

Ginter Dzierżon

Konieczność ponownego wyrażenia zgody małżeńskiej w przypadku aplikacji uważnienia zwykłego małżeństwa z racji wystąpienia przeszkody zrywającej

Ius Matrimoniale 15 (21), 69-84

2010

Artykuł został 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. Ginter Dzierżon

KONIECZNOŚĆ PONOWNEGO WYRAŻENIA ZGODY MAŁŻEŃSKIEJ W PRZYPADKU APLIKACJI UWAŻNIENIA ZWYKŁEGO MAŁŻEŃSTWA Z RACJI WYSTĄPIENIA PRZESZKODY ZRYWAJĄCEJ

1. Wstęp

W *Nuovo dizionario di diritto canonico* V. De Paolis prezentując instytucję uważnienia zwykłego stwierdził, iż jest ono jedną z dróg konwalidacji małżeństwa nieważnie zawartego¹.

W niniejszym opracowaniu przedmiotem zainteresowania stanie się jedna figura tej instytucji związana z nieważnością zawartego związku małżeńskiego wynikającą z zaistniałej przeszkody małżeńskiej. W tym kontekście obiektem szczególnej uwagi stanie się kwestia teoretycznoprawna związana z koniecznością powtórnego wyrażenia zgody małżeńskiej przez stronę lub strony kontraktu. Prawodawca bowiem w kan. 1158 § 1 KPK postanowił: *Do uważnienia małżeństwa nieważnego z racji przeszkody zrywającej, wymaga się ustania przeszkody lub dyspensy od niej oraz ponowienia zgody przynajmniej przez stronę świadomą przeszkody.*

2. Założenia generalne

Zasadniczymi warunkami, które decydują o możliwości aplikacji konwalidacji zwykłej są: kategoria małżeństwa prawnie nieważnego oraz wymóg *sine qua non*, jakim jest trwanie zgody małżeńskiej.

¹ Por. V. De Paolis, *Convalidazione semplice*, w: *Nuovo dizionario del diritto canonico*, pod red. C. Corral Salvador, V. De Paolis, G. Ghirlanda, Ciniselo Balsamo 1993, s. 314.

2.1. Małżeństwo nieważne

Zasygnalizowano już, iż pierwszym warunkiem wymienionym w kan. 1158 § 1 KPK jest zawarcie związku małżeńskiego nieważnego z racji wystąpienia przeszkody². W tym przypadku zatem idzie o pojawienie się jednego z prawnych ograniczeń znajdujących się w katalogu przeszkód (kann 1083 – 1094 KPK). W tym kontekście w doktrynie wskazuje się, iż owa nieważność może wynikać nie tylko z zaistnienia przeszkody zrywającej, lecz może być ona także następstwem braku udzielenia dyspensy od niej³.

Jeżeli zatem takie jest jedno założeń generalnych, to nie można aplikować tego typu uwaźnienia w przypadku wystąpienia konkubinatu⁴. Albowiem jeden z zasadniczych wymogów konvalidacji wiąże się z zamiarem zawarcia ważnego małżeństwa przez strony kontraktu⁵.

2.2. Trwanie zgody małżeńskiej

Kolejnym wymogiem określonym przez Prawodawcę jest trwanie zgody małżeńskiej. Substancjalnie konsens stron jest przyczyną sprawczą małżeństwa (kan. 1057 § 2 KPK). Prawda ta została potwierdzona m.in. w kan. 1156 § 2 KPK. W regulacji tej bowiem Ustawodawca stwierdził: *To ponowienie jest wymagane przez prawo kościelne do ważności uwaźnienia, chociażby na początku obydwie strony wyraziły zgodę i potem jej nie odwołały*⁶.

Co więcej, w ścisłym związku z tym warunkiem bezwzględnie wymaganym w systemie materialnego prawa małżeńskiego funkcjonuje presumpcja, zgodnie z którą *choćby małżeństwo zostało nieważnie zawarte z racji przeszkody [...], to jednak domniemywa się, że wyra-*

² Por. A. Bernárdez Cantón, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid 2006, s. 235; J. García Failde, *La nulidad matrimonial, hoy*, Salamanca 1999, s. 314.

³ Por. N. Schöch, *La convalidazione semplice (cann. 1156 – 1160)*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, pod red. P. A. Bonnet, C. Gullo, t. 3, Città del Vaticano 2005, s. 521.

⁴ Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 235.

⁵ Por. J. Castaño, *Legislación matrimonial de la Iglesia*, Salamanca 1994, s. 424. Autor ten stwierdził: „El fundamento de la *convalidatio simplex* [...] está constituido por la invalidez de un matrimonio, que «fue celebrado» con la intención de dar vida a un verdadero matrimonio y tener la apariencia de tal”.

⁶ Por. P. Bianchi, *Il Pastore d'anime e la nullità del matrimonio. XIII. La convalidazione di un matrimonio invalido*, Quaderni di Diritto Ecclesiale 10 (1997), s. 209.

żona zgoda trwa, dopóki nie uzyska się pewności jej odwołania (kan. 1107 KPK)⁷.

W myśl założeń generalnej teorii aktu prawnego, aby odwołanie zgody wywarło skutek prawny powinno zostać ono dokonane pozytywnym aktem⁸. W sensie negatywnym zatem, w tym wypadku za niewystarczającą należy uznać intencję interpretatywną lub domniemaną⁹.

W tym kontekście we współczesnej kanonistyce rozważono szereg ewentualności. Tak więc, zdaniem autorów, rozpad pożycia małżeńskiego lub też separacja małżonków nie są ujmowane w kategoriach odwołania pozytywnego, lecz w kategoriach odwołania hipotetycznego lub interpretatywnego; zawarcie małżeństwa cywilnego natomiast jest pojmowane jako pozytywne odwołanie konsensu małżeńskiego¹⁰.

Ponadto, kanoniści podkreślają, iż wykluczenie po zawarciu związku istotnych praw i obowiązków małżeńskich niesie ze sobą następstwa prawne związane z odwołaniem zgody małżeńskiej¹¹. Popierając tę tezę J. Hervada trafnie zauważył, iż w tym przypadku idzie o przyjęcie postawy typu: *ja nie chcę być małżonkiem*¹².

Jeżeli zatem w konkretnej sytuacji wystąpiłby brak zgody małżeńskiej, to wtedy do ważności małżeństwa należałoby ją wyrazić. W tym przypadku więc, wymóg ten byłby wymogiem *sine qua non* wynikającym z prawa naturalnego¹³. Wobec czego, w tym wypadku nie można byłoby mówić o konwalidacji zwykłej z racji wystąpienia przeszkody, lecz należałoby mówić o uważnieniu z racji braku konsensu małżeńskiego. Dyspozycje co do tej formy uważnienia zostały skodyfikowane w kan. 1159 §§ 1 – 3 KPK. Problematyka ta jednak nie stanowi przedmiotu zainteresowania w tym opracowaniu.

⁷ Szerzej na ten temat zob. Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 236.

⁸ Por. G. Dzierżon, *Niezdolność do zawarcia małżeństwa jako kategoria kanoniczna*, Warszawa 2002, s. 40.

⁹ Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 236.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Tamże. Czytamy tutaj: „Cabe también la posibilidad de que a lo largo de la vida matrimonial se hayan introducido modificaciones con respecto a los bienes esenciales del matrimonio (*fides, prolis, sacramentum*). En tal caso habrá que apilar la doctrina general de vicio de consentimiento puesto que la exclusión posterior de los derechos y obligaciones conyugales comportaría la revocación positiva del consentimiento naturalmente suficiente”.

¹² Por. J. Hervada, *Commentario al can. 1158*, w: *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari*, pod red. J. Arrieta, Roma 2007, s. 773.

¹³ Castaño, dz. cyt., s. 424.

3. Prawne wymogi wtórne

W przytaczanym już kan. 1156 § 1 KPK Ustawodawca ujął także dwa kolejne alternatywne warunki konwalidacji, pozostające w ścisłym związku z faktem nieważności małżeństwa, mianowicie: ustanie przeszkody oraz dyspensę od niej.

3.1. Ustanie przeszkody

Niektóre przeszkody zrywające zawarte w katalogu przeszkód (kan. 1083 – 1094 KPK) mogą ustać bądź to na skutek przyczyn naturalnych lub też w wyniku decyzji ludzkiej.

Nawiązując do pierwszej z wymienionych hipotez przykładowo można by wskazać na występowanie takiego mechanizmu w przypadku przeszkody wieku, która może ustąpić po osiągnięciu przez osobę wieku wymaganego prawem (kan. 1083 KPK). Podobnie przeszkoda węzła małżeńskiego ustaje w następstwie śmierci jednego ze współmałżonków (kan. 1085 KPK).

Przeszkoda *różności religii* z kolei może ustąpić na skutek decyzji ludzkiej, to znaczy, poprzez przyjęcia chrztu przez stronę nieochrzczonej¹⁴.

W analizie tej problematyki nie można pominąć jeszcze jednego wątku. Otóż należy zwrócić uwagę, iż niektóre przeszkody nie ustępują. Zwykle ich źródłem jest prawo naturalne lub też prawo Boże pozytywne¹⁵. Dla przykładu, taki charakter posiada przeszkoda pokrewieństwa (kan. 1091 KPK)¹⁶. W przypadku zatem jej wystąpienia nie można byłoby dokonać uważnienia zwykłego¹⁷.

3.2. Dyspensowanie

W myśl założeń systemowych, kompetentny autorytet może dyspensować od zaistniałych przeszkód. Z reguły dyspensy od tych prawnych

¹⁴ Por. J. Hendriks, *Diritto matrimoniale. Commento ai canoni 1055 – 1165 del Codice di diritto canonico*, Milano 1998, s. 316; F. Andreini, *De matrimonio*, Bologna 1998, s. 302.

¹⁵ Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 235.

¹⁶ Schöch, dz. cyt., s. 527.

¹⁷ Por. A. Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1156*, w: *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, pod red. A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez – Ocaña, t. 3, Pamplona 1996, s. 1604.

ograniczeń udziela się na forum zewnętrznym; jeśli zaś przeszkoda jest tajna, to w takiej sytuacji stosowną decyzję można podjąć także w sferze wewnętrznej. W materialnym prawie małżeńskim dyspozycje w tej materii zostały ujęte w kann. 1078 – 1082 KPK)¹⁸. Szczegółowa analiza tej problematyki przekracza jednak zakres tego artykułu.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę, iż kanonicznym porządku prawnym nie od wszystkich przeszkód udziela się dyspensy¹⁹. Otóż jedna z klasycznych reguł interpretacyjnych brzmiała *Non firmatur tractu temporis quo de iure ab initio non subsistit*²⁰.

Taki charakter posiada przeszkoda pokrewieństwa w linii prostej (kan. 1091 .§ 1 KPK). W przypadku zatem jej zaistnienia nie można konwalidować małżeństwa.

Wreszcie należy dodać, iż sprawą diskutowaną w doktrynie pozostaje kwestia dispensowania od przeszkód, które zostały uchylone przez wprowadzenie nowej kodyfikacji. Ten wątek nie został skodyfikowany w Kodeksie z 1983 r. W tym zatem przypadku spotykamy się z typową luką prawną. W myśl kan. 19 KPK, uzupełnienie braku prawa w tej materii staje się możliwe m. in. poprzez odwołanie się do zasady analogii prawa. Otóż do interesującego nas zagadnienia ustosunkowano się wkrótce po promulgacji Kodeksu z 1917 r. Albowiem w 1918 r. w tej sprawie wypowiedziała się Papieska Komisja do Spraw Autentycznej Interpretacji Kanonów Kodeksu. W tym przypadku szło bowiem o zajęcie stanowiska co do przeszkód, które zostały zniesione przez Kodeks z 1917 r. Tak więc, Papieska Komisja w swej odpowiedzi z dnia 23. 06. 1918 r. stwierdziła, iż w tym wypadku nie jest konieczna dyspensa²¹. Opierając się na zasadzie analogii prawa, należy zatem przyjąć, iż taka decyzja kompetentnego autorytetu nie jest również potrzebna obecnie w odniesieniu do przeszkód uchylonych przez Kodeks z 1983 r.²²

Z treści kann.1156 – 1158 KPK wynika wyraźnie, iż warunkiem istotnym uważnienia zwykłego jest ponowienie zgody małżeńskiej.

¹⁸ Hendriks, dz. cyt., s. 316.

¹⁹ Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 235.

²⁰ Por. *Regula iuris in VI*, 18.

²¹ Por. Pontificia Commissio ad Codicis Canones Authentice Interpretandos, *Responsa - 23. 06. 1918*, AAS 10 (1918), s. 346.

²² Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1156*, dz. cyt., s. 1604 - 1605.

4. Ponowienie zgody małżeńskiej

Analizując brzmienie kann. 1156 – 1157 KPK w interesującej nas kwestii należałoby wskazać na dwa zasadnicze wątki tematyczne, mianowicie: problematykę wymogów podmiotowych oraz kwestię źródeł pochodzenia tego zobowiązania.

4.1. Wymagania podmiotowe

W kan. 1156 .§ 1 KPK Ustawodawca ustanowił kolejny warunek, jakim jest konieczność powtórnego wyrażenia zgody małżeńskiej przynajmniej przez stronę świadomą przeszkody. Ponadto, w kan. 1157 KPK zawarł on bardziej szczegółowe ustalenia w tej materii, stwierdzając: *Ponowienie zgody winno być nowym aktem woli na małżeństwo, o którym strona ponawiająca wie lub przypuszcza, że było od początku nieważne.*

Wprowadzając tego typu dyspozycje Ustawodawca tym sposobem wykluczył możliwość konwalidacji związku *ipso facto*²³.

Z treści kann. 1156 i 1157 KPK wynika, iż w tym wypadku istotnym wyznacznikiem jest świadomość (kontrahenta) kontrahentów co do wystąpienia przeszkody. Nawiązując do tego wątku A. Rava trafnie zauważył, iż pomimo tego, że substancjalnie kan. 1157 KPK pozostaje w ścisłej współzależności z kan. 1134 KPK z 1917 r., to jednak w obowiązującej regulacji Prawodawca wprowadził pewne zmiany po to, aby uniknąć trudności interpretacyjnych, które pojawiły się u komentatorów Kodeksu pio – benedyktyńskiego. W jego przekonaniu, Ustawodawca w dyspozycji kan. 1134 KPK z 1917 r. położył punkt ciężkości na sprawie nieważności małżeństwa; obecnie natomiast bardziej uwydatnił on problem świadomości podmiotu²⁴.

Otóż zgodnie z kan. 1157 KPK, konsens powinien zostać ponowiony nie tylko wówczas, gdy strona wie o nieważności małżeństwa,

²³ Por. A. Rava, *Il requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio (can. 1156 § 2). Studio storico – giuridico*, Roma 2001, s. 259. W doktrynie problem ten był żywo dyskutowany. Problematykę tę podjęli m.in. P. Cappello, P. Fedele oraz V. Bartocetti. Ujęcie to zostało odrzucone podczas prac nad rewizją Kodeksu z 1917 r.

²⁴ Por. A. D’Auria, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, Roma 2007, s. 387.

lecz również wtedy, gdy przypuszcza ona, że było ono od początku nieważne²⁵.

Należy jednocześnie zauważyć, iż w tradycyjnej doktrynie, świadomość pewna co do faktu nieważności związku była warunkiem zasadniczym konwalidacji zwykłej (kann. 1133, 1135 § 3 KPK z 1917 r.); w obowiązującej kodyfikacji z kolei Ustawodawca domaga jedynie wystąpienia świadomości minimalnej, która suponowałaby nieważność małżeństwa²⁶.

Zdaniem A. D'Auria, klauzula *scit aut opinatur*, jest zastrzeżeniem, które mieści się w porządku praktycznym lub psychologicznym aktywności ludzkiej. Albowiem w tym przypadku idzie o warunek, bez którego trudno byłoby sobie wyobrazić, że kontrahent byłby właściwie zmotywowany do ponownego wyrażenia zgody małżeńskiej²⁷. Tak więc, powinien on być przekonany co do konieczności powtórnego wyrażenia konsensu. Rozwijając ten wątek N. Schöch zwrócił uwagę, iż w tym wypadku nie wystarczy wola trwania w danym związku, lecz konieczna jest wola zmiany tego stanu rzeczy²⁸.

Ponadto, z treści kann. 1156 .§ 1 oraz 1158 .§ 2 KPK wynika, iż w tym przypadku wymogiem minimalnym jest przekonanie lub przypuszczenie co najmniej jednej strony co do zaistnienia przeszkody zrywającej. Oznacza to więc, iż do aplikacji uważnienia zwykłego nie jest niezbędna świadomość dwustronna co do występowania takiego ograniczenia prawnego²⁹.

Konkludując ten passus pragniemy przywołać opinię P. Bianchi, który stwierdził, iż konwalidacja małżeństwa jest reakcją Kościoła względem prawnie nieważnego związku małżeńskiego, zgodną z nadzieją żywioną przez samych kontrahentów³⁰.

²⁵ Schöch, dz. cyt., s. 523.

²⁶ Rava, dz. cyt., s. 263; D'Auria, dz. cyt., s. 386.

²⁷ D'Auria, dz. cyt., s. 386 - 387. Czytamy tutaj: „[...] la clausula indica una necessità che si colloca nell'ordine pratico o psicologico dell'attività umana affinché si possa emettere un nuovo atto consensuale, nel senso che senza questo minimo livello di sospetto circa nullità del matrimonio difficilmente la persona che si considera già coniugata a tutti gli effetti, potrà essere motivata a rinnovare il proprio consenso richiesto per la convalidazione”.

²⁸ Schöch, dz. cyt., s. 523.

²⁹ Rava, dz. cyt., s. 257; Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 237.

³⁰ Bianchi, dz. cyt., s. 208: „È chiaro che la convalidazione del matrimonio è la reazione della Chiesa di fronte alla nullità dello stesso che maggiormente appare congrua laddove vi siano speranze (fondate sulla volontà dichiarata o sul comportamento dei coniugi) che la vita commune possa essere proseguita”.

4.2. Źródło pochodzenia zobowiązania

Prawodawca w kan. 1156 § 2 KPK stwierdził wyraźnie, iż ponownie konsensu jest wymagane z prawa kościelnego do ważności konwalidacji. Przy czym należy dodać, iż o źródle tego wymagania nie traktuje kan. 843 § 2 KKKW³¹.

Wracając do przerwanej wątku należy zauważyć, iż takie ujęcie jest w pełni zrozumiałe z aspektu teoretycznoprawnego. Z jednej bowiem strony w funkcjonowaniu tej instytucji zakłada się, że nupturienti zawierając nieważny związek małżeński wyrazili ważnie zgodę małżeńską, która nadal trwa. Tak więc, w tym wypadku spotykamy się z konsensem naturalnie wystarczającym, który ze względu na wystąpienie przeszkody zrywającej stał się prawnie nieskuteczny³². Na marginesie należy dodać, iż ten jurydyczny zwrot występował w kan. 1139 KPK z 1917r., dotyczącym uważnienia w *zawiązku*. Tym sposobem więc, Ustawodawca w regulacji tej wyraźnie rozróżnił pomiędzy zgodą ważnie wyrażoną prawnie skuteczną oraz zgodą ważnie powziętą oraz prawnie nieskuteczną³³.

W doktrynie przytacza się na różnego rodzaju argumenty przemawiające za wprowadzeniem rozwiązania ujętego w kan. 1156 § 2 KPK. Otóż jedni kanoniści podkreślają, iż przepis ten posiada charakter normy zabezpieczającej (*norma cautelare*), gwarantującej ważność zawieranego związku³⁴; drudzy natomiast wskazują, iż Kościół tym sposobem pragnie zapewnić kontrahentom wolność decyzji pomiędzy uważnieniem związku a wniesieniem pozwu o stwierdzenie nieważności małżeństwa³⁵; wreszcie jeszcze inni twierdzą, iż wymóg ten został wprowadzony w celu zdyscyplinowania zawierania małżeństwa kanonicznego³⁶. Według zaś A. D'Auria, w tym przypadku

³¹ Schöch, dz. cyt., s. 522; Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1156*, dz. cyt., s. 1605.

³² D'Auria, dz. cyt., s. 385.

³³ Bianchi, dz. cyt., s. 210.

³⁴ Rava, dz. cyt., s. 258; D'Auria, dz. cyt., s. 385.

³⁵ Taka argumentacja pojawiła się m. in. w trakcie prac kodyfikacyjnych. Otóż konsultorzy odrzucając możliwość konwalidacji *ipso facto* przytoczyli wyżej wskazane racje. Por. *Communicaciones* 5 (1973), s. 88 – 89. Szerzej na ten temat zob. G. Montini, *La convalidazione del matrimonio: semplice; sanatione in radice*, w: *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Milano 1996, s. 197.

³⁶ Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1156*, dz. cyt., s. 1605.

idzie przede wszystkim o umocnienie zgody uprzednio wyrażonej oraz nieodwołanej³⁷.

Ponadto, należy zauważyć, iż analizowany kan. 1156 § 2 KPK posiada charakter ustawy unieważniającej (kan. 10 KPK). J. Castaño w swych rozważaniach poświęconych temu problemowi określił to wymaganie jako formalność prawną wymaganą do ważności aktu³⁸. Oznacza to zatem, iż jeśli strona lub strony nie wyraziłyby na nowo konsensu, to wtedy konvalidacja nie wywarłaby skutku prawnego, a więc byłaby ona nieważna.

Jeżeli zatem ponowienie zgody jest konieczne, to z punktu teoretycznoprawnego powzięty przez stronę (strony) akt musi spełniać wszystkie wymogi generalnej teorii aktu prawnego (kan. 124 § 1 KPK)³⁹. W konsekwencji więc, powzięta decyzja powinna być aktem ważnym zarówno w sensie podmiotowym, jak i przedmiotowym.

W swym zamyśle nad tym problemem F. Bersini rozważył jeszcze jedną hipotezę, mianowicie, przypadek w którym strona wątpiłaby w ważność zawartego przez nią związku. Rozwijając ten wątek wyraził on przekonanie, iż w tej sytuacji powinna ona wyrazić zgodę pod warunkiem typu: *jeśli to małżeństwo jest nieważne*. Jeżeli zatem zastrzeżenie to okazałoby się prawdziwe, to wtedy związek ten zostałby uważniony⁴⁰.

Mając ciągle na uwadze dyspozycję kan. 1156 § 2 KPK należałoby jeszcze zastanowić się nad zakresem jej obowiązywania. Jak już wiadomo, przepis ten pochodzi z prawa kościelnego. A zatem obowiązuje on wszystkich podlegających jurysdykcji Prawodawcy kościelnego, to znaczy, katolików (kan. 11 KPK). Nie odnosi się on natomiast do związków małżeńskich zawartych pomiędzy akatolikami (kan. 1059 KPK)⁴¹. Nie są nim również związani nieochrzczenni, którzy zawarli związek małżeński, albowiem tego typu małżeństwo nie może być nieważne z racji pojawienia się przeszkody zrywającej pochodzącej z prawa pozytywnego. Podobnie, ważne będzie małżeństwo zawarte pomiędzy stroną nieochrzczonej a akatolikiem. Osoby te bowiem nie są

³⁷ D'Auria, dz. cyt., s. 387.

³⁸ Castaño, dz. cyt., s. 424.

³⁹ Dzierżon, *Niezdolność*, dz. cyt., s. 36 – 60; Rava, dz. cyt., s. 257.

⁴⁰ Por. F. Bersini, *Il diritto canonico matrimoniale*, Torino 1994, s. 235. Autor ten stwierdził: „Se la parte dubita della validità del suo matrimonio, può rinnovare il consenso sotto condizione (se il matrimonio è nullo) se la condizione si verifica, cioè il matrimonio è veramente nullo, tale matrimonio si deve ritenere convalidato”.

⁴¹ Hendriks, dz. cyt., s. 317.

zobowiązane do zachowania przepisów dotyczących formy kanonicznej (kan. 1117 KPK). W tym przypadku bowiem do ważności związku wystarcza ważne wyrażenie konsensu przez nupturientów⁴².

Zobowiązaniu natomiast określone w kan. 1156 § 2 KPK podlegają zawierający małżeństwa mieszane. To znaczy, idzie o związku zawierane pomiędzy stroną katolicką oraz stroną akatolicką ochrzczoneą, bądź nieochrzczoneą (kann. 1086, 1124 – 1129 KPK). W tym przypadku bowiem akatolicy podejmują akt w przestrzeni podlegającej Ustawodawcy kościelnemu, zwany w doktrynie aktem mieszanym⁴³.

5. Sposób wyrażenia zgody małżeńskiej

W kan. 1158 §§ 1 – 2 KPK Ustawodawca zawarł ustalenia co do sposobu wyrażenia konsensu przez kontrahentów. Otóż postanowił on: *Gdy przeszkoda jest publiczna, obydwie strony powinny powtórzyć zgodę małżeńską w formie kanonicznej, z zachowaniem przepisu kan. 1127 § 2 (§1).*

Jeśli przeszkody nie można udowodnić, wystarcza ponowienie zgody prywatne i tajne, i to przez stronę świadomą przeszkody, jeśli trwa zgoda wyrażona przez drugą stronę; albo przez obydwie, gdy obydwie strony wiedziały o przeszkodzie (§2).

Z treści kan. 1158 §§ 1 – 2 KPK wynika, iż sposób wyrażenia konsensu zależy od typu przeszkody, to znaczy, od tego, czy jest ona publiczna, czy też nie można jej udowodnić. W tym miejscu należy zauważyć, iż bardziej jednolitą terminologię przyjęto w kan. 845 KKKW, albowiem w regulacji tej mówi się o przeszkodach publicznych oraz tajnych⁴⁴. Na marginesie należy dodać, iż podczas prac nad rewizją Kodeksu z 1917 r. postulowano zastąpienie terminu *publicum* określeniem *probari potest*. Propozycja ta jednak została odrzucona⁴⁵.

Wracając do przerwane go wątku należy stwierdzić, iż do kategorii przeszkód ujętych w kan. 1158 KPK Prawodawca odniósł się w kan. 1074 KPK stwierdzając, iż *Przeszkodę uważa się za publiczną, jeśli może być udowodniona w zakresie zewnętrznym, poza tym jest tajna.*

⁴² D'Auria, dz. cyt., s. 385.

⁴³ Schöch, dz. cyt., s. 522.

⁴⁴ Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1158*, dz. cyt., s. 1609.

⁴⁵ Por. *Communicationes* 10 (1978), s. 122. Szerzej na ten temat zob. F. Aznar Gil, *Derecho matrimonial canónico*, t. 3, Salamanca 2003, s. 218.

5.1. Przeszkoda publiczna

W myśl doktryny, publiczny charakter przeszkody zakłada nie tylko możliwość jej udowodnienia w sferze zewnętrznej, lecz również jej rozgłoszenie⁴⁶. Z natury rzeczy zatem, to prawne ograniczenie może być notoryczne lub też zatajone (*nascosto*)⁴⁷. Otóż jest ono notoryczne, jeśli przeszkoda jest rozgłoszona; jeśli natomiast jest ona zatajona, to wtedy nie może być ona udowodniona na forum zewnętrznym, na przykład, w procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa⁴⁸.

Z dyspozycji zawartej w przytoczonym kan. 1158 § 1 KPK wynika, iż w przypadku wystąpienia tego typu przeszkody obydwie strony powinny powtórzyć zgodę małżeńską w formie kanonicznej, a więc zgodnie z założeniami zawartymi w kan. 1108 KPK, to znaczy, wobec świadka urzędowego oraz dwóch świadków zwykłych⁴⁹. Tak więc, praktycznie idzie o nową celebrację małżeństwa⁵⁰.

Według A. D'Auria, tego typu wymóg formalny jest logicznym następstwem publicznego charakteru przeszkody⁵¹. Podejmując problematykę *ratio legis* analizowanej normy kanoniści wskazują, iż ze względu właśnie na taki charakter przeszkody konsens powinien zostać powtórzony przez obydwie strony kontraktu⁵².

W myśl doktryny, jeśli przeszkoda byłaby zarówno publiczną, jak i notoryczną, to wtedy zgoda powinna zostać wyrażona powtórnie w takiej formie kanonicznej, która umożliwiłaby recepcję tego wydarzenia społeczności wiernych; jeżeli natomiast to ograniczenie prawne nie miałyby charakteru notorycznego, to w takim przypadku małżeństwo mogłoby zostać również zawarte jako małżeństwo tajne (kann. 1130 – 1133 KPK)⁵³.

Wreszcie należy zauważyć, iż w kan. 1158 § 1 KPK została również zawarta klauzula typu: *z zachowaniem przepisu kan. 1127 § 2 KPK*. Oznacza to zatem, iż tym sposobem Prawodawca w przypadku małżeństw mieszanych dopuszcza możliwość udzielenia dyspensy

⁴⁶ Bersini, dz. cyt., s. 236.

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ Rava, dz. cyt., s. 270 – 271; Bernárdez Cantón, *Compendio*, dz. cyt., s. 238.

⁴⁹ Rava, dz. cyt., s. 271.

⁵⁰ Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1158*, dz. cyt., s. 1610.

⁵¹ D'Auria, dz. cyt., s. 389.

⁵² Hendriks, dz. cyt., s. 317; Schöch, dz. cyt., s. 521; D'Auria, dz. cyt., s. 389.

⁵³ Rava, dz. cyt., s. 271; J. Fornés, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 2008, s. 188.

od formy kanonicznej, pod warunkiem zachowania jakiejś formy publicznej⁵⁴. Należy jednocześnie dodać, iż Ustawodawca w kan. 845 § 1 KKKW nie ujął takiej możliwości⁵⁵.

5.2. Przeszkoda, której nie można udowodnić

Nadmieniono już wyżej, iż w kan. 1158 § 2 KPK Prawodawca zawarł także ustalenia co do przeszkód, których nie można udowodnić. Zdaniem A. D'Auria, w obowiązującej kodyfikacji prawny zwrot *impedimentum probari nequeat* zastąpił określenie *occultum* funkcjonujące w Kodeksie z 1917 r.⁵⁶ Rozwijając ten wątek stwierdził on, iż w tym przypadku idzie bądź to o niemożliwość dowodzenia na forum zewnętrznym, bądź też o sytuację, której w ogóle nie można udowodnić⁵⁷.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż Ustawodawca w kan. 1158 § 2 KPK zawarł dwie hipotezy, mianowicie, sytuację w której fakt ten byłby znany obydwu stronom oraz sytuację w której jeden z kontrahentów byłby świadomy istniejącej przeszkody.

5.2.1. Przeszkoda znana obydwu stronom

W kan. 1158 § 2 KPK Ustawodawca stwierdził: *Jeśli przeszkody nie można udowodnić, wystarcza ponowienie zgody prywatne i tajne [...] przez obydwie strony, gdy obydwie strony wiedziały o przeszkodzie.*

Z treści przytoczonego kanonu wynika, iż w tym przypadku idzie o hipotezę w której obydwie strony kontraktu są świadome tego, iż zawarty przez nie związek małżeński jest nieważny, lecz tego stanu nie da się udowodnić za pomocą np. procesu o stwierdzenie nieważności małżeństwa. Idzie zatem o sytuację, w której fakt ten jest znany wyłącznie na forum wewnętrznym⁵⁸. Wobec tego, Prawodawca żąda, aby obydwaj kontrahenci wyrazili ponownie konsens. Akt ten zatem powinien spełniać wszystkie warunki wynikające z generalnej teorii

⁵⁴ Bersini, dz. cyt., s. 236; Castaño, dz. cyt., s. 425. Szerzej na ten temat zob. G. Dzierżon, *Ewolucja doktryny oraz dyscypliny dotyczących przeszkody „różności religii” w kanonicznym porządku prawnym*, Warszawa 2008, s. 333 – 338.

⁵⁵ Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1158*, dz. cyt., s. 1610.

⁵⁶ D'Auria, dz. cyt., s. 390.

⁵⁷ Tamże, s. 389.

⁵⁸ Rava, dz. cyt., s. 273.

aktu prawnego (kan. 124 § 1 KPK). Z drugiej zaś strony należy zwrócić uwagę, iż w analizowanym kan. 1158 § 2 KPK postanowiono, iż w takich uwarunkowaniach jest wystarczające (*satis est*), aby konsens został powzięty w sposób prywatny oraz tajny. W myśl doktryny, funkcjonujące w normie określenie *satis est* jest parametrem minimalnym koniecznym do dokonania uważnienia zwykłego⁵⁹.

Według A. Rava, jurydyczny zwrot *prywatny i tajny* wskazuje, iż w tym przypadku nie jest potrzebne zachowanie żadnych specyficznych formalności prawnych⁶⁰; termin zaś *prywatny* oznacza, iż w tym wypadku nie jest niezbędne zachowanie formy kanonicznej; pojęcie zaś *tajny* związane jest z faktem, iż w tej sytuacji nie ma konieczności rozgłoszenia tego faktu⁶¹. Wspominany już wielokrotnie A. D'Auria uważa, iż kontrahenci w tym przypadku sami mogą wybrać formę wyrażenia zgody małżeńskiej⁶².

Należy jednocześnie zauważyć, iż w doktrynie nie ma zgodności co do tego, czy w takiej sytuacji jest konieczne danie jakiegokolwiek znaku w sferze zewnętrznej. Otóż J. Hendriks oraz A. Abate utrzymują, iż wyrażenie konsensu w formie prywatnej może się odbyć również poprzez tak zwane działania konkludujące (*azioni concludenti*), to znaczy, poprzez współżycie seksualne podjęte z intencją trwania tego związku⁶³. W tym kontekście kanoniści zwracają uwagę, iż w tej hipotezie sprawą niezwykle istotną jest intencja podjęcia aktu seksualnego. Rozwijając tę myśl przekonują oni, iż jeśli strony współżyłyby nie z takim zamiarem, to wtedy należałoby traktować ten akt jako akt cudzołozny (*atto fornicario*). W konsekwencji więc, akt taki nie byłby wystarczający do uznania konwalidacji związku małżeńskiego⁶⁴.

W tym kontekście A. Bernárdez Cantón rozważył w sposób szczegółowy pewne sytuacje. Otóż uważa on, iż jeśli pssudomalzońkowie po

⁵⁹ Tamże, s. 274.

⁶⁰ Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1158*, dz. cyt., s. 1610; D'Auria, dz. cyt., s. 390.

⁶¹ Rava, dz. cyt., s. 274. Autor ten stwierdził: „Specificamente rinnovazione «privata e segreta» significa che non ci si deve attenere nessuna formalità specifica o particolare; per essere «privata» non si esige la forma giuridica sostanziale (nè ministro qualificato, nè i due testimoni) e per essere «segreta» bisogna che non ci sia divulgazione”.

⁶² D'Auria, dz. cyt., s. 390.

⁶³ Hendriks, dz. cyt., s. 317; A. Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma – Brescia 1985, s. 167.

⁶⁴ Rava, dz. cyt., s. 275.

ustaniu przeszkody podjęliby współżycie małżeńskie jako znak zgody małżeńskiej, to należy uznać, iż związek małżeński został uważniony. Podobnie, konwalidacja nastąpiłaby w przypadku, gdy strony żyjąc w separacji, aby uniknąć grzechu, otrzymawszy dyspensę od przeszkody wznowiłyby życie małżeńskie, bądź też podjęłyby one współżycie seksualne na sposób małżeński⁶⁵. Z aspektu teroretycznoprawnego, uważnienie w takiej formie jest możliwe ze względu na fakt, iż nupturienici uprzednio wyrazili konsens małżeński naturalnie wystarczający, który wciąż trwa.

Wreszcie należy zwrócić uwagę, iż konwalidacja dokonana w taki sposób wywiera skutek jedynie na forum wewnętrznym. Służy ona m.in. uspokojeniu sumień stron⁶⁶.

5.2.2. Przeszkoda znana jednej stronie

W kan. 1158 § 2 KPK ujęto jeszcze jedną hipotezę związaną z sytuacją w której istnienia przeszkody świadoma jest jedynie strona kontraktu. Otóż postanowiono w nim: *Jeśli przeszkody nie można udowodnić, wystarcza ponowienie zgody prywatne i tajne, i to przez stronę świadomą przeszkody, jeśli trwa zgoda wyrażona przez drugą stronę [...]*.

Zauważamy więc, iż w tym przypadku zasadnicze założenia są podobne, jak w hipotezie uprzednio analizowanej, z tym jednak, iż w tym wypadku do ponowienia zgody małżeńskiej została zobligowana wy-

⁶⁵ Bernárdez Cantón, *Comentario al can.1158*, dz. cyt., s. 1611: „No parece que este sea el modo adecuado de expresar la voluntad matrimonial puesto que la cópula en sí no es un acto jurídico (aunque sea un acto voluntario, no es una declaración de voluntad) y puesto que la distinción entre afecto conyugal y ánimo fornicario es puramente interna. Objectivamente no hay diferencia entre la cópula practicada después de la desaparición del impedimento y la que haya podido tener lugar durante la vida marital muchas veces prorrogada de buena fé, y sin que pueda presumirse en ella el ánimo fornicario.

Sólo en el caso en que los pseudocónyuges, tras desaparición del impedimento, acordaran realizar la cópula como signo de su consentimiento matrimonial podría tenerse éste por renovado; análogamente si los pseudocónyuges vivieran separados (por ejemplo, para evitar de pecado en tanto obtienen la dispensa) y, una vez obtenida la dispensa restablecen la comunidad conyugal o efectan la cópula, se habría de extender que en estos actos estaba contenida la renovación del consentimiento”.

⁶⁶ Rava, dz. cyt., s. 276 – 277.

łącznie strona świadoma przeszkody⁶⁷. W doktrynie nie wyklucza się jednak ewentualności poinformowania drugiej strony o zaistniałej sytuacji, a w związku z tym postuluje się ponowienie konsensu przez obydwie strony kontraktu⁶⁸.

Jeżeli natomiast nie uczyniono by tego, to zgodnie z dyspozycją kan. 1158 § 2 KPK, zgodę prywatnie oraz tajnie powinna wyrazić strona świadoma przeszkody zrywającej. W tym kontekście niektórzy kanoniści uważają, iż mogłaby ona to uczynić poprzez akt seksualny podjęty na sposób małżeński⁶⁹.

Zdaniem A. Rava, ujęcie zawarte w analizowanej normie niesie za sobą pewne trudności teoretycznoprawne. W jego przekonaniu, wiążą się one z tajnym sposobem wyrażenia konsensu. Rozwijając tę myśl podkreślił on, iż z jednej strony akt ten musi spełniać wymogi generalnej teorii aktu prawnego, z drugiej zaś strony nie musi zostać on powzięty wobec nikogo. Według A. Bernárdez Cantóna, wymóg tajności jest jedynie wymogiem mającym znacznie teoretyczne. Popierając tę tezę zwrócił on uwagę, iż jeśli w powzięciu konsensu przez stronę powinny zostać zachowane założenia wspomnianej teorii aktu prawnego, to zgoda ta w jakiś sposób musi zostać uzewnętrzniiona⁷⁰. Wobec czego, A. Rava wskazał na dwie drogi wyjścia z tego impasu, mianowicie: 1) strona świadoma mogłaby powziąć konsens wobec drugiej strony w jakiegokolwiek formie; 2) być może Ustawodawca przewidział jakąś specjalną formę powzięcia konsensu, która spełniałaby kryteria zawarte w kan. 1158 § 2 KPK⁷¹.

Poza tym, w analizowanej regulacji Prawodawca zawarł jeszcze jeden warunek co do strony nieświadomej istnienia przeszkody, to znaczy, założył on, iż konsens przez nią uprzednio wyrażony nie został odwołany. Zdaniem kanonistów, taka decyzja przez kontrahenta mogła by zostać jedynie podjęta pozytywnym aktem woli⁷². Ponadto, w doktrynie funkcjonuje presumpcja zgodnie z którą, zgoda nie została odwołana, jeśli nie udowodni się czegoś przeciwnego⁷³.

⁶⁷ Rava, dz. cyt., s. 277; .D'Auria, dz. cyt., s. 391.

⁶⁸ Rava, dz. cyt., s. 277; .D'Auria, dz. cyt., s. 391.

⁶⁹ Hendriks, dz. cyt., s. 319.

⁷⁰ Bernárdez Cantón, dz. cyt., s. 1611 – 1612.

⁷¹ Rava, dz. cyt., s. 280.

⁷² D'Auria, dz. cyt., s. 391.

⁷³ Hendriks, dz. cyt., s. 316; Andreini, dz. cyt., s. 302.

6. Zakończenie

Wprowadzenie zobowiązanie co do powtórnego wyrażenia zgody małżeńskiej w przypadku aplikacji uważnienia zwykłego małżeństwa tylko na pozór może wydawać się zbyteczne. Otóż jest prawdą, iż strony zawierając związek małżeński wyraziły ważnie zgodę małżeńską. Konsens tej jednak nie wywarł skutków prawnych z racji wystąpienia przeszkody zrywającej. W analizowanej hipotezie zatem spotykamy się ze zgodą naturalnie wystarczającą, lecz prawnie nieskuteczną. Po ustąpieniu przeszkody lub po uzyskaniu dyspensy od niej nic nie stoi na przeszkodzie, aby powzięty przez strony akt wywarł skutki prawne. Tak jednak nie jest. Z treści bowiem kan. 1156 § 2 KPK wynika, iż wprowadzone przez Ustawodawcę wymaganie związane z ponowieniem przez kontrahenta (kontrahentów) zgody małżeńskiej wynika z prawa kościelnego. Tak więc, w tym wypadku wymaga on specyficznej interwencji strony lub stron, spełniającej kryteria generalnej teorii aktu prawnego (kan. 124 § 1 KPK. Tym sposobem Prawodawca sprzeciwił się kategorycznie konwalidacji małżeństwa *ipso facto*. .

Ponadto wydaje się, iż przez wprowadzenie takiej konieczności pragnął on uspokoić sumienia stron. Albowiem jeden z zasadniczych komponentów funkcjonowania tej instytucji wiąże się z istnieniem świadomości podmiotu co do zaistnienia przeszkody zrywającej.

The need for marriage vows renewal in the case of a common annulment caused by an annulling obstacle

The author in the present article focused on a very specific problem of the need the renewal of marriage vows in the case of annulment caused by an annulling obstacle. The main aim of the author was to present the legal arguments resulting from the disposition included in canon 1156 § 2. According to the analyses carried out, the legislator introduced this solution in order to strongly object to the validation of marriage on the strength of the law alone. Moreover, the author believes that the necessity for marriage vows renewal was introduced with a view to calming the conscience of the parties involved.