

Marian Pastuszko

Pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa przed Kodeksem Prawa Kanonicznego

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 22/3-4, 135-156

1979

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. MARIAN PASTUSZKO

POJĘCIE CAŁKOWITEJ SYMULACJI MAŁŻEŃSTWA PRZED KODEKSEM PRAWA KANONICZNEGO

Treść: Wstęp. — I. Pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa do połowy XVII wieku. II. Pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa od połowy XVII wieku do Kodeksu Prawa Kanonicznego. — Zakończenie.

Wstęp

W artykule pt. *Próba wyjaśnienia pojęcia całkowitej symulacji małżeństwa* zamieszczonym w „Prawie Kanonicznym” 14 (1971) nr 3—4, s. 13—31, przedstawiłem współczesne opinie jurysprudencji rotalnej i autorów co do pojęcia całkowitej symulacji małżeństwa. O ewolucji tego pojęcia wówczas zaledwie wspomniałem. Obecnie powracam do tematu pojęcia całkowitej symulacji małżeństwa, ale zajmę się jego aspektem historycznym: najpierw do połowy XVII wieku, a następnie — od połowy XVII wieku do wydania Kodeksu Prawa Kanonicznego. W pierwszym z tych okresów historii autorzy zajmują się pojęciem symulacji małżeństwa tylko marginalnie, a w drugim — zastanawiają się wprost nad pytaniem, co to jest całkowita symulacja małżeństwa?

I. Pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa od połowy XVII wieku.

Rozważania nasze rozpoczynamy od *Dekretalów Grzegorza IX* (1227—1241)¹, w których uwidoczniło się już wyraźnie zwycięstwo szkoły paryskiej oraz jej nauki o konieczności i wystarczalności samej zgody kontrahentów do zawarcia małżeństwa, nad szkołą bolońską i jej teorią kopulacyjną, domagającą się od nupturientów, oprócz zgody małżeńskiej, także dopełnienia małżeństwa, jeśli ich związek ma być uważany za prawdziwe małżeństwo². Przyznając taką rolę zgodzie mał-

¹ Plöchl W., *Das Eherecht des Magister Gratianus*, Leipzig und Wien 1935, p. 53: „Mentalreservation und Simulation finden im Dekret keine Behandlung”.

² Le Bras G., *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, w: Dictionnaire de théologie catholique, t. IX, 2, Paris 1927, kol. 2155; Portmann H., *Wesen und Unauflöslichkeit der Ehe in der kirchlichen Wissenschaft und Gesetzgebung*

żeńskie przy zaistnieniu małżeństwa, z góry można było zakładać, iż prawo, wcześniej czy później, musi się zająć przypadkiem wyrażenia zgody na małżeństwo przy równoczesnym wykluczeniu tej zgody. Dziś wiemy, iż w rzeczy samej niedługo trzeba było na to czekać. Już Innocentemu III (1198—1216) zgłoszono interesujący nas przypadek. Bez przesady można powiedzieć, że jego rozwiązanie stało się podstawą³ nauki prawa przedkodeksowego⁴ o całkowitej symulacji małżeństwa. Uzasadnia to przytoczenie w tym miejscu dekretu papieskiego w całości.

„Innocentius III (Bernardo) Gebennensi Episcopo⁵. Tua nos duxit fraternitas consulendos... Consequenter autem quaesivisti, (ut) quum quandam mulierem quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi committeretur carnaliter, nisi desponsasset eandem, nulla solennitate adhibita vel alicuius praesentia, dixit illi: „te Ioannes desponsat”, quum ipse Ioannes non vocaretur, sed finxit se vocari Ioannem, non credens esse coniugium eo, quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exsequendi carnalem, utrum inter praedictos sit matrimonium celebratum, quum mulier consenserit et consentiat in eundem, et ille dissenserit et dissentiat, nec aliud quicquam egerit, quam (quod) superius est expressum, nisi quod cognoverit eandem. Super quod tibi respondemus, quod quum praefatus vir praedictam desponsaverit mulierem in propria persona et sub nomine alieno, quod tunc vocari se finxit, et inter eos sit carnalis copula subsecuta, videtur forte pro coniugio praesumendum, nisi ut nobis expresse scripsisses, quod ille nec proposuit, nec consentit illam ducere in uxorem, quod qualiter tibi constiterit non videmus. Nos autem, quid iuris sit rescribentes, (hoc) dicimus, quod, si res ita se habuerit, videlicet, quod ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec consentit in praedictam personam, non debet ex illo facto coniugium iudicari, quum in eo nec substantia coniugalis contractus, nec (etiam) forma contrahendi coniugium valeat inveniri, quoniam ex altera parte dolus solummodo adfuit, et defuit omnino

des 11 und 12 Jahrhunderts, Emsdetten 1938, p. 42; Joyce G. H., *Matrimonio cristiano*, traduzione della seconda edizione inglese di Pietro Borrano, Alba (Cuneo) 1954, p. 72.

³ Grunenfelder A., *Ehewillensmangel nach kanonischen Recht in Verhältnis zum Schweiz. Zivilrecht*, Wil. (St. Gallen) 1936, p. 41.

⁴ Lohman W., *Der innere Vorbehalt gegen Wesensbestandteile der Ehe nach katholischen Kirchenrecht. Einde Studie zu kan. 1086 des Codex iuris canonici*, Dortmund 1935, p. 11, pisząc na temat *reservatio mentalis* odnośnie do małżeństwa w prawie klasycznym powołuje się najpierw na c. 25 X IV 1, a dopiero w dalszej kolejności na c. 26 X IV 1, co nie może nie wywoływać zdziwienia.

⁵ *Regesta Pontificum Romanorum inde ab anno post Christum natum 1198 ad annum 1304 edidit Augustus Potthast*, Berolini 1874—1875, vol. I, n. 4379, p. 378.

consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale... Dat. Lat. Id. Febr. Pont. nostr. Ao XIV, 1212"⁶.

Przedstawiony dekretal jest bardzo bogaty w treść. Był już⁷ i być może stanie się jeszcze przedmiotem specjalnego studium. W niniejszej pracy będziemy do niego wracać wiele razy. W tej chwili chodzi nam jednak tylko o pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa.

Zauważyliśmy, że Innocenty III nie daje nam teoretycznej odpowiedzi na pytanie, co to jest całkowita symulacja małżeństwa. Jeśli pamiętamy o czasie napisania dekretalu, nie budzi to w nas zdziwienia. Ale czy możemy sobie utworzyć pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa na podstawie tego dekretalu papieskiego? Wydaje się, że tak. Stan psychiczny kontrahenta opisany jest dokładnie. Zabiega on uparcie o uwiedzenie kobiety, pomija obrzęd wyrażenia zgody małżeńskiej, ukrywa własne imię a przybiera fikcyjne, wymawia słowa zgody nie w pierwszej, ale w trzeciej osobie, a po uwiedzeniu kobiety zaraz zdecydowanie sprzeciwia się utrzymywaniu z nią jakiegokolwiek związku. Okoliczności te, szczególnie razem wzięte, nie pozwalają wątpić, że Pseudo—Jan⁸ nie chciał zawarcia małżeństwa z uwiedzioną przez siebie kobietą, chciał jedynie pozorów małżeństwa dla osiągnięcia zamierzonego celu. Chociaż więc Innocenty III nie użył przy rozpatrywaniu przedstawionej trudności prawnej terminu symulacja małżeństwa⁹, to przecież traktuje o zjawisku, które jest wykluczeniem małżeństwa¹⁰, i to samego małżeństwa, a nie tylko któregoś z jego cech¹¹. — Tak też rozumieeli c. 26 X IV 1 zarówno kanoniści, jak teologowie.

⁶ *Quinque compilationes antiquae nec non Collectio canonum Lipsiensis ad librorum manuscriptorum fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, Lipsiae 1882, Photomechanischer Nachdruck Graz 1956, Comp. IV, lib. IV, tit. I, c. 1.*

Corpus Iuris Canonici editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas ad librorum manuscriptorum et editionis romane fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, pars secunda, Decretalium Collectiones, Graz 1955. Decretales Gregorii P. IX, lib. IV, tit. I, De sponsalibus et matrimoniis, cap. 26.

⁷ Hinschius P., *Die Mentalreservation bei der Eheschliessung nach katolischen Kirchenrecht (Zu c. 26 X de sponsal. IV, 1)*, Archiv für zivilistische Praxis, Bd 83 (1894) 321—335.

Ruffini Avondo E., *II c. 26 X, De sponsalibus et matrimoniis (4, 1). Contributio alla storia della restrictio mentalis in diritto canonico*, Rivista di storia del diritto italiano 6 (1933) 17—38, 239—264.

⁸ Tak nazywam w rozprawie mężczyznę, o którym traktuje c. 26 X IV 1. Podał się bowiem za Jana, chociaż w rzeczywistości nosił inne imię.

⁹ Dwukrotnie użył wyrazu „finxit”, ale w odniesieniu do imienia nupturienta, a nie zawierania przez niego małżeństwa.

¹⁰ Za takim rozumieniem dekretalu przemawiają szczególnie słowa: „... nec haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exsequendi carnalem ... ille dissenserit et dissentiat, nec aliud ququam egerit, quam (quod) superius est expressum, nisi quod cognoverit eam”.

¹¹ Zacytowane słowa „dissenserit et dissentiat” wyraźnie wskazują,

Bernardus de Botone czyli Parmensis¹² († 1263) komentując c. 26 X IV 1 używa terminu „*simulatio*” a także wyrażenia „*simulatae nuptiae*”¹³, przez co wskazuje, że dobrze zrozumiał samą istotę dekretu papieskiego.

Raymundus de Pennafort († 1275) również omawia przypadek zawarcia małżeństwa bez zamiaru wiązania się nim, a tylko dla wyłączenia od kobiety cielesnego pożycia. Nazywa takie małżeństwo fikcyjnym, ale nie w przedstawieniu samego przypadku, tylko polecając, by ten, kto chce utrzymać w mocy takie małżeństwo, pojął tę samą kobietę „*sine fictione*”. I dopiero z tego wnioskuje, że jeśli

że Innocenty III odróżniał wykluczenie zgody małżeńskiej od braku zgody na małżeństwo. O tym, że takie rozróżnienie było już wówczas znane, świadczą uwagi Huguccio do c. 6 C. XXXII q. II: „*Aliud est enim non velle habere quod non impedit matrimonium, et aliud est nolle habere vel velle non habere, quod idem est, et hoc impedit matrimonium. Et hanc distinctionem caute innuit Augustinus. Ait enim „nolint nasci” i.d. velint non nasci, et non dixit „non velint nasci”. Hoc enim non impediret matrimonium. Quicumque ergo nolunt habere vel volunt non habere filios, non contrahunt. Sed si non noluerint habere, non matrimonium contrahunt*”: podają ten tekst za: Hussarek von Heinlein M. R., *Die bedingte Eheschliessung. Eine kanonistische Studie*, Wien 1892, p. 75.

Nauka Innocentego III co do odróżniania wykluczania zgody małżeńskiej od jej braku nie jest jednak tak wyraźna, żeby niektórzy jej nie kwestionowali. Hervada Xiberta Fr. X., *La simulacion total. Comentario a la Sentencia de la S.R.R. de 22 II 1961 c. Canals*, *Ius canonicum* 2 (1962) 743, gotów jest przyznać, że Innocenty III w c. 26 IV 1 rzeczywiście ma na myśli pozytywny akt woli wykluczający małżeństwo, ale pod warunkiem, iż tym aktem woli będzie „*animus fornicationis*”, zamiast woli zawarcia małżeństwa. Moim zdaniem, warunek ten jest niepotrzebny. Należy bowiem mieć na uwadze nie tylko słowa *dissenserit et dissentiat*, ale i ich kontekst, a w tym psychikę Pseudo-Jana. Papież nie jednym słowem wskazał na to, że mamy do czynienia z pozytywnym wykluczeniem małżeństwa, ale całym przedstawieniem psychiki symulującego kontrahenta. Ów Pseudo-Jan był w takich okolicznościach, że po prostu nie mógł pozytywnie nie wykluczyć samego małżeństwa.

¹² Imiona i nazwiska autorów podaje takie, jakie znalazłem w ich dziełach, a także w katalogach, żeby Czytelnik nie miał trudności w odszukaniu którejs z cytowanych przeze mnie książek. Dlatego piszę „Bernardus de Botone czyli Parmensis”, a nie Bernard de Botone z Parmy. Od tej zasady odstępuję przy bardziej znanych w języku polskim imionach papieży, np. Innocenty III, i wówczas, gdy imię i nazwisko autora wymieniam parę razy. W tym ostatnim bowiem przypadku, po podaniu imienia i nazwiska autora w takim brzmieniu, jakie mamy w jego pracy, piszę imiona i nazwiska spolszczone, bo Czytelnik i tak będzie wiedział, pod jakim nazwiskiem autora szukać.

¹³ *Corpus Iuris Canonici continens hac parte Decretales sive Constitutiones D. Gregorii IX et aliorum Pontificum, cum glossis ordinariis et notis ad marginem diversorum, pars secunda*, Lugduni 1671, *Glossa ordinaria*, in c. 26 X IV 1, v. *Mulierem*.

kontrahent ma drugi raz zawierać małżeństwo „sine fictione”, to znaczy, że pierwsze zawarł właśnie fikcyjnie¹⁴.

Goffredus de Trano († 1245) w pojmowaniu małżeństwa symulowanego wydaje się zależeć od Piotra Lombarda¹⁵. Wyróżnia on w zawarciu takiego małżeństwa dwa elementy. Pierwszym jest wyrażenie słów odpowiednich do zawarcia małżeństwa. W podaniu drugiego elementu jest mniej dokładny. Element ten ma według niego zachodzić, gdy kontrahent nie zgadza się na małżeństwo¹⁶, co może oznaczać wykluczenie, ale też i sam brak zgody małżeńskiej.

Henricus a Segusia, zwany też Cardinalis Hostiensis, albo po prostu Hostiensis († 1271) uczy, że zachowanie się Pseudo—Jana z c. 26 X IV 1 charakteryzuje się wyraźną niezgodą¹⁷. Takim ujęciem wyraża on samą istotę symulacji małżeństwa, a mianowicie, że jest ona anty-konsensem. Wyjaśnia też, czym symulacja małżeństwa jest, a czym nie jest. Polega ona na wykluczeniu zgody, a nie na braku zgody małżeńskiej. Tak więc, to co w c. 26 X IV jest powiedziane w sposób implikowany. Hostiensis wykląda jasno i wyraźnie. Przez to samo chyba możemy go uznawać za pierwszego zwolennika teorii — przyjmowanej dziś prawie powszechnie — wymagającej pozytywnego wykluczenia zgody małżeńskiej, ażeby można było mówić o całkowitej symulacji małżeństwa.

Papież Innocenty V, w świecie Petrus de Tarentasia (1225—1276) nie nazywa fikcyjnego małżeństwa właśnie fikcyjnym, ale pisze, że takie małżeństwo zawierane jest fikcyjnym a nie prawdziwym wyrażeniem słów zgody¹⁸. Tak określa symulowanym sposobem zawarcia związku małżeńskiego przez Pseudo—Jana.

Joannes Andreae (ur. ok. 1270—1348) istotę czynu Pseudo—Jana widzi w tym, że zawarł on małżeństwo jedynie dla otrzymania od kobiety jej zgody na cielesne współzycie¹⁹.

Petrus de Ancharano²⁰ (1333—1416) daje krótkie, ale dobre określenie pozornego zawarcia małżeństwa: małżeństwo zawiera się nie

¹⁴ *Summa de poenitentia et matrimonio cum glossis Joannis de Friburgo*, Romae 1603, lib. IV, § 4, p. 512.

¹⁵ Por. *Sententiarum libri quattuor*, Quaracchi 1918, lib. IV, dist. XXVII, n. 2.

¹⁶ *Summa in titulos Decretalium*, Venetiis 1564, lib. IV, tit. *De sponsalibus*, p. 346, n. 32: „... animus tamen non consentiat”.

¹⁷ *Lectura in quinque Decretalium Gregorianarum libros*, Parisiis 1512, In c. 26 X IV 1, glossa in v. Forte: „... expresso dissensu sive non consensu”.

¹⁸ *In quattuor libros sententiarum Commentaria*, Tolosae 1649—1652, In lib. IV, dist. XXVII, q. II, art. 2, *quaestiuncula* 2, p. 293: „... cum expressione verborum simulata non vera”.

¹⁹ *Aurea commentaria novellarum super quinque Decretalium libros*, Venetiis 1523. Super c. 26 X IV 1, Casus: „... mulierem fallere intendens, cum ipsa contrahit, ad hoc tantum ut copulam carnalem extorqueat”.

²⁰ Zwany też Petrus de Ancorano albo D’Ancorano Pietro.

samymi słowami, ale zgodą kontrahentów wyrażoną słowami²¹. W orzeczeniach rotalnych naszych czasów niekiedy spotykamy podobnie oddane pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa.

Franciscus de Zabarellis²² (1360—1417) pojmuje symulację jako przedstawienie rzeczy w inny sposób, niż ona istnieje²³. Nie stosuje tego opisu do symulacji małżeństwa. Przy komentowaniu c. 26 X IV 1 nie używa wcale wyrazu symulacja. Oczywiście nie może przy tej okazji nie mówić na temat symulacji małżeństwa. To co my nazywamy symulacją małżeństwa, Zabarella oddaje zdaniem: jeśli kontrahent wypowiedział słowa zgody bez zamiaru zawarcia małżeństwa²⁴. Powiedzenie to należy uznać za trafne. Zauważmy, że końcowa jego część używana jest do dziś w jursprudencji i nauce prawa.

Antonius de Butrio²⁵ (1338—1408) również zna pojęcie symulacji²⁶. a nawet znajdujemy u niego wyrażenie małżeństwo fikcyjne²⁷, ale to nie w związku z wyjaśnianiem c. 26 X IV 1, o którym pisze, iż jest „subtile”²⁸. Tym pięknym przymiotnikiem De Butrio wydaje się sygnalizować o napotkaniu trudności przy usiłowaniu zrozumienia listu Innocentego III *Tua nos*. Komentuje ten list dosyć obszernie. Nie zatrzymuje się nad rozważaniem samego pojęcia symulacji małżeństwa, ale bez trudu odczytujemy to z niektórych jego wyrażen²⁹.

Nicolaus de Tudeschis³⁰ (1386—1445) okazuje pewne niezadowolenie ze spotykanych przez siebie, częściowo przytoczonych już wyżej

²¹ *In quinque Decretalium libros fecundissima commentaria*, Bononiae 1581—1583, In c. 25 IV I n. 1: „Per sola verba non contrahitur matrimonium, sed per coniugendorum consensum verbis expressum”. Autor powtarza tę samą myśl jeszcze zwięźlej: „Nota primo quod solis verbis sine consensu matrimonium non contrahitur”: tamże.

²² Czasem zwany Franciscus de Zabarella albo Zabarella Francesco albo Cardinalis.

²³ *Super quartum et quintum Decretalium subtilissima commentaria*, Venetiis 1602, Super c. 12 X IV 18 n. 4: „Ex quo nota quid est simulatio. Est enim rei aliter existentis aliter facta demonstratio”.

²⁴ Dz. cyt., Super c. 26 X IV 1 n. 1: „si contrahens dixit verba animo non contrahendi”.

²⁵ Niekiedy nazywany Antonius a Butrio albo Antonius de Butrio.

²⁶ *Antonii a Butrio Commentarii super quinque libros Decretalium*, Venetiis 1578, Super c. 1 X I 40: „Similari quid dicitur, quando actus, qui geritur, aliud signat iuris praesumptione, et aliud destinatur partium voluntate”.

²⁷ Dz. cyt., Super c. x IV 1: „Nota 1 quod concurrente matrimonio ficto et vero prevalet prius tempore, sive sit fictum sive verum matrimonium”.

²⁸ Dz. cyt., Super c. 26 X IV 1 n. 11: „Huic decretali quod subtile est, obstant...”.

²⁹ Dz. cyt., Super c. 25 X IV 1 n. 1: „Per sola verba non contrahitur matrimonium”. Super c. 26 X IV 1 n. 1: „... alter contrahentium non consentit”. Super c. 26 X IV 1 n. 16: „...contrahere non intendat ... si in veritate non consensisset”.

³⁰ Nazywany też Nicolaus Tudesus, Siculus, Archiepiscopus Panormitanus, Abbas Modernus, Tedeschi Niccolo.

streszczeń c. 26 X IV 1. Jeszcze je powtarza, ale daje również i własne. We własnym streszczeniu nie pisze o wykluczeniu zgody małżeńskiej, ale o wyrażaniu jej słowami wieloznacznymi³¹ z zamiarem uwiedzenia kobiety³². Trudno jest uważać to jego streszczenie za zupełnie odpowiednie. Ani bowiem słowa wieloznacznie wyrażające zgodę małżeńską, ani zamiar uwiedzenia kobiety, nie są niemożliwe do pogodzenia z prawdziwą zgodą małżeńską. Tymczasem c. 26 X IV 1 traktuje przede wszystkim o wykluczeniu zgody małżeńskiej. Tedeschi nie oddaje przeto w swoim streszczeniu istoty c. 26 X IV 1. Objaśniając c. 26 X IV 1 słusznie zauważa, iż kto się nie zgadza na małżeństwo, ten nie zawiera małżeństwa³³. Pogląd ten nie jest jednak czymś nowym. Nie wzbogaca on pojęcia symulacji małżeństwa nową treścią.

Marianus Socinus³⁴ senior (1401—1467) snując rozważania nad c. 26 X IV 1 nazywa fikcyjny kontrakt małżeński figuralnym, malowanym, nie zawierającym w sobie samej istoty czyli prawdziwej zgody³⁵. Takie pojęcie fikcyjnego kontraktu małżeńskiego zestawia ze znanym zwrotem *simulatae nuptiae*. Wydaje się jednak, że czyni to tylko jakby mimochodem. Wiedząc bowiem doskonale, co to znaczy, że jakiś kontrakt jest fikcyjnym i opisując go swoimi słowami nie spotykanymi w tym kontekście u wcześniejszych dekretalistów, staje się mniej wymowny, gdy chodzi o przedstawienie pojęcia symulowanego małżeństwa. Najlepiej oddaje je słowami: nie zamierzał zawrzeć małżeństwa, ale uczynił to fikcyjnie³⁶. A więc dalej spotykamy się z określeniem sposobu zawierania małżeństwa, o którym c. 26 X IV 1 jako symulowanym, ale nie samego małżeństwa.

Joannes Antonius de Sancto Georgio³⁷ († 1509) pisząc na temat c. 26 X IV 1 powołuje się na komentarz dany do tego dekretu przez Glosę³⁸. Tym pewnie należy tłumaczyć użycie i przez niego zwrotu *simulatae nuptiae*. Nie zatrzymuje się bowiem nad rozpatrzeniem treści tego zwrotu. Na podkreślenie natomiast zasługuje fakt, że autor

³¹ *Abbatis Panormitani Commentaria in quartum et quintum Decretalium libros*, Venetiis 1617, In c. 26 X IV 1. Warto może zauważyć, w tym miejscu, że o słowach wieloznacznych mówi c. 26 X IV 1 o tyle, o ile wskazują na wykluczenie prawdziwej zgody małżeńskiej.

³² Dz. cyt., In c. 26 X IV 1, Summarium, n. 1: „Cum animo decipiendi mulierem”.

³³ Dz. cyt., In c. 26 X IV 1 n. 8: „Ultimo nota quod quibuscumque verbis quis utatur in contrahendo vel quemcumque dolum adhibeat, si in veritate non concessit, non est matrimonium”.

³⁴ Zwany także Socini Mariano.

³⁵ *Aurea ac pene divina commentaria in nonnullos libri quarti Decretalium titulos*, Venetiis 1593, In c. 23 X IV 1 n. 23.

³⁶ *Super quarto Decretalium aurea et singularis lectura*, Lugduni 1541, Super c. 26 X IV 1 n. 1.

³⁷ Nazywany również Praepositus Sancti Ambrosii Mediolanensis, Episcopus Alexandrinus, Cardinalis.

³⁸ *Super quarto Decretalium aurea et singularis lectura*, Lugduni 1541, Super c. 26 X IV 1 n. 1.

ten wykluczenie małżeństwa nazywa symulacją³⁹. Nowością dla nas jest to, że wykluczenie zgody na małżeństwo dokonane przez obydwie strony kontraktu małżeńskiego nazywa symulacją większą⁴⁰. Nie znajdujemy u niego wyrażenia symulacja mniejsza, ale ponieważ rozprawia także o wykluczeniu małżeństwa przez jednego tylko kontrahenta⁴¹, możemy się domyśleć, że właśnie w takim przypadku miałyby miejsce symulacja mniejsza. Ciekawie także mówi Praepositus, o tych, którzy symulują zawarcie małżeństwa. Pisze mianowicie, że tacy nie chcą zobowiązać się albo zgodzić⁴². Niestety nie wyjaśnia bliżej czasownika „zobowiązać się”. Ponieważ zestawia go ze słowem zgodzić się, trudno jest powiedzieć, czy już samo odmówienie przyjęcia obowiązków małżeńskich, uważał za wykluczenie małżeństwa⁴³. Praepositus wyróżnia się również i tym, iż chyba zupełnie nie bierze pod uwagę możliwości wykluczenia zgody na małżeństwo w sposób ukryty, a zwłaszcza czysto wewnętrzny. W takich okolicznościach przychodzi nam ochota zapytać, czy traktuje on w ogóle o symulacji?⁴⁴ Możemy odpowiedzieć pozytywnie na to pytanie, ponieważ przewiduje on, że ten kontrahent, który jawnie oświadcza, iż w przyszłości, gdy będzie wyrażał zgodę na małżeństwo, uczyni to jedynie pozornie, może zmienić zamiar i nie tylko wyrazić, ale w rzeczywistości podjąć zgodę na małżeństwo w chwili zawierania kontraktu małżeńskiego⁴⁵. Z zapowiedzi przeto symulowania nie wynika koniecznie, że symulacja w rzeczywistości będzie mieć miejsce, w ten sposób Praepositus rozprawiając o symulacji małżeństwa, nie wykluczył jej możliwości, chociaż zdążył w tym kierunku.

Alexander de Nevo⁴⁶ († 1486) używa pojęć małżeństwo prawdziwe i fikcyjne⁴⁷, zgoda i niezgoda⁴⁸. Nie wyjaśnia ich znaczenia, ale nam wystarcza, że je przeciwstawia. Tym bowiem wykazuje, że je dobrze rozumie. Na podkreślenie zasługuje także to, że nie mówi o zgodzie małżeńskiej i jej braku, ale o zgodzie i niezgodzie.

³⁹ Wiemy już, że dekretaliści potrafili pisać o symulacji małżeństwa, nie używając wcale wyrazu symulacja.

⁴⁰ Dz. cyt., Super c. 26 X IV 1 n. 3: „Simulatio maior”.

⁴¹ Dz. cyt., Super c. 26 X IV 1 n. 2.

⁴² Dz. cyt., Super c. 26 X IV n. 3: „... non intendunt obligari vel consentire”.

⁴³ W słowach *non intendunt obligari* można i chyba trzeba dopatrywać się początków używanego w czasach późniejszych zwrotu *intentio non obligandi*.

⁴⁴ Kto w sposób jasny i wyraźny oświadcza, że nie daje zgody na małżeństwo, ten wcale nie popełnia symulacji. Taki po prostu nie zawiera małżeństwa.

⁴⁵ Dz. cyt., Super c. 26 X IV 1 n. 1.

⁴⁶ Nazywany także Nievo Alessandro.

⁴⁷ *In quartum Decretalium librum commentarium*, Venetiis 1585, In. c. 15 x IV 1 n. 9, n. 10; in c. 29 X IV 1 n. 2.

Baptista de Salis czyli Trovamala († 1494) nie uwzględnił w swojej summie hasła symulacja. Jednak dokładnie rozprawia w tym dziele o małżeństwie. Zastanawia się, między innymi, czy zawierają małżeństwo ci, którzy wyrażają zgodę na małżeństwo, ale wewnętrznie sprzeciwiają się podjęciu zgody małżeńskiej⁴⁹. Dla nas jest jasne, że chodzi w tym przypadku o symulację małżeństwa. I tak nawet interesujący nas przypadek określa, lecz nieco dalej⁵⁰.

Sylvester Prierias⁵¹ († 1523) inaczej niż Baptista de Salis, opracowuje hasło symulacja. Pisząc o małżeństwie, stawia sobie najpierw pytanie, czy zawierają małżeństwo ci, którzy wyrażają zgodę małżeńską, ale wewnętrznie sprzeciwiają się zawarciu małżeństwa?⁵² Odpowiadając na to pytanie, nie przeczy, ale też nie twierdzi, że w takim przypadku mamy właśnie symulację małżeństwa. Parę wierszy dalej, rozwiązując kwestię, o ile można wierzyć przyznającemu się do fikcyjnego zawarcia małżeństwa, używa wyrażenia *simulatio ecclesiastica*⁵³. Wyrażenie to z całą pewnością nie jest odpowiednie. Wprawdzie można je rozumieć tak, że symulacja dokonuje się wobec Kościoła, ale można je rozumieć i tak, że Kościół ma coś wspólnego z taką symulacją.

Joannes Paulus Lancelottus⁵⁴ (1522—1590) traktuje o symulacji małżeństwa słowami zaczerpniętymi w dużej mierze z tekstu c. 26 X IV 1⁵⁵. Nielatwo mu więc wnieść coś nowego do rozumienia symulacji małżeństwa. Jego własnym jest następujące, zresztą wcale nie najlepsze postawienie problemu: jeśli kontrahent używa słów wątpliwych, z zamiarem uwiedzenia kobiety i potem współżyje z nią cielesnie⁵⁶. Sedno tego zdania wydaje się znajdować w wyrażeniu o słowach wątpliwych. W rzeczywistości słowa wątpliwe czy dwuznaczne nie stanowią jeszcze o symulacji.

Marcus Antonius Cucchus⁵⁷ († 1564)⁵⁸ nie stawia sobie pytania, co to jest symulacja małżeństwa? Odnajdujemy jednak pojęcie symulacji małżeństwa w użytych przez niego słowach: symulując, że zawiera

⁴⁸ Dz. cyt., In c. 25 X IV 1 n. 3, n. 17.

⁴⁹ *Summa Rosella*, Augustae Trebecorum 1516, v. *Matrimonium* IV, Initium.

⁵⁰ Tamże: „Si tamen signis evidentibus appareat de simulatione, ecclesia non iudicabit matrimonium esse”.

⁵¹ Niekiedy nazywany jest Mazolinus Sabaudus.

⁵² *Summa summarum*, Argentoraci 1518, v. *Matrimonium* IV, Primo queritur.

⁵³ Tamże: „Si tamen signis evidentibus appareat de simulatione ecclesiastica non iudicabitur matrimonium esse et consequenter is qui consenserat poterit denuo contrahere”.

⁵⁴ Zwany również Lancelotti Giovanni Paolo.

⁵⁵ *Institutiones iuris canonici*, Coloniae Munatianae 1730, lib. II, tit. XI, p. 59, § 10.

⁵⁶ Dz. cyt., przed § 10.

⁵⁷ Nazywany jest również Cucchi Marco Antonio.

⁵⁸ Lancelottus wydał po raz pierwszy swoje *Institutiones* w Perugii. 1563 r. Cucchus swoje *Institutiones* opublikował pierwszy raz w Lon-

z nią małżeństwo⁵⁹. Spostrzegamy, że mówi on nie o małżeństwie symulowanym, ale o symulowaniu zawarcia małżeństwa. Idzie w tym za wcześniej wspomnianymi autorami, poczynając od twórcy *Glossa ordinaria* Bernarda de Botone, którzy znali dobrze terminy *simulatae nuptiae* zaczerpnięte z prawa rzymskiego⁶⁰ i dlatego, jak sądzę, nie widzieli potrzeby używania zwrotu małżeństwo symulowane. — Jaką jednak treść nadaje Cucchus wyrazom o symulowaniu małżeństwa? Jego zdaniem symulacja zachodzi wtedy, gdy ktoś jest przeciwny zawarciu małżeństwa, ale pod zmienionym imieniem wyraża zgodę na małżeństwo w celu uwiedzenia kobiety⁶¹. Ten opis symulacji nie odbiega od znanego nam c. 26 X IV 1, chociaż autor nie wspomina nawet tego dekretu.

Martinus de Azpilcueta⁶² (1493—1586) opisał przypadek fikcyjnego zawarcia małżeństwa wzięty z życia. Pewien Jan, bogaty, wyraził zgodę na małżeństwo z ubogą Marią, jednak bez zamiaru wiązania się z nią małżeństwem. Przy ślubie, wbrew zwyczajowi, podał jej nie prawą, lecz lewą rękę i równocześnie zastrzegł się, że nie chce zawierać małżeństwa według prawa rzymskiego. Prosił też o dwóch świadków, obiecując im pewną sumę pieniędzy, aby asystowali przy pozorowaniu przez niego zawarcia małżeństwa⁶³. W tym opisie symulacji znajdujemy pewne elementy znane nam z c. 26 X IV 1, jak imię symulanta Jan, jego zamiar nie zawierania małżeństwa, ale są także nowe elementy.

Didacus Covarruvias⁶⁴ (1512—1577) pojmuje małżeństwo symulowane jako zawarte słowami, a nie rozumem i wolą, w celu wyłudzenia współżycia cielesnego od kobiety, przy czym pożyciem cielesnym symulant nie chce uzupełnić braku zgody małżeńskiej, aby nie doprowadzać do prawdziwego zawarcia małżeństwa⁶⁵. Charakterystyczne w tym opisie jest to, że autor wydaje się domagać ze strony symulanta świadomego zmierzania ku nieważności swojego małżeństwa⁶⁶.

dyńie 1564 r. Zob. Van Hove A., *Prolegomena ad Codicem iuris canonici*, ed. 2, Mechliniae — Romae 1945, n. 505, p. 546.

⁵⁹ *Institutionum maiorum seu Pandectarum iuris canonici libri quinque*, Papiae 1579, lib. V, X tit. XI, n. 46, p. 575.

⁶⁰ *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, *Institutiones*, recognovit Paulus Krueger, *Digesta*, recognovit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger, ed. 16, Berolini 1954, *Digesta*, 30, XXIII, 2.

⁶¹ Dz. cyt., lib. V, tit. XI, n. 46, p. 575.

⁶² Zwany też Navarrus albo De Azpilcueta Martino.

⁶³ *Consiliorum et Responsorum libri quinque iuxta quinque libros et titulos Decretalium distincti*, Lugduni 1591, lib. IV, consilium XXVI, p. 368: „... ut essent fictionis et deceptionis iniquae mediatores...”.

⁶⁴ Znany też jako Covarrubias y Leyva Diego.

⁶⁵ *In quartum librum Decretalium epitome*, Lugduni 1558, pars II, cap. II, p. 131, n. 5: „Quod tamen agendum est, quando quis, ut a femina carnale commercium consequatur, verbis non animo matrimonium contraxit, ac semper animo et affectu fornicario eam cognoverit, ita ut coniugium effectum non sit”.

⁶⁶ Za taką właśnie interpretacją myśli autora wydaje się przemawiać szczególnie ostatnia część zacytowanego wyżej zdania.

Thomas Sanchez (1550 albo 1551—1610) nie zajmuje się specjalnie określeniem symulacji, mimo że o małżeństwie napisał tak obszernie i solidne dzieło⁶⁷. W szczegółowym indeksie tego dzieła nie znajdujemy wcale wyrazu symulacja. Mamy terminy: „Ficta, Fictio, Fingens”. Pod tym hasłem czytamy: „Ficta matrimonia, vide Matrimonium fictum”. Pod hasłem „Matrimonium” istotnie pisze: „Matrimonium fictum contrahens an peccet mortaliter, 1, X, d.XI, n. 2”, a więc już rozpatruje zagadnienie bardziej szczegółowe niż to, które nas tu interesuje i takie, które można rozważać dopiero po zrozumieniu, co to w ogóle jest małżeństwo fikcyjne. Pod tym samym hasłem „Matrimonium” natrafiamy na pytanie: „Matrimonium an requirat mutuum consensus, 1, II, d. XXV” i dalej m. i. „De consensu ficto amentis, surdi et muti, ebrii n. 3. Vide Consensus”⁶⁸. W Księdze II, rozprawa XXV, Sanchez w formie wniosku z rozważań o konieczności zgody do zawarcia małżeństwa notuje krótko, że nie ma małżeństwa, jeśli zgoda dawana jest fikcyjnie i tylko ustami, co szerzej omówił w księdze I, rozprawa XI, gdzie traktuje o zobowiązaniach płynących z fikcyjnie zawieranego małżeństwa. Reczywiście rozprawa XI w księdze I poświęcona jest w całości odpowiedzi na pytanie, czy wyrażający aktualną zgodę na małżeństwo, jeśli wewnątrz nie ma takiej zgody, powinien zawrzeć prawdziwe małżeństwo? A więc znów kwestia bardziej szczegółowa. Nie znajdujemy przeto u Sancheza przedstawionego jasno i wyraźnie pojęcia fikcyjnej zgody małżeńskiej. Musimy się zadowolić pojęciem takiej zgody wydedukowanym z przesłanek podanych przez autora, szczególnie w księdze II, rozprawa XI, o wzajemnej, wewnętrznej zgodzie jako przyczynie sprawczej małżeństwa. Zgoda fikcyjna jest w opozycji do prawdziwej zgody małżeńskiej.⁶⁹

Basilius Pontius⁷⁰ (1569 albo 1570—1629) również nie zajmuje się określeniem fikcyjnej zgody małżeńskiej czy małżeństwa symulowanego. Przecież używa tych wyrazów i na podstawie jego wypowiedzi możemy ustalić, co rozumie pod pojęciem symulacji małżeństwa. Fikcyj-

⁶⁷ *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres*, Antverpiae 1617.

⁶⁸ Pod hasłem „Consensus”, lib. II, disp. XXXII, n. 8 et 9 wspomina o zgodzie małżeńskiej, ale nie o tym, czym ona jest sama w sobie, lecz tylko rozpatruje możliwość konwalidacji małżeństwa, gdy jedna lub obydwie strony pozorują danie zgody małżeńskiej.

⁶⁹ Mosiek U., *Die probati auctores in den Ehenichtigkeitsprozessen der S. R. Rota seit Inkrafttreten des Codex iuris canonici*, Freiburg 1959, p. 134, określając pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa, podał odsyłacz: „41. Sanchez, De matr. II, disp. 29, nn. 15—19”. Z zaciekawieniem przeczytałem wskazane numery dzieła Sancheza. Okazało się, że traktuje tu nie o pojęciu symulacji małżeństwa, ale o problemie grzechu z powodu zawierania związku małżeńskiego ze względu na cele zewnętrzne w stosunku do celu małżeństwa jako takiego. Nie wydaje mi się przeto, żeby Mosiek zdołał wydedukować pojęcie symulacji małżeństwa ze wskazanych przez siebie tekstów Sancheza.

⁷⁰ Inaczej jest nazywany Ponce de Leon Basilio.

na zgodę małżeńską przeciwstawia on prawdziwej zgodzie na małżeństwo. Powołuje się przy tym na c. 26 X IV 1, słusznie pomijając szczegół o zmianie imienia Pseudo-Jana i o braku formalności przy wyrażeniu zgody małżeńskiej. Poprzestaje on na odwołaniu się do tych tekstów z c. 26 X IV 1, które wymagają zgody do zawarcia małżeństwa. Fikcyjna zgoda małżeńska polega na braku prawdziwej zgody na małżeństwo⁷¹. Nie ma wątpliwości co do tego, że Pontius właśnie tak rozumie symulację małżeństwa, ponieważ parokrotnie używa wyrażenia zgoda fikcyjna, a zawsze w przeciwstawieniu do zgody prawdziwej⁷². Z naszego punktu widzenia, niedoskonałością pojęcia fikcyjnej zgody małżeńskiej u Pontiusa jest chyba jedynie to, że widzi je już w samym braku, a nie w wykluczeniu prawdziwej zgody małżeńskiej.

Franciscus Antonius Oliverius⁷³ († 1609), o ile to zdołałem ustalić, jest w historii prawa kanonicznego pierwszym autorem, który poświęcił całą pracę symulacji małżeństwa⁷⁴. Najobszerniej przedstawia pojęcie symulacji małżeństwa, gdy pisze o symulantce: oświadczyła, że rozumem i wolą nie zgodziła się na małżeństwo, ale tylko symulowała zgodę samymi słowami⁷⁵, a na innym miejscu: nie miała zamiaru ani intencji zawierania małżeństwa, jak tylko fikcyjnie i dla formy⁷⁶. Warto zwrócić uwagę na niektóre zwroty używane przez autora, np. samymi słowami, dla formy, ponieważ spotykamy je również w najnowszych wyrokach rotalnych. Już więc od dawna i aż po dziś dzień są synonimami symulacji⁷⁷.

Franciscus Molinus⁷⁸ za symulanta uważa tego, kto poprawnie wy-

⁷¹ *De sacramento matrimonii tractatus*, Venetiis 1756, lib. II, cap. II, p. 42, n. 1.

⁷² Dz. cyt., lib. II, cap. II, p. 42, n. 3, n. 5; lib. II, cap. V, p. 46, n. 1, n. 5; lib. II, cap. V, p. 47, n. 10, n. 11.

⁷³ Niekiedy nazywany jest Oliverio Francesco Antonio.

⁷⁴ *De nullitate matrimonii ex defectu consensus interioris*, Taurini 1609, p. 107. Praca ta traktuje o jednym tylko przypadku symulacji małżeństwa, i to, o ile można sądzić z przedmowy, o takim, w którym poszkodowanym był sam autor. Nie przedstawia ona dla nas większej wartości, bo więcej jest w niej ubolewań nad własnym losem, niż rozważań teoretyczno-prawnych.

⁷⁵ Dz. cyt., p. 3: „... declaravit se animo non consensisse matrimonio, sed solis verbis consensum simulasse”.

⁷⁶ Dz. cyt., p. 59: „... quamvis non habuerit animum nec intentionem contrahendi, sed fide vel pro forma ...”.

⁷⁷ Autor ten używa i innych wyrazów dla oddania pojęcia symulacji, np. *dissensus*, p. 41, 43, 45, 52, 54, 55, 64, 88; *interior dissensus*, p. 3; *se non praeuissse animi consensum*, p. 31, 51; *se non habuisse voluntatem contrahendi*, p. 31; *non consensit in huiusmodi matrimonium, nisi verbis*, p. 41; *omnino defuisse interiorem consensum*, p. 45; *deficiente animi consensu*, p. 56; *animo dissentienti*, p. 59; *sublato consensu mentali*, p. 62; *absque interiori consensu*, p. 62; *animo se non consensisse*, p. 69; *defectus consensus interioris*, p. 71; *dissensus et fictio*, p. 77.

⁷⁸ Franciscus Molinus czasem jest nazywany Molino albo Molina.

raza zgodę na małżeństwo, ale wcześniej oświadczył, że nie będzie zawierał prawdziwego małżeństwa⁷⁹.

Martinus Bonacina († 1631) przez małżeństwo fikcyjne rozumie takie, które jest zawierane bez wewnętrznej zgody na małżeństwo⁸⁰.

Augustinus Barbosa (1589—1649) upatruje istotę symulacji małżeństwa w braku zamiaru zawarcia małżeństwa i przez to samo w braku zgody na małżeństwo⁸¹.

Raphael da Sanseverino (1589—1657) przeciwstawia fikcyjną zgodę na małżeństwo wewnętrznej zgodzie małżeńskiej, a utożsamia ją z wymawianą jedynie pustymi słowami, bez zamiaru i woli wiązania się małżeństwem⁸².

Joannes Angelus Bossius⁸³ († 1665) często używa terminów fikcyjnie, symulacyjnie, symulacja, w odniesieniu do zawierania małżeństwa⁸⁴. Nie wyjaśnia jednak, jaką treść nadaje tym wyrazom. Może wtedy jest najbliższemu określeniu fikcyjnego zawarcia małżeństwa, gdy pisze o zawieraniu małżeństwa bez zamiaru wiązania się i zobowiązania⁸⁵. Już wcześniej mówiono o nie zobowiązaniu się przy symulowaniu zawarcia małżeństwa⁸⁶, ale to dopiero Bossius, jak się zdaje, stawia znak równości między zamiarem nie zawierania małżeństwa, a zamiarem nie zobowiązania się małżeństwem. Takiego ujęcia zagadnienia nie spotkałem u wcześniejszych autorów. A uważam je za ważne. Sądzę bowiem, że możemy się w nim dopatrywać późniejszego rozróżnienia symulacji na całkowitą i częściową. Jak długo mówiono o woli zawarcia czy nie zawarcia małżeństwa, tak długo symulacja była

⁷⁹ *Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum et de pactis in matrimonio conventis*, Barcinonae 1617, lib. I, comparatio III, p. 8, n. 14.

⁸⁰ *Tractatus de magno matrimonii sacramento*, w: *Opera omnia recens in tres tomos distributa*, Antverpiae 1635, q. II, punctum IX, n. 1: „Ad faciendum validum matrimonium quod re vera est invalidum defectu consensus interni, vel ratione gravis metus, sufficit, si consensus de novo praestetur ab eo qui consenserat ficte...”

⁸¹ *Collectanea Doctorum tam veterum quam recentiorum in ius pontificium universum tomus secundus in quo tertius et quartus Decretalium libri continentur*, Lugduni 1669, In lib. IV, tit. I, cap. 26, p. 487, n. 1: „Matrimonium re vera non est si quis verbis aequivocis, aut falsis decipit mulierem, et sine animo eam ducendi, contrahit, et carnaliter cognoscit, quia deest consensus”.

⁸² *De ordinis et matrimonii sacramentis tractatus theologici et morales*, Bononiae 1642, De sacramento matrimonii, q. III, sectio I, p. 243.

⁸³ Zwany jest również Bossio Giovanni Angelo.

⁸⁴ *De matrimonii contractu tractatus*, Venetiis 1643, cap. II, § 9, p. 32, n. 49, n. 51, n. 52, n. 55, n. 56, p. 33, n. 58, n. 60, n. 61, n. 62, p. 34, n. 63, n. 64, § 10, p. 35, n. 67 itd.

⁸⁵ Dz. cyt., cap. II, § 2, p. 32, n. 49.

⁸⁶ Por. *Praepositus*, dz. cyt., Super c. 26 X IV 1 n. 3; *Molinus Fr.*, dz. cyt., lib. I, comparatio III, p. 83, n. 2; *Bonacina M.*, dz. cyt., q. I, punctum I, p. 199, n. 15.

jedna, bo jedna była właśnie wola zawarcia czy nie zawarcia małżeństwa. Natomiast spojrzenie na kontrakt od strony jego zobowiązań, ponieważ te są różne i może ktoś jedne przyjmować, a inne odrzucać, stwarzało możliwość odróżnienia takiej symulacji, która polega na wykluczeniu samego małżeństwa, od innej, polegającej na wykluczeniu jednego czy drugiego zobowiązania. Było kwestią czasu, kto takie rozumowanie przeprowadzi i dokona podziału symulacji⁸⁷.

Martinus Perez de Unanoa⁸⁸ (ok. 1578—1660) podobnie jak współcześni mu, nie stawia sobie wprost pytania o znaczenie pojęcia symulacji małżeństwa, ale stwierdza, że zgoda fikcyjna nie wystarcza do zawarcia małżeństwa. Zgodę fikcyjną przeciwstawia on prawdziwej zgodzie małżeńskiej, natomiast utożsamia ją ze zgodą czysto zewnętrzną i pozytywną wolą oraz intencją nie zawierania małżeństwa⁸⁹. Przeciwstawiając zgodę fikcyjną zgodzie prawdziwej, Martinus Perez de Unanoa nie czyni nic nowego. Mówiono to już przed nim. Inaczej rzecz się ma z określeniem zgody jako czysto zewnętrznej z pozytywną wolą i intencją nie zawierania małżeństwa. Co do tego autor jest oryginalny. Jego oryginalność polega na tym, że ujmuje symulację całościowo, to znaczy jej element zewnętrzny i wewnętrzny. Jest też pierwszym autorem, który nazwał symulację małżeństwa pozytywną wolą. Jak trafnym było użycie zwrotu „pozytywna wola”, świadczy najlepiej to, że obowiązujący obecnie Kodeks Prawa Kanonicznego mówi właśnie o wykluczeniu małżeństwa pozytywnym aktem woli. Dalej Kodeks mówi o wykluczeniu małżeństwa, Martinus Perez de Unanoa pisze o woli nie zawierania małżeństwa. I w tym również istnieje zbieżność myśli Kodeksu i Pereza. W sumie Martinus Perez de Unanoa prezentuje się nam jako mistrz wysokiej klasy.

II. Pojęcie całkowitej symulacji małżeństwa od połowy XVII wieku do Kodeksu Prawa Kanonicznego

Pytanie, na które czekaliśmy długo, bo od chwili rozpoczęcia poszukiwań w c. 26 X IV i i u autorów, początków pojęcia symulacji małżeństwa, stawia sobie Georgius Gobatus (1600—1679). Jego pytanie brzmi: co to jest małżeństwo fikcyjne? I odpowiada:

„Matrimonium fictum est idem, proprie loquendo, quod simu-

⁸⁷ Dziś wiemy, że od Bossiusa trzeba było jeszcze czekać ponad dwieście lat na odróżnienie symulacji częściowej od całkowitej.

⁸⁸ Należy go odróżnić od innego sławnego Hiszpana o nazwisku Martinus Perez de Ayala (1504—1566), autora dzieła *De divinis, apostolicis atque ecclesiasticis traditionibus ...*, Coloniae 1549; zob. Hurter H., *Nomenclator literarius recentioris theologiae catholicae*, Oenipotentis 1892—1899, t. I, n. 19, p. 18.

⁸⁹ *De sancto matrimonii sacramento opus morale theologicum*, Lugduni 1646, disp. XIV, sect. III, p. 133, n. 41: „... cum positiva voluntate et intentione non contrahendi”.

latum, quando scilicet simulat quis, aut quae, seu videri vult praestare verum consensum in matrimonium, et tamen re ipsa non consentit, sed dissentit, et abhorret”⁹⁰.

Jeśli w naszych badaniach nie popełniliśmy pomyłki, Gobatus jest pierwszym autorem, który wyraźnie zmierza do określenia symulacji małżeństwa i dokonuje tego. Jego określenie jest dość długie. Można się w nim dopatrzeć pewnych powtórzeń. Ale właśnie to pozwala nam lepiej zrozumieć myśl autora. Gdy mówi, że kto symuluje zawarcie małżeństwa, ten w rzeczy samej nie podejmuje zgody małżeńskiej, ale ją odrzuca, nie możemy wątpić, że chodzi mu o pozytywne wykluczenie, a nie tylko o brak zgody małżeńskiej. I to pozytywne wykluczenie dotyczy samego małżeństwa, a nie np. którejs z cech małżeństwa. Jeżeliby ktoś nie był zupełnie przekonany o tym, niech tylko zwróci uwagę, że symulowanie zgody przynosi autor do samego małżeństwa. A więc także końcowa część jego zdania, spełniająca zresztą rolę wyjaśnienia, z konieczności musi się łączyć nie z innym, ale z tym samym wyrazem — małżeństwo.

Robertus Koenig (1658—1713) rozróżnia zgodę małżeńską prawdziwą i poważną, a z drugiej strony symulowaną, żartobliwą i fikcyjną. Zgoda małżeńska symulowana, żartobliwa albo fikcyjna ma zachodzić wtedy, gdy kontrahent sprawia wrażenie, jakby zgadzał się na małżeństwo, wewnątrz jednak jest tak usposobiony, że nie chce się zobowiązywać małżeństwem⁹¹. Istotę symulacji dostrzega autor w niezobowiązaniu się zawarciem małżeństwa. Takie ujęcie symulacji jest do przyjęcia, jeśli zostanie dobrze zrozumiane. Nie można jednak zgodzić się na rozróżnienie zgody małżeńskiej zaproponowane przez autora, a mianowicie na umieszczenie zgody żartobliwej na jednej linii z symulowaną i fikcyjną. Wiadomo wszystkim, że symulowana zgoda małżeńska czyli fikcyjna, jest właśnie zgodą małżeńską na serio, a nie żartobliwą.

Jacobus Wiestner (1640—1709) domaga się, aby zgoda małżeńska była prawdziwa, a nie fikcyjna i symulowana. Pisze również, że jeśli Titius zawiera z Bertą małżeństwo w ten sposób, iż jego słowa i zachowanie mówią o podjęciu zgody małżeńskiej, ale w rzeczywistości Titius tej zgody nie ma, albo nawet ma on zamiar nie zawierania małżeństwa, to wówczas nie dochodzi do zawarcia małżeństwa⁹². Na

⁹⁰ *Operum moralium hoc est experientiarum theologiarum de septem sacramentis tractatus tres posteriores, De ordine, extrema unctioe et matrimonio*, Monachii 1681, t. I, pars II, tract. X, casus XI, n. 410, p. 449.

⁹¹ *Tractatus iuridicus de iure matrimoniali principum aequae ac priuatorum iuxta ordinem titulorum libri quarti Decretalium scientifica methodo concinnatus*, Salisburgi 1694, tit. I, n. 104, p. 172: „Consensus matrimonialis debet esse verus ac serius, non simulatus, iocosus aut fictus”.

⁹² *Institutiones canonicae sive ius ecclesiasticum praelectionibus et exercitationibus academicis ad Decretalium Gregorii IX libros quin-*

podstawie takiego stwierdzenia staje się dla nas jasne, że tak brak zgody małżeńskiej jak zamiar nie zawierania małżeństwa nie stanowią prawdziwej zgody małżeńskiej, ale jej przeciwieństwo. W jakim jednak stosunku pozostają do siebie brak zgody małżeńskiej i zamiar nie zawierania małżeństwa? Przy czym chodzi nam o to, jak rozumiał te pojęcia sam Wiestner. Niestety mamy zbyt mało danych, żeby ten problem rozwiązać. Twierdzenie Wiestnera, że tak brak zgody małżeńskiej, jak zamiar nie zawierania małżeństwa nie wystarczają do ważnego zawarcia małżeństwa, nie rozwiązuje nam trudności, skoro zarówno razem wzięte, jak i rozłącznie, np. sam brak zgody małżeńskiej albo sam zamiar nie zawierania małżeństwa, nie wystarczają do ważnego zawarcia małżeństwa.

Cajetanus Felix Verano (1648—1713) pod pojęciem symulacji małżeństwa rozumie wyrażenie słów mówiących o aktualnej zgodzie na małżeństwo bez posiadania wewnątrznie takiej zgody⁹³. Może jednak zbyt pochopnie postąpilibyśmy zaliczając Verano do zwolenników opinii o symulacji negatywnej. W innym bowiem miejscu symulowaną zgodę określa terminem niezgoda⁹⁴, a niezgoda jest już aktem pozytywnym. Pisze też o zawieraniu małżeństwa z fikcyjnym zamiarem⁹⁵, a to wyrażenie należy rozumieć w sensie pozytywnego aktu woli.

Joannes Kugler (1654—1721) w swoim jakże obszernym dziele o małżeństwie bardzo mało miejsca poświęca samemu pojęciu symulacji małżeństwa. Taka symulacja zachodzi według Kuglera, gdy małżeństwo jest zawierane bez zewnętrznej zgody i bez zamiaru zawarcia małżeństwa⁹⁶.

Franciscus Schmalzgrueber (1663—1735) pisze, że zgoda małżeńska powinna być wolną, prawdziwą, nie fikcyjną albo symulowaną, wzajemną, równoczesną, wyrażoną słowami lub znakami. Nie wyjaśnia bliżej, co to jest zgoda fikcyjna, poprzestając na stwierdzeniu, że jest ona zaprzeczeniem zgody prawdziwej⁹⁷. W innym miejscu daje do zrozumienia, że zgodę fikcyjną mamy, kiedy kontrahent wyraża ją słowami, ale nie ma zamiaru zawarcia małżeństwa⁹⁸.

que ... explicatum, Monachii 1705—1706, In lib. IV, tit. I, n. 138, p. 48: „... secundo, verus, non fictus et simulatus”.

⁹³ *Iuris canonici universi commentarius paratitularis, Monachii 1703—1708, lib. IV, tit. I, pars II, § 4, p. 104: „Quod vero ad matrimonium simulatum attinet, certum est, matrimonium fecte contractum cum muliere per verba de praesenti absque interno consensu esse deceptorium...”.*

⁹⁴ Dz. cyt., lib. IV, tit. I, pars III, § 1, p. 162, n. 14: „... dissensus”.

⁹⁵ Dz. cyt., lib. IV, tit. I, pars II, § 4, p. 104, n. 15: „... simulato animo”.

⁹⁶ *Tractatus theologico-canonice de matrimonio, Norimbergae 1713, t. I, pars I, cap. I, § 8, n. 72, p. 102.*

⁹⁷ *Ius ecclesiasticum universum, Romae 1843—1845, t. IV, pars I, tit. I, n. 264, p. 120.*

⁹⁸ Dz. cyt., t. IV, pars I, tit. I, n. 265, p. 120.

Joannes Simon Franciscus de Lichtestein napisał całą dysertację o symulacji małżeństwa, ale językiem bardziej literackim niż prawniczym. Dlatego pewnie wyjaśnia w niej wymownie, co to znaczy symulować⁹⁹, ale nie daje bliższego określenia symulacji małżeństwa. Zastosowując jego opis symulacji do małżeństwa należy powiedzieć, że małżeństwo symuluje ten, kto chce nas przekonać, że zawiera małżeństwo, ale w rzeczywistości małżeństwa zawrzeć nie chce.

Bonaventura Leonardelli (1673—1757) widzi małżeństwo fikcyjne w zawieraniu go słowami wyrażonymi fikcyjnie i bez zamiaru zawarcia małżeństwa¹⁰⁰.

Antonius Maria Boranga († ok. 1766) wymaga do zawarcia małżeństwa prawdziwej i wewnętrznej zgody. Fikcyjną zgodę uważa za niewystarczającą przyczynę małżeństwa¹⁰¹.

Dominicus Lanzerini († ok. 1800) daje określenie tak prawdziwej jak fikcyjnej zgody. Prawdziwą zgodą nazywa tę, która jest ujawniana przez słowa lub znaki a wywodzi się z rzeczywistej decyzji woli kontrahentów. Fikcyjną zaś nazywa taką zgodę, która zostaje ujawniona w słowach lub znakach, ale pochodzi od tego, kto nie podjął decyzji woli¹⁰². Terminy *realis animi contrahentium determinatio* są wspólne tak dla określenia zgody prawdziwej, jak zgody fikcyjnej. Autor wskazuje nimi na źródło, z którego wywodzi się prawdziwa i fikcyjna zgoda. W zacytowanym wyrażeniu autora istotnym wydaje się być wyraz *animus*. Wiemy, że wyraz ten ma wiele znaczeń¹⁰³. Większość tych znaczeń jest bliższa władzy poznawczej niż požądawczej. Często jednak wyrazem *animus* wskazuje się tak na poznawcze jak požądawcze władze człowieka. Niekiedy *animus* oznacza tyle co zamiar, chęć¹⁰⁴, wola¹⁰⁵. Wydaje się, że Lanzerini użył terminu *animus* w tym ostatnim znaczeniu. *Determinatio animi* w myśli autora, jak się wydaje, miało oznaczać tyle co wybór, decyzja woli. Wypo-

⁹⁹ *De simulatione circa matrimonium*, Gottingen 1743. Praca to niewielka. Liczy zaledwie 24 stronice. Jak dowiadujemy się ze wstępu, jest wykładem inauguracyjnym. Opisuje symulację w § 1 p. 4: „Nempe simulare dicimur, quotiens aliis persuadere cupimus, cogitare, credere, cupere, conari nos quod nolumus, spernimus, negamus, aversamur, negligimus”.

¹⁰⁰ *Septem sacramenta. Tractatus de sacramento matrimonii per quaestiones et casus practicos propositus et explanatus*, Augustae Vindelicorum 1745, pars II, § 2, p. 35, przed n. 71: „... verbis quidem, sed ficte et absque animo contrahendi prolatis”.

¹⁰¹ *Institutiones theologico-dogmatico-canonico-historico-morales*, Venetiis 1766, t. V, *Tractatus de sacramento matrimonii*, § 1, p. 313.

¹⁰² *De sancto matrimonii sacramento*, Bononiae 1773, cap. II, p. 73, n. 1.

¹⁰³ Zob. *Słownik łacińsko-polski* pod redakcją Mariana Plezi, t. I, A—C, Warszawa 1959, s. 199, wyraz: *animus*.

¹⁰⁴ Dz. cyt., s. 199, III, 5.

¹⁰⁵ Bobrowski F., *Słownik łacińsko-polski*, ed. 2, t. I, Wilno 1844, s. 181, v. *animus*.

wiedź Lanzeriniego w sprawie pochodzenia zgody prawdziwej i fikcyjnej jest bliska temu, co Kodeks Prawa Kanonicznego mówi o pochodzeniu prawdziwej, ale i fikcyjnej zgody małżeńskiej.

Joannes Soglia (1779—1855), kardynał, pisze o zgodzie fikcyjnej w specjalnym paragrafie zatytułowanym „De consensu simulato”¹⁰⁶. O ile więc wcześniej żyjący autorzy traktowali o zgodzie fikcyjnej najczęściej przy komentowaniu c. 26 X IV 1, i to niekiedy w terminach, z których przy pomocy wnioskowania wydobywaliśmy treść o symulacji małżeństwa, to obecnie mówi się to samo jasno i wyraźnie. Joannes Soglia rozpatruje zgodę symulowaną jako jeden z tych przypadków, kiedy może brakować zgody małżeńskiej do zawarcia prawdziwego małżeństwa. Jego zdaniem może brakować zgody na małżeństwo na skutek błędu, przymusu i bojaźni, braku należytej wiedzy u kontrahenta, albo właśnie z powodu symulacji, która ma miejsce, gdy kontrahent z powodu złośliwości pozoruje wyrażenie zgody i zawarcie małżeństwa, w rzeczywistości jednak nie zgadza się rozumem i wola¹⁰⁷. W paragrafie o zgodzie symulowanej nie znalazłem terminów lepiej ją opisujących, niż w wyrazach wyżej podanych. Przecież i tę przedstawioną część trudno uznać za doskonały opis symulacji. Najpierw dlatego, że opisując symulację używa autor wyrazu symulacja, a więc wyjaśnia ją pojęciem, które chce wyjaśnić. Następnie dlatego, że przyczynę symulacji ogranicza jedynie do złośliwości symulanta. Tymczasem, jak dziś, tak w tamtych czasach, możliwa była symulacja z innej racji, niż złość kontrahenta. To ostatnie wymaganie jest może zbyt wielkie. Wcześniej autorzy nie widzieli innych powodów popełnienia symulacji, jak wyłudzenie pożycia małżeńskiego od kobiety, a więc tak, jak to było powiedziane w c. 26 X IV 1. Soglia używając ogólniejszego terminu, którym objął także uwiedzenie kobiety, nie zrywał z tradycją, ale nowym spojrzeniem na motyw symulacji prowokował do głębszych przemyśleń tej sprawy.

Septimius Maria Vecchiotti († 1868) opracował traktat o małżeństwie na podstawie dzieła kardynała Soglia. O fikcyjnej zgodzie małżeńskiej pisze w odrębnym paragrafie tak właśnie zatytułowanym¹⁰⁸ w terminach nieznacznie tylko odbiegających od tego, co napisał sam Soglia. Podaną wyżej część zdania kardynała Soglia znajdujemy u Vecchiottiego bez żadnych zmian¹⁰⁹. Uważa też, podobnie zresztą jak Soglia, czego nie odnotowaliśmy wcześniej, że o zawarciu małżeństwa stanowią nie słowa ani ich dźwięk, ale zamiar i wola zobowiązania

¹⁰⁶ *Institutiones iuris privati ecclesiastici libri III*, ed. 6, Parisiis (po 1839), lib. II, cap. VII, § 166.

¹⁰⁷ Dz. cyt., lib. II, cap. VIII, § 166, p. 342: „... contrahens ex propria malitia simulavit consentire et contrahere, vere tamen et ex animo non consensit”.

¹⁰⁸ *Tractatus canonicus de matrimonio ex opere cardinalis Joannis Soglia excerptus*, Taurini 1868, § 35.

¹⁰⁹ Dz. cyt., § 35, p. 106.

się¹¹⁰. Zgodnie z takim pojęciem zgody małżeńskiej, symulacja małżeństwa będzie tam, gdzie są wprawdzie słowa, ale nie ma woli zobowiązania się małżeństwem¹¹¹.

Simon Aichner (1816—1910) za symulanta uważa tego, kto złośliwie pozoruje wyrażenie zgody małżeńskiej i zawarcie małżeństwa, w rzeczywistości jednak nie chce się zobowiązać i nie ma wewnętrznej zgody małżeńskiej¹¹². W takim ujęciu symulacji Aichner wykazuje pewną zależność od Soglii i Vecchottiego¹¹³. Jego własnym wkładem jest zwrócenie uwagi na moment nie zobowiązania się zawarciem małżeństwa co utożsamia z brakiem wewnętrznej zgody małżeńskiej.

Josephus D'Annibale (1815—1892), kardynał, pisze niewiele o symulacji, i to przy omawianiu zawierania kontraktów. O symulacji małżeństwa chyba nawet nie wspomina. Jednak to właśnie jemu zawdzięczamy rozpowszechnienie twierdzenia, że symulacja może przybierać jedną z trzech postaci:

1. animus non contrahendi,
2. animus non se obligandi,
3. animus non implendi¹¹⁴.

To rozróżnienie intencji nie zawierania małżeństwa, nie zobowiązania się zawarciem małżeństwa i nie wypełniania przyjętych zobowiązań znane było już wcześniej, a nawet stosowano je do symulacji małżeństwa¹¹⁵, ale nie było tak szeroko używane, jak właśnie od wystąpienia D'Annibale.

Petrus Gasparri (1852—1934), kardynał, zajął się problematyką małżeńską przy komentowaniu Dekretów Grzegorza IX¹¹⁶. Zagadnienia

¹¹⁰ Tamże: „... animus et voluntas se obligandi”.

¹¹¹ Lefebure C., *De bonorum exclusione secundum Card. Gasparri opera*, Apollinaris 33 (1960) 139 nota 1, pisze o Vecchiottim, że „sat fuse loquitur de simulatione saltem totali”. W tym samym artykule, p. 143 nota 24, notuje na temat Vecchottiego: „Nil tamen dicit de simulatione partiali” (Podkreślenie moje — MP). Obydwie te uwagi nie pozostawiają w nas wątpliwości, że Vecchiotti mógł mówić o symulacji częściowej. Zeby jednak o takiej symulacji mógł mówić, musiał ją znać. A co do tego można mieć uzasadnione wątpliwości. Ciekawe, że Lefebure, uczony światowej sławy, historyk prawa kanonicznego nie zwrócił na to uwagi.

¹¹² *Compendium iuris ecclesiastici*, ed. 9, Brixinae 1900, § 171, p. 608: „Scilicet qui ex malitia simulavit consentire et contrahere, vere tamen et ex animo non consensit, is in ea re deficit, quae essentiam matrimonialis contractus constituit, quae est voluntas esse obligandi, sive verus consensus internus”.

¹¹³ Zwrot „ex propria malitia simulavit consentire et contrahere, vere tamen et ex animo non consensit” znajdujemy tak u Soglii J., dz. cyt., lib. II, cap. VIII, § 166, p. 342, jak u Vecchottiego M., dz. cyt., lib. II, § 35, p. 106.

¹¹⁴ *Summula theologiae moralis*, ed. 3, Romae 1908, vol. II, n. 412, p. 348.

¹¹⁵ Por. np. Sanchez Th., dz. cyt., lib. I, disp. II, p. 29.

¹¹⁶ *Commentarium in primum, quartum et quintum libros Decretalium*, Parisiis 1884.

symulacji małżeństwa nie opracował wtedy szerzej. Ograniczył się do zacytowania c. 26 X IV 1 i podania krótkiego wyjaśnienia tego tekstu¹¹⁷. Nie znaczy to, żeby na temat symulacji małżeństwa nie miał wiele do powiedzenia. Już bowiem w pierwszym wydaniu swego dwutomowego dzieła poświęconego wyłącznie prawu małżeńskiemu, Gasparri pisze o symulacji w sposób gruntowny. Swoje wywody rozpoczyna od przedstawienia pojęcia symulacji małżeństwa:

„Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet”¹¹⁸.

Bezpośrednio po określeniu symulacji małżeństwa, Gasparri dokonuje jej podziału. Najpierw zauważa, że symulacja małżeństwa zachodzi, jeśli kontrahent:

1. nie ma intencji zawarcia małżeństwa,
2. ma wprawdzie intencję zawarcia małżeństwa, ale nie ma intencji zobowiązania się nim,
3. ma intencję zawarcia małżeństwa i zobowiązania się nim, ale nie ma zamiaru wypełnienia przyjmowanych zobowiązań.

Następnie o pierwszej z wymienionych rodzajów symulacji pisze, że jest symulacją w znaczeniu najbardziej ścisłym, czyli całkowitą, a drugą i trzecią nazywa symulacją w znaczeniu mniej ścisłym lub częściową¹¹⁹. Wiemy już, że pierwsze rozróżnienie trzech postaci intencji w ramach pojęcia symulacji, a więc intencja nie zawarcia małżeństwa, nie zobowiązania się i nie wypełnienia przyjętych zobowiązań, znane były już przed Gasparrim. Natomiast drugi podział symulacji, a mianowicie symulacja całkowita i częściowa¹²⁰, o ile zdołałem to ustalić, pochodzi od Gasparriego¹²¹. Nie znalazłem tego podziału

¹¹⁷ Dz. cyt., n. 67, p. 19: „Exinde patet matrimonium simulato animo contractum in foro veritatis esse nullum, in foro autem externo praesumitur pro valore matrimonii, donec non fuerit probata fictio”. Cytat ten podają za autorami: Serafini F., *Sull' esclusione dei beni essenziali del matrimonio*. Dissertatio ad lauream in Facultate Iuris Canonici Pontificiae Universitatis Gregorianaе, Romae 1962, n. 52, p. 63; oraz Huizing P., *Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis*, Gregorianum 45 (1964) 786.

¹¹⁸ *Tractatus canonicus de matrimonio*, Paris 1891, t. II, n. 794, p. 23.

¹¹⁹ Tamże.

¹²⁰ Tym podziałem symulacji zajmujemy się nieco szerzej na innym miejscu.

¹²¹ Takie pojęcie i podział symulacji małżeństwa zachował Gasparri P. w swoim: *Tractatus canonicus de matrimonio, editio altera, recentissimis decretis accomodata*, Parisiis — Lugduni 1892, t. II, s. 794, p. 23, oraz w: *Tractatus canonicus de matrimonio, editio tertia emendata et aucta ac recentissimis decretis accomodata*, Parisii 1904, t. II, n. 908, p. 33. Uczciwość naukowa każe mi zauważyć, że niektórzy wskazują na rok 1900, jako rok drugiego wydania dzieła Gasparriego. Tak np.: Oesterle G., Gasparri Pierre, w: *Dictionnaire de droit canonique*, t. V, Paris 1953, kol. 939, i Palazzini P., Gasparri Pietro, w: *Enciclopedia cattolica, Città del Vaticano 1950, t. V,*

tu autorów żyjących przed Gasparrim. Nie znalazłem też u żadnego kanonisty wzmianki, że ten podział symulacji pochodzi od kogo innego, a nie od Gasparriego. Inna rzecz, że kanoniści dużo piszą o znanych rozróżnieniach symulacji, ale nie na temat pochodzenia tych rozróżnień. Tej sprawy nie poruszają.

Zakończenie

W podsumowaniu tego artykułu należy stwierdzić, że w nauce prawa przedkodeksowego, począwszy od c. 26 X IV 1 aż do Gasparriego, znana była tylko jedna postać symulacji, mianowicie ta, którą Gasparri, a z nim prawie wszyscy kanoniści nazywają symulacją całkowitą, bo polegająca nie na wykluczeniu jakiejś cechy czy kogoś z dóbr małżeństwa, ale na odrzuceniu samego małżeństwa. Niektórzy autorzy widzieli symulację małżeństwa w wyrażeniu zgody małżeńskiej, przy jednoczesnym wewnętrznym sprzeciwie wobec rzeczywistego zawarcia małżeństwa, inni zaś o symulacji małżeństwa mówili już wtedy, gdy ktoś wyrażał zgodę na małżeństwo, ale wewnętrznym jej nie miał. Jak się wydaje, kanoniści i teologowie przed wydaniem Kodeksu Prawa Kanonicznego nie dostrzegali problemu w tym, czy symulacja małżeństwa jest już wtedy symulacją, gdy jest negatywną, czy dopiero wtedy, kiedy jest pozytywną. Pisano o symulacji małżeństwa najpierw przy komentowaniu c. 26 X IV 1, a w czasach późniejszych wspomniano o symulowanej zgodzie małżeńskiej, traktując o niewystarczalności takiej zgody do ważnego zawarcia małżeństwa¹²², a więc jedynie marginesowo. Dopiero w połowie XIX wieku w podręcznikach prawa małżeńskiego zaczęto poświęcać specjalny punkt fikcyjnej zgodzie małżeńskiej. Możemy chyba powiedzieć, że problem zgody fikcyjnej został dopiero wówczas odkryty¹²³. Samym pojęciem symulowanej zgody małżeńskiej, czy symulacji małżeństwa, autorzy przedkodeksowi zajmowali się mało¹²⁴. Może nam się to podobać lub nie, ale jest faktem,

kol. 1954. Sam, wydania z 1900 roku nie widziałem. Korzystałem zaś z pierwszego, drugiego i trzeciego wydania przedkodeksowego traktatu o małżeństwie Gasparriego. Jeśli przeto jest prawdą to, co piszą Oesterle i Palazzini, mamy dwa drugie wydania dzieła Gasparriego o małżeństwie: jedno z 1892, drugie z 1900.

¹²² Huizing P., *Actus excludens substantiale matrimonii*: „Antiqui tractantes quaestionem, utrum bona matrimonii intendi debeant a contrahente, agebant de intentione c. s. sola mente retenta; de conditione c. s. agebant ubi tractabant condiciones contractui appositae (X 4, 5 c. 7). De simulatione autem sermo erat ubi movebatur quaestio de necessitate consensus interni”: *Gregorianum* 45 (1964) 784.

¹²³ Por. Auricchio A., *La simulazione nel negozio giuridico, premesse generali*, Napoli 1957, p. 1—3, nota 1.

¹²⁴ Nie chcę jednak bynajmniej powiedzieć, że sam c. 26 X IV I nie był obszernie wyjaśniany. Pisze coś na ten temat: Mullenders J., *Le mariage presumé*, Dissertatio ad lauream in Facultate Iuris Canonici Pontificiae Universitatis Gregorianaee, Roma 1971, p. 93: „L'interprétation de cette décrétale a fait couler beaucoup d'encre”.

że przed Kodeksem Prawa Kanonicznego niewielu było autorów starających się określić, czym właściwie jest symulacja małżeństwa.

De notione totalis simulationis matrimonii sub aspectu historico

Ad thema historicae evolutionis notionis totalis simulationis matrimonii quod attinet, duo sublineanda sunt.

1. A c. 26 X IV 1 publicato 1234 anno in Decretalibus Gregorii IX usque ad dimidium saeculi XVII auctores, scilicet Bernardus de Botone seu Parmensis, Raymundus de Pennafort, Goffredus de Trano, Henricus a Segusia seu Cardinalis Hostiensis, Innocentius IV, Joannes Andree, Petrus de Ancharano, Franciscus de Zabarellis, Antonius de Butrio, Nicolaus de Tudeschis seu Tudesco, Marianus Socinus senior, Joannes Antonius de Sancto Georgio seu Praepositus, Alexander de Nevo, Baptista de Salis seu Trovamala, Sylvester Prierias, Joannes Paulus Lancelottus, Marcus Antonius Cucchus, Martinus de Azpilcueta, Didacus Covarruvias, Thomas Sanchez, Basilius Pontius, Franciscus Antonius Oliverius, Franciscus Molinus, Martinus Bonasina, Augustinus Barbosa, Raphael da Sanseverino, Joannes Angelus Bossius, Martinus Perez de Unanoa, de casibus simulato animo matrimonium contrahendi disputabant, sed quaestionem, quid sit simulatio matrimonii vix attingebant.

2. Ab Innocentio III usque ad Cardinalem Petrum Gasparri solummodo haec notio simulationis nota fuerat, quam Gasparri „totalem” simulationem matrimonii vocavit et a sic dicta partiali distinguit. A dimidio saeculi XVII aliqua hac de re scripserunt: Georgius Gobatus, Robertus Koenig, Jacobus Wiestner, Cajetanus Felix Verano, Joannes Kugler, Franciscus Schmalzgrueber, Joannes Simon Franciscus de Lichtenstein, Bonaventura Leonardelli, Antonius Maria Boranga, Dominicus Lanzerini, Joannes Soglia, Septimus Maria Vecchiotti, Simon Aichner, Josephus D'Annibale. Hos apud scriptores notionem totalis simulationis matrimonii auctor articuli perscrutatus est praesentibusque explicavit.