

Ks. REMIGIUSZ SOBĄŃSKI

SYMULACJA CZĘŚCIOWA W UJĘCIU K. 1086 § 2 A NAUKA O MAŁŻEŃSTWIE KONSTYTUCJI „GAUDIUM ET SPES”

Treść: I Symulacja jako przyczyna nieważności małżeństwa wg orzecznictwa kościelnego. — II. Trudności praktyczne wynikające z zasad stosowanych przez orzecznictwo kościelne. — III. Tradycyjna nauka o dobrach małżeństwa. — IV. Dobra małżeństwa wg *Gaudium et spes*. — V. Wnioski z nauki o małżeństwie konstytucji *Gaudium et spes* dla traktatu o konsensie małżeńskim. — Zakończenie.

I. SYMULACJA JAKO PRZYCZYNA NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA WG ORZECZNICTWA KOŚCIELNEGO

K. 1086 § 2 oddaje doktrynę kard. Gasparriego stwierdzającego, że pełny konsens polega na intencji zawarcia kontraktu, zobowiązania się i wykonania zobowiązań. Konsens zaś symulowany polega wg Gasparriego: (a) na braku intencji zawarcia kontraktu, albo (b) na braku intencji zobowiązania się — przy zachowanej intencji zawarcia kontraktu, albo też wreszcie (c) na braku intencji wykonania zobowiązań — przy zachowanej intencji zawarcia kontraktu i zobowiązania się. W pierwszym wypadku zachodzi symulacja w znaczeniu ścisłym, tzw. symulacja całkowita, w drugim i trzecim symulacja w sensie mniej właściwym, tzw. symulacja częściowa. Wg kard. Gasparriego symulacja całkowita powoduje nieważność kontraktu, zaś symulacja w postaci intencji niewykonania zobowiązań nie unieważnia małżeństwa.¹

Spór, czy druga postać symulacji, polegająca na braku intencji zobowiązania się przy zachowanej intencji zawarcia małżeństwa, powoduje nieważność małżeństwa, został praktycznie rozstrzygnięty przez k. 1086 § 2 stwierdzający, że kto pozytywnym aktem woli wyklucza całe prawo do pożycia małżeńskiego lub istotne przymioty małżeństwa, zawiera je nieważnie.² Ta właśnie postać symulacji jest przedmiotem naszych rozważań.

Symulacja częściowa polega na wykluczeniu pozytywnym aktem woli: (a) całego prawa do pożycia małżeńskiego, (b) jedności małżeńskiej, (c) nierozzerwalności małżeńskiej.³ Owo prawo do pożycia małżeńskiego i to wyłącznego i dozgonnego jest treścią konsensu małżeńskiego, określonego przez k. 1086 § 2 jako akt woli, którym obydwie strony przekazują i przyjmują dozgonne i wyłączne prawo do ciała co do czynności zdalnych z siebie do wydania potomstwa. Znajdujemy tutaj trzy istotne elementy, do których nupturient się zobowiązuje: jeden utożsamia się z celem małżeństwa, pozostałe dwa to jego istotne przymioty.

W świetle ustaleń orzecznictwa kościelnego symulacja częściowa zachodzi:

¹ *Tractatus canonicus de matrimonio*, Polyglottis Vaticanis² 1932, II, n. 814, s. 36.

² Por. SRR Dec. 27 (1935) d. 54, n. 3.

³ K. 1086 § 2 łącznie z k. 1013 § 2.

a) Jeśli któryś z nupturientów wyklucza wszelkie prawo do aktów z siebie zdalnych do wydania potomstwa. To prawo do aktów z siebie zdalnych do zrodzenia potomstwa łączy się z celem (pierwszorzędnym) małżeństwa i wg orzecznictwa kościelnego symulacja taka zachodzi wówczas, gdy nupturient wyklucza prawo do potomstwa. Jest przy tym rzeczą obojętną sposób, w jaki pierwszorzędny cel małżeństwa ma być udaremniony — np. przez odmówienie prawa do pożycia w ogóle, praktyki antykoncepcyjne, spędzenie płodu, korzystanie z małżeństwa wyłącznie w dni nieplodne itd.

Problemem dyskutowanym było „*omne ius*”. Przyjęła się jednak interpretacja, że całe prawo musi być przekazane, bez żadnego ograniczenia. Stąd czasowe wykluczenie potomstwa („dzieci będziemy mieć dopiero, gdy kupimy samochód”) czy też ograniczenie ilości potomstwa stanowi wadę konsensu, jest bowiem ograniczeniem prawa.⁴

W praktyce wyłania się jednak trudność, czy akt woli nupturienta był istotnie wykluczeniem prawa do potomstwa, czy też był tylko postanowieniem niewykonania prawa. To ostatnie nie uszczuplając prawa nie powoduje też wady konsensu. Rozróżniając więc między wolą niezobowiązania się i wolą niewypełnienia zobowiązań docieka się w poszczególnym wypadku, jaka była wola nupturienta.

Natrafia się tu jednak na trudność wynikającą z faktu, że rozróżnienie takie jest wprawdzie logiczne, gdyż czym innym jest przyjęcie prawa, a czym innym chęć jego wykonania, ale psychologicznie jest to rozróżnienie mało prawdopodobne. Mamy bowiem po prostu do czynienia z nupturientem, dla którego obce są finexje prawne, ale który po prostu wie i postanawia, że w jego małżeństwie dziecko będzie dopiero, gdy uzyska mieszkanie.⁵

Aby więc wybrnąć z sytuacji, przyjmuje się domniemanie, że czasowe wykluczenie potomstwa oznacza zamiar niewykonania zobowiązań, zaś wykluczenie na stałe oznacza wykluczenie prawa do potomstwa. Jest to jednak tylko domniemanie mające pomóc w rozstrzygnięciu sprawy, nie zmienia ono zasadniczego faktu, że nie tylko całkowite wykluczenie prawa do potomstwa, lecz nawet częściowe powoduje wadę konsensu.⁶

b) Jeśli któryś z nupturientów wyklucza jedność małżeńską. Przymiot jedności małżeńskiej łączy się ściśle z prawem do ciała odnośnie do aktów zdalnych z siebie do zrodzenia potomstwa. Prawo do ciała współmałżonka jest prawem wyłącznym, tak więc wykluczenie tej wyłączności oznacza wykluczenie jedności, istotnego przymiotu małżeństwa. Wykluczenie takie następuje, gdy nupturient wprawdzie przekazuje wzajemnie współmałżonkowi prawo do ciała, ale zarazem pozytywnym aktem woli zastrzega sobie prawo do obcowania cielesnego z inną osobą.

Również w odniesieniu do aktu woli godzącego w jedność małżeńską

⁴ Por. SRR Dec. 16 (1924) d. 14, n. 2; 33 (1941) d. 33, n. 2, 3.

⁵ „Qui contrahit cum intentione vel conditione prolem vitandi vel fidem non servandi, rarissime dicit: ius ad actus vere coniugales excludo, vel, matrimonium contraho sub conditione ius ad fidem excludendi, quia plerumque, ut non dicamus semper, distinctionem inter ius et eius exercitium, inter obligationem et eius adimpletionem non cognoscit, vel ad illam non animadvertit” — sent. Trib. Quebecen de die 13. I. 1961 (Mon. Eccl. 86 (1961) 389).

⁶ Por. K. K o n i e c z n y, *Nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia potomstwa*, At. Kapł. 56 (1958) 432.

rozdziela się między intencją zobowiązania się i intencją wykonania zobowiązania. Rozróżnienie to bazuje na stwierdzeniu, że można przyjąć i przekazać prawo jedności małżeńskiej, a zarazem nie chceć dochować tego prawa. Zamiar zaś niewykonania nie należy do istoty konsensu. Rozróżnienie to jest niewątpliwie logiczne, ale psychologicznie niełatwo jest pomyśleć taki stan woli, która by chciała wewnętrznie przyjąć zobowiązanie do jedności małżeńskiej i równocześnie z góry nie chciała dotrzymać tego zobowiązania.

c) Jeśli któryś z nupturientów wyklucza nierozzerwalność małżeńską. Prawo do ciała współmałżonka jest prawem dożgonnym, nierozzerwalność jest istotnym przymiotem małżeństwa, wśród chrześcijan dodatkowo wzmocniona jest sakramentalnością małżeństwa. Stąd nieważne jest małżeństwo z góry ograniczone czasowo, a także małżeństwo, którego trwałość uzależnia się od pewnych okoliczności, a więc rezerwuje się prawo swobodnego rozejścia „w razie czego” Hipotetyczne dopuszczenie rozzerwalności małżeństwa godzi w jego nierozzerwalność. W odniesieniu do nierozzerwalności nie dostrzega się logicznej możliwości rozróżnienia między intencją zobowiązania się i intencją wykonania, gdyż intencją rozejścia się, nawet hipotetyczna, jest równoznaczna z niezobowiązaniem się do dożgonności.

II. TRUDNOŚCI PRAKTYCZNE WYNIKAJĄCE Z ZASAD STOSOWANYCH PRZEZ ORZECZNICTWO KOŚCIELNE

Spróbujmy powyższe ustalenia ustawić w konkretnej rzeczywistości, to znaczy skonfrontować z wolą małżeńską, z jaką dziś często — a może nawet przeważnie? — się spotykamy. Łatwo powiedzieć, jaka winna być wola małżeńska, ale stosując normy prawne o konsensie małżeńskim musimy widzieć człowieka właśnie takim, jakim on — niestety? — jest.⁷ Wypaczone poglądy na małżeństwo, jego jedność, nierozzerwalność i cel mają zbyt bogatą literaturę, znalazły też wielokrotnie bolesne echo w dokumentach kościelnych, by na tym miejscu trzeba było specjalnie uzasadniać twierdzenie, że takie nieraz wykrzywione poglądy zadomowiły się również w umysłach nupturientów katolickich.

Dopóki ta niezgodność z nauką katolicką pozostaje w sferze umysłu, nie wywiera ona w myśl k. 1084 skutków godzących w konsens. Ale błąd ten może łatwo wywierać deformujący wpływ na wolę i wtedy staje się źródłem zastrzeżeń przeciw jedności, nierozzerwalności, czy też potomstwu, staje się źródłem właśnie owego pozytywnego aktu woli, o którym w k. 1086 § 2. Wiadomo, że poglądy w dziedzinie tak żywo człowieka obchodzącej jak małżeństwo raczej nie pozostają w sferze teoretycznych, abstrakcyjnych prawd nie wpływających na wolę, lecz kształtują nastawienie człowieka, jego dążenia, pociągają za sobą wolę. Z rzutowaniem i wpływem tych poglądów na wolę małżeńską spotyka się raz po raz sądownictwo kościelne, a także duszpasterze przy spisaniu protokołu przedślubnego.

Rzeczywistości tej należy spojrzeć w oczy. W czasie badań przeprowadzonych jesienią 1964 roku w dwóch parafiach (podmiejskiej i wiej-

⁷ SRR Dec. 31 (1939) d. 40, n. 6.

skie] na Warmii spośród 732 odpowiadających 15⁰/₀ zakwestionowało stanowisko Kościoła nie uznającego rozwodów, zaś przeszło 22⁰/₀ zdecydowałoby się na rozwód w razie konieczności.⁸ Wynik ten jest ciekawy o tyle, że odsetek ludzi, którzy zdecydowałiby się na rozwód, jest większy niż odsetek ludzi afirmujących rozwody. Oznacza to deformację woli, mimo że w sferze intelektualnej nie ma błędu.

Wyniki tych badań są jednak odmienne od rezultatów badań przeprowadzonych przez inne ośrodki, wg których liczba osób popierających rozwody osiągnęła w Polsce 70⁰/₀ ankietowanych.⁹

Niezależnie od tego, które wyniki badań przyjmujemy, musimy uznać, że część naszych nupturientów spodziewając się, że ich związek będzie trwały, przyjmuje jednak hipotetyczną możliwość rozejścia się, gdyby zaistniałe okoliczności tego wymagały. Takie zaś nastawienie woli godzi w świetle k. 1086 § 2 w nierozzerwalność małżeńską i powoduje wadę konsensu, traktuje bowiem małżeństwo jako związek zasadniczo rozzerwalny.¹⁰

Wola taka godzi najczęściej również w jedność małżeńską, gdyż z doświadczenia wiadomo, że osoby rozwiedzione w ogromnej większości wypadków łączą się z innymi osobami.

Nie ulega również wątpliwości, że planowanie rodziny jest zjawiskiem powszechnym. Planowanie to jest w sposób zasadniczy akceptowane przez Kościół (abstrahujemy w tym kontekście od środków, przy których pomocy reguluje się liczbę potomstwa): „Małżonkowie wiedzą, że w spełnianiu obowiązku, jakim jest przekazywanie życia i wychowywanie, obowiązku, który trzeba uważać za główną ich misję, są współpracownikami miłości Boga Stwórcy i jakby jej tłumaczami (...) Zgodną radą i wspólnym wysiłkiem wyrobią sobie słuszny pogląd w tej sprawie, uwzględniając zarówno swoje własne dobro, jak i dobro dzieci, czy to już zrodzonych czy przewidywanych, i rozeznając też warunki czasu oraz sytuacji życiowej tak materialnej, jak i duchowej, a w końcu licząc się z dobrem wspólnoty rodzinnej, społeczeństwa i samego Kościoła”.¹¹

Jeśli więc nupturienti powołując się na powyższy tekst ustalą, że dzieci będą mogli mieć dopiero za trzy lata, a w ogóle tylko troje dzieci, i z takim to pozytywnym aktem woli odnośnie do potomstwa wyrażą zezwolenie małżeńskie, to będzie ono prawidłowe czy nie?

⁸ W. Piwowski, *Moralność jako sprawdzian żywotności religijnej katolików południowej Warmii*, *Studia Warmińskie* 3 (1966) 149 ns.

⁹ A. Podgórecki, *Zjawiska prawne w opinii publicznej*, Warszawa 1964, 68.

¹⁰ „Ad dirimendum vinculum matrimoniale necesse non est, ut contrahentes absolute et pro omni casu sibi proponant nisi solubile non contrahere, sed sufficit, ut sibi hypothetice tantum, si casus ferat, e. g. si res familiaris non bene cedat, sibi ius reservert disrumpendi unionem et faciendi divortium; hoc enim ipso limitant consensum et matrimonii indissolubilitatem excludunt” — C. Holböck, *Tractatus de iurisprudencia Sacrae Romanae Rotae...*, Graetiae 1957, 134. Por. także: Wł. Szafranski, *Motywy prawne w sprawach małżeńskich rozpatrywanych przez sądy Kościoła rzymskokatolickiego*, Włocławek 1966, 133.

¹¹ Konst. *Gaudium et spes*, n. 50 — AAS⁵⁸ (1966) 1025—1120, Cyt. wg tłumaczenia w miesięczniku *Znak* 18 (1966) 1212. Warto też przytoczyć w tym miejscu fragment encykliki *Pawła VI Humanae vitae*, która ukazała się już po napisaniu niniejszego artykułu: „Si postea ad conditiones physicas, psychologicas et sociales respicimus, ii paternitate conscia fungi dicendi sunt, qui aut prudenti consideratione magnoque animo ducti, statuunt numerosiores suscipere liberos, aut, seriis causis moralibusque praecipis observatis, animum inducunt ut, vel ad certum vel ad incertum tempus, alium

Sędzia postawiony przed takim pytaniem będzie dochodzić, czy było to ograniczenie prawa, czy też tylko postanowienie naruszania prawa. Ale nupturient, który podejmował ów akt woli, nie rozróżniał w ten sposób. Jego zdanie: „dzieci będziemy mieć dopiero za trzy lata” można rozumieć zarówno w sensie ograniczenia prawa do potomstwa, jak też w sensie ustalenia sposobu korzystania z tego prawa. Podobnie jak zdanie: „w razie czego to się rozejdziemy”, można uznać jako błędne zapatrzywanie pozostające w sferze intelektu, jak też jako wadę woli. Sędzia biegły w prawie znajdzie szereg domniemań pozwalających mu uformować sąd¹², ostatecznie zaś sięgnie do k. 1014 o uprzywilejowanym stanowisku prawnym małżeństwa. Faktem jednak pozostaje, że owe finezyjne rozróżnienie między intencją niezobowiązania się i intencją niewykonania zobowiązań, jak też między zwykłym błędem, pozostającym w sferze intelektu i błędem kwalifikowanym, kształtującym wolę, okazują się nieadekwatne w stosunku do rzeczywistości, jako że nie liczą się z psychologią człowieka zawierającego małżeństwo. Co więcej, sposób w jaki przeprowadza się te rozróżnienia, nasuwa wrażenie, jakby chodziło o osłabianie skutków, które by wynikały z konsekwentnego stosowania k. 1086 § 2.¹³ Konsekwentne bowiem stosowanie tego kanonu, wg interpretacji tekstu podawanej w motywacji prawnej wyroków kościelnych, prowadzić by musiało do wniosku, że konsens większości małżeństw jest podejrzanym.¹⁴ Ponieważ wniosek ten jest nie do przyjęcia,¹⁵ należy krytycznie przyrzeć się k. 1086 §2.

lilium non gignant. Porro ea, de qua loquimur, conscia paternitas praecipue aliam eamque intimam secum fert rationem, pertinentem ad ordinem moralem, quem obiectivum vocant, a Deoque statutum, cuius recta conscientia est vera interpret. Quapropter paternitatis consciae munus id postulat, ut coniuges sua officia erga Deum, erga seipsos, erga familiam, erga humanam societatem agnoscant, rerum bonorumque ordine recte servato" (n. 10). „Recta autem et honesta nascituae prolis ordinatio id primum a coniugibus postulat, ut vera vitae familiaeque bona penitus agnoscant et existiment, itemque sibi ac suis motibus perfecte moderari consuescant. Nihil profecto est dubium, quin naturae impetibus, rationis liberaeque voluntatis ope, imperare asceseos sit opus, ut nempe amoris significationes, coniugalis vitae propriae, cum recto ordine congruant; quod praesertim ad usum continentiae, certis temporis intervallis servandae, requiritur" (n. 21) AAS 60 (1968) 488 nss.

¹² Por. SRR Dec. 36 (1944) d. 30, n. 4.

¹³ Inną próbą osłabienia k. 1086 § 2 jest praca D. Staffy: *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1952, stojąca na stanowisku, że pozytywny akt woli, o którym w k. 1086 § 2, to nic innego jak nieujawniony warunek. Brak ujawnienia warunku jest wg Staffy jedynym momentem różniącym k. 1086 § 2 od k. 1092. Por. także: K. Konieczny, art. cyt. 437—439; Wł. Szafranski, *Motywy prawne w sprawach małżeńskich rozpatrywanych przez Sądy Kościoła rzymskokatolickiego*, 145.

¹⁴ Stąd spostrzeżenie sentencji rotalnej coram Pinna z 15. 121. 966 (Ephem. Iuris Can. 23 (1967) 290), że jeśliby przyjął, iż jakiegokolwiek wykluczenie potomstwa powoduje nieważność małżeństwa, zachowałoby się zaledwie jedno małżeństwo na sto. Sentencja podkreślając, że nieważność powoduje tylko wykluczenie prawa do potomstwa, przyznaje, że rozróżnienie takie jest nieznanne nupturientom, natomiast sędzia winien dojść, czy akt woli nupturienta godzi w prawo do potomstwa, czy też dotyczy tylko wykonania prawa. Sentencja wymieniona nie dostrzega jednak, że tego rodzaju orzeczenie sędziego („wykluczono prawo do potomstwa”) wtłacza w konsens elementy, których nie było w świadomości nupturienta.

¹⁵ „Universitas fidelium qui unctionem habent a Sancto, in credendo falli nequit, atque hanc suam peculiarem proprietatem mediante supernaturali sensu fidei totius populi manifestat, cum ab Episcopis usque ad extremos laicos fideles universalem suum consensum de rebus fidei et morum exhibet" — konst. „*Lumen gentium*" n. 12

III. TRADYCYJNA NAUKA O DOBRACH MAŁŻEŃSTWA

Kanon ten w drugiej, interesującej nas części brzmi: „kto wyklucza całe prawo do pożycia małżeńskiego albo któryś z istotnych przymiotów małżeństwa, zawiera je nieważnie” Natomiast tytuł spraw o nieważność małżeństwa prowadzonych na podstawie tego kanonu określa się: *simulatio contra bonum prolis, c. bonum fidei* czy wreszcie *c. bonum sacramenti*. Orzecznictwo kościelne stosuje do prawa do pożycia małżeńskiego określenie dobro potomstwa, jedność małżeńską utożsamia z dobrem wiary, a nierozzerwalność z dobrem sakramentu. Jest to nawiązanie do nauki św. Augustyna, który w doktrynie o trzech dobrach przedstawił syntezę swojej nauki o małżeństwie.¹⁶ Św. Augustyn nie wspomina celu małżeństwa,¹⁷ aczkolwiek w prokreacji widzi pierwszą i naturalną przyczynę małżeństwa.¹⁸ Nie traktuje też wprost o przymiotach małżeństwa¹⁹. Zarówno cel jak i obydwa istotne przymioty mieszczą się w dobru potomstwa, wiary i sakramentu.²⁰ Są to dobra przysługujące wg św. Augustyna małżeństwu z jego natury.²¹ Usprawiedliwiają one małżeństwo, które w koncepcji augustiańskiej jest wartością względną, uzasadnioną niebezpieczeństwem niewstrzemięźliwości.²²

Autorzy średniowieczni podejmują naukę św. Augustyna o trzech dobrach małżeństwa. Wg św. Tomasza są to istotne i naturalne dobra małżeństwa czyniące je czymś godziwym.²³

Począwszy od wieku XVI nauka o dobrach małżeństwa — coraz bardziej precyzyjna — nie jest już podawana w kontekście usprawiedliwienia małżeństwa, lecz traktuje o nich, jako o wewnętrznych walorach małżeństwa, które dzięki nim jest czymś z natury swojej dobrym.²⁴

Nauka o dobrach małżeństwa coraz częściej pojawia się w kontekście ważności małżeństwa.²⁵ U szeregu autorów znajdujemy naukę o dobrach małżeństwa właściwie tylko w kontekście jego ważności.²⁶

Ustawienie nauki o dobrach małżeństwa w problematyce jego ważności

¹⁶ U. Navarette, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Periodica 56 (1967) 554.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ Propagatio itaque filiorum, ipsa est prima et naturalis et legitima causa nuptiarum” — *De coniugiis adulterinis* 2, 12.

¹⁹ U. Navarette, art. cyt. 555.

²⁰ „In fide attenditur ne praeter vinculum coniugale cum altero vel altera concumbatur; in prole, ut amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur; in sacramento aulem, ut coniugium non separetur, et dimissus aut dimissa, nec causa prolis, alteri coniugatur. Haec est tamquam regula nuptiarum, qua vel naturae decoratur fecunditas vel incontinentiae regitur pravitatis” — *De Gen. ad Litt.* 9, 7, 12.

²¹ „Bonum ergo sunt nuptiae in omnibus quae sunt propria nuptiarum: Haec autem tria sunt: generandi ordinatio, fides pudicitiae, coniubii sacramentum” — *De peccato originali* c. 34.

²² „Illi quippe infirmitati hos est, incontinentiae voluit Apostolus subveniri honestate nuptiarum. Non enim ait, si filios non habet, nubat; sed si se non continet, nubat. Filiorum quidem propagine compensatur quod incontinentiae nubendo aditur. Nam ubique incontinentia vitium est, coniugium autem non est vitium; et ideo fit per hoc bonum ut illud veniale sit malum” — *De coniugiis adulterinis* 12, 12.

²³ Suppl q. 49, a. 1.

²⁴ U. Navarette, art. cyt. 559.

U. Navarette, tamże.

Np. T. Schäfer, *Das Eherecht nach dem CIC*, Münster⁷ 1921, 18 i 166; S. Bis-

ci pociągnęło za sobą konieczność dochodzenia, co jest istotną treścią tych dóbr. Jako treść istotną (*bonum essenziale*) rozumie się to minimum, do którego muszą zmierzać nupturienci, aby ich zezwolenie małżeńskie było wystarczające jako przyczyna sprawcza małżeństwa.²⁷

Ustalenie istotnej treści dóbr małżeństwa przedstawia dość duże trudności. Poglądy autorów w kwestii, co stanowi istotną treść dobra potomstwa, można podzielić na cztery opinie:²⁸

a) Istotne dobro potomstwa polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich. A więc *actus per se apti ad generationem* muszą być *actus naturalj modo peragendi*. Opinię taką przedstawił po raz pierwszy w roku 1927 De Smet,²⁹ poparł ją jeszcze tego samego roku — a także w dalszych wydaniach swego podręcznika — Creusen.³⁰ Wg tej opinii zastrzeżenia czy warunki, które nie naruszają aktu małżeńskiego, lecz tylko godzą w jego skutki, nie naruszają konsensu, gdyż przedmiotem kontraktu jest prawo do aktów małżeńskich, takich, jakie stanowią dopełnienie małżeństwa. Opinia ta daje bardzo proste i jasne określenie treści dobra potomstwa, rozwiązuje wiele trudności, ma jednak tę słabą stronę, że jest przeciwna stałej tradycji kanonistycznej.³¹

b) Istotne dobro potomstwa polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich i powstrzymaniu się od działania niweczącego efekt tych aktów. Po raz pierwszy przedstawił taką opinię Ivo Zeiger,³² powtarza ją Hürth.³³ Opinia ta rozróżnia między elementami pozytywnymi i negatywnymi aktów małżeńskich. Jest ona bardziej zgodna z tradycją kanoniczną, nie tłumaczy jednak, jaki zasięg obejmuje owa działalność niwecząca efekt aktów małżeńskich.³⁴

c) Istotne dobro potomstwa polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich i dobru fizycznym potomstwa. Teorię tak ujmującą istotny przedmiot (łącznie z jednością i nierozzerwalnością) konsensu małżeńskiego można uznać za powszechną.³⁵ Wśród jej zwolenników spotykamy takie nazwiska jak Chelodi,³⁶ Regatillo,³⁷ Vidal,³⁸ Jone,³⁹ Knecht,⁴⁰ Blat,⁴¹ Trieb.⁴² Najogólniej rzecz ujmując, dobro fizyczne potomstwa

kupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymsko-katolickiego*, Warszawa 1956, 286 ns.

²⁷ U. Navarette, art. cyt. 560.

Por. P. Huizing, *Bonum prolis ut elementum essenziale obiecti formalis consensus matrimonialis*, Gregorianum 43 (1962) 663.

²⁸ *Tractatus theologico — canonicus de sponsalibus et matrimonio*, Brugis⁴ 1927, 130, n. 155.

³⁰ A. Vermeersch, J. Creusen, *Epitome Iuris Canonici, II*, Mechliniae⁷ 1954, n. 381, s. 271.

³¹ P. Huizing, art. cyt. 667.

³² *Nova matrimonij definitio*, Periodica 20 (1931) 53—59.

³³ *Dubium circa obiectum contractus matrimonialis*. Periodica 38 (1949) 207—213.

³⁴ P. Huizing, art. cyt. 668.

³⁵ P. Huizing, art. cyt. 669.

³⁶ *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici, Tridenti³* 1921, n. 125, s. 135.

³⁷ *Ius sacramentarium*, Santander 1960, n. 1039, s. 533.

³⁸ F. Wernz — P. Vidal, *Ius canonicum...*, V *Ius matrimoniale*, Romae 1925, n. 28, s. 32; podobnie: F. Wernz — P. Vidal — P. Aguirre, *Ius canonicum*, V *Ius matrimoniale*. Romae³ 1946, n. 28, s. 35.

³⁹ *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, II Paderborn 1954, 220.

⁴⁰ *Handbuch des katholischen Eherechts*, Freiburg 1928, 40.

⁴¹ *Commentarium textus Codicis Iuris Canonici, III De rebus, Pars I: De Sacramentis*, Romae² 1924, n. 401, s. 491.

⁴² *Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts...*, Breslau 1925, 42.

polega na jego poczęciu, urodzeniu i zachowaniu życia. Autorzy przyjmujący tę opinię uzasadniają ją określeniem prokreacji przez k. 1013 § 1 jako pierwszorzędnego celu małżeństwa. Opinia ta napotyka na trudności przy konfrontacji z k. 1081 § 2, wg którego przedmiotem konsensu jest (dozgonne i wyłączne) prawo do aktów cielesnych zdatnych z siebie do zrodzenia potomstwa. Autorzy nie tłumaczą, w jaki sposób prawo do skutków tego pożycia sprowadzają do istotnej treści prawa do samego pożycia.⁴³ Opinia ta wyraźnie czy milcząco po prostu poszerza treść k. 1081 § 2.

d) Istotne dobro potomstwa polega na prawie i obowiązku do naturalnych aktów małżeńskich oraz do dobra fizycznego i duchowego potomstwa. Opinię tę reprezentują przede wszystkim Coronata⁴⁴ i Capello.⁴⁵ Opinia ta bierze jako punkt wyjściowy k. 1013 § 1, wg którego pierwszorzędnym celem małżeństwa jest rodzenie i wychowanie potomstwa. Większość autorów wyraźnie jednak odrzuca tę opinię i stwierdza, że dobro duchowe nie należy do istoty dobra potomstwa.⁴⁶ Zauważyć przy tym wypada, że właśnie ta opinia jest najbardziej konsekwentna, gdy nawiązuje do k. 1013, który przecie mówi o zrodzeniu i wychowaniu potomstwa. W przeciwieństwie do poprzedniej nie zacieśnia wychowania do wychowania fizycznego. Natomiast przedstawiciele tej opinii również nie zauważają poszerzenia przez nich k. 1081 § 2 przez postawienie znaku równości między prawem do aktów i prawem do ich skutków.

Wymienione cztery opinie co do treści dobra potomstwa ująć można w dwie grupy: pierwsza ogranicza tę treść do aktów małżeńskich, druga obejmuje także skutki tych aktów. Opinie drugiej grupy wykraczają poza treść k. 1081 § 2 i 1086 § 2. Wiążą one zagadnienie konsensu i jego wady z pierwszorzędnym celem małżeństwa, o którym jest mowa gdzie indziej, bo w k. 1013 § 1.⁴⁷ Takie połączenie ma jednak rzeczowe racje. W świetle bowiem nauki katolickiej nie można rozpatrywać aktów małżeńskich w oderwaniu od ich naturalnego celu.⁴⁸ Ponadto porównanie k. 1013 z k. 1086 § 2 sugeruje takie nawiązanie, gdyż mówiąc o wykluczeniu istotnych przymiotów małżeństwa tym samym każe sięgać do k. 1013 § 2, w którym te przymioty są wyliczone. Wzmianka zaś o wykluczeniu całego prawa do aktów małżeńskich każe odnieść się nie tylko do k. 1081 § 2, ale także do k. 1013 § 1, którego k. 1086 § 2 jest niejako odpowiednikiem.

Stąd chociaż nigdzie w Kodeksie nie ma wzmianki, by wykluczenie pierwszorzędnego celu małżeństwa powodowało jego nieważność, to jednak jurysprudencja kościelna uznaje małżeństwa takie za nieważne. Stosuje w tym wypadku interpretację już nie szeroką, lecz poszerzającą

⁴³ P. Huizing, art. cyt. 676.

⁴⁴ *De sacramentis tractatus canonicus, III De matrimonio et sacramentalibus*, Taurini³ 1957, n. 463, s. 625.

⁴⁵ *Tractatus canonico moralis de sacramentis, V De matrimonio*, Taurini⁷ 1961, n. 538 bis, s. 532.

⁴⁶ Np. F. Wernz — P. Vidal, dz. cyt. n. 518, s. 640; P. Gasparri, dz. cyt. II n. 905, s. 85; E. Regatillo, dz. cyt. n. 1359, s. 805; B. H. Merkelbach, *Summa theologiae moralis, III De sacramentis*, Brugis¹¹ 1962, n. 801, s. 792.

⁴⁷ „Itaque Patres habent exclusionem directam prolis et denegationem iuris ad coniugalem actum uti duas distinctas hypotheses invaliditatis consensus matrimonialis” — sent. coram A. de Jorio de die 19. 2. 1966 (Ephem. I. C., 23 (1967) 268).

⁴⁸ Por. sent. coram J. Pinna de die 15. 12. 1966 (Ephem. I. C. 23 (1967) 289).

k. 1086 § 2, zupełnie zresztą zgodnie z tradycją kanonistyczną. Sformułowanie k. 1086 § 2 okazało się po prostu niewystarczające.

Kodeks po podaniu w k. 1081 § 2 definicji konsensu małżeńskiego omawia następnie jego wady. W tym kontekście k. 1086 § 2 zajmuje właściwe mu miejsce, gdyż nawiązuje bezpośrednio do k. 1081 § 2. Nauka jednak o konsensie, która ograniczałaby się do rozdziału V kodeksowego tytułu o małżeństwie, byłaby trochę abstrakcyjna. Konsens winien odnosić się do tego, co jest substancją małżeństwa. Konsens nie jest wartością sam dla siebie, ale ma znaczenie jako czynnik konstytuujący małżeństwo. Wada konsensu powoduje nieważność małżeństwa. Ale ta wada ma miejsce nieraz właśnie dlatego, że konsens nie odnosi się do substancjalnego, istotnego elementu małżeństwa.

Dla wydobycia owych istotnych elementów małżeństwa, do których winien kierować się konsens, sięgnijmy jeszcze raz do nauki o trzech dobrach małżeństwa, która wzbogacała się równoległe do rozwoju nauki o małżeństwie. Naukę tę podjął Pius XI w encyklice *Casti connubii*.⁴⁹

Cały pozytywny wykład nauki o małżeństwie oparł Pius XI o schemat trzech dóbr jako o czynniki, które „dobitnie bardzo zawierają najistotniejszą treść całej nauki o małżeństwie chrześcijańskim”.⁵⁰ Treść dobra potomstwa nie polega wg encykliki tylko na zrodzeniu potomstwa, gdyż „dobrodziejstwem wydania na świat nie wyczerpuje się jednak jeszcze całego dobra potomstwa, lecz inne do niego dołączyć się musi dobrodziejstwo, które polega na wychowaniu dziecka”.⁵¹ Wychowanie to jest wg encykliki nie tylko wychowaniem fizycznym, gdyż papież omawiając wychowanie odsyła do encykliki *Divini illius Magistri*⁵² poświęconej wychowaniu młodzieży.⁵³

Na dobro wiary wg nauki Piusa XI składa się wierność małżeńska, miłość i porządek miłości.⁵⁴ Elementy wreszcie dobra sakramentu to nierozzerwalność i sakramentalność małżeństwa.⁵⁵ Praktycznie więc Pius XI zmieścił w schemacie trzech dóbr aż siedem czy osiem dóbr.

Czy wszystkie te elementy należą do istoty małżeństwa? Pewne jest, że encyklika *Casti connubii* nie traktuje o małżeństwie „w ciaśniejszym zrozumieniu jako instytucji do należytego rodzenia potomstwa i do wychowania go, lecz w zrozumieniu szerszym jako wspólność całego życia”.⁵⁶

IV DOBRA MAŁŻEŃSTWA WEDŁUG GAUDIUM ET SPES

Konstytucja *Gaudium et spes* nie posługuje się schematem trzech dóbr. Konstytucja w ogóle nie posługuje się schematami, lecz kierując się do wszystkich ludzi pragnie im wyjaśnić, „w jaki sposób pojmuje obecność

⁴⁹ AAS 22 (1930) 543—556.

⁵⁰ Cyt. wg tłumaczenia ks. bpa S. Okoniewskiego wydanego w Katowicach (bez daty), 9.

⁵¹ Tamże, 12.

⁵² AAS 22 (1930) 49—86.

⁵³ *Casti connubii*, tłum. cyt. 13.

⁵⁴ Tamże, 14—19.

⁵⁵ Tamże, 19—27.

Tamże, 17

oraz działalność Kościoła w dzisiejszym świecie" (2). Porusza najbardziej palące problemy współczesnego świata (46), bada znaki czasów i wyjaśnia je w świetle Ewangelii (4). Również do małżeństwa konstytucja nie podchodzi a priori — jak to czyniła jeszcze encyklika *Casti connubii*, lecz analizuje rzeczywistość małżeńską tak, jak ona przedstawia się w świadomości chrześcijańskiej uformowanej przez naukę Kościoła.⁵⁷ Przyjęto jako założenie metodologiczne, by wykład o małżeństwie oprzeć najpierw o elementy naturalne małżeństwa, a następnie przedstawić małżeństwo w świetle nauki o jego sakramentalności i specyfice życia chrześcijańskiego.⁵⁸

Konstytucja mówi o małżeństwie i rodzinie zaznaczając, że rodzina powstaje z małżeństwa (48, 4). Uwzględnia rzeczywistość łączności małżeństwa z rodziną unikając wyabstrahowanego omawiania małżeństwa. Oczywiście małżeństwo i rodzina nie są pojęciami równoznacznymi i konstytucja nie używa tych pojęć na przemian, lecz rozróżnia między małżeństwem i rodziną.

Konstytucja nawiązuje do rozróżnienia spotkanego w *Casti connubii* między małżeństwem w znaczeniu wyższym oraz małżeństwem w znaczeniu szerszym i stwierdza wyraźnie: „Małżeństwo jednak nie jest ustanowione wyłącznie dla rodzenia potomstwa; sama bowiem natura nierozzerwalnego przymierza między dwiema osobami oraz dobro potomstwa wymaga, aby także wzajemna miłość małżonków prawowicie się wyrażała, aby się rozwijała i dojrzewała. Dlatego małżeństwo trwa jako połączenie i wspólnota całego życia i zachowuje wartość swoją i nierozzerwalność nawet wtedy, gdy brakuje tak często pożądanego potomstwa” (50, 3). W tym to ujęciu — szerokim, jeśli zastosować ów podział — pojmuje konstytucja małżeństwo i do takiego małżeństwa odnosi swoją naukę. Co więcej, wydaje się, że po *Gaudium et spes* katolicka nauka o małżeństwie może mieć jako swój przedmiot tylko „głębką wspólnotę życia i miłości” (48, 1) i że ujmowanie małżeństwa w znaczeniu węższym jest jego okaleczeniem. Węższe ujęcie po prostu nie obejmuje już (istotnej) całości małżeństwa.

Konstytucja zaznacza, że „Bóg jest twórcą małżeństwa obdarzonego różnymi dobrami i celami” (48). Nie wyliczono tych dóbr a to dlatego, że chodzi w tym miejscu o małżeństwo w porządku naturalnym, więc nie należało wymieniać dóbr specyficznie chrześcijańskich jak sakramentalność.⁵⁹ Jednak z kontekstu, z odpowiedzi komisji redakcyjnej⁶⁰ i świadectw przytoczonych w odnośniku wynika treściowe nawiązanie do dobra potomstwa, wiary i sakramentów.⁶¹ Powołano się bowiem na św. Augustyna⁶², św. Tomasza⁶³, *Dekret dla Ormian*⁶⁴ oraz Encyklikę *Casti con-*

U. Navarette, art. cyt. 355.

⁵⁸ *Relationes particulares*. W: *Constitutio pastoralis De Ecclesia in mundo huius temporis*, Polyglottis Vaticanis 1965, 100.

⁵⁹ Tamże.

⁶⁰ *Relatio de singulis numeris*. W: *Schema constitutionis pastoralis De Ecclesia in mundo huius temporis. Textus recognitus et relationes*, Polyglottis Vaticanis 1965, II, 15.

⁶¹ Por. U. Navarette, art. cyt. 567.

⁶² *De bono coniugii*, c. 21.

⁶³ *Suppl. q. 49, a. 3, ad. 1.*

⁶⁴ D S 1327.

nubii. Dobra te i cele mają „ogromne znaczenie dla trwania rodzaju ludzkiego, dla rozwoju osobowego i wiecznego losu poszczególnych członków rodziny, dla godności, stałości, pokoju i pomyślności samej rodziny oraz całego społeczeństwa ludzkiego” (48, 1). Wszystkie te elementy są skutkami małżeństwa, a więc nie są one integralne dla samego małżeństwa.

Jakie natomiast elementy należy w świetle konstytucji uznać za istotne dla małżeństwa? Spróbujmy najpierw szukać odpowiedzi na to pytanie w świetle schematu trzech dóbr.

Konstytucja stwierdza: „Z samej natury swojej instytucja małżeńska oraz miłość małżeńska nastawione są na rodzenie i wychowywanie potomstwa, co stanowi jakby jej szczytowe uwieńczenie” (48, 1). Nie powiedziano wprost, że rodzenie i wychowanie potomstwa jest celem małżeństwa, ale stwierdzono, że małżeństwo jest nastawione na rodzenie i wychowanie potomstwa. To ujęcie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że rodzenie i wychowanie jest celem małżeństwa, jednym z celów, gdyż wyżej była mowa o wyposażeniu małżeństwa celami. Rodzenie i wychowanie potomstwa jest naturalnym celem, na który małżeństwo jest nastawione. Rodzenie więc i wychowanie jest wartością, dobrem małżeństwa. Małżeństwo z natury swojej jest nastawione na dobro potomstwa.⁶⁵

Trzeba przy tym zwrócić uwagę, że k. 1013 § 1 jest pierwszym dokumentem kościelnym wyliczającym cele małżeństwa i ustawiającym je hierarchicznie.⁶⁶ Źródła przytoczone do tego kanonu przez kardynała Gasparriego mówią raczej o dobru potomstwa niż o celu.⁶⁷ Z ujęcia k. 1013 § 1 nie wynika, na czym polega pierwszorzędność jednego celu.⁶⁸ Większość autorów (zgrupowani przez nas w opinii trzeciej i czwartej) przyjmuje cel pierwszorzędny jako element wyróżniający małżeństwo spośród innych społeczności i określający istotne składniki konsensu małżeńskiego. Dopiero Pius XII wyłożył doktrynę o istotnym podporządkowaniu celu drugorzędnego. Doktrynę tę określono nawet jako charakterystyczną dla jego pontyfikatu.⁶⁹ Znajdujemy ją po raz pierwszy w przemówieniu z 3. X. 1941 do Roty,⁷⁰ a następnie w dekrecie św. Oficjum „*De finibus matrimonii*” z 1. IV 1944,⁷¹ wreszcie w przemówieniu z 29. X. 1951 do włoskich położnych, gdzie ją najszerzej opracowano.⁷²

Konstytucja nie porusza problemu hierarchii celów. Niektórzy ojcowie domagali się hierarchicznego ich przedstawienia, komisja redakcyjna odpowiedziała jednak, że charakter konstytucji szukającej dialogu ze światem współczesnym każe unikać pojęć technicznych i prawnych, takich jak „hierarchia”, zaś pierwszorzędność prokreacji i wychowania jest wyłożona w tekście co najmniej dziesięciokrotnie.⁷³ Uznając, że małżeństwo z natury swojej jest nastawione na potomstwo, konstytucja

Por. U. Navarette, art. cyt. 372, przyp. 21.

⁶⁶ U. Navarette, art. cyt. 368.

U. Navarette, art. cyt. 367.

⁶⁸ U. Navarette, art. cyt. 368.

⁶⁹ U. Navarette, art. cyt. 369.

⁷⁰ AAS 33 (1941) 423.

⁷¹ AAS 36 (1944) 103.

⁷² AAS 43 (1951) 849.

⁷³ *Schema constitutionis pastoralis De Ecclesia in mundo huius temporis. Ex-pensio modorum partis secundae*, Polyglottis Vaticanis 1965, 13.

stwierdza, że istnieją jeszcze inne cele, których nie należy zapoznawać (50, 1). Zwrot „nie zapoznając pozostałych celów małżeństwa” zrodził się w wyniku dyskusji soborowej, która zmierzała do uniknięcia dwóch skrajnych stanowisk: (a) jakoby potomstwo było jedynym celem, (b) niedostatecznego wydobycia potomstwa jako celu. Konstytucja nie wymienia owych pozostałych celów wyraźnie, wynikają one pośrednio z wyłożonej nauki o małżeństwie.⁷⁴ Należy przy tym zaznaczyć, że aczkolwiek konstytucja używa określenia „cele”, to jednak sposób wykładu świadczy, iż konstytucja widzi je bardziej jako wartości, dobra małżeństwa.

Wspomnieć jeszcze trzeba, że wszystkie dobra małżeństwa, zaś dobro potomstwa w szczególności, wiąże konstytucja z instytucją małżeństwa oraz miłością małżeńską. Instytucja i miłość są tu połączone. To połączenie jest logiczną konsekwencją faktu, że konstytucja widzi małżeństwo nie tylko jako instytucję dla rodzenia potomstwa, ale jako wspólnotę miłości. Do tej wspólnoty odnoszą się dobra małżeństwa i dobro potomstwa nie może być rozpatrywane jako wartość samoistna, lecz jako dobro, wartość wspólnoty małżeńskiej.

Łączy się z tym wykład konstytucji o dobru wiary. „Mężczyzna i kobieta, którzy przez przymierze małżeńskie „już nie są dwoje, lecz jedno ciało” (Mt19, 6), przez najściślejsze zespolenie osób i działań świadczą sobie wzajemnie pomoc i posługę, i doświadczają sensu swej jedności oraz zdobywają ją w coraz pełniejszej mierze” (48, 1). Zwraca uwagę dynamiczne ujęcie jedności, doświadczanej we wspólnocie małżeńskiej i stale pogłębianej. Jedność ta to nie tylko wyłączenie w sensie jednego ciała, ale to codzienna stała pomoc i jedność duchowa,⁷⁵ która — jak powie konstytucja w zdaniu następnym — wymaga (między innymi) pełnej wierności. Jeśliby przeprowadzić egzegezę tego tekstu dla uzyskania odpowiedzi na pytanie, które z tych elementów są istotne dla dobra wiary, to trzeba powiedzieć, że jest nim na pewno zespolenie osób i działań w wierności. Mógłby nasunąć się problem, co należy rozumieć przez zjednoczenie działań. Ze sformułowania następnego zdania: „to głębokie zjednoczenie będące wzajemnym oddaniem się sobie dwóch osób” wynika, że chodzi o działania bezpośrednio związane z jednością fizyczną. Dowodzi tego również powołanie się konstytucji na odnośne miejsce encykliki *Casti connubii*. Istotna jest więc wierność, jedność osób i działań, i to jedność uznana przez konstytucję za nierozzerwalną, inne natomiast elementy są skutkiem doświadczenia tej jedności.

Warto przy tym zauważyć, że konstytucja wiąże nierozzerwalność małżeńską z miłością (50, 3). Nie bez zdziwienia zwrócili niektórzy komentatorzy uwagę na ten moment przypominając, że poprzednie dokumenty kościelne uzasadniały nierozzerwalność względem na potomstwo, a odnośnie do małżeństw bezdzietnych dobrem i koniecznością instytucji małżeńskiej.⁷⁶ Wg konstytucji właśnie miłość bardziej domaga się nierozzerwalności małżeńskiej niż dobro dzieci. Nierozzerwalność (i jedność) wynikają z natury wspólnoty małżeńskiej, a nie z prawa potomstwa. Tylko bowiem nieodwołalne i wyłączne oddanie odpowiada godności

U. Navarette, art. cyt. 382.

Por. U. Navarette, art. cyt. 571 ns.

M. Zalba, *De dignitate matrimonii et familiae fovenda*, *Periodica* 55 (1966)

człowieka. Ta naturalna nierozzerwalność zostaje wzmocniona — podkreśla to już k. 1013 § 2 — sakramentalnością małżeństwa, gdyż jest ono obrazem jedności Chrystusa z Kościołem.

Powiązanie przez konstytucję nierozzerwalności małżeńskiej z miłością pozwala nam zrozumieć, w jakim sensie użyto czasownika „urget”, który na pierwszy rzut oka wydaje się mętny i nieszczęśliwie dobrany.⁷⁷ Tymczasem w świetle wyjaśnienia komisji redakcyjnej okazuje się, że dobrano go celowo dla podkreślenia, że właśnie natura miłości wymaga wierności i nierozzerwalności.⁷⁸

Wyłożywszy naukę naturalną o małżeństwie konstytucja głęboko przedstawia jego sakramentalność. Na pierwszy plan wysuwają się dwa elementy podkreślone przez konstytucję⁷⁹: (a) uznanie — zgodnie z nauką św. Pawła — miłości małżeńskiej za symbol miłości i jedności Chrystusa z Kościołem, (b) wykazanie jak małżonkowie konsekrowani przez sakrament do godności ich stanu wypełniają mocą sakramentu swe zadania i wspólnie się uświęcają.

Naukę o małżeństwie konstytucji *Gaudium et spes* przedstawiono powyżej w schemacie trzech dóbr. Jest to uzasadnione odwołaniem się konstytucji w przytoczonych świadectwach do tego schematu, jest to też przydatne dla wydobycia istotnych elementów małżeństwa. Istotnie mieszczą się one wszystkie w tym schemacie, co wcale nie oznacza, że istnieją tylko trzy dobra małżeństwa, gdyż np. dobro sakramentu w dawnym ujęciu zawiera dwa dobra: sakramentalność i nierozzerwalność. Nasuwa się w tym miejscu uwaga: czy nie należałoby oderwać się od schematu trzech dóbr? Dobra te mieszczą się niewątpliwie w nauce konstytucji *Gaudium et spes*, ale chyba jej nie wyczerpują. Schemat trzech dóbr miał u św. Augustyna usprawiedliwić małżeństwo, które było jakby złem koniecznym, istniejącym z powodu pożądliwości wyrosłej po grzechu pierworodnym. A przecież małżeństwo w *Genesis* jest wspaniałym urządzeniem Bożym, które nawet na skutek grzechu pierworodnego nie straciło swej wartości. Zaś Chrystus widzi małżeństwo jako instytucję o Bożym rodowodzie, tkwiącą wprawdzie w porządku tego świata, ale uznaną przezeń za odpowiednią dla godności i funkcji sakramentalnej.⁸⁰ Koncepcja więc trzech dóbr wyczerpujących wszystkie istotne walory małżeństwa okazuje się zbyt uboga w świetle wypowiedzi o małżeństwie Starego i Nowego Testamentu i nie odpowiada też obrazowi małżeństwa współczesnej teologii.

Wydaje się, że tekst konstytucji ukazuje następujące dobra małżeństwa:

1) Dobro potomstwa. Małżeństwo jest z natury swej nastawione na po-

⁷⁷ M. Z alba, art. cyt. 383.

⁷⁸ *Relationes particulares...*, 101. Tłumaczenie w miesięczniku *Znak* (nr cyt.), 1209) używa czasownika „prze” („zjednoczenie... prze ku nierozzerwalnej jedności”). Czasownik ten nie oddaje chyba właściwego sensu tekstu łacińskiego, sugeruje bowiem jakoby nierozzerwalność była dopiero celem jedności, tymczasem sobór wyraźnie podkreśla nierozzerwalność małżeństwa jako wspólnoty (50,2). Tłumaczenie opublikowane w miesięczniku *Życie i myśl* podaje w tym miejscu: „kładzie szczególnie nacisk” (1967, numer specjalny, 110). Inne tłumaczenie opuszcza czasownik „urget”: „...wymagają pełnej wierności małżonków i nierozzerwalnej jedności ich współżycia” (*Wrocł. Wiad. Kośc.* 21 1966) 275).

⁷⁹ U. Navarette, art. cyt. 575.

⁸⁰ Por. W. Moliński W: *Sacramentum mundi. Theologisches Lexikon für die Praxis*, Freiburg 1967, k. 988.

tomstwo — z tym, że pozostawiono małżonkom decyzję co do ilości potomstwa i czasu jego zrodzenia. Natomiast obejmuje to dobro potomstwa zarówno jego zrodzenie, jak i wychowanie fizyczne i duchowe.

2) Z dobrem potomstwa łączy się prawo do zjednoczenia fizycznego, które z natury swojej zmierza do prokreacji, ale które trzeba wyodrębnić jako dobro małżonków (uniknie się wtedy mało przekonywających tłumaczeń odnośnie do małżeństw osób bezpłodnych).

3) Prawo do zjednoczenia fizycznego potraktowane jako prawo wyłączone — wierność małżeńska.

4) Miłość małżeńska stojąca u podstaw wierności i której ta wierność jest wykładnikiem.

5) Nierozzerwalność małżeńska.

6) Sakramentalność.

7) Pomoc wzajemna, szczególnie oparta o łaski sakramentalne pomoc we wzajemnym uświęcaniu się.

Te elementy małżeństwa podaje konstytucja *Gaudium et spes*, gdy chce uzasadnić konieczność podniesienia godności małżeństwa (i rodziny). Z tekstu konstytucji wyłania się pewien całościowy obraz małżeństwa. Kalczeniem nauki Soboru jest twierdzenie, że daje ona obraz małżeństwa w znaczeniu szerszym, zaś z punktu widzenia prawnego należy mieć na oku małżeństwo w znaczeniu węższym, jako instytucję służącą prokreacji. Byłoby to wtłaczanie nauki Soboru w ramy, w których ona się nie mieści.⁸¹ Na jakiej podstawie można twierdzić, że tylko prokreacja należy do istoty małżeństwa, a wzajemna, ludzka pomoc oparta o łaski sakramentalne należy tylko do małżeństwa w znaczeniu szerokim, prawnie nieprzydatnym? Dlaczego zdanie „róście i mnożcie się i napełniajcie ziemię”⁸² miałyby być ważniejsze niż zdanie „niedobrze być człowiekowi samemu, uczynmy mu pomoc jemu podobną”⁸³? Dlaczego pierwsze miałyby oznaczać początek małżeństwa w znaczeniu ścisłym, a drugie początek małżeństwa tylko w znaczeniu szerokim — jak to sugerują niektórzy autorzy.⁸⁴ Kanoniczny wykład o małżeństwie nie może uszczuplać teologicznej rzeczywistości małżeństwa. Prawo kanoniczne musi odzwierciedlać aktualną świadomość Kościoła. Głębsze wniknięcie teologii w naukę o małżeństwie winno konsekwentnie znaleźć odbicie w kościelnym prawie małżeńskim.

V WNIOSKI Z NAUKI O MAŁŻEŃSTWIE KONSTYTUCJI GAUDIUM ET SPES DLA TRAKTATU O KONSENSIE MAŁŻEŃSKIM

Takiego wzbogacenia inspirowanego konstytucją *Gaudium et spes* dozna także kanoniczny traktat o konsensie małżeńskim. „Przyjęcie i przekazanie prawa do ciała odnośnie do aktów z siebie zdalnych do zrodzenia potomstwa” zdaje się abstrahować od kontekstu teologicznego

⁸¹ Stąd nie można zgodzić się z twierdzeniem M. Z al b y: „pro officiis matrimonialibus declarandis non possumus abstrahere ab illis distinctis elementis” — art. cyt. 403.

⁸² *Genesis* 1, 28.

⁸³ *Genesis* 2, 18.

⁸⁴ Np. M. Z al b a, tamże.

i społecznego. Ujęcie to wydawało się logiczne, bo skoro małżeństwo jest umową, musi istnieć przedmiot tej umowy. Okazuje się jednak, że stosowanie zasad prawa własności zawodzi w odniesieniu do małżeństwa.⁸⁵ O niewystarczalności ujęcia: „przekazanie prawa do ciała” świadczą trudności, jakie wyłoniły się przy interpretacji tego prawa oraz jego nieprzydatność w jurysprudencji. Stąd próby uniknięcia tych trudności przez rozróżnienie pomiędzy „*ius*” i „*usus iuris*”, zupełnie obce psychice nupturienta, który przecie nie traktuje współmałżonka jak posiadany przedmiot i byłby zdziwiony, gdyby się dowiedział, że jego „tak” przy ołtarzu oznacza zawarcie umowy, której przedmiotem jest prawo do ciała.⁸⁶ Zwrócono wprawdzie uwagę, że przez zawarcie małżeństwa nie przenosi się prawa własności, lecz prawo do używania ciała, że prawo małżonków to „*ius utile*”⁸⁷, ale czy sam fakt, że współcześnie problem taki może być w ogóle dyskutowany nie wymaga rewizji naszego pojmowania owego „*ius ad corpus*”?

Konstytucja *Gaudium et spes* nie zna już pojęcia „prawo do ciała”. Wprawdzie 190 ojców soborowych wniosło, by w zdaniu: „aktem osobowym, poprzez który małżonkowie wzajemnie się sobie oddają i przyjmują” (48,1 — w *Textus recognitus* 52,1) zastąpić przymiotnik „osobowym” przez następujące zdanie: „(aktem) woli prawidłowo wyrażonym, którym obydwie strony przekazują i otrzymują prawo do ciała, dozgonne i wyłączone, odnośnie do czynności z siebie zdatnych do zrodzenia potomstwa”.⁸⁸ Propozycję tę oddalono jako zbyt jurydyczną. Z uzasadnień jednak podanych przez komisję przy omawianiu innych propozycji wynika, że nie tylko wzgląd formalny, domagający się unikania wyrażen jurydycznych, był przyczyną odrzucenia tego rodzaju sformułowań. Chodziło raczej o personalizację konsensu małżeńskiego przez oderwanie go od elementów tylko biologicznych czy kontraktowych.⁸⁹

Konstytucja nie zna też pojęcia kontrakt małżeński. Rzecz była żywo dyskutowana, gdyż niektóre wnioski domagały się stwierdzenia, że małżeństwo ma charakter kontraktu.⁹⁰ Propozycja ta nie znalazła jednak uznania, lecz przyjęto biblijne określenie „przymierze” — także ze względu na Kościoły wschodnie, dla których pojęcie „kontrakt małżeński” przedstawia pewne trudności.⁹¹ Nie udał się też zamiar niektórych ojców wzbogacenia „przymierza” przymiotnikiem „*contractuale*”, gdyż słowo „przymierze” uznano za wystarczająco jasne.

Elementy kontraktu znajdowały się jeszcze w definicji konsensu zawartej w schemacie dekretu o sakramencie małżeństwa (9).⁹² Konsens

Por. E. Eichmann — K. Mörsdorf, *Lehrbuch des Kirchenrechts...*, II, Paderborn⁹ 1958, 223.

⁸⁵ A. Szentirmai, *Unauflöslichkeit und Ungültigkeit der Ehe*, Österr. Archiv f. Kirchenrecht 14 (1963) 299.

⁸⁶ H. Flatten, *Gilt bei c. 1086 § 2 heute noch die Unterscheidung von Nichtverpflichtungswillen und Nichterfüllungswillen?*, Österr. Archiv f. Kirchenrecht 13 (1962) 259.

⁸⁸ *Schema constitutionis... Expensio modorum partis secundae*, 12.

⁸⁹ Tamże, 13.

⁹⁰ *Schema constitutionis... Textus recognitus et relationes*, II, 14.

⁹¹ *Relationes particulares...*, 103.

⁹² *O schema decreti de matrimonii sacramento*, Polyglottis Vaticanis 1963, 13. Schemat o sakramencie małżeństwa nie doczekał się uchwalenia, lecz jego streszczenie przedstawiono papieżowi jako votum.

określono tam jako wolny akt woli, którym obydwie strony przekazują i przyjmują prawa własne małżeństwa. Schemat ten trwał więc przy przekazaniu i przyjęciu prawa, którego jednak nie precyzował już jako prawo do aktów zdatnych z siebie do zrodzenia potomstwa, lecz jako prawa własne małżeństwa. Znaczy to, że chodziłoby tu o istotne, charakterystyczne prawa małżeńskie, wśród których z pewnością mieściłoby się prawo do aktów zdatnych do zrodzenia potomstwa, ale które to prawo nie byłoby chyba jedynym charakterystycznym prawem małżeństwa. Wniosek stąd, że już ten schemat, który redukuje się do przepisów dyscyplinarno-prawnych związanych z sakramentem małżeństwa, obstając przy wyłącznie prawnym określeniu konsensu, poszerza jednak jego zakres w porównaniu z k. 1081 § 2. Świadczy o tym nie tylko nowe określenie „prawa własne małżeństwa”, ale też fakt, że schemat ten omawiając niweczający wpływ symulacji konsensu nie określa, w które elementy godzi ów wadliwy akt woli. Ta tendencja staje się jeszcze bardziej widoczna w świetle konstytucji *Gaudium et spes*.

Próba wprowadzenia istotnych elementów małżeństwa z konstytucji *Gaudium et spes* oddającej dzisiejszą świadomość teologiczną małżeństwa ujawnia nam również istotne elementy konsensu małżeńskiego. Są nimi dobra małżeństwa, dzięki którym małżeństwo nie tylko jest usprawiedliwione, ale które stanowią o miejscu małżeństwa w Kościele. Do tych dóbr odnosi się konsens.

Wydaje się, że podając określenie konsensu nie trzeba wyliczać wszystkich tych elementów. Wystarczy powiedzieć, że jest to (prawowicie wyrażona) wola zawarcia prawdziwego małżeństwa, tj. trwałej wspólnoty życia mężczyzny i kobiety. Rezygnacja z określenia konsensu jako aktu woli, którym obydwie strony przekazują nawzajem prawo do ciała odnośnie do aktów z siebie zdatnych do zrodzenia potomstwa, pozwoli nam z jednej strony uniknąć zbyteżnego „uprzedmiotowienia” człowieka i jego sfery intymnej, a z drugiej strony wzbogaci perspektywę obejmowane owym aktem woli. Nauka o konsensie stanie się wtedy niejako bliższa człowiekowi. Kontakt bowiem małżonków, także fizyczny, ma przecie wymiar nie mieszczący się w ramach tylko wzajemnej powinności. Z pewnością wynikają z małżeństwa obowiązki dla małżonków. Ale głębszą niż prawo zasadą tych obowiązków jest miłość. Wiadomo z doświadczenia, że powoływanie się w małżeństwie na prawo jest już „złym znakiem” i ma miejsce wówczas, gdy w tym małżeństwie „coś już nie gra”.⁹³ Małżeństwo bowiem jest w swoich założeniach „stanem miłości”⁹⁴ i dlatego fundamentem, bazą życia małżeńskiego jest nie tyle przekazane i przyjęte prawo, ale miłość, która aktualizuje się we wspólnocie małżeńskiej.⁹⁵ Taki aspekt dominuje w konstytucji *Gaudium et spes*, personalistycznie ujmującej osobistą zgodę, przez którą powstaje małżeństwo.

Widząc zaś w tym akcie osobowym konstytuującym małżeństwo początek przymierza mężczyzny i kobiety, przymierza jednorazowego, jakiego nie ma drugiego, konstytucja ustawia małżeństwo w kontekście

⁹³ G. Reidick, *Diskussion über die Ehe und das Kirchenrecht*. W: Die Autorität der Freiheit (hrsg. J. Ch. Hampel), III München 1967, 299.

⁹⁴ J. M. Reuss, *Geschlechtlichkeit und Liebe*, Mainz 1961, 21.

⁹⁵ W. Bertrams, *Notae aliquae quoad structuram metaphysicam amoris coniugalitatis*, *Periodica* 54 (1965) 291.

społecznym i eklezjologicznym. Jest to perspektywa, której nie można było dostrzec w świetle w k. 1081 § 2, gdzie perspektywy społeczne odnosiły się tylko do zadań odnośnie do potomstwa. Konsens natomiast nastawiony nie tylko na przyjęcie i przekazanie pewnych praw, ale na stworzenie nierozzerwalnej wspólnoty opartej o wierną miłość i wzajemną pomoc, przekracza ramy prywatnego interesu zamkniętego w czterech ścianach i włącza małżeństwo w rytm życia wspólnoty.⁹⁶ Konsens nabiera wtedy wymiaru społecznego i historycznego.⁹⁷ Na skutek zgodnej woli dwojga zdalnych osób powstaje po prostu instytucja życia kościelnego.⁹⁸

Reasumując trzeba powiedzieć, że w świetle konstytucji *Gaudium et spes* należy uznać jako przedmiot formalny konsensu małżeńskiego wspólnotę życia, z której wynikają dalsze integralne elementy małżeństwa.⁹⁹

Jeśli przyjmiemy, że konsens to wola zawarcia prawdziwego małżeństwa, to musimy konsekwentnie stwierdzić, że konsens będzie wadliwy, gdy ktoś nie będzie chciał zawrzeć prawdziwego małżeństwa. Nupturient, aby zawrzeć ważne małżeństwo, musi chcieć je zawrzeć. Natomiast wydaje się rzeczą zbędną doszukiwać się, jakie były jego poglądy na nierozzerwalność małżeńską lub jedność i czy te poglądy wpływały na jego wolę, czy dopuszczał hipotetyczną możliwość rozejścia się, względnie jak ustawił problem potomstwa w małżeństwie. Małżeństwo jest instytucją prawa publicznego, w konkretnym istnieniu zależną od woli nupturientów. Jeśli jednak ta wola zdecydowała się na zawarcie małżeństwa, to nie jest ona władna okroić małżeństwa. Jeśli ktoś decyduje się na taki trwały związek, to już bez znaczenia pozostają — taki nasuwa się wniosek — jego ewentualne kombinacje odnośnie do istotnych elementów małżeństwa. Dla oceny ważności takiego związku nie trzeba by już dochodzić, jakie było nastawienie woli odnośnie do potomstwa, nierozzerwalności małżeńskiej i jedności, a także do innych elementów małżeństwa podkreślonych przez konstytucję *Gaudium et spes*. Trzeba natomiast stwierdzić, że nupturient chciał zawrzeć małżeństwo. We współczesnych warunkach cywilizacyjnych i w obecnym stanie nauczania religijnego należy przyjąć, iż każdy człowiek o normalnym rozwoju umysłowym zdaje sobie sprawę, że małżeństwo nie jest jaką bądź wspólnotą życia, lecz specyficzną, o konkretnych celach i elementach. Szczera wola zawarcia małżeństwa jest skierowana do takiej właśnie wspólnoty.

Wniosek taki dopuszcza do zawarcia małżeństwa osoby mające szczerą wolę zawarcia małżeństwa, ale wzdragające się przed „przekazaniem całego prawa do aktów małżeńskich” (i ich skutków), a więc z góry ustalające w sposób zasadniczy liczbę potomstwa, jak również osoby, które nie były w stanie oprzeć się dopuszczeniu hipotetycznej możliwości rozejścia się. Oznacza to, że nieważność małżeństwa powodowałaby tylko pierwsza postać symulacji opisana przez kardynała Gasparriego, nazy-

⁹⁶ Por. A. Szentirmai, *Ist die Eheschliessung ein Vertrag?*, Trierer Theol. Zeitschrift 71 (1962) 310.

⁹⁷ Por. W. Bertrams, *De indole personali et sociali consensus matrimonialis*, Periodica 53 (1964) 420.

⁹⁸ Por. W. Bertrams, *Das Privatrecht der Kirche*, Gregorianum 25 (1944) 311.

⁹⁹ Por. V. Fagiolo, *Essenza e fini del matrimonio secondo la Costituzione pastorale „Gaudium et spes” del Vaticano II*, Ephem. I. C. 23 (1967) 185 ns.

wana przez niego symulacją w znaczeniu właściwym,¹⁰⁰ a więc symulacja całkowita, natomiast bez konsekwencji dla ważności związku byłaby symulacja zwana dotychczas częściową. Istniałaby tylko jedna postać symulacji, po prostu symulacja małżeńska.¹⁰¹

Konsekwencją takiego ustawienia sprawy byłaby mniejsza ilość spraw o nieważności małżeństwa z tytułu symulacji. „Dowartościowanie” konsensu małżeńskiego bardziej uwydatni świętość małżeństwa. Kanon o symulacji częściowej, uwzględniając wolę nupturienta, od której zależało zaistnienie małżeństwa, miał na celu zapobiec, by nupturienti nie zawierali małżeństwa wg własnego „widzimi się”, a tym samym miał zabezpieczyć świętość małżeństwa. Wydaje się, że efekt był jednak odwrotny. Autorzy zwracali nieraz uwagę, że symulacja częściowa jako tytuł nieważności w oczach niektórych jakby podważała zasadę nierozzerwalności małżeńskiej.¹⁰² Dlatego wydaje się konieczne przyjęcie zasady, iż szczerza wola zawarcia małżeństwa powoduje zaistnienie instytucji małżeństwa „trwałej także wobec społeczeństwa” (48) niezależnie od kombinacji i zastrzeżeń, jakie by tej woli towarzyszyły. Istotne bowiem elementy małżeństwa nie pochodzą z woli nupturienta, który przecież może zawrzeć ważne małżeństwo nawet jeśli jest w błędzie co do tych przymiotów,¹⁰³ lecz należą do instytucji jako takiej. „Ten święty związek (...) nie jest uzależniony od ludzkiego sądu” (48).

ZAKOŃCZENIE

Wola zawarcia małżeństwa, wystarczająca dla ukonstytuowania tej instytucji, może jednak iść w parze z postanowieniem godzącym w istotne lub integralne elementy małżeństwa. Postanowienie takie, aczkolwiek wobec woli zawarcia małżeństwa nie niweczyłoby samego konsensu, może jednak mieć destruktywny wpływ na samo małżeństwo i to wpływ sięgający samych początków małżeństwa. Wydaje się, że małżeństwo (i współmałżonek) wymaga w takiej sytuacji ochrony prawnej. Rodzi się sugestia, by w szerszym zakresie niż dotychczas proponowany przez kanonistykę¹⁰⁴ uwzględnić jako tytuł nieważności małżeństwa złośliwe wprowadzenie w błąd drugiej strony i to nie tylko co do przymiotów osoby, lecz także co do ubocznych intencji związanych z zawieraniem małżeństwem. Takie wprowadzenie w błąd polegałoby np. na zamilczeniu istniejących intencji (okoliczności) dotyczących bezpośrednio integralnych elementów małżeństwa (np. ktoś zawiera małżeństwo wyłącznie dla utrzymania się z pracy drugiej strony albo zawarcie małżeństwa przy równoczesnym utrzymaniu intymnych kontaktów z innymi osobami). Wydaje się, że wprowadzenie takiego tytułu nieważności małżeństwa nie

¹⁰⁰ P. Gasparri, tamże.

¹⁰¹ Por. P. Fedele, *In tema di esclusione della prole nel matrimonio canonico*, Ephem. I. C. 23 (1967) 327.

¹⁰² A. Szentirmai, *Unauflöslichkeit und Ungültigkeit der Ehe*, 302.

¹⁰³ K. 1084.

¹⁰⁴ M. inn.: A. Szentirmai, *De constituendo vel non „impedimento deceptionis” in iure matrimoniali canonico*, Revista Espanola de derecho canonico 16 (1961) 99; H. Flatten, *Quomodo matrimonium contrahentes iure canonico contra dolum tutandi sint*, Coloniae 1961.

tylko zabezpieczyłoby nupturienta przed złą wolą drugiej strony, ale przede wszystkim bardziej podkreśli godność małżeństwa chrześcijańskiego.

SIMULATIO PARTIALIS DE QUA IN C. 1086 § 2 ET DOCTRINA DE MATRIMONIO CONSTITUTIONIS GAUDIUM ET SPES

Summarium

Non est qui ignoret magnam vel immo maiorem partem nupturientium matrimonium contrahere cum animo prolem nascituram vel quoad tempus nascendi vel quoad numerum filiorum statuere. Limitatio prolis est plurimis coniugibus res magni momenti ob condiciones físicas, oeconomicas, psychológicas vel sociales. Inde oriuntur non solum problemata ordinis moralis, nostrum propositum directe non spectantes, sed etiam quaestiones directe c. 1086 § 2 tangentes. Ad mentem enim c. 1086 § 2 qui positivo actu voluntatis excludat essentialia proprietates matrimonii vel omne ius ad actum coniugalem, invalide contrahit. Hoc in casu habetur simulatio sic dicta partialis.

Ex dispositionibus c. 1086 § 2 de simulatione partiali gignitur quaestio de validitate matrimonij nupturientium, qui tempus vel numerum prolis nasciturae statuunt. Ad quaestionem hanc solvendam distinguitur inter voluntatem non se obligandi et voluntatem non implendi, inter exclusionem iuris et usum iuris. Matrimonium in primo tantum casu est invalidum. Sed nupturientes plerumque distinctionem hanc non cognoscunt. Numquam dicunt: ius ad prolem excludo, sed dicunt tantum: prolem nunc generare non possumus. An hoc in casu agatur de iure excluso vel usu, non est facile determinare et res est ex toto complexu causae discernenda. Attamen distinctio inter exclusionem iuris et limitationem usus iuris sustentatur, quia secus dispositiones de simulatione partiali fatales essent pro sacro vinculo matrimoniali. Theoretice enim ex c. 1086 § 2 patet exclusionem etiam temporaneam generationis prolis secumtrahere nullitatem matrimonii.

Eiusdem naturae difficultates vidimus quoad exclusionem aliorum bonorum matrimonii. Non enim solum is qui absolute sibi reservat ius faciendi divortium civile, sed etiam is qui divortium hypothetice, si casus ferat, intendit, invalide contrahit. Permulti catholici matrimonium contrahunt illum felix fore sperantes sed simul scientes illos matrimonio eorum infausto ab divortio et pro occasione novo matrimonio scilicet civili tantum non abhorrituros.

In articulo examinatur doctrina de matrimonio constitutionis Gaudium et spes et conclusiones dispositiones iuris et doctrinam de consensu matrimoniali spectantes. In effectu proponitur revisio c. 1086 § 2 hoc in sensu, ut nullitas matrimonii tantum a simulatione totali causetur.

Bona vinculi et bonum alterius partis titulo nullitatis ex dolosa deceptione tutanda sunt.