

Remigiusz Sobański

Udział adwokata w procesie o nieważność małżeństwa

Ius Matrimoniale 2 (8), 125-144

1997

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Ks. Remigiusz Sobański

Udział adwokata w procesie o nieważność małżeństwa

Wstęp

Kodeks Prawa Kanonicznego nie określa zadań adwokata. Zarówno on jak i pełnomocnik pełni posługę („ministerium” – k. 148 § 1) występując na zlecenie strony procesowej przed sądem, przy czym jedna i ta sama osoba może spełniać obydwie te posługi¹. Przyjmując rozróżnienie pełnomocnika i adwokata trzeba powiedzieć, że posługa pierwszego ma miejsce na płaszczyźnie formalnej i dotyczy toku procesu, zaś posługa drugiego odnosi się do meritum sprawy².

Posługa adwokata jest posługą świadczoną zleceniodawcy, a wykonywaną w sądzie. Wyświetlenie posługi adwokata w procesie o nieważność małżeństwa wymaga uprzedniego rozważenia natury i teologii tego procesu.

1. Natura i cel kanonicznego procesu o nieważność małżeństwa

W k.1425 §1 n.1 wśród spraw spornych zarezerwowanych trybunałowi kolegialnemu trzech sędziów wymienia się sprawy węzła małżeńskiego³. Stąd opinia, że proces o nieważność małżeństwa to proces sporny⁴. Nie wydaje się jednak, by oparte na dychotomii „proces sporny – proces karny” zaszerzeganie procesu małżeńskiego do procesów spornych przesądziło o jego charakterze. Wątpliwości nasuwa już rzut oka na systematykę księgi siódmej. Podzielono ją na pięć części: o sądownictwie (kościelnym) w ogólności (I), o procesie spornym (II), o niektórych procesach specjalnych (III), o procesie karnym (IV) i o procedurach w rekursach administracyjnych oraz

¹ Art. 44 § 1 instrukcji Provida Mater z 15.8.2936 wymagał, by były to dwie różne osoby.

² Tak art. 44 § 2 instrukcji Provida.

³ Por. także k. 1481 § 3.

⁴ Tak Z. Grocholewski, Quisnam est pars conventa in causis nullitatis matrimonii, *Periodica* 79 (1990) 363. Autor precyzuje jednak, że „processus nullitatis matrimonii apparet aliquo modo tamquam contentioso-administrativus” (s.390).

przy przenoszeniu lub usuwaniu proboszczów (V). Normy dotyczące adwokatów znajdują się w pierwszej części, w tytule o stronach w sprawie. Normy dotyczące procesów małżeńskich zamieszczono w części III, sprawy o orzeczenie nieważności małżeństwa to pierwszy rozdział wśród nich, najbardziej rozbudowany, bo liczący 21 kanonów (spośród których 3 dotyczą procesu opartego na dokumentach). W świetle tej systematyki nie można powiedzieć po prostu, że proces o nieważność małżeństwa to proces sporny, gdyż o procesach małżeńskich jest mowa w innej, równorzędnej części księgi siódmej. Zarazem trzeba stwierdzić, że proces o nieważność małżeństwa nie jest wyczerpująco normowany w części o procesach specjalnych, lecz zawarto w niej tylko normy bardziej szczegółowe z zaznaczeniem, że „w pozostałych kwestiach dotyczących sposobu postępowania należy stosować, jeśli nie sprzeciwia się temu natura rzeczy, kanony o procesie w ogólności i o zwyczajnym procesie spornym” (k. 1681). Z powodu tego przepisu podstawową figurą procesu kanonicznego (także karnego – k.1728 § 1) jest zwyczajny proces sporny, on tworzy szkielet procesu, który z racji przedmiotu zostaje odpowiednio dostosowany. Stąd opinia, że proces o nieważność małżeństwa ma prawdziwie charakter procesu spornego.

Nie tylko systematyka Kodeksu, lecz również przedmiot procesu o nieważność małżeństwa – owo „quid petitur” – nie pozwala zakwalifikować go jako procesu spornego. Małżeństwo to sakrament czyli „rzecz duchowa”. Do samego zestawu słów „spór o rzeczy duchową” trzeba podejść z rozwagą i z baczeniem na sens każdego z nich. Małżeństwo wyróżnia się wśród „rzeczy duchowych” tym, że powstaje w wyniku konsensu dwojga osób, przybiera więc figurę prawną umowy, a ważność umowy to na pewno przedmiot procesu spornego. To podpadanie pod proces sporny nie podlegałoby wątpliwości, gdyby spór co do ważności zaistniał między tymi, którzy ją zawierali i gdyby sprawy o nieważność małżeństwa prowadzono tylko w razie sporu między stronami co do ważności. Rozstrzygnięciu drogą procesu spornego nie stałby na przeszkodzie specyficzny charakter umowy o apriorycznie, prawem określonym przedmiocie: wyrok rostrzygałby sporną między stronami kwestię, czy umowa została zawarta ważnie i czy – tym samym – zaistniał ważny węzeł małżeński i – tym samym wśród ochrzczonych – sakrament małżeństwa. Tymczasem proces o orzeczenie nieważności małżeństwa trzeba prowadzić także wtedy, gdy między stronami nie ma sporu co do podniesionej nieważności. Zgodność stron co do nieważności małżeństwa nie stanowi jednak wystarczającej podstawy do orzeczenia tej nieważności, gdyż małżeństwo nie jest ich sprawą prywatną, a ich twier-

dzeniu stoją na przeciw fakty obiektywne, mianowicie zawarcie go w formie kanonicznej i jego zapis w rejestrze małżeństw. Właśnie ze względu na sakrament Kościół jest zainteresowany małżeństwem i jego ważnością: wymaga przygotowań do jego zawarcia, bada zamierzone intencje nupturientów, nie pozostawia decyzji co do ważności samym małżonkom, lecz rezerwuje ją sobie zapewniając przy tym małżeństwu przychylność prawa (k.1060). Znaczy to, że niezależnie od tego, czy istnieje spór między stronami, w wypadku zaskarżenia ważności małżeństwa spór zawsze zachodzi między jednym z nich lub obojgiem a władzą kościelną. Stąd opinia współczesnych kanonistów, że władza kościelna jest stroną w procesie.

Jeśli władza kościelna jest stroną w procesie spornym, to rozstrzygnięcie sporu przez tęże władzę naruszałoby zasadę „*nemo iudex in propria causa*”. Wprawdzie role w procesie są rozdzielone, a prawo każe zarówno sędziom (k.1608) jak i obrońcy węzła małżeńskiego (k.1432) kierować wyłącznie normami prawa i sumieniem, to jednak funkcjonalny podział władzy kościelnej (k.135 §1) nie narusza jej jedności: biskup posiada władzę ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą – te dwie ostatnie może wykonywać przez swych wikariuszy (generalnego i sądowego), ale też osobiście. Uznanie procesu o nieważność małżeństwa za prawdziwy proces sporny oznaczałoby, że biskup posiadający w powierzzonej mu diecezji „wszelką władzę zwyczajną, własną i bezpośrednią, jaka jest wymagana do jego pasterskiego urzędu” (k.381 §1), byłby władny – zachowując przepisy prawa – rozstrzygać sprawy, w których – jako podmiot władzy i reprezentant Kościoła partykularnego zgodnie z k.118 – on jest stroną pozwaną.

Z trudności tej można wybrnąć tylko przy założeniu, że proces o nieważność małżeństwa nie jest procesem spornym, a kończące go orzeczenie to stwierdzenie faktu prawnego (nieważności) przeciwnego faktowi prawnemu stwierdzonemu przez urzędowego świadka przy zawieraniu małżeństwa⁵. Jakkolwiekby go zaszeregować, trzeba przyznać, że jest to „proces nietypowy”⁶.

Proces o nieważność małżeństwa nie jest przeto – także ze względów zasadniczych – procesem spornym, natomiast prawo kościelne każe sprawy o nieważność małżeństwa rozpatrywać i rozstrzygać wedle procedury przewidzianej dla procesu spornego, z zastosowaniem norm przewidzianych

⁵ Tak też A. Dzięga, Strony sporu w kanonicznym procesie o nieważność małżeństwa, Warszawa 1994, 143.

⁶ K. Lüdicke, Der kirchliche Ehenichtigkeitsprozeß – ein processus contentiosus?, Österr. Archiv. f. Kirchenrecht 39 (1990) 295-328.

specjalnie dla procesu małżeńskiego. Postanowienie o stosowaniu norm procesu spornego ma charakter konwencjonalnej decyzji prawodawcy kościelnego⁷, nie wynika natomiast z natury rzeczy. Gdyby konieczność takiego procesu wynikała z natury rzeczy, musiałby on być przewidziany również w przypadkach, dla których prawo pozwala stosować postępowanie skrócone (k.1686-1688). Na poparcie twierdzenia, iż stosowanie procedur przewidzianych dla procesu spornego nie przesądza o charakterze postępowania, można wskazać też na k.1702, w którym w sprawach o dyspensę od małżeństwa niedopełnionego nakazuje się również (acz w znacznie mniejszym zakresie) stosować normy przewidziane „w zwyczajnym procesie spornym i w sprawach o nieważność małżeństwa”⁸, a przecież nikt nie nazwie postępowania w sprawach „super rato” procesem spornym (mimo, że niedokonanie małżeństwa może być faktem spornym). Widać wyraźnie, że nawet sporne sprawy małżeńskie mogą być kończone i rozstrzygane nie wyrokiem, lecz w inny sposób.

Najmocniejszego argumentu za tym, że przepisana procedura nie decyduje o charakterze postępowania, dostarcza k.1682: proces zakończony wyrokiem stwierdzającym nieważność małżeństwa może być w drugiej instancji „załatwiony” dekretem i to „bez zwłoki”. Przy czym nie jest to dekret biskupa, którego sąd wydał wyrok, ani czuwającego „nad właściwym zachowaniem wiary oraz dyscypliny kościelnej” metropolity (k.436 §1 n.1), lecz trybunału apelacyjnego⁹. Wymóg (i możliwość) dekretu (bez procesu) drugiej instancji, który wymaga zatwierdzenia mimo iż nie wniesiono apelacji, nie tylko relatywizuje wyrok pierwszej instancji, ale świadczy, że sprawy w których na pierwszym i drugim stopniu orzeczono nieważność małżeństwa ostatecznie kończą się dekretem i – ponadto – że pozostają na wokandzie sądowej, mimo że nie toczy się już spór. Po prostu: Kościół uznał taką procedurę za właściwą. Ostatniego wreszcie argumentu przemawiającego przeciw spornemu charakterowi procesu o nieważność małżeństwa dostarcza k.1643: sprawy te nigdy nie przechodzą w stan rzeczy osądzonej.

⁷ O domniemanych przyczynach takiej decyzji p. E.Corecco, La sentenza nell'ordinamento canonico, w: La sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile. Atti del Convegno Internazionale...Ferrara 10-12.10.1985, Padova 1988, 258-290.

⁸ Proces sporny i proces o nieważność małżeństwa potraktowano w k. 1702 łącznie!

⁹ Biskup nie jest władny uchylić wyrok wydany przez jego trybunał, metropolita nie jest władny uchylić wyrok I instancji ani też wyrok czy dekret wydany przez jego trybunał w II instancji.

A właśnie to osądzenie rzeczy i definitywne zakończenie sporu jest sensem i celem procesu spornego.

Nie doszukując się wszystkich racji, które skłoniły prawodawcę kościelnego do zaaplikowania do spraw o nieważność małżeństwa norm zwyczajnego procesu spornego, a nie do zadysponowania procedury właściwej dla postępowania administracyjnego, można wśród nich wskazać na skalę trudności ich rozstrzygnięcia (która wraz z rozrostem wiedzy nie maleje, lecz rośnie, czego dowodem nowe tytuły nieważności w k.1095 n.3 czy 1098). Rozstrzygnięcie w tych sprawach wymaga pokonania wysokiego stopnia trudności, czemu trudno byłoby podołać w postępowaniu administracyjnym. Kościół nie dostrzega potrzeby rezygnacji z wiekowego doświadczenia sądowego.

Nasuwa się pytanie, po co ten rozbudowany według figury procesu spornego sposób postępowania?

Pytanie w procesie o nieważność małżeństwa brzmi: czy udowodniono nieważność małżeństwa? Chodzi więc o stwierdzenie faktu prawnego, właśnie nieważności małżeństwa. Ten fakt to prawda materialna, odmienna – jeśli nieważność zostanie udowodniona – od tej, za którą przemawia domniemanie prawne (k.1060). Jest to prawda eklezyjalna, gdyż sakramenty „tworzą Kościół”¹⁰, stąd w procesie tym chodzi o dobro publiczne. Właśnie dlatego, że chodzi o dobro publiczne, uprawniony do zaskarżenia małżeństwa jest rzecznik sprawiedliwości (k.1674 n.2). Prawo zaskarżenia małżeństwa przysługuje mu jednak tylko w sytuacjach prawem określonych, a zawsze posiadają je małżonkowie (k.1674 n.1). Ci zaś zaskarżają małżeństwo nie kierując się – zazwyczaj – dobrem publicznym Kościoła, lecz własnym, duchowym dobrem: stwierdzenie prawdy materialnej (orzeczenie nieważności małżeństwa) jest im potrzebne, bo pragną uwolnić się od węzła i – zazwyczaj – zawrzeć nowe małżeństwo¹¹. Wnoszący sprawę pragnie skorzystać z prawa zawarcia małżeństwa, które przysługuje wszystkim tym, którym prawo tego nie zabrania (k.1058). Osobom pozostającym w ważnym małżeństwie prawo zabrania zawarcia ponownego małżeństwa, przy czym zakaz ten, sformułowany jako zrywająca przeszkoda małżeńska (k.1085 1), wynika z pozytywnego prawa Bożego. W przekonaniu powoda (wzgl. obydwu stron) zakaz ten w odniesieniu do niego (co znaczy konkretnie: w odniesieniu do obydwu stron) nie polega na prawdzie, a co najwyżej na

¹⁰ „Sacramenta faciunt Ecclesiam”, Por. też k.840.

prawdzie wątpliwej. Dlatego wnosi o ustalenie prawdy, tzn. o orzeczenie, że jego małżeństwo nie jest prawdziwe.

Do wniesienia sprawy każdy ma prawo (k.1476), wnosząc sprawę korzysta z przysługującego mu prawa dochodzenia własnych uprawnień (k.221 §1 oraz 1400 §1 n.1). Dochodząc uprawnienia do ustalenia i orzeczenie prawdy dotyczącej własnej pozycji kanonicznej powód (wzgl. obydwie strony) wnosi tym samym o ustalenie prawdy dotyczącej faktu eklezjalnego: dobro prywatne i dobro publiczne są sprzężone ze sobą. Znajdujemy tu ilustrację przenikania i uzupełniania się w Kościele norm prawa publicznego i prawa prywatnego, przy czym samo zaaplikowanie takiego podziału do prawa kościelnego ma znaczenie jedynie metodologiczne, służące najpierw wyrazistemu wyekspozowaniu dóbr chronionych przez prawo, a następnie ich faktycznej ochronie. To samo trzeba powiedzieć o dyskusji, czy celem prawa kanonicznego (a tym samym jego prawo procesowego, które zawsze jest niejako koroną prawodawstwa) jest ochrona wspólnoty czy ochrona praw wiernych. Tych celów nie należy postrzegać rozłącznie: wierny nie istnieje inaczej jak we wspólnocie, wspólnota nie istnieje w oderwaniu do wiernych.

2. Rola adwokata w procesie małżeńskim

Przeprowadzona wyżej sumaryczna charakterystyka procesu o nieważność małżeństwa ma służyć ustawieniu horyzontów funkcji adwokackich. Nowe dyspozycje zawarte w CIC/1983 spotkały się z powszechnym uznaniem, jeśli je krytykowano, to raczej z zarzutem powściągliwości – że są zbyt restrykcyjne i nie dość uwzględniające prawa wiernych¹². W literaturze podkreśla się, że zostało dowartościowane prawo do obrony i że udział adwokata stanowi równowagę dla obrońcy węzła małżeńskiego¹³.

Wszystko to słuszne, ale w niektórych publikacji zdaje się wyłaniać obraz sądów kościelnych jako bezdusznych, zimnych trybunałów, wobec których nieporadne strony muszą zmagać się z uprzywilejowanym obrońcą węzła

¹¹ Z. Grocholewski, art. cyt. (p. przyp. 4), 377.

¹² M. Zimmermann, *Avocat ecclesiastique, avocat en question*, *Praxis juridique et religion* 5 (1988) 143-149.

¹³ Wśród wielu P.A.Bonnet, *Le parti in causa*. *Brevi annotazioni ai cc. 1476-1490 CIC*, *Periodica* 84 (1995) 489-514; C. Gullo, w: *Comentario esegetico al Codice de Derecho canonico*, Pamplona 1996, IV/1, 1065.

małżeńskiego i w których sędziowie nie są skłonni udzielić żadnej pomocy stronom, bo są bezstronni. Ale bezstronność to nie obojętność ani bezczynność. Zwłaszcza jeśli sprawa dotyczy dobra publicznego lub zbawienia dusz (a takimi są sprawy o nieważność małżeństwa), prawo nakazuje sędziemu po wprowadzeniu sprawy postępować „także z urzędu” (k.1452 §1). Sędzia nie wyłącza stron, ale „może uzupełnić zaniedbania stron w przytaczaniu lub zgłaszaniu zarzutów, ilekroć uzna to za konieczne dla uniknięcia bardzo niesprawiedliwego wyroku” (k.1452 §2). Sędzia w procesie o nieważność małżeństwa nie zachowuje się biernie, lecz aktywnie posuwa proces naprzód, zarządzając wszystko, co jest potrzebne dla wyświetlenia prawdy. Ten nakaz prawa trzeba mieć na oku, gdy rozpatruje się rolę adwokata – obrońcy (a także rolę obrońcy wężła) w procesie o nieważność małżeństwa.

Ustalenie prawdy materialnej o istnieniu lub nieistnieniu wężła małżeńskiego to jedyny i wyłączny cel procesu o nieważność małżeństwa¹⁴. Ten cel wyznacza strukturę procesu i funkcję wszystkich w nim uczestniczących¹⁵. Stąd podkreślona przez Piusa XII jedność ich akcji i współdziałania zorientowana na wydobycie prawdy. Tę jedność celu Pius XII szczególnie mocno zaakcentował, gdy mówił o funkcjach obrońcy wężła małżeńskiego i adwokata. Jeden i drugi działa *pro rei veritate*. Odmienne są ich punkty wyjściowe i cele najbliższe, wspólny jest końcowy cel procesu: prawda o konkretnym małżeństwie. Pius XII zdecydowanie przeciwstawił się pogładowi, jakoby ocena prawdy należała wyłącznie do sędziego, zaś zobowiązanie adwokata do prawdy oznaczałoby paraliżowanie jego aktywności. Proces małżeński to nie współzawodnictwo czy turniej, którego protagoniści zmagają się do odniesienia zwycięstwa. Obrońca wężła i adwokat stają na odmiennych pozycjach wyjściowych, jeden *pro vinculo*, drugi *pro*

¹⁴ „Orbene, nel processo matrimoniale in fine unico é un giudizio conforme alla verità e al diritto, concernente nel processo di nullità la asserita non esistenza del vincolo coniugale, nel processo informativo *de vinculo solvendo* la esistenza, o no, dei presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo. In altri termini, il fine è l'accertare autorevolmente e il porre in vigore la verità e il diritto ad essa corrispondente relativamente all'esistenza o alla continuazione di un vincolo matrimoniale”, Pius XII, allocutio 2.10.1944 – AAS 36 (1944)282.

¹⁵ K. Lüdicke zwraca uwagę, że w k. 1684 §1 daje się pierwszeństwo zasadzie pewności prawnej przed zasadą prawdy obiektywnej, skoro wniesienie apelacji po myśli k.1644 §1 – a więc po dwu wyrokach zgodnie orzekających nieważność małżeństwa – nie przeszkadza zawarciu ponownego małżeństwa – Der kirchliche Ehaenichtigkeitsprozeß (p.przyp.6).

nullitate, ale obydwaj *salva semper veritate*¹⁶. Sędziowie, obrońca węzła, adwokat odgrywają przypisane im role, tych ról nie wolno mieszać ani zamazywać, ale są to role jednego organizmu, wzajemnie skoordynowane i pozostające w służbie prawdy i dobra dusz.

Wśród tych ról najważniejsza i istotna jest rola sędziego, on jest instancją orzekającą o prawdzie. Niezależnie od tego, jaką prawo ustalałoby procedurę, sądową czy administracyjną, proces sporny czy inny, rozstrzygnięcie musi być z natury rzeczy aktem władzy kościelnej. Wszystkie inne role mają charakter pomocniczy, ale są one również posługą kościelną. Dotyczy to także adwokata. Adwokat to urząd kościelny w rozumieniu k.145 (por. k.1490). Adwokat działa na zlecenie strony procesowej, jeśli zarazem został ustanowiony jej pełnomocnikiem, reprezentuje ją wobec sądu jako jej *alter ego*, ale chociaż dyspozycje dotyczące adwokata nie mieszczą się w tytule o trybunałach, lecz w tytule o stronach, to ucieleśnia on figurę prawną analogiczną do obrońcy węzła. On staje po stronie strony, ale nie „poza” sądem¹⁷. Świadczona przezeń asystencja procesowa, doradztwo, przedkładanie dowodów, argumentacja i obrona dokonane są w określonej perspektywie postulowanego orzeczenia nieważności małżeństwa, intencjonalnie służą stronie, ale są zarazem służbą dla trybunału. Chociaż jego punktem wyjściowym i przewodnim motywem działania jest „prawda strony”, to i on pozostaje w służbie obiektywnej prawdy materialnej.

Wzmoczone w ostatnich latach zainteresowanie funkcją adwokata i podkreślanie konieczności jego udziału w procesie o nieważność małżeństwa jest niewątpliwie historyczne uwarunkowanie. Przyczyna dalsza, bardziej generalna to mocniej wyakcentowana podmiotowość wiernego w Kościele i ożywienie problematyki podstawowych praw wiernych, w tym prawa do obrony (k.221 §1). Przyczyny bliższej trzeba dopatrywać się w postulacie większej efektywności sądów kościelnych. Można oczywiście dyskutować nad strukturami sądownictwa kościelnego i nad jego liniami rozwojowymi, nad tym, czy nadal pozostają aktualne racje historyczne, które spowodowały

¹⁶ Por. też Jan Paweł II, allocutio 28.I.1982 – AAS 74 (1982) 453 oraz 24.I.1988 – AAS 80(1988)1184.

¹⁷ „*pubblico avvocato, il cui titolare eserciterà la propria funzione come membro del Tribunale, non come libero professionista, a verrà retribuito esclusivamente dal Tribunale*” – dekret Konferencji Biskupów Piemontu z 14.3.1973 (cyt. za J.Ochoa, *La figura canonica del procurador y abogado publico*, w: *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabbatani, curantibus Z. Grocholewski, V. Carcel Orti, Città del Vaticano 1984, 253*).

ostniejący obecnie podział ról przy jednym celu, jaki winien przyświecać sędziom, obrońcy wężła i adwokatowi¹⁸. W dyskusji mającej w wizjerze przyszłość trzeba strzec się rozdzielnego czy wręcz przeciwstawnego traktowania dobra duchowego (=praw) poszczególnych wiernych i dobra całej wspólnoty.

Takie polaryzujące postrzeżenie winno nam być dalekie, gdy podejmujemy dyskusję o roli adwokata i o sposobie efektywnego wykorzystania obecnie obowiązujących dyspozycji prawa kanonicznego¹⁹. Nie trzeba dostrzegać w osobie i roli adwokata remedium na faktyczne czy domniemane, powszechne czy partykularne niedostatki sądownictwa kościelnego w sprawach małżeńskich. Dyspozycje prawa dotyczące adwokatów trzeba przyjąć, interpretować i stosować z równą – ani mniejszą ani większą – powagą jak inne normy procesowe.

Musimy wyjść z założenia, że prawo do pomocy prawnej przysługuje każdemu człowiekowi, przysługuje mu zwłaszcza, gdy dochodzi swoich praw przed sądem. Wiedza prawnicza od dawna przestała być powszechną, a odkąd istnieją sądy, występują też adwokaci. Można oczywiście powiedzieć, że wobec pastoralnego zadania każdej – także sądowniczej²⁰ – władzy kościelnej i wobec samego celu procesu kanonicznego wierni mogą uzyskać pomoc i porad w sądzie kościelnym. Wszak sędzia w procesie małżeńskim pozostaje daleki od obrazu Temidy z zawiązanymi oczyma: on nie zamienia sutanny na togę, nie zostawia kapłaństwa za drzwiami sądu (w kolegium

¹⁸ Por. m.inn. krytyczne uwagi R. Corecco, *Aspetti della ricezione del Vaticano II nel Codice di diritto canonico*, w: *Il Vaticano II e la Chiesa*, a cura di G. Alberigo, J.P.Jossua, Brescia 1985, 333-398, zwłaszcza 345-349. Propozycji reorganizacji procedury orzekania nieważności małżeństwa było w ostatnich latach wiele. Paleta proponowanych rozwiązań obejmowała zarówno prozycje orzekania drogą pozaprocesową, jak i usprawnienia postępowania przy zachowaniu procedury procesowej (najpoważniejsza wydaje się propozycja K. Lüdicke, *Der kirchliche Ehenichtigkeitsprozeß* (p. przyp. 6); tenże, *Zum Berufungssystem im kirchlichen Ehenichtigkeitsprozeß*, w: *Iustus, Iudex, Festschrift f.P.Wesemann*, hrsg. K. Lüdicke, H. Musinghoff, H. Schwendenwein, Essen 1990, 507-551. Por. też F.F. d'Ostillo, *Necessità di favorire una giusta rapidità nelle cause matrimoniali*, *Mon. Eccl.* 112 (1987) 341-377; 114 (1989) 185-236. Zróżnicowane postępowanie (uproszczony „proces zwykły” i „subsydiarny proces” w przypadkach trudniejszych) postuluje ostatnio R. Puza, *Der Ehenichtigkeitsprozeß muß vereinfacht werden*, *Theol. Quartalschrift* 176 (1996) 153 ns.

¹⁹ Z tej spolaryzowanej perspektywy krytykuje dyspozycje kodeksu M. Zimmermann, *art.cyt.* (p. przyp. 12).

²⁰ Por. Pius XII, *allokucja* 2.10.1994 (p. przyp. 14), 289.

orzekającym przynajmniej dwóch musi być duchownymi, a przewodniczący z reguły kapłanem – k.1421, 1426 §2 i 1420 §4), orzekanie o prawdzie ma na celu dobro duchowe²¹.

Chyba dlatego uczyniono w sprawach małżeńskich wyjątek od przymusu adwokackiego (k.1481 §3). Niektórzy autorzy komentujący brak przymusu adwokackiego w sprawach małżeńskich uzasadniają to funkcją obrońcy węzła małżeńskiego, który jest zobowiązany argumentować *pro rei veritate*²². Powszechnie jednak postuluje się udział adwokata właśnie jako przeciwwagę dla obrońcy węzła²³, co znajduje potwierdzenie w zrównaniu ich uprawnień p.k.1878 §1 (z zastrzeżeniem repliki dla obrońcy węzła – k.1603 §3).

Brak przymusu adwokackiego nie znaczy jednak, by w świetle przepisów prawa udział adwokata w procesie małżeńskim był sprawą zupełnie obojętną. Świadczy o tym nie tylko przymus adwokacki przynajmniej dla strony powodowej w sprawach prowadzonych w Trybunale Roty Rzymskiej²⁴. Nie przypadkiem uprawnienia adwokata są obecnie większe niż za rządów pierwszego kodeksu: adwokat ma prawo być obecny podczas przesłuchania stron, świadków i biegłych, ma też prawo „przejrzeć akta sądowe, chociażby jeszcze nie były ogłoszone, i zaznajomić się z dowodami przedłożonymi przez strony” (k.1678 §1). Nietrudno odczytać w tych dyspozycjach wyraźną tendencję rozwojową. Co więcej, lektura dyspozycji Kodeksu nasuwa przypuszczenie, że chociaż prawodawca nie zarządził przymusu adwokackiego, to jednak jakby zakładał udział adwokata (także) w procesie małżeńskim. Wszak głównie o te procesy chodzi w k. 1490, który brzmi: „W każdym trybunale – jeśli to możliwe – należy ustanowić stałych obrońców,

²¹ „Il vostro lavoro è giudiziario, ma la vostra missione è evangelica, ecclesiale e sacerdotale, rimanendo nello stesso tempo umanitaria e socialej” – Jan Paweł II, allocutio 30.I.1986 – AAS 78 (1986) 924. Podobnie w alloc. 18.I.1990 – AAS 82 (1990) 872-877. Szerzej na ten temat: H. Mussinghoff, *Nobile est munus ius dicere iustitiam adhibens aequitate coniunctam*, w: *Theologia et ius canonicum. Festgabe für Heribert Heinemann zur Vollendung seines 70. Lebensjahres*, hrsg. H.J.R. Reinhardt, Essen 1995, 21-37. Nauczanie Jana Pawła II o zadaniach sędziego kościelnego referuje D.D.Price, *Law at the Service of Truth and Justice: an Analysis of Pape John Paul II's Rotal Allocutions*, *The Jurist* 53 (1993) 155-185. P. Też: H. Stawniak, *Prawo i duszpasterstwo*, *Pr.Kan.* 34 (1991) n.3-4, 203-210.

²² Tak K. Lüdicke, *Münsterischer Kommentar*, 1481,9.

²³ P.przyp.13.

²⁴ *Romanae Rotae Tribunal Normae*, art. 53 §2 – AAS 86 (1994) 524.

otrzymujących wynagrodzenie od samego trybunału, którzy pełniliby zadania adwokata lub pełnomocnika, przede wszystkim, w sprawach małżeńskich, dla stron, które chciałyby ich wybrać”.

Zaznaczmy od razu, że chodzi o adwokatów „urzędowych”. Ich lista nie pokrywa się z listą adwokatów generalnie dopuszczonych przez biskupa. Dodajmy, że polskie tłumaczenie nie jest adekwatne do oryginału. Nie chodzi o obrońców, których strony chciałyby wybrać, lecz o takich, których wołałyby wybrać (nie „velint”, lecz „malint”). A jeśli wołałyby²⁵, to znaczy bardziej tych z listy urzędowej niż innych. Skoro strony w procesie małżeńskim mogą woleć adwokata spośród urzędowych, to nasuwa się, że prawodawca zakładał, iż strony skorzystają z pomocy adwokata: mogą bardziej woleć urzędowego niż „prywatnego”.

3. Adwokaci urzędowi

Adwokatów urzędowych należy ustanowić „jeśli to możliwe”. Autorzy różnie interpretują tę dyspozycję. Wedle jednych ustanowienie adwokatów jest nakazane, tak, aby ubodzy mogli skorzystać z ich pomocy²⁶. Inni widzą w tym nakaz prawa, który może jednak pozostać nie spełniony, jeśli przemawiają za tym wystarczające racje²⁷. Większość interpretuje dyspozycję k.1490 jako zalecenie²⁸. Ten ostatni pogląd wydaje się słuszny. A jeśli tak, to nasuwa się pytanie, kiedy i dlaczego ustanowienie stałych obrońców może być niemożliwe²⁹.

²⁵ W tłumaczeniu hiszpańskim „preferan”, we włoskim „di preferenza desiderino sceglierli”.

²⁶ F. Della Rocca, *Uno sguardo al nuovo Codice di Diritto Canonico in materia processuale*, w: *Giustizia e servizio, Scritti in onore de Rosa*, Napoli 1984, 148.

²⁷ „La norma del Can. 1490 es tipicamente – y valga la redundancia – canonica: al mismo tiempo prescribe pero no manda, o manda pero un impone” – J. Ochoa, *La figura* (p.przyp.17), 263.

²⁸ M.F.Pompedda, *Diritto processuale nel nuovo Codice di Diritto canoanico: revisione o innovazione*, w: *Studi di Diritto Canonico matrimoniale e processuale*, Roma 1983, 19; J. Weier, *Der Anwalt im kirchlichen Eheprozeß. Neue Bestimmungen im CIC*, w: *Ministerium iustitiae. Festschrift für Heribert Heinemann zur Vollendung des 60. Lebensjahres*, hrsg. A. Gabriels, H.J.F.Reinhardt, Essen 1985, 407; C. Gullo, art. cyt. (p. przyp.) 13).

²⁹ J. Ochoa (j.w.przyp.17), 263, wlicza 3 przyczyny: brak odpowiednich kandydatów, brak środków na ich opłacenie, zadawalający udział adwokatów „prywatnych”.

Pierwszą z nich jest na pewno brak osób spełniających warunki prawem wymagane. A wymaga się, by były to osoby pełnoletnie (!) i nienaruszonej sławy, katolickiego wyznania (chyba że biskup diecezjalny zezwoli inaczej), mieć doktorat prawa kanonicznego albo skądinąd być prawdziwie biegłym³⁰. Tu rysuje się pierwsza trudność. Nie ma i długo nie będzie w Polsce liczby doktorów prawa kanonicznego wystarczającej dla wciągnięcia ich na listę adwokatów przy wszystkich sądach, zwłaszcza że takich doktorów ustanawia się sędziami czy obrońcami wężła. Wolno uznać, że presupozycje wymaganej biegłości spełniają licencjaci prawa kanonicznego, których liczba w najbliższych latach znacznie wzrośnie, czego pozwala spodziewać się tłok na obydwu wydziałach. Sądzę jednak, że za biegłych można też uznać magistrów prawa, jeśli w programie studiów uwzględnili prawo kanoniczne, zwłaszcza zaś jeśli pisali pracę magisterską z prawa kanonicznego.

Druga trudność wynika z dyspozycji, by adwokatów urzędowych opłacał sąd. Ponieważ – jak sądzę – sądy kościelne nie są samodzielnymi jednostkami budżetowymi, wynagradzałyby ich Kuria Diecezjalna (co wzmocniałoby ich niezależność). Kwestia pierwsza dotyczy możliwości finansowych diecezji, nawet jeśli na liście figurowałoby mało nazwisk wzgl. adwokaci funkcjonowali na etatach ułamkowych.

Ale nasuwają się inne jeszcze kwestie. W Polsce nie zachodzi obawa, że adwokaci urzędowi pozbawią chleba adwokatów prywatnych, gdyż ci występują na razie sporadycznie. Prawo postanawia zresztą wyraźnie, że strony nie muszą skorzystać z adwokata urzędowego, mogą udzielić mandatu innej osobie, spełniającej warunki i zatwierdzonej przez biskupa czy to generalnie czy to *ad casum*. Wtedy uzgadniają i płacą honorarium adwokatowi. Adwokat urzędowy nie pobiera honorarium, jest opłacany przez sąd. Strony mogą prosić o przydzielenie im adwokata urzędowego,

³⁰ A. Jullien podniósł kiedyś kwestię, czy nie należałoby rekrutować adwokatów spośród ojców rodzin, którzy – jako tacy – znaliby lepiej moralne i psychologiczne uwarunkowania małżeństwa. Autor doszedł jednak do wniosku, że idealny byłby adwokat kapłan dojrzałego wieku, z solidną formacją filozoficzną i teologiczną, dobry kanonista i zarazem znawca prawa cywilnego, biegły w procedurze sądowej, ale nie uprawiający jej kultu, nie skazany na to, by żył z procesów małżeńskich, mający możliwość sprawowania funkcji duszpasterskich – *Juges et avocats des tribunaux de l'Eglise*, Roma 1970, 35, przyp.72.

przy czym nie muszą uzasadniać swej prośby względami ubóstwa³¹. Nie brak autorów przypuszczających, że dyspozycję k. 1490 da się zrealizować jedynie w niewielu sądach³² inni sądzą przeciwnie i wskazują sądy, w których zalecenie k. 1490 stosuje się z powodzeniem³³. Adwokaci urzędowi pełnią na ogół tę funkcję obok swoich zajęć pierwszoetatowych (kościelnych – oczywiście pozasądowych – lub świeckich, często są to emeryci).

Zalety dyspozycji k.1490 dostrzega się – po pierwsze – w udostępnieniu wszystkim stronom procesów małżeńskich pomocy prawnej i to udzielanej przez osoby kompetentne oraz – po drugie – w uniknięciu kłopotliwych często pertraktacji co do wysokości honorarium³⁴. Określenie wysokości wynagrodzenia adwokatów należy do biskupa kierującego trybunałem (k.1649 §1 n.2).

Wyraża się jednak również obawy. Stawia się pytanie, czy adwokat urzędowy będzie wystarczająco niezależny od pracodawcy, tzn. od oficjała, mimo że pozostaje w takim samym stosunku służbowym do zleceniodawcy jak adwokat prywatny ale pozostaje też w stosunku służbowym do oficjała³⁵. Podnosi się ponadto kwestię, czy zatrudnienie na stałym etacie nie będzie pokusą do folgowania lenistwa, skoro wy-

³¹ Inaczej niż przy prośbie o przyznanie bezpłatnej pomocy lub obniżki kosztów, o której w k. 1649 §1 n.3. Nie znajduje uzasadnienia w k. 1490 pogląd, że sąd winien we wszystkich sprawach przydzielić stronom adwokata urzędowego, jeśli nie mają prywatnego (Tak F. Della Rocca, (p.przyp.26), ani też pogląd, że adwokatów z listy wg k.1490 należy przydzielać tym, którym przyznano obniżkę kosztów procesowych czy też zwolnienie z nich (tak G. Boscaglia, *Le cause matrimoniali*, w: *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia 1984, 204).

³² Tak np. P. Wirth, w: *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, hrsg. H.Müller, J. Listl, H. Schmitz, Regensburg 1983, 973.

³³ J. Weier (p.przyp.28), 404, wskazuje Wiedeń i Essen. Za rozpowszechnieniem praktyki stosowanej we Wiedniu optował ówczesny oficjał A. Dordett, *Notae quaedam ad conferentiam Officialium Germaniae habitam anno 1966*, w: *Ius populi Dei. Miscellanea R. Bidagor*, Roma 1972, II, 639-666. Adwokatów urzędowych wprowadzono w r. 1973 w trybunale regionalnym Piemontu z siedzibą w Turynie, a następnie w trybunale Ligurii z siedzibą w Genui – J. Ochoa, art. cyt. (p.przyp.17), 253.

³⁴ J. Weier (p.przyp.28), 405.

³⁵ Nie do ukrycia było takie uzależnienie w normach przygotowanych na zlecenia Piusa XII, ale na wprowadzonych w życie: „*In causis de nullitate matrimonii patrociniū exercēbitur ab advocatis a tribunali ex officio singulis vicibus designandis et remunerandis, qui plenam iudicibus securitatem offerent, se non de exitu causae sed unice de veritate factorum sincere illustrandis, sollicitos fore*” (cyt. za J. Ochoa, *La figura* (p. przyp. 17), 275. Jasno rysuje się racja projektowanej dyspozycji: wspólne dążenie do prawdy.

grodenie nie zależy od wkładu pracy i osiągnięć. Zwraca się wreszcie uwagę, że sięgnięcie po prywatnego adwokata może okazać się luksusem dostępnym dla zamożnych, co z kolei zagraża utratą prestiżu adwokatów urzędowych³⁶. Mimo tych obaw, których – sędzę – w Polsce żywić nie trzeba, powszechnie przyjmuje się z uznaniem dyspozycję k.1490 uważając, że obawy okażą się bezzasadne, jeśli sądy zatrudnią adwokatów rzeczywiście kwalifikowanych i szczerze motywowanych, zapewniając im rzeczywistą niezależność.

Trzecia trudność, na jaką wskazuje się przy realizacji dyspozycji k.1490, to przekonanie sądów, iż radzą sobie bez adwokatów urzędowych, Autorzy podnoszący ją³⁷ mają na myśli to, że w sądach dobrze funkcjonują adwokaci prywatni. W Polsce sytuacja jest inna, udział adwokatów w ogóle należy do wyjątków. Prymas A. Hlond zakazał dekretem z 31.8.1946 udziału adwokatów w procesach małżeńskich prowadzonych w Sądzie Metropolitar-nym w Warszawie. Zakaz ten wynikał z niedobrych doświadczeń: „brak dostatecznego wykształcenia kanonicznego u adwokatów świeckich, a stąd łatwość wprowadzenia klientów w błąd; nawyk do przeprowadzenia preten-sji klienta za wszelką cenę w oparciu jedynie o przepis, bez odwoływania się od strony moralnej i sumienia, nadmierne i nie podlegające kontroli wykorzystywanie materialne klienta; łatwość powierzenia sprawy człowieko-wi nieuczciwemu”³⁸. Udział adwokatów i w ogóle kwestia pomocy prawnej była dyskutowana na kolejnych zjazdach oficjałów, przy niektórych sądach urządzono poradnie prawne, generalnych regulacji brak. Realizacja k. 1490 należy – oczywiście – do biskupa diecezjalnego, ale postrzegając tę realizację w ramach zadań pasterskich należałoby sobie życzyć uchwały wprowadzajacej w całym kraju jednolitą praktykę³⁹. Bezpodstawny byłby zarzut, że po dekrete Prymasa Hlonda z 31.8.1946 wierni zostali pozbawieni pomocy. Jestem przekonany, że sędziowie polskich sądów rzeczywiście dokładają starań, by dojść do prawdy obiektywnej, a z doświadczenia wiem, że sądy polskie dalekie są od nie odpowiadającego literze i duchowi prawa rygoryzmu uwłaczającemu prawdzie czy zamykającym drogę do niej. Do zamierz- chłej – sędzę – przeszłości należą praktyki, wedle których sędziowie czytali

³⁶ Tak K. Lüdicke, Münsterischer Kommentar, 1480, 3 i 8.

³⁷ J. Ochoa, La figura (p. przyp. 17).

³⁸ J. Glomp, Polskie sądownictwo kościelne w latach 1945-1979, Pr. Kan. 14 (1979) n.3-4, 197.

³⁹ Por. k.447, Biskup też, a nie synod prowincjalny czy zebranie biskupów (jak wg k.1909 §1 CIC/1917) ustala wysokość wynagrodzenia adwokatów.

jedynie votum obrońcy węzła małżeńskiego i na tej podstawie przygotowywali wnioski. Generalnie można powiedzieć, że sędziowie „robią co mogą” dla dojścia do prawdy i przez lata radzili sobie bez adwokata. Jednak nawet uwzględniając ich aktywną, zgodną z k.1452, postawę, nikt z nas nie może oprzeć się wrażeniu, że niejedna ze spraw zakończonych wyrokiem „non constat” znalazłby inny finał, gdyby w niej uczestniczył adwokat. Jego udział nieraz uchroniłby sprawę przed wędrówką przez kolejne instancje. Nie potrzeba zbytniej pokory, by przyznać, że adwokat – w obecnej strukturze procesu o nieważność małżeństwa – jednak by się przydał.

Rebus nunc stantibus sędzę, że należy generalnie i powszechnie nie tylko umożliwić, ale wręcz promować udział adwokatów w procesach o nieważność małżeństwa.

Pogląd ten pragnę skonfrontować z sygnalizowanymi wyżej trudnościami stojącymi na zawadzie owemu *feri potest* w k.1490. O pierwszej – brak fachowców – wspomniałem już, że wykazuje wyraźną tendencję malejącą. Narzekanie na ich brak w kraju, w którym działają dwa przeludnione wydziały prawa kanonicznego i w którym na większości (wszystkich?) wydziałów prawa wykłada się prawo kanoniczne (a ponadto rozwinięte jest duszpasterstwo akademickie troszczące się o formację absolwentów), musiałoby dać wiele do myślenia. Stawiam przeto hipotezę, że w niektórych (wielu?, większości?) diecezjach nie powinno być spowodowanych brakami personalnymi kłopotów z ustanowieniem adwokatów.

Ustanowienie adwokatów urzędowych, wpis na listę adwokatów dopuszczonych czy też dopuszczenie w poszczególnym przypadku ma sens wtedy, gdy adwokat okaże się rzeczywiście biegłym⁴⁰. Wprawdzie nawet dyplom najwyższego stopnia czy tytułu naukowego nie gwarantuje biegłości i obrotowości procesowej, ale trzeba przyjąć dyplom z prawa kanonicznego jako wystarczające kryterium dla umożliwienia startu adwokackiego. Prawo kościelne nie zna aplikatury: skoro dyplom wystarcza dla uzyskania nominacji na sędziego czy obroncę węzła, wystarcza też dla dopuszczenia do posługi adwokackiej. Nic nie stoi na przeszkodzie, by wpisywać najpierw na czas określony (domniemany staż adwokacki).

Nie stwarza takich przesłanek dyplom magistra praw. Należy oddalić myśl o jakimś wstępnym egzaminie. Oprócz indeksu z zaliczonymi egzaminami z prawa kanonicznego można by domagać się opinii profesora.

⁴⁰ Ochoa (art.cyt., p.przyp.17, 265, przyp. 49) nie bez racji zauważa, że adwokat winien być bardziej biegły w prawie kanonicznym niż sędzia.

W każdym razie i generalnie trzeba jednak wyzbyć się uprzedzeń: znaczna część studentów prawa autentycznie interesuje się prawem kościelnym i wykazuje dużą łatwość w przyswojeniu sobie jego znajomości⁴¹. Otwarta perspektywa czy to zatrudnienia w sądach kościelnych choćby na drugim miejscu pracy czy to po prostu wpisania na listę adwokatów zwiększy – sądzę – to zainteresowanie.

Gorzej przedstawiają się kanonistyczne kwalifikacje prawników, którzy nie mieli prawa kościelnego w programie studiów. Jeśli nie dowiedli w inny sposób biegłości w prawie kościelnym, można by ich sprawdzić przez dopuszczenie *ad casum*.

Trzeba przy tym pamiętać, że znajomość prawa zdobywa się przez studia, ale biegłość zyskuje się w praktyce. Nawet oficjałowie dojrzewali w praktyce. Adwokatów, zwłaszcza urzędowych, nie powinno się pozostawić samym sobie, oficjał winien ich otaczać opieką, podobnie jak sędziów i urzędników sądowych: nieporadne początki nie przekreślają możliwości rozwojowych. Taka opieka leży w interesie sądu.

Tym stwierdzeniem przechodzę do rozprawienia się z trzecią trudnością. Sądy kościelne w Polsce pozbyły się adwokatów, gdyż stanowili oni nie ułatwienie, lecz utrudnienie, głównie – jak wspomniałem wyżej – z powody nierzetelności i niefachowości. Nierzetelność to nie problem jednej grupy zawodowej i nie ma ani podstaw ani sensu intensyfikować podejrzeń akurat wobec (młodych) prawników. Zaś co do fachowości wyraziłem dopiero co pogląd, że ludzi przynajmniej załączkowo (czyli formalnie) przygotowanych można znaleźć, a biegłość nabędą tak jak inni sędownicy. Z początku mogą być pewnym obciążeniem, trzeba będzie poświęcić im trochę czasu, ale perspektywicznie ułatwią pracę sądu. Przyznajmy też, że przyda się nam ich funkcja krytyczna (podobna zresztą do tej, jaką wykonują „żywi” obrońcy wężła). Jeśli będą umieli precyzyjnie, kanonicznie argumentować, to zmuszą sędziów do większego wysiłku. Tym samym przyczynią się do podniesienia poziomu pracy sądów kościelnych w Polsce.

Nie można w tym miejscu nie przywołać faktu, że Sygnatura Apostolska dziękując za sprawozdania roczne zwraca od czasu do czasu uwagę na brak adwokatów⁴². Ponieważ Sygnatura nie zagląda do akt sądowych, to

⁴¹ Kilkuletnie doświadczenie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego pozwala mi stwierdzić, że uczestniczący w fakultatywnych zajęciach z prawa kanonicznego wykazują na egzaminie wysoki poziom przygotowania, oczywiście w ograniczonym zakresie, który jednak obejmuje kanoniczne prawo małżeńskie i procesowe.

⁴² Por. pis.,o Prot. N.4604/94 z 30.5.1994 do Arcybiskupa Katowickiego.

motywem tego przypomnienia nie jest formalna czy merytoryczna strona procesów, lecz prawo człowieka do obrony, a to pociąga za sobą prawo od obrońcy⁴³. Prawo do obrony należy do uprawnień związanych z osobą ludzką i wyprzedza one każde prawo stanowione, także procesowe, niezależnie od finalizmu procesu⁴⁴, aczkolwiek trzeba je postrzegać właśnie w kontekście procesu małżeńskiego i w horyzoncie jego celów. Nikt nie twierdzi, że człowiek nie może bronić się bez obrońcy, czy że prawo do obrony zostaje zagwarantowane jedynie przez pomoc obrońcy. Implikacje prawa do obrony zależą od sytuacji: w sądzie prawo do obrony polega m.inn. na możliwości skorzystania z pomocy obrońcy⁴⁵. Sąd szanujący prawa człowieka nie może przekreślić możliwości skorzystania z obrońcy. Zaś w systemie prawnym, w którym prawa człowieka nie tylko się chroni, lecz promuje, Sąd nie tylko dopuszcza obrońcę, lecz ułatwia skorzystanie z jego usług. Taka jest praktyka Roty⁴⁶. Taki też jest sens k. 1490.

Niewątpliwie, adwokackie zaangażowanie po stronie klienta może spowodować wnoszenie bezzasadnych wniosków dowodowych, konstruowanie sztucznych hipotez, uprawianie obstrukcji procesowej, wręcz nadużycie prawa do obrony⁴⁷. Ale – pomijając fakt, że takie same dokuczliwości sprawiają same strony (zwłaszcza że nie zawsze rozumieją sens procesu) – trzeba przypomnieć, że procesem kieruje sędzia mający uprawnienia niezbędne do jego sprawnego przeprowadzenia⁴⁸. Nawet gdyby adwokat chciał rozegrać potyczkę z sądem, będzie to mniej uciążliwe niż dalekie nieraz od meritum sprawy roszczenia stron nie dysponujących wiedzą fachową. Konkludując: udział adwokata „opłaca się” sądowi.

⁴³ „Ad ius defensionis pertinet advocati constitutio” – SRR. sent. c. Pinto 12.10.1980, Mon. Eccl. 107(1982) 32.

⁴⁴ Jan Paweł II, allocutio 26.I.1989 – AAS 81 (1989) 922-927. Przemówienie to komentują: H. Stawniak, Prawo do obrony w procesie kanonicznym, Pr. Kan. 33 (1990) n.1-2, 141-152; F. Daneels, De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis dies 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam, Periodica 79(1990) 243-266.

⁴⁵ Por. jednak k.1701 §1. wedle którego dopuszcza się udziału adwokata w procesie do dyspensy od małżeństwa niedopełnionego.

⁴⁶ G. Erlebach, Le fattispecie di negazione del diritto di difesa causanti la nullità della sentenza secondo la giurisprudenza rotale, Mon. Eccl. 114(1989) 547.

⁴⁷ J.M.Serrano Ruiz, Abuso del diritto di difesa, Quaderni Studio Rotale 6 (1992) 45-56.

⁴⁸ Por. k.1428 §3; 1453; 1465 §3; 1553; 1600; 1602 §3; 1603 §2.

Czasownik „opłaca się” wprowadza nas w kwestie finansową, wspomnianą wyżej jako druga podnoszona trudność. Nie wazę się odpowiedzieć na pytanie, czy diecezje będą skłonne i w stanie opłacić adwokatów stałych w wysokości jeśli już nie ich zadawalającej, to przynajmniej sprawiedliwej. Bez tego trudno liczyć na chętnych, bez godziwej zapłaty nie będzie rzetelnej pracy. Problemy finansowe mogą oddziaływać demoralizująco. Nie jest wyjściem podniesienie opłat sądowych, gdyż obciążałoby to wszystkich wnoszących sprawę, podczas gdy nie wszyscy korzystaliby z usługi adwokata i nie we wszystkich sprawach byłaby ona rzeczywiście pożyteczna⁴⁹.

Nie przesądzając sprawy i nie znajdując lepszych propozycji sędzę, że – korzystając z owego „*quatenus fieri possit*” – należałoby zatrzymać się w pół drogi, tzn. poczekać jeszcze (w niektórych sądach, wszędzie?) z ustanowieniem adwokatów urzędowych, a sporządzić listę adwokatów aprobowanych przez biskupa po myśli k.1483. W niektórych diecezjach trzeba rozejrzeć się za odpowiednimi i chętnymi, w niektórych chętni i odpowiedni są, ale spotykają się z odmową. Odmowa taka nie odpowiada literze i duchowi prawa. Ponieważ odmowy uzasadnia się brakiem ogólnopolskich regulacji, uważam za rzecz pilną, by biskupi diecezjalni podjęli uchwałę – a ściśle biorąc: porozumieli się – że dyspozycje Kodeksu Prawa Kanonicznego dotyczące adwokatów będą stosowane w Polsce⁵⁰.

Przemyślenia wymaga kwestia „adwokaci a poradnie prawne”, tam gdzie one działają przy sądach. Problem jest zresztą szerszy. Wierni szukając sposobów rozwiązania swojej sprawy małżeńskiej przychodzą do sądu po poradę. Jeśli działa poradnia, zostają do niej skierowani, jeśli poradni nie ma,

⁴⁹ Nie sędzę, by dobrym rozwiązaniem, było analogiczne zastosowanie norm wydanych przez Sygnaturę Apostolską 14.10.1972 dla trybunałów włoskich. Po zakazie („*non licet*” – n.2) pobierania honorarium wprost od klienta, w n.3 postanowiono: „*Honorarium et expensae solvuntur a tribunali eademque sumuntur e pecunia summa, quam, issu indicis, pars actis deponit in arca Tribunalis inito litis ac postea complet iuxta necessitatem decursu processus*”. Następnego dnia Sygnatura wydała okólnik (Circular) zabraniający adwokatom pobierania jakiegokolwiek honorarium od klientów i nakazujący im złożenie odpowiedniej przysięgi. Reakcja adwokatów była ostra, wymóg złożenia takiej nowej przysięgi uznano za uwłaczający godności adwokata – p.np. P. Fedele, *Per la difesa della dignità e della libertà degli avvocati del foro ecclesiastico italiano*, *Ephem. Iuris Can.* 28 (1972) 386-395. Dyspozycja k.1490 ustawiła problem w innym horyzoncie.

⁵⁰ „Prozumeli się”, gdyż uchwałę może podjąć tylko Konferencja Episkopatu Polski, do której z głosem stanowczym należą również biskupi pomocniczy.

informacji udzielają urzędnicy sądu, pomagając ewentualnie – zgodnie z k.1503 – zredagować skargę. Udzielenie takiej pomocy jest obowiązkiem sędziego, udziela wtedy rady w sprawie którą ewent. będzie rozpatrywał. Rodzi się pytanie, czy już na tym etapie nie skierować do adwokata: jeśli to adwokat urzędowy, nie narusza się wtedy przepisu k.1503. Inaczej ma się sprawa, gdy brak adwokatów urzędowych, gdyż wskazany adwokat z listy będzie domagał się honorarium, a pomocy, o której w k. 1503, potrzebują na ogół ludzie biedni. Z kolei porada przedprocesowa ma charakter nie tylko prawny, lecz i pastoralny, zwłaszcza gdy brak tytułu nieważności lub możliwości dowodowych⁵¹.

4. Wnioski końcowe

Nie widzę racji ani prawnych ani faktycznych, dla których wniosek końcowy mógłby być inny niż ten, że należy nie tylko dopuszczać, ale aktywnie popierać udział adwokatów w procesie o nieważność małżeństwa. Realizacja tego wniosku wymaga nie tylko odpowiednich decyzji hierarchicznych, lecz także – w wielu przypadkach – rewizji nastawienia sądów wobec funkcji adwokackich. Oczywiście, samo pozytywne i otwarte nastawienie nie skonkretyzuje ani idei ani prawa. Trzeba poczynić przemyślane, rozważne kroki – i nad nimi właśnie wypada się zastanowić.

Na razie nie mam innych propozycji niż następujące:

1. Spośród osób działających w poradni przy sędzie wyłonić i ustanowić adwokatów urzędowych (co jest możliwe, jeśli nie działają w nich pracownicy sądu).
2. Popierać i rekomendować w sądach niezależnie od nich, działające na zasadach rynkowych poradnie prawne, gdzie zainteresowani mogliby zasięgnąć porady przedprocesowej i obrać sobie adwokata. Podtrzymywanie poparcia zależałoby od rzetelnego i kompetentnego funkcjonowania poradni.
3. Sądy muszą pozostać otwarte dla wszystkich zwracających się o przedprocesową poradę. Jeśli przypadek nie jest oczywiście bezzasadny, można wskazać na istniejące poradnie.

⁵¹ J. Weier, Der Anwalt (p.przyp.28) 405 ns.

4. Lista adwokatów winna być łatwo dostrzegalna. Nie wolno stosować przymusu adwokackiego, sugestię skorzystania z usługi adwokackiej wysunąć zawsze wtedy, gdy wedle oceny sędziego może to okazać się z korzyścią dla sprawy.
5. Strony mają wprawdzie prawo do adwokata, ale zawsze mają też prawo liczyć na to, że sędzia niezależnie od udziału adwokata zrobi wszystko, by dojść do prawdy zgodnie z literą i duchem prawa.