

KS. WOJCIECH GÓRALSKI

IUS MATRIMONIALE

Ze studiów nad kościelnym prawem małżeńskim

TOM I

NORBERTINUM
LUBLIN 1990

Nihil obstat
ks. dr Sławomir Nasiorowski
(cenzor)

Imprimatur
† dr Zygmunt Kamiński
Biskup Płocki
Płock 4.VII.1990 r. Nr 837/90

ISBN 83-85131-11-6

NORBERTINUM. Spółka z o.o.
WYDAWNICTWO – DRUKARNIA – KSIĘGARNIA
Dębówka 60, 20-050 Lublin 8, tel. 321-12

Wydanie I. Nakład 300 egz. Ark. wyd. 13,5. Ark. druk. 13. Papier offset. kl. III,
70×100, 70 g. Oddano do druku w listopadzie 1990 r. Druk ukończono w grudniu
1990 r. zam. 82/90

V. Geneza i znaczenie zwrotu „Matrimonii essentiale aliquod elementum” w kan. 1101 § 2

W s t ę p

Nietrudno zauważyć, iż podczas gdy w § 1 kan. 1101 nowego kpk (na temat domniemania o tym, że wewnętrzna zgoda odpowiada słowom lub znakom) dokonano tylko drobnej zmiany redakcyjnej w stosunku do analogicznego § 1 kan. 1086 kpk z 1917 r. (opuszczono wyraz "semper"), to w § 2 (na temat przedmiotu symulacji) dokonano się znacząca modyfikacja. W miejsce bowiem sformułowania: "aut omne ius ad conjugalem actum" pojawił się zwrot: "vel matrimonii essentiale aliquod elementum". To nowe ujęcie kodeksu Jana Pawła II stanowi końcowy rezultat wieloletniej ewolucji tekstu paragrafu, jaka dokonała się w trakcie prac kodyfikacyjnych Papieskiej Komisji do Rewizji KPK. Właściwe rozumienie tego sformułowania może rodzić niemałe wątpliwości zarówno na płaszczyźnie doktryny, jak i orzecznictwa sądowego. Przedkładane tu uwagi do kan. 1101 § 2, będą próbą jego wykładni, zostaną poprzedzone zwięzłym przypomnieniem ujęcia zawartego w kan. 1086 § 2 dawnego kodeksu a następnie prezentacją wspomnianej już ewolucji tekstu przytoczonego kanonu.

I. SFORMUŁOWANIE KAN. 1086 § 2 KPK/1917

Kanon 1086 § 2 kodeksu Piusa X i Benedykta XV stanowił, iż jeśli jedna ze stron lub obydwie, pozytywnym aktem woli wykluczyłyby samo małżeństwo lub wszelkie prawo do aktu małżeńskiego, albo jakiś istotny przymiot małżeństwa, zawierają je nieważnie. W ten sposób prawodawca ustosunkował się do zjawiska symulacji zgody małżeńskiej obejmując w pierwszej części paragrafu przypa-

dek tzw. symulacji całkowitej (wykluczenie samego małżeństwa), w drugiej zaś sytuację tzw. symulacji częściowej (wykluczenie wszelkiego prawa do aktu małżeńskiego, bądź też wykluczenie jakiegos istotnego przymiotu małżeństwa).

Gdy chodzi o tzw. symulację częściową (podział symulacji zgody małżeńskiej na całkowitą i częściową przyjmuje się w oparciu o wielowiekową tradycję, choć nie wszyscy są zgodni co do jego zasadności)¹, w przytoczonej normie mówi się generalnie o dwóch przypadkach: wykluczenia bądź prawa do aktów małżeńskich, bądź też jednego z istotnych przymiotów małżeńskich (są nimi jedność i nierozzerwalność)². W nawiązaniu do doktryny św. Augustyna o tzw. dobrach małżeńskich ("bonum prolis", "bonum fidei", "bonum sacramenti") łatwo skonstatować, iż w pierwszym przypadku chodzi o wykluczenie dobra potomstwa ("exclusio boni prolis"), w drugim zaś o wykluczenie dobra jedności lub nierozzerwalności ("exclusio boni fidei", "exclusio boni sacramenti"). Można tedy powiedzieć, że symulacja częściowa w ujęciu kan. 1086 § 2 polegała na wykluczeniu jednego z trzech dóbr małżeńskich. Tak właśnie utrzymywali powszechnie kanonisci podkreślając, iż w kanonie znalazła swoje odbicie wspomniana nauka św. Augustyna na temat dóbr małżeńskich. Nie brakło tu autorów, którzy uznawali, iż kanon wyszczególnia taksatywnie przypadki symulacji częściowej. I choć dawny kodeks, podobnie zresztą jak i nowy, nie używa owej terminologii dotyczącej trzech dóbr małżeństwa, to jednak zarówno doktryna, jak i orzecznictwo sądowe posługują się nią w komentarzach do wymienionego kanonu.

W odniesieniu do poszczególnych dóbr małżeństwa istniały jednak pewne trudności i wątpliwości, gdy chodzi o wykładnię referowanego kanonu. I tak na kanwie pojęcia "bonum prolis" podnieszono m.in. problem relacji pomiędzy kan. 1086 § 2 i kan. 1013 § 1 traktującym o celach małżeństwa, zasadności i przydatności przyjętego rozróżnienia między "ius" i "usus iuris", czy też możliwości zaliczenia do "exclusio boni prolis" przypadku, w którym strona podjęła intencję spędzenia płodu, gdyby nastąpiło po-

¹ Zob. P. Fedele. Note per uno studio sulla simulazione nel matrimonio in diritto canonico. [w] Studi in onore di Vincenzo del Giudice, T. 1, Milano 1953 s. 277-300.

² Zob. kan. 1013 § 2 kpk/1917 oraz kan. 1056 kpk/1983.

częście w związku małżeńskim, który zawiera. Jeśli chodzi o "bonum fidei", jako trudność - występującą w interpretacji sądowej - można wskazać przyjmowane w orzecznictwie wymaganie wzajemnego przekazania sobie przez strony prawa tzw. kumulatywnego, wskutek czego nieważność małżeństwa z tego tytułu była orzekana niezwykle rzadko. Wreszcie w odniesieniu do "bonum sacramenti" trudność stanowiło np. ustalenie relacji zachodzącej pomiędzy błędem co do nierozzerwalności i jej wykluczeniem, przy czym problem ten nasilił się w ostatnich latach, kiedy to w wielu środowiskach zaczęła się upowszechniać mentalność rozwodowa³.

Pozostaje rzeczą znamioną, iż mimo wskazanych przykładowo trudności i wątpliwości, sformułowanie kan. 1086 § 2 dość powszechnie satysfakcjonowało kanonistów. Podnoszono wszakże kwestię, czy wyszczególnienie w paragrafie przypadków symulacji częściowej jest taksatywne, czy też nie, inaczej: czy jest możliwe, aby oprócz trzech dóbr małżeńskich, tradycyjnie rozumianych, istniały także inne istotne elementy zgody małżeńskiej, których pozytywne wykluczenie sprawiałoby nieważność umowy małżeńskiej. Pytanie to jednak nie było stawiane przez autorów często, a prawie nigdy nie było podnoszone w orzecznictwie, nie licząc ostatnich lat⁴. Wypada już teraz zauważyć, iż nowe brzmienie normy, ujętej w kan. 1101 § 2 kodeksu Jana Pawła II zdecydowanie nawiązuje do kwestii tej. Ostatecznej wszelako redakcji tekstu zawartego w nowej ustawie kodeksowej dokonano w wyniku pewnego procesu ewolucyjnego, jaki można dostrzec w pracach Papieskiej Komisji do Rewizji KPK, wspieranej przez odnośny zespół konsultorów.

II. EWOLUCJA TEKSTU KANONU W PRACACH PAPIESKIEJ KOMISJI DO REWIZJI KPK

Wypada przypomnieć, iż kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. posiadał następujące brzmienie: "At si alteruta vel utraque pars positivo actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad conjugalem

³ Zob. P.A. Bonnet. *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*. Milano 1985 s. 126-131; G. Sheehy. *Animadversiones quaedam in "matrimonii essentialia quaedam elementum"*. "Periodica" 75: 1986 z. 1-2 s. 118-119.

⁴ Sheehy, jw. s. 119.

actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit". Tekst ten stanowił punkt wyjścia dla studiów zainicjowanych po zakończeniu Soboru Watykańskiego II przez konsultorów zespołu "De matrimonio" Papieskiej Komisji do Rewizji KPK. Do ich podjęcia skłaniała wszakże nowa wizja umowy małżeńskiej nakreślona w konstytucji "Gaudium et spes"⁵. Już więc podczas swojej pierwszej sesji odbytej w dniach 24-29 X 1966 r. konsultorzy zwrócili uwagę na to iż w związku z nauką soborową na temat małżeństwa i konsensu małżeńskiego wiele kanonów kodeksowych rozdziału "De consensu matrimoniali" musi ulec zmianie, m.in. w odniesieniu do symulacji konsensu płynącej z wykluczenia istotnego elementu jego przedmiotu. Podczas debaty stwierdzono, iż w świetle Vaticanum II, do istotnych elementów przedmiotu zgody małżeńskiej, których wykluczenie powoduje nieważność małżeństwa należy zaliczyć prawo do wspólnoty życia ("ius ad vitae communionem")⁶. W związku z tym uznano za niezbędne dodanie do kanonu zwrotu o wykluczeniu wymienionego prawa. W ten sposób redakcja kan. 1086 § 2 otrzymała brzmienie: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum a u t i u s a d v i t a e c o m m u n i o n e m (podkreślenie autora, oznaczające wprowadzenie do kanonu nowego elementu), aut ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit"⁷. Takie sformułowanie kan (a ściśle paragrafu) znalazło się następnie w schemacie nowego prawa małżeńskiego z 1975 r.⁸.

Wypada jednocześnie nadmienić, iż także jurysprudencja Roty Rzymskiej, idąc za myślą Soboru Watykańskiego II, a zwłaszcza mając na względzie przyjęte w konstytucji "Gaudium et spes" pojęcie "bonum coniugum"⁹ zaczęła bronić tezy, w myśl której nie tylko tradycyjnie uznawane "dobro potomstwa" lecz także właśnie "dobro małżonków" stanowi specyficzny przedmiot konsensu małżeńskiego, a

⁵ Zob. konstytucja "Gaudium et spes" nn 48-51.

⁶ Zob. "Communicationes" 3:1971 nr 1 s. 75.

⁷ Tamże s. 75-76.

⁸ "Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur" z 1975 r. Zob. "Communicationes" 9:1977 nr 1 s. 117.

⁹ Konstytucja "Gaudium et spes" n. 48.

zatem istotny element małżeństwa. Nic też dziwnego, że już w wyroku c. Anné z 25 I 1969 r. znalazł się fragment hołdujący owej tezie¹⁰.

Po wpłynięciu do Sekretariatu Papieskiej Komisji do Rewizji APK uwag do przesłanego organom konsultacyjnym schematu, konsultorzy podjęli w dniu 20 V 1977 r. dyskusję nad brzmieniem zmodyfikowanego kan. 1086 § 2 (był to kan. 303 schematu). Próbowano wyjaśnić bliżej, co oznacza zwrot: "ius ad vitae communionem". Wielu konsultorów było zdania, iż pod terminem tym należy rozumieć prawa, które odnoszą się do istotnych relacji międzyosobowych małżonków. Inni podkreślali, że dobro "wspólnoty życia" zawarte jest w dobru jedności, jeszcze inni zdawali sobie pytanie, czy pomiędzy "ius ad vitae communionem" i "matrimonium ipsum" istnieje rzeczywista różnica. Nie brakowało też głosów upatrujących w zwrocie "ius ad vitae communionem" wiele niejasności i dwuznaczności. Toteż w głosowaniu odrzucono przytoczony wyżej tekst z 1975 r., a na wniosek jednego z konsultorów postanowiono zastąpić w kanonie zwrot "ius ad vitae communionem" sformułowaniem: "ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt"¹¹. W ten sposób paragraf otrzymał nową redakcję, która znalazła się następnie w schemacie kanonów kodeksowych z 1980 r.¹² Jej brzmienie jest następujące: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt (podkreślenie autora

¹⁰ "obiectum [...] formale substantiale istius consensus est non tantum ius in corpus perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, excluso omni alio elemento formali essentiali, sed complectitur etiam ius ad vitae consortium per communitatem vitae quae proprie dicitur matrimonialis, necnon correlativas obligationes seu ius ad intimam personarum atque operum coniunctionem, qua se invicem perficiunt ut ad novarum viventium procreationem et educationem cum Deo operam sociant". SRR Dec.61:1969 s. 183-184.

¹¹ "Communications" 9:1977 nr 1, s. 374-375; Zob. O. Fumagalli Carulli. Essenza ed esistenza nell'amore coniugale: considerazioni canonistiche. "Ephemeridas Iuris Canonici" 36:1980 s. 214-215; Zob. także Sheehy, jw. s. 121.

¹² Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones SRE Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutum vitae consecratae recognitum. Roma 1980.

oznaczające wprowadzenie do kanonu nowego zwrotu w miejsce dawnego), aut ius ad conjugalem actum, vel essentialem aliquam matri-
monii proprietatem, invalide contrahit"¹³.

Należy dodać, iż w trakcie dyskusji nad ostateczną redakcją
przyszłego kan. 1101 § 2 nie brakowało wśród kanonistów przeciw-
ników zamieszczenia w kanonie zwrotu o wykluczenie wspólnoty ży-
cia, ujętej tak w pierwszej, jak i w drugiej z przytoczonych re-
dakcji. Obydwa sformułowania uznali oni za niejasne i mało kon-
kretne pytając o elementy, które stanowią w istocie wspólnotę ży-
cia. Zdecydowana jednak większość, choć zdawała sobie sprawę z cha-
rakteru wyłącznie pastoralnego konstytucji "Gaudium et spes", uwa-
żała jednak za niezbędne wyciągnięcie konsekwencji jurydycznych
ze zwrotu konstytucji określającego małżeństwo jako "intima com-
munitas vitae conjugalis et amoris"¹⁴. Sądzone, iż w kształtowa-
niu nowego ustawodawstwa małżeńskiego nie można nie uwzględnić
tego określenia oraz innych sformułowań dokumentu soborowego.
Zwolennicy tego nurtu myślenia znajdowali potwierdzenie swojego
poglądu w tym, że wszystkie schematy nowego prawa małżeńskiego
zawierały pojęcia i zwroty zaczerpnięte z "Gaudium et spes", co
też ostatecznie znalazło swój wyraz choćby w kanonach: 1055 § 1,
1057 § 2 czy 1098. Ci sami jednak kanonisci uważali, że prawo do-
maga się w rzeczywistości sformułowań jurydycznych, które pozo-
stawiłyby możliwość właściwej interpretacji legalnej a także
uznali za niestosowne zbyt schematyczne "szufladkowanie" materii,
która korzeniami swymi sięga do prawa naturalnego i do tradycji
kanonistycznej. Nic też dziwnego, że wielu z nich nie było usaty-
sfakcjonowanych zapisem ani ze schematu z 1975 r. ("ius ad vitae
communione"), ani z 1978 r. i 1980 r. ("ius ad ea quae vitae co-
mmunionem essentialiter constituunt")¹⁵.

Wielu członków Papieskiej Komisji do Rewizji KPK przedłoży-
ło swoje propozycje i uwagi do schematu z 1980 r. Postulowano m.
in. usunięcie z tekstu paragrafu zwrotu "aut ius ad ea quae vitae
communione constituunt" jako zbyt niebezpiecznego - w możliwej

¹³ "Communicationes" 9:1977 nr 1 s. 374; Zob. "Communicationes"
nr 14:1982 nr 2 s. 119.

¹⁴ Konstytucja "Gaudium et spes" n. 48.

¹⁵ Sheehy, jw. s. 124-125; P. Moneta. Il matrimonio nel nu-
ovo diritto canonico. Genova 1986 s. 115-116.

interpretacji - dla trwałości węzła małżeńskiego. W rezultacie debaty w "Relacji" wypracowanej 16 VII 1981 r. przez Papieską Komisję do Rewizji KPK¹⁶ przyjęto następujące brzmienie paragrafu: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimoni essentiale aliquod elementum vel essentialem proprietatem vel sacramentalem dignitatem (podkreślenie autora oznaczające wprowadzenie do tekstu nowych elementów w miejsce "ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt), invalide contrahit"¹⁷. W ten sposób, zdaniem Komisji, została uchylona trudność, jaką mogła następczyc klauzula "aut ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt", uwzględniono natomiast, choć w sposób ogólny, konieczną relację do tego, co stanowi istotę małżeństwa, a co bliżej winny określić doktryna i judykatura - w nawiązaniu do zaproponowanej w kan. 1008 schematu definicji małżeństwa¹⁸. Nie trudno dostrzec, iż w nowej wersji tekstu dodano poza tym wzmiankę o wykluczeniu sakramentalności małżeństwa.

W dniach 20-28 X 1981 r. odbyła się piąta sesja plenarna Papieskiej Komisji do Rewizji KPK. Podczas tego posiedzenia przyjęto wyżej przytoczony tekst paragrafu z pominięciem jednak wzmianki o wykluczeniu sakramentalności małżeństwa. Przybrał on więc następujące brzmienie: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimoni essentiale aliquod elementum vel essentialem proprietatem, invalide contrahit"¹⁹. Redakcja ta znalazła się następnie w schemacie kodeksu z 25 III 1982 r.²⁰. Po wprowadzeniu zaś drobnych korektur stylistycznych tekst ten znalazł się następnie w promulgowanym

¹⁶ Relatio complectens synthesim animadversionum [...] cum responsionibus a Secretaria et consultoribus datis. "Communicationes" 14:1982 nr 2 s. 116-230.

¹⁷ Tamże s. 233-234.

¹⁸ "Communicationes" 13:1981 nr 2 s. 259-270 oraz 19:1987 nr 2 s. 263.

¹⁹ Sheehy, jw. s. 120.

²⁰ Schema novissimum: Codex Iuris Canonici (25 martii 1982), Roma 1982; Schemat ten przedstawiono papieżowi Janowi Pawłowi II 22 IV 1982. Zob. "Communicationes" 19:1987 nr 2 s. 263.

25 I 1983 r. przez papieża Jana Pawła II nowym kpk. A oto zapis kodeksowy kan. 1101 § 2: "At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit".

Na drodze więc żmudnych studiów i dyskusji toczących się w ramach prac Papieskiej Komisji do Rewizji KPK i jej konsultorów, pierwotny tekst kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. ulegał systematycznie stopniowym modyfikacjom aż do redakcji zawartej w kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r., w myśl której tzw. symulacja częściowa zgody małżeńskiej ma miejsce wówczas, gdy przynajmniej jedna ze stron wyklucza - pozytywnym aktem woli - jakiś istotny element małżeństwa, albo jakiś istotny jego przymiot.

III. PRÓBA WYJAŚNIENIA KANONU 1102 § 2 KPK/1983 ODNOŚNIE DO WYKLUCZENIA ISTOTNYCH ELEMENTÓW MAŁŻEŃSTWA

Sformułowanie kan. 1102 § 2, które zastąpiło brzmienie dawnego kan. 1086 § 2 podtrzymuje w całej rozciągłości zapis z 1917 r., w myśl którego wykluczenie jakiegos istotnego przymiotu małżeństwa (a więc jedności czy nierozzerwalności) stanowi częściową symulację zgody małżeńskiej, co nie budzi większych wątpliwości. Zastąpiono natomiast w nowej redakcji - jak już zaznaczono na wstępie - zwrot o wykluczeniu wszelkiego prawa do aktów małżeńskich sformułowaniem bardziej ogólnym na temat wykluczenia "jakiego istotnego elementu małżeństwa". Rozumienie zaś tego zwrotu może budzić - ze zrozumiałych względów - wiele wątpliwości i problemów.

Ostateczna redakcja kan. 1102 § 2 będąca efektem wieloletniej ewolucji tekstu stanowi rezultat uwzględnienia przez Papieską Komisję do Rewizji KPK nauki Soboru Watykańskiego II na temat małżeństwa i przedmiotu zgody małżeńskiej. Zapis dokonany w wymienionym kanonie pozostaje przy tym zwykłą implikacją zarówno doktryny soborowej, jak i sformułowania zawartego w kan. 1055 § 1 kpk z 1983 r., nawiązującego zresztą także do konstytucji "Gaudium et spes". Zrywając w swojej refleksji pastoralnej z uwzględnianą w dawnym kodeksie hierarchizacją celów małżeńskich wymieniony dokument Vaticani II, a za nim ustawa kodeksowa z 1983 r.

przyjmując, iż małżeństwo - jako wspólnota całego życia mężczyzny i kobiety - skierowane jest ze swej natury ku dobru małżonków oraz ku zrodzeniu i wychowaniu potomstwa²¹. Oznacza to, że zarówno dobro małżonków ("bonum coniugum"), jak i zrodzenie i wychowanie potomstwa, inaczej dobro potomstwa ("bonum prolis") należą do istoty umowy małżeńskiej, a więc do istotnych elementów przedmiotu konsensu małżeńskiego²². Ponadto z uwagi na nierozdzielność kontraktu i sakramentu u ochrzczonych, mającą swoje postawy w prawie Bożym, o czym wspomina kan. 1055 § 2²³, a także biorąc pod uwagę dyspozycję kan. 1099²⁴, do istotnych elementów małżeństwa należy zaliczyć jego charakter sakramentalny²⁵.

1. Wykluczenie dobra potomstwa

Jakkolwiek zarówno konstytucja "Gaudium et spes", jak i kan. 1055 § 1 wspominają najpierw o dobru małżonków, to jednak omawianie istotnych elementów małżeństwa wypada rozpocząć od dobra potomstwa (inaczej zrodzenia i wychowania potomstwa) a to z uwagi na występowanie tego pojęcia w tradycji kanonicznej, jak to już zaznaczono poprzednio.

Ponieważ przywołana wyżej konstytucja soborowa a także za nią kan. 1055 § 1 mówią o zrodzeniu i wychowaniu potomstwa, przeto pojęciem "bonum prolis" należy objąć obydwie elementy. W obrębie pojęcia "generatio prolis" może wskazać na kilka przypadków.

a/ Wykluczenie prawa do aktów małżeńskich

Rozpoczynając od kwestii zrodzenia potomstwa wolno postawić

²¹ Zob. konstytucja "Gaudium et spes" nn. 48 i 50 oraz kan. 1055 § 1 kpk/1983.

²² Zob. P.A. Bonnet. *Il consenso. [v.] Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*. Bologna 1985 s. 197-205; F. Bersini. *Il nuovo diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico-teologico-pastorale*. Torino 1983 s. 96-99.

²³ Podobnie deklarował kan. 1012 § 2 kpk/1917.

²⁴ Por. kan. 1084 kpk/1917.

²⁵ Zob. Moneta, jw. s. 119-122; M.A. Zurowski. *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*. Katowice 1987 s. 262.

pytanie, czy wykluczenie jakiegos istotnego elementu małżeństwa, zawiera w sobie wykluczenie prawa do aktów małżeńskich, o którym to prawie stanowił kan. 1086 § 2 dawnego kodeksu. Kwestia ta wy- daje się doniosła tym bardziej, iż nowy kodeks nie zawiera żadne- go kanonu, który by odpowiadał w swej treści kan. 1081 § 2 zbioru Piusa X i Benedykta XV, w którym to kanonie zgodę małżeńską okre- ślało się jako akt woli, przez który obydwie strony przekazują sobie wzajemnie i przyjmują "prawo do ciała w porządku aktów zdo- lnych z natury swojej do zrodzenia potomstwa". Tymczasem kolekcja Jana Pawła II podaje (w kan. 1057 § 2) zupełnie inne określenie w tym względzie, a zwrot "ius in corpus" nie pojawia się już w żadnym z kanonów. Gdy chodzi zaś o akty małżeńskie, wzmiankę o nich spotykamy jedynie w kan. 1061 § 1 podającym określenie mał- żeństwa dopełnionego ("coniugalis actus per se aptus ad prolis generationem"). Należy poza tym zauważyć, że brak w nowej ustawie kodeksowej odpowiednika dawnego kan. 1013 § 1 traktującego o ce- lach małżeństwa. Cele małżeństwa zostały zawarte - *implicite* - w kan. 1055 § 1 przytaczającym określenie małżeństwa. Brak wresz- cie jakiegokolwiek wzmianki o prawie do aktu małżeńskiego - "ius ad coniugalem actum" ("bonum prolis") - jako przedmiocie zgody małżeńskiej, którego pozytywne wykluczenie czyniłoby małżeństwo nieważnym.

W odpowiedzi na postawione pytanie należy stwierdzić, iż ponieważ zrodzenie potomstwa zakłada udzielenie sobie przez stro- ny prawa do aktów małżeńskich skierowanych ze swojej natury ku celowi, to wykluczenie prawa do tychże aktów stanowi tym samym /samym przejaw wykluczenia dobra potomstwa, a więc istotnego elementu małżeństwa. Wolno zatem powiedzieć, że wykluczenie prawa do aktów małżeńskich, o których *expressis verbis* wspominał dawny kan. 1086 § 2, stanowi - w świetle kan. 1055 § 1 i kan. 1101 § 2 nowe- go kodeksu - wykluczenie istotnego elementu małżeństwa, sprawia więc nieważność umowy małżeńskiej²⁶.

Należy zaznaczyć, iż omawianie problematyki dotyczącej sa- mych form i sposobów wykluczenia prawa do aktów małżeńskich wy- kraczałoby poza ramy zakresłone tematem opracowania.

²⁶ Zob. A. Abate. *Il matrimonio nelle nuova legislazione ca- nonica*. Brescia 1985 s. 59-61; *Moneta*, jw. s. 116-119.

b/ Wykluczenie potomstwa

Podczas gdy w oparciu o kpk z 1917 r. trudno było wskazać formalną podstawę nieważności małżeństwa w przypadku pozytywnego wykluczenia przez stronę prawa do potomstwa - przy jednoczesnym nieodmawianiu współmałżonkowi prawa do aktów małżeńskich - to sformułowanie kan. 1101 § 2 o wykluczeniu istotnego elementu małżeństwa lukę tę uzupełnia. Zrodzenie potomstwa stanowi bowiem - w świetle kan. 1055 § 1 - istotny element przedmiotu zgody małżeńskiej.

Zdaniem wielu audytorów Roty Rzymskiej ferujących wyroki jeszcze w okresie obowiązywalności kpk z 1917 r. i odwołujących się do prawa naturalnego nieważne było m.in. małżeństwo, w którym kobieta nie odmówiła wprawdzie mężowi prawa do aktów małżeńskich zdolnych z siebie do zrodzenia potomstwa, ale mimo to wykluczyła wprost zrodzenie potomstwa poprzez pozytywną intencję płukania pochwy po każdym stosunku seksualnym celem zapobieżenia poczęciu²⁷.

Obok więc nieważności małżeństwa z powodu wykluczenia prawa do aktów małżeńskich, orzecznictwo rotalne przyjmowało już w latach sześćdziesiątych nieważność pływającą z faktu wykluczenia - wprost - zrodzenia potomstwa, mimo braku wykluczenia prawa do wspomnianych wyżej aktów małżeńskich²⁸. W świetle kan. 1101 § 2 tego rodzaju działanie - to wykluczenie istotnego elementu małżeństwa.

c/ Wykluczenie obowiązków ochrony życia poczętego

Zdaniem niektórych kanonistów, pojęcie "bonum prolis" zachowuje obecnie to samo znaczenie, jakie posiadało, gdy obowiązywała ustawa kodeksowa z 1917 r. i dlatego, stosownie do kan. 6 § 2, powinno być interpretowane - przynajmniej w swej istocie - również z uwzględnieniem tradycji kanonicznej²⁹. Chodzi wszak-

²⁷ Zob. wyrok z 9 XI 1961 r. c. Bejan. SRR Dec. 53:1961 s. 496-497; Zob. także wyrok z 18 XII 1963 r. c. De Jorio. SRR Dec. 55:1963 s. 911.

²⁸ J. Krukowski. Wykluczenie potomstwa. Nowe tendencje w orzecznictwie rotalnym. "Kościół i prawo" 3:1984 s. 234.

²⁹ Zob. m.in. Sheehy, jw. s. 123.

że o tradycyjną wykładnię wymienionego pojęcia jedynie co do jego istoty, bowiem nowe prawo małżeńskie zmodyfikowało punkt widzenia na niektóre kwestie w odniesieniu do dobra potomstwa ujmowanego uprzednio.

Jako przykład można tu wskazać dotychczasowe stanowisko zarówno autorów, jak i Roty Rzymskiej, w myśl którego małżeństwo było uważane za nieważne, gdy jedna lub obydwie strony zawierały je żywiąc pozytywną intencję dokonania aborcji, jeśli przypadkiem - w efekcie np. ograniczonego współżycia małżeńskiego - u kobiety nastąpiło poczęcie. Jako podstawę takiego punktu widzenia wskazywano wykluczenie samego dobra potomstwa, inaczej pozytywne wykluczenie prawa do aktów małżeńskich, stosownie do kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. Tymczasem była to podstawa niewłaściwa, trudno bowiem zrozumieć, w jaki sposób intencja dokonania spędzenia płodu może znaleźć swoje uzasadnienie w fakcie wykluczenia prawa do aktów małżeńskich, które to prawo pozostawało nienaruszone, gdyż żadna ze stron nie wykluczyła go.

Podstawę nieważności małżeństwa we wskazanym przypadku należy upatrywać - w świetle nowego ustawodawstwa - w tym, że przyjęte prawo (do aktów małżeńskich) rodzi z konieczności obowiązek przyjęcia również istotnych obowiązków z nim związanych, w tym przypadku ochrony nowego życia poczętego w wyniku aktu małżeńskiego. Sformułowanie więc kan. 1101 § 2 dopuszcza przynajmniej możliwość przyjęcia tezy, że obowiązek ochrony życia poczętego jest istotnym obowiązkiem małżeńskim, inaczej istotnym elementem małżeństwa. Wykluczenie zatem pozytywnym aktem woli tego obowiązku sprawia nieważność umowy małżeńskiej³⁰.

Wypada dodać, iż na równi z obowiązkiem ochrony życia poczętego idzie obowiązek zachowania przy życiu dziecka już po urodzeniu³¹.

d/ Wykluczenie wychowania potomstwa

Mając na uwadze sformułowanie kan. 1055 § 1 nie można mieć wątpliwości, iż także wychowanie potomstwa ("exclusio educationis

³⁰ Krukowski, jw. s. 236.

³¹ Tamże s. 123-124.

prolis") stanowi istotny element umowy małżeńskiej. Wykluczenie więc tego elementu przez jedną ze stron zawierających związek małżeński powoduje jego nieważność³². Chodzi tu o wychowanie zarówno fizyczne, jak i społeczne, kulturalne, moralne oraz religijne - zgodnie z dyspozycją kan. 1136.

2. Wykluczenie dobra małżonków

Z zawartego w kan. 1055 § 1 określenia małżeństwa, nawiązującego do konstytucji "Gaudium et spes" wynika, że umowa małżeńska jest skierowana z natury swojej także ku dobru małżonków. Nic też dziwnego, że "bonum coniugum" należy do istotnych elementów małżeństwa, na co autorzy zwrócili uwagę wkrótce po promulgacji wymienionego dokumentu soborowego³³. Było to również od początku oczywiste dla członków Papieskiej Komisji do Rewizji KPK, która - jak wyżej zaznaczono - już w pierwszym projekcie nowego prawa małżeńskiego wykluczenie "ius ad vitae communionem" uznała *expressis verbis* za przejaw symulacji częściowej konsensu małżeńskiego. Określenie "ius ad vitae communionem" Komisja zastąpiła następnie - w schemacie z 1978 - zwrotem "ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt", o czym również już wzmiankowano. Wreszcie w schemacie z 1981 r. pojawiło się sformułowanie, które okazało się definitywnym: "matrimonii essentialia aliquid elementum".

Rodzi się zasadnicze pytanie: w jaki sposób możliwe jest wykluczenie dobra małżonków. Mówiąc inaczej chodzi o wskazanie zakresu pojęcia "bonum coniugum", a jeszcze inaczej - o elementy składające się na to pojęcie. W odpowiedzi należy przede wszystkim powiedzieć, że dobro małżonków konkretyzuje się we wzajemnych relacjach międzyosobowych małżonków, bez których to relacji wspólnota małżeńska byłaby moralnie niemożliwa³⁴. Słusznie jednak

³² Bonnet. *Il consenso*, jw. s. 202; Zob. także I.M. Pinto Gómez. *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*. [w] *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani* (curantibus Z. Grocholewski et V. Corcel Orti). Citta del Vaticano 1984 s. 28.

³³ Zob. m.in. O. Giacchi. *L'esclusione del "matrimonium ipsum". L'esclusione dello "ius ad vitae communionem"*. [w] *Quaderni romani*. Roma 1979 s. 21.

³⁴ A. Abate. *Il consenso matrimoniale nel nuovo codice di diritto canonico*. "Apollinaris" 59:1986 nr 3-4 s. 475-476.

zauważa A. Abate, iż niemożliwe jest przedstawienie gotowego katalogu istotnych elementów w obrębie relacji międzyosobowych, zważywszy, że wspólnota życia małżeńskiego przyjmuje różne formy wyrażania się, zależne m.in. od kultury³⁵. Wskazanie owych istotnych elementów należy do orzecznictwa.

Próbując określić najogólniej istotę relacji międzyosobowych w małżeństwie a więc występujących w obrębie pojęcia "bonum coniugum" należy powiedzieć, iż z całą pewnością będzie tu chodziło o wzajemne oddanie się sobie stron nie tyle w sferze emocjonalnej, ile w płaszczyźnie pełnego zaangażowania się w sprawę współmałżonka, co można określić mianem miłości osobowej ("amor coniugalis"). Zdaniem O. Fumagalli Carulli, istotą tak rozumianej miłości małżeńskiej jest traktowanie kontrahenta jako osoby, obowiązek prowadzenia życia wspólnego oraz rzeczywiste pragnienie dobra drugiej strony. To z kolei wymaga, zauważa autorka, określenia elementów, które w istocie swej stanowią wspólnotę życia, a które różnią się od nieistotnych elementów egzystencjonalnych³⁶. U. Navarrete z kolei podkreśla, iż małżeństwo - w ujęciu Vaticanum II - z natury swojej wymaga owej wspólnoty życia i miłości. Trafnie przy tym zauważa, iż konstytucja "Lumen gentium" nie zamierzała określić, do jakiego stopnia "głęboka wspólnota życia i miłości małżeńskiej"³⁷ należy do istoty instytucji małżeństwa³⁸.

Warto dodać, iż w okresie posoborowym spotykamy szereg wyroków Roty Rzymskiej, w których występuje pojęcie "bonum coniugum". W nawiązaniu do nauki Vaticanum II, dobro małżonków rozumieją audytorzy rotalni jako wzajemne oddanie się stron zarówno w sferze cielesnej, jak i duchowej, co winno prowadzić do doskonalenia się małżonków i zdobywania wartości typowo ludzkich. Wspólnota życia małżeńskiego zakłada wszakże obowiązek wzajemnego oddziaływania na siebie małżonków, wspólnego przeżywania radości i kłopotów dnia codziennego. Podkreśla się następnie w wielu

³⁵ Tamże s. 476.

³⁶ Fumagalli Carulli, jw. s. 218-219; Zob. także Moneta, jw. s. 115.

³⁷ Konstytucja "Gaudium et spes" n. 48.

³⁸ U. Navarrete. *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis*. Roma 1980 s. 86.

orzeczeniach, iż owo wzajemne współdziałanie małżonków jest możliwe tylko wówczas, gdy istnieje życzliwe, ofiarne udzielanie się sobie, wspólna wymiana myśli a także wzajemna pomoc w wypełnianiu własnych zadań³⁹. Charakterystyczne jest stwierdzenie w jednym z wyroków, w myśl którego "bonum coniugum" płynie z jedności osobowej⁴⁰. Zwraca się również uwagę na rolę miłości małżeńskiej jako wzajemnego oddania się stron⁴¹.

Jeszcze raz należy powiedzieć, iż bliższe określenie elementów składających się na pojęcie "bonum coniugum" pozostaje doniosłym zadaniem orzecznictwa sądowego. Biorąc wszakże pod uwagę to, co powiedziano wyżej wolno przyjąć, iż nieważność małżeństwa miałaby miejsce m.in. w przypadkach wykluczenia - pozytywnym aktem woli - obowiązku osobowego oddania się drugiej stronie, doskonalenia się, wspólnego mieszkania, prowadzenia rozmowy ze współmałżonkiem. Wspólnym zaś mianownikiem wymienionych tu oraz innych (na które wskaże orzecznictwo) przypadków "exclusionis boni coniugum" jest pozytywne wykluczenie prawa do wspólnoty życia.

3. Wykluczenie sakramentalnego charakteru małżeństwa

Pytanie, czy wykluczenie pozytywnym aktem woli sakramentalności małżeństwa, nie jest czymś nowym. Stawiano je już w okresie obowiązywalności kodeksu z 1917 r., nie brak było przy tym autorów, którzy utrzymywali, iż takie wykluczenie sprawia nieważność umowy małżeńskiej pomiędzy ochrzczonymi. Zwolennicy tej tezy odwoływali się do kan. 1086 § 2 twierdząc jednocześnie, iż wyliczenie przypadków nieważności zawarte w tej normie nie ma charakteru taksatywnego, oraz że należy tu aplikować nie tylko słowa kanonu, lecz także ogólne zasady prawa⁴². Przeważała jednak opinia, w myśl której wykluczenie godności sakramentalnej związku

³⁹ Zob. np. wyrok z 12 III 1975 r. c. Masala. "Monitor Ecclesiasticus" 101:1976 nr 1 s. 203.

⁴⁰ Wyrok z 15 VII 1977 r. c. Pinto. "Ephemerides Iuris Canonici" 34:1978 s. 165.

⁴¹ Zob. S. Kosowicz. "Bonum coniugum" w jurysprudencji rodzinnej okresu posoborowego. "Kronika Diecezji Sandomiersko-Radomskiej" 81:1988 nr 5-6 s. 133-136.

⁴² Moneta, jw. s. 120; Sheehy, jw. s. 126-127.

małżeńskiego nie wywoływało skutku jego nieważności. Rzecznicy tej tezy opierali się na przesłance, iż ten kto nie chce sakramentu a jednocześnie chce zawrzeć umowę małżeńską w Kościele, w rzeczywistości nie może wykluczyć owej wartości duchowej, ponieważ kontraktu małżeńskiego pomiędzy ochrzczonymi nie da się oddzielić od sakramentu. Nupturient, który chce zawrzeć kontrakt, nie może więc tym samym nie chcieć zawrzeć i sakramentu, który to sakrament jest nierozdzielny od tego pierwszego. To, co ostatecznie decyduje o ważności małżeństwa, dodają zwolennicy przytoczonej opinii, jest to, że intencja stron kieruje się ku istotnym elementom kontraktu: sakramentalność jest niczym innym, jak tylko podjęciem kontraktu w porządku nadprzyrodzonym i nie zależy od intencji kontrahentów, lecz od ustanowienia Bożego.

Założenie, o którym mowa, choć za punkt wyjścia bierze zasadę teoretyczną o nierozdzielności pomiędzy kontraktem i sakramentem prowadzi w rzeczywistości do sztucznego oddzielenia tych dwóch aspektów małżeństwa chrześcijańskiego a także do przypisania sakramentowi pewnego rodzaju automatyzmu całkowicie oderwanego od woli stron, która przecież stanowi przyczynę sprawczą umowy małżeńskiej⁴³.

Nowe spojrzenie na naturę sakramentalną zawarte w nauce Soboru Watykańskiego II oraz większa świadomość znaczenia charakteru sakramentalnego, jakie przybiera nie tylko umowa małżeńska w chwili jej zawierania, lecz przede wszystkim życie małżeńskie stron⁴⁴ musiały doprowadzić do ponownej refleksji nad kwestią relacji kontrakt - sakrament a tym samym do rewizji stanowiska tradycyjnego w tym względzie. Sakrament nie mógł być nadal traktowany jedynie jako "oprawa duchowa" kontraktu jako doskonałego w samym sobie w wymiarze prawnym, lecz musiał znaleźć swoje miejsce w samej strukturze prawnej instytucji małżeństwa bliższej ideałowi wskazanemu przez Chrystusa.

Nic zatem dziwnego, iż we wzmiankowanej już "Relacji" z 1981 r. wprowadzono do kan. 1055 § 2 schematu nowego prawa z 1980 r. wzmiankę o wykluczeniu sakramentalności jako przyczynie nie-

⁴³ Moneta, jw. s. 119-120.

⁴⁴ Zob. konstytucja "Gaudium et spes" n. 48.

⁴⁵ Moneta, jw. s. 120-121.

ważności małżeństwa. Wzmianka ta, jak to wyżej zaznaczono, została z kolei pominięta w schemacie Papieskiej Komisji do Rewizji KPK z 1981 r., stosownie do stanowiska zajętego przez ten organ podczas sesji plenarnej z października tego samego roku. Pominięto ją również w ustawie kodeksowej z 1983 r. Cokolwiek by się nie sądziło o racjach tego pominięcia, wolno postawić pytanie, czy godność sakramentalną małżeństwa zawieranego pomiędzy ochrzczonymi należy zaliczyć do jego istotnych elementów, których wykluczenie sprawiałoby nieważność umowy. Należy stwierdzić, iż nie brak i dzisiaj kanonistów, którzy na postawione pytanie dają odpowiedź negatywną⁴⁶. W oparciu jednak o to, co powiedziano wyżej nie może ulegać wątpliwości, iż charakter sakramentalny małżeństwa stanowi jego istotny element. Potwierdzenie takiego stanowiska można znaleźć w kan. 1099, który przewiduje nieważność umowy małżeńskiej w przypadku błędu co do jej jedności lub nierozzerwalności (inaczej istotnych przyniotów małżeństwa) albo godności sakramentalnej, jeśli błąd determinuje wolę. Wspomniana tu determinacja woli ma miejsce właśnie wówczas, gdy nupturient pozytywnym aktem woli wyklucza m.in. godność sakramentalną⁴⁷. W konkretnym zaś przypadku o wykluczeniu przesądza tzw. intencja przeważająca nupturienta, mocą której do tego stopnia wyklucza sakrament, że gotów jest nawet zrezygnować z małżeństwa, jeśli miałoby ono być sakramentem⁴⁸.

Zakończenie

Ukazana wyżej ewolucja tekstu kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. stanowi wymowny przykład dojrzenia w świadomości prawnej Kościoła po Soborze Watykańskim II określonych idei związanych z rozumieniem małżeństwa oraz konsensu małżeńskiego. Inspiracją dla owego procesu stała się od samego początku konstytucja soborowa "Gaudium et spes" pozostająca rezultatem pogłębionej refleksji teologicznej nad wymienionymi instytucjami. Określenie przez przytoczony dokument Vaticanu II małżeństwa jako głębokiej wspól-

⁴⁶ Tak twierdzi m.in. Sheehy, jw. s. 127-128.

⁴⁷ Moneta, jw. s. 121-122.

⁴⁸ Zob. Żurowski, jw. s. 262.

noty życia i miłości małżeńskiej sprawiło, iż nie tylko zrodzenie i wychowanie potomstwa, lecz także dobro małżonków - rozumiane jako dobro wspólnoty życia - zaczęto uznawać za istotny element małżeństwa, którego pozytywne wykluczenie wywołuje nieważność umowy małżeńskiej. Stało się także czymś oczywistym, że tradycyjnie rozumiane dobro potomstwa - to nie tylko prawo do aktów małżeńskich, lecz także prawo do zrodzenia potomstwa i obowiązek ochrony życia poczętego, stanowiące również istotne elementy umowy małżeńskiej. Nie można było poza tym żywić wątpliwości, że i godność sakramentalna małżeństwa jest jednym z takich elementów.

Nowe sformułowanie dawnego kan. 1086 § 2 w postaci kan.1101 § 2 nowego kpk, będące implikacją założeń soborowych, poprzedzone kilkoma wersjami redakcyjnymi skonstruowanymi w trakcie prac kodyfikacyjnych, należy uznać za trafne i właściwe. Poprzestanie przez prawodawcę na sformułowaniu ogólnym "matrimonii essentialia aliquod elementum" pozostawia bowiem - zarówno nauce prawa kanonicznego, jak i orzecznictwu - otwartą drogę dla dalszych twórczych dociekań zmierzających do ewentualnego wskazania jeszcze innych desygnatów pojęcia "istotny element małżeństwa".

La genesi e il significato della locuzione "matrimonii
essenziale aliquod elementum" nel can. 1101 § 2

S o m m a r i o

Secondo il can. 1081 § 2 del codice di diritto canonico precedente solo il "bene della prole" deve considerarsi come elemento essenziale dell'oggetto specifico del matrimonio. In applicazione di questo principio, il can. 1086 § 2 dello stesso codice conclude che se "una delle parti o ambedue escludono con un atto positivo di volontà ogni diritto all'atto coniugale contraggono il matrimonio invalidamente".

Intanto il Concilio Vaticano II, nelle sue riflessioni pastorali sulla dignità del matrimonio, fra i punti che cercava di porre in piena luce, di evidenziare in modo particolare, fu quello relativo al "bene dei coniugi" che questi conseguono mediante il loro reciproco aiuto e servizio. Seguendo le orme del magistero conciliare, la giurisprudenza e quindi la Pontificia commissione per la revisione del codice di diritto canonico si sono adoperate ad affermare che non solo il "bonum prolis", ma anche il "bonum coniugum" è da ritenersi oggetto specifico del consenso matrimoniale, e quindi un momento essenziale del matrimonio.

Dopo aver presentato l'evoluzione del testo del can. 1086 § 2 del codice del 1917 - fino alla redazione inserita nel can. 1101 § 2 del codice del 1983 - compiuta nel corso dei lavori della suddetta Commissione pontificia, l'autore assume una prova di esplicitare il significato della locuzione "matrimonii essenziale aliquod elementum" dello stesso canone. Fra gli elementi essenziali del matrimonio di cui positiva esclusione provoca l'invalidità del patto coniugale annovera: il bene della prole (il diritto agli atti coniugali; la generazione della prole; l'obbligo della protezione della vita concepita; l'educazione della prole), il bene dei coniugi che si concreta nelle loro relazioni interpersonali (la determinazione in concreto di relazioni interpersonali essenziali è rilasciata alla giurisprudenza) e la dignità sacramentale del matrimonio.