunque personis, sed magis cum certis personis matrimonium contrahere prohibentur. Cuiusmodi hec sunt: Cognatio, honestatis ratio, diversa religio¹⁾...“

Mezi překážkami druhého řádu, zakládajícími se v povaze svazku manželského samého, vylučují pak některé manželský konsens, základ to manželství, některé pak činí svazek uzavřený méně počestným: „Ea vero, que matrimonium impediunt ipsius coniunctionis intuitu, aut sic impediunt, ut matrimonii substantiam id est consensum abesse faciant, aut [sic, ut] circa matrimonii coniunctionem aliquid illicitum aut minus honestum inducant.“²⁾

¹⁾ Singer, 425, 426.

²⁾ Singer, 427. Na první pohled zdálo by se, jako by Summa Mnichovská zde mluvila o překážkách pouze zakazujících. Z následujícího uvažování Summy ale plyne, že tím míněny jsou přece překážky vylučující; srovn. Singer 430—433; a též Freisen, Geschichte 221 násl.

Za překážky manželský konsens vylučující a sem náležející považuje se překážka omylu a donucení: „Que matrimonii substantiam impediunt hec sunt: error, coactio. Substantia enim matrimonii est consensus; quid autem tam contrarium consensui quam error, qui imperitiam detegit? In matrimoniis autem contrahendis debet esse animi libertas.“¹⁾

K překážkám, které manželství činí méně počestným počítá zapovězený čas a zákaz církevní: „Que circa matrimonium rem illicitam et minus honestam inducunt sunt hec: tempus feriarum et ecclesie interdictum.“²⁾

K tomu dodává se pak vytčení pojmu manželství zdánlivého, které jen skutečně, nikoli po právu uzavřeno bylo: „Sed nota quia matrimonium hic vulgo appellamus non illam solam copulam, que rem et veritatem matrimonii continet, sed etiam illam, que veritatis pretendit solam speciem, puta ubi sollempnis matrimoniorum forma deprehenditur.“³⁾

Jelikož se Summa k rozdělení překážek tuto vytknutému v následujícím opět vrací, chceme k vůli lepšímu přehledu podati schematické rozdělení překážek Summou přijaté:

A) Překážky zakládající se v určitých vlastnostech nebo poměrech snoubenců (intuitu personarum).

I *Absolutní*:

1. votum,

¹⁾ Singer 427.

²⁾ Singer 427.

³⁾ Singer 427.

2. ordo,
3. habitus (professio religiosa),
4. frigiditas (impotentia),
5. aetas,
6. fati calamitas (furiosi, exsecti, perpetuo morbo laborantes),
7. horrendi flagitii enormitas (publica penitentia).

II. Relativné:

1. cognatio,
2. honestatis ratio,
3. diversa religio.

B) Překážky záležející v povaze svazku manželského (contemplatione matrimonialium conjunctionum).

I. manželský konsens vylučující:

1. error,
2. coactio (vis ac metus),

II. manželství činíce méně počestným:

1. tempus feriarum,
2. ecclesiae interdictum.

Z výpočtu tohoto patrně jest, že i Summa přidržuje se v katalogu překážek oblíbeného čísla 14. (= 7 + 3 + 2 + 2).¹⁾

V následujících odstavcích přechází Summa k důležitému pro nás rozdílu, který zdánlivě kryje se s různějším novějším na překážky veřejnoprávní a soukromoprávní, však ovšem jen zdánlivě. Při tom probírají se překážky dle rozdělení vytknutého i pokračuje se: „Nunc autem a capite revol-

¹⁾ Freisen, Geschichte 225.

vendum est. Nam eorum, que matrimonium impediunt *intuitu personarum*, quedam sic impediunt, ut *ex necessitate* dirimant contractum; quedam [sic, ut] non ex necessitate dirimant, sed ut ad *dirimendum sufficient*. Alia tantum impediunt contrahendum, sed non dirimunt contractum. *Ex necessitate* solvunt hec: votum non omne, sed tantum sollemne, ordo, habitus. Nam si quis sollemniter voverit continentiam aut sacrum ordinem vel habitum monachalem susceperit, si postea de facto contrahat matrimonium, de iure non constat et ex necessitate est solvendum. Cetera quatuor non ex necessitate dirimunt, sed *ad dirimendum sufficient*.⁴¹⁾

Především setkáváme se v tomto odstavci se dvěma označeními u autora v určitém smyslu užívanými, a sice, že překážky ex necessitate dirimunt contractum a ad dirimendum sufficient.

Singer má za to,²⁾ že tím míněn jest rozdíl na impedimenta publica a privata, ovšem že uznává, že místa příslušná činí v tomto ohledu dosti veliké obtíže, právě co se opodstatnění tohoto rozdílu při některých překážkách tkne.³⁾ My máme prozatím za to, že nejlíp bude, když přidržíme se rozdílu daného, tak jak jest, anebo když jej česky označujeme jako překážky manželství naprosto vylučující a překážky manželství mezi určitými osobami *po případě* vylučující.

¹⁾ *Singer* 427.

²⁾ *Singer*, l. c. 427, pozn. 186.

³⁾ *Singer*, l. c. 428 v poznámkách.

Nesmíme totiž zapomenouti, že *dirimere* užívá se i zde v obyčejném smyslu překážky vylučující čili rozlučující, že se zde nemluví v první řadě o prohlášení manželství za neplatné, nýbrž že se dává přehled a různění překážek manželství, což se právě v Summě samotné větou shora vyznačenou o zdánlivém manželství beztoho zvláště ještě vytklo. Totéž platí i o slovu *solvere*, které v přehledu překážek užívá se stejně jako *dirimere*; vždyť jak známo jeden i druhý výraz při neplatných manželstvích ve smyslu „rozlučovati“ není správný, poněvadž, co po právu není, nemůže být rozlučeno; běží pouze o to, by zjištěno bylo, že původně svazek manželský nevznikl.

Za překážky manželství nutně vylučující pokládá Summa z absolutních (viz obrazec) první tři, totiž: slavný slib čistoty, vyšší svěcení, život řeholní. O slibu jednoduchém, votum privatum, výslovně se později vytýká, že „solum est in hoc ordine quod contrahendum impedit, sed contractum non dirimit;“ z čehož ovšem plyne, že všechny překážky vytčené jako absolutní a relativní jsou vylučujícími.¹⁾

O ostatních čtyřech absolutních překážkách praví se pak, že manželství nutně nevylučují, nýbrž po případě že tak činí. Patří sem nemožnost tělesná, stáří, neštěstí osudné a děsného provinění velikost.

Projděme nyní blíže jednotlivé případy přesně přihlížejíce k textu.

¹⁾ *Singer*, l. c. 428.

1. „Nam si qui naturaliter seu accidentaliter sunt frigidi — uterque dico vel alter, non recte conveniunt. Si tamen conperto vitio ad invicem denuo consenserint, quod ab initio non tenuit, ex post facto convalescit, ut qua non valet uti tanquam uxore, ea utatur tanquam sorore.“¹⁾ Především sluší, jak již *Singer* učinil,²⁾ vytknouti, že Summa naše užívá výjimečně výrazu „frigiditas“ pro všechny případy impotence coeundi vyskytující se u kohokoli z příčiny jakékoli. Summa tudíž praví, osoby nemohoucné platné manželství uzavřítí nemohou (non recte conveniunt). Když ale nedostatek tento zpozorovali a obapolně znova konsens manželský projevíli, tu svazek manželský tímto novým konsensem po právu vzniká, a muž žítí bude se svou ženou jako bratr se svou sestrou. Z toho jasně plyne, že autor Summy — což ovšem pro ony doby není nic zvláštního — považuje nemožnost tenkrát za překážku, když snoubenci o ní nevěděli a když mohoucnost předpokládali, jinak řečeno, že nemožnost považuje za zvláštní případ omylu, neboť jinak nemohlo by se mluvit o „conperto vitio“; tudíž nebylo původně manželství proto neplatné, že osoby byly nemohoucné, nýbrž proto, že mohoucnost mylně předpokládaly.

2. „Similiter si pueri septennes matrimonium contraxerint idemque postea facti puberes sibi invicem consenserint, quod ab initio non iure matrimonii tenuit, valuit saltem iure sponsaliorum. Dis-

¹⁾ *Singer*, l. c. 427, 428.

²⁾ *Singer*, l. c. 426 pozn. 179 a 427, pozn. 187.

sentientes autem libere divertunt.“¹⁾ I tento případ jest jednoduchý. Sedmileté děti nemohou uzavřítí manželství, mohou ale se zasnoubiti. Staly-li se dospělými, mohou pak uzavřítí manželství, nechť-li však učiniti tak, volně se rozejdou.

3. „Similiter autem et fati calamitas; nam si quis in furore constitutus vel a barbaris exsectus vel perpetuo morbo laborans contraxit, ipso iure non tenet. Si tamen, furioso ad sanam mentem postea reverso, invicem qui convenerant consenserint, valet. Idem est in exsectis et perpetuo morbo laborantibus; nam iam conperto vitio consensus perseverans recte matrimonium confirmat.“

Summa praví, že se s osudným neštěstím věc podobně má jako v případech dřívějších, a probírá to nyní do jednotlivostí.

Kdo zuřivostí stížen, kdo barbary vykleštěn, kdo nezhojitelnou nemocí trpí, nemůže platné manželství uzavřítí. První případ jest patrný, nebo zuřivec nemůže platně vůli svou projevití, tudíž z manželství jest vyloučen; ovšem zcela oprávněné jest tvrzení, že když zuřivec se uzdraví, platné manželství uzavřítí může a to s touže osobou, s kterou původně neplatné manželství uzavřel.

Vykleštěný že nemůže platně manželství uzavřítí, jest neméně jasné, ani není to u autora naší Summy nijakou výjimkou, neboť předpokládá opětně, že žena o vykleštění nevěděla, neboť jinak nemohl by tvrditi, že by, když nedostatek poznán a úmysl v manželství žítí i pak potrvá, manželství mohlo

¹⁾ *Singer*, I. c. 428.

vzniknouti; jest to známý zjev, že nemožnost souložení posuzována se stanoviska omylu.

Případ třetí, *morbus perpetuus*, jest ovšem na pováženou a *Singer* považuje jej za velké neporozumění c. 25 C. XXXII. Q. 7 (Gratiani) a Lombardovy distinkce 34 lib. IV. s. rubr. de furiosis i. f.¹⁾ Jisto jest, že případ, aby trvalou nemocí stížený manželství nemohl uzavřítí, jest zvláštní a nápadný; však myslíme, když jsme již na výklad poukázání, že snad nepochybíme, pokusíme-li se vysvětliti věc tak, že dá se přece srovnati s tehdejšími na věci nazíráním. *Morbus perpetuus* může býti kterákoli trvalá nemoc či choroba tělesná, jež možnost souložení vylučuje, aniž by byla nemožností v technickém slova smyslu; strana druhá vstupující v manželství předpokládá, že copula bude moci býti vykonána; v předpokládání svém však se mýlila; tu je manželství neplatné, poněvadž nastal omyl v tělesné způsobilosti manžela ku manželství; byli-li omyl o tomto nedostatku poznán, však spokojí-li se strana se stavem skutečným a vytrvá-li při úmyslu v manželství žítí, lépe řečeno, obnoví-li konsens ať výslovně, ať mlčky dalším spolužitím, pak vznikne manželství platné.

4. „Similiter etiam in illis, qui enormiter deliquerunt et publice penitentiae sunt adjecti.“²⁾

Singer k věci přihlíží tak, že Summa tento případ posuzuje za soukromoprávní překážku, a že by na vůli druhé strany záleželo, zdali by chtěla

¹⁾ *Singer*, I. c. 428, pozn. 188.

²⁾ *Singer*, I. c. 428 a pozn. 189.

či nechtěla neplatnost přivésti k místu, i považuje názor tento za zcela ojedinělý. Přihlížíme-li však k celé souvislosti, zejména k slovům „similiter etiam in illis“, zdá se nám, že máme případ tento vysvětliti podobně, jako případy předchozí; totiž: kdo se hrubě prohřešil, že podrobiti se musí veřejnému pokání, ten v tomto stavu platné manželství uzavřítí nemůže, neboť jest přirozeně vyloučen, by byl účasten svátosti; když ale přestal býti publice penitentie adjectus, t. j. když všem podmínkám byl učinil zadost, může pak jsa očistěn platné manželství uzavřítí. Máme za to, že tímto výkladem věc má tvářnost zcela přirozenou, a že celý odstavec Summy nejeví nepřekonatelné zvláštnosti.

Přehlédneme-li všechny tyto případy, pak musíme tvrditi, že v celém tomto různění Summy nevidíme žádné stopy o rozdílu mezi překážkami veřejnoprávními a soukromoprávními, naopak zdá se nám, že autor chtěl říci: mezi překážkami jsou takové, které trvalou tvoří závadu manželství, to jsou překážky trvalé, impedimenta perpetua, a pak zase jiné, které povždy trvati nemusí, nýbrž že mohou někdy stále účinkovati (na př. když furiosus se neuzdraví, když někdo nechce žiti s osobou nemohoucnou jako bratr a sestra), někdy že ale mohou odpadnouti, na př. v případě uzdravení, v případě odstoupení od vykonávání copulae carnalis atd. Jinak řečeno, autor Summy nemá jiné stanovisko v této věci, než na př. *Rufinus*, jen že věc jinak byl pojmenoval.

Summa obrací se nyní k překážkám relativním, z nichž první dvě (příbuzenství se švakrovstvím

a napodobené švakrovství) počítá k překážkám manželství nutně vylučujícím, kdežto třetí (různost v náboženství) prohlašuje za překážku po případě manželství vylučující. Praví Summa: „Nunc ad alterum membrum accedamus. Ubi quidem invenitur cognatio et honestatis ratio: que duo non solum suffiunt ad solutionem, verum etiam necessario dissolvunt; nam si quis consanguineam suam etiam in septimo gradu duxerit aut consanguinei sui sponsam, talis coniunctio etiam illis volentibus stare non poterit.“¹⁾ Z těchto slov, tušíme, jasně vysvítá, že rčení *sufficere ad solutionem a necessario dissolvere* nemůže míti smysl překážek soukromoprávních a veřejnoprávních, poněvadž se právě zde tvrdí, že obě zmíněné překážky nejenom stačí k vyloučení manželství, nýbrž nutně je vždy vylučují; což se na příkladě sedmého stupně příbuzenství zvláště ukazuje. Smysl jest ten: kdežto při některých shora udaných překážkách strany po odpadnutí závady mohly manželství znova uzavřítí, nemohou tak učiniti v tomto případě, poněvadž příbuzenství zůstane vždy oním svazkem manželství bránícím; ovšem k dispensaci autor zde žádného ohledu nebere.²⁾

Summa pokračuje pak: „Diversa religio non ex necessitate solvit, sed ad solvendum sufficit.“³⁾ Může míti tato věta smysl, že různost v náboženství není veřejnoprávní překážkou, nýbrž soukromoprávní? Také nikdo dosud netvrdil i při přijmutí

¹⁾ *Singer*, I. c. 428.

²⁾ *Singer*, I. c. 428 pozn. 190.

³⁾ *Singer*, I. c. 428, 429.

onoho rozdílu, že by řečená překážka byla soukromou. Summa má tu opětně jiný smysl, který z příkladu připojeného vysvítá: „ut si duorum infidelium coniugum alter ad fidem conversus fuerit, alter vero si non vult infidelis cohabitare, potest fidelis divertere et ad alias nuptias transire. Si autem cohabitare vult infidelis cum fidei, de consilio apostoli est, ut non divertat ab eo; nam sepe fidelis infidelem lucratur. Potest tamen licite non sequi apostoli consilium et divertere.“¹⁾

Jako příklad uvádí se tedy známý casus apostoli; věřící manžel může nové manželství uzavřít, když nevěřící nechce v manželství pokračovati. Chtěl-li by však nekřesťanský manžel v manželství pokračovati, má tak učiniti i křesťanský, pro případné jeho k víře získání, však nucen k tomu není; může sice od nekřesťanského se odvrátiti, ale nové manželství nemůže uzavřít.²⁾ Avšak případ uvedený jest pouhým příkladem. Různost v náboženství může býti hned původní, tu ovšem manželství možné není, však možným se stává, kdyby nevěřící k víře křesťanské přistoupil. Máme tudíž za to, že v obou příkladech slova *ad solvendum sufficit* znamenají opětně jen tolik, že běží o překážku, která vůlí stran, určitým jejích činem může býti odstraněna, načež nové manželství uzavřeno býti může platně, jinak ovšem že by dřívější manželství za neplatné prohlášeno, pokud se tkne rozloučeno býti mohlo.

¹⁾ *Singer*, l. c. 429.

²⁾ Srovn. k tomu *Singer* 429, pozn. 192.

Summa pokračuje pak vytykajíc, že švakrovství může v některých případech býti pouze překážkou zakazující, okolnost, která zde na váhu nepadá.¹⁾

Odbyvši takto prozkoumání překážek intuitu personarum, obrací se Summa k překážkám contemplatione matrimonialium coniunctionum, které jsou vesměs vylučujícími: „Nunc ad reliqua procedamus, in quibus nullum invenitur tale, quod matrimonium contrahendum impediatur, contractum dirimere non possit; nam ea omnia ex necessitate solvunt, aut saltem ad solvendum sufficiunt.“²⁾

O omylu a o donucení jako o překážkách, manželský konsens vylučujících, praví Summa: „Et prima quidem duo, scil. error et coactio sufficiunt, sed necessitate non ingerunt; potest enim qui ab initio erravit postmodum consentire, et qui prius coactus fuerit postea velle.“³⁾ Možnost napotomního platného manželství, tedy tak zvaná revalidace, uvádí se i zde jako důvod toho, že překážka jest jen po případě vylučující, nebo že jen po případě odloučení manželů má v zápětí; o nějakém jiném opodstatnění v Summě není ani zmínky.

Ihned pak Summa probírá překážky činící manželství méně počestným; jsou to zapovězený čas a záповěď církevní. „Tempus autem feriarum, uti quidam dicunt, necessario solvit contractum, ut, si in Quadragesima aut in secundo die Pasche ma-

¹⁾ *Singer*, l. c. 429. Ku zvláštnostem poukázáno v poznámce 193.

²⁾ *Singer*, l. c. 430, 431.

³⁾ *Singer*, l. c. 431.

trimonium fuerit contractum, stare non possit.“¹⁾ Setkáváme se zde s názorem, ovšem jednomyslně neuznaným, že zakázaná doba jest překážkou vylučující a že manželství přece uzavřené za neplatné považováno býti musí, zvláštnost, ku které již *Singer* podrobně poukázal.²⁾

Podobně se to má se záповědí církevní. „Idem operatur et ecclesie interdictum; nam qui alius idonei erant contrahere matrimonium, post prohibitionem inepti fiunt. Quod tamen quidam ad generale solummodo referunt interdictum; dicunt enim speciale interdictum non ex necessitate solvere matrimonium.“³⁾ Záповěď církevní považována zde tudíž za vylučující, což opětně *Singer*⁴⁾ již blíže označil. Ovšem že dle některých platí to pouze při záповědi všeobecné, kdežto záповěď zvláštní prý nutně nevylučuje manželství. Můžeme snad při tom posledním případě bez toho ne bezvýjimečně uznáním přistoupiti k tomu, že by zde to musilo znamenati, že neplatnost by mohla býti uvedena pouze stranami k místu, a že pouze v jejich zájmu překážka tato stanovena? Zde teprve nikoli, neboť byla-li záповěď vůbec vydána a má-li vylučující ráz, co by to mělo za význam vše pak stranám na vůli ponechati? Naopak, znamená to totéž co dříve; odpadly-li zvláštní důvody pro zvláštní záповěď, manželství pak znovu platně může býti uzavřeno, třeba mlčky vytrváním manželů v manželském spoluzítí.

¹⁾ *Singer*, I. c. 431, 432.

²⁾ *Singer*, I. c. 431, pozn. 194.

³⁾ *Singer*, I. c. 432.

⁴⁾ *Singer* 432, pozn. 196.

Myslíme, že pro náš názor v této poslední věci mluví příklad summou ihned uvedený, totiž: „Quid enim, si inter aliquos consanguinitatis controversia movetur et ob hoc prohibeantur contrahere matrimonium, priusquam de causa cognoscatur, ipsi tamen nichilominus iuditio pendente matrimonium contraxerint? Aut cum ecclesia eos per errorem consanguineos esse, qui non erant, pronuntiasset et eos matrimonium contrahere inter se prohibuisset, si postea contraxerint?“¹⁾ Odpověď pak zní: Někteří praví, že manželé v každém případě musejí býti od sebe odloučeni, poněvadž proti záказu zřejmě se prohřešili. Jiní opětně jsou názoru, že když záповěď omylem byla dána, odloučení nemusí nastati; „immo dolere debet ecclesia, quia erravit in prohibendo, et gaudere de contracto, ne fornicationis occasione dedisse videatur; poterant enim non contracto matrimonio in fornicationis crimen facile prolabi.“²⁾ Ano dokonce zdá se, že bychom mohli ona slova vykládati i v ten smysl, že při zvláštní záповědi běží na mnoze pouze o překážku zakazující, ne vylučující, což by souviselo s názorem, že záповěď jest jen tenkrát vylučující překážkou, byla-li zvláště vydána vzhledem kurčité jiné překážce se vyskytující.³⁾

¹⁾ *Singer* 432.

²⁾ *Singer* 432, 433.

³⁾ Nejistota, kterou Summa v předchozím případě ovládnána jest (srovn. *Freisen* I. c. 643 násl.) i v tomto případě se jeví, a vyskytuje se i v pozdějších pramenech, na př. u *Bernarda* v Summula de matrimonio a v Summa Decretalium srovn. *Freisen*, str. 651 násl.; on mluví o interdictum publicum a secretum. *Gilbert* různí opětně mezi interdictum

Tím summa rozdělování překážek končí; již shora k tomu poukázáno bylo, že o nějakém rozdílu na veřejnoprávní a soukromoprávní nelze mluvit. Zásadně tedy ani tato summa nic nového nevytkla, ona ovšem to, co u jiných spisovatelů jest jen načrtnuto, do jednotlivostí probrala.¹⁾

Zvláštního povšimnutí zasluhuje zde *Summa Johannis Faventini (Jana z Faenzy)*,²⁾ která vznikla brzy po r. 1171 a ačkoli jest celkem pouhým vy-

sollempne a privatum. *Freisen*, l. c. 653. *Tancred a Robert* považují interdictum pouze za překážku zakazující. *Freisen* str. 655.

¹⁾ K uvarování se nedorozumění výslovně poukazujeme k tomu, že výrazu „překážky manželství po případě vylučující“ neužíváme nikterakž ve smyslu, že by manželství původně uzavřené bylo po případě platné, nýbrž chceme tím říci, že některé překážky povahou svou tomu nezabraňují, by určité osoby jednou jimi postižené, nemohly později uzavřítí spolu manželství platné.

²⁾ O *Janu z Faenzy* a o jeho Summě sluší srovnati: *Maassen*, Beiträge zur Geschichte der juristischen Literatur des Mittelalters, insbesondere der Decretisten-Literatur des 12. Jahrhunderts in Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Classe der kais. Akademie der Wissenschaften in Wien; ročník 1857, svazek 24, str. 4 násl. passim.; *Maassen*, Paucapalea tamže, ročník 1859, sv. 31, str. 449 násl. passim. *Schulte*, Die Rechtshandschriften der Stiftsbibliotheken von Göttweig etc. tamže, ročník 1867, svazek 57; str. 578 násl. v. *Schulte*, Geschichte der Quellen und Literatur I., str. 137 násl. *Tanon*, Étude de littérature canonique. *Rufin et Huguccio* 1889 (srovn. shora), str. 9 a násl. v. *Schulte*, Die Summa des Stephanus Tornacensis 1891 str. VII, IX, XIX, XXII. v. *Hörmann*, Die Desponsatio impuberum (1891) str. 83 násl., též *Singer* v Archiv für k. K. R. 73. svazek, str. 26, 27, 31, 114.

psáním summy *Rufinovy* a *Štěpánovy*, přece odtud má v literatuře veliký význam, že v praktickém upotřebování brzy zcela zatlačila pramen svůj a sama pozdějšími citována byla jako samostatná práce bez povšimnutí dřívějších základů.

Summy *Jana z Faenzy* dosud tiskem nevydané užíváme dle rukopisu vídeňské dvorní knihovny (číslo 2118 rukopisů).¹⁾ Na listu 105. ve 4. sloupci a listu 106. v 1. sloupci ve výkladu ke Causa XXVII. umístěno jest pojednání o všeobecné nauce překážek manželských i začíná slovy: „Nunc que persone legitime sunt ad matrimonium contrahendum, est consequens videre.“ Rozdělení *Janovo* kryje se celkem s rozdělením *Rufinovým*, pročez od jeho slovného podání zde ustupujeme; odchylky co do smyslu nejsou téměř žádné, odchylky slovní nemají zde významu.²⁾

Z toho plyne, že spracování *Janovo* v naší otázce neznamená pražádnou změnu; co řečeno při *Rufinovi*, slušelo by zde zcela opakovati.

¹⁾ Rukopis byl nám do Pražské knihovny zaslán, začež zde svůj povinný dík vyslovujeme.

²⁾ Zvláště vytýkáme, že náš rukopis má ve větě z *Rufina* převzaté (srovn. *Schulte*, *Rufinus* str. 384) „Si vero haec tria videlicet votum, cognatio, impossibilitas praefato modo dividantur, duodecim erunt ea que illegitimas personas constituunt“ místo správného quindecim; neboť 10 překážek se vytýká, z nichž 3 se pododdělují dohromady na 8 překážek, z čehož plyne počet: 10 — 3 = 7; 7 + 8 = 15. Rozumí se, že celá věc jest vedlejší.

Interdictum ecclesiae zakládá *Jan* jako překážku vylučující in quodam decreto *Coelestini*, kdežto *Rufin* uvádí *Eugenia*. Srovn. k tomu *Singer*, l. c. 432 pozn. 196.

Na témže stanovisku, na kterém stojí *Rufinus* a *Joannes Faventinus*, nalézá se též *glossa k Excerpta et Summa Canonum sive decretorum sicut apostolica sanxit auctoritas*, o níž shora již zmínka učiněna byla. Rozdělení překážek jest zcela totožné, téměř slovné, jen že různění na překážky absolutní a relativní jest vynecháno, kdežto ve všem ostatním shoda jest.¹⁾

I Kotvícký Tractatus de matrimonio, vzniklý brzy po dekretu *Gratianově*, dle *Schulte*ho zpracovaný snad z nějaké *summy*,²⁾ vykazuje tytéž rozdíly překážek, jaké jsme byli při *glosse* právě zmíněné vytkli.³⁾

Vytknuta budiž též anonymní *Summa* (Codicis Bambergensis D. II., 17) *Schultem Coloniensis* nazvaná, asi z r. 1169 nebo 1170, která patrně německým autorem sepsána byla a jež se jeví býti učebnicí církevního práva opírající se o *decretum Gratiani*.⁴⁾ Stojíc na stanovisku, že *consensus* jest

¹⁾ *Schulte*, *Decretistarum iurisprudentiae specimen* pag. XVI. *Glossy* tyto jsou připsány cizí rukou, jsou mladší než text, ale pocházejí ještě z XII. stol.; již *Schulte* k tomu poukázal, že patrně vzaty jsou z pozdějších známých *summ*, jen že na různění *Štěpánovo* nikterakž neupomínají; srov. *ibidem* str. XVIII.; též *Singer*, I. c. 69. sv. str. 425, pozn. 177.

²⁾ *Schulte*, I. c. str. XVIII.—XX.

³⁾ *Schulte*, I. c. str. XVIII. má asi chybnou transkripci; uvádí totiž větu *Accidentalibus enim causis nec confirmari vel infirmari matrimonium potest*, která snad vzhledem k místům několikráté již shora udaným má správně znít: *accidentibus enim causis vel confirmari vel infirmari matrimonium potest*.

⁴⁾ O *Summa Coloniensis* sluší srovnati: *Schulte*, *Zur Geschichte der Literatur über das Decret Gratians*. Zweiter

rozhodujícím činitelem pro uzavření manželství, považuje důsledně způsobilost ke konsentování za rozhodnou pro způsobilost manželskou.¹⁾ Dle toho, co *Schulte* úryvkem z ní podává,²⁾ nemá nijaký samostatný systém různění překážek, naopak vypočítává jich 14 (*votum*, *ordo*, *habitus* atd.) a uvádí pak známé rozdělení, že „*harum causarum aliae personas, aliae ipsam earum coniunctionem illegitimam efficiunt*“.

Do prvních let 7. desítiletí XII. stol. spadá *Summa Parisiensis*, která poprvé *Maassenem* byla objevena a pak *Schultem* blíže popsána;³⁾ pochází z Francie od neznámého, v Bononii vycvičeného kanonisty. *Summa* tato zaujímá stanovisko přísné *theorie konsensuální*; co do rozdělení překážek nezdá se, že by měla zvláštní stanovisko.

Petrus Blesensis junior ⁴⁾ (*Petr z Blois*) ve svém *Speculum iuris canonici* asi z r. 1180 nezabývá se

Beitrag v cit. *Sitzungsberichte*, roč. 1870, sv. 64, str. 93—114. *Týž*: *Geschichte* I. str. 223, 224. Částečně otištěna jest u *Scheurla*, *Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechtes* str. 165 až 176. *Hörmann*, *Desponsatio* str. 94 násl. *Singer*, I. c. sv. 69 str. 431 pozn. 194.

¹⁾ *Hörmann*, *Desponsatio impuberum* str. 102.

²⁾ *Schulte*, *Zweiter Beitrag* cit. na str. 62, pozn. 4, str. 113 násl.

³⁾ O *Summa Parisiensis* srovn. sluší obě práce *Maassenovy* cit. na str. 60, pozn. 2; dále pojednání *Schultovo* cit. na str. 62, pozn. 4, str. 114—134, pak v. *Schulte*, *Geschichte* I., 224, 225; malý úryvek jest otištěn u *Scheurla*, *Die Entwicklung des kirchlichen Eheschliessungsrechtes* str. 177 a 178. *Hörmann*, *Desponsatio* 109 násl.

⁴⁾ *Schulte*, *Geschichte* I., 207 a 208. Vydání obstaral *Theophilus Augustus Reimarus*: *Petri Blesensis opusculum*

sice ex professo s právem manželským, neboť po-
dává pouze některé základní pojmy práva kanoni-
ckého, při čemž čerpal hlavně z *Rufina, Štěpána a*
Jana Faventina. My jej zde uvádíme, ačkoli vliv
jeho na pozdější vývoj zdá se býti zcela nepa-
trný, jen proto, že vytýká dle našeho mínění
theoretické odůvodnění překážek manželských, jak
se dělo v dobách jeho, najmě co se otázky naší tkne.
V caput II. mluví o zásadě: Quod ab initio non
valet ex postfacto, convalescit. *Mezi jinými* vytýká
rozdíl neplatných jednání podle toho, zdali jimi
podniknuto bylo něco proti zákonnému zákazu odů-
vodněnému příčinou stálou nebo proti zákazu odů-
vodněnému příčinou dočasnou. V prvním případě
zhojení neplatnosti není možné, v druhém po od-
padnutí příčiny ovšem ano: „Item eorum, que
contra legem fiunt, quedam fiunt contra legem
perpetuam causam prohibitionis habentem, quedam
contra legem non habentem perpetuam prohibi-
tionis causam. Que fiunt contra legem habentem
perpetuam prohibitionis causam, pro infectis ha-
benda sunt et ex postfacto nullatenus convalescunt;
imo adeo infirma sunt, ut nullo remedio confir-
mentur, ut matrimonium cum sorore vel inter con-
sanguineos vel affines. Nam in his causa pro-
hibitionis est honestas, que matrimoniorum est
comes perpetua . . . Similiter de illo, qui vivente
uxore, aliam superduxerit scienter, vel aliam se
ducturum iuravit . . .

de distinctionibus in canonum interpretatione adhibendis,
sive, ut auctor voluit, Speculum iuris canonici. Berolini 1837.

Que, quia non habent perpetuam prohibitionis
causam, possunt convalescere ex postfacto.“¹⁾

Vzpomeneme-li si na shora vytknuté různění
překážek na perpetua a temporaria impedimenta,
míníme zde míti doklad, že jsme správně pojímali
rozdíl onen, neshledávajíce v něm žádný základ
pro opodstatnění překážek veřejných a soukromých,
nýbrž celkem jen vytknutí přirozené zásady, že
po odpadnutí zákonné překážky manželství možno
opětně uzavřítí, kdežto možnosti takové se nedo-
stává, když vada zakládá se v trvalé okolnosti.²⁾

¹⁾ *Reimarus*, l. c. Cap. II., str. 22—24. K tomu sluší
srovnati Cap. LIII. (Ratihabitionem retrotrahendam esse)
str. 97 a 98: „eo excepto, quod de sacramento matrimonii
dicitur quod quamvis ab initio nullum fuerit, ex post facto,
i. e. ex posteriori consensu, convalescit, ut si (sit?) aliquid,
quod nullum fuit.“

²⁾ Litujeme, že nám pro tentokrát nebylo možno
používatí nějakého rukopisu summy *Hugucciovy*, ačkoli
v ohledu tom různé pokusy s naší strany byly učiněny.
Hugucciova Summa pochází z doby po r. 1187 a jest spracováním největší části tehdejší literatury o dekretu Gratia-
nově. Dle autorů Hugucciem užitých a autorů z Huguccia
čerpajících nezdá se, že by H. měl v naší otázce zvláštní
stanovisko. Příkladem poukazuje k Hugucciovi glossa ordi-
naria k c. 1. C. XXXV. Q. 6 s. v. Accuset co do kvalifikace
žaloby na neplatnost manželství: „improprie secundum H.
arg. C. de inoff. testam. l. Parentibus (= 1. 8 C. 3, 28),
ubi ponitur accusare pro agere.“ Hlavní zásady Hugucciovy
co do uzavírání manželství vytkli *Hörmann*, *Desponsatio*
str. 187 násl. *Hussarek*, *Die bedingte Eheschliessung* str. 82
násl. O Hugucciovi vůbec srovn. *Schulte*, *Geschichte I*,
156 násl. a cit. pojednání *Tanonovo* *Étude* atd. str. 15 násl.

§ 6.

Doba dekretalistův až po vydání Clementin.

Obracíme se nyní k *Bernardu z Pavie*,¹⁾ známému původci *Compilatio prima* z let 1187—91, jenž se hlavně proslavil svou *Summa decretalium* (mezi 1191 a 1198), příruční knihou to církevního práva tehda platného. V naší otázce přichází k platnosti vedle této Summy i jeho nejstarší kanonický spis *Summa (summula) de matrimonio*, pocházející z doby okolo r. 1177. Tato summa stojí na stanovisku, že „matrimonium facit utriusque consensus

¹⁾ O *Bernardu z Pavie* sluší srovnati: *Laspeyres*, *Bernardi Papiensis Faventini episcopi Summa Decretalium* (Ratisbonae 1860); *v. Schulte*, *Geschichte der Quellen und Literatur I.*, 175 násl. (životopis a spisy); str. 78 násl. (o *Compilatio prima*); str. 228 (jako glossator); *Kunstmann*, *Das Eherecht des Bischofes Bernhard von Pavia* v *Archiv für katholische K. R.* VI. svaz. (1861) str. 3. násl. a 217 násl. *Friedberg*, *Quinque compilationes antiquae*. (Lipsiae 1882) co do *compilatio prima*. str. 1 násl. Prolegomena k tomu str. VI. násl. *Hörmann*, *Desponsatio impuberum* str. 214 násl. *Bernardi summa decretalium* otištěna jest u *Laspeyresa* str. 1—284; *Summa de matrimonio* tamže str. 287—306 a též u *Kunstmanna* l. c. str. 223 násl. *Bernardi et Ricardi casus decretalium* u *Laspeyresa* str. 327 násl.

legitimus“, zaujímá tudíž úplně stanovisko theorie konsensuální. Za zákonu odpovídající (legitimum) považuje svazek a konsens, při nichž se nevyskytuje nic, co by nejen nepřekáželo samému manželství, nýbrž co by svazek uzavřený nerozloučilo. Manželství pak vadí (quae matrimonium impediunt) 14 překážek: votum, ordo, habitus, dispar cultus, error personae, conditio, cognatio, ligatio, enormitas delicti, impossibilitas coeundi, coactio, publicae honestatis iustitia, tempus feriarum et interdictum ecclesiae.¹⁾ V dalším pak *Bernard* probírá jednotlivé překážky, při čemž při impossibilitas coeundi vel conveniendi²⁾ vytýká známý nám již rozdíl: „alia est animi tantum, alia corporis tantum, alia utriusque; animi tantum ut in furiosis, corporis ut in frigidis et maleficiis impeditis, utriusque ut in pueris et puellis.“ Nějaké další rozdělení překážek *Bernard* zde neuvádí. Totéž stanovisko zaujímá *Summa decretalium* i vypočítává 14 překážek v témže pořadí a těmiže označeními s malou jen odchylkou, že totiž mluví o „causa publicae honestatis“. ³⁾ V titulu 20. (de divortii), mluvě o následcích prohlášení manželství za neplatné (divortium totale), má *Bernard* na mysli rozdíl mezi překážkami relativními a absolutními, neboť udává, zdali pak buď oba dří-

¹⁾ *Laspeyres*, str. 287 pod č. II. a III. *Kunstmann*, l. c. str. 223.

²⁾ *Laspeyres*, str. 301 pod č. 10. *Kunstmann*, l. c. str. 244 násl. Srvn. k tomu *Hörmann*, *Desponsatio impuberum*, str. 215.

³⁾ *Laspeyres*, str. 131, § 5 a 6 a str. 176 § 2. *Freisen* l. c. 351 násl. a 228, 594.

vější zdánliví manželé mohou uzavřítí sňatek nový, anebo zdali tak činiti může jen jeden z nich. Oba tak činiti mohou, vadila-li prvnímu svazku překážka různosti náboženství, omylu v osobě a ve svobodném stavu, příbuzenství atd.; jen strana jedna při překážce slavného slibu, vyššího svěcení, řeholnictví, nemožnosti a j.¹⁾

Z toho, co o *Bernardovi* v naší otázce uvedeno, patrně, že ani jeho práce nevykazují žádnou změnu, nechávající otázku rozdělování překážek celkem nepovšimnutou.

Zmínky zasluhuje ještě v této souvislosti výrok *Bernardův* o manželství zdánlivě uzavřeném, k němuž veden byl otázkou, proč se stále říká, že překážky vylučující „dirimunt matrimonium contractum“. Výklad jeho jest správný, že se totiž mluví pouze o uzavření skutečném, nikoli právním, neboť nastalo pouze spojení dvou osob ve formě při uzavírání manželství jinak obvyklé.²⁾

Již *Freisen* byl k tomu poukázal, že od *Bernardovy* Summula de matrimonio ujal se výrazy (*impedimenta matrimonium contrahendum impediencia et contractum dirimentia*) jako technické pro označení překážek vylučujících a zakazujících.³⁾

K jinému výsledku nepřicházíme, přihlédneme-li k výkladům *Bernardovým*, nakořik se tkne řízení

¹⁾ *Laspeyres*, l. c. 189. *Freisen* l. c. 844 nsl.

²⁾ *Laspeyres*, str. 293. *Kunstmann*, l. c. 233. *Freisen*, Geschichte 223.

³⁾ *Freisen*, Geschichte, str. 223, 224. *Laurin*, Pokrevnství a švakrovství (1891) str. 26.

ve věcech manželských. Jeho *Summa de matrimonio* sice zevrubně otázkou touto se nezabývá, udává jen, že *causa matrimonii* jest *spiritualis*, a že tudíž patří před soudce církevního.

Přirozeno jest též, když se *Bernard* o soudnictví synodálním zmiňuje, kterým v oněch dobách souzeny byly ještě přehmaty proti církevním příkazům: „Debet enim episcopus synodali iuramento de suis parochianis aliquos bonae famae viros constringere, ut matrimonia consanguineorum vel affinium, si scierint, annuntient et consanguinitatem vel affinitatem testificentur, ut (Gratiani) C. XXXV, qu. 6, Episcopus (c. 7), et ita in matrimonio possunt iidem esse accusatores et testes; sed haec potius denuntiatio quam accusatio dici potest.“¹⁾ Poukazem k soudnictví synodálnímu děje se poukaz ku zvláštnímu řízení trestnímu; třeba se zde jen o určitých manželstvích neplatných mluví, a sice o těch, které v praktickém životě asi nejhojněji se vyskytují, přece nepřímě z toho zdá se plynouti důsledek, že *Bernard* přihlíží k věci tak, že kdo žije v manželském svazku církví zapovězeném, dopouští se církevního přečinu, který byl synodál-

¹⁾ *Laspeyres*, l. c. str. 305 pod č. IV. Užívání výrazu „accusare“ pro udání, že příbuzní v manželství žijou, jest staré; nalézá se jako pocházející z dekretalie připisované papeži Fabianovi, u Burcharda, Anselma, Ivona (Decr. Pan. a Collectio trium Partium), u Polycarpa a u Gratiana (c. 1. C. XXXV., Q. 6) srovn. *Friedberg*, Corpus iuris canonici I. str. 1277—78 pozn. 1 k naznačenému místu. Odtud vůbec zdomácněl. Srovn. též doleji.

ními soudy stíhán a trestán, byly-li ovšem podmínky tohoto řízení splněny.¹⁾

Poněkud blíže přihlíží *Bernard* ke stránce procesuální ve své *Summa Decretalium*, a to ve čtvrté knize, titulu 19. a titulu 20. Zde opět se setkáváme se s názorem shora již vytčeným, že řízení soudní pro neplatnost manželství vyvolává se více cestou denunziace, než akusace: (§ 1.) „Accusatur autem matrimonium per denuntiationem, non autem per sollemnem accusationem,“ při čemž odůvodnění jest zajímavé, „quia hic non persona de crimine accusatur, sed matrimonium non esse legitimum denuntiat, nisi forte alter coniugum propter alterius adulterium divertere velit, quo in casu ipsum de adulterio accusabit, vel vir uxorem vel econtra, quia in talibus non ad imparia iudicantur, ut (Gratiani) C. XXXII, qu. 1. Si quis uxorem (c. 4.) et qu. 5., Praecepit (c. 19.), Christiana (c. 23.); sed nec in hoc casu illa iuris sollemnitas de accusationibus requiretur, cum non ad poenam sanguinis, sed ad divortium accusator intendat.“²⁾ Důraz klade se tudíž na to, že proces ve věcech manželských nesmí veskrze na roveň postaven býti řízení trestnímu vůbec, třeba se stále mluví o *accusare matrimonium*. K tomuto *accusare* jsou pak všichni legitimováni, kdož nejsou výslovně

¹⁾ O synodálním soudnictví srovn. *Hinschius*, System des kath. Kirchenrechts, 5. sv. (1895), str. 425 násl. Srovn. ale též *Summa Rufini* (Schulte str. 462) Causa XXXV., Q. 6. c. 7: „Hoc decretum hodie non per omnes, sed per quasdam provincias observatur.“

²⁾ *Laspeyres*, l. c. 184.

vyloučeni *ad instar popularis actionis*, ut infra eod. Pervenit (c. 3.) (= c. 3. in Compil. prima, 4, 19) z důvodu toho, že zde běží o *periculum animarum*. Ale i manželé mohou žalovati, leda v případech zvláště vyňatých.

Jednotlivé zákazy žalob se strany osob třetích se pak vytýkají, které nás zde blíže nezajímají.¹⁾ Jen zvláště vytknutí sluší názor *Bernardův*, že žaloba na neplatnost manželství podána býti nemůže, když nastala „temporis diuturnitas, sc. si coniuges per XVIII vel XX annos insimul sine quaestione manserint ut infra eod. Consuluit (c. 2.) et arg. Dig. de ritu nupt., Qui in provincia (L. 58) § 1. [= § 1 l. 57 (resp. 58) Dig. de ritu nuptiarum (23, 2)] „quod mirum videtur, quia diuturnitas temporis non minuit peccata, sed auget, ut infra de simonia Non satis“ (c. 7 in Comp. I. de simonia 5, 2). Tento *Bernardův* názor sluší blíže prozkoumati, neboť jest velmi důležitý pro otázku naši.

Především jisto jest z věty posléze udané, že *Bernard* považuje žalobu, kterou na myslí má, přece za žalobu trestní, neboť by se nedivil, že uplynutím doby udané žaloba nemá již připuštěna býti, kdežto přece platila zásada, že čím déle trestný poměr trvá, tím trestuhodnějším se stává.

Nápadno ovšem jest, že *Bernard* v otázce této přece nad jiné povolany nepodal vysvětlení, které jemu jako původci kompilace první dobře známo bylo.

¹⁾ *Laspeyres*, l. c. 184, 185 § 3 nsl.

V textu právě uvedeném dovolává se *Bernard* cap. Consultuit; jest to cap. 2. *Compilationis primae* IV. 19, které co do věci totožné jest s cap. 3. tamže. Obě místa pocházejí od Alexandra III.¹⁾ a žádné z nich nebylo do sbírky Řehořovy převzato. V obou případech běželo o manželství mezi blízkými příbuznými; v prvním uvádí se stupeň 4., v druhém mluví se všeobecně o takovém stupni, že dle práva nižším způsobem nemohou zůstatí manželé spolu. Rozhodnutí jest zásadně totožné; uplynulo-li totiž od doby, kdy příslušná manželství in facie ecclesiae uzavřena byla, mnoho let (v prvním případě mluví se o 20 nebo 18 letech), tu nemá se připustiti žaloba o neplatnost, když po celý tento čas nebyl žádný žalobce vystoupil. Jako důvod zvláštních těchto rozhodnutí uvádí se výslovně v cap. 3. *favor matrimonii*, který ve vývoji práva manželského hrál tak důležitý úkol: „Tollerabilis est enim aliquos contra statuta hominum copulatos relinquere, quam coniunctos quoslibet legitime contra statuta domini separare.“ Kdyby však od uzavření manželství jen doba nedlouhá byla uplynula, má proces kanonický zahájen a ukončen býti se šetřením všech okolností. Ratio legis byla patrně ta, že, když po dlouhou dobu dvě osoby považovány jsou za manžele, a jim vadí pouze překážka zakládající se v právu lidském, lepší jest tento stav trpěti, nežli odloučením manželů způsobiti

¹⁾ *Friedberg*, *Quinque Compilationes Antiquae* str. 52; co do proveniencie srovn. příslušné poznámky ke cap. 2. a 3. tamže.

snad veřejné pohoršení, které by záležitosti mohlo v pokračování v nedovoleném poměru přes zřejmý zákaz církevní. *Tancredovy* výklady názory tyto ještě doplní.

Dalšího vytčení zasluhuje § 6. *Bernardových* zmíněných výkladů: „Constat autem, quod sine accusatione matrimonium non debeat separari, quia iudicis non est sine accusatore damnare, ut (*Gratiani*) C. II. qu. 1. In manifesta (c. 17), nisi crimen sit notorium, ut in eodem capit. invenitur et in alio ibidem praecedente i. e. Manifesta (c. 15) et infra de divort. Porro (c. 3. in Comp. I. de divortii (4, 20) et infra de accusat. Evidentia (c. 11 in Comp. I. de accusationibus (5, 1). Na tento výrok *Bernardův* klademe veliký důraz. Chtěl by někdo z těchto jeho slov vyvoditi důsledek, že jsou všechny překážky dle jeho názoru soukromoprávné v moderním smyslu, protože se vyslovuje zásada: „quia iudicis non est sine accusatore damnare“ s výjimkou obecně známého přečinu? Zajisté, že nikoli; vždyť by kritérium překážky veřejnoprávné a soukromoprávné musilo hledáno býti jedině v tom, zdali neplatné manželství jest veřejně známé nebo ne, a to za rozdíl nevytkl z novějších nikdo, kdo drží se onoho různění. A přece jest tvrzení *Bernardovo* zcela správné a přirozené: jest-li přestoupení církevního předpisu spáchané neplatným manželstvím veřejně známé, tu musí církevní soudce vystoupiti, aby náprava učiněna byla; což výslovně dokládá *Bernardus* v titulu 1. knihy 5.: „Ceterum ubi crimen notorium, non indiget accusatione, ut infra eod. Evidentia (c. 11); et C. II. qu. 1.

Manifesta (c. 15.), In manifesta (c. 17.).¹⁾ Jest-li ale onen přečin tajný, pokud se tkne, ne notorický, zejména tedy ne soudně známý, tu ptáme se, jak pak jinak má být proces zahájen, než žalobou těch, kdož o tomto přečinu vědět budou; a těmi jsou v nejhojnějších případech manželé sami. In foro externo nemůže než o skutcích zjevných rozhodováno býti, jejichž známost musí nějakým způsobem býti zajištěna.

Avšak ještě jiná okolnost historická padá velice na váhu; akusace manželství porovnávána byla, ovšem nikoli na roveň postavena s trestní akusací; řízení akusační za doby *Bernardovy* bylo ještě panujícím řízením hlavním, vždyť řízení inkvisiční bylo tehda teprve v plénkách, což na př. též patrně z *Bernardovy Compilatio prima*, která v 5. knize má pouze tituly *de accusationibus, de purgatione canonica, de purgatione vulgari* (tit. 1, 29, 30), ale nemá ještě titulu *de inquisitionibus*. Akusační řízení ovládáno však bylo zásadou, že žaloba podána býti musí od poškozeného nebo jeho přátel, při čemž různění zločinů na crimina publica a privata ničehož neměnilo na nutnosti zahájit proces žalobou;²⁾ obžalovací zásada byla tudíž i v řízení manželském za hlavní zásadu prohlašována, aniž by tím ovšem odpírána byla biskupovi přirozená povinnost, bdíti nad svátostmi, tudíž i nad manželstvím.

¹⁾ *Laspeyres*, l. c. 201, § 5.

²⁾ *Fournier*, *Les Officialités au moyen âge* (1880) str. 235 nsl. Srovn. na př. *Rolandovu Summu, Causa II., Q. 1* (*Thaner*, l. c. str. 16) nebo *Štěpánovu Summu, Causa II., Q. 1* (*Schulte*, *Summa Stephani* 158) atd.

Robertus Flamesburiensis,¹⁾ stojí v pojednání o manželství obsaženém v jeho *Poenitentiale*, pocházejícím asi z let 1206—10, na stanovisku, že manželství bez konsensu není možné: „consensus est de substantia matrimonii et sine consensu non est matrimonium“²⁾ což blíže provádí tím, že ku platnosti manželství tři věci za potřebné prohlašuje: „consensus animorum, consensus corporum i. e. consensus in carnalem copulam, et personarum habitas ad contrahendum“. Kdykoli nedostává se jednoho z těchto tří požadavků, nevznikne po právu manželství.³⁾

Z toho pak důsledně plyne jeho věta: „consensus animorum et habitas corporum ad carnalem copulam exiguntur ad matrimonium et eorum defectus impedit matrimonium“⁴⁾ což pak později poněkud jinými slovy opakuje: „in matrimonio contrahendo duo sunt necessaria, ut possint consentire et commisceri“⁵⁾

¹⁾ O *Robertus Flamesburiensis* (z *Flamesbore* asi v Anglii, nikoli v *Hollandsku*) z konce XII. a ze začátku XIII. stol. sluší srovnati *Schulte*, *Geschichte der Quellen und Lit. I.*, str. 208 nsl. Od něho pochází *Poenitentiale*, rozdělené na 10 knih, z nichž druhá mluví o manželství a byla *Schultem* tiskem vydána: *Roberti Flamesburiensis, canonici et poenitentiarum s. Victoris Parisiensis Summa de matrimonio et de usuris. Ex Roberti Poenentiali. Gissae 1868.* K tomu *Hörmann*, *Desponsatio impuberum*, str. 250 nsl.

²⁾ *Schulte*, *Rob. Flam. Summa de matr.* str. XXII. pod č. XIV.

³⁾ *Schulte*, l. c. str. XI. pod č. II.

⁴⁾ *Schulte*, l. c. str. XII. i. f.

⁵⁾ *Schulte*, l. c. str. XXI. pod č. XIII.

Pod záhlavím pak „Quae impediunt et dirimunt matrimonium“ vypočítává jednotlivé překážky a sice počtem 13, a to částečně v jiném sestavení, než jsme dosud byli seznali: votum, ordo, habitus, dispar cultus, error personae, cognatio, agnatio sive affinitas, publicae honestatis iustitia, delicti enormitas, coactio, raptus, tempus feriatum, interdictum ecclesiae.¹⁾ Podle shora řečeného zvláštní není, že ve výpočtu tomto schází jako samostatná překážka impossibilitas coeundi (resp. frigiditas a maleficium), amentia i aetas, neboť se to vysvětluje tím, že tyto osoby vůbec nemohou konsentovat k manželství v jeho smyslu a že v tomto případě manželství vůbec jest vyloučeno, jak on sám blíže ještě provádí pod záhlavím „quae exiguntur ad matrimonium“ a „de iustitia publicae honestatis“.²⁾ Zvláštností jest dále, že zde vytýká pouze error personae a nikoli také conditio (scil. error conditionis liberae), že od sebe zvláště různé příbuzenství, švakrovství a veřejnou mravopolečnost a pak že udává raptus jako samostatné impedimentum, kdežto nápadným způsobem ligamen se neuvádí.

Slavný *Tancred Bononský*³⁾ ve své *Summa de matrimonio*, sepsané okolo r. 1215, stojí na sta-

¹⁾ *Schulte*, l. c. str. XII. pod č. III.

²⁾ *Schulte*, l. c. str. XI. a XII. pod č. II. a str. XXI. pod č. XIII.; k tomu *Hörmann*, *Desponsatio impuberum* 250 nsl.

³⁾ O *Tancredovi* srvn. *Wunderlich*: *Tancredi Summa de matrimonio*. Gottingae 1841. *Schulte*, *Literaturgeschichte der Compilationes antiquae, besonders der drei ersten*

novisku podobném jako *Robertus Flamesburiensis*, neboť v titulu 12 „quis possit contrahere matrimonium“ za zásadu vytýká, že manželství uzavřítí může „omnis homo, qui consentire potest in coniugalem affectum, et carnis copulam, nisi expresse prohibeatur“. Způsobilst tedy k manželskému konsensu a způsobilst k uvolení se k manželskému souložení za rozhodnou se uznává; s tohoto hlediska ovšem nezpůsobilými jsou pueri infra legitimam aetatem constituti, neboť třeba mohli by snad skutečně vůli svou projevovati, přece projevení vůle jejich zákonně se neuznává; podobně vylučuje se ten, qui caret utroque testiculo, dále insanus a furiosus, neboť v tom neb onom ohledu jim schází způsobilst ku platnému souhlasu tak, jak se vyžaduje.¹⁾ V titulu 14. pak „quid faciat matrimonium?“ výslovně *Tancred* odpovídá k otázce této „quod solus consensus, etiam sine carnali copula“.²⁾ Co do počtu překážek mluví *Tancred* v titulu 15. (quae et quot sint impedimenta matrimonii)³⁾ pouze o 12 překážkách, v nynějším slova smyslu vylučujících, které totiž zabraňují manželství zamýšlenému a rozlučují manželství přece uzavřené (quae impediunt matrimonium contrahendum et dirimunt iam contractum).

v Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der k. Akad. d. W. in Wien, ročník 1871, svazek 66, str. 51 nsl. *Schulte*, *Geschichte der Quellen u. Lit.* I., 199 nsl., též 90.

¹⁾ *Wunderlich*, l. c. str. 14. a 15.

²⁾ *Wunderlich*, l. c. str. 16. Srovnati sluší též tit. 31: „...matrimonium, quod solo consensu contrahitur“. *Wunderlich*, l. c. 68.

³⁾ *Wunderlich*, l. c. str. 16, 17, 18.

Tyto překážky zahrnují 4 veršiky Tancredem uvedené:

„Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Haec socianda vetant connubia, iuncta retractant.“

Vedle těchto 12 vylučujících překážek zná Tancred ještě dvě překážky pouze zabraňující manželství, „quae impediunt matrimonium contrahendum, sed non dirimunt contractum“, totiž zapovězený čas a záповěď církevní, které zahrnuty jsou veršikem:

„Ecclesiae vetitum, necnon tempus feriarum
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.“

Při tomto rozdělení jinak pozoruhodno jest, že opětne error a conditio jako samostatné překážky se uvádí, že překážka dříve coactio nazvaná nyní technicky jako vis se označuje, že raptus samostatně nevystupuje, amentia a aetas se ve výpočtu nezahrnuje, což souvisí se shora řečenou nezpůsobilostí ke konsentování k manželství (a stejnou měrou platí o vyloučeném případě nemožnosti), že překážka řeholních slibů (habitus) zahrnuta v překážce votu, a pak že se naznačené 2 překážky již výslovně jen za zakazující označují.

Důležitým zjevem jest dále, že Tancred zavrhne důvodnost rozdělení překážek na *antecedentia* a *subsequentia*, vykládaje, že dle povahy věci překážka může manželství jen předcházeti, kdežto nastane-li skutečnost ji zakládající po uzavření manželství, na vznik tohoto působiti nemůže: „Sed

tamen ipsa vel aliquid eorum praecedat matrimonium, quoniam consensum coniugalem excludunt; si vero sequantur matrimonium, non praestant impedimentum.“ To ukazuje na příkladech duševně chorého (furiosus), vykleštěného (omnino sectus), na švakrovství a výslovně dodává, že stejnou měrou to platí o všech ostatních překážkách,¹⁾ což opakuje ještě jednou v titulu 30.²⁾

Rozdíl překážek na relativní a absolutní, třeba výslovně není vytčen, přece Tancredovi jest znám, což vyplývá z titulu „Qualiter sint tractandae causae matrimoniales“ (tit. 32, *Wunderlich* 70 nsl.), kde mluví o divortium in totum podobně jako Bernard různí, zdali oba dřívější manželé nebo jen jeden z nich mohli by nové manželství jinak uzavřítí.

Nelze-li v těchto výkladech Tancredových naléztí žádné stopy překážek veřejnoprávních a soukromoprávních, dojde se opětne k témuž konci, projde-li se nauka o tom „qui matrimonium accusare et testificari possunt.“³⁾ Každý může neplatné manželství zažalovati, kdo není výslovně vyloučen; i muž a žena mohou tak činiti. Ale jak manželé, tak i cizí vyloučení jsou „temporis diuturnitate, scilicet si steterint insimul sine quaestione per vi-

¹⁾ *Wunderlich*, l. c. str. 16, 17.

²⁾ *Wunderlich*, l. c. str. 67: „sed si postea sequantur, non impediunt nec dividunt“. Též *Freisen*, Geschichte str. 553.

³⁾ *Wunderlich*, l. c. tit. 34 str. 78 nsl. K tomu srovn. Tancredův titul 33: Si mulier petit aliquem in virum vel econtra petitorio vel possessorio et qualiter restitutio sit facienda; tamtéž str. 71 nsl.

ginti vel duodeviginti annos“; jest to týž případ, který již *Bernard* z Pavie byl vytkl; i zde dokládá se *Tancred* cap. 2. in Compil. prima (4, 19); avšak *Tancred* uvádí již také ustanovení nové a sice c. 50. Concilii Later. IV. (1215), které přešlo do 4. kompilace jako c. 3. de consanguinitate et affinitate (IV., 3) a do Řehořovy sbírky jako c. 8 de consanguinitate et affinitate (IV., 14), kterýmžto ustanovením longinquitas temporis se až po 4. stupeň úplně vylučuje. Zajímavý jest výklad *Tancredův*, kdy tato longinquitas jen místa míti může: „quando obicitur tale impedimentum, in quo ecclesia dispensare possit, quia, sicut dicitur in praeallegata decretali „Per tuas“ (= c. 2. in Comp. tertia 4, 13) ecclesia post duodeviginti annos dispensando dissimulat et dissimulando dispensat“;¹⁾ jest to dokládání se známého *dissimulare*. Po vyčtení všech důvodů, které oprávnění podati žalobu vylučují, však naši otázky přímo se netýkají,²⁾ výslovně se podotýká: „in nullo alio casu credo aliquem repellendum ab accusatione matrimonii“. Z toho plyne, že ani *Tancredovi* vůbec pranic známo ne-

¹⁾ *Wunderlich*, I. c. str. 81. K tomu srovnati sluší též titul. XII. (qui matrimonium accusare vel testificari possunt) 4. knihy v Compil. II. Též *Schulte*, Die Compilationen Gilberts u. Alanus str. 616 a 617 pod lit. d) v Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe 65. sv. (1870).

²⁾ Důvody tyto zakládají se opětně na favor matrimonii a na názoru, že nemá ten u soudu vystupovati, který by chtěl tohoto práva v neprospěch jiných zlomyslně zneužívat. Jsou to důvody, které celkem do dnes platí. Zásada jest táž, jako při vylučování osob z akusace vůbec. *Fournier*, Les Officialités str. 238 nsl.

bylo o tom, že by některé překážky základ svůj měly pouze v zájmu stran a že by *proto* jen manželé mohli u soudu proti platnosti manželství vystupovati.

I *Tancred* výslovně pak k tomu poukazuje, že neprávem užívá se výrazu *matrimonium accusari*, poněvadž neděje se při akusaci nutná *inscriptio*,¹⁾ nýbrž že tu vlastně běží o „denunciatio, quae fit propter peccatum, in quo permanent“,²⁾ což později při žalobě o rozvod pro cizoložství *Tancred* opakuje, dodávaje: „Et talis accusatio magis proprie dicitur accusatio, quam in praecedenti titulo (o němž právě zde se mluví), quoniam ista fit propter adulterii crimen et fit cum inscriptione.“³⁾

Na témže stanovisku jako *Tancred* stojí *Raymundus de Pennaforte*⁴⁾ ve své *Summa*, sepsané v době po r. 1234, však před r. 1245, pravdě-

¹⁾ *Fournier*, Les Officialités str. 235 nsl.

²⁾ *Wunderlich*, I. c. 83 a *Fournier*, Les Officialités str. 256 nsl.

³⁾ *Wunderlich*, I. c. 85.

⁴⁾ *Raymundus* žil po r. 1180 až 1275; o něm srovn. *Schulte*, Geschichte II, 408 nsl. a *Wunderlich* I. c. str. XIV. nsl. Jako příklad přesunování některých vývodů *Tancredových* na místa jiná poukázáno budiž na zvláštnost, kterou jsme již nepozorovali, že totiž *Raymund* výklad o podmíněném uzavření manželství (sub conditione) zařadil ku výkladu o impedimentum conditionis, k čemuž se asi odhodlal vzhledem ku stejnému označení „conditio“. *Tancred* mluví o výmince v tit. 5. (Quis sit effectus sponsalium); *Wunderlich*, I. c. str. 5 nsl.; *Raymund* v § 3 de imped. conditionis, str. 773 vydání užívaného. Jest to: *Summa s. Raymundi de Peniafort cum glossis Joannis de Friburgo ad ss. D. N. P. Clementem XI secunda editio. Avenione 1715.*

podobně snad v r. 1235, což ovšem úplně vyložití se dá z povahy jejího pojednání o manželství, které se jeví býti celkem opsáním, pokud se tkne volným přepracováním *Summy Tancredovy*, k čemuž již *Wunderlich* byl poukázal. Co do rozdělení překážek manželských a co do oprávněnosti neplatnosti manželství domáhati se žalobou, věcných rozdílů mezi oběma summami není.¹⁾

Zde poukázati lze též k zajímavému *Opus libellorum super iure pontificio*, které kolem r. 1243 sepsal *Roffredus Epiphani* (*Beneventanus*),²⁾ kde v III. části se uvádějí příklady, kterak žaloby na základě jednotlivých překážek manželských k soudu podány býti měly, z nichž po stránce formální se doplňuje, co dosud po stránce hmotné ze spisů projednaných bylo uvedeno.

*Glossa ordinaria k dekretu Gratianovu*³⁾ s. v. *Quidam votum castitatis ad C. XXVII.* neudává

¹⁾ Srovn. *Summa Raymundi l. c. liber IV. de matrimonio* § 16 str. 767 nsl.; pak *de divortio* str. 831 nsl.; *qualiter accusatio sit facienda* str. 834 nsl. Srovn. též str. 806 a 822 § 7.

²⁾ Srovn. *Schulte*, *Geschichte* II., 75 nsl. Zemřel po r. 1243. Užíváme vydání pod hořejším titulem s označením *in urbe Argentinensi anno secundo post quindecim centesimum (1502)*; srovn. *pars III. fol. VII.—XII.*; na př. *fol. IX. de conditione apposita in matrimoniis vel sponsalibus* nebo *de impedimento erroris atd.* Viz též doleji.

³⁾ Co se tkne *glossa ordinaria k Dekretu Gratianovu* sluší srovnati: *Schulte*, *Die Glosse zum Dekret Gratian's von ihren Anfängen bis auf die jüngsten Ausgaben*. Wien 1872 (z 21. svazku *Denkschriften d. hist.-phil. Classe der kais. Akad. der Wissenschaften*) a sice co do Jana Německého (*Johannes Teutonicus*) str. 70—77, co do *Bartholomaea z Bres-*

jiný rozdíl překážek než na vylučující a zakazující, a vypočítává jednoduše 16 jich, o nichž pak uvádí memoriální verš. Jsou to překážky tyto: *votum*, *ordo*, *habitus*, *dispar cultus*, *error personae*, *error conditionis*, *cognatio*, *ligatio*, *publicae honestatis iustitia*, *enormitas delicti*, *impossibilitas coeundi*, *tempus feriarum*, *interdictum ecclesiae*, *coactio*, *aetas*, *furor*. K tomu se pak dodává: „*Verumtamen quaedam ex his impediunt contrahendum, sed non contractum dirimunt, ut infra dicitur. Impedimenta praedicta in his versibus sunt collecta:*

Votum, conditio, violentia, spiritualis

Proximitas, error, dissimilisque fides.

Culpa, dies vetitus, honor ordo, ligatio, sanguis.

Quae sit et affinis, quique coire nequit.

Additur his aetas, habitum conjunge furori.

His interdictum subditur ecclesiae.

Haec (si canonico vis consentire rigori).

Te de iure vetant iura subire thori.“

cie 77—87, co do dalšího rozšíření *glossy 88 a nsl. Schulte*, *Geschichte der Quellen u. Lit. I.*, 172 nsl. co se tkne původce *glossy ordinariae Johannes Teutonicus*, jehožto *apparatus ad decretum* před r. 1215 byl ukončen; tamže str. 222 a 223 o *glossa ord. vůbec*; *týž l. c. II.*, str. 83 nsl. o *Bartholomaeus Brixiensis*, jakožto přepracovateli *glossy Janovy*, což stalo se mezi léty 1238 a 1245. K tomu srvn.: *Laurin*, *Introductio in corpus iuris canonici (Friburgi et Vindobonae 1889)* str. 54. Pro *glossu ordinaria* užíváme *glossovaného vydání Corporis iuris canonici Lyonského z r. 1584*. *Glossované vydání Gratiana z roku 1471 (Pražská univ. knihovna 39 A 1)* má pouhý výpočet překážek bez doložení veršů shora vytknutých, kdežto vydání z roku 1500 (tamže 43 F 28) shoduje se již s textem hořejším.

Z porovnání obou těchto výpočtů jde, že formálně nemají stejný počet překážek, neboť tam jest jich 16, zde 18; rozdíl jest v tom, že zde zvláště se vytýká *affinitas a spiritualis proximitas*; v onom výpočtu jest *affinitas* zahrnuta v *cognatio a spiritualis proximitas v publicae honestatis iustitia*.

Pozoruhodno jest, že při obou výpočtech vyskytuje se *error personae* vedle *conditio* jako samostatné překážky, rovněž jako *votum a habitus*, že se pak *impossibilitas coeundi, coactio, aetas a furor* samostatně vyznačují, kdežto *raptus* vůbec uveden není.

Zvláště vytknouti sluší ještě názor glossy s. v. *Religione ad c. 1. C. 35. q. 1.*, kde se sice nemluví formálně o nějakém rozdílu překážek, kde ale přece skutečně takový stanoven jest, neboť se vykládá, že nemožnost, donucení a omyl v osobě nemají jako překážky základ svůj v ustanovení církevním, poněvadž za jejich vlády schází konsens nutný k manželství; totéž tvrdí se o dětském věku a o *abscissio membri*, čímž chce glossa naznačiti, že dle éthických zásad (*ius naturale*) poměry uvedenými manželství samo se vylučuje, že základem překážek jest tedy *ius naturale*, nikoli pozitivné ustanovení práva církevního. Praví se zde: „*quod consanguinitas non impedit matrimonium, sed constitutio ecclesiae . . . frigiditas enim sola et coactio et error personae (cum non sit ibi consensus) matrimonium impediunt sine constitutione ecclesiae. Item pupillaris aetas et membri abscissio.*“ Přichází zde k platnosti nynější rozdíl mezi překážkami *iuris naturalis* a *iuris po-*

sitivi, aniž bychom se zde blíže musili pouštěti do rozboru zvláštního stanoviska glossou v této příčině zaujatého.

Ke c. 1. C. XXXV. Q. 6. vytýká glossa s. v. *Accuset*: „*Et nota, quod causa matrimonialis non est criminalis, nec civilis, etiam ubi de crimine agitur in foro ecclesiastico, sed mixta, X. de procur. c. Tuae (= c. 5. X. 1., 38.)*“.

K jedné zvláštnosti sluší ještě poukázati: c. 27. X. de *sponsalibus et matrimoniis* (4, 1) užívá rčení: „*licet fama privatum (dle některých rukopisů privatim) impedimentum deferat parentelae*“. Patrně, že zde nemluví se snad o tom, že by překážka příbuzenství byla soukromoprávní, nýbrž má to zcela jiný smysl, jak již glossa *ordinaria*¹⁾ s. v. „*Licet fama privatum*“ k tomu poukázala: „*Et sic est fama aliquid, quod dicitur occultum vel privatum . . . et ideo dicitur fama privatum impedimentum: quia per famam solam non constat de impedimento, nisi alia probatio adsit . . . sed denunciatur fama: vel privatum impedimentum deferat, unde primo debet inquiri de fama: contrarium intelligitur quando constat de fama.*“ *Privatum impedimentum* znamená tudíž tolik jako překážka, která musí ještě prokázána býti, poněvadž není zcela zjevna.

¹⁾ Co se týče glossy *ordinaria* k liber *Extra sr. Schulte*, *Geschichte der Quellen u. Literatur II.*, str. 114 nsl. o *Bernardus Parmensis de Botone*, jehož *apparatus ad Decretales Gregorii IX.* pochází z r. 1263. *Laurin*, *Introductio in Corpus iuris canonici* str. 149, 150. Užíváme vydání, jak udáno bylo v pozn. na str. 83.

Glossae ordinariae ku třem velkým zákoníkům kanonickým zvláštního rozdělování překážek nemají.

Velice rozšířenou a váženou byla dále *Summa super rubricis decretalium*, již sepsal *Goffredus de Trano*.¹⁾

Ve výkladech k 1. titulu 4. knihy dekretalí Řehořových, neshledáváme vůbec žádného rozdělování překážek, nýbrž pouhý výpočet a krátké vysvětlení jich.²⁾ Za to v titulu 18. (qui matrimonium accusare possunt, vel contra illud testari) setkáváme se se známou již charakteristikou accusatio matrimonii:³⁾ „Unum tamen praemitto, quod secundum iura canonica et in foro ecclesiastico inproprie dicitur accusatio, quoniam huiusmodi petitio vel actio, etsi de crimine fiat, non tamen est criminalis, sed quasi mixta inter civilem et criminalem (poukazuje se zde ke c. 5. X. de procuratoribus, I, 38), i provádí se dále porovnání s querela inofficiosi testamenti, která i mnohdy nazývá se accusatio.

V dalším pojednání nacházíme názory, které by na první pohled proti nám svědčiti mohly, které však dle našeho mínění právě naše výklady potvrzují. *Goffredus* prohlašuje,⁴⁾ že neplatnost

¹⁾ O něm sluší srovnati *Schulte*, Geschichte der Quellen II., 88 nsl.; *Goffredus* zemřel r. 1245; jeho *Summa* pochází pravděpodobně z doby od r. 1241—1243; tiskem sice vyšla, však nám tištěný exemplář přístupný nebyl, proto jsme užívali rukopisu Pražské univ. knihovny se sign. VII F 22.

²⁾ fol. 79, col. 3.

³⁾ fol. 88, col. 1.

⁴⁾ fol. 88, col. 1.

manželství provésti oprávněni jsou pouze manželé a nikdo jiný „cum agitur de perpetuo impedimento, quod peccato subiectum non est“. Co se výrazu *perpetuum* tkne, tož užívá se ve smyslu shora při různění překážek několikráte již vytknutém; *peccatum* znamená zde zajisté tolik, jako *transgressio legis*; výklad tento vyplývá z příkladů *Goffredem* užitých. Čtyry příklady jsou celkem uvedeny, co se tkne legitimace ku podání žaloby. Na jedné straně totiž nemožnost, omyl, žaloba na rozvod pro cizoložství — na druhé straně *coniunctiones nefariae* způsobené uzavřením manželství při překážce příbuzenství, švakrovství a veřejné mravopoctnosti. Především jisto jest, že žaloba na rozvod do této souvislosti nepřisluší, ačkoliv i pozdější spisovatelé, věrni svým vzorům vždy i o ní na tomto místě, ovšem neprávem mluví. Že ku provedení neplatnosti v posledním případě každý jest oprávněn, že se ale dáti měla přednost nejbližším příbuzným a teprve v jejich nedostatku i jiným, jest stará zásada, známá již *Gratianovi*¹⁾ a před ním sbírkám *Burhardově*, *Anselmově*, *Ivovým* a pak *Polycarpovi*,²⁾ při čemž i někdy poukazováno bylo k podobným poměrům upraveným zákonem Juliovým de adulteriis,³⁾ ačkoli v praxi dle zásady této se neřídili, jak víme ze svědectví *Bernarda* a *Tancreda*.⁴⁾ Že v manželstvích takových a podob-

¹⁾ Causa XXXV., Q. 6.

²⁾ Srovn. str. 69 pozn. 1.

³⁾ *Esmein* I., 407; I, 30 Cod. Just. IX., 9; *Goffredi*, *Summa* fol. 88, col. 2.

⁴⁾ *Laspeyres*, I. c. str. 184 § 4; *Wunderlich*, I. c. str. 79.

ných vidělo se peccatum, které aby odstraněno bylo, každý měl právo přispěti, není nikterak nápadno, poněvadž neplatné manželství uzavřené proti příkazům církevním bylo porušením svátosti, přestoupením zákona církevního, čelícího proti trvání konkubinátův a vůbec poměrů mezi mužem a ženou zapovězených. Že tudíž žaloba v tomto případě jako popularis actio ve veřejném zájmu pro církevní blaho zavedena byla, o tom nelze nikterak pochybovati. Že ale v prvních dvou případech (nemožnosti a omylu) pouze manželé žalobu podati mohli, to nestalo se proto, že tu běželo jen o soukromý zájem příslušných stran, nýbrž z důvodu možnosti revalidace manželství, jak to výslovně i sám *Goffredus* uvádí, třeba nepoukazuje k této souvislosti přímo, tož přece nepřímou.¹⁾ Především budiž nám dovolena otázka: když někdo za omylu nebo při nemožnosti uzavře manželství, když pak překážky tyto na jevo přijdou a strany nechťi sice v manželství žíti, nýbrž v prvním případě by žíti chtěly v konkubinátu, v druhém by se chtěly oddávati nepřirozenému ukojování pudu pohlavního, nepáchaly by tu žádné peccatum, nebylo v takovém případě veřejné blaho církve tím dotknuto? Chtěl by v případě notoričnosti takových poměrů někdo tvrditi, že by nesměl soud církevní nezakročiti jen z toho důvodu, že tu běží jen o zájem jednotlivců, který by uplatniti mohli pouze strany?

Goffredus toto stanovisko nezaujímá. V případě nemožnosti (*frigiditas*, *maleficium*, *artatio*)

¹⁾ fol. 88, col. 1 a 2.

praví: „non enim interest aliorum de hoc agere, nisi eorum, qui cum aliquo ex impedimentis superioribus sunt coniuncti et in tali coniunctione constituti non peccant; nam consulitur, ut, si quis non possit habere coniugem ut uxorem, saltem habeat (eam) quasi sororem, i cituje se (*Gratiani*) c. 2. C. XXXIII. qu. 1. Zdá se nám, ovšem nechceme to tvrditi, že rčení *non interest aliorum . . . nisi eorum*, s kterým se ve starší literatuře a odtud v novější stále a stále setkáváme, asi mnoho přispělo k vytvoření soukromoprávních překážek, při nichž interes, zájem jednotlivce prý rozhoduje. Však rčení *mea, tua* atd. *interest* znamená v první řadě tolik, jako *mea, tua res est*, tedy mojí věci jest; *aliorum non interest* tolik jako *aliorum res non est*, jiných osob věci to není, nebo jinak, na mně záleží, na jiných nezáleží: nemusí to nutně ale znamenati: v mém zájmu jest, nebo jiní na tom zájmu nemají.

Dále vytknutí sluší, že *Goffredus* v této větě sám k tomu poukazuje, že nemohoucný manžel nesmí se při tomto stavu dopouštěti *peccatum* (*non peccant*), což jen potvrzuje mínění shora vyslovené. Důležité ovšem jest dokládání se udaného místa z *Gratiana*,¹⁾ kde rada se uděluje, že kdo s manželkou svou nemůže soulož vykonati, může ji míti jako sestru. Smysl pak celého místa jest tento: Jisto-li, že manželství formálně uzavřeno bylo, po-

¹⁾ cf. též na př. c. 4 X. de frigidis IV., 15. Jsou to názory církve římské; srovn. *Sehling*, Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft 42 nsl. *Freisen*, l. c. 345 nsl. Srovn. též doleji v § 10.

kládá se za platné. Překáží-li manželům nemožnost vykonati soulož, ať jednostranná, ať obapolná, pak, chtějí-li, mohou vedle sebe žítí ne jako muž a žena, nýbrž jako bratr a sestra. Pokud v tomto poměru se neprohřešují, a pokud neplatnosti manželství se nedomáhají, musí se míti za to, že chtějí tak, jak řečeno, vedle sebe žítí, a pak nikomu není dovoleno, aby proti svazku, jenž nyní platným se stal, vystupoval. Jinými slovy: procesuální legitimize ku podání žaloby jest zde podmíněna předpisem hmotného práva manželského, předpisem totiž o možnosti revalidace manželství původně neplatně uzavřeného; a poněvadž před sborem Tridentským vůle, manželství založiti, jakkoliv i mlčky mohla býti projevena, musí se tato vůle předpokládati potud, pokud opak není jistý; o vůli ale, jakožto o vnitřním rozhodnutí, mohou pouze manželé sami jistotu dáti.

Podobně má se to při omylu ve svobodném stavu manžela: i tu dle *Goffreda* nemůže jiný vystoupiti než ten „qui deceptus existit vel alius ipsius nomine“; a jako důvod se uvádí, že „actio tollitur“ tenkrát, jakmile ošálený, dozvědév se o stavu nesvobodném, „semel consensit“, což objasňuje se z doloženého c. 2. X. de coniugio servorum (4, 9), jehožto krátký obsah zní: „Separatur matrimonium, quando liber ignoranter cum ancilla contraxerit, nisi postea hoc sciens illam cognovit.“¹⁾ I zde rozhoduje tudíž co do legitimize

¹⁾ Dobrý výklad k tomu podává *Innocentii* papae IV. (*Sinibaldi Flisci*) Apparatus super V libris decretalium se-

k žalobě ohled na možnou revalidaci manželství, o jejímžto nedostavení se ovšem může jen příslušný manžel sám dáti vysvětlení.

Zdrželi jsme se úmyslně déle při výkladu *Goffredových* názorů, poněvadž nám běželo o to, vytknouti své stanovisko proti *Esmeinovi*,¹⁾ který zrovna na základě této Summy a spisů na ní spočívajících vyslovil mínění, že upravení legitimize k podání žaloby na neplatnost manželství stalo se z ohledu na zájem veřejný a zájem soukromý a poněvadž neuznává u *Goffreda* a jeho stoupencův ohled na revalidaci, kdežto dle našeho názoru právě tento ohled rozhodoval.

Totéž stanovisko jako *Goffredus* zaujímá *Hostiensis* ve své *Summa Aurea*,²⁾ jen že u onoho jest celá tato nauka úsečněji provedena než u tohoto. Při rozdělování překážek zdržuje se *Hostiensis* déle při vytčení překážek zvaných *antecedentia a subsequencia matrimonium*. I v jeho *Lectura*

psaný brzy po sboru Lyonském 1245 (srovn. *Schulte*, Geschichte der Quellen II., 91 nsl.) na str. 180 vydání z r. 1540 ke cap. Propositum tituli De eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium c. 1. X. IV., 7.

¹⁾ *Esmein* I., 405 nsl.

²⁾ *Henrici Cardinalis Hostiensis (Henrici de Segusia) Summa Aurea* (Summa super titulis decretalium) sepsaná v letech 1250 a 1261; srovn. *Schulte*, Geschichte d. Quellen II., 123 nsl. Užíváme vydání Lyonského z r. 1568. Na str. 290 in verso nr. 24 až 26 mluví o překážkách manželských vůbec; na str. 321 (in verso) a 322 (in recto) probírá nauku sem příslušnou: qui admittatur ad accusationem matrimonii; tamže (322) pod záhlavím Libellus accusationis charakterisuje ráz žaloby o neplatnost manželství.

in quinque Decretalium Gregorianarum libros jiné stanovisko nelze vytknouti.¹⁾

Totéž plnou měrou platí o věhlasném *Speculatorovi* (*Guilielmus Durantis* nebo *Duranti*)²⁾ jehož příslušné výklady zrovna tak jako *Hostiensiovy* silně upomínají na *Goffreda*.

Ani *Rosarium* arcijahna Bonónského *Guidona de Baysio*³⁾ nové učení nešíří, což při rázu převahou kompilatorském tohoto díla ovšem nikterakž

¹⁾ Užíváme vydání Pařížského z r. 1557 ve 2 svazcích; dílo sepsáno bylo po r. 1268; *Schulte*, I. c. str. 125; srovn. na př. výklad ke cap. Insuper tituli Qui matrimonium accusare possunt c. 4, X. 4, 18 na fol. XL (in verso) super Quarto Decretalium.

²⁾ *Guilielmi Durandi* Caesarei Pontificiique iuris *Speculatoris*, eius cui Speculum titulum esse voluit operis. Pars I.—IV. 2 fol. Užíváme vydání z r. 1541 (Lyonského). Spis tento dvakráte byl spracován, poprvé před (11. červencem) 1276 a po druhé ne po 1287. Srovn. *Schulte*, Geschichte der Quellen II., 144 nsl. Příslušná místa nalézají se ve 4. knize (2. svazek celého díla) de libellorum conceptione str. 175 in recto § 2—4, pak str. táž in verso § 3—5. Zejména v § 2 cit. praví se o žalobě pro nemožnost: „tunc soli coniuges admittuntur ad accusationem matrimonii: extraneorum enim non interest, quum etiam illis incitis simul morari possunt si velint: X. de frigidis et maleficiatis, Consultationi, dummode caste vivant ut XXXIII. q. V. Quod Deo,“ t. j. c. 4, X. 4, 15 a c. 4 C. XXXIII. q. 5.

³⁾ Užíváme Lyonského vydání z roku 1549: *Archidia. super Decreto. Clarissimi sacerorum Canonum interpretis Guidonis de Baysio* archidiaconi Bononiensis Enarrationes super Decreto, autor ipse Rosarium appellari maluit... Spis tento sepsán mezi 1296 a 1302. Srovn. *Schulte*, Geschichte der Quellen II., 186 nsl. Zmíněný výklad nalézá se fol. 326, 4. col. při Causa XXVII s. v. Quidam votum.

nápadným není; do formálního rozdělování se vůbec nepouští, nýbrž podává dle *Jana Faventina* stručný přehled překážek, jak o nich *Gratian* v Decretu pojednává.

Zvláštní zmínky zasluhuje *Johannes Andreae* co do *summy* o 4. knize dekretalíí.¹⁾ Překážky nerozděluje, nýbrž jen vypočítává.²⁾

Za to tím zajímavější jest stručný nástin o legitimitaci k podání žaloby o neplatnost manželství. Samozřejmým jeví se výrok, že k uplatnění překážek vylučujících zapotřebí jest accusatores et testes, což poněkud blíže se provádí; ale důležitý jest názor svědčící řízení z úřední povinnosti: „Etiam non apparentibus accusationibus et fama deferente impedimentum, episcopus potest de eo inquirere. Et si impedimenta vera repperit: matrimonia separare potest.“³⁾ Věta tato zní příliš všeobecně, než abychom s jistotou tvrditi mohli, že se vztahuje pouze k překážce z příbuzenství plynoucí, o níž ovšem před tím mluveno bylo co nejstručněji; povšimnutí zasluhuje též, že se posléze mluví o *impedimenta* v množném počtu.

Z další okolnosti, že se *Johannes Andreae* nezmiňuje současně o tom, že někdy právo žalobní

¹⁾ O *Janu Andreae* srovn. *Schulte*, Geschichte II., str. 205 nsl. (nar. po 1270, zemřel 1348); užíváno Norimberského vydání z r. 1507: *Summa Johannis Andree super quarto Decretalium*, též nazvaná *Capitula Johannis Andree de Sponsalibus et Matrimoniis*. *Summa* tato sepsána byla asi 1309 (*Schulte*, I. c. 214 nsl.) a jest as přepracováním *Summy Johannis de Anguissola* (*Schulte* II., 132 nsl.)

²⁾ str. 5.

³⁾ str. 13.

vyhrazeno pouze určitým osobám, nechceme žádných důsledků vyvozovati, poněvadž jest možný i výklad ten, že o otázce naší vůbec se zmiňovati nechtěl, a že tudíž mlčení jeho nesmí ani v ten, ani v onen smysl býti vykládáno.

§ 7.

Až do r. 1731

Pojímáme-li věci správně, nenašli jsme v uvedených dosud spisech žádné zmínky o tom, že by rozdíl mezi překážkami veřejnoprávními a soukromoprávními byl kanonické literatuře oněch dob znám; ovšem na tomto dosavadním líčení přestati nemůžeme, nýbrž chceme z následujících dob a z napotomné literatury některé z čelnějších spisů vyjmouti, jako jsme to dosud činili, abychom z nich další postup v otázce této seznali. Pravíme některé, neboť při těžké přístupnosti staré a starší literatury není jednotlivci vůbec možno, aby všechny známé spisy si mohl opatřiti; ovšem probrání všechněch spisů není ani nutné, neboť při známém sepisování, lze říci i opisování v dřívějších dobách, setkáváme se s jednou a touže myšlénkou stále a stále, aniž by se vždy s určitostí mohlo říci, kdo první ji byl vyslovil.

K Summě *Jana Andreae* poukazuje na př. *Zabarella* ve svém komentáři ke čtvrté knize dekretalií, kde v § 10. spokojuje se s pouhým výpočtem překážek.¹⁾

¹⁾ *Franciscus de Zabarellis*, nar. kolem 1335, zemř. 1417. *Schulte*, *Geschichte* II., 283 nsl. Užíváme Lyonského

Ani *Dominicus de sancto Geminiano* ve své *Lectura in sextum librum Decretalium* žádné nové hledisko nezaujal.¹⁾

K nejvýznamnějším kanonistům pak pozdního středověku náleží *Nicolaus de Tudeschis*, zvaný *Abbas Siculus* nebo *Panormitanus*,²⁾ jehož pozdější spisovatelé velmi často citují; sám ovšem stojí ponejvíce na stanovisku *Jana Andreae*. Podotknuv že na př. při překážce příbuzenství všichni legitimováni jsou k žalobě, ovšem že se příbuzným ze známých příčin přednost dává, dokládá pak: „hoc intellige verum, nisi subsit tale impedimentum, cui contrahentes possunt renunciare: puta impedimentum erroris, conditionis vel status, et frigiditatis; nam possunt partes simul stare, ut in c. Consultationi supra de frigidis et maleficiatis (c. 4 X. 4, 15) et de coniugio servorum (titul 9.) per totum, et ideo non debet admitti extraneus ad accusationem.“³⁾ Důvod, proč nemůže nikdo jiný než manželé v případech posléze vytčených žalovati, udává se zřejmě,

vydání z r. 1558 ve 3 svazcích: *Cardinalis Zabarella Commentaria in quartum et quintum librum decretalium*, která nalézají se ve 3. sv. Spis sepsán před r. 1391. Sr. 3. svazek fol. 2, 1. col.

¹⁾ Srovn. *Schulte*, Geschichte II., 294 nsl.; žil v 15. stol. Znám jest rukopis Vratislavský psaný r. 1443. Užíváme vydání z r. 1541, str. 239.

²⁾ Srovn. *Schulte*, Geschichte II., 312 nsl., zemřel r. 1453, dle jiných žil 1386—1445. Srovn. *Deutsche Zeitschrift für K. R. III. Folge 9. Bd. (1899) str. 140.* Užíváme z jeho *Lectura in Decretales Commentaria in quartum et quintum decretalium librum*, vydaná v Benátkách r. 1569.

³⁾ fol. 55, 1. col.

proto že sami mohou při vyjmenovaných překážkách svazek původně neplatný cestou revalidace přeměnit v manželství platné, a to obnovením konsensu výslovně nebo mlčky předsevzatým, neboť to jest smysl slov „impedimento renunciare“. Jest to jinými slovy totéž, co shora uvedeno bylo u *Goffreda de Trano* co do nedostatku projevení vůle: rozdíl jest ten, že *Panormitanus* výslovně o peccatum nemluví; i doložení mást jest co do věci stejné, třeba formálně nebylo totožné.¹⁾ Na konec činí zmínku o možnosti řízení z úřední povinnosti, při čemž dokládá se c. 7, X. de testibus cogendis vel non (II. 21.). Co se překážek tkne, poukazuje *Panormitanus* ad bonam glossam C. 27, qu. 1 (Gratiani).²⁾

Dle mínění našeho nezaujímá tudíž ani *Abbas Siculus* nějaké stanovisko nové.

*Joannes a Turrecremata*³⁾ do rozdělování překážek se nepouští; jejich vysvětlování má úplně ráz scholastický, což také z citovaných děl vyplývá.⁴⁾

Spisovatelé XVI. stol. nezdají se v naší otázce zaujímati stanovisko jiné, než dosud projednané. Příkladem poukazujeme na *Diega Covarrubiase*

¹⁾ To podotýkáme proti *Esmeinovi* I., 406.

²⁾ fol. 2, 1. col.

³⁾ O něm srovn. *Schulte*, Geschichte II. 322 nsl. Zemřel r. 1468; užíváme vydání Lyonského z r. 1555 ve 2 svazcích, z nichž druhý má titul *Joannis a. T. in causarum decreti secundam commentarii*; spis sepsán mezi r. 1447 a 1455.

⁴⁾ 2. svazek, fol. 162, 2. col. ad *Causam XXVII Q. 1. § 16* a nsl.

y *Leyva*¹⁾ a na *Petra de Ledesma*,²⁾ jakož i na protestanty *Melchiora Klinga*³⁾ a *Mikuláše Vigelu*,⁴⁾ v jejichž spisech nenašli jsme, co by zvláštní zmínky v otázce naší zasluhovalo.

Na souvěkou a pozdější literaturu manželského práva církevního po sboru Tridentském měl veliký vliv spis *Tomáše Sancheze* (1551—1610) *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomii tres*, který se dožil mnohých vydání v různých zemích a ještě dnes stále jest citován.⁵⁾ O rozdělení překážek mluví Sanchez v disputaci VI. knihy 7.⁶⁾

¹⁾ *Schulte*, Geschichte III., 721 nsl. Žil 1512—1577; In quartum librum decretalium Epitome v *Didaci Covarruvias a Leyva* Toletani episcopi Segobiensis Opera omnia in duos tomos divisa. (Lugduni 1661) pars I., str. 115 nsl.; pochází z r. 1545.

²⁾ Authore fratre *Petro de Ledesma*: Tractatus de magno matrimonii sacramento super doctrinam angelici doctoris in aliquibus quaestionibus Additionum ad Tertiam Partem. Venetiis 1595. Jest to výklad k tertiae partis summae theologiae Supplementum Tomáše Akvinského a sice ke quaestio 41 nsl.

³⁾ *Schulte*, Geschichte III., 2. odd. str. 22 násl.; žil 1504—1571. Matrimonialium Causarum tractatus methodico ordine scripto per D. *Melchiorum Kling* à Steynau; Francof. (rok při užitém exempláři udán není); str. 11, 35.

⁴⁾ *Schulte*, l. c. III., 2. odd. str. 27; žil 1529—1600; užívali jsme vydání Basilejského z r. 1577, *Nicolai Vigelii* (de Dreisa Hessorum) Methodus universi iuris pontificii absolutissima in quinque libros distincta.

⁵⁾ Srovn. *Schulte*, Geschichte III., 737 nsl.; užíváme vydání Antverpského z r. 1652 o 3 svazcích. Nejstarší vydání zdá se býti z r. 1602.

⁶⁾ 2. svazek, str. 19 nsl.

V § 2. a 4. naráží na rozdělení překážek na impedimenta iuris divini, resp. iure ipso naturae matrimonium dirimentia a impedimenta ecclesiastica čili iuris humani nebo ecclesiastici. Překážky jsou pak buď vylučující (dirimentia) nebo zakazující (prohibentia), (§ 3.). Zajímavé jest též další vylíčení překážek. Pravit, že právo předtridentské znalo 12 překážek vylučujících, k nimž Tridentinum přidalo překážky dvě nové, totiž clandestinitas a raptus (sess. 24. de reformatione matrimonii (cap. 1. a 6.). Tím vzrostl počet překážek na 14, které zahrnuje následujícími verši:

„Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas.
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si parochi et duplicis desit praesentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti reddita tutae.
Haec socianda vetant connubia, facta retractant.“

Zajímavé jest doznání *Sanchezovo*, že 4. a 5. verš přičinil sám (§ 3.).

Hlavně na základě svatého *Tomáše* (srovn. shora) podává pak různá rozdělení překážek a sice vzhledem ke smlouvě manželské a vzhledem ke stranám smlouvu uzavírajícím. K prvním zařazuje pro nedostatek svobodné vůle omyl a donucení, k čemuž počítá pak jako zvláštní případ únos. Překážky vyplývající z okolností nastalých ve stranách samých vadí buď *simpliciter*, buď vzhledem k určitým osobám. K oněm počítá nemožnost, otroctví, vyšší svěcení, slavný slib; k těmto pak svazek manželský, různost v náboženství, příbuzenství, šva-

krovství, veřejnou mravopoctnost, zločin. Zvláštní jest, že tento rozdíl *Sanchez* neztotožňuje s rozdílem překážek na absolutní a relativní, neboť jej zvláště ještě vytyká různě mezi nemožností, svazkem stávajícím, vyšším svěcením, slavným slibem na jedné straně a příbuzenstvím, švakrovstvím, veřejnou mravopoctností, růzností v náboženství a zločinem na druhé straně. Patrně, že takové dvojitě různění nemá žádného zvláštního opodstatnění.

Vzhledem k nedostatku svobody, pokud se tkne solemnity nutné k uzavření sňatku manželského, dají se seřaditi omyl, otroctví, únos, nepřítomnost faráře a dvou svědkův i donucení (§ 4.).

Zakazující překážky roztrhává pak *Sanchez* v ř. 5. podle toho, zdali zakládají se na nějakém přečinu nebo ne, rozdíl, který jest rázu historického a který nás zde dále nezajímá. Podotknouti by jen ještě slušelo, že i zde *Sanchez* sobě autorství připisuje co do druhého verše pamětního při známém sestavení:

„Ecclesiae vetitum, nec non tempus feriatum,
Atque catechismus, sponsalia, iungito votum,
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.“

Z tohoto dosti obšírného rozdělení překážek plyne, že ani *Sanchez* rozdíl překážek veřejnoprávních a soukromoprávních nezná, ani zde, ani na jiném místě, což vzhledem k velikému významu jeho spisu a stálému jeho užívání jest důležité.

Probíráme-li další spisovatele XVII. stol., vždy k témuž výsledku přicházíme a shledáváme, že více

méně stejnými slovy a stejným myšlenkovým pochodem, jak jich předchůdci, vysvětlují důvody, proč při některých překážkách žaloba každým podána býti může, proč při jiných jen súčastněnými stranami, ovšem u žádného nesetkáváme se s vytknutím rozdílu překážek na veřejnoprávní a soukromoprávní. Tak tomu jest při *Jindřichu Zoesovi*,¹⁾ *Basilii Pontiovi*,²⁾ *Pyrrhu Corradovi*,³⁾ *Ehrenreichu Pirhingovi*⁴⁾ a *Augustinu Barbose*.⁵⁾

Stejně názory u věci této zastává sice *Emanuel Gonzalez Tellez* ve svých *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gre-*

¹⁾ *Henrici Zoesii Amersfortii Commentarius in ius canonicum universum sive ad decretales epistolas Gregorii IX., Coloniae Agrippinae 1691, str. 389 nsl., 446; srvn. Schulte, l. c. III., 691 a III., 2. odd. 316. Zoes zemřel 1627.*

²⁾ *Basilii Pontii (zemřel 1629): de sacramento matrimonii Tractatus. Editio secunda. Bruxellis 1627, str. 176, 396. Srovn. Ferraris, Prompta bibliotheca VIII., str. 320.*

³⁾ *Praxis dispensationum apostolicarum pro utroque foro ex solidissimo Romanae Curiae auctore Pyrrho Corrado a Terra Nova; Coloniae Agrippinae 1678; 1. vydání vyšlo 1641; srovn. Schulte, Geschichte III., 489; zemřel 1686.*

⁴⁾ *Ernricus Pirhing: Ius canonicum. Dilingae v 5 knihách 1) 1674, 2) 1675, 3) 1676, 4) 1678, 5) 1677; 4. kniha str. 41, 168 nsl. dle Panormitana: „nam hoc casu nullus praeter liberum et liberam ad accusandum admittitur, cum hunc errorem sibi invicem remittere possint et de novo in matrimonium consentire“; podobně o impotenci. Schulte, l. c. III., 143 nsl. (žil 1606—1690); 1. vydání 1645. Pořizena též byla *Synopsis Pirhingiana* r. 1695 Augustae Vindelicorum et Dilingae.*

⁵⁾ *Augustini Barbosae Lusitani: Collectaneorum in ius pontificium tomi sex. Lugduni 1688, 2. svazek str. 595 nsl. Schulte, l. c. III., 746 nsl. (žil 1589—1649).*

*gorii noni.*¹⁾ Podáváme-li však o něm bližší zprávy, stává se to proto, že jsme odůvodnění legitimize k žalobě o neplatnost manželství u něho shledali ne sice původním, ale velice jasným a rozhodným. I jemu jest žaloba na neplatnost manželství rázu smíšeného; že při překážkách donucení, omylu a nemožnosti extraneus k žalobě se nepřipouští, odůvodňuje tím,²⁾ že „qualiquali consensu accedente, vitia ista purgantur: quare nec ipsi coniuges postquam consenserint, amplius conqueri, aut accusare matrimonium non possunt, ut de contrahente absque consensu ob metum docetur in cap. 4 h. t. (= c. 4, X. qui matrimonium accusare possunt IV., 18), ob errorem in cap. 2. de coniugio servorum (= c. 2, X. 4, 9), ob impotentiam in cap. 1 vers. si proclamare, cap. 4 de frigidis et maleficiatis (X., IV., 15); tunc enim coniux accusans matrimonium videtur taedio, ira, vel odio aut desiderio novarum nuptiarum id facere, cap. 2 h. t. in I. collect. (= c. 2 in Compil. I., qui m. accusare possunt IV., 19), cap. 2. h. t. in II. collectione (= c. 2 in Compil. II. qui m. accusare possunt IV., 12). Jasněji ani důvod zde rozhodující nemohl býti uveden; patrně, že možnost revalidace manželství jedině rozhoduje.

Co do ostatních překážek pokračuje pak:³⁾ „Si vero propter aliquod impedimentum perpetuum et cui coniuges ipsi renunciare non possunt, matrimonium nullum sit, aequè ad accusandum omnes

¹⁾ *Schulte*, l. c. III., 742; zemřel 1649; užíváme vydání Lyonského ve 3 svazcích z r. 1715.

²⁾ IV. tomus, str. 242; k tomu sluší srovn. str. 48 § 6.

³⁾ tamže.

admittantur, quia ita publice interest propter peccatum simili matrimonio implicitum; nisi forte diuturna cohabitatio, numerus liberorum aliusve similis favor matrimonium turbari omnino vetet, cap. 2 h. t. in I. collectione (IV., 19).

Opodstatnění přípustnosti obecné žaloby při překážkách, kde strany samy revalidaci provést nemohou, jest ovšem dosti známé, i vytknutí veřejného blaha církve jest zcela v pořádku, vždyť běží o ochranu svátosti; jen podotknouti sluší, že na okolnost tuto neklade se taková váha, že by na ní nějaký rozdíl překážek spočíval, což patrně ihned z poukazu k diuturna cohabitatio, která ovšem v této formě jeví se býti zvláštností tím, že *Gonzalez Tellez* vrací se ke compilationes antiquae, a že o nich nemluví jako o pramenu, jenom historicky zajímavém. Vytknutí favoris matrimonii ovšem jest správné, jak již shora k věci této poukázáno bylo.

K těmže výsledkům docházíme, probíráme-li další literaturu XVII. a XVIII. století. Příkladem jsou to spisovatelé tito: *Jean Cabassut*,¹⁾ *Prospero Fagnani*,²⁾ *Gian Battista Luca*,³⁾ *Ludwig*

¹⁾ 1604—1685; *Schulte*, Geschichte der Quellen III. 605 nsl. Užíváme Lyonského vyd. z r. 1709 (srovn. str. 296) *Iuris canonici theoria et praxis, ad forum tam sacramentale, quam contentiosum, tum ecclesiasticum, tum seculare. Authore Joanne Cabassutio Aquisextiensi*. První vydání vyšlo 1660.

²⁾ 1598—1678; *Schulte*, l. c. III., 485. *Prosperi Fagnani Commentaria in quinque libros decretalium; Venetiis 1742* (komentář ku 4. knize); první vydání z r. 1661.

³⁾ 1614—1688; *Schulte*, l. c. III., 487 nsl. *Ioan. Baptistae Cardinalis de Luca: Theatrum veritatis et iustitiae*

Engel,¹⁾ Jakob Wiestner,²⁾ Johann Christoph Schambogen,³⁾ Anacletus Reiffenstuel,⁴⁾ Robert

sive decisivi discursus ad veritatem editi, in forensibus controversiis canonicis et civilibus. Supplementum Tomus VI. Coloniae Agrippinae 1695. První vydání celého díla vyšlo 1671 nsl. Srovn. Supplementum Tractatus tertii, partis secundae v 6. svazku str. 11.

¹⁾ Zemřel 1674. *Schulte*, I. c. III., 150 nsl. Collegium universi iuris canonici antehac iuxta triplex iuris objectum partitum, nunc vero servato ordine decretalium translatum. 3. vydání. Salisburgi 1688 (první vydání z r. 1671 násl.); srovn. str. 1003 nsl., 1019—1022; 1023 nsl.

²⁾ Narodil 1640; *Schulte*, I. c. III., 153 nsl. Canonica impedimenta coniugiorum. Ingolstadii 1696, str. 1 nsl., 50 nsl., 208, 233 nsl.

³⁾ 1636—1696, profesor Pražský; *Schulte*, I. c. III., 147 nsl. Commentarium seu lectiones publicae in D. Gregorii IX decretalium libros quinque compositae, 2 svazky. Pragae 1699; 2. svazek, str. 196 nsl. (dle *Pirhinga*).

⁴⁾ 1641—1703; *Schulte*, I. c. III., 154 nsl. Ius canonicum universum iuxta titulos quinque librorum Decretalium. Ingolstadii, editio III., 1739—1745 (I. vydání z r. 1700); IV. svazku fol. 73 § 351 nsl. hlavně dle *Sancheza*; fol. 180 § 3 nsl. dle *Panormitana*, *Pirhinga*, *Gonzaleza*; § 4: „quia hoc ipso, quod ipsi iuri suo renuntiare, et tale impedimentum tollere, novoque consensu m. ratificare valeant, idque re ipsa facere praesumantur, si conscii impedimenti praecedentis cohabitavit; arg. c. 2 et c. fin. (4) X. de coniugio servorum 4, 9; c. 4, X. qui m. accusare possunt 4, 18; frustranea foret aliorum accusatio; § 5: ...quia matrimonium novo consensu ratificasse et consequenter inseparabile effecisse de iure praesumuntur.“ Jeho vývody citují se často v rozhodnutích kongregace Tridentské ve sporech manželských i v novějších dobách; srovn. na př. *Mühlbauer*, *Thesaurus resolutionum s. c. concilii I.*, 375 nsl. (Causa Meleвитana, de null. matr. 3. pros. 1842).

König,¹⁾ Zeger Bernhard van Espen,²⁾ Simon Kaerchme,³⁾ Franz Schmier,⁴⁾ Peter Leuren,⁵⁾ Vitus Pichler,⁶⁾ Franz Schmalzgrueber,⁷⁾ Lorenz

¹⁾ 1658—1713; *Schulte*, I. c. III., 159. Principia iuris canonici, tres tomi, Salisburgi 1701 (první vydání 3. svazku 1694). III. svazek, str. 171, § 1 nsl.; str. 124, § VI.

²⁾ 1646—1723; *Schulte*, I. c. III. 704—707. Ius ecclesiasticum universum caeteraque scripta omnia decem tomis comprehensa ve 3 vol., Venetiis 1769 (první vydání před r. 1704); tom. II. pars II., sectio I., titulus 13.

³⁾ 1649—1722; *Schulte*, I. c. III., 157. Tractatus canonisticus in librum IV. Decretalium. Augustae Vindelicorum 1713. Srovn. str. 234 nsl., 752 a 753 „...quia cum hi renovare valeant matrimonium per liberum consensum alios accusatores excludere possunt.“

⁴⁾ 1680—1723; *Schulte*, I. c. III., 165 nsl. Iurisprudentia canonica civilis seu ius canonicum universum iuxta quinque libros decretalium in tres tomos distinctum. (3. tomus obsahuje 4. a 5. knihu dekretalií.) Salisburgi 1716. Srovn. 3. svazek, str. 6, 81 nsl., str. 129 nsl., 142; II. svazek, str. 248 o praesumptiones iuris et de iure s příklady z práva manželského sem spadajícími.

⁵⁾ 1646—1723. *Schulte*, I. c. III., 155 nsl. Forum ecclesiasticum. Moguntiae v 5 knihách 1717—1720 (4. a 5. kniha z r. 1720). Srovn. 4. knihu str. 138 nsl.; zaujímá stanovisko *Pirhinga*, *Gonzaleza*, *Wiestnera*, *Reiffenstuela*.

⁶⁾ Zemřel 1736; srovn. *Schulte*, I. c. III., 163 nsl. Summa iurisprudentiae sacrae universae seu ius canonicum. První vydání 1723; užíváme 5. vyd. z r. 1758; str. 722 nsl.; 853—855 zaujímá zcela stanovisko *Gonzalezovo*; při imponentci pravi: „quia talibus licitum est cohabitare instar fratris et sororis“; při ostatních překážkách: „quia cessante errore, metu, vel cognito defectu consensus consentire de novo possunt, suaeque actioni renuntiare: id quod fecisse censentur, si acquisita notitia vel cessante metu libere exercent copulam coniugalem et ideo non amplius audiuntur.“

Vigil von Nicollis;¹⁾ jsou mezi nimi jména, která i dnes mají zvuk nejlepší.

Zvláštní zmínky zasluhuje spis *Josefa Dalberta*, pražského profesora theologie,²⁾ z r. 1730: *Sacramentum matrimonii quomodo impediatur et quomodo ab impedimentis, praesertim via dispensationis expediatur?* V dissertaci II. de impedimentis matrimonii pojednává v §u 1. o otázce „quid et quotuplex sit impedimentum matrimonii?“³⁾ Jeho vývody nevykazují žádných zvláštností, alebrž zakládají se na podáních *Sanchezových*, *Gobatových*, *Busebaumových*, *Navarroových*, *Reiffenstuelových*, *Lacroixových*, *Kuglerových*, *Schmalzgrueberových*⁴⁾

Podobně též jeho spis: *Candidatus abbreviatus iurisprudentiae sacrae*; užíváme vydání z r. 1755; srovn. II. str. 251 nsl.; 394 mluví o revalidaci, a dobře různí neplatná manželství propter defectum consensus a propter aliquod impedimentum aliud. Kniha tato byla v Rakousku až do *Rieggrových* Institucí oficiálně doporučena. Srovn. *Schulte*, I. c. III., 2. odd. str. 316.

¹⁾ (ke str. 105.) 1663—1735; *Schulte*, I. c. III., 160 nsl. *Ius ecclesiasticum universum*. Ingolstadii resp. Dilingae 7 svazků 1717 až 1727; IV. kniha 1726 (Dilingae) str. 141 nsl., str. 803 nsl., zakládá se hlavně na *Panormitanovi*, *Pirhingovi*, *Wiestnerovi*, *Schambogenovi*, *Reiffenstuelovi*, *Königovi* v těchto partiích.

²⁾ Zemřel 1745; *Schulte*, I. c. III., 186 nsl. *Praxis canonica sive ius canonicum casibus practicis explanatum*. Salisburgi 2 svazky 1729. Srovn. II., str. 80, 435.

³⁾ 1683—1740; *Schulte*, I. c. III., 167 a k tomu tamtéž III., 2. oddělení 313 i pozn. 11.

⁴⁾ *Dalbert*, I. c. 31 nsl.

⁵⁾ Poukazujeme k oněm spisovatelům, o nichž shora zmínka činěna nebyla: *Georg Gobat* 1600—79 (*Schulte* III., 142); *Hermann Busebaum* † 1668 (*Ferraris*, Bibliotheca

a mají rozdělení běžná, však o překážkách iuris publici a privati není pražádné zmínky.

Práce *Dalbertova* není nikterakž originální, ale právě proto, že jest kompilační, má svůj význam v naší otázce, neboť nedal by si kompilator ujíti rozdíl přece dosti důležitý, kdyby ho byl našel v literatuře své doby.

_____ canonica, [viz doleji] 8. svazek str. 281); *Tiburtius Navarro* v 17. stol. (*Ferraris* 8, 313); *Claude Lacroix* 1652—1714 (*Schulte* III., 158); *Jan Kugler* z Tachova v Čechách 1654—1721 (*Schulte* III., 158).

§ 8.

Iustus Henning Boehmer.

Rok spisu *Dalbertova* (1730) a nevytknutí překážek, jejichž stopu hledáme, dobře srovnává se s publikací spisu, který, nemýlíme-li se, pokládáme za pramen nyní hojně užívaného rozdílu manželských překážek na překážky soukromoprávní a veřejnoprávní; míníme tím 4. svazek proslaveného *Ius ecclesiasticum Protestantium, usum hodiernum iuris canonici iuxta seriem decretalium ostendens* pocházejícího od „otce“ církevního práva protestantského *Iusta Henninga Boehmera*, který v prvním vydání vyšel roku 1731.¹⁾ Dříve chceme názory *Boehmerovy* seznati a pak o jejich zvláštnostech se zmíniti.

Své vývody²⁾ zahajuje *Boehmer* charakteristikou žalob ve věcech manželských; žalobu o neplatnost manželství nepokládá za žalobu rázu smíšeného, nýbrž tvrdí, že se žalobám ve věcech trestních

¹⁾ 1674—1749; *Schulte*, I. c. III, 2. odd. str. 92 nsl. Řečeného svazku užíváme dle 4. vydání z roku 1754 (*Halae Magdeburgicae*); spis skládá se z 5 svazků, které po prvé vyšly v letech 1714—1737.

²⁾ *Boehmer*, 4. svazek, str. 312 nsl. pod titulem: qui matrimonium accusare possunt vel in eo testificari.

v mnohém ohledu na roveň staví: „Equidem accusationis proprie dictae usus duntaxat in criminalibus adest, quibus causis accenseri nequit allegatio et deductio horum impedimentorum; palam tamen est, causas matrimoniales et imprimis quando de earum vinculo agitur, arduis et publicis suo modo accenseri et criminalibus in plurimis equiparari.“¹⁾ Z tohoto na roveň postavení odvozuje se též možnost řízení ve věcech manželských z úřední povinnosti.

Zajímavější jest pak následující rozbor²⁾ žalob o neplatnost manželství pro překážku vylučující. Neplatnost jeví se *Boehmerovi* býti dvojí: absolutní, „quae operatur, ut ob legis prohibitionem concurrentem nequidem inter volentes et consentientes nuptiae subsistere possint“, a pak, jak bychom moderně řekli, relativní, nebo jak *Boehmer* praví: „vel secundum quid, quae ob privatum alterutrius interesse quidem diremptionem matrimonii indulget, inter volentes autem non dirimit aut annullat, utpote si ex capite doli, metus, erroris aut impotentiae matrimonium impugnatur“.

Rozdělování toto zdá se na první pohled býti totožné se všemi hořejšími různěními, přece ale jest v něm rozdíl, který vzhledem ku katolickému církevnímu právu jeví se býti značným.

¹⁾ Za doklady uvádí *Boehmer*, I. c. § I.: c. 9, X. de integritate restitutione I, 41 (kde naráží patrně na větu: In matrimoniali quoque, liberali vel criminali causa, quum maiores iudices exigant, arbiter nequit assumi) c. 1, X. de consanguinitate et affinitate IV, 14 (poslední věta) a c. 9. in VI^o de procuratoribus (I, 19).

²⁾ *Boehmer*, I. c. § II. str. 313.

Nesmíme zapomenouti, že *Boehmer* psal v první řadě protestantské církevní právo; protestantské poměry chtěl vylíčiti na základě katolického práva, na kolik se z něho byly vyvinuly a pokud mohly jím býti vysvětleny. Rozdělení zde vytknuté jest rozdělení vyhovující protestantským názorům, nikoliv ale katolickým. Dle katolického práva manželského jest každé manželství uzavřené za vylučující překážky neplatné; v některých případech může vůlí těchže stran uzavřeno býti nové platné manželství, tenkrátě totiž, když původní nesouhlas vůle byl přeměněn v souhlas; dle katolického práva uzavírá se ale manželství znova. Jinak věc pojímá *Boehmer*; dle něho jest při dolus, metus, error a impotenci manželství původně uzavřené dle vůle stran platné nebo neplatné, a to dle soukromých zájmů jednoho nebo druhého manžela; to jest ale stanovisko protestantské, nikoli však katolické, neboť dle protestantského práva při t. zv. překážkách soukromých vůbec žádné neplatnosti manželství nestává, naopak se zde manželství uzavírá tak, že platnost jeho jest *in pendentis*, a že soud tudíž neprohlašuje, že uzavřené manželství od začátku neplatným bylo, nýbrž že teprve vůlí strany k odporu oprávněné stalo se manželstvím od začátku neplatným.¹⁾

Vytknuv toto rozdělení odpovídající protestantskému právu církevnímu, praví *Boehmer* dále, že dvojí neplatnosti vyznačené odpovídá též dvojí

¹⁾ Jest to výklad *Friedbergův* v Lehrbuch des kath. u. evang. Kirchenrechts, IV. vyd. 1895 str. 402.

druh překážek a to *soukromého práva a práva veřejného*: „Pari ratione impedimentum, quod nullitate connubii operatur, duplex est, vel *privati iuris*, quod ad laesi arbitrium merum pertinet, ut ei renunciare possit, tam expresse, quam tacite: c. 4, X. qui matrimonium accusare possunt (4, 18), vel *publici iuris*, quod delictum alit, ob quod etiam absolutam operatur nullitatem.“¹⁾

Zde tedy poprvé setkáváme se výslovně s oním označením, které do dnes zůstalo u mnohých spisovatelů směrodatným a které *Boehmer* na jiném místě²⁾ nazývá též *impedimenta privati a publici praecudicium*.

Při překážkách soukromých rozhoduje dle *Boehmera* jedině zájem osoby překážkou postižené, podle kterého může se překážky zřící nebo nezřící; při překážkách veřejnoprávních přichází ku platnosti moment deliktů, t. j. přestoupení zákona, které působí neplatnost absolutní. *Boehmer* pojímá toto dělidlo za důležité a za zakládající dva druhy překážek, jejichž rozdíly nyní dále vytýká chtěje je opodstatniti namnoze z kanonického práva. Rozdíly jeví se mu býti důležité předkem vzhledem k osobě žalobcově,³⁾ neboť při soukromých překážkách smí vystoupiti pouze manžel anebo ten, kdo ve svém právu byl poškozen (*laesus*), což na příkladech objasňuje; jakmile se ale svého práva nařikacího zřekl, ztrácí možnost, neplatnost manželství prosaditi.

¹⁾ *Boehmer*, l. c. § II., str. 313.

²⁾ § IV. str. 314 a 315.

³⁾ *Boehmer*, l. c. § III., str. 314.

Ten, kdo provinění nějakého se dopustil, práva žalobního nemá, na př., kdo stranu druhou ošálil.¹⁾

Jiným osobám než manželu nebo poškozenému *Boehmer* právo odporu nepřisuzuje, příkladem při nemožnosti ani ne otci manžela k odporu oprávněného.²⁾

Při překážkách veřejného práva má právo žalobní každý, při příbuzenství zejména příbuzní; však i na základě pouhé denunciacie může soudce z úřední povinnosti zakročiti, an není na žádného žalobce vázán.

Druhý rozdíl mezi překážkami naznačenými vidí *Boehmer*³⁾ v době, kdy žaloba podána býti může, a různí mezi případy, když ohlášky byly od-

¹⁾ *Boehmer* u této příležitosti neprávem vytýká, že Innocenc III. „imprudenter diversum statuerit in casu doli“, neboť doložené cap. 26, X. de sponsalibus et matrim (4, 1) má zcela dobré a duchu církevního práva vyhovující rozhodnutí, jak na př. dokazuje též *J. Kohler*: Über den Willen im Privatrecht v Jahrbücher für d. Dogmatik d. heut. röm. u. deutschen Privatrechts (1889), 28. svazek (N. F. 16. sv.) str. 185 nsl. a k tomu též *Uihlein*: Über das Recht, die Gültigkeit einer Ehe anzufechten, welcher ein trennendes Hindernis entgegensteht v Archiv für die Civilistische Praxis 14. svazek (1831) str. 58 nsl. (pojednání celé 38—83).

²⁾ Při těchto výkladech *Boehmer* necituje žádné literatury, poněvadž dle našeho mínění v tomto smyslu nikdo před ním se nevyslovil. Pouze při otázce posléze vytknuté odkazuje k *Zieglerovi* ad Lancelot. lib. II., tit. 15 § 3. (Jest to spis *Ius canonicum cum notis et animadversionibus ad Lancelotti Institutiones enucleatum 1669 a 1722 Kaspara Zieglera (1621—1690) srovn. Schulte*, l. c. III., 2. odd. str. 48. Spis tento nebyl nám přístupný.)

³⁾ *Boehmer*, l. c. § IV., str. 314, 315.

bývány a když nikoliv. V prvním případě mohou při překážkách soukromých odporovati i jiní, jejichž právo by bylo jinak manželstvím porušeno, ale jen potud, pokud manželství ještě uzavřeno nebylo. Nebyly-li však ohlášky odbývány, tedy při tajném sňatku, interesovaná strana i po uzavření manželství k odporu oprávněna jest, z čehož zejména patrně, že *Boehmer* poměry protestantské má na mysli, vždyť katolické právo takových ustanovení nezná.

Ale při veřejnoprávních překážkách odbývání ohlášek na možnost podání žaloby žádného vlivu nemá, poněvadž tu rozhoduje moment deliktní; ovšem že musí žalobce po uzavření manželství prokázati, že o tom nevěděl, že se mělo uzavříti.

Vytknutím zvláštností procesuálních, zejména sumárního procesu manželského, končí *Boehmer* své pozoruhodné výklady, které v kanonické literatuře dle mínění našeho jevíly tak veliký vliv.

Ovšem nesmí se na dvě okolnosti zapomenouti, že totiž *Boehmerovy* spisy hlavně v bývalé říši římskoněmecké rozšířeny a známy byly, kdežto v neněmeckých zemích, zejména převahou katolických, velkého povšimnutí nedošly i přes to, že *Prospero Lambertini (Benedikt XIV.) Boehmera* jako spisovatele si vážil;¹⁾ a pak důležitá jest druhá okolnost, že *Boehmerovo* církevní právo bylo protestantské, čímž se stalo, že spisovatelé katolického práva v neněmeckých zemích si ho celkem nevšimli. Tím se vysvětluje částečně zjev,

¹⁾ *Schulte*, l. c. III., 2. odd. str. 93.

že v stejných dobách některé spisy rozdíl překážek manželských na veřejnoprávní a soukromoprávní povyšují znenáhla na hlavní, dle něhož i překážky manželské byly probírány, kdežto jiné spisy o rozdílu tomto zcela pomlčují, jako tomu bylo dříve.

§ 9.

Další osudy různění překážek na veřejné a soukromé.

Přihlížíme-li nyní dále k tomu, jak nauka *Boehmerem* vypěstovaná se šířila, můžeme dosti dokladů podati o tom, co jsme právě byli řekli, ovšem opakující, že by se údaje tyto lehce daly o mnohé rozšířiti.

Corpus iuris canonici per regulas naturali ordine digestas, které sepsal francouzský spisovatel *Jean Pierre Gibert*,¹⁾ nezná vůbec rozdělení onoho a zaujímá obyčejné stanovisko dříve vylíčené.

Podobně se to má s velkým dílem, které po nejprve r. 1746 vydal *F. Lucius Ferraris* pod názvem *Prompta bibliotheca theologica*. Dílo toto obdivuhodnou svou velikostí a důkladným, i pozdějšími vydateli doplňovaným spracováním děl více než 700 spisovatelů, svým abecedním seřaděním nabylo velikého významu pro praxi a pro pozdější literaturu, což se jeví též množstvím vydání sahajících

¹⁾ 1660—1736. *Schulte*, I. c. III., 637 nsl. Spis vyšel Coloniae Allobrogum r. 1735 (3 tomi). Srovn. 3. tomus, tit. 13. de impedimentis matrimonii a tit. 14. de divortio seu separatione.

až po naše dny; vždyť v Římě v 8 foliových svazcích vyšlo od r. 1885 až do r. 1892 vydání nové.¹⁾ Pod různými hesly, zejména pod heslem „Matrimonium“ v 5. svazku, zpracovány veškeré známější spisy katolické stanovisko zaujímající a jednající o manželství. V 5., 6. a 7. článku (str. 287 násl.) projednána celá nauka o překážkách manželských, i probráno též rozdělení překážek, ale nikde nepodařilo se nám konstatovati přijmutí rozvrhu na překážky veřejno- a soukromoprávní, což nepřímý důkaz toho, že různění řečené nepovažuje se v díle tom za odpovídající církevnímu právu katolickému.

Nejslavnější kanonista XVIII. století *Prospero Lambertini*, pozdější papež *Benedikt XIV.*, jehož spisy pro svou výtečnost a pro jeho postavení působily všude vlivem význačným, nezná rozdílů zmíněného, což nemůže dosti důtklivě vytknuto býti, neboť jeho názory byly a jsou považovány jako názory přísně kuriální. Pravda, že nemáme od něho žádné úplné manželské právo, ale jak v *Institutiones ecclesiasticae*, tak ve spisu *de synodo dioeclesana* na mnohých místech mluví o otázkách manželského práva se týkajících, o otázkách, které s naukou naší těsně spojeny jsou, na př. o renovaci manželství.²⁾

¹⁾ Titul posledního vydání zní *F. Lucii Ferraris*, Bibliotheca canonica, iuridica, moralis, theologica, nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica, kterýmžto titulem se stručně též vytyká obsah veledíla tohoto kompilačního. Srovn. o *Ferrarisovi Schulte*, Geschichte der Quellen III., 531, ovšem že zde chybně udává se příjmení Lodovico.

²⁾ *Benedikt XIV.* žil od r. 1675—1758, zvolen byv za papeže r. 1740; o jeho významu *Schulte*, l. c. III., 503 nsl.

Ani ve spisech svatého *Alphonse Marie z Liguori* (1696—1787), zakladatele kongregace nejsvětějšího Vykupitele, nelze najíti stopy o řečeném rozdílu, což důležitě vzhledem k tomu, že spisy jeho velké vážnosti požívají, a že obšírně se o manželství šíří na př. ve *Sboru Tridentském*, v *Theologia moralis* a v *Homo apostolicus*.¹⁾

Boehmerovy zásady našly pak ale věrného zastánce v jeho synu *Jiřím Ludvíku Boehmerovi*,²⁾ jehožto *Principia iuris canonici, speciatim iuris ecclesiastici publici et privati, quod per Germaniam obtinet*, přijala rozdíl překážek na veřejnoprávné a soukromoprávné: „*Privata* (imp.) sunt, quae ius

Institutiones ecclesiasticae vyšly úplně roku 1731 vlašsky, v 5. vydání v latinském překladu r. 1747 a dožily se mnohých vydání; užíváme vydání z r. 1751 (Ingolstadii et Augustae Vindelicorum); o renovaci manželství mluví se podrobně v Instituci 87. str. 593 nsl. Spis *De synodo dioeclesana* vyšel poprvé r. 1748 a byl opět a opět vydáván. Užíváme vydání z r. 1775 (Venetiis); ve spise tomto na nejrozdílnějších místech mluví se o otázkách práva manželského.

¹⁾ O sv. *Alfonso z Liguori* 1696—1787 srovn. *Wetzer u. Welte*, Kirchenlexikon 7. svazek, (2. vyd.) str. 2023 násl. Užíváme Manzova vydání spisů jeho (v Řezně): *Sämmtliche Werke des heil. Alphons M. v. Liguori*, a sice II. Abteilung, I. Band: Das Concilium von Trient (1845); str. 379 nsl.; III. Abteilung 3. Band: *Homo apostolicus* (1843), 1. vyd. 1757 vlašsky a 1759 latinsky (Tractatus XVIII. de matrimonio str. 18—102) a III. Abteilung 13. Band: *Theologia moralis*, tomus VI. (1847) str. 136—444 (1. vydání 1748, 2. vyd. 1753).

²⁾ 1715—1797. *Schulte*, l. c. III., 2. odd. str. 135 nsl. Poprvé vyšel spis míněný r. 1762 a dočkal se mnohých vydání. My užíváme vydání druhého z r. 1767.

coeuntium vel tertii concernunt, publica sunt, quae illud non respiciunt, sed utilitatem publicam.“ Tento rozdíl jest mu základním, neboť dle něho pojednává o jednotlivých překážkách; k oněm počítá bázeň, podvod, omyl a nemožnost tělesnou, k těmto překážky ostatní. Podle výměru pojmu překážek přisuzuje pak též právo žalobní na neplatnost manželství.¹⁾

Nauka tato doznala v Německu velkého rozšíření tím, že stala se *Principia* základem přednášek o církevním právu na různých universitách a že jich též užito bylo při redakci příslušných částí pruského obecného Landrechtu.

I v Rakousku *Boehmerovy* zásady v otázce naší padly na dobrou půdu, což vysvětliti se dá rakouskou studijní instrukcí z r. 1754, která předepsala, aby professor církevního práva vedle jiných ohled bral na *Boehmera* (otce), pokud se tkne protestantského práva.²⁾ Všechny učebnice církevního práva v Rakousku předepsané, by zachovány byly zásadní názory o poměru mezi státem a církví, a později by zabezpečen byl Josefínism, vykazují již onen

¹⁾ Srovn. str. 250 nsl., 257, 277 nsl. „Ceterum ob impedimentum dirimens privatum non nisi ei, cuius interest, ius agendi competit: eoque iuri suo renunciante, matrimonium convalescit et subsistit“ str. 280 a též 252. „Impedimentum dirimens publicum causam publicam concernit, de eoque inquirere ad officium iudicis ecclesiastici pertinet, quo legitimo probato, matrimonium, cui illud inest, nullum declarari potest“ str. 282. Nauka o absolutní a relativní neplatnosti zde ale zvláště probrána není.

²⁾ *Schulte*, I. c. III., 2. odd. str. 94, 316 nsl.; zejména 317 pozn. 7. bod 7.

rozdíl překážek, při čemž vliv *Boehmerův* zcela patrný jest. Tak se to má při učebnicích *Pavla Josefa z Rieggerů*,¹⁾ *Josefa Jana Pehema*²⁾ a *Jiřího Rechbergera*.³⁾

Na tomto stanovisku stále více přirostovaném, že soukromoprávní překážky blaho neboli zájem jednotlivce sledují, kdežto veřejnoprávní v zájmu celku zavedeny jsou, stojí též *Ješuita Anton Schmidt*⁴⁾ a *Benediktin Maurus von Schenkl*,⁵⁾

¹⁾ 1705—1775. *Schulte*, I. c. III., 208 nsl. Jsou to *Institutionum iurisprudentiae ecclesiasticae Pars I.—IV.*, které vyšly poprvé od r. 1765—72; užíváme 3. vyd. z r. 1777—78. Srovn. IV. sv. str. 50 nsl., 128 nsl.; mluví o publica též jako absoluta a o privata jako respectiva.

²⁾ 1741—1799. *Schulte*, I. c. III., 259 nsl. *Praelectionum in ius ecclesiasticum universum Pars I., II. Viennae 1791.* (též německy 1803); srovn. II., 283 nsl., 302 nsl., 358 nsl. upomíná zcela na *Rieggera*.

³⁾ 1758—1808. *Schulte*, I. c. III., 300 nsl. *Handbuch des österr. Kirchenrechts*; 1. vyd. 1807. Užíváme vydání 4. z r. 1825 v *Linci* ve 2 svazcích. Srovn. 2. svazek str. 143 a 228 nsl. (ovšem již vzhledem k občanskému zákonu).

Co se předepsání knih *Rieggerových*, *Pehemových* a *Rechbergových* na rak. universitách tkne, srovn. *Schulte*, I. c. III., 2. odd. str. 316 nsl.; též *Bohuslava Riegera: Zřízení krajské v Čechách II.*, str. 82 nsl.

⁴⁾ 1734—1805. *Schulte*, I. c. III., 248 nsl. *Institutiones iuris ecclesiastici Germaniae adcommodatae. Heidelbergae 2 sv. 1771.* Srovn. sv. 2. str. 118 nsl., 128 nsl., 139 nsl. a sice vzat tento rozdíl pro pojednání překážek za základní.

⁵⁾ 1749—1816; *Schulte*, I. c. III., 285 nsl. *Institutiones iuris ecclesiastici Germaniae inprimis et Bavariae accommodatae*, 2 svazky. První vydání jest z r. 1790 a 1791. Užíváme 9. vydání obstaraného péčí *Josefa Scheilla* z r. 1823. Srovn. II., 247 nsl., 336 nsl.

kdežto *Josef Valentin Eybel*¹⁾ a *Giovanni Devoti*²⁾ formální tento rozvrh nevytýkají.

Pevného utvrzení i nového lesku obdržel náš rozdíl tím, že co do věci převzat byl do *pruského obecného Landrechtu* ze dne 5. února 1794. Osud jeho vítězné cesty byl tím spečetěn; nedá se upříti, že odtud i literatura církevního práva v Německu s ním na mnoze počítala jako s pojmem kanonickým.

Na převzetí tohoto rozdílu v Prusku měly vliv zásady protestantské, pak ovšem též všeobecně známý boj proti svátostné povaze manželství a známé oddělování smlouvy manželské od svátosti, a tím přirozené akcentování vzniku manželství smlouvou, při čemž názory o smlouvách v civilním právu přijaté přenášeny byly též na manželství.³⁾ Pruský Landrecht⁴⁾ ovšem nemluví výslovně o ve-

¹⁾ 1741—1805; *Schulte*, I. c. III., 255 nsl. *Introductio in ius ecclesiasticum catholicorum*; 1. vydání 1777. Užíváme německého překladu: *Einleitung in d. kath. Kirchenrecht* ve 4 dílech a 6 svazcích 1779—1782. Srovn. IV./1., str. 425 nsl.

²⁾ 1744—1820; *Schulte*, I. c. III., 528 nsl. *Institutionum canonicarum libri IV.*; 1. vyd. r. 1785; užíváme 7. vydání v Římě 1829 ve 4 svazcích; srovn. II., str. 177 nsl.

³⁾ *Schulte*, *Handbuch des Eherechts*, 16 nsl.

⁴⁾ K těmto vývodům srovnati sluší *Schulte*, *Handbuch des kath. Eherechts* str. 587 nsl. *Koch*, *Allg. Landrecht für die Preussischen Staaten*. III. Bd., 1. Abt. 1862 (3. vydání) str. 245 nsl. *Julius Erler*: *Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess einschliesslich Ehenichtigkeit und Eheungültigkeit im Geltungsgebiet des Preussischen Landrechts* (Berlin 1893), str. 1 a nsl.

řejnoprávních a soukromoprávních překážkách, ale třeba nezná formální tento rozvrh, přece věcně ho přijal, ano různění toto se svým odůvodněním jest základem pro rozdíl mezi manželstvím zmatečným (*nichtig*) a neplatným (*ungültig*), rozdíl, který v zákoně ovšem důsledně není proveden. V 1. titulu druhého dílu (10. oddílu) považuje § 933. manželství za zmatečná, která nikdy trvati nemohou, poněvadž proti zákonnému zákazu byla uzavřena; jednotlivě jsou probrána v §§ 935 až 967 (II. 1.). § 934. označuje pak ona manželství za neplatná, kterým původně sice zákonné překážky vadily, která ale později zdvižením těchto překážek závazné moci nabyti mohou; jednotlivosti probírají pak §§ 968. a násl. (II., 1.) Že rozdíl tento totožný jest s *Bochmerovým* různěním na veřejnoprávní a soukromoprávní překážky, vyplývá z §§ 950., 951. a 973. (II. díl, 1. titul), které předpisují, že manželství zmatečná z úřední povinnosti musejí býti rozloučena, kdežto za neplatná jen tenkráté mají býti manželství prohlášena, když se neplatno ti domáhal ten, kdo k tomu dle zákona oprávněn jest. Nejdůležitější rozdíl vytknut pak v §§ 952. a 975. (II., 1.), které stanoví, že pro zdánlivé manžele z manželství zmatečného nikdy ani práva ani povinnosti manželské vzniknouti nemohou, kdežto neplatné manželství od původu, t. j. od okamžiku skutečného svého uzavření za platné má se považovati, když vadící nedostatek později byl odstraněn.

Zejména poslední ustanovení tomu nasvědčuje, že zde do zákona přijato stanovisko práva prote-

stantského; na vůli stran totiž záleží, chtě-li nebo nechtě-li manželství původně uzavřené pokládati za platné nebo neplatné, tak jak jsme to shora byli uvedli při výkladech o Boehmerových názorech.¹⁾

Pruský Landrecht v tomto ohledu jevil nepřímou též vliv na vytváření se poměrů v Rakousku. Není to ovšem zde naším úkolem, podrobně vylíčiti, kterak rozdíl překážek veřejnoprávních a soukromoprávních do rakouského zákonodárství se dostal, ježto se zabýváme hlavně jen církevním právem. Pro náš účel úplně stačí, když ku konečnému výsledku poukážeme.²⁾

¹⁾ Co se francouzského práva tkne, jest nauka tato velice spornou. O jednotlivých názorech s pokusem nové konstrukce srovn. *L. Vidal: Inexistence et nullité du contrat de mariage.* Toulouse 1898.

²⁾ Co se tohoto vývoje tkne, sluší příkladem srovnati: *Matthäus Christian Schili, Erläuterung des Österreichischen Ehepatents, mit allen bis Januar 1807 darüber ergangenen Verordnungen.* Neue verbesserte Auflage. Grätz 1807 (podává též text patentu ze dne 16. ledna 1783 č. 117 sb. z. s. u porovnání s textem příslušných ustanovení z obecného občanského zákoníku Josefinského ze dne 1. listopadu 1786 č. 591 sb. z. s.). K tomu *Philipp Harras R. v. Harrasowsky: Der Codex Theresianus u. seine Umarbeitungen* (Vídň 1883 nsl.) a sice I., str. 77 § 65 nsl., IV. str. 29 (Drittes Capitel) nsl. V., str. 26 nsl. (Drittes Hauptstück), zejména též str. 37 a 38 pozn. 30. *Julius Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österr. allg. bürg. Gesetzbuches* (ve Vídni) I. a II. r. 1889. Srovn. zejména I., 120 nsl., II., 506 nsl. Podrobně s tou otázkou se zabývá, ač vybízí k mnohé kritice: *Dolliner, Handbuch des österr. Eherechtes* III. sv. (Der österr. Eheprocess I. sv.) užíváme 2. vydání z r. 1848, str. 197 nsl. K tomu též *Rittner, Österreichisches Eherecht* (1876) str. 19 nsl. a passim, pak zejména 246 nsl.

Všeobecně jest známo, že patentem ze dne 16. ledna 1783 č. 117 sb. z. s. v Rakousku v právu manželském nastal zásadní obrat, ježto nyní pro obor státní na místo církevního práva a soudnictví nastoupilo manželské právo státní a státní soudnictví ve věcech manželských (§ 1). Otázka nás se týkající ani v tomto patentu, ani v I. části obecného občanského zákoníku Josefinského ze dne 1. listopadu 1786 č. 591 sb. z. s. upravena nebyla. Vyvozovati nyní z této okolnosti, jak to na př. Dolliner (l. c.) činí, že vzhledem k § 1. Josefinského soudního řádu ze dne 1. května 1781 č. 13 sb. z. s. všechny překážky manželské nabyly rázu překážek soukromoprávních, poněvadž dle tohoto řádu soudce pravidelně nikdy z úřední povinnosti vystupovati nemá, považujeme za velmi odvážný výklad.

Naopak máme za to, že opominutím uspořádání této otázky stalo se zákonodárné přehlédnutí, které při tehdejšímu stavu zákonodárství vytvořilo patrně takový případ pochybný, který zahrnut byl v úvodním publikačním patentu k soudnímu řádu, kde se obráceno býti mělo o rozhodnutí na Nejvyšší místo. Vždyť přece do vydání manželského patentu platilo soudnictví církevní, které naopak řízení z úřední povinnosti ve věcech manželských považovalo za řízení pravidelné, vyhrazení žaloby určitým osobám za výjimečné; tento stav byl všeobecně znám, jeho obrácení na opak nebylo by se zajisté stalo mlčky se strany zákonodárce. Na důkaz svého mínění poukazujeme k dvorským dekretům, které jednotlivé otázky sem spadající postupem doby upravovaly, až konečně tato sporná otázka po přechodném upra-

vení v § 44. manželského patentu pro Salepursko ze dne 13. dubna 1808 (sbírky polit. zák. sv. 31. str. 167) konečně rozřešena byla v občanském zákoníku ze dne 1. června 1811 č. 946 sb. z. s.¹⁾

Zejména z protokolu poradního ze dne 22. března 1802 jest patrné, že zákonodárná komise k této věci celkem tak přihlížela, jak právě udáno bylo, což zejména vysvítá z poukazu k dvorskému dekretu ze dne 15. prosince 1788, č. 936 sb. z. s. z poukazu k roztržení překážek v tehdejší theorii již běžnému, pruskému rozdělování mezi zmatečnými a neplatnými manželstvími, jakož i hlavně k praxi, která již tenkrátě zakročení soudní z úřední povinnosti znala, když manželstvím určitým založena byla skutková povaha nějakého zločinu, nebo policejního přestupku, nebo když tím veřejné pohoršení vzniklo.²⁾

Ustanovení nynějšího práva jsou obsažena v §§ 94—96 obč. z. ve spojení s dvorským dekretem ze dne 27. června 1837 č. 208 sb. z. s.

Řízení ve věcech manželských upraveno bylo pak ještě zvláště dvorským dekretem ze dne 23. srpna 1819 č. 1595 sb. z. s., a sice co do neplatnosti manželství §§ 13. a násl.

Jednotlivosti co do upravení této otázky rakouským právem vymykají se ovšem z rámce tohoto pojednání. Zákon technického výrazu veřejnoprávních a soukromoprávních překážek sice neuznává, činí pouze rozdíl mezi překážkami, které zakládají neplatnost manželství a z úřední povin-

¹⁾ Srovn. literaturu udanou v pozn. předchozí.

²⁾ *Ofner*, l. c. I., 120 nsl.

nosti vyšetřeny býti musejí, a pak mezi překážkami, kde vyčkati nutno žádost těch, jejichž právům příslušným manželstvím ublíženo bylo. Důvod tohoto různění vidí theorie zcela ve smyslu kodifikátorů v ohledu, který se běře k veřejnému blahu, k blahu státu (*causa publica*) oproti zájmům jednotlivců. Jelikož však názory o tom měniti se mohou, zdali trváním manželství určitého ohrožuje se pořádek anebo mravopoctnost veřejná, nebo jen zájem jednotlivců, může ovšem se též měniti kvalifikace jednotlivých překážek. Tím se též vysvětliti dá, že v tomto ohledu moderní zákonodárství od sebe se liší a lišiti budou; jest to něco podobného, jako se v trestním právu mění názory o deliktech, které se stíhají z úřední povinnosti, nebo jen k návrhu stran. To jest ale stanovisko církevnímu právu katolickému naprosto cizí.

S tohoto hlediska dá se ovšem lehce vysvětliti, proč §§ 95. a 96. právo nařikací přisuzují pouze straně při uzavření manželství co do překážky nevinné, neboť kdo vědomě činí, čemu mohl se vyhnouti, ten svému právu nikterakž nezdává, a zase naopak, kdo sezná, že ve svém právu byl poškozen, však chová se tak, jako kdyby se mu ničehož nestalo, tedy při manželství v manželském spoluzití pokračuje, ten zřekl se nároku prosaditi neplatnost manželství. Avšak z tohoto nazírání k věci plyne též, že manželství uzavřené za vlivu překážky soukromoprávní jest dle rakouského práva původně platné, a že se teprve tenkrátě za neplatné prohlásí, když strany oprávněné důvodně za to žádaly; což jest velký rozdíl od práva kanoni-

ckého, které platné manželství zná teprve od doby učiněné renovace. Vůbec není mezi rakouským právem a protestantským nazíráním k věci zásadního rozdílu; výsledek tento jest ovšem důsledný, neboť přijetím rozdílu *Boehmerem* pro protestantské právo vytknutého musila odchylka od církevního práva býti nutná.¹⁾

Přirozeno jest, že od té doby všichni ti, kdož podávají rakouské právo manželské na základě občanského zákonníku, rozdíl veřejných a soukromých překážek se stejným odůvodněním vytýkají; příkladem poukazujeme na *Zeillera*,²⁾ *Gustermanna*,³⁾ *Nippela*,⁴⁾ *Winiwartera*,⁵⁾ *Helferta*,⁶⁾ *Stubenraucha*,⁷⁾ *Rittnera* (l. c.) atd.

Přehled dosud podaný nemůže ovšem stanouti při začátku tohoto století; zbývá nám tudíž zmi-

¹⁾ Srovn. k tomu *Rittner*, l. c. str. 246 nsl., který přichází k témuž výsledku, ale cestou jinou. Při tom nesmí se zapomenouti, že rak. právo nezná konvalidaci manželství nastalou konkludentními činy; obnovení konsensu manželského by se v Rakousku státi musilo vždy ve formě předepsané. *Rittner*, l. c. 277 nsl.

²⁾ *Franz Edler v. Zeiller*, Commentar über d. allg. bürgerl. Gesetzbuch I., (1811) str. 242 nsl., 258 nsl.

³⁾ *Anton Wilhelm Gustermann*, Österr. Kirchenrecht 3 sv. (Viedeň 1812); srovn. 2. sv. str. 41. a 144.

⁴⁾ *Franz X. J. F. Nippel*, Erläuterung des allg. bürgerl. Gesetzbuches. I. (1830) str. 242 a II. (1830) str. 4 nsl.

⁵⁾ *Josef Winiwarter*, Das österr. bürgerliche Recht I. (1838, 2. vyd.) str. 180, 258 nsl.

⁶⁾ *Josef Helfert*, Handbuch des Kirchenrechts, 3. vyd., 1846 str. 426, 553 nsl.

⁷⁾ *Moriz von Stubenrauch*, Commentar zum öst. allg. b. Gesetzbuche, 7. vydání; I. (1898), str. 137, str. 202 nsl.

niti se ještě o některých zjevech literárních vyšších v tomto století až na naše dny, abychom takto přibližně obraz doplnili o tom, jaké další osudy rozdělování nás zabývající mělo a ještě má. V tom ohledu ovšem všeobecně lze říci, že převalná, ba utlačující většina spisovatelů rozdíl onen přijala, a to bez rozdílu, v jakém táboře stojí, k jakému církevnímu právu přihlíží, zda ke katolickému neb akatolickému. Celkový rozdíl záleží v tom, že spisovatelé katoličtí ovšem převahou stojí v tom ohledu na katolickém stanovisku, že manželství uzavřené za překážky jimi nazvané soukromoprávní, jest původně neplatné a že jen tenkrát vzniknouti může jako nové, když podmínky renovační byly splněny, kdežto spisovatelé přihlížející k protestantskému právu celkem stojí do dnes na stanovisku *Boehmerem* zaujatém; avšak nekanonický rozdíl mezi překážkami veřejnoprávními a soukromoprávními se známým odůvodněním zůstal, při některých dokonce jest vůdčím, neboť na něm jednání o překážkách jest založeno.

Chceme předem poukázati k těm spisovatelům, kteří rozdíl onen přijali, a sice tak, že v textu uvedeme jména jejich, kdežto v poznámkách vytkneme jich díla a po případě nějakou zvláštnost objevující se v příslušných výkladech.

Jsouť to příkladem spisovatelé: *Georg Walter von Wiese*,¹⁾ *Theodor Anton Schmalz*,²⁾ *Franz*

¹⁾ 1769—1824; *Schulte*, Geschichte III., 2. odd. str. 182 nsl. Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts I., II., III., 1. a 2. 1799—1804. II. sv. (1800) str. 618, 620 nsl.; 626.

*Andreas Frey,*¹⁾ *Ferdinand Walter,*²⁾ *Carl Eduard Weiss,*³⁾ *Uihlein,*⁴⁾ *Ludwig Gitzler,*⁵⁾ *Aemilius*

²⁾ (ke str. 127.) 1760—1831; *Schulte* I. c. III., 2. odd. str. 173 nsl. Handbuch des canonischen Rechts u. seiner Anwendung in den teutschen evangelischen Kirchen, první vydání 1815; užíváme druhého z r. 1824; str. 193 nsl. Výslovně podotýká, že manželství *zůstává* v platnosti, když oprávněná osoba při překážkách soukromých nežaluje.

¹⁾ 1763—1820; *Schulte* I. c. III., 306 nsl. Kritischer Kommentar über das Kirchenrecht, frei bearbeitet nach *Anton Michl's* Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten, první vydání 1812—1820 sv. I.—III. *Josef Scheill* pokračoval v tomto spise a vydal 1826—1833 2 svazky čtvrtého a 1. svazek dílu V. Srovn. III. díl (2. vydání 1824) str. 543 nsl. zcela dle *Boehmera*.

²⁾ 1794—1879; *Schulte* I. c. III., 413 nsl. Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen; 1. vydání 1822; užíváme 14. vydání, obstaraného *Gerlachem* (1871) str. 674 nsl., 679 nsl., 704 nsl. Rozdíl vyznačený jest rozhodný pro pojednání překážek.

³⁾ 1805—1851; *Schulte*, I. c. III., 2. odd. str. 210. Grundriss der deutschen Kirchenrechtswissenschaft 1829; jest to pouhá kostra systému; na str. 131. přijat rozdíl jako hlavní pro vylíčení překážek.

⁴⁾ Srovn. pozn. 1. na str. 112.; celé pojednání věnováno otázce v nadpisu naznačené.

⁵⁾ Srovn. *Schulte*, I. c. III., 420. Handbuch des gemeinen u. Preussischen Eherechts der Katholiken u. Evangelischen, 1840 (jest to II. oddělení Handbuch des gem. u. Preuss. Kirchen- und Eherechts, jehož I. sv. vyšel roku 1841 jako Kirchenrecht), srovn. str. 49, 73 nsl. (rozdíl přijat jako základní), 162 nsl. Podotýká sice (str. 49), že rozdíl onen jest novějšího původu, čímž míní ale doby, kdy již dle církevního práva každá neplatnost manželství soudem církevním měla býti stanovena. Vzhledem k pruskému Landrechtu zná vůbec podmíněně neplatná manželství při překážkách soukromých.

*Ludwig Richter,*¹⁾ *Franz Michael Permaneder,*²⁾ *Theodor Pachmann,*³⁾ *Josef Ploch,*⁴⁾ *Nikolaus Knopp,*⁵⁾ *Michael Haringer,*⁶⁾ *Johann Friedrich v.*

¹⁾ 1808—1864; *Schulte*, I. c. III., 2. odd. 210 nsl. Lehrbuch des kath. u. evangel. Kirchenrechts; první vydání r. 1842; citujeme dle 8. vydání pořízeného *Dovem a Kahlem* (1886); srovn. 1056, 1115 pozn. 15. (revalidace dobře označena jako obnovení konsensu) 1163 nsl.

²⁾ 1794—1862; *Schulte*, I. c. III., 356 nsl. Handbuch des gemeingiltigen kathol. Kirchenrechts; 1. vydání z r. 1846; užíváme 3. vyd. z r. 1856, str. 643 nsl. (rozdíl vzat za základ pro projednání překážek), 720 nsl.

³⁾ *Schulte*, I. c. III., 430 (1801—1881), Lehrbuch des Kirchenrechts; 1. vydání z r. 1849/53; citujeme dle 3. vydání I. (1863); II. (1865) str. 263. Podotýká, že tento rozdíl jest sice věcně dle pramenův oprávněn, však nikoli co do označení.

⁴⁾ De matrimonio vi ac metu contracto (Dissertatio inaug.) 1853, str. 67 nsl.

⁵⁾ 1814—65; *Schulte*, I. c. III., 402 nsl. Vollständiges kath. Eherecht; 1. vyd. 1850/52; citujeme dle II. vydání (1854) str. 15 nsl.; pojednání o překážkách jest založeno na tomto rozdílu str. 17 nsl. Na str. 86 nsl. podána jest nauka o neplatnosti manželství uzavřeného za překážky soukromé, jinak ale jest revalidace (srovn. též str. 77 nsl.) dobrým způsobem spojena s touto otázkou; i z citátů jest patrno, že se v tomto ohledu *Knopp* vrací ke staré kanonické teorii. Tajnou impotenci jako překážku soukromou vysvětluje z její povahy, možnost revalidace však u ní vylučuje, ježto ji zásadně připočítává k překážkám veřejnoprávním, str. 77 a 89.

⁶⁾ Das heilige Sakrament der Ehe, Regensburg 1854 (srovn. *Schulte*, I. c. III., 430) str. 148, 247. Že by *Haringer* proti tomuto rozdílu brojil, jak *Roszhirt*, Canonisches Recht (1857) str. 704 tvrdí, nikde jsme nenašli.

Henner, Různění překážek.

Schulte,¹⁾ *Josef Anton Schöpf*,²⁾ *Matthaeus Josef Binder*,³⁾ *Franz A. Loberschiner*,⁴⁾ *Johann Kutschker*,⁵⁾ *Konrad Franz Roschirt*,⁶⁾ *Johann Heinrich*

¹⁾ *Schulte*, I. c. III., 435 nsl. Zde máme na mysli tyto spisy *Schultovy*: 1. Handbuch des katholischen Eherechts (1855); 2. System des allg. kath. Kirchenrechts (= Das kath. Kirchenrecht II. Teil, 1856); 3. Darstellung des Processes vor den katholischen geistlichen Ehegerichten Österreichs (1858); 4. Lehrbuch des kath. u. evang. Kirchenrechts. 4. vydání katolického a 1. evangelického (1886); 1. vydání vyšlo 1863. Kdežto *Schulte* ve spisech pod č. 1. (str. 32, 448), pod č. 3. (str. 80 nsl.) a pod č. 4. (str. 356, 426) rozdíl tento úplně uznává a opodstatňuje, pochybuje ve spise pod č. 2. str. 591 o oprávněnosti tohoto rozdílu; v pozdějších spisech tedy *Schulte* od této pochybnosti odstoupil.

²⁾ *Schulte*, I. c. III., 434 nsl. Handbuch des kath. Kirchenrechts I.—IV. 1855—58. Srovn. sv. IV., str. 55. V nauce o konvalidaci manželství str. 233 nsl. chybuje v tom, že se při ní pokládá manželství za platné od původního skutečného uzavření.

³⁾ Srovn. *Schulte*, I. c. III., 417. Praktisches Handbuch des kath. Eherechts; 1. vydání r. 1857; 4. vyd. 1891 od *Josefa Scheichera*; ačkoli na str. 9 rozdíl tento uznává, schvaluje na str. 10 Kreuzwaldův názor (Literarische Rundschau r. 1887, č. 8) o nedůvodnosti tohoto rozdílu.

⁴⁾ Srovn. *Schulte*, I. c. III., 427. Praktische Anleitung zum gesetzmässigen Verfahren in Eheangelegenheiten 2. vyd. 1857 str. 9.

⁵⁾ Srovn. *Schulte*, I. c. III., 426. Das Eherecht der katholischen Kirche nach seiner Theorie u. Praxis. 5 svazků 1856—57 na př. I., 167, V., 701 nsl., kde dovolává se zejména *Scaviniho*; jest to Theologia moralis universa 3. sv. (1854, vyd. 6.) str. 642; V., 749 nsl.

⁶⁾ 1793—1873; *Schulte* I. c. III., 350 nsl. Canonisches Recht, 1857, str. 702 nsl.; rozdíl jest základní pro projednání, 710 nsl.

Bangen,¹⁾ *Josef Augustin Ginzler*,²⁾ *Georg Phillips*,³⁾ *Heinrich Halfes*,⁴⁾ *Simon Aichner*,⁵⁾ *Carl Kuzmány*,⁶⁾ *Hermann Gerlach*,⁷⁾ *Eduard Bartels*,⁸⁾ *Friedrich H. Vering*,⁹⁾ *Edward Rittner*,¹⁰⁾ *Isidor*

¹⁾ 1823—1865; *Schulte*, I. c. III., 407 nsl. Instructio practica de sponsalibus et matrimonio in usum sacerdotum curatorum I.—IV., 1858—1860. II., str. 81; ovšem uznává, že rozdíl tento aliquantum claudicat.

²⁾ 1804—1876; *Schulte*, I. c. III., 390 nsl. Handbuch des neuesten in Österreich geltenden Kirchenrechts I. 1857, II. 1859. Srovn. II., 395, též 582 nsl., 747 nsl.

³⁾ 1804—1872 *Schulte* I. c. III., 375 nsl. Lehrbuch des Kirchenrechts; 1. vyd. 1859/62; srovn. 3. vyd., 1881, str. 659 nsl., kde se rozdíl pokládá za méně důležitý, kdežto na str. 737 se naopak velmi cení.

⁴⁾ De impedimento erroris (1861) str. 38.

⁵⁾ *Schulte*, I. c. III., 416. Compendium iuris ecclesiastici, 1. vyd. 1863. Srovn. 8. vyd. (1895) str. 583 nsl. lit. d); dle tohoto rozdílu se překážky probírají, str. 585 nsl.

⁶⁾ 1806—1866; *Schulte*, I. c. III., 2. odd. str. 210. Handbuch des allgem. u. österr. evangelisch-protestantischen Eherechtes 1860; str. 93 nsl., 435 nsl.

⁷⁾ *Schulte*, I. c. III., 419. Lehrbuch des kath. Kirchenrechts; 1. vyd. 1869; srovn. 5. vyd. obstarané *Frant. Schultem* (1890) str. 200.

⁸⁾ Ehe u. Verlöbniß nach gemeinem und particulärem Rechte in der Provinz Hannover, 1871, str. 94, 287 nsl.

⁹⁾ 1833—1896; *Schulte*, I. c. III., 442. Lehrbuch des kath., orient. u. protest. Kirchenrechts, 1. vyd. 1874—76; 3. vyd. 1893, str. 883, 949 nsl.

¹⁰⁾ Österr. Eherecht, 1876, str. 249 nsl. vzhledem k rakouským poměrům a církevní právo katolické (přeložil *Zitek* I. 1887, II. 1889 dle polského 1. vydání 1878/79). Srovn. II., 286, 333 nsl., 361 nsl. (*Schulte*, I. c. III., 776).

*Silbernagel,*¹⁾ *Alexander Grünwald,*²⁾ *Adolf von Scheurl,*³⁾ *Emil Friedberg,*⁴⁾ *Hugo Laemmer,*⁵⁾ *Philipp Hergenröther,*⁶⁾ *Franz Heimer,*⁷⁾ *A. Esmein,*⁸⁾

¹⁾ Lehrbuch des kath. Kirchenrechts (1. vydání 1879); 3. vyd. 1895. Srovn. 521, 595.

²⁾ Die Eheschliessung (nach heimischem u. fremdem Rechte). Nebst einem Anhang: Die Ehehindernisse u. ihre rechtliche Einteilung (1881), který jest zvláštním otiskem z čísla 21.—24. ročníku 1878 časopisu: Zeitschrift für Notariat u. freiwillige Gerichtsbarkeit; str. 112.

³⁾ 1811—93; *Schulte* I. c. III., 2. odd., str. 244. Das gemeine deutsche Eherecht u. seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 (1882), str. 117 nsl. Stojí na protestantském stanovisku; probírá rozdíl mezi soukromoprávními překážkami a důvody manželství rozlučujícími. Rozdíl tento uznává též ve článku Eherecht ve 4. sv. (2. vyd.) *Herzogovy Real-Encyclopaedie* str. 81 („daher die Geltendmachung des Hindernisses eine öffentliche oder nur eine Privat-Angelegenheit ist“).

⁴⁾ Nar. 1837; *Schulte*, I. c. III., 2. odd. 238 nsl. Lehrbuch des kathol. u. evang. Kirchenrechts (1. vyd. 1879; 2. zcela přepracované 1884) 4. vyd. (1895) str. 361, 401 nsl. mluví o nepodmíněné a podmíněné neplatnosti manželství, ovšem ne zcela správně, jakož i nevysvětluje zde dobře renovaci manželství. Co do evang. práva shora již zmínka učiněna byla, pozn. 1. na str. 110.

⁵⁾ Institutionen des kath. Kirchenrechts 1. vyd. 1886; srovn. 2. vyd. 1892 str. 513 (za dělidlo bře řízení); dle toho rozdílu jsou projednány překážky 521 nsl.

⁶⁾ Lehrbuch des kathol. Kirchenrechts (1888) str. 435, 464 nsl., 481.

⁷⁾ Grundriss des kath. Eherechts, 1. vydání 1888. Srovn. 2. vyd. 1892, str. 48 nsl.; rozdíl jest pro projednání základní 70 nsl., 251 nsl. *Těhož* Katholisches Kirchenrecht, 1. vyd. 1893. Srovn. 2. vyd. (1897) II., str. 273; 319 nsl., rozdíl zde již tak akcentován není.

⁸⁾ O názorech *Esmeinových* již shora zmínka učiněna byla, srovn. str. 91 a 97.

*Carl Grosz,*¹⁾ *Richard Flügel,*²⁾ *Rudolf R. v. Scherer,*³⁾ *Josef Schmitzer*⁴⁾ a j.

Spisovatelé novější, kteří rozdíl řečený buď mlčky, buď výslovně zavrhují, jsou ovšem v nepatrné menšině. Mlčky tak činí příkladem: *Santi,*⁵⁾ *Pompen,*⁶⁾ *Gasparri,*⁷⁾ *Péries,*⁸⁾ *Rosset.*⁹⁾ Výslovně prohlásili se proti tomuto různění *Feije* a *Kreutzwald*.

¹⁾ Lehrbuch des kath. Kirchenrechts (1. vyd. 1894; v 2. vyd. (1896) na str. 286 podotýká v pozn. 2, že označení řídí se dle toho, v kterém zájmu hlavně překážka byla stanovena; přísné oddělování zájmu veřejného a soukromého v této otázce neuznává; pak str. 333 nsl.

²⁾ Das kan. Ehehindernis des Irrtums bezüglich der Unfreiheit des Mitkontrahenten (Bonn 1897) str. 120 nsl.

³⁾ Handbuch des Kirchenrechtes, I. 1886, II. 1898. Srovn. II., str. 262; výklady na str. 526 nsl. jsou ovšem velmi pozoruhodny.

⁴⁾ Katholisches Eherecht jako 5. přepracované vydání díla *J. Weber*, Die canonischen Ehehindernisse (1. vydání 1872) 1893, str. 224, 559 pozn. 2.

⁵⁾ *Franciscus Santi*, Praelectiones iuris canonici (iuxta ordinem decretalium Gregorii IX.). 2 svazky 1886; srovn. II. svaz. str. 40 nsl., 168 nsl.

⁶⁾ *J. Pompen*: Tractatus de dispensationibus et de revalidatione matrimonii, 2. vyd. 1897 (Amstelodami) str. 10.

⁷⁾ *Petrus Gasparri*, Tractatus canonicus de matrimonio, 2 svazky. Parisiis. 2. vydání 1892. I., str. 144 nsl., II., 351 nsl.

⁸⁾ *G. Péries*: Code de procédure canonique dans les causes matrimoniales. Paris 1894, str. 58 nsl. a passim.

⁹⁾ *Michael Rosset*: De sacramento matrimonii tractatus dogmaticus, moralis, canonicus, liturgicus et judiciarius. Monstrolii 1895; 6 velkých svazků po způsobu Kutschkerova díla. Srovn. II. str. 423, 458 nsl. VI., 140 nsl. (vrací se ku staré theorii).

*Onen*¹⁾ zavrhuje rozdíl jako neodůvodněný, neboť dle jeho názoru žádná překážka v zájmu jednotlivce stanovena nebyla; okolnost, že při překážkách zvaných soukromých jiné osoby než manželé z práva akusačního vyloučeny jsou, nevysvětluje důvodem právnickým, nýbrž skutečností, že jednak nemohou vůbec o překážce věděti (na př. o tajné nemožnosti), jednak že alespoň věděti nemohou, zdali příslušní manželé manželství dle předpisů renovačních znova neuzavřeli; odůvodnění zajisté správné.

Podobně vyslovuje se *Kreutzwald*,²⁾ an nepřipouští možnosti, že by překážky jen v zájmu jednotlivců byly stanoveny, a pak poukazuje k tomu, že překážky zvané soukromé seznání se strany forum externum se vymykají; porovnává to se skutečností, že i veřejnoprávní překážky mohou jen potud stranami samými přiváděny býti k platnosti, pokud jich vůbec nikdo jiný nezná; výslovně prohlašuje, že by rozdíl tento z církevního práva měl býti vymítěn, v čemž úplně s ním souhlasíme.

S výhradou přijímá rozdíl tento *Bellesheim*³⁾ ve 4. svazku *Wetzer-Weltova* Kirchenlexikonu, an jej sice podržuje a překážky dle něho projednává,

¹⁾ *Henricus Joannes Feije*: De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus. Lovanii; 1. vydání 1867; srovn. 4. vyd. 1893 str. 61 a 62; též str. 68 nsl.

²⁾ *Kreutzwald* podává referát o *Webrových* Ehehindernisse 4. vyd. a o *Binderově* Handbuch 3. vyd. v *Literarische Rundschau für das katholische Deutschland*; 13. ročník (1887) str. 239.

³⁾ (r. 1886) str. 195, 199 nsl.

však výslovně k tomu poukazuje, že soukromých překážek vůbec není, které by zcela postrádaly povahy veřejnoprávní, a že se překážky tyto pojímají směřují jen v tom smyslu, že pouze manžel, jemuž ujma se stala, oprávněn jest žalobu na neplatnost podati, což celkem odůvodňuje možností revalidace manželství, při čemž důvody *Feijovy* patrně byly přijaty.¹⁾

¹⁾ Uherský zákon manželský ze dne 9. prosince 1894 (čl. 31. zákonů z r. 1894) různí mezi zmatečnými (§§ 41—50) a nařikatelnými manželstvími (§§ 51—72), rozdíl, jenž zakládá se celkem na různění překážek veřejných a soukromých. Srovn. *Márkus*, Die Ungarischen kirchenpolitischen Gesetze (1895) str. 22 nsl.

Nový občanský zákoník německý ze dne 18. srpna 1896 zásadně jiné stanovisko nezaujímá, než pruský Landrecht. Zákoník rozeznává dle překážek veřejnoprávních a soukromoprávních manželství zmatečná (neplatná, nichtige Ehen) a manželství nařikatelná (anfechtbare Ehen). Zmatečnost nastává dle § 1323 v případě nezachované formy při uzavření manželství (§ 1324), nezpůsobilosti k právním činům (§ 1325), dvojženství (§ 1326), příbuzenství (§ 1327), cizoložství (§ 1328), oboustranného vědomého uzavření manželství za živobytí překázejícího manžela za mrtva prohlášeného (§ 1348). Však manželství lze dle § 1330 odporovati v případě uzavření jeho se strany osoby ve způsobilosti k právním činům omezené bez svolení zákonného zástupce (§ 1331), při omylu co do uzavírání manželství (§§ 1332), při omylu v osobě nebo v důležitých osobních vlastnostech druhého manžela (§ 1333), při podvodu (§ 1334) a vyhrožování (§ 1335). §§ 1336 a nsl. ustanovují podmínky práva odpůřícího. Manželství zmatečná jsou od původu neplatná, rozsudek má význam deklaratorní; manželství nařikatelná se za neplatná teprve prohlašují (rozsudek jest konstitutivní). Srovn. *F. Kohler*, Das Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuchs einschliesslich das eheliche Güterrecht. (Stuttgart, 1898) str. 17 nsl.

§ 10.

Celkový přehled a důsledky.

Ve výkladech předchozích byli jsme ovšem jen v obrysech seznali, že klassická literatura kanonického práva různění překážek manželských na veřejnoprávní a soukromoprávní nezná, literatura, která vznikala v dobách, když církevní právo manželské se vyvíjelo, utužovalo, k jednotnému celku spělo; literatura, která, jak obecně známo jest, sama na vývoj práva mnohdy vliv měla rozhodující, any zásady jí hájené od papežů do dekretalií přejímány byly. Avšak i literatura pozdější mohutně vzrůstající nevykazuje žádných stop, které by bezpečně vedly k úsudku, že v zákonodárství manželském dvě rationes by byly přišly k platnosti: ohled na zájem veřejný a ohled na zájem soukromý. Teprve když literatura protestantského práva církevního našla svého mistra, který vytkl jí cesty, po nichž kráčetí měla, tu vyskytuje se ono různění v literatuře poprvé zjevně, z počátku sice téměř nepovšimnuté, až pak víc a více si půdy zjednálo i tam, kde kořeny své zapustiti nemělo.

Okolnost tato sama o sobě by ještě zajisté nikterakž nerozhodovala; neboť vždy by oprávněna

byla námitka, že třeba rozdíl onen zjevně nevystupoval po dlouhé doby, přece snad že skrytě a tajně tu byl, a že se dá opodstatniti vnitřními důvody, které jen náhodou později na venek vystoupily. Odtud nutno jest, abychom se poohlédli po tom, zdali úsudek, k němuž jsme došli cestou statistickou, dá se oprávněně též o důvody vnitřní, důvody kanonickému právu vlastní.

Různění práva na veřejné a soukromé nejednou bušilo na brány práva kanonického, žádajíc volný vstup a uznání; oběho se mu dostalo, však neprávem. Mocně dmoucími se vlnami sesilujícího se práva státního přeplaveno bylo právo církevní; od konce století XVI. stále více do popředí se dere rozdělování práva církevního na veřejné (*ius ecclesiasticum publicum*) a soukromé (*privatum*). Může kanonické právo vykládané v duchu jeho spřáteliti se s rozdělováním tímto? Není správně vykládati zjevy určité se stanoviska jim zcela cizího; obraz vyvíjejícího se práva kanonického se zatemní, vystupuje nám z něho něco zcela cizího, když na ně pohlížíme se stanoviska práva světského.

Otázku tuto mnoho a mnoho přetřásanou v poslední době stručně, ale mistrně zodpověděl *Singer* ve článku „Kirchenrecht“, napsaném do *Staatslexikonu der Görres-Gesellschaft* (sv. III.). Odmítá vším právem přenášení naznačeného rozdílu světského práva na pole práva církevního. Především nesmí soukromé právo vůbec býti ztotožňováno s právem subjektivním, s oprávněním jednotlivcovým. I ve veřejném právu státním máme oprávnění jednotlivcova, která ale za soukromá práva

nesmíme považovati. Podobně i v právu kanonickém: tam, kde jednotlivci oprávnění subjektivná poskytnuta jsou normou církevní, nerozhoduje zájem jeho, nýbrž zájem vyšší, za kterým celý církevní život se nese; smíme-li zde na vysvětlenou užití technických výrazů zdomácnělých v právu světském, pak bychom říci musili, že všechna ustanovení církevního práva jsou rázu veřejnoprávního. Církev má jen jeden cíl hlavní: povznésti člověčenstvo, by kráčelo po cestách zakladatelem církve vykázaných; tomuto úkolu podřízeno býti má vše, v tomto znamení mají se vydávati zákony církevní, které tudíž církevní oprávnění znáti, nemohou, kde jen vůle, jen zájem jednotlivce sám o sobě rozhodovati mohl.

Odtud též vůbec nelze mluvit o tom, zdali kanonické právo nebo právo církví vytvořené zařaditi se má do veřejného nebo soukromého práva: vždyť rozdíl tento jen význam má v oboru práva světského; právo církví vytvořené jest samostatným souborem norem na normách státních nezávislým; stojí vedle státního práva jako samostatný celek, čemuž svědčí technický výraz: *ius utrumque*.¹⁾

Máme-li tyto zásady ovšem mnohdy popřené na mysli, pak důsledně musíme říci, že církevní právo manželské nemůže v žádném ohledu ovládnáno býti rozdílem práva veřejného a soukromého, neboť nemůže v částech obsaženo býti, co celku zcela chybí. K tomuto důsledku přicházíme tím

¹⁾ *Kahl*, Lehrsystem des Kirchenrechts u. d. Kirchenpolitik I. (1894) str. 112 nsl.

spíše, ano dle církevní nauky manželství jest svátostí, ústavem založeným od zakladatele církve samotného.¹⁾ Libovůli jednotlivce jest jen ponecháno, zdali manželství chce nebo nechce uzavřít; jakmile však jednou uzavřel manželství, všechny jeho příslušné kroky mohou vésti pouze po cestách církví vykázaných; toť stanovisko práva kanonického.

Tedy již ze všeobecných úvah potvrzuje se nám, co jsme během celého líčení dokazovali, avšak k témuž konci dospějeme, přihlédneme-li k věci ještě s hlediska konkrétního.

Zvláštní známkou soukromých překážek jest dle běžné theorie, že žalobu o neplatnost svazku uzavřeného nemohou podati jiné osoby, než manželé, pokud se tkne, jeden z nich, a že ani soud církevní bez předchozí žaloby jejich nesmí zakročiti, poněvadž překážky tyto stanoveny jsou prý jen v zájmu manželův a ne v zájmu veřejném. Především co se soudu týče, jest běžné tvrzení v této všeobecnosti pravdivé? Tu poukazujeme k jedné závažné okolnosti, že nepozůstává obecné normy církevní, která by soudu církevnímu zakazovala, že nesmí nikdy vystoupiti z úřední povinnosti v určitém případě manželství pochybného; dále že nikde v *obecném* právu nenalézá se vypočtení překážek, při nichž by církevní soud z úřední povinnosti zakročiti musil.²⁾

¹⁾ Srovn. *Schanz*: Die Lehre von den heiligen Sacramenten der kath. Kirche, 1893; str. 697 nsl.

²⁾ *Scherer*, Handbuch II., 526, pozn. 48. C. 7. X. de cogitatione spirituali (4, 11), c. 3. X. de divortiiis (4, 19).

Mlčení pramenů v takové otázce přece jest ale dosti výmluvným: běžít zde o věc samozřejmou, která zvláštního upravení ani nepotřebovala. Jest-li církev strážkyní ústavů zakladatelem samým založených, pak nemůžeme činiti výjimky při manželství, a nemůžeme tvrditi, že by církev svými orgány nesměla pro svůj obor vystoupiti všude sama tam, kde by ohrožena byla svátostná povaha manželství. Pro toto tvrzení dle našeho soudu samozřejmé můžeme uvést doklad authentický, který, pokud vidíme, nebyl dostatečně oceněn. Míjíme tím § 132. *Instructionis pro iudiciis ecclesiasticis imperii austriaci quoad causas matrimoniales.*¹⁾ O významu instrukce této netřeba šířiti slov; do dnešního dne poukazuje se k ní jako ku snesení kuriálních názorů. Paragraf tento pak zní: „Denuntiationum super impedimentis, propter quae coniugibus tantum ius accusandi competit, de regula nullatenus ratio habenda est: ubi autem ex allatis liquido constet, matrimonium aliquod propter eiusmodi impedimentum irritum esse, ex officio agendum est, ut vel convalidatio peragatur vel pars adcusandi iure pollens adversus matrimonium reclamet.“ Potřebujeme ještě nějakého jasnějšího dokladu pro tvrzení své? Mohl by skutečně z úřední povinnosti vystoupiti soud, kdyby běželo o soukromou záležitost stran, kterou by si samy mohly uspořádati, jak chtějí? Zde nad vši pochybnost stanoveno, že i při překážkách v theorii

¹⁾ Vyšla na př. samostatně ve Vídni r. 1856 (ve dvorní a státní tiskárně).

zvaných soukromých úřední jednání zahájeno býti může. Ustanovení toto jest také tím zajímavé, že bez každé pochybnosti uvádí důvod, proč manželé sami nebo jeden z nich¹⁾ oprávněn jest s vyloučením osob jiných žalobu na neplatnost podati: jest to možnost konvalidace manželství, námi stále vytýkaná.

Ovšem může se nám namítnouti, že § 132. ve smyslu našem docela nemluví, poněvadž soud ukládá jen povinnost, naléhati na manžely, by buď obnovili manželství, nebo by žalobu podal, kdo k tomu z nich oprávněn jest, že tedy v každém případě žaloba stranou podána býti musí. Však námitka tato lichou jest, neboť pokud žaloba nebyla podána, musí se míti za to, že manželé souhlas manželský obnovili a pro toto předpokládání nemůže soud dále zakročiti proti manželství in foro externo považovanému za platné. Vždyť to jasně vyplývá z ustanovení o konvalidaci obsažených v téže instrukci §§ 88.—94., z nichž zejména rozhodný jest § 93.: „Matrimonium, quod consensus fictus irritum reddit, consensu ab eo, qui ficte egerat, vere praestito convalidatum censeatur oportet. Idem obtinet de matrimonio, cui error seu vis metusque obstitit, quamprimum pars, quae errori aut violentiae iniustae suberat, recognito errore aut libertate plene recuperata verbo factove assensum suppleverit.“ Byli-li tudíž manželé církevním soudem vyzváni ve smyslu shora udaném, a

¹⁾ I okolnost, že v některých případech jen jeden z manželů podati může žalobu, má důvod svůj v revalidačních zásadách.

přece žalobu o neplatnost žádný z nich nepodal, tu právě tím, že nepodali žaloby, dali na jevo, že manželství obnovili; arg. § 147. téže instrukce: „Praesumptio stat pro valore matrimonii; impedimentum plene probari debet.“

Nemůže se dále namítati, že konvalidace při překážkách vytknutých státi se musí v určitých formách, neboť týž § 93. pouze *radí* k obnovení konsensu před farářem a dvěma svědky, však formy této nepředpisuje.

S hlediska tohoto dobře dá se též odstraniti námitka, že Instrukce sama mluví¹⁾ o „matrimonium accusandi ius conjugibus privative competens“ a o případech „quatenus ex officio procedendum sit“. Zajisté mluví tak vším právem. Pokud může se míti za to, že revalidací skutečnou stranami samými manželství platným se stalo, nemůže soudce sám vystoupiti, poněvadž uznávati musí svazek, jehož platnosti svědčí právní praesumce.

Stejně stanovisko zaujímá též *Instructio ad Patriarchas, Archiepiscopos, Episcopos Rituum Orientalium in causis matrimonialibus adhibenda* ze dne 20. června 1883,²⁾ třebas by nemluvila tak konkrétně jako instrukce rakouská.

V § 1. titulu 1. (de accusatione matrimonii) části 1. vytýká známou zásadu, že řízení proti

¹⁾ l. c. str. 19 nsl.; §§ 115 a nsl.

²⁾ Instrukce tato byla schválena in Congregatione Generali P. P. in rebus fidei Inquisitorum Generalium. Otištěna u *Gasparriho* l. c. II., str. 555 nsl., udané místo na str. 556 a 557.

platnosti manželství zahájeno býti má na základě podané žaloby, ku které dle překážky jsou jednak oprávněni jen manželé, jednak každý, kdo vůbec způsobilým jest ku podání žaloby před soudy církevními; pak pokračuje v téže větě, co vytkla tyto body udané: „ac tandem ex officio etiam inquisitio fieri potest, et quandoque debet, quando praesertim contra *alicuius* matrimonii validitatem simplex denuntiatio facta fuerit, aut fama, fundamentum veritatis praesefrens, de *alicuius* impedimenti existentia divulgata sit.“ Věta posléze vytknutá, stanovící možnost, by z úřední povinnosti zahájeno bylo řízení, zní zcela všeobecně, nečiní žádného rozdílu co do překážek, pročez smí zajisté býti vykládána ve smyslu shora udaném.

Tomuto stavu věcí ovšem nikterakž nevádí skutečný vývoj církevního soudnictví manželského, který jest výronem dlouhodobé praxe, že totiž pravidlem soudy církevní z úřední povinnosti nezakročují, ať běží o kteroukoli překážku, nýbrž že vyčkají žalobu, čemuž přispěla nemálo okolnost, že od drahných dob manželské soudnictví státní de facto zatlačilo soudnictví církevní.¹⁾ Však tento skutečný, nikoli právní stav nemůže býti rozhodným, poněvadž nezakládá se ani na právu daném, ani ne na právu obyčejovém. Mluví-li církevní předpisy o otázce právě probírané, vztahují v urči-

¹⁾ Srovn. v tom ohledu dosti přísný úsudek vyslovený *Schererem* v cit. Handbuchi II., 526 nsl. V soudních aktech konsistoře Pražské vydávaných *Tadrou* nalézají se jen po různu případy, kde z úřední povinnosti bylo zakročeno. Srovn. na př. I., str. 21, č. 102 z r. 1873.

tých případech vyloučení možnosti, podati žalobu na neplatnost manželství vždycky jen ku třetím osobám, nevytýkají však zásadu, že by *soud*, pokud se tkne biskup vůbec nikdy nesměl zakročiti, kde vážnost svátosti toho vyžaduje.

A z toho, co shora řečeno bylo, vyplývá pak dále též, proč při některých překážkách právo akusační resp. denunciační se strany třetích osob jest vyloučeno, třeba by měly jinak *ius standi in iudicio*. Vyloučení toto má základ v hmotných ustanoveních církevního práva manželského, a sice v nauce o revalidaci manželství, jejížto vývoj v jednotlivých fásích ovšem v rámci tohoto pojednání podati nemůžeme, poněvadž předmět tak důležitý potřebuje probrání samostatného.¹⁾

Běží tu především o překážky omylu, donucení a nesplněné podmínky doložené. Vady tyto neprávem byly teorií, ovšem v tomto ohledu nikterakž stejnou, pojímány do nauky o překážkách manželství, kdežto povahou svou vylučují vůli souhlasnou k založení svazku manželského nutnou²⁾ (*consensus facit nuptias*). Již shora na příslušných místech k tomu poukázáno bylo, jakož i vytknuto,

¹⁾ Odtud se také prozatím na tomto místě nepouštíme do rozboru jednotlivých ustanovení o revalidaci. Co do renovace příkladem poukazujeme k dvěma starším spisům: *Aug. Ern. Lud. Guyet*, De matrimoniis invalide contracti renovatione, spec. I. (Heidelb.) 1830, II. 1832; *Xaverius Okulicki*: De revalidatione et restitutione matrimonii. 1855 (Vratisl.) Pak *Feije* l. c. str. 808 nsl. *Pompen* l. c. str. 122 nsl.

²⁾ *Rittner*, Eherecht str. 174 nsl.; *Scherer*, Handbuch II., str. 173 nsl. a jiní.

kde v tomto ohledu správné stanovisko zaujímáno, kde zase nedostatky ony k překážkám manželským počítány. Při vadách zmíněných platné manželství vzniknouti nemohlo, vznikl svazek v pramenech mnohdy *matrimonium de facto* nazvaný,¹⁾ avšak vždy možnost zůstala stranám volna, aby nové platné manželství uzavřely, jen když odhodlaly se projevití buď výslovně, buď mlčky souhlas nový, souhlas napotomný, *consensus subsequens*. V povaze těchto překážek se zakládá okolnost, že pravidelně o nich věděti budou v první řadě jen manželé sami, neboť vada ve vůli potřebné v nejhojnějších případech praktických vymkne se seznání osob jiných, poněvadž nebudou s jistotou věděti, zdali v době projevování konsensu manželského vada příslušná nebyla přece již odpadla, zdali příkladem omyl v osobě nebyl v čas poznán, a manželství pak přece platně uzavřeno, nebo zdali nátlak nepřestal a smíření se stavem daným nenastalo, zdali od podmínky strany nebyly v čas odstoupily. A i kdyby cizí osoby věděly, že se v době uzavření manželství tak nestalo, pak přece nemají žádnou jistotu, zdali zdánliví manželé neprojevíli

¹⁾ Srovn. literaturu shora jednotlivě udanou; k tomu též *Wolfgang Mühlbauer*, Thesaurus resolutionum s. c. concilii, I. (1872) str. 315 nsl., IV. sv. (1883) str. 626 nsl., 660 nsl., 681 nsl., 686 nsl., 694 nsl., 698 nsl., 703 nsl., 710 nsl., V. (jednotlivé fasciculi od r. 1883) str. 476 nsl., 493 nsl., 497 nsl. atd. Též příkl. *Sanchez*, l. c. I. tom., str. 337 nsl. *Freisen*, l. c. §§ 25—27, str. 232 nsl. *Esmein*, l. c. I., 302 nsl.; II., 161, 213 nsl.; v. *Hussarek*, Die bedingte Eheschliessung. *Fr. J. Riedler*, Bedingte Eheschliessung (Kempten 1892).

platný konsens později výslovně nebo příslušnými činy. Nesmíme totiž zapomenouti, že právo církevní předtridentské uznávalo za dostatečné kterékoli projevení manželského souhlasu i tajně učiněné, čímž se okamžik obnoveného po případě manželství jiným stranám zcela z poznání vymykalo, na čemž *zákonodárství* tridentské a potridentské pro revalidaci manželství zásadně změny nezavedlo. A poněvadž manželství jednou uzavřené pokládáno býti musí za platné, pokud opak není stanoven, nemůže soud církevní reagovati na denunziace neb akusace, z nichž neplatnost manželství alespoň pravděpodobná není, poněvadž by tím manželství ve svých základech mohlo býti otřeseno.

Co se nemožnosti tělesné tkne,¹⁾ má se věc celkem stejně. Shora k tomu již poukazováno bylo, že mnohdy přihlíželi k ní jako ku případu omylu, pak rozhodovaly ohledy právě vytknuté. Ale i později, když způsobilost tělesná jako požadavek samostatný pokládána byla, od něhož nupturienti ovšem dobrovolně odstoupiti mohli, neboť možnost souložení nevyčerpávala manželství zcela, tu vymykala se překážka tato pro svou zvláštní povahu též možnosti seznání se strany třetích osob. Tak uznává výslovně § 45 (articulus V. tituli VI. partis

¹⁾ *Sehling*, Die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe (Leipzig 1885). Mluví-li Sehling průběhem pojednání o nejrůznějších dobách o překážce soukromoprávní a veřejnoprávní, užívá těchto výrazů sám dle běžné theorie pozdější. *Freisen*, l. c. 330 nsl. *Esmein* l. c. I., 232 nsl.; II., 273 nsl.

alterae) shora řečené instrukce z r. 1883:¹⁾ „Ad impugnandum ex capite impotentiae matrimonium solummodo coniuges admittuntur, quia ipsis solummodo hoc factum cognitum esse potest, et ipsi tantummodo de hac re solliciti esse debent.“ Jakmile důvod tento přestane a jakmile soudu jasno by bylo, že osoby nemohoucné nechťi žíti vedle sebe jako bratr a sestra, zajisté že by nebylo žádné příčiny, proč by církevní soud nezakročil. V tomto mínění potvrzuje nás breve *Sixta V.* „Quum frequenter“ ze dne 22. června 1587,²⁾ v němž nemůžeme nic jiného shledati, než potvrzení svého náhledu; o tom, že by překážka nemožnosti zde pro určité případy byla stanovena jako veřejnoprávní, není dle našeho soudu ani stopy. Co jest zrnem tohoto nařízení? Po vytknutí skutečností, které vyvolaly papežovo rozhodnutí, poukazuje *Sixtus* k tomu: „quod secundum canonicas sanctiones et naturae rationem, qui frigidae naturae sunt et impotentes, iidem minime apti ad contrahenda matrimonia reputantur, quod praedicti eunuchi aut spadones quas tanquam uxores habere non possunt, easdem habere ut sorores nolunt,“ což dokázáno jest v oněch případech skutečností, že byly páchány nejrůznější neřesti, které se blíže vyličují. Vzhledem k těmto poměrům zakazuje papež manželství taková a prohlašuje osoby řečenými neduhy tělesnými stížené za nezpůsobilé

¹⁾ *Gasparri*, l. c. II., 573.

²⁾ *Richter-Schulte*, Canones et decreta concilii Tridentini (Lipsiae 1853) str. 555 nsl. Datum Romae . . . sub annulo piscatoris . . .

k manželství a oznamuje nunciovi svému rozkaz, by biskupové manželství přecé skutečně uzavřená za neplatná prohlásili.

Nám se zdá, že se na tento rozkaz posléze vytknutý kladl příliš veliký důraz. Kdyby soudní stíhání těchto manželstev bylo něčím novým, zajisté že by ve formě breve nebylo předepsáno, zajisté by papež byl vydal předpis in perpetuum rei memoriam, kdežto naše breve bylo vydáno „episcopo Navariensi nostro et sedis apostolicae in regnis Hispaniarum nuncio“, čímž všeobecná platnost jeho není nikterakž dokázána, ač praxe stále ji předpokládá. Dále se zdá, že běží více o to, rozhodnouti, zdali jmenované osoby, totiž eunuchi et spadones, qui utroque teste carent, mají býti považováni za nemohoucné ve smyslu právním. Pochybnost vznikla tím, že mezi příslušnými zdánlivými manžely spojení tělesné nastalo, spojení, které ovšem nemohlo býti fyziologickým aktem souložení, nýbrž pohlavním zločinem, jehož jednotlivosti se v breve dosti podrobně vyličují. Tedy neběželo zde o to, kdo má právo podati žalobu (mluví se v úvodu výslovně o tom, že „super hoc diversae lites et controversiae ad tuum et ecclesiasticum forum deducantur“), nýbrž o to, zdali konkrétní případy zařaditi lze pod ustanovení hmotného práva manželského a sice pod pojem impotence; tomu svědčí poukaz papeže k obsahu dotazu naň činěného: „requisivit a Nobis fraternitas tua, quid de huiusmodi connubiis sit statuendum“. Své rozhodnutí nepovažuje Sixtus za žádnou novotu, poněvadž se výslovně odvolává ke canonicae sanctiones a sám

opakuje známá ze starších pramenů slova, že v příslušných případech osoby ony jako bratr a sestra vedle sebe žítí nechtěly.¹⁾ Soudům bylo tedy známo, že osoby, ač pravou copulam carnalem vykonávají nemohly, přece se nechtí zdržeti nemravných tělesných spojení, čímž právě splnily podmínky neplatnosti manželství.

Namítne se, v tom právě vězí ta novota, že se manželství v případě známé nemožnosti i z úřední povinnosti může prohlásiti za neplatné. Tu ale tážeme se, jak pak může soud vůbec vystoupiti při překážce tajné z úřední povinnosti, když o ničem neví? Ví-li soud o impotenci, považuje se tato za veřejně známou (notoria). Právě případ tento jasně dokazuje, že soukromý a veřejný zájem s celou věcí nemá pranic společného a že se to má zde jako při jiných překážkách, které zůstaly soudy tajnými. Kdyby však v případě tajné, to jest málo

¹⁾ Co se tkne tohoto spolužití jako bratr a sestra, poukazuje pouze příkladem na *Gratiana* c. 2 C. XXXIII qu. 1., s jehožto obsahem setkáváme se u *Burcharda*, *Anselma*, *Ivona* (Decr. a Pan.; o Irových pracích srovnati sluší *Paul Fournier*: Les collections canoniques attribuées à Yves de Chartres. Paris 1897; Extrait de la Bibliothèque de l'École des chartes 1896 et 1897.) a *Polycarpy* (srovn. k tomu *Friedberg*, Corpus I. str. 1149/50 pozn. 16 k citovanému c. 2), dále na *Petri Lombardi* Sententiae IV., Dist. 34 (2. de frigidis separandis) atd.; pak na c. 2 in Compil. I. de frigidis et maleficiatis (4, 16); c. 4 a 5 X. de frig. et malef. (4, 15); *Feije*, I. c. str. 436 pozn. 3.; 442, 527 nsl. *Esmein* I., 238 nsl. *Mühlbauer*, Thesaurus V., 1064 nsl. (15. pros. 1877). Průběhem líčení mnohdy i jiné doklady zřejmě již uvedeny byly. Srovn. též str. 90 s pozn. tamže (tohoto spisu).

osobám známé nemožnosti tělesné, soudu byla jen okolnost oznámena, že muž a žena jsou nemožnými, tu ovšem by soud opětne ihned nemohl zakročiti, pokud by se mu současně pravděpodobná zpráva o neřestech manželů nepodala, ale z toho důvodu nemohl by zakročiti, že i zde může nastati zvláštní případ revalidace, t. j. že osoby ony skutečným dalším spolužitím dávají na jevo, že chtějí spolu žíti jako bratr a sestra.¹⁾

S hlediska revalidace dá se též vysvětliti, proč mohou po nabytí dospělosti domáhati se jen ti neplatnosti manželství, kdož byli v době uzavření jeho nedospělými, jak shora k tomu již poukázáno bylo.²⁾

Rovněž se vysvětluje tím okolnost, proč nepřijímá se žaloba žen unesených, když nabyvše volnosti v manželství pokračovaly a pak teprve žalobu na neplatnost podaly, neboť „Quod semel placuit, amplius displicere non potest“. (Reg. XXI in VI^o de regulis iuris.)

Freisen a *Esmein* to byli, kteří posléze důkaz provedli,³⁾ že únos spadal původně pod pojem překážky tvořené veřejným pokáním. Když pak víc a více se kladl důraz na okolnost, že únos vylučuje volnost k uzavření manželství, tu celkem spadal pod pojem překážky coactionis (vis ac metus). Že ale i v této době v případě únosu žaloby se strany

¹⁾ *Freisen*, l. c. 363.

²⁾ Srovn. místa shora udaná a *Hörmann*, Die Desponsatio impuberum.

³⁾ *Freisen*, l. c. 587 nsl. *Esmein*, l. c. I., 391 nsl. 250 nsl., kde jednotlivosti jsou uvedeny.

třetích osob podávány a přijímány byly, toho svědectvím jest shora citované *Opus libellorum super iure pontificio Roffreda Epiphani* z doby okolo r. 1243 kde podán formulář žaloby o neplatnost manželství opírající se o únos,¹⁾ a sice z důvodu toho, že svoboda vůle byla vyloučena: „Coram vobis domine etc. proponit tutor talis seu curator vel talis consanguineus talis puelle contra Titium, qui per metum compulit talem puellam in se consentire et ipsam per violentiam ad domum suam traduxit; quare petit matrimonium sic de facto contractum dissolvi, cum consensus locum non habuit, ubi metus vel coactio intercessit; petit etiam ipsam puellam per vos in aliqua honesta domo teneri, in qua nihil timere possit, donec praedicta causa fuerit ventilata“ a dodává „quod sit sic concipiendus libellus, dicit decretalis Extra de sponsalibus cap. Cum locum“ (= c. 14 X. de sponsalibus et matrimoniis IV. 1). Důvod, proč zde jiní, ač o obmezení konsensu běží, přece žalovati mohli, jest zcela na snadě. Stal-li se únos, tož stalo se násilné odvedení příslušné osoby z místa jejího pravidelného pobytu; tu všechny okolnosti tomu nasvědčují, že nenastalo schválení činu únosníka se strany unesené; tu mají nejbližší osoby dostatečných důkazů po ruce, na základě jichž může soudce zakročiti, aniž by se obávati musil, že běží o pouhé zlomyslné nařknutí manželství

¹⁾ *Roffredus Epiphani*, l. c. Tertia pars, fol. VIII. (Qualiter parentes vel tutores repetent puellam, que invita est ducta ab aliquo).

A přihlédneme-li ku c. 6 concilii Tridentini Sessio XXIV. de reform. matrimonii,¹⁾ není tu žádné zmínky o tom, že by povaha překážky se měnila; „inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quod si rapta a raptore separata, et in loco tuto et libero constituta illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat...“ Že raptor a pomocníci jeho se trestají, nemá s otázkou manželství nic společného; že čin nedovolený musí se odpykati, jest kanonická zásada stará a spravedlivá.

Že pak únosce se vylučuje z práva domáhati se neplatnosti manželství uzavřeného s unesenou, jakož i manžel, který za trvání platného uzavřel neplatné manželství, když první manželství po právu zaniklo, jakož že se vylučuje, kdož o překážce před uzavřením manželství věděl, však ji v čas neohlásil, nebo ten, kdo vésti se dá nekalými důvody,²⁾ to s naší otázkou nesouvisí, neboť tu přichází k platnosti stará zásada vyslovená na př. v glosse (casus) ke c. 5 X. 4, 18: „malitiis hominum non est indulgendum“ a „non auditur ille, qui tantum vult nocere“; vždyť by to jinak bylo schvalováním činů nedovolených a přímo vybízením k činům podobným.

Nikoli na odůvodnění, nýbrž pouze k doplnění chceme ještě krátce poukázati na příslušná usta-

¹⁾ *Richter-Schulte*, Tridentinum str. 219.

²⁾ *Scherer*, l. c. II., 527 nsl.

novení východní církve, o jejích poměrech nám bližší zprávy podávají *Zhishman*¹⁾ a *Milaš*.²⁾

K uzavření manželství vyžaduje se, by budoucí manželé měli určité náležitosti a by jim nevadila žádná manželská překážka. K manželským náležitostem počítají příslušné stáří, normální zdraví duševní a způsobilost ke konání manželské povinnosti. Překážky manželské různila církev východní původně dle různění římského práva na nuptiae nefariae, damnatae a incestae. Vytknutí příčin, které zakládaly různění toto, stávalo se jen příkladem. Církevní praxe roztrídila překážky na takové, které spadají pod pojem příbuzenství, a takové, které pod něj se zařaditi nedají.³⁾ Běře-li se za základ rozdělení, jak uznává se nyní v patriarchátu Konstantinopolském,⁴⁾ pak odpovídá našemu na impedimenta dirimentia a impedientia, absoluta a relativa. Jiné rozdíly ani v tamější praxi, ani v theorii se nevytýkají.

Spojení dvou osob, které jako manželství po právu nemůže pozůstávati, nazývá se nezákonným manželstvím, o jehož neplatnosti předepsaným řízením rozhodovati může pouze biskupský úřad. Zahájení řízení děje se buď z úřední povinnosti na základě vyskytující se nějaké skutečnosti nebo

¹⁾ *Josef Zhishman*: Das Eherecht der orientalischen Kirche (Wien 1864).

²⁾ *Nikodim Milaš*: Das Kirchenrecht der morgenländischen Kirche (1890). Übersetzt von *Alexander R. v. Pessic*. (Zara, 1897.)

³⁾ *Zhishman*, l. c. 195 nsl., 212 nsl.

⁴⁾ *Milaš*, l. c. str. 514 nsl.

věřodného oznámení nebo šířící se pověsti, anebo na základě žádosti buď manželů, buď třetích osob, by bylo zahájeno řízení. K tomu, o jaký důvod neplatnosti běží, se nepřihlíží. Stalo-li se, že okolností odpadly, které platnému manželství původně vadily, tož nemohou manželé sami nyní platné manželství uzavřítí tím, že by konsens obnovili, nýbrž musí celá záležitost k rozhodnutí biskupskému úřadu býti předložena.¹⁾

Z těchto zásad plyne, že východní právo nezná vůbec žádný rozdíl mezi překážkami veřejnými a soukromými a že v žádném případě úřední řízení vyloučeno není, což zcela odpovídá přísným názorům o svátostné povaze manželství.

Vzhledem k důvodům průběhem pojednání vytknutým opakujeme úsudek svůj častěji již shora vyslovený, že různění překážek manželských na veřejnoprávní a soukromoprávní jest kanonickému právu cizí jak po stránce formální, tak i hmotné; pročez máme za to, že rozdíl tento se všemi svými důsledky má býti z líčení církevního práva manželského zcela vynechán, neboť více věc zatemňuje, než vysvětluje. Měl-li by se tento rozdíl nesprávný nahraditi jiným, což ovšem není nikterakž nutné, mohlo by se nejspíše mluvíti o překážkách, které vadí, pokud se tkne nevadí pozdějšímu obnovení manželství, nakolik toto jen na vůli stran závisí.

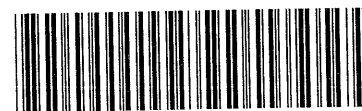
Ničehož ovšem nelze namítati proti různění překážek, jak je celkem zaujímá rakouská instrukce

¹⁾ *Zhishman*, l. c. str. 697 nsl., 712. *Milaš*, l. c. str. 543 nsl.

z r. 1856, a sice dle toho, zdali právo domáhati se neplatnosti manželství přísluší *v první řadě* zdánlivým manželům, nebo jednomu z nich, anebo zdali z úřední povinnosti má býti zahájeno řízení, *ale ve smyslu, jak k tomu již shora bylo poukázáno.*

REV15

ÚK PrF MU Brno



3 1 2 9 S 0 3 5 7 4