

KS. LUDWIK WRZOŁ

## KAN. 1086 § 2 A BIERNOŚĆ WOLI KONTRAHENTA PRZY ZAWIERANIU MAŁŻEŃSTWA

Treść: I. Bierność woli przy zawarciu małżeństwa (wprowadzenie do problemu). II. Pojęcie symulacji według prawa kanonicznego (kan. 1086 § 2). III. Polemika Flatten — Mitterer i poglądy innych autorów na temat tzw. negatywnej symulacji całkowitej: a) Pogląd Flattena. b) Pogląd Mitterera. c) Próba oceny polemiki Flatten — Mitterer. d) Poglądy innych autorów. IV. Zagadnienie w świetle wymogów do ważnego przyjęcia sakramentu. Kryterium intencji dominującej. V. Wnioski końcowe.

### I. BIERNOŚĆ WOLI PRZY ZAWIERANIU MAŁŻEŃSTWA (WPROWADZENIE DO PROBLEMU)

W społeczeństwie naszym spotykamy się coraz częściej z typem „katolika wierzącego, ale nie praktykującego”, religijnie obojętnego, który wobec zagadnień religijnych zajmuje postawę zupełnie bierną. Nietrudno stwierdzić, że taka postawa wpływa deformująco na jego ustosunkowanie się do zagadnień małżeństwa. Mimo iż zna on dobrze naukę Kościoła o małżeństwie, o jego sakramentalności, jedności i nierozzerwalności, przymiotów tych nie uznaje. Nauka ta jest dla niego przeżytkiem, a Kościół, który ją głosi, zacofany i zupełnie nieprzystosowany do współczesnych wymogów czasu. Stojąc w opozycji do nauki Kościoła, hołduje w praktyce zasadom dalekim od pojęć katolickich. Na zmianę pojęcia istoty i przymiotów małżeństwa wpłynęła w wielkiej mierze instytucja małżeństw cywilnych. Katolik, zawierając małżeństwo w dwojakiej formie, cywilnej i kościelnej, nie zawsze jest przekonany, że ważnie zawiera ślub tylko w formie sakramentalnej. Traktując bowiem małżeństwo jako sprawę świecką, uważa niejednokrotnie zgodę wyrażoną w USC za jedynie wiążącą, zaś konsens wyrażony w kościele jest dla niego pustą ceremonią i formalnością, która nic nie wnosi w jego sytuację. Taka postawa znajduje niejednokrotnie odbicie w sprawach o nieważność małżeństwa, rozpatrywanych w sądach kościelnych<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Akta Sądu Biskupiego w N. N., Sygn. ND-29/71: W r. 1971 w tymże Sądzie toczył się charakterystyczny proces o nieważność małżeństwa z tytułu całkowitej symulacji po stronie pozwanego. Pozwany odbył wyższe studia za granicą. Gdy wrócił do kraju „miał poprzewracane w głowie”, uchodził za „hochstaplera”, miejscowych ludzi i wszystko co miało związek z Kościołem i religią, uważał za ciemnotę, księży za naciągaczy żerujących na ludzkiej głupocie. Wyrażał się, że „tylko hołota chodzi do kościoła... Mszę św. i inne sakramenty uważał za ceremonie służące ogłupianiu ludzi”. O kazaniach wyrażał się ironicznie, pytając „czy kto widział w kościele lekarza lub innego wykształconego człowieka”. Ironiczne uwagi o Kościele i religii świadczyły, że sprawy

Stosownie do Kan. 1086 § 2 dla udowodnienia nieważności małżeństwa trzeba wykazać istnienie pozytywnego aktu woli, którym kontrahent wyklucza samo małżeństwo lub któryś z jego istotnych przymiotów. Tymczasem zdarzają się ludzie, dla których religijna forma zawarcia małżeństwa nie przedstawia żadnej wartości i są do niej nastawieni negatywnie, uważając, że właściwy ślub zawarli w formie cywilnej. Poddają się oni kościelnej formie zawarcia małżeństwa zupełnie biernie. Brak więc u nich pozytywnego aktu woli, wykluczającego małżeństwo. Powstaje jednak problem, czy możemy mówić o zawarciu małżeństwa w wypadku, kiedy nupturient po zawarciu związku cywilnego uważa się już za prawowitego małżonka, ale na skutek różnych okoliczności, np. presji, namowy czy prośby, udaje się do kościoła, poddaje się kościelnym ceremoniom i wypowiada słowa konsensu, ceremonie te nie przedstawiają jednak dla niego żadnej wartości, zaś słowa wypowiedziane nie wnoszą nic nowego w jego sytuację. Innymi słowy: czy zawiera ważne małżeństwo nupturient, który wprawdzie ma zamiar zawarcia małżeństwa z określoną osobą, ale przy ceremonii ślubnej w kościele zachowuje się zupełnie biernie, wewnątrz zaś ma wolę nastawioną *hic et nunc, per istam ceremoniam non contrahendi* — przy czym przyjmujemy, że wolę zawarcia małżeństwa miał w czasie zawierania ślubu cywilnego? Czy zatem można przyjąć jako podstawę nieważności małżeństwa tzw. negatywną formę symulacji całkowitej?

Zagadnienie to staje się o tyle aktualne, że w rozpatrywanych przez sądy kościelne sprawach coraz częściej zachodzi tytuł nieważności mał-

te kompletnie lekceważy, że były to dla niego puste ceremonie, „pokazywanie się ludziom i przegląd mody”. W okresie przedślubnym miał liczne znajomości z kobietami. W ZSRR zostawił narzeczoną, co wynikało z korespondencji. Już po zawarciu małżeństwa zalecał się w obecności powódki do innych kobiet, „trzymał za kolana, obejmował i całował po dekoltach” a oburzenie powódki uważał za przesadną zazdrość. Krótko po ślubie napisał do biura matrymonialnego. Powódka dowiedziała się o tym, kiedy nadeszła pierwsza oferta. Bez uprzedzenia powódki wyjechał po ślubie na 5-letni pobyt za granicą. W RFN nawiązał intymną znajomość z kobietą, z którą przez 5 lat wspólnie mieszkał. Kiedy była mowa o ślubie z powódką, pozwany „...zdecydowanie wypowiadał się... że ślubu w kościele nie weźmie, bo to jest idiotyzm”. Ile razy była mowa o tym, „walił pięścią w stół, trzaskał drzwiami i wychodził”. Mówił: „jeżeli ludzie w małżeństwie nie zgadzają, jest rzeczą naturalną, że się rozwodzą i łączą z innymi”. W tym czasie rozwiodła się jego siostra i on uważał to za rzecz zupełnie naturalną. Po zawarciu związku cywilnego z powódką, toczyły się liczne awantury o ślub kościelny, który w końcu wymogła matka powódki. Pozwany uległ, ale zdania o ślubie kościelnym nie zmienił. W przygotowaniach weselnych nie brał udziału, nawet bukietu ślubnego nie przywiózł. Podczas przyjęcia weselnego, w dniu ślubu kościelnego, przez nikogo nie sprowokowany, po złożonym konsensie małżeńskim, wyrażał się: „że to komedia którą gotów powtórzyć kilkakrotnie”.

I Instancja orzekła nieważność tego związku z tytułu całkowitej symulacji po stronie pozwanego. W uzasadnieniu wyroku czytamy: „Całokształt sylwetki pozwanego, jego światopogląd zbudowany zdecydowanie w oparciu o przesłanki niekatolickie tzn. laickie i materialistyczne oraz wyrastające z niego poglądy na małżeństwo sakramentalne, w wypowiedziach naocznych świadków, jak i w postępowaniu życiowym, zwłaszcza na odcinku niedochowania wierności małżeńskiej i wykluczenia potomstwa oraz lekceważenia sakramentalnego charakteru zawartego przez siebie związku małżeńskiego, przemawia za tym, że pozwany *ex indole sua* był niezdolny do zawarcia związku małżeńskiego, jakiego wymaga Kościół od swoich wyznawców. Nie miał on bowiem zamiaru dochowania istotnych elementów małżeństwa katolickiego, a sam sakrament małżeństwa traktował „jako niepoważną komedię”. Dlatego też nie mógł mieć intencji zawarcia takiego związku małżeńskiego, a tym samym nie złożył ważnego konsensu.

żeństwa z symulacji całkowitej na tle okoliczności wyżej cytowanych i sędziowie mają niejednokrotnie trudny do rozwiązania problem przy wyrokowaniu.

W Polsce mamy małżeństwa cywilne od 30 lat, w krajach zachodnich od 90 lat i dłużej. Jeżeli jeszcze weźmiemy pod uwagę dwuwyznanowość tych krajów, gdzie strona niekatolicka nie uznaje wartości sakramentalnego związku, nie będziemy się dziwić, że omawiane zagadnienie już dawno nurtowało prawników Zachodu. Głośna była zwłaszcza polemika dwu prawników, Flattena i Mitterera, w latach 1956/57, prowadzona na łamach *Trierer Theologische Zeitschrift*. Aby zagadnienie to głębiej przeanalizować, chciałbym po przedstawieniu kodeksowego pojęcia symulacji całkowitej — na kanwie polemiki Flatten-Mitterer — podać poglądy innych autorów i uwzględnwszy sakramentalny charakter małżeństwa, dojść do końcowych wniosków.

## II. POJĘCIE SYMULACJI WEDŁUG PRAWA KANONICZNEGO

(kan. 1086 § 2)

Istotą umowy małżeńskiej jest zgoda stron, mężczyzny i kobiety uzdolnionych z mocy prawa naturalnego, jak i pozytywnego kościelnego, do zawarcia małżeństwa (kan. 1081). Ponieważ wyrażenie zgody małżeńskiej musi być w pierwszym rzędzie czynnością ludzką, dlatego do zgody małżeńskiej wymaga się trzech zasadniczych warunków: intencji zawarcia małżeństwa, poznania zasadniczych praw i obowiązków oraz wolnej w działaniu woli. Przedmiotem umowy małżeńskiej jest przekazanie i przyjęcie obustronnego prawa do takich aktów cielesnych, z których może zrodzić się potomstwo. Prawo to jest wyłączne i dozgonne, a sama zgoda na małżeństwo nie może być przez żadną ludzką władzę zastąpiona (kan. 1081). Ponieważ zgoda małżeńska jest z natury aktem wewnętrznym, aby była prawnie skuteczna, musi być na zewnątrz wyrażona zgodnie z przepisami prawa. Według kan. 1086 § 1 tę wewnętrzną zgodę na małżeństwo domniemywa się na skutek odpowiednich słów i znaków, których używa się przy zawieraniu małżeństwa. Jeśli jednak zewnętrznym słowom i znakom nie towarzyszy wewnętrzne nastawienie woli a nawet wola stoi w sprzeczności, mamy do czynienia z symulacją, czyli zgodą pozorną. Dlatego prawo kanoniczne postanawia wyraźnie, że jeżeli jedna ze stron lub obydwie pozytywnym aktem woli wykluczają samo małżeństwo albo wszelkie prawo do małżeńskich aktów, albo też jakiś istotny przymiot małżeństwa, zawierają wówczas małżeństwo nieważne (kan. 1086 § 2).

Jeżeli jedna ze stron lub obydwie wykluczają samo małżeństwo, mamy do czynienia z symulacją całkowitą, jeżeli zaś akceptuje się kontrakt małżeński, ale wyklucza jakiś istotny jego przymiot, np. jedność lub nierozzerwalność, albo też wyklucza się samo prawo do naturalnych stosunków małżeńskich, zachodzi wówczas symulacja częściowa. Kan. 1086 §2 oddaje doktrynę kardynała Gaspariego, który stwierdza, że pełny konsens małżeński polega na intencji zawarcia kontraktu, zobowiązania się i wykonania zobowiązań. Konsens symulowany według Gaspariego polega:

- a) na braku intencji zawarcia kontraktu małżeńskiego,
- b) albo braku intencji zobowiązania się przy zachowanej intencji zawarcia kontraktu,
- c) lub na braku intencji wypełnienia zobowiązań przy zachowanej intencji zawarcia kontraktu i zobowiązania się<sup>2</sup>.

Intencja sprzeczna z istotą związku małżeńskiego wtedy powoduje nieważność związku, jeżeli została uznana za intencję niezawarcia małżeństwa (*intentio non contrahendi*), albo przy ajnniej za intencję nieprzyjęcia zobowiązań, które wynikają z zawarcia małżeństwa (*non se obligandi*). Intencja niewypełnienia zaciągniętych zobowiązań (*intentio non implendi*) nie powoduje nieważności związku małżeńskiego.

Według brzmienia kan. 1086 § 2 wyłączenie małżeństwa musi być dokonane pozytywnym aktem woli. Ponieważ ten pozytywny akt woli skierowany jest do jakiegoś konkretnego celu — w danym wypadku do wykluczenia samego małżeństwa, względnie jednego lub obydwu dóbr małżeńskich — pokrywa się on z intencją kontrahenta. „Nie wystarcza zatem zwykły błąd, ani zamiar wyłączenia, lecz wymagana jest ...wola i formalna intencja wyłączenia małżeństwa”<sup>3</sup>. Prawdziwa intencja jest aktem rozumu, musi więc być podjęta świadomie. Stąd „pozytywny akt woli” zakłada uprzednie wyraźne poznanie przedmiotu umowy małżeńskiej, w myśl zasady: *nihil volitum nisi praecognitum*. Nazywa się dlatego aktem pozytywnym, ponieważ rzeczywiście przez wolę zostaje podjęty przed lub w czasie zawierania małżeństwa.

Wystarcza tu akt woli czysto wewnętrzny, który — jak przyjmują autorzy — jest równoznaczny z warunkiem założonym w myśli i wyklucza lub ogranicza zgodę małżeńską, tak jak warunek w ścisłym tego słowa znaczeniu zamanifestowany niweczy całą intencję kontrahenta. Jest przy tym rzeczą obojętną, czy ten akt woli odnosi się do małżeństwa konkretnie zawieranego, czy też w ogólności do małżeństwa jako takiego, czy też do małżeństwa, które ma być w przyszłości zawarte z osobą jeszcze nie określoną. Przyjmuje się bowiem, że taka ogólna intencja wykluczenia małżeństwa trwa wirtualnie tak długo, dopóki nie zostanie odwołana<sup>4</sup>.

Symulacja musi być udowodniona środkami przewidzianymi przez prawo, oczywiście w zakresie zewnętrznym. Symulowaną zgodę małżeńską przyjmuje się z moralną pewnością, jeżeli: 1. Strona symulująca przyzna się do niej w postępowaniu sądowym, szczególnie jeśli ma to miejsce w czasie niepodejrzanym, przed lub zaraz po ślubie. 2. Jeżeli zostanie wykazana przyczyna symulacji. 3. Jeśli akt fikcyjnej zgody zostanie udowodniony z okoliczności poprzedzających, towarzyszących lub następujących po ślubie. Symulacje można udowodnić nawet wówczas, jeśli z zeznań osoby oskarżonej fakt symulacji wprost nie wynika lub osoba ta zaprzecza, że się jej dopuściła. W takiej sytuacji dopuszczalny jest dowód z poszlak, a wypowiedzi osoby symulującej wymagają wnikliwej interpretacji w oparciu o postępowanie oraz poglądy życiowe tej osoby,

<sup>2</sup> R. Sobański, *Symulacja częściowa w ujęciu kan. 1086 § 2 a nauka o małżeństwie w konstytucji „Gaudium et spes”*, Śl. Studia Historyczno-Teologiczne 2 (1969) 31.

<sup>3</sup> S. Biskupski — M. Żurowski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, Warszawa 1971, t. 2, 39.

<sup>4</sup> C. Holböck, *Tractatus de jurisprudentia S. R. R.*, Graetiae 1957, 138.

gdyż analiza tych okoliczności może ujawnić postawę moralną nie dającą się pogodzić z prawidłowym zezwoleniem małżeńskim.

### III. POLEMIKA FLATTEN — MITTERER I POGLĄDY INNYCH AUTORÓW NA TEMAT TZW. NEGATYWNEJ SYMULACJI CAŁKOWITEJ

Do orzeczenia nieważności małżeństwa kan. 1086 § 2 domaga się pozytywnego aktu woli nupturienta, którym wyklucza on samo małżeństwo lub jakiś istotny jego przymiot. Wróćmy do zagadnienia, przedstawionego na wstępie: jak przedstawia się sprawa, kiedy u nupturienta brak pozytywnego aktu woli, kiedy wola jego jest zupełnie bierna w czasie ślubnej ceremonii kościelnej. Zagadnienie to — jak wspomniałem — było przedmiotem polemiki w latach 1956/57. H. Flatten w jednym ze swoich artykułów stara się uzasadnić słuszność tzw. negatywnej symulacji totalnej<sup>5</sup>. Drugi z autorów, H. Mitterer, publikując w rok później swój artykuł, w sposób kategoriyczny zbija wywody Flatteny<sup>6</sup>. Przyglądnijmy się bliżej motywacji obydwu autorów.

#### a. Pogląd Flatteny

Naczelna teza Flatteny brzmi: do pojęcia konsensu małżeńskiego należy wola kontrahenta zawarcia małżeństwa równocześnie z wyrażeniem zgody. Do wyrażenia zgody małżeńskiej potrzeba trzech elementów:

1. *consensus externus* — obustronnej zewnętrznie wyrażonej woli zawarcia małżeństwa,

2. *consensus internus* — wewnętrznego aktu woli zawarcia małżeństwa,

3. *consensus de praesenti* — intencji, że przez to właśnie oświadczenie woli, przez tę, a nie inną ceremonię, strony pragną zawrzeć swój związek.

Zgoda wewnętrzna obejmuje nie tylko wolę zawarcia małżeństwa, lecz również uczynienia tego przez określoną ceremonię, przez ten a nie inny akt<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> H. Flatten, *Zum Inhalt des Ehekonsenses*, *Trierer Theologische Zeitschrift* 65 (1956).

<sup>6</sup> H. Mitterer, *Ehewille und Eheschliessungsform*, *Trierer Theologische Zeitschrift* 66 (1957).

<sup>7</sup> *Hiermit, hierdurch die Ehe zu begründen*. Dla uzasadnienia cytuję Flatten orzeczenie Roty Rzymskiej, *causa Argentinae* z dn. 18. 11. 1918 w sprawie nieważności małżeństwa stron, z którego to orzeczenia (jak i z kilku analogicznych wypadków) wynikają pewne konsekwencje w ustaleniu pojęcia zgody małżeńskiej: Narzeczeni różnego wyznania, którzy według ówczesnego prawa ze względu na miejsce zawarcia ślubu nie byli zobowiązani do formy kanonicznej, zawarli związek w U.S.C. Narzeczona, która była katoliczką, pragnęła po ślubie cywilnym zawrzeć związek kościelny. Ze względu na upór partnera do ślubu kościelnego nie doszło. Rota orzekła nieważność tego małżeństwa i to nie z tytułu braku formy, bo strony nie były do niej zobowiązane, ale z tytułu braku zgody po stronie niewiasty mimo oczywistej pewności, iż obydwaj mieli wolę zawarcia małżeństwa. Już z tego wynika, iż pojęcie „woli zawarcia małżeństwa” nie jest wystarczająco ściśle przez prawo sprecyzowane. W cytowanym wypadku Rota uzasadnia swe orzeczenie argumentem, że powódka była osobiście przekonana, iż prawdziwe małżeństwo może zawrzeć tylko przez ślub kościelny, a związek cywilny uważała za czysto zewnętrzny akt, nie posiadający wiążącego charakteru, a zatem brak było u niej zgody małżeńskiej.

Warto tu wtrącić, że niektórzy autorzy używają osobnego określenia, oddającego treść konsensu *de praesenti*: *Verbindlichkeitswille*, czyli wola dokonania aktu wiążącego w odróżnieniu do *Heiratswille*, woli zawarcia małżeństwa. J. Möhler<sup>8</sup> podaje takie określenie tych pojęć: wola zawarcia małżeństwa (*Heiratswille*) = *intentio contrahendi* wola związania się (*Verbindlichkeitswille*) = *intentio hac contrahendi, hic et nunc contrahendi, sic contrahendi*.

Jako uzasadnienie potrzeby takich rozróżnień, podaje następujące trzy przykłady (dwa pierwsze cytowane również przez Flattenę):

a. Jeśli dwaj aktorzy, zdolni do zawarcia małżeństwa, w ramach jakiejś sceny teatralnej, wyrażą sobie nawzajem konsens małżeński, to wyrażają swoją wolę w wystarczająco ważnej formie. Mimo to ich małżeństwo nie dochodzi do skutku, wyłącznie dlatego, że partnerzy nie mieli intencji przez wyrażenie zgody w tych okolicznościach wiązać się małżeństwem.

b. Podobnie dzieje się, gdy duszpasterz przy spisywaniu protokołu przedślubnego, w obecności dwóch świadków ćwiczy ryt zawarcia małżeństwa, pyta kandydatów o ich wolę i odbiera ich oświadczenie. I w tym wypadku — mimo wystarczającego oświadczenia woli partnerów zdolnych do zawarcia małżeństwa — związek ich nie dochodzi do skutku wyłącznie z braku intencji, by przez to właśnie wyrażenie zgody zawrzeć małżeństwo.

c. Narzeczony podpisał bez zastrzeżeń protokół przedślubny, ale w dzień przed ślubem oświadcza proboszczowi, że rozmyślił się i z tego związku rezygnuje. W tym samym dniu zjawia się ponownie z narzeczoną i jej rodzicami i prosi o ślub w wyznaczonym terminie. Na wyraźne zapytanie proboszcza strony oświadczają, że chcą się pobrać. Tutaj nie chodzi o scenę ani o ćwiczenie: zdolni do zawarcia małżeństwa kandydaci wyrażają swoją wolę według przepisanej formy. Mimo to ich małżeństwo nie dochodzi do skutku przez oświadczenie w kancelarii złożone, lecz w dzień później przed ołtarzem i to znów wyłącznie dlatego, że partnerzy w czasie rozmowy w kancelarii nie mieli *hic et nunc* woli związania się małżeństwem. Wróćmy jednak do Flatteny i zobaczmy, w jaki sposób uzasadnia on swój pogląd:

1. Uzasadnia go analizą kan. 1081 § 2: Gdyby kanon ten brzmiał: „...*actus voluntatis tradendi et acceptandi ius in corpus...*” można by wówczas rozumieć te słowa jako ogólną wolę zawarcia małżeństwa, bez względu na czas i okoliczności, w których zgoda została wyrażona. Kodeks powiada jednak: „*actus voluntatis, quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus*” Zatem do wyrażenia zgody nie wystarcza ogólna wola zawarcia małżeństwa, ale potrzebna jest intencja *hic et nunc*. Takiej intencji brak np. przy zawarciu małżeństwa cywilnego, kiedy to kontrahent zawiera je z takim nastawieniem woli, że jest to tylko akt prawny, pociągający za sobą skutki cywilne, ale w jego pojęciu nie ustanawiający małżeństwa.

2. Opierając się na tej zasadzie, Kościół z naciskiem żądał często, by katolicy przy zawieraniu związku cywilnego nie wyrażali właściwej zgody małżeńskiej. Benedykt XIV w swym liście *Redditae sunt* z dn. 17. 9.

<sup>8</sup> *Eheschliessung und Verbindlichkeitswille*, Theologisches Jahrbuch, Leipzig 1959, s. 218.

1746<sup>9</sup> żąda, by katolicy zawierający związek cywilny, czynili to z intencją poddania się formalności wyłącznie świeckiej, przy czym ślub kościelny powinien wyprzedzać zawarcie związku cywilnego<sup>10</sup>. Po wprowadzeniu związków cywilnych w Italii, św. Penitencjaria w swej instrukcji z dn. 15. 1. 1866 jeszcze raz to samo przypomina<sup>11</sup>. Kto zatem zawiera małżeństwo w U.S.C., przyjmuje cywilne skutki małżeństwa cywilnego, nie wyraża jednak zgody małżeńskiej wymaganej przez zarządzenia Kościoła do przyjęcia sakramentalnego małżeństwa<sup>12</sup>.

3. Flatten podkreśla z kolei konieczność moralnej łączności pomiędzy zgodą wewnętrzną i zewnętrzną. Gdyby kontrahent w chwili A wewnętrznym aktem woli postanowił: tym aktem woli przekazuję ci prawo do ciała, a dopiero w późniejszym czasie B złożył zewnętrzne oświadczenie: biorę sobie ciebie za żonę, nie uznając tego oświadczenia wewnętrznie za akt zawarcia małżeństwa, byłoby to równoznaczne z brakiem wyrażenia zgody. Zgoda zostaje wówczas prawidłowo wyrażona, jeśli wola nastawiona jest aktualnie, a przynajmniej wirtualnie na to, że przez jej zewnętrzne wyrażenie pragnie się przekazać prawo do ciała. Nie wymaga się równoczesności aktualnej (*simultaneitas positionis*) ale równoczesności wirtualnej (*simultaneitas coexistentiae*), kiedy to konsens wewnętrzny był wprawdzie uprzednio powzięty, ale przy wyrażaniu konsensu zewnętrznego wirtualnie nadal trwał. Tylko wtedy kontrahent składa konsens de praesenti i tylko taki powoduje zaistnienie małżeństwa.

4. Jako mocny argument dla swej tezy rozprawdza Flatten szeroko normy ustalone przez kodeks odnośnie do konwalidacji zwykłej (kan. 1133—1137).

Przy konwalidacji zwykłej odnowienie zgody małżeńskiej ma polegać na nowym akcie woli, czego wyraźnie żąda kan. 1143: *Renovatio consensus debet esse novus voluntatis actus in matrimonium, quod constet ab initio nullum fuisse*. Odnowienie zgody nie może być dalszym ciągiem zgody uprzednio wyrażonej ani jej potwierdzeniem, odnowieniem interpretatywnym (gdyby strony wiedziały o nieważności, to by zgodę odnowiły)<sup>13</sup>. Zawarte przez katolika cywilne małżeństwo stanie się wtedy ważnie zawartym związkiem przez późniejszy ślub kościelny, jeśli przy tym drugim ślubie wyrażona zostanie na nowo pełna zgoda małżeńska. Nie wystarczy tylko zewnętrzna manifestacja dotychczasowej zgody, ale wymagany jest nowy, wewnętrzny akt woli, wyrażony przed proboszczem, przez który strony przekazują sobie *ius matrimoniale*.

<sup>9</sup> *Fontes*, II, 41—43.

<sup>10</sup> „actus mere civilis” (§ 3), „civilis ac fere politica ceremonia (§ 4)”.

<sup>11</sup> *Fontes*, VII, 456—458, nr 5 „...tamen intentione, ut sistendo se Gubernil officiali nil aliud faciant, quam ut civilem ceremoniam exequantur”.

<sup>12</sup> F. Wernz — P. Vidal, *Ius Canonicum*, t. 5, Romae, 579: „si contrahens non vult reapse nisi aut meram ceremoniam civilem peragere tunc consensus matrimonialis vere deficit”.

<sup>13</sup> por.: „...nie można przeto zgodzić się z M. Coronatą, który twierdzi, że odnowienie niekoniecznie musi być aktem woli formalnym i pozytywnym, lecz wystarczy potwierdzenie poprzedniej zgody, gdy strona dowie się o nieważności małżeństwa.” S. Biskupski — M. Żurowski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymsko-katolickiego*, Warszawa 1971. Podobnie: „Seiner (sc. des Can. 1134) Forderung genügt nicht eine durch Worte oder Zeichen vorgenommene Bestätigung der früheren Ehwillenserklärung, sondern nur eine wirkliche gegenseitige Abgabe des Ehekonsenses” — A. Knecht, *Handbuch d. kath. Eherechts*, 1926, 740.

Z kolei omawia Flatten zarzut, że druga forma uważnienia małżeństwa, forma nadzwyczajna uzdrowienia w związku, nie wymaga od kontrahenta odnowienia aktu zgody, lecz domaga się tylko nieodwołanego trwania zgody uprzednio wyrażonej (*consensus semel praestitus, nec postea revocatus*). Trzeba jednak zważyć, że Kościół uzupełnia ten brak dyspensą biskupa, zwalnającą kontrahenta od obowiązku ponowienia zgody i drogą fikcji prawnej ogłasza nieistniejące małżeństwo jako ważne<sup>14</sup>. Prawodawca rezygnuje w tym wypadku pozytywnie z nakazu odnowienia zgody, w miejsce czego czyni prawnie wystarczającym uprzednio złożony konsens będący z prawa naturalnego wystarczającym, ale z prawa kościelnego nieskutecznym. Tym samym upada zarzut podniesiony z tytułu nadzwyczajnego uważnienia małżeństwa. Kościół wyjątkowo daje możliwość posłużenia się formą nadzwyczajną, posługując się za wyraźną wolą prawodawcy fikcją prawną, w innych jednak wypadkach konwalidacja ma nastąpić w zwykłej formie przez wzbudzenie nowego aktu woli.

Podsumowując swoje wywody, Flatten nazywa omawiany brak pozytywnej zgody małżeńskiej — negatywną formą symulacji całkowitej (*negativa Totalsimulation*). Powiada, że chociaż kan. 1086 § 2 zdaje się nie dopuszczać innej formy symulacji, jak tylko pozytywnej, to trzeba jednak przyznać, że nawet przy zupełnie biernej postawie woli może zachodzić brak zgody małżeńskiej, gdyż do zaistnienia małżeństwa potrzebny jest pozytywny akt woli (kan. 1081). Tam, gdzie brak pozytywnego aktu woli, choćby tylko dlatego, że wola trwa w swej bierności, zachodzi brak zgody, a zatem małżeństwo nie dochodzi do skutku. Flatten jest świadom, że motywacji prawnej dla negatywnej formy symulacji nie znajdzie w kan. 1086 § 2, ale według niego, można by to uzasadnienie znaleźć w kan. 1081, który postanawia, że małżeństwo dochodzi do skutku przez pozytywne wyrażenie zgody.

## b. Pogląd Mitterera

Poglądowi Flattena przeciwstawia się w sposób zasadniczy Max Mitterer. Powiada on: jeżeli kontrahent w swym osobistym przekonaniu związał się małżeństwem przez wyrażenie swej zgody, nie może w późniejszym czasie — np. przy ślubie kościelnym — twierdzić, że małżeństwa nie chce. Jeśli ślubowi kościelnemu poddaje się niechętnie, nie można mu wówczas właśnie przypisać takiej postawy, bo on małżeństwa zdecydowanie chce, tylko nie może go w inny sposób osiągnąć. Może przy tym być przekonany, że dopełnia tylko pewnej formalności, ale w rzeczywistości wyraża on swą wolę zawarcia małżeństwa i to w formie, jakiej do ważności żąda prawo kanoniczne. Mitterer zdecydowanie zbija kontrargumentami tezę Flattena, jakoby do istoty zgody małżeńskiej należała intencja *hic et nunc*, tzn. intencja, że tylko przez wyrażenie zgody w formie kościelnej zawiera się prawdziwe małżeństwo. Wychodzi z założenia, że do ważności zgody wystarcza *intentio contrahendi* (*Heiratswille*), a zbędna jest intencja związania się *hic et nunc* (*Verbindlichkeitswille*). Jego argumentacja przedstawia się następująco:

1. Potrzeba intencji *hic et nunc* nie wynika ani z prawa naturalnego, ani z pozytywnego kościelnego. Do ważności małżeństwa wystarcza, je-

<sup>14</sup> „durch kirchliches Hoheitsakt” — jak wyraża się Flatten za Eichmann-Mörsdorfem.

żeli wola zawarcia małżeństwa i wymagana forma rzeczywiście się spotykają, a nie jest rzeczą konieczną, by kontrahent miał wyraźną wolę przez to a nie inne wyrażenie zgody zawrzeć małżeństwo. U katolików wola powinna w zasadzie być ukierunkowana świadomością, że małżeństwo zawiera się przez kościelną formę wyrażenia zgody. Toteż wskazania Stolicy Apostolskiej idą w tym kierunku, by ślub kościelny w miarę możliwości wyprzedzał zawarcie związku cywilnego. Gdyby jednak zachodził wypadek, że kontrahent uważałby jako wiążący akt cywilny, a nie kościelny, to i w tym wypadku nie można powątpiewać w ważność małżeństwa, bo nawet u niekatolików akt cywilny w danych okolicznościach musi być uznawany za akt ustanawiający małżeństwo. Związek wówczas byłby nieważny, gdyby zaistniał wyraźny i pozytywny akt woli kontrahenta, że małżeństwa nie chce zawierać w formie kościelnej, lecz przez następujący po nim związek cywilny.

Potrzeba zaktualizowanej woli zawarcia małżeństwa nie wynika z prawa naturalnego, bo gdyby tak było, nie istniałoby uzdrowienie w związku, kiedy to małżeństwo staje się ważne bez aktualnego współdziałania, nawet bez wiedzy współpartnera. Nie wynika też z prawa kościelnego, bo gdyby tak było, musiałyby to być wyraźnie przez prawo określone. Jeśli Flatten powołuje się na kan. 1081 § 2 i uważa, że teza jego wynika z brzmienia tego kanonu, to czyni to niesłusznie. Z brzmienia tego kanonu wynika, że w akcie woli zawierającym zgodę małżeńską, przekazuje się i przyjmuje rzeczywiście prawo do ciała, niezależnie od tego, czy kontrahenci owo *hic et nunc* formalnie zamierzają czy nie. Gdyby prawo chciało powiedzieć coś więcej, jak to mniema Flatten, musiałyby brzmieć: *tradere et acceptare intendit*.

2. Główny kontrargument widzi Mitterer w konwalidacji nadzwyczajnej. Kan. 1135 § 3 powiada: jeśli przeszkoda unieważniająca małżeństwo jest tajna i znana tylko jednej stronie, wystarcza, by po usunięciu przeszkody prywatnie i tajemnie ponowione zostało zezwolenie przez stronę świadomą nieważności małżeństwa, byleby zezwolenie drugiej strony trwało nadal. W tym wypadku intencja, by małżeństwo *hic et nunc* uczynić ważnym, może istnieć tylko u jednego kontrahenta, a według poglądu Flattena musiałoby istnieć u obydwoich. Podobnie przedstawia się sprawa, jeśli chodzi o kan. 1136. I tutaj, jeśli przeszkoda jest tajna, możliwe jest uważnienie małżeństwa przez jednostronne, tajne wyrażenie zgody, podczas gdy druga strona nie musi o tym wiedzieć. Do ważności małżeństwa nie potrzeba bowiem fizycznej koegzystencji wyrażanej wzajemnie zgody, lecz wystarcza koegzystencja moralna. Zachodzi ona m.in. wówczas, gdy jeden z partnerów wyraża swą zgodę już po zawarciu związku, podczas gdy u drugiego dawniej wyrażona zgoda nadal trwa.

Według Mitterera, nie można też powiedzieć, że to wszystko staje się możliwe tylko z woli prawodawcy, na mocy fikcji prawnej. Fikcja prawna jest potrzebna prawodawcy tylko do usunięcia przeszkód, które on sam postawił, by wolę partnerów uczynić skuteczną. Uwidacznia się to np. w przypadku, kiedy nieważne z powodu przeszkód małżeństwo dwojga nieochrzczonych staje się ważne po usunięciu przeszkody, jeśli tylko pierwotnie wyrażona zgoda nadal trwa. Przy uważnieniu w związku prawodawca usuwa te przeszkody i w ten sposób zgoda małżeńska odzyskuje naturalną moc i skuteczność.

3. Teza Flattena jest według Mitterera niesłuszna również z innych względów. Jest rzeczą wiadomą, że innowiercy, względnie katolicy odpadli od wiary, uważają ślub cywilny za właściwy akt zawarcia małżeństwa i do ślubu kościelnego dają się niejednokrotnie nakłonić dopiero po długim i zaciekłym oporze. Gdyby teza Flattena była słuszna, to wszystkie te małżeństwa trzeba by uznać za nieważne, gdyż wystarczyłoby stwierdzenie, że w chwili kościelnego wyrażenia zgody brak było woli zawarcia małżeństwa. Jako kryterium rozpoznawcze wystarczyłaby mniejsza lub większa niechęć do Kościoła katolickiego. W gruncie rzeczy byłoby sprawą obojętną, czy ktoś uważałby ślub kościelny za idiotyzm, czy też podszedłby do sprawy spokojniej i powiedział: no, jeśli tak musi być, to pójdę do kościoła, ale jestem przekonany, że z chwilą zawarcia małżeństwa cywilnego jestem prawnie żonaty i do ślubu kościelnego nie przywiązuję żadnej wagi. Jeśliby bowiem absolutnie nieodzowną miała być zaktualizowana wola *hic et nunc*, wtedy każde małżeństwo, gdzie takiej woli brak, mimo ślubu kościelnego byłoby nieważne.

4. Według Mitterera, Kościół nie domaga się od innowierców oświadczenia, że tylko przez ślub kościelny i wyłącznie przezeń chcą zawrzeć małżeństwo. A trzeba by się tego domagać, gdyby ważność aktu zależała od takiej woli i w wypadku sprzeciwu trzeba by konsekwentnie ślubu kościelnego odmawiać. Takich żądań Kościół stawiać nie może, gdyż byłoby to niebezpieczne naruszenie wolności sumienia, niedopuszczalne w dobie ekumenizmu. Do ważności małżeństwa konieczny jest tylko konsens obydwu kontrahentów i to absolutnie konieczny z mocy prawa naturalnego. Jest sprawą bez znaczenia, czy kontrahenci przyjmują, że ich małżeństwo zaistniało z chwilą wyrażenia zgody, czy też są przekonani, że potwierdzają już uprzednio przez ślub cywilny zawarty związek.

Mitterer jest zdania, że symulacja zupełna zaistniałaby tylko w takim wypadku, gdyby ktoś zajął stanowisko: raczej nie chcę w ogóle małżeństwa, aniżeli miałbym je zawrzeć przez ślub kościelny. Ale taka postawa w praktyce nie wchodzi w rachubę<sup>15</sup>.

5. Bezżyteczne jest również pojęcie tzw. negatywnej formy symulacji całkowitej, polegającej na tym, że ktoś pozytywnie małżeństwa nie wyklucza, ale go też pozytywnie nie chce, przyjmując postawę zupełnej bierności. Taka postawa woli, która wobec małżeństwa nie mówi ani tak, ani nie, w rzeczywistości w ogóle nie istnieje, bo jeśli ktoś udaje się do U.S.C. lub przystępuje do ołtarza, to albo danego małżeństwa rzeczywiście chce, albo pozytywnym aktem woli je odrzuca. Przykłady tzw. negatywnej symulacji, jak dla ćwiczenia wypowiedane słowa konsensu w kancelarii parafialnej, czy małżeństwo zawierane na scenie, są przykładami zupełnie nieodpowiednimi, gdyż w tych wypadkach — z braku intencji — symulacja w ogóle nie zachodzi i stąd nie ma też potrzeby orzekania nieważności małżeństwa.

6. Mitterer polemizując w dalszym ciągu z Flattenem odnośnie do konwalidacji zwykłej małżeństwa cywilnego, szeroko rozprawia twierdzenie, że nie można w tym wypadku stosować kanonu 1133 i następujących, gdyż według brzmienia tych kanonów może być uważnione tylko *matrimonium nullum*, zaś małżeństwo cywilne katolików w sensie prawa

<sup>15</sup> Na potwierdzenie tych zapatrywań Mitterer cytuje wyrok Roty Rzym. z dn. 16. 10. 1945, Dec. S. R. R., XXXVII, dec. 62.

kościelnego nie jest *matrimonium nullum* lecz *matrimonium non existens*. W C.I.C. nie jest ono określane jako *matrimonium nullum* ale jako *matrimonium ut aiunt civile* albo jako *civilis tantum actus*. Nie będę tego argumentu szerzej przedstawiał wobec jego bezpodstawności, jak postaram się to wykazać oceniając poglądy obydwu dyskutantów.

### c. Próba oceny polemiki Flatten-Mitterer

Oceniając ogólnie poglądy obydwu autorów, trzeba stwierdzić, że przedstawiają swe zapatrywania skrajnie, kładąc nacisk na swój punkt widzenia. Mittererowi chodzi głównie o obronę ważności konsensu naturalnego *qui nulla humana potestate supleri potest*. Konsens taki, wyrażony w U.S.C., jest z prawa naturalnego wystarczający, ale z prawa kościelnego nieskuteczny. Mitterer podkreśla więc, że jeśli ktoś pragnie rzeczywistego i prawdziwego małżeństwa, to bierność jego woli przy zawieraniu ślubu kościelnego nie wyklucza ważnego małżeństwa, byle przy ceremonii kościelnej pozytywnym aktem woli nie wyłączył samego małżeństwa lub jego istotnych cech. Zewnętrzne znaki i słowa, każą domniemywać ważność aktu prawnego. Trzeba jednak zauważyć, że Flatten też nie neguje ważności konsensu naturalnego, domaga się jednak przez swoje *hic et nunc* pozytywnej woli zawarcia małżeństwa w czasie aktu kościelnego, a tej pozytywnej woli brak u nupturienta biernego. Potrzebę tej pozytywnej woli nupturienta przy ślubie kościelnym dedukuje logicznie i przekonywująco z przepisów prawa kościelnego. Można ją również wywnioskować z natury umowy małżeńskiej, a więc wydaje się też uzasadniona z prawa naturalnego.

Pojęcie tej pozytywnej woli „związania się” — jak ją niektórzy autorowie określają — nie jest w kodeksie sformułowane. Idąc jednak za argumentacją Flatte'a, można powiedzieć, że przez staranne sformułowanie kan. 1081 § 2, określającego pojęcie zgody małżeńskiej, zostało nam ono domyślnie podane. Równocześnie można stwierdzić, że pojęcie to nie jest sprzeczne z żadnymi innymi kodeksowymi przepisami. Odpowiada ono również linii wymagań Kościoła dotyczących małżeństw cywilnych, nakazanych przez władze świeckie. Słusznie stwierdza J. Möhler<sup>16</sup>, że można by mówić o istniejącej pozakodeksowej pozytywno-prawnej normie postępowania, przynajmniej *implicite* przyjętej. Jeżeli bowiem katolicy zmuszeni są zawrzeć związek cywilny przed kościelnym, powinni to czynić z intencją osiągnięcia czysto cywilnych skutków prawnych tego aktu. Dlaczego te wskazania Kościoła? — Intencja zawarcia prawdziwego małżeństwa przez akt cywilny, niegdyś *in locis tridentinis* a teraz wszędzie, czyniłaby małżeństwo stron nieważnym z powodu braku należytej formy. *In locis tridentinis* małżeństwo byłoby wprawdzie ważne, ale niegodziwe<sup>17</sup>. Kościół uważa, że odpowiednio ukierunkowana intencja kontrahenta wystarcza, by odwrócić powyższe skutki. Przez to samo potwierdza przynajmniej *implicite*, że wobec Kościoła ważne małżeństwo dochodzi do skutku wówczas, gdy z wyrażeniem zgody złączona jest intencja, że przez ceremonię kościelną kontrahent pragnie ukonstytuować związek małżeński, podczas gdy bierna wola kontrahenta tę aktualną wolę „związania się” wyklucza. Można by tezę Flatten'a poprzeć przypad-

<sup>16</sup> art. cyt., s. 222.

<sup>17</sup> Dec. S. R. R. z dn. 23. 2. 1912, AAS 4, 385.

kiem, cytowanym przez Möhlera<sup>18</sup>. W cesarskiej Austrii, proboszcz udzielający ślubu był zarazem urzędnikiem Stanu Cywilnego. Pominięcie zapowiedzi bez państwowej dyspensy było cywilną przeszkodą zrywającą. Kiedy pewnego razu proboszcz udzielił ślubu na łożu śmierci bez cywilnej dyspensy od zapowiedzi, chory zaś pozostał przy życiu, państwo dyspensując od zapowiedzi zażądało powtórzenia nieważnie udzielonego ślubu. Stolica Apostolska zezwoliła na to powtórzenie reskrytem z dn. 7. 1. 1898 ze wskazaniem, by małżonkowie w tym akcie nie widzieli zawarcia sakramentalnego związku, tylko wymagany przez państwo cywilny akt prawny. A to dlatego, że powtórzenie kryło niebezpieczeństwo, przynajmniej materialne, świętokradzkiego odnowienia konsensu, który uprzednio został wyrażony w prawnie przepisanej formie.

Mitterer w swych poglądach jest wprawdzie zgodny z przepisami kodeksu, ale w uzasadnieniu swego stanowiska interpretacja tych przepisów i niektóre argumenty, którymi zwalczą Flattenę, mogą budzić zastrzeżenia:

1. Dla poglądu Flattenę mocnym argumentem są przepisy prawa kanonicznego dotyczące konwalidacji zwykłej, w których kan. 1134 domaga się wyraźnie „nowego aktu woli”. Mitterer twierdzi, że przy konwalidacji zwykłej małżeństwa cywilnego nie można stosować kan. 1134 i następnych, gdyż małżeństwo cywilne w obliczu Kościoła nie jest *matrimonium nullum* lecz *matrimonium non existens*, czyli małżeństwem w ogóle nie istniejącym. W tym wypadku Mitterer nie ma racji, gdyż: „gdy chodzi o kontrakty cywilne, przed wydaniem, jak i po wydaniu kodeksu, praktyka Kościoła uzdrawia w związku cywilne małżeństwa”<sup>19</sup>. Wynika z tego, że Kościół respektuje istnienie konsensu małżeńskiego zdadnego do ukonstytuowania małżeństwa, ale z prawa kościelnego nieskutecznego. Stąd, jeśli chodzi o małżeństwa cywilne, można tylko mówić o małżeństwie nieważnym, a nie o małżeństwie nieistniejącym.

2. Odnosnie do konwalidacji nadzwyczajnej Mitterer twierdzi, że „fikcja prawna, stosowana w tym wypadku przez prawodawcę jest potrzebna wyłącznie do usunięcia istniejących przeszkód, by przez to zgodę małżeńską uczynić skuteczną”. I tu nie ma racji, gdyż reskrypt biskupa zawiera w tym wypadku nie tylko dyspensę od przeszkody, ale i dyspensę od ponowienia zgody.

Składowe elementy uzdrowienia w związku są następujące<sup>20</sup>:

- a. warunek bezwzględny: trwanie woli zawarcia małżeństwa, wystarczającej z prawa naturalnego,
- b. dyspensacja od przeszkody zrywającej,
- c. dyspensacja od ponowienia zgody,
- d. fikcja prawna i działanie wstecz.

Jeśli chodzi o element dotyczący zgody, to „z natury rzeczy wynika, że zgoda raz ważnie wyrażona, jeśli nie została odwołana, zachowuje swą moc na zawsze” i nie może być uzupełniona przez żadną ludzką władzę. Dlatego też nie musi być ponawiana z prawa natury. Jeżeli jednak pra-

<sup>18</sup> art. cyt., 223.

<sup>19</sup> S. Biskupski — M. Żurowski, dz. cyt., 225, w oparciu o Komisję Interpretacyjną z dn. 12. 3. 1929 — AAS 21 (1929) 170.

<sup>20</sup> j.w., 222.

wodawca domaga się ponowienia zgody, to obowiązek ten płynie z prawa kościelnego (kan. 1133 § 2)<sup>21</sup>. Trzeba więc podkreślić moment, że to ponowienie zgody jest wymogiem prawa kościelnego i jego uzupełnienia domaga się władza kościelna, a w wypadku nieuzupełnienia tego braku przez nupturienta Kościół musi udzielić dyspensy.

Sytuacja człowieka, który biernie zachowuje się przy ślubie kościelnym, stan jego woli i stan psychiczny, jest identyczny z zachowaniem się i stanem woli osoby, której bez jej wiedzy przeprowadzono nadzwyczajną konwalidację. I tu bowiem mamy do czynienia z trwającym konsensem, wystarczającym z prawa natury, ale według wymogów prawa kościelnego nieważnym. Według wymogów konwalidacji nadzwyczajnej trzeba akcją nupturienta wyręczyć akcją biskupa, wystawiającego restrykt i udzielającego dyspensy. Ponieważ nie można przyjąć mechanicznego działania ceremonii ślubu kościelnego bez udziału nupturienta ponawiającego zgodę, trzeba by i w tym wypadku postanowienia, przepisu, czy aktu prawnego, który by nadał skuteczność prawną woli niegdys z prawa naturalnego prawidłowo wyrażonej.

3. Nieistotne wydaje się następane zastrzeżenie Mitterera, dotyczące obaw, że teza Flatteny prowadziłaby do bardzo poważnych konsekwencji w dziedzinie małżeństw mieszanych. Powiada on, że „...innowiercy względnie katolicy odpadli od wiary uważają ślub cywilny za właściwy akt zawarcia małżeństwa... w ich opinii ślub kościelny jest pustą formą... gdyby teza Flatteny była słuszna, wszystkie te małżeństwa trzeba by uznać za nieważne”<sup>22</sup>. Owszem praktyczne konsekwencje tego poglądu powinny pobudzać do ostrożności i jak najdalej idącej wnikliwości przy badaniu sprawy, ale merytorycznie nie są żadnym kryterium słuszności. W poszczególnych przypadkach skutki stosowania tezy Flatteny nie byłyby wcale tak fatalne. Wystarcza przecież, że wola „związania się” jest *implicite* zamierzona. Jeśli wola zawarcia prawdziwego małżeństwa będzie poprawna, wtedy i przy małżeństwach mieszanych nie trzeba będzie się obawiać o brak woli „związania się”. Nie ma więc podstaw uogólnienie, że wszystkie małżeństwa mieszane względnie związki osób niewierzących trzeba by uznać za nieważne, tym bardziej, że nie zawsze będzie zachodziła możliwość udowodnienia braku zaktualizowanej woli zawarcia małżeństwa z wymaganą przez prawo pewnością.

4. Również niesłuszne wydaje się dalsze twierdzenie Mitterera, iż Kościół nie domaga się od innowierców takiego oświadczenia, że tylko przez ślub kościelny i wyłącznie przezeń muszą chcieć zawarcia małżeństwa, bo było by to niebezpiecznym naruszeniem wolności sumienia. Można bowiem stwierdzić, że najnowsze, posoborowe prawo kościelne łatwiej dyspensuje od formy kanonicznej, aniżeli zezwala na zawarcie małżeństwa zarówno w kościele ewangelickim i w kościele katolickim. W M.P. *Matrimonia mixta*<sup>23</sup> prawodawca zarządza: „Zabronione jest zawieranie małżeństwa przed kapłanem lub diakonem katolickim i ministrem niekatolickim w ten sposób, że każdy wykonuje równocześnie swój urząd. Nie zezwala się również, by przed lub po katolickim obrzędzie miał miejsce inny obrzęd religijny dla wyrażenia lub odnowienia zgody małżeń-

<sup>21</sup> S. Biskupski — M. Żurowski, dz. cyt., 212/223.

<sup>22</sup> art. cyt., 100.

<sup>23</sup> *Posoborowe Prawodawstwo Kościelne*, Warszawa t. 2, z. 2, 118.

skiej" Wskazuje to wyraźnie r a tendencję prawodawcy, by ważny konsens małżeński był wyrażany przy zawieraniu ślubu katolickiego.

5. Mitterer krytykuje sensowność pojęcia tzw. negatywnej symulacji całkowitej, wykazując nieadekwatność przykładów, mających tę symulację ilustrować, jak np. wyrażenie zgody małżeńskiej dla ćwiczenia w kancelarii parafialnej, lub małżeństwo pary zawierającej ślub na scenie. Można mu przyznać rację, że jest oczywiste, iż w tych wypadkach symulacja nie zachodzi z powodu braku intencji zawarcia małżeństwa, ale w naszym wypadku nie chodzi o scenę, tylko o ślub kościelny, a przykłady powyższe mają tylko ilustrować stan psychiczny kontrahenta, który w czasie ceremonii kościelnej może być podobny do tego na scenie. Kontrahent ma bowiem wolę zawarcia małżeństwa, dokonuje czynności, która nie jest sprzeczna z wolą zawarcia małżeństwa, ale problem leży w tym, czy możemy domniemywać, że przychodząc do kościoła z wolą zupełnie bierną, składa ważny konsens i czy wolno nam się domyślać, że samo przyjście do kościoła świadczy o tym, że jego wola nie jest w tym wypadku bierna. Innymi słowy otwarte są pytania: czy możemy wnioskować, że fakt przyjścia do kościoła wyklucza bierną postawę woli kontrahenta, względnie, czy zachowując zupełną bierność woli w kościele w czasie ceremonii ślubnej kontrahent składa ważny konsens. Pytania otwarte, ale domagające się odpowiedzi, jeśli z akt sprawy sądowej wynika, że nupturient zachował się w kościele dosłownie jak aktor na scenie.

#### d. Poglądy innych autorów

Pogląd Flattena podzielają niektórzy współcześni kanoniści. Już przed Flattenem, Rudolf Haeger<sup>24</sup> reprezentował pogląd, iż z natury samej umowy wynika, że tej umowy trzeba chcieć pozytywnym aktem woli. Jeśli u osoby A brak jest woli, by z osobą B zawrzeć kontrakt małżeński, wtedy umowa małżeńska nie dochodzi do skutku, choćby ten brak polegał tylko na zupełnej bierności woli, a małżeństwo nie było wykluczone aktem pozytywnym. A zatem negatywna forma symulacji całkowitej, objawiająca się w zupełnej bierności woli przy zawieraniu kontraktu, wystarcza do uzasadnienia nieważności związku. Po Flattenie pogląd jego podziela nieco chwiejnie — Józef Wenner<sup>25</sup>. W swym artykule podaje raczej w sposób relacjonujący różne zdania autorów. Zdecydowanym zwolennikiem interpretacji Flattena jest Justin Möhler w cytowanym już artykule, podobnie A. Scheuermann<sup>26</sup>, który jednak omawiane zagadnienie rozpracowuje z punktu widzenia błędu.

Omawiany przez nas problem porusza także M. Pastuszko w swym artykule: *Próba wyjaśnienia pojęcia całkowitej symulacji małżeńskiej*<sup>27</sup>

<sup>24</sup> R. Haeger, *Willensmängel bei Eheabschluss nach kanonischen und staatlichen Recht unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung der S.R.R.*, Marburg 1941, 91: „Wer vor dem Traualtar „ja“ sagt, in Wahrheit aber „Nein“ meint, dem fehlt jeder Wille, die Ehe einzugehen. Wenn der Wille zum Abschluss eines Vertrages fehlt, so braucht noch nicht ein positivus actus voluntatis vorliegen, der ausdrücklich ein Gegenteil will. Es genügt, wenn allgemein der Wille, das Erklärte auch zu wollen, fehlt“.

<sup>25</sup> J. Wenner, *Negative Totalsimulation als Eheklagegrund*, *Theologie und Glaube* 43 (1953) 125.

<sup>26</sup> A. Scheuermann, *Der Ehewille der Nichtkatholiken und der nichtpraktizierenden Katholiken*, *Osterreichische Archiv für Kirchenrecht* 9 (1958) z. 2, 3, 4.

<sup>27</sup> *Prawo Kan.* (1971) 3—4, 13—30.

Omawiając różne formy symulacji całkowitej, przedstawia między innymi opinię, że całkowita symulacja małżeńska polega na braku intencji zawarcia małżeństwa. W końcowej konkluzji autor artykułu dochodzi do wniosku, że „pod pojęciem całkowitej symulacji małżeńskiej należy rozumieć intencję, wolę niezawarcia małżeństwa w chwili wyrażania zgody małżeńskiej według odpowiedniej formy. Opinie zaś utrzymujące, że całkowita symulacja małżeńska polega na absencji woli zawarcia małżeństwa... nie wydają się oddawać pojęcia symulacji całkowitej”<sup>28</sup>.

Polemizując z pojęciem negatywnej formy symulacji całkowitej, M. Pastuszko powiada: „...trudno zrozumieć, jak brak, czyli niezaimstnienie zgody, może wykluczyć zgodę”. Można by na to odpowiedzieć: jeśli zgody nie ma, to nie trzeba jej wykluczać. Słuszna jednak wydaje się konkluzja M. Pastuszki, że nieważność małżeństwa z tytułu tzw. negatywnej symulacji całkowitej mogłaby być orzekana na mocy kan. 1081 § 2, a nie kan. 1086 § 2. I tu autor podsuwa rozwiązanie problemu, które można określić jako pośrednie (podobnie zresztą czyni Flatten). Problem bowiem leży w tym, że prawodawstwo kościelne z jednej strony domaga się do zaistnienia małżeństwa pozytywnego aktu woli zawarcia małżeństwa (kan. 1081 § 1—2). Tam gdzie brak pozytywnego aktu woli, choćby dlatego, że wola trwa w swej bierności, zachodzi brak zgody, a zatem małżeństwo nie dochodzi do skutku. Kan. 1086 § 1 każe nam domniemywać zgodę małżeńską na skutek odpowiednich słów i znaków, których używa się przy zawieraniu małżeństwa. Domniemanie z tego kanonu musi jednak ustąpić nie tylko, gdy zachodzi sytuacja z kan. 1086 § 2, kiedy to pozytywnym aktem woli wyklucza się małżeństwo, ale dopuszczalny jest także dowód na brak wymogów kan. 1081 § 1—2, bo jeśli konsensu nie ma, to żadne domniemanie go nie uzupełni. Niezależnie od tego, czy bierną postawę nupturienta nazwiemy negatywną symulacją całkowitą w oparciu o kan. 1086 § 2, czy brak pozytywnej woli nazwiemy inaczej w oparciu o kan. 1081 § 1—2, to bierność ta może stanowić tytuł do orzeczenia nieważności małżeństwa. Tak więc w teoretycznych rozważaniach o różnych formach symulacji całkowitej M. Pastuszko może mieć rację, jeśli braku pozytywnej woli zawarcia małżeństwa w formie katolickiej nie podciąga pod pojęcie symulacji całkowitej w oparciu o kan. 1086 § 2. Sądzę jednak, że wbrew opinii M. Pastuszki o nieważności małżeństwa można orzekać nie tylko wtedy, gdy nupturient „był półprzytomny albo zupełnie anormalny”. Orzeczenie takie można wydać — oczywiście po przedłożeniu dowodów przeważających domniemanie prawne — także wtedy, gdy był bierny, co właśnie w omawianej literaturze określono jako negatywną symulację całkowitą.

<sup>28</sup> ibidem s. 29. Autor podaje, że współczesnym zwolennikiem negatywnej formy symulacji jest kanonista hiszpański Francisco Javier Xiberta Hervada, który w swoim artykule *La simulacion total. Comentario a la sentencia de la S.R.R. de 22. 2. 1961 c. Canals* (*Jus Canonicum* 2 (1962) 723—760) „cytuje sentencje rotalne, orzeczenia Kongregacji św. Oficjum, Rozkrzewienia Wiary i Soboru dla wskazania, że brak intencji zawarcia małżeństwa jest symulacją całkowitą i powoduje nieważność małżeństwa”. Wywody tego kanonisty mieszczą się w cytowanym przez M. Pastuszkę zdaniu: „la carencia del animo de contraer hace nulo el matrimonio, porque, exclue el consentimiento, es decir el consentimiento interno”. Z powyższego cytatu wynika, że argumentacja J. Hervady idzie po linii argumentacji Flatteny, iż z wyrażeniem zgody zewnętrznej winna być równocześnie złączona zgoda wewnętrzna, a brak zgody wewnętrznej powoduje nieważność małżeństwa.

#### IV. ZAGADNIENIE W ŚWIETLE WYMOGÓW DO WAŻNEGO PRZYJĘCIĄ SAKRAMENTU. KRYTERIUM INTENCJI DOMINUJĄCEJ

Ponieważ omawiane zagadnienie łączy się z kwestią sakramentalności małżeństwa, trzeba je rozpatrzyć również w świetle wymogów do ważnego przyjęcia sakramentu.

Według brzmienia kan. 1012, Chrystus Pan podniósł umowę małżeńską między ochrzczonymi do godności sakramentu i dlatego nie może między ochrzczonymi powstać ważna umowa małżeńska, która by tym samym nie była sakramentem. Jeśli zatem małżeństwo ochrzczonych zostało ważne zawarte, jest ono jednocześnie sakramentalne, jeśli zaś z jakiegokolwiek tytułu umowa małżeńska jest nieważna, to nie ma również sakramentu. Umowa małżeńska i sakrament małżeństwa między ochrzczonymi różnią się tylko pojęciowo, ale nie rzeczowo<sup>29</sup>. Z prawdy o nierozdzielności umowy małżeńskiej i sakramentu wypływa fakt, że w ważnej umowie małżeńskiej, której istotnym przedmiotem jest wzajemne prawo małżonków do siebie i całkowita wspólnota życia, należy doszukiwać się pełnego znaku sakramentalnego (materii i formy). Do ważnej umowy małżeńskiej dochodzi przez obustronne i dobrowolne z jednej strony przekazanie tych praw (materia) z drugiej zaś przez ich przyjęcie (forma), jeśli dokonuje się w intencji *faciendi quod facit ecclesia*, a więc w intencji zawarcia prawdziwego małżeństwa, przy czym intencja ta musi być przynajmniej wirtualna.

Z założenia o tożsamości małżeństwa chrześcijańskiego i sakramentu wynika dalszy wniosek teologiczny, że szafarzem tego sakramentu są sami kontrahenci, a nie kapłan, który małżeństwo błogosławi. Z powyższych założeń wynika jednakże inny jeszcze wniosek, a mianowicie: jeśli umowa małżeńska i sakrament są nierozdzielne, to i kontrakt małżeński musi zawierać wszystko, co do istoty sakramentu należy, i nie może zawierać czegoś, co byłoby niezgodne z jego sakramentalnym charakterem.

Z nauki teologicznej o sakramentach wiemy, że do ważnego przyjęcia sakramentu potrzeba nie tylko ważnej materii i formy, ale i intencji przyjęcia sakramentu. Wynika z tego, że przekazanie i przyjęcie praw małżeńskich winno dokonać się pozytywnym aktem woli. Bierność woli kontrahenta, zawierającego umowę, przyjmującego i udzielającego tym samym sakramentu, jest w tym świetle niewystarczająca. Powiada np. Coronata<sup>30</sup>: „invalidum e contra esset sacramentum cum intentione quam „neutrale” appellant, susceptum seu cum subiectum nec consensit nec dissensit”. A zatem trzeba by domagać się, by kontrahenci w czasie ceremonii ślubnej w kościele mieli intencję aktualną, a przynajmniej wirtualną — *contrahendi* — gdyż w wypadku zupełnej bierności można by kwestionować przyjęcie sakramentu.

Zagadnienie, w jakich wypadkach nupturienci zawierający ważny kontrakt małżeński nie przyjmują jednak sakramentu, było oczywiście przedmiotem rozważań zarówno kanonistów, jak i dogmatyków okresu pokodeksowego i nietrudno zauważyć, że nie tylko kanoniści, ale i dogmatycy

<sup>29</sup> F. Diekamp, *Katholische Dogmatik*, Münster 1922, 353. Pohle-Gierens, *Dogmatik*, Paderborn 1937, t. 3, 602.

<sup>30</sup> M. Coronata, *Institutiones Iuris Canonici, De Sacramentis*, Torino 1951, 62.

przyjmują kanonistyczną, a nie teologiczną interpretację przyjęcia sakramentu małżeństwa. W oparciu bowiem o kan. 1012 o tożsamości umowy małżeńskiej i sakramentu oraz o kan. 1086 § 1, że zgodę małżeńską domniemywa się z odpowiednich słów i znaków, przyjmuje się ogólnie we współczesnej kanonistyce, iż jeżeli między ochrzczonymi wola zawarcia prawdziwego małżeństwa zawiera sama w sobie intencję przyjęcia sakramentu, to przyjęcie sakramentu można wykluczyć przez wyraźny i pozytywny akt woli. Jeśli bowiem nupturienti pragną wyłącznie zawarcia kontraktu małżeńskiego i wyraźnie wykluczają przyjęcie sakramentu, wtedy sakramentu nie przyjmują wówczas, gdy ich niechęć do przyjęcia sakramentu jest tak wielka, że przyjmując go nie chcą za żadną cenę, nawet i wtedy, gdyby na skutek tego wykluczenia nie mogli zawrzeć ważnego małżeństwa.

Jeżeli jednak dominująca jest wola zawarcia prawdziwego i ważnego małżeństwa, tak że wykluczenie sakramentalności ma charakter towarzyszącego błędu zwykłego, polegającego na mniemaniu, że umowa małżeńska i sakrament są do woli rozdzielne, to sakrament mimo to zostaje przyjęty. Jeśli tylko jedna strona wyklucza zamiar przyjęcia i udzielenia sakramentu i to w tak bezwzględny sposób, że przyjęcie i udzielenie sakramentu uniemożliwia, wówczas i druga strona sakramentu nie przyjmuje<sup>31</sup>.

Przy stwierdzaniu wykluczenia sakramentalności małżeństwa kanoniści posługują się kryterium intencji dominującej: jeśli intencja kontrahenta skierowana jest na zawarcie małżeństwa, to zgoda jest prawidłowa i małżeństwo jest ważne i sakramentalne. „Jeżeli jednak intencja dominująca skierowana była głównie przeciw sakramentowi, tak że utożsamia się z intencją niezawierania małżeństwa, jeśli jest sakramentem, to małżeństwo wśród chrześcijan jest nieważne”<sup>32</sup>. Stosowane ogólnie we współczesnej kanonistyce kryterium intencji dominującej przy rozpatrywaniu wykluczenia sakramentalności nasuwa rozwiązanie problemu bierności woli kontrahenta przy zawieraniu związku kościelnego poprzez badanie jego intencji dominującej. Idąc bowiem po linii kanonistycznego poglądu odnośnie do przyjęcia sakramentu i przyjmując, że według nauki Kościoła zawarcie umowy małżeńskiej jest równoznaczne z przyjęciem sakramentu, kryterium, na podstawie którego oceniamy wykluczenie sakramentu, można z pewnością stosować do oceny ważności umowy, czyli ważności wyrażenia zgody. Stosując to kryterium w wypadku bierności woli kontrahenta przy zawieraniu ślubu kościelnego trzeba by badać, jaka była jego intencja dominująca: jeżeli z okoliczności, wypowiedzi, zachowania się, obojętnego lub wrogiego ustosunkowania do religii i Kościoła wynika, że przez ceremonię kościelną zawrzeć małżeństwa absolutnie nie chciał i ta intencja była u niego dominująca, to tym samym wykluczył on nie tylko sakramentalność, ale i umowę małżeńską. Jeżeli kontrahent brałby rzecz spokojniej — jak powiada np. Mitterer — i zajmował stanowisko: jeżeli już tak musi być, to pójdę do kościoła, ale jestem przekonany, że z chwilą zawarcia małżeństwa cywilnego jestem prawnie zo-

<sup>31</sup> F. Diekamp, dz. cyt., 353. Podobnie N. Gühr, *Die heiligen Sakramente*, t. 2, Freiburg 1903, 419; H. Schell, *Katholische Dogmatik*, t. 3, Paderborn 1893, 688; Pohle - Gierens, *Lehrbuch der Dogmatik*, t. 3, Paderborn 1937, 603.

<sup>32</sup> S. Biskupski — M. Żurowski, dz. cyt., 41—42.

naty i do ślubu kościelnego nie przywiązują żadnej wagi, to według kryterium intencji dominującej trzeba by przyjąć, że kontrahent przy zawieraniu małżeństwa w U.S.C. miał wolę zawarcia prawdziwego małżeństwa i ta wola wirtualnie nadal trwa, tak że przez zawarcie ślubu w kościele dopełnia on obowiązku wymaganego przez prawo kościelne i biorąc pod uwagę domniemanie prawne, składa ważny konsens i jako ochrzczony ważnie przyjmuje sakrament.

Pytamy jednak, czy takie rozwiązanie naszego problemu jest zadowalające, wręcz, czy stosowanie kryterium intencji dominującej jest w ogóle uzasadnione?

Zenon Grocholewski w pracy traktującej o wykluczeniu nierozzerwalności ze zgody małżeńskiej i o sposobie udowodnienia tego faktu, poświęca osobny rozdział intencji dominującej<sup>33</sup>. Kwestionuje on zasadność stosowania tego kryterium i analizuje rzecz następująco: Pojęcie intencji dominującej suponuje istnienie dwóch intencji, z których jedna dominiuje nad drugą — w nawiązaniu do problemu rozpatrywanego przez autora — jest to *voluntas contrahendi* i *voluntas divortianti*. Pojęcia te trzeba należycie rozumieć: *voluntas contrahendi* nie oznacza woli zawarcia jakiegokolwiek związku, ale obiektywnie ważnego związku, tzn. nierozzerwalnego, bo tylko taki akt woli jest przeciwstawny woli rozwiedzenia się. *Voluntas divortianti* zakłada zawarcie takiego związku, który później może być rozwiązany, czyli do woli zawarcia takiego małżeństwa, które *de facto* nie jest małżeństwem, gdyż brak mu istotnego przymiotu. Powstaje pytanie, czy u kontrahenta mogą istnieć równocześnie takie dwa akty woli? Jeśli kontrahent ma wolę zawarcia związku pozbawionego istotnego przymiotu małżeństwa, to związek, który chce zawrzeć, nie jest małżeństwem, choćby sam sądził, że zawiera prawdziwe małżeństwo. W odniesieniu do zawieranego małżeństwa nie są istotne słowa, które kontrahent wypowiada przed księdzem w kościele, ale istotny jest akt jego woli. Jeśli ten akt skierowany jest na zawarcie związku rozerwalnego, to nie można powiedzieć, że kontrahent pragnie zawrzeć prawdziwe małżeństwo, ale obiektywnie, w porządku ontologicznym rzecz biorąc — pragnie pseudomałżeństwa. Kto chrzci winem, chociażby chciał ochrzcić zgodnie z nakazem Chrystusa — obiektywnie, w porządku ontologicznym — nie spełnia aktu chrztu. Jego osobiste przekonanie, że chrzest jest ważny, nie ma w tym wypadku znaczenia.

Grocholewski uważa, że stosowanie kryterium intencji dominującej jest bezużyteczne i sądzi, że jeżeli w wyrokach rotalnych używa się tego terminu, to należy go rozumieć w tym sensie, iż wykluczenie nierozzerwalności winno być pewne. Niektóre decyzje rotalne zastępują termin *voluntas praevalens* określeniem *voluntas firma* i chociaż określenie *praevalens* spotyka się w wyrokach w partiach *in iure*, to jednak nigdy w partiach *in facto*, gdzie bada się po prostu pewność woli związania się lub rozwiedzenia. Nie docieka się, która z tych intencji była dominująca, lecz bada się, czy kontrahent rzeczywiście aktem woli wykluczył nierozzerwalność.

Przenieśmy rozumowanie Grocholewskiego na nasz problem. Mitterer powiada: jeżeli kontrahent w swym osobistym przekonaniu związał się

<sup>33</sup> Z. Grocholewski, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli 1973, 93—100.

małżeństwem przez wyrażenie zgody w USC, nie może w późniejszym czasie, przy ślubie kościelnym twierdzić, że małżeństwa nie chce. Odpowiadamy: owszem, on małżeństwa chce, ale pytamy jakiego? Czy chce prawdziwego małżeństwa, czy pseudomałżeństwa? Pogląd Mitterera można by w skrócie przedstawić następująco: jeżeli ktoś pragnie zawrzeć prawdziwe i ważne małżeństwo, wtedy jego konsens jest ważny niezależnie od tego, czy został złożony w USC, czy w kościele, byle wirtualnie trwał. Trzeba się jednak zastanowić, co to znaczy chcieć „ważnego i prawdziwego” małżeństwa. Według Grocholewskiego, między ochrzczonymi, w sensie obiektywnym, ontologicznym, znaczy to chcieć małżeństwa według instytucji Chrystusa, a więc jednego, nierozzerwalnego, którego celem jest zrodzenie potomstwa. Wracając do naszego problemu, postawionego na wstępie pytamy, czy nupturient, który ma oczywiście wolę zawarcia małżeństwa, ale przez akt prawny w USC, a nie ceremonię kościelną, zawiera prawdziwe małżeństwo? Wiadomo że małżeństwo cywilne jest rozzerwalne, jeżeli więc nupturient ma wolę uparcie nastawioną *per solum actum civilem contrahere*, do kościoła zaś idzie pod presją, zachowując się biernie, to można w danych okolicznościach przyjąć, że przez akt cywilny z punktu widzenia chrześcijańskiego, zawarł pseudomałżeństwo, ponieważ pojmuje je po świecku, np. jako rozzerwalne, choćby rozwód był przez kontrahenta tylko w myślach dopuszczalny jako ewentualność, gdyby się jego małżeństwo nie udało. W tym aspekcie pogląd Flatteny zyskuje swe uzasadnienie, by przy ceremonii kościelnej domagać się zaktualizowania woli kontrahenta, że przez tę ceremonię pragnie zawrzeć „prawdziwe” małżeństwo, ustanowione według woli Chrystusa i wtedy też można przyjąć, że nupturient przyjął i udzielił sakramentu, bo uczynił to pozytywnym aktem woli, jak tego domaga się teologia.

## 5. WNIOSKI KOŃCOWE

Reasumując nasze rozważania, stwierdzamy: obojętność religijna, względnie wrogie nastawienie do Kościoła powoduje *passive se habere* do małżeństwa. Przy takiej postawie woli zawarcie małżeństwa w kościele jest działaniem, z którym kontrahent nie wiąże żadnych skutków prawnych. Konsens wyrażony w USC jest *naturaliter sufficiens*, z prawa kościelnego jednak jest nieskuteczny, a więc nieważny. Uznaje się ważność konsensu naturalnego tylko u niekatolików. Konsens naturalny w świetle przepisów kanonicznych staje się ważny wtedy, gdy:

- 1) zostaje w Kościele wyrażony,
- 2) gdy zostaje w Kościele uważniony.

W kościele staje się ważny, gdy zostaje do kościoła „przyniesiony” I tu mamy do czynienia z faktem, że kontrahent „przynosi” go do kościoła, wciąga w życie Kościoła, czyli czyni zadość przepisom Kościoła, poddaje się jego wymogom. Ale według Flatteny powstaje pytanie, czy tego rodzaju bierne poddanie się wymogom prawa kościelnego jest wystarczające do zawarcia kontraktu i przyjęcia sakramentu. Nupturient występuje w tym wypadku jako szafarz sakramentu, jako ktoś, kto nie tylko poddaje się przepisom Kościoła, ale sakramentu udziela i sakrament przyjmuje. Bez udziału pozytywnej woli nupturienta sprawa schodzi na

prostą rejestrację małżeństwa w Kościele. Wobec ogólnie przyjętej nauki Kościoła, że z woli Chrystusa, poprzez wyrażenie prawdziwej zgody małżeńskiej sakrament przyjmuje się *eo ipso*, trzeba by domagać się, by wyrażenie zgody małżeńskiej, woli zawarcia prawdziwego małżeństwa, dokonywało się pozytywnym aktem woli przy ceremonii kościelnej. Bierność woli byłaby w tym świetle niewystarczająca. Z tego względu teza Flattena wydaje się uzasadniona, ale do czasu, dopóki interpretacyjna władza kościelna nie zajmie stanowiska wobec problemu tzw. negatywnej symulacji całkowitej, trzeba by sprawy sporne rozstrzygać według dotychczasowych ogólnie przyjętych kryteriów, a w wypadku zachodzących wątpliwości, w oparciu o kan. 1014, rozstrzygać na korzyść ważności związku małżeńskiego.

## KAN. 1086 § 2 UND DER PASSIVE WILLENSAKT DES KONTRAHENTEN BEI EHESCHLISSUNG

### Zusammenfassung

Der Autor zeigt in seinem Artikel die Polemik zweier Kanonisten: H. Flatten und H. Mitterer angesichts des passiven Willenaktes bei der Eheschliessung.

Die religiöse Indifferenz oder auch eine feindliche Einstellung zur Kirche bewirkt oft ein „passive se habere“ zur Ehe. Bei so einer Willenshaltung ist die Eheschliessung in der Kirche ein Akt, mit dem die Kontrahenten keine rechtliche Folgen verbinden. Der Konsens im Standesamt ist natürlich sufficiens, aber im Lichte des Eherechts unwirksam. Der naturale Konsens gilt nur dann, wenn er in der Kirche ausgesprochen oder in der Kirche saniert wird. In der Kirche wird er gültig, wenn er in sie „hineingebracht“ wird. Der Kontrahent bringt ihn zwar in die Kirche hinein, aber es entsteht die Frage, ob so ein passives Verhalten zu einem Sakrament ausreicht (Flatten). Der Nupturient erteilt sich ja selber und empfängt auch selbst das Sakrament. Ohne dem positiven Willen kommt nur eine gewöhnliche Registrierung der Ehe zustande. Nach der allgemein angenommenen Lehre der Kirche, wonach man das Sakrament nur durch den wahren Ehekonsens empfangen kann, müsste man fordern, dass der Wille zur Ehe durch einen positiven Willensakt gezeigt wird. Die Passivität reicht sonst nicht aus. Aus diesem Grunde scheint die These Flattens begründet zu sein, aber bis zur Zeit, wo die interpretative Behörde nicht eingreift, muss man alle Rechtsstreite nach den bisherigen Kriterien, im Zweifelsfall zugunsten des bestehenden Ehebandes entscheiden.