

IV

KS. MARIAN ROLA

WARTOŚĆ ZGODY MAŁŻEŃSKIEJ WYRAŻONEJ W OBLICZU PRZESZKODY ZRYWAJĄCEJ¹

WSTĘP

Kodeks Prawa Kanonicznego w kanonie 1083, 1085 oraz 1139 § 1 wyraźnie dopuszcza możliwość powzięcia zgody małżeńskiej zarówno przez nupturientów związanych przeszkodą zrywającą, jak i przez tych, którzy są przekonani, że nie mogą zawrzeć ważnego małżeństwa. Dawniej wielu kanonistów negowało tę możliwość i dopiero po długich dyskusjach nauka prawa wypracowała zasady zawarte w wymienionych kanonach. Krytyczne przedstawienie owej wielowiekowej dyskusji pozwoli lepiej zrozumieć istotę i prawną kwalifikację aktu woli, który jest podstawą zaistnienia małżeństwa.

Począwszy od XII wieku, kiedy to zostało sprecyzowane pojęcie przeszkody zrywającej i jego zasięg², kanoniści rozpatrywali różne aspekty wpływu przeszkody zrywającej na wartość zgody małżeńskiej. Dyskusje koncentrowały się wokół trzech zasadniczych problemów. Pierwszy z nich stanowiła odpowiedź na pytanie, czy fakt istnienia przeszkody — niezależnie od tego, czy jest on przez kontrahentów uświadamiany, czy nie — powoduje nieważność zgody. Drugie zagadnienie dotyczyło przekonania kontrahentów: czy ktoś, kto jest przekonany o niemożliwości zawarcia przez siebie ważnego małżeństwa, może powziąć zgodę wystarczającą do zaistnienia węzła małżeńskiego? Wreszcie trzeci problem odnosił się do błędnego przekonania o ważności zawartej małżeństwa: czy ktoś, kto jest przekonany, że trwa w ważnym małżeństwie, może powziąć zgodę potrzebną do konwalidowania nieważnego związku?

Jak zobaczymy, różnice w opiniach kanonistów miały swoje ostateczne źródło w poglądach na istotę małżeństwa jako instytucji prawnej. W zależności bowiem od tego, co rozumiano pod pojęciem „ważne małżeństwo” i „ważna zgoda małżeńska”, przyjmują poszczególni autorzy mniejszy lub większy wpływ przeszkody zrywającej na wartość zgody małżeńskiej.

I. ZGODA MAŁŻEŃSKA WOBEC FAKTU ISTNIENIA PRZESZKODY

Kiedy istnieje przeszkoda zrywająca, a związani nią kontrahenci zawierają małżeństwo, wtedy — świadomie lub nieświadomie — dokonują czynu

¹ Niniejszy artykuł został napisany w oparciu o rozprawę doktorską, którą autor napisał w r. 1978 na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim pod kierunkiem ks. prof. dra hab. Józefa Rybczyka.

² Do XII w. Kościół karał ludzi zawierających małżeństwo wbrew prawu, nakładał pokuty, ale nie rozpatrywał ich związku w kategoriach nieważności (por. J. Rybczyk, *Uzdrowienie małżeństwa w związku*, Lublin 1958, 42 nn.).

zabronionego przez prawo. Powstaje wtedy wątpliwość, czy wyrażona przez nich zgoda jest ważna w obliczu prawa, czy też sam fakt istnienia przeszkody ustanowionej przez prawo czyni zgodę małżeńską nieważną i niebyłą³.

Zazwyczaj nupturienti nie liczą się z faktem istnienia przeszkody lub o niej nie wiedzą i zawierają małżeństwo w sposób bezwarunkowy. Teoretycznie możliwa jest jednak sytuacja, w której wiedzą o zachodzącej przeszkodzie i zawierają małżeństwo pod warunkiem, że przeszkoda przestanie istnieć. Rozpatrzmy obie sytuacje.

1. ZGODA BEZWARUNKOWA

Na niewystarczalność zgody małżeńskiej powziętej przy istniejącej przeszkodzie zrywającej zwrócono uwagę już w XII wieku, kiedy wykrystalizowało się pojęcie „impedimentum dirimens” i zaczęto udzielać dyspens, które miały na celu konwalidację nieważnych małżeństw. Rollandus Bandinelli⁴, a za nim inni autorzy⁵ twierdzą, że zgoda małżeńska osób prawnie niezdolnych do zawarcia małżeństwa nie posiada żadnego znaczenia. Do wieku XVI nie precyzują jednak kanoniści, czy zgoda ta jest tylko aktualnie nieskuteczna, czy też nie posiada ona w ogóle żadnej wartości na forum prawnym i nigdy nie będzie mogła spowodować małżeństwa. Dopiero w wieku XVI i w stuleciach następnych liczna grupa kanonistów — wielu⁶ bez żadnego uzasadnienia — głosi pogląd, że zgoda małżeńska osób prawnie niezdolnych do zawarcia ze sobą małżeństwa jest nie tylko nieskuteczna, lecz jest „nulla”, niebyła na forum prawnym, tak jakby nigdy nie została powzięta i wyrażona.

Podstawowy argument wytaczany przeciw ważności zgody małżeńskiej powziętej w omawianych warunkach bazuje na stwierdzeniu, że zgoda na rzecz zabronioną przez prawo („materiam illegitimam”) nie może mieć żadnego zna-

³ Sądzę, że łaciński termin „nullus” najlepiej jest oddawany w języku polskim przez słowo „niebyły”; „invalidus” zaś przez „nieważny”.

⁴ *Die Summa Magistri Rollandi nachmalst Papst Alexander III, C. XXVII, c. IV* (wyd. F. Thaner, Innsbruck 1847).

W artykule niniejszym zastosowano sposób cytowania starodruków przyjęty w tradycyjnej literaturze kononistycznej. Poszczególne skróty oznaczają:

a. — articulus; c. — caput; can. — canon; C. — causa; coll. — collectio; concl. — conclusio; consil. — consilium; consult. — consultatio; D — Digesta; diff. — difficultas; discept. — disceptatio; disput. — disputatio; dist. — distinctio; dub. — dubium; inst. — institutio; lib. — liber; punct. — punctum; q. — quaestio; reg. — regula; resol. — resolutio; resp. — responsum; rub. — rubrica; sect. — sectio; SRRD — Sanctae Romanae Rotae Decisiones, Romae 1912 nn; s. — strona, pagina; tr. — tractatus; v. — verbum, hasło.

⁵ Tancredus, *Summa de matrimonio*, Francofurti 1562, tit. I. C. VII; Panormitanus, *Commentarium super Decretalibus Libri X*, bmv 1527, lib. VII, s. 13 n. 2.

⁶ D. Covarubias, *De Sponsalibus et Matrimonio*, Antverpiae 1638, pars II, c. IV, n. 7; T. Tamburinus, *Iuris Divini Naturalis et Ecclesiastici expedita moralis explicatio*, Lugduni 1589, lib. VIII, tr. IV, c. VII, § II, n. 1; L. Molina, *De iustitia et ture*, Coloniae 1614, t. III, disput. 624, n. 3; P. Giavarra, *Compendium Manualis Navarri*, Coloniae 1592, C. XXII, n. 85; G. Hurtadus, *Tractatus de Sacramentis et Censuris*, Antverpiae 1623, t. III, disput. III, diff. IX, n. 32; B. Mastrius, *Theologia Moralis*, Venetiis 1758, disput. XX, q. IV, a. IV, n. 96; L. Engel, *Manuale Parochorum*, Salsburgi 1714, pars III, C. V, § VII, n. 3; E. Pirching, *Ius Canonicum*, Venetiis 1759, t. IV, tit. I, sect. III, § III, n. LXXXVII, V. Pichler, *Candidatus Abbreviatus Iurisprudentiae Sacrae*, Augustae Vindelicorum 1752, pars II, lib. IV, tit. XVI, n. 11; R. Maschat, *Institutiones canonicae*, Romae 1757, lib. IV, *Tractatus de Dispensationibus Matrimonialibus*, § V, q. I, n. 53; P. G. Antoine, *Compendium Theologiae Moralis*, Vilnae 1784, t. II, *Tractatus de Matrimonio*, c. III, q. IV, resp. 3; A. Retke, *De matrimonio tractatus iuridicus secundum sacros canones et leges civiles in Imperio Rossico et Poloniae Regno vigentes ordine titularum quarti libri Decretalium*, Varsaviae 1895.

czenia na formu prawnym⁷. Zakaz zawarcia małżeństwa powoduje ponadto, iż osoby są niezdolne do wyrażenia ważnej zgody małżeńskiej⁸. Również sama czynność wyrażania zgody jest zabroniona przez prawo, a więc w myśl znanej zasady „quidquid fit contra legem pro infecto habendum“⁹, jest nieważna¹⁰. Powyższa argumentacja do XX wieku nie była przez nikogo bezpośrednio kwestionowana. W naszych czasach nawiązali do niej: P. Gasparri¹¹, L. Rodrigo¹² i U. Navarrete¹³. Autorzy ci podkreślają jednak tylko to, że zakaz prawny nie wyklucza realnego aktu woli nupturientów, nie wyjaśniają natomiast, jakim sposobem „consensus illegitimus“ staje się „legitimus“. Do zagadnienia tego jeszcze powrócimy.

Pozostałe argumenty za nieważnością zgody małżeńskiej nie posiadają większego znaczenia. Twierdzenie, jakoby zachodził tu błąd co do osoby — jak głosili niektórzy¹⁴ — jest nieporozumieniem. To, że jeden kontrahent jest przez drugiego mylnie uważany za osobę zdolną do zawarcia z nim małżeństwa, nie zmienia faktu, iż jest tą samą osobą, z którą ten chce zawrzeć małżeństwo. Również filozoficzna zasada „voluntas inanis est nisi adsit potentia“ dowodzi jedynie, że zgoda małżeńska w obliczu przeszkody zrywającej nie może aktual-

⁷ D. Soto, *Compendium in Quartum Sententiarum*, Venetiis 1598, dist. 39, q. 2, a. 1; T. Sanchez, *De Sancto Matrimonii Sacramento*, Venetiis 1726, lib. II, disput. XXXV, n. 2; M. Bonacina, *Opera Omnia*, Venetiis 1662, *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, q. II, punct. IX, n. 6; Aeg. Coninck, *De Sacramentis et censuris*, Antverpiae 1619, t. II, disput. 24, n. 95; H. Busenbaum, *Medulla Theologiae Moralis*, Tornaci brw, lib. IV, tr. VI, dub. III; A. Natalis, *Theologiae R. P. F. Suarez Summa*, Parisiis 1861, Appendix II, pars III, c. XVI, s. 1454; C. Billuart, *Cursus Theologiae*, Wirceburgii 1767, *Tractatus de Matrimonio*, t. IX, dissert. III, a. III; C. Bossius, *De Matrimonii contractu tractatus*, Venetiis 1643, c. X, n. 336; T. Schmitz, *Medulla Iuris Canonici*, Coloniae Agripinae 1740, lib. IV, tit. I, q. III; F. Tschischwitz, *Ius problematicum*, Vratislaviae 1737, pars II, casus XVI; S. M. Vecchiotti, *Institutiones canonicae ad usum seminariorum accomodatae*, vol. III, Augustae Taurinorum 1873, 272; J. Pelczar, *Prawo małżeńskie katolickie z uwzględnieniem prawa cywilnego obowiązującego w Austrii, w Prusach i w Królestwie Polskim*, Kraków 1898, t. III, 59.

⁸ Aeg. Coninck, dz. cyt., t. II, disput. 24, n. 95; B. Mastrius, dz. cyt., disput. XX, q. IV, a. II, n. 96; F. Castro Palao, *Opus moralis de virtutibus et vitiis contrariis*, Lugduni 1647, pars V, disput. II, punct. VII, § II, n. 1; A. Reifenstuel, *Ius Canonicum Universum*, Parisiis 1889, lib. IV, Appendix, § XIII, n. 585; A. Natalis, *Theologia Dogmatica — moralis*, Venetiis 1769, t. II, tr. II, c. II, a. I, reg. XIII; A. Holtzmann, *Theologia moralis*, Campidonae 1740, pars VI, tr. II, disput. IV, c. II, n. 690; C. Billuart, dz. cyt., t. IX, *Tractatus de Matrimonio*, dissert. III, a. III; A. Huth, *Ius Canonicum*, Augustae Vindelicorum 1738, lib. IV, tit. I, q. 11.

⁹ C. I, 14, 1; Reg. 44 in VI^o.

¹⁰ F. Schmalzgrueber, *Sponsalia et Matrimonium*, Dilingae 1726, tit. XVI, sect. VIII, n. 258; V. Pichler, *Summa Iurisprudentiae Sacrae seu Ius Canonicum*, Augustae Vindelicorum 1741, lib. IV, tit. XVI, n. 53; R. Maschat, dz. cyt., lib. IV, *Tractatus de Dispensationibus Matrimonialibus*, § V, q. I, n. 53; A. Holtzmann, dz. cyt., pars VI, tr. II, disput. IV, c. II, n. 960; S. M. Vecchiotti, dz. cyt., 273.

¹¹ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Parisiis 1904, t. II, 30—31 (ale w wyd. z r. 1900 Gasparri omawiany problem pomijał milczeniem, w wyd. zaś z r. 1932 uznaje wartość zgody nawet przy przeszkodzie z prawa Bożego).

¹² L. Rodrigo, *De relatione inter matrimonii nullitatem et nullitatem consensus matrimonialis*, Comillas 1945, 18—25.

¹³ U. Navarrete, *Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento turis divini*, w: *De Matrimonio coniectanea*, Romae 1970, 358—358.

¹⁴ J. H. Van Axel, *Totius Iuris Canonici Compendium sive Brevis Summa in Quinque Libros Decretalium Sancti Concilii Tridentini Decretis accomodata*, Coloniae Agripinae 1730, lib. IV, tit. VI, n. 5; B. Mastrius, dz. cyt., disput. XX, q. IV, a. II, n. 96.

nie wyrzuci skutku. Nie wynika natomiast z tej zasady — jak sądzono¹⁵ — że zgoda w ogóle nie posiada żadnej wartości. Nieuzasadnione jest również twierdzenie pewnych kanonistów, o których wspomina Rodrigo¹⁶, że każdemu aktowi woli towarzyszy ukryty warunek „o ile jestem zdolny”. Nie jest to bowiem warunek w znaczeniu prawnym, kiedy kontrahent od spełnienia warunku uzależnia swoją decyzję.

Rozpatrzmy teraz argumenty przemawiające za możliwością powzięcia ważnej zgody małżeńskiej w obliczu realnie istniejącej przeszkody zrywającej. Jako pierwszy¹⁷ możliwość tę dopuścił Jan Jędrzejowy. Wychodząc z założenia, że papież może uważnić małżeństwo „ut ex tunc” (tzn. mocą późniejszej dyspensy uczynić je ważnym już w chwili nieważnego zawierania), kanonista ów stwierdził, że u podstaw uważnianego związku leży prawdziwa zgoda małżeńska. Bez prawdziwej zgody małżeńskiej nie może bowiem istnieć małżeństwo. Skoro więc papież może „ut ex tunc” uważnić małżeństwo, to już w momencie jego nieważnego zawierania musiała istnieć prawdziwa zgoda małżeńska¹⁸. Opinia Jana Jędrzejowego († 1348) przez długi czas nie miała zwolenników. Dopiero w XVII i XVIII wieku znaleźli się kanoniści, którzy ją uznali i głębiej uzasadnili. Wspólną podstawę ich poglądów stanowił fakt, że zgoda małżeńska jest realnym aktem woli ludzkiej, którego istnienie jest niezależne od przepisów prawnych. Przepis może pozbawić akt woli skuteczności prawnej, może ignorować jego istnienie, ale nie może sprawić, by nie istniał realnie, skoro wola go powzięła i został wyrażony na zewnątrz. Jeżeli zaś akt woli istnieje realnie, to w każdej chwili może uzyskać skuteczność prawną¹⁹. W XIX i XX wieku powyższa opinia stała się powszechną wśród kanonistów. Znalazła też oficjalne potwierdzenie w orzeczeniach kongregacji rzymskich²⁰ i w Kodeksie Prawa Kanonicznego²¹.

Wypracowanie pojęcia „consensus naturaliter sufficiens sed iuridice inefficax” nie rozwiązuje jednak problemu, jakim sposobem zgoda małżeńska powzięta wbrew zakazowi prawnemu zostaje uznana za ważną i może spowodować skutki na forum prawnym. Odnośnie uzyskiwania skuteczności praw-

¹⁵ P. Böckhn, *Commentarium in Ius Canonicum Universum*, Salisburgii 1739, t. III, lib. IV, tit. III, § III, n. 38; A. Holtzmann, dz. cyt., pars IV, t. II, disput. IV, c. II, n. 260.

¹⁶ L. Rodrigo, dz. cyt., 20—21.

¹⁷ Pomijamy tu analizę wydawanych w XIII w. dyspens (por. J. Rybczyk, dz. cyt., 56—57), które pozwalały na pozostanie w zawartym nieważnie małżeństwie, a nie wspominały o obowiązku odnowienia zgody. Nie jest bowiem wykluczone, że małżeństwo stawało się ważne jednak poprzez wyrażenie — choćby za pomocą „affectio maritalis” — zgody małżeńskiej. To samo należy powiedzieć o wypadkach uważniania małżeństwa „ipso iure” (D. XXIII, 2, 27; D. XXIII, 2, 65; D. XXIII, 2, 4; c. 2, X, 4, 9).

¹⁸ Joannes Andreae, *In Quinque Libros Decretalium Novella Commentaria*, Venetiis 1581, komentarz do c. 3, X, 4, 17, n. 30.

¹⁹ A. Barbosa, *Collectanea Doctorum tam veterum quam recentiorum in Ius Pontificium universum*, Lugduni 1647, t. II, tit. VII, c. VII; J. Kugler, *Tractatus Theologico — canonici de Matrimonio*, Vratislaviae 1728, t. II, pars III, q. XXIX, s. 235; E. Amort, *Dictionarium Casuum Conscientiae, opus omnibus casibus iussu Benedicti XIV resolutis, novisque notis illustratum*, Augustae Vindelicorum 1762, v. Matrimonium, § 4, Nota; C. Pyrrus, *Praxis dispensationum apostolicarum*, Venetiis 1699, lib. VIII, c. III, n. 50, Benedykt XIV, *Institutiones Ecclesiasticae*, Tornaci 1885, inst. LXXXVII, n. 80.

²⁰ Np. Rota Rzymska coram Gustavo Persiani, Colonien., 27 augusti 1910 (SRRD II, 230). Omawia te wyroki dokładniej J. Rybczyk, dz. cyt., 188—202, 217—232.

²¹ Can. 1139 § 2, 1085.

nej przez zgodę małżeńską powziętą w obliczu przeszkody zrywającej można wyróżnić trzy koncepcje.

Twórcą pierwszej jest A. Barbosa. On i jego współcześni zwolennicy²² sądzą, że zgoda małżeńska wyrażona przez kontrahentów związanych przeszkodą zrywającą pochodzącą z prawa kościelnego powoduje zaistnienie realnego węzła małżeńskiego, który istnieje w ramach prawa naturalnego, a brak mu jedynie aprobaty ze strony Kościoła. Uzdrawienie małżeństwa w związku to nic innego, jak przyznanie istniejącemu już małżeństwu skutków prawnych w społeczności kościelnej²³.

Drugą koncepcję, która usiłuje wyjaśnić, w jaki sposób zgoda na małżeństwo zabronione przez prawo staje się ważna na forum prawnym, wypracował Corradus Pyrrus. Uważa on, że zgoda osób prawnie niezdolnych do zawarcia małżeństwa jest na forum prawnym niebyła i nie może spowodować żadnych skutków. Kiedy jednak papież udziela dyspensy „in radice matrimonii”, wtedy „uzdrowia” zgodę: jej istnienie zostaje uznane na forum prawnym i w związku z tym może spowodować swój zasadniczy skutek, jakim jest utworzenie małżeństwa²⁴. Poglądy Pyrrusa przyjęli i inni kanoniści²⁵.

Według trzeciej koncepcji, której podwaliny stworzyli E. Amort²⁶ i J. Kugler²⁷, zgoda małżeńska powzięta zgodnie z normami prawa naturalnego nie potrzebuje wcale wprowadzenia na forum prawne poprzez specjalny akt prawodawcy. Posiadając bowiem swoje naturalne istnienie, istnieje również w porządku prawnym. Przeszkoda zrywająca pozbawia zgodę skuteczności i nie pozwala na zaistnienie małżeństwa, lecz nie czyni tej zgody całkowicie niebyłą. Po usunięciu przeszkody małżeństwo — mocą ważnej od początku i trwającej nadal zgody — może zaistnieć tak w porządku prawa naturalnego jak i kościelnego. Koncepcja powyższa została przyjęta przez wielu współczesnych kanonistów²⁸ i znalazła swe odbicie w Kodeksie Prawa Kano-

²² F. Triebs, *Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts in Vergleichung mit dem deutschen staatlichen Eherecht für Theologen und Juristen*, III Teil, Breslau 1929, 452—453; W. Bertrams, *De indole personali et sociali consensus matrimonialis*, w: *De Matrimonio coniectanea*, Romae 1970, 54—55; J. Bernhard, *A propos de la forme ordinaire du mariage*, w: *Ius Sacrum*, München — Paderborn — Wien 1969, 585; E. Lalaguna, *Funcion de la forma juridica en el matrimonio canonico*, *IusCan* 1 (1960) 222.

²³ A. Barbosa, dz. cyt., t. II, tit. XVII, c. XII, n. 4.

²⁴ C. Pyrrus, dz. cyt., lib. VIII, c. III, n. 58.

²⁵ G. Philips — F. H. Vering, *Compendium Iuris Ecclesiastici auctum atque emendatum*, Ratisbonae 1875; J. Kutschker, *Das Eherecht der Katholischen Kirche nach seiner Theorie und Praxis*, Wien 1856—1857, t. V, 350—351; J. Pelczar, dz. cyt., t. III, 59 i 81; F. Heiner, *Grundriss des katholischen Eherechts*, Münster i. W. 1900, 256; M. Paliwoda — B. Jaszowski, *Praelectiones ex Iure canonico singularem cum attentione ad ritum Rutheno Catholicum nec non ad ius civile Imperii Austriaci*, Leopoldi 1901, 652—654.

²⁶ E. Amort, dz. cyt., v. Matrimonium, § IV, Nota.

²⁷ J. Kugler, dz. cyt., t. II, pars II, q. XXIX, 228.

²⁸ E. Génicot — J. Salsmans, *Theologiae moralis institutiones*, Bruxellis 1909, t. II, 554; M. Conte a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, *De Sacramentis tractatus canonicus*, Taurini 1947, t. III, 936; E. Grazziani, *Intentio contrahendi et intentio sese obligandi*, *EIC* 10 (1954) 54; V. Dalpiaz, *Num matrimonia inter acatholicos ante promulgationem Codicis I. C. ob impedimentum disparitatis cultus nulliter contracta, eodem impedimento vi can. 1070 §1 ablato, per consuetudinem vitae coniugalis post promulgationem codicis servatam, fuerint ipso facto convalidata*, *Apol* 6 (1933) 360; J. Rybczyk, dz. cyt., 151—152; U. Navarrete, dz. cyt., 372; P. Huizing, *Schema structurae iuris canonici latini de Matrimonio cum notis bibliographicis ad usum auditorum*, Romae 1963, 593—594.

nicznego, który usankcjonował pojęcie „consensus naturaliter sufficiens sed iuridice inefficax” (kan. 1139 § 1).

Oceniając krytycznie wszystkie trzy koncepcje należy stwierdzić, że pierwsza jest niezgodna z kanonicznym pojęciem ważnego małżeństwa. Jak słusznie zauważa U. Navarrete²⁹, związek zawarty przy istniejącej przeszkodzie zrywającej istnieje wprawdzie realnie, ale nie można uważać go w ogóle za małżeństwo. Przeszkody zrywające są ustanowione przeciwko to, by nie dopuścić do powstania węzła małżeńskiego. Relacja między nupturientami w omawianych warunkach nie staje się małżeństwem, a od zwykłego konkubinatu różni się m.in. tym właśnie, że może stać się małżeństwem na mocy pierwotnej zgody, gdy zostanie usunięta przeszkoda zrywająca. Koncepcja „uzdrowienia” zgody małżeńskiej była słuszna o tyle, o ile rzeczywiście istniał przepis prawa pozytywnego, który zgodę małżeńską powziętą w obliczu przeszkody zrywającej czynił niebyłą na forum prawnym. Wprawdzie trudno jest wskazać taki konkretny przepis, lecz można go wyprowadzić z istniejącej w prawie przedkodeksowym zasady „quidquid fit contra legem pro infecto habendum”³⁰. Natomiast w aktualnie obowiązującym prawie przepisu takiego nie ma. Kodeks Prawa Kanonicznego postanawia, że „consensus naturaliter sufficiens” znajduje pełne uznanie na forum kanonicznym, chociaż z rozporządzenia prawa pozytywnego w wielu wypadkach pozostaje nadal nieskuteczny po ustaniu przeszkody (kan. 1133 § 2). Obecnie więc nie ma już wątpliwości, że sam fakt istnienia przeszkody zrywającej nie wyklucza możliwości powzięcia prawdziwej i ważnej wobec prawa zgody małżeńskiej.

2. ZGODA WARUNKOWA

Równoległe z dyskusją na temat wartości zgody małżeńskiej powziętej bezwarunkowo w obliczu przeszkody zrywającej toczył się wśród dawnych kanonistów spór na temat ważności zgody powziętej pod warunkiem „si Papa dispensabit”. Nie wiadomo, czy był to tylko teoretyczny spór, czy też istniała praktyka zawierania małżeństw pod takim warunkiem. Wydaje się dość prawdopodobne, że kiedy kontrahenci nie mogli czekać z zawarciem małżeństwa do czasu otrzymania dyspensy, wtedy zawierali małżeństwo warunkowo: o ile papież udzieli dyspensy. Natomiast prawnicy zastanawiali się, czy małżeństwo zaistnieje z chwilą udzielenia dyspensy³¹, czy też konieczne jest ponowienie zgody małżeńskiej, gdyż pierwotna jest nieważna³². Część kanonistów uważała, że przeszkoda zrywająca nie tylko nie pozwala na zaistnienie małżeństwa, lecz zabrania warunkowego nawet wyrażenia zgody. Ponieważ osoby są „inhabiles”, a ich zgoda dotyczy „materiam illegitimam”, więc każdy akt woli zmierzający do utworzenia małżeństwa nie może mieć żadnego znaczenia na forum prawnym³³. Również późniejsza dyspensa nie może uważać

²⁹ U. Navarrete, dz. cyt., 366—370.

³⁰ Por. przypis 9.

³¹ Komentatorzy Kodeksu Prawa Kanonicznego omawiając kanon 1085 stwierdzają, że jest możliwe powzięcie zgody „nunc pro tunc”, a więc pod warunkiem zbliżonym do omawianego: „o ile przeszkoda ustanie”.

³² Pomijamy tu zagadnienie, czy omawiany warunek jest „conditio impossibilis”, co przesądzałoby o nieskuteczności zgody.

³³ Panormitanus, *Commentaria in IV et V Libros Decretalium*, Lugduni 1542, rub. *De conditionibus appositis*, c. *Super eo*; D. Soto, dz. cyt., dist. 39, q. 2, a. 1; F. Toletus, *Summa casuum conscientiae*, Lugduni 1623, lib. VII, c. XII, n. 7; J. H. Van Axel, dz. cyt., tit. XIII, n. 23; F. Zypaeus, *Iuris pontifici novi analitica enarratio*,

pierwotnej zgody, gdyż prawo nie działa wstecz³⁴ i ani przepisy prawne nie przewidują możliwości uważnienia zgody³⁵, ani papież udzielający dyspensy od przeszkody nie ma intencji dokonania takiego uważnienia³⁶.

Powyzsze poglądy są odmienne od poglądów głoszonych przez współczesną kanonistykę, która wypracowała pojęcie „consensus naturaliter sufficiens sed iuridice inefficax” i nie mogą być uznawane w czasach, kiedy — jak było powiedziane wyżej — wiadomo na pewno, że taka zgoda nie potrzebuje „uzdrowienia”. Dawni jednak kanoniści, którzy uznawali ważność zgody małżeńskiej powziętej pod warunkiem uzyskania dyspensy, musieli szukać uzasadnienia swych twierdzeń nie kwestionując uznawanej wówczas powszechnie zasady, że zgoda na małżeństwo zabronione przez prawo jest nieważna. Starali się więc wykazać, że zgoda warunkowa nie podpada pod tę zasadę i nie jest objęta sankcją nieistnienia na forum prawnym. Niektórzy³⁷ wykazywali, że do chwili uzyskania dyspensy wartość zgody ulega zawieszeniu. Zgoda małżeńska nie jest ważna, ani nie jest nieważna, gdyż kontrahenci chcieli, aby małżeństwo zaczęło istnieć dopiero od momentu, kiedy oni sami staną się „habiles ad matrimonium”. Natomiast z chwilą udzielenia dyspensy ustaje zakaz zawierania małżeństwa i zgoda uzyskuje pełną wartość i skuteczność. Inni³⁸ przytaczali przykłady spoza prawa małżeńskiego, gdzie ważny jest akt woli powzięty pod warunkiem uzyskania późniejszego zezwolenia (mianowanie spadkobiercą osoby nieprawego pochodzenia pod warunkiem przyszłej legitymacji; sprzedaż dóbr lennych pod warunkiem uzyskania zgody od właściciela; ślub biskupa diecezjalnego, że wstąpi do zakonu, złożony pod warunkiem uzyskania zezwolenia od papieża). Zdaniem pewnych kanonistów³⁹ również wyroki Roty Rzymskiej uznają ważność małżeństw zawartych pod warunkiem uzyskania dyspensy.

Na osobną uwagę zasługuje pogląd, jaki w dyskusji na temat wartości zgody małżeńskiej powziętej pod warunkiem udzielenia dyspensy wyraził Corradus Pyrrus. Uważał on, że zgoda tak powzięta jest nieważna i nie istnieje na forum prawnym. Zgodnie jednak ze swoją koncepcją „uzdrawiania” zgody małżeńskiej był zdania, że zgoda może zostać uznana za ważną specjalnym rodzajem dyspensy papieskiej usuwającej przeszkodę i „uzdrawiającej” zgodę⁴⁰.

W XX wieku dyskusja na temat warunku „si Papa dispensabit” straciła na ostrości. Z jednej bowiem strony zwyciężyła koncepcja, że zgoda małżeń-

Coloniae Agripinae 1642, lib. IV, tr. *De Conditione apposita in despon.*, n. 1; C. Pyrrus, dz. cyt., lib. VIII, c. III, n. 38; C. Lacroix, *Theologia moralis*, Venetiis 1722, t. III, lib. IV, pars III, tr. VI, c. II, q. 34, § 7, n. 245; Ch. Cosci, *De separatione tori coniugalit*, Florentiae 1856, lib. I, c. V, n. 42; P. Böckhn, dz. cyt., t. III, lib. IV, tit. IV, § 2, n. 30; P. Gasparri, dz. cyt., Parisiis — Lugduni 1900, t. II, 70—71 (później Gasparri zmienił zdanie: por. wyd. Parisiis 1904, t. II, 86).

³⁴ D. Soto, dz. cyt., dist. 39, q. 2, a. 2.

³⁵ P. Layman, *Theologia Moralit*, Venetiis 1729, lib. IV, tr. X, pars II, c. VII, n. 5; P. Böckhn, dz. cyt., tit. IV, § 2, n. 20.

³⁶ Panormitanus, *Commentaria in IV et V Libros Decretalium*, rub. de Conditionibus appositis, c. Super eo; J. H. Van Axel, dz. cyt., tit. XIII, n. 23.

³⁷ M. Bonacina, dz. cyt., *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, q. II, punct. X, n. 23; H. Zoesius, *Commentarius in Ius Canonicum*, Coloniae Agripinae 1725, t. V, n. 12.

³⁸ A. Reifenstuel, dz. cyt., t. IV, tit. V, q. V, n. 27; R. Maschat, *Resolutiones quaestionum amplius D. C. in utroque iure controversarum*, lib. IV, tit. V, resol. IV.

³⁹ Por. R. Maschat, tamże.

⁴⁰ C. Pyrrus, dz. cyt., lib. VIII, c. III, n. 58.

ska powzięta w obliczu przeszkody zrywającej, chociaż nieskuteczna, jest ważna i istnieje na forum prawnym. Przestała więc istnieć potrzeba udowadniania, że zgodę bezwarunkową i warunkową należy oceniać inaczej. Z drugiej zaś strony szerokie uprawnienia udzielone ordynariuszowi w zakresie dyspensowania od przeszkód małżeńskich praktycznie wykluczyły potrzebę zawierania małżeństw pod warunkiem uzyskania dyspensy. Tym niemniej niektórzy kanoniści zastanawiali się, czy po uzyskaniu dyspensy małżeństwo tak zawarte stałoby się od razu ważne, czy też przepis prawa pozytywnego utrzymuje nadal nieskuteczność zgody i nakazuje jej odnowienie. Jedni uważali, że małżeństwo pod warunkiem uzyskania dyspensy jest małżeństwem nieważnym z powodu przeszkody zrywającej i zgodnie z kan. 1133 § 1 konieczne jest odnowienie zgody przynajmniej przez stronę świadomą zachodzącej nieważności⁴¹. Inni sądzą, że ze względu na postawiony warunek małżeństwo nie jest ważne, ani nieważne, lecz jest „zawieszone“. Dlatego nie ma tu zastosowania kan. 1133 § 1, który nakazuje odnowienie zgody⁴². Ten ostatni pogląd należy uznać za słuszny. Kanon 1092 orzeka bowiem wyraźnie, że „*conditio semel apposita et non revocata... si de futuro licita, valore matrimonii suspendit*“. Małżeństwo więc zawarte pod warunkiem „*si Papa dispensabit*“ nie jest „*matrimonium irritum ob impedimentum dirimens*“ (kan. 1133), ani „*matrimonium nullum ob defectus consensus*“ (kan. 1136) i nie można wskazać przepisu prawa pozytywnego, który wymagałby odnowienia zgody po spełnieniu się warunku.

II. ZGODA POWZIĘTA ZE ŚWIADOMOŚCIĄ NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

Kościół ustanawiając przeszkody zrywające pragnie, aby związani tymi przeszkodami ludzie nie zawierali ze sobą małżeństwa. Zdarza się jednak, że kontrahenci nie liczą się z wolą Kościoła i zawierają małżeństwo według formy kościelnej lub świeckiej. Powiadamy wtedy, że usiłują zawrzeć małżeństwo „*in mala fide*“. Owa „*mala fides*“ może istnieć i wtedy, kiedy kontrahenci nie są związani przeszkodą, lecz wydaje im się, iż ona istnieje. Kodeks Prawa Kanonicznego obydwie przypadki traktuje łącznie. W kanonie 1085 stwierdza, że zgodne z rzeczywistością lub błędne przekonanie o nieważności zawieranego małżeństwa nie musi z konieczności wykluczać zgody małżeńskiej⁴³. Ta lakoniczna dyspozycja kodeksu nie uzasadnia jednak dlaczego „*scientia nullitatis matrimonii*“ nie wyklucza skutecznej decyzji zawarcia małżeństwa; nie wyjaśnia, jak rozwiązano trudności wysuwane przez dawnych kanonistów; nie wyklucza też wszystkich wątpliwości na przyszłość, a co za tym idzie różnorodnych interpretacji tego kanonu. Rozpatrzmy więc, jak doszło do jego powstania i jakie są jego współczesne interpretacje.

⁴¹ J. Bánk, *Connubia canonica*, Romae — Friburgii Brig. — Barcinonae 1959, 441; P. Gasparri, dz. cyt., Romae 1932, 94; F. Triebs, dz. cyt., Teil III, 543—544; Ch. De Clerq — R. Naz, *Des Sacraments*, Paris 1947, 366; J. Chelodi — P. Ciprotti, *Ius Canonikum de matrimonio et de iudiciis matrimonialibus*, Vicenza 1947, 154.

⁴² S. Romani, *Institutiones Iuris Canonici*, Romae 1945, t. II, 675; V. Heylen *Tractatus de matrimonio*, Mechliniae 1945, 231; M. Conte a Coronata, dz. cyt., t. III,

⁴³ Can. 1085: „*Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimoniale necessario non excludit*“.

1. GENEZA KANONU 1085

Dyskusja na temat wartości zgody małżeńskiej powziętej w błędnym przekonaniu o nieważności zawieranego małżeństwa rozpoczęła się już w XV wieku i trwa do dziś. Na ogół wszyscy zgadzają się z zasadą, że nie można skutecznie chcieć tego, co uważa się za niemożliwe do zaistnienia. Dążenie do osiągnięcia rzeczy uznanych za nierealne jest sprzeczne z rozumną naturą człowieka⁴⁴. Z zasady tej wielu kanonistów wysnuwało wnioski, że osoba przekonana o swojej prawnej niezdolności do zawarcia małżeństwa, nie może powziąć decyzji zawarcia małżeństwa; skoro sądzi, że małżeństwo jest nieosiągalne, nie może chcieć jego osiągnięcia, a więc nie może wyrazić zgody małżeńskiej. Jest oczywiście możliwe wyrażenie zgody pod warunkiem „si forte possim”, ale wówczas nie mamy do czynienia z zupełnym przekonaniem o niemożliwości zawarcia małżeństwa, lecz z mniej lub więcej umotywowaną obawą, że będzie ono nieważne⁴⁵.

Druga natomiast grupa kanonistów uważała, że w omawianych warunkach można jednak powziąć zgodę małżeńską pod warunkiem „in quantum possum”⁴⁶. Na ogół jednak nie podają kanoniści, co rozumieją przez ten warunek i warunki sformułowane podobnie⁴⁷. Ponieważ przysłówek „quantum” ma znaczenie ilościowe, można sądzić, że użyty jako spójnik zdania warunkowego suponuje istnienie danej rzeczy, a uzależnia akt woli od rozmiarów tej rzeczy. Kto jest absolutnie pewien, że nie może zawrzeć ważnego małżeństwa, może powiedzieć: „Chociaż wiem, że nie mogę zostać związany ważnym węzłem małżeńskim, to jednak postanawiam zrealizować te wszystkie elementy wchodzące w skład ważnego małżeństwa, które jestem w stanie zrealizować. Zgadzam się na to, co jest ode mnie zależne; zgadzam się, na ile mogę”. Tak właśnie zdaje się rozumieć warunek „in quantum possum” Joannes Kugler, gdy mówi, że osoby świadome istnienia przeszkody zrywającej mogą jednak przyjąć wszystkie istotne zobowiązania małżeńskie: wzajemne przekazanie i akceptację prawa do ciała, wyłączność i dozgonność związku, zrodzenie i wychowanie potomstwa itp.⁴⁸

Zarówno zwolennicy jak i przeciwnicy możliwości powzięcia zgody małżeńskiej „cum scientia nullitatis” usiłują poprzeć swe stanowisko tekstami prawnymi⁴⁹. Nie wydaje się jednak, by przed wiekiem XVIII istniał rzeczy-

⁴⁴ E. Amort (*Theologia Ecclesiastica Moralis et Scholastica*, Augustae Vindelicorum 1707, t. III, *Tractatus de Sacramento Matrimonii*, § 4, p. 8) pisze, że gdy kontrahenci nie spodziewają się ustania przeszkody, mogą wyrazić jedynie zgodę na rozpustny lub cudzołozny związek, a nie na prawdziwe małżeństwo. Szeroko omawia zagadnienie zgody na „impossibilia” L. Rodrigo, dz. cyt., 10—11 i 46—56.

⁴⁵ T. Tamburinus, dz. cyt., lib. VIII, tr. IV, c. II, § 11, n. 3; Aeg. Coninck, dz. cyt., t. II, disput. XXIV, dub. VI; G. Hurtadus, dz. cyt., t. III, disput. III, diff. VII, n. 21; F. Castro Palao, dz. cyt., pars V, disput. II, punct. V, n. 8; R. Baumgartner, *Conclusiones ex Quinque Libris Decretalium deductae*, Romae 1759, pars II, lib. IV, tit. I, sect. III, concl. VI.

⁴⁶ T. Sanchez, dz. cyt., lib. II, disput. XXXIII, n. 2; M. Bonacina, dz. cyt., *Tractatus de magno matrimonii Sacramento*, q. II, punct. IX, n. 8; F. Schmalzgrueber, dz. cyt., tit. I, sect. III, § 3, n. 445—457; A. Huth, dz. cyt., lib. IV, tit. I, § 3, q. 8; V. Pichler, *Summa Iurisprudentiae Sacrae seu Ius Canonicum*, lit. IV, tit. I, n. 107.

⁴⁷ Wyjątek stanowi Joannes Kugler, o którym będzie mowa niżej, oraz Sanchez i Schmalzgrueber (por. przypis poprzedni). Dwaj ostatni podają przykład, że osoba nie będąca kapłanem może pragnąć dokonania preistoczenia pod warunkiem „in quantum potest”.

⁴⁸ J. Kugler, dz. cyt., t. II, pars IV, q. XII, s. 542.

⁴⁹ Teksty te „pro” i „contra” podają m. in.: T. Sanchez, dz. cyt., lib. II, disput.

wiście przepis, z którego można by wnioskować o wartości zgody powziętej w omawianych warunkach. Pierwszym⁵⁰ takim tekstem jest dopiero Instrukcja Św. Kongregacji Rozkrzewiania Wiary dana wikariuszowi apostołskiemu w Konstantynopolu z 1 listopada 1785 r.⁵¹ Stwierdzono w tym dokumencie, że istniejące przekonanie, iż przed urzędnikiem stanu cywilnego nie można zawrzeć ważnego małżeństwa, nie zmieniło nastawienia kontrahenta, który chciał pojąć prawdziwą żonę (*una vera moglie*). Kontrahenci zdawali sobie sprawę, że wobec Boga i Kościoła nie będą mężem i żoną, tym niemniej — zdaniem Kongregacji — postanowili żyć tak, jak żyją prawdziwi małżonkowie. Ich błąd był to „*error concomitans*“, gdyż zgadzali się na to samo, na co zgodziliby się, gdyby ich poznanie było wolne od błędu. Chociaż nie mieli intencji zawarcia prawdziwego małżeństwa, mieli jednak intencję przyjęcia na siebie wszystkich obowiązków małżeńskich. Tę intencję Kongregacja uznała za wystarczającą do powzięcia ważnej i wystarczającej zgody małżeńskiej. Również dwa przedkodeksowe wyroki Roty Rzymskiej⁵² zawierają podobne stwierdzenia i nie osłabiają ich w niczym domniemania zawarte w innych wyrokach rotalnych⁵³, że praktykujący katolicy zawierając małżeństwo z pominięciem formy kanonicznej nie mają woli zawarcia małżeństwa. Rzeczywiście, religijnie uświadomieni katolicy wiedzą, że popełniają grzech, gdy podejmują decyzję rozpoczęcia życia małżeńskiego bez zainicjowania go w formie przepisanej przez Kościół. Dlatego zawierając dla określonych powodów małżeństwo cywilne przed kościelnym, mają wolę stać się prawdziwym małżeństwem dopiero od momentu zawarcia związku w formie kanonicznej. Nie wyklucza to jednak możliwości, że w sytuacji, gdy w ogóle nie mogą małżeństwa kościelnego zawrzeć, mogą zdecydować się na rozpoczęcie życia właściwego małżonkom w chwili zawierania małżeństwa cywilnego⁵⁴.

Ostatecznie możliwość ta została potwierdzona w kan. 1085 Kodeksu Prawa Kanonicznego. Jest to zasługą kardynała Gasparriego, który w swoich dziełach od dawna twierdził, że przekonanie o nieważności zawieranego małżeństwa nie musi wykluczać zgody małżeńskiej⁵⁵. Pogląd swój zawarł nastę-

XXXIII; F. Schmalzgrueber, *Succincta SS. Canonum Doctrina seu Decretalium Gregorii IX Pontificis Maximi Libri quinque*, Augustae Vindelicorum 1797, tit. I, n. 3.

⁵⁰ Pelczar i Gasparri wspominają o wyroku Kongregacji Soboru in Smyrnensi z 9 września 1752, gdzie nie uznano za nieważne małżeństwo, które zawarł mężczyzna z drugą kobietą, błędnie sądząc, że pierwsza żona jeszcze żyje. Do wyroku tego nie udało mi się dotrzeć. Por. J. Pelczar, dz. cyt., t. I, 233—234; P. Gasparri, dz. cyt., Parisiis 1904, t. II, 30.

⁵¹ Pełny tekst znajduje się w *Codicis Iuris Canonici Fontes*, t. VII (wyd. J. Sèredi), Romae 1935, 161—143.

⁵² *Coram Gustavo Persiani, Colonien., nullitatis matrimonii, 27 Augusti 1910* (SRRD II, 327—330); *coram Ioanne Prior, nullitatis matrimonii, 2 martii 1914* (SRRD VI, 93).

⁵³ *Coram Francisco Helner, nullitatis matrimonii, 19 Maii 1910* (SRRD II, 158); *coram Iulio Grazioli, Varmien., nullitatis matrimonii, 25 octobris 1928* (SRRD XX, 486); *coram Arcturo Wynen, Poznantiem., nullitatis matrimonii, 15 decembris 1936* (SRRD XXVIII, 763) i inne.

⁵⁴ Przypuszczalnie w oparciu o tę możliwość Stolica Apostolska jeszcze przed r. 1917 uzdrawiała w związku małżeństwa zawarte świadomie z przeszkodą węzła (por. P. Gasparri, dz. cyt., Parisiis — Lugduni 1900, 306; J. Rybczyk, dz. cyt., 226). Nie znając jednak dokładnie okoliczności sprawy, nie możemy wykluczyć, że kontrahenci zawierając drugie małżeństwo myśleli, że zawierają związek niegodziwie, lecz ważne.

⁵⁵ P. Gasparri, dz. cyt., Parisiis — Lugduni 1900, s. 298; Parisiis 1904, 31—32.

nie w trzech kolejnych projektach nowego kodeksu⁵⁶. Samo sformułowanie zawarte w tych projektach jest — zdaniem Rodrigo⁵⁷ — negacją opinii, którą głosił Gury⁵⁸. Kodeks Prawa Kanonicznego odciął się więc od tej opinii stwierdzając wyraźnie w wymienionym kanonie: „Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimoniale necessario non excludit“. Sformułowanie to jest dość ogólne i nie wyjaśnia, w jakich wypadkach świadomość nieważności wyklucza zgodę, a w jakich nie wyklucza. Spróbujmy więc poddać ten kanon głębszej analizie i przypatrzeć się, jak rozumieją go współcześni kanoniści.

2. INTERPRETACJA KANONU 1085

Podstawowe znaczenie dla zrozumienia treści kanonu 1085 stanowi właściwe sprecyzowanie terminów „scientia“ i „opinio“. Sądząc z tego, co na temat omawianego kanonu napisał Gasparri⁵⁹ i uwzględniając przedstawioną wyżej genezę tego kanonu, należy stwierdzić, że termin „scientia“ oznacza osąd zgodny z rzeczywistością, a „opinio“ oznacza osąd błędny. Bezpodstawne są natomiast sugestie pewnych autorów⁶⁰, aby przez „scientia“ rozumieć przekonanie prawdziwe i fałszywe, a przez „opinio“ mniej lub więcej uzasadnione przypuszczenie. „Nullitas matrimonii“ oznacza nieważność małżeństwa w ogóle, a więc nieważność zarówno wobec prawa naturalnego, jak i kościelnego. Rozróżnianie między nieważnością wobec prawa naturalnego i wobec prawa pozytywnego nie jest zgodne z kanonicznym pojęciem małżeństwa i Kodeks Prawa Kanonicznego też nigdzie takiego rozróżnienia nie stosuje. Znaczenie następnego terminu „consensus matrimonialis“ jest oczywiste. Chodzi tu o wspomniany w kan. 1139 § 1 „consensus naturaliter sufficiens“, ze swej natury wystarczający do utworzenia węzła małżeńskiego. Pewne wątpliwości nastrocza natomiast sformułowanie „necessario non excludit“. Niektórzy kanoniści zastanawiają się, czy z takiego sformułowania wynika domniemanie za nieważnością zgody i w konkretnych wypadkach trzeba dowieść jej ważności⁶¹, czy też domniemanie przemawia za ważnością i dowieść trzeba nieważności⁶². Dopatrywanie się w kanonie 1085 domniemania za nieważnością zgody stoi w sprzeczności z kan. 1014, który ustanawia ogólne domniemanie, że „in dubio standum est pro valore matrimonii“. Zachodzące tu zaś przekonanie kontrahentów o niemożliwości zawarcia ważnego małżeństwa nie pozwala też na wysnuwanie domniemania, że kontrahenci mieli jednak — jak to się dzieje w sy-

⁵⁶ Tenże, *Schema Codicis iuris canonici Pii PP X cum notis Petri Card. Gasparri*, Romae 1912, 149; Romae 1914, 152; Romae 1916, 456.

⁵⁷ L. Rodrigo, dz. cyt., 8.

⁵⁸ I. Gury, *Compendium theologiae moralis*, Barcinonae 1858, t. II, 857; I. Gury — A. Ballerini, *Compendium theologiae moralis*, Barcinonae 1877, t. II, 895

⁵⁹ P. Gasparri, dz. cyt., Romae 1932, 29—35.

⁶⁰ C. Bouuaert — G. Simonon, *De Sacramentis praemissa generali de rebus ecclesiasticis — Commentarium in partem primam libri tertii Codicis*, Gandae et Leodii 1931, t. II, 290—291; A. Crnica, *Commentarium theoretico — practicum Codicis Iuris Canonici*, Sibenik 1941, t. II, 232; L. Rodrigo, dz. cyt., 42; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, Warszawa 1956, 284; S. Biskupski — M. Żurowski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego, Prawo materialne*, część II, Warszawa 1971, 38; U. Navarrete, dz. cyt., w: *De Matrimonio coniectanea*, 350.

⁶¹ F. Triebs, dz. cyt., III Teil, 452; A. C. Jemolo, dz. cyt., 242; E. Grazziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, 109; J. Bánk, dz. cyt., 361.

⁶² O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1965, 67.

tuacji przewidzianej w kan. 1084 — ogólną intencję zawarcia prawdziwego małżeństwa. Należy więc stwierdzić, że sytuacja omawiana w kan. 1085 jest zawsze „*quaestio facti*“⁶³. Sformułowanie „*necessario non excludit*“ zawiera w sobie pewną dwuznaczność. Można je rozumieć: „koniecznie, czyli nigdy nie wyklucza“ albo „niekoniecznie wyklucza“. Dwuznaczność ta jest wynikiem niedoskonałości stylistycznej i zgodnie z sugestią pewnych kanonistów⁶⁴ w projekcie nowego kodeksu zastąpiono dotychczasowe sformułowanie poprzez „*non necessario excludit*“⁶⁵.

Kiedy więc możliwe jest powzięcie zgody małżeńskiej „*cum scientia nullitatis*“, a kiedy wykluczone? Wielu kanonistów nie potrafi przezwyciężyć wysuwanej od dawna trudności, że nie można powziąć decyzji osiągnięcia rzeczy uważanej za nieosiągalną. Wbrew jasnej dyspozycji kanonu 1085 nie widzą oni możliwości, aby mogła istnieć prawdziwa zgoda małżeńska, gdy kontrahenci są absolutnie pewni, że nigdy nie będą w stanie zawrzeć ze sobą ważnego małżeństwa. Sytuacje, w których przekonanie o nieważności zawieranego małżeństwa nie wyklucza ważnej zgody małżeńskiej, są według tych kanonistów następujące: gdy osoby zawierające małżeństwo spodziewają się ustania przeszkody; gdy nie są zupełnie pewni, że przeszkoda istnieje; gdy nie rozumieją w pełni znaczenia przeszkody zrywającej; gdy nie zwracają uwagi na to, że przeszkoda wyklucza ważne zawarcie małżeństwa; gdy uważają, że małżeństwo cywilne zawarte wbrew woli Kościoła jest tak samo ważne jak kościelne; gdy sądzą, że można zawrzeć ważny kontrakt małżeński bez przyjmowania sakramentu małżeństwa⁶⁶. Inni kanoniści nie poprzestają na takiej zawężonej interpretacji kanonu 1085, lecz nawiązują do wspomnianego wcześniej warunku: „*in quantum possum*“. Niektórzy utożsamiają go wprawdzie z warunkiem „*si habilis sum*“⁶⁷; niektórzy nie precyzują, co przezeń rozumieją⁶⁸; są jednak i tacy, którzy wyjaśniają, że nupturienci w granicach swych możliwości po-

⁶³ S. Sipos, *Enchiridion iuris canonici*, Pécs 1931, 583; C. Holböck, *Tractatus de jurisprudentia sacrae Romanae Rotae iuxta decisiones quas hoc sacrum tribunal edidit ab anno 1909 usque ad annum 1946 et publicavit in voluminibus I-XXXVIII*, Graetiae — Vindobonae — Coloniae 1957, 124; L. Bender, *Sanatio matrimonii invalidi ob impedimentum iuris divini*, EIC 13 (1957) 33.

⁶⁴ A. De Smet, *Tractatus theologico — canonicus de sponsalibus et matrimonio*, Brugis 1927, 414; M. Conte a Coronata, dz. cyt., 609.

⁶⁵ *Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici recognoscendo*, *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur*, Typis Polyglottis Vaticanis 1975, 83 (can. 302).

⁶⁶ L. Rodrigo, dz. cyt., 76; H. Noldin, *De iure matrimoniali iuxta C. I. C.*, Lincii 1919, 187; H. Jone, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, Paderborn — Mainz (Münster i. W.) — Osnabrück 1954, 308; U. Navarrete, *Ecclesia sanat in radice matrimonium inita cum impedimento iuris divini*, w: *De Matrimonio coniectanea*, 344; A. De Smet, dz. cyt., 414; A. Blat, *Commentarium textus Codicis Iuris Canonici*, lib. III, 608; E. Jombart, *Manuel de Droit Canon conforme au Code de 1917 et aux plus récentes décisions du Saint Siege*, Paris 1949, 319; G. Vromant, *Ius missionarium de matrimonio*, Paris 1938; R. Wahl, *Die Bedeutung des Irrtums für die kirchlichen Rechtshandlungen nach den Vorschriften des Codex Iuris Canonici*, Frankfurt a. M. 1931, 39; W. Bertrams, *De indole personali et sociali consensus matrimonialis*, w: *De Matrimonio coniectanea*, 64.

⁶⁷ A. Blat, H. Jone (por. przypis poprzedni).

⁶⁸ V. Heylen, dz. cyt., 221; B. H. Merkelbach, *Summa theologiae moralis*, Brugis — Belgica 1962, 798; M. Vlaming — L. Bender, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, Bussum in Hollandia 1950, 386; W. Szymd, *Praktyczny podręcznik prawa małżeńskiego*, Kraków 1929, 183; *Rota Rzymska coram Friderico Cattani Amadori, Philadelphien., nullitatis matrimonii*, 9 februarii 1920 (SRRD XII, 36).

stanawiają: przekazać prawa i przyjąć obowiązki małżeńskie⁶⁹, utworzyć wspólnotę małżeńską⁷⁰, związać się ze sobą⁷¹, oddać się sobie nawzajem⁷², zawrzeć prawdziwe małżeństwo⁷³. Należy oczywiście zgodzić się z tezą, że osoby absolutnie przekonane o niemożliwości zawarcia małżeństwa nie mogą mieć intencji zawarcia małżeństwa ważnego wobec prawa. Wbrew jednak temu, co twierdzi Rodrigo⁷⁴, osoby te usiłując zawrzeć małżeństwo pod warunkiem „in quantum possum” mogą powziąć postanowienie utworzenia związku, w którym realizować będą małżeński sposób życia, nie bacząc na to, że prawo zabrania im zawarcia prawdziwego i pełnego małżeństwa. W takim ujęciu warunek „in quantum possum” nie jest właściwie warunkiem w znaczeniu prawnym. Kontrahenci bowiem nie uzależniają skuteczności swej woli od spełnienia tego warunku. Nie czynią też zazwyczaj subtelnych rozróżnień między tym, co mogą, a czego nie mogą zrealizować. Przeciwnie, wbrew prawu Bożemu i kościelnemu postanawiają bezwarunkowo traktować się wzajemnie tak, jakby byli prawdziwymi małżonkami. Dlatego niektórzy kanoniści odступują od tradycyjnego sformułowania „in quantum possum” i stwierdzają po prostu, że kontrahenci mogą wbrew prawu powziąć decyzję utworzenia dożywotniego i wyłącznego związku, który ma na celu zrodzenie i wychowanie potomstwa oraz prowadzenie takiej samej wspólnoty życia, jaka powinna mieć miejsce w ważnym małżeństwie⁷⁵.

Z powyższej interpretacji kanonu 1085 wypływa wniosek, że wystarczającym przedmiotem zgody małżeńskiej jest intencja prowadzenia życia na sposób małżeński, niekoniecznie natomiast kontrahenci muszą pragnąć, aby ich związek był zaakceptowany przez Boga i Kościół. Wyraźnie potwierdzają to nieliczni autorzy⁷⁶, lecz implicite zgadzają się z tym wszyscy, którzy do-

⁶⁹ F. Cappello, *Tractatus canonico — moralis de Sacramentis iuxta Codicem Iuris Canonici*, Augustae Taurinorum 1923, t. III, 625; A. Vermeersch, *Theologiae moralis principia — responsa — consilia*, Romae — Parisiis — Brugis 1923, t. III, 617; J. B. Raus, *Institutiones canonicae iuxta novum Codicem Iuris Canonici pro scholis vel ad usum privatum synthetice redactae*, Lugduni — Parisiis 1931, 476; P. Gasparri, dz. cyt., Romae 1932, 31; J. Chelodi — P. Ciprotti, dz. cyt., 138; M. Conte a Coronata, dz. cyt., 610; E. Regatillo, *Ius Sacramentarium*, Santander 1949, 776; F. Lorenc, *De ignorantiae influxu in matrimoniali consensu*, Apol 26 (1953) 360; L. Bender, dz. cyt., EIC 13 (1957) 31; J. Bánk, dz. cyt., 361; Rota Rzymska coram Guillemo Heard, *Rhedonen., nullitatis matrimonii, 11 novembris 1944* (SRRD XXXV, 675).

⁷⁰ C. Bouaert — G. Simenon, dz. cyt., 291.

⁷¹ F. Galtier, *Le mariage discipline orientale et discipline occidentale*, Beyrouth 1950, 197.

⁷² P. Fourneret, *Le mariage chrétien*, Paris 1921, 124.

⁷³ A. Vermeersch — J. Creusen, *Epitome iuris canonici*, Mechliniae — Romae 1927, t. II, 232; S. Spos, dz. cyt., 583.

⁷⁴ Rodrigo (dz. cyt., 73—75) kategorycznie twierdzi, że formuła „in quantum possum” nie posiada żadnej wartości przy wyjaśnianiu współistnienia zgody małżeńskiej ze świadomością istnienia przeszkody zrywającej. Zarzuca on prawnikom, którzy posługują się tą formułą, że czynią to mechanicznie i wbrew zdrowemu rozsądkowi. Tymczasem prawnicy ci bynajmniej nie usiłują udowodnić, że kontrahenci mają w omawianej sytuacji zamiar zawrzeć ważne małżeństwo, lecz że zgadzają się na to, co jest konieczne do zaistnienia ważnego małżeństwa.

⁷⁵ S. Raia, *De matrimonio*, Napoli 1918, 317; A. Cance, *Le Code de Droit Canonique — commentaire succinct et pratique*, Paris 1930, t. II, 477; A. Crnica, dz. cyt., t. II, 232; O. Giacchi, dz. cyt., 86—88; Rota Rzymska coram Maximo Massini, *nullitatis matrimonii, 27 iulii 1925* (SRRD XVII, 293).

⁷⁶ E. Grazziani, *Intentio contrahendi et intentio sese obligandi*, EIC 10 (1954) 50—54; L. Bender, *Valor actus, ut aiunt, civilis in casibus qui a c. 1098 reguntur*, ME 8 (1955) 112—114; O. Giacchi, dz. cyt., 47—48.

puszczają możliwość powzięcia zgody małżeńskiej przy istniejącym przekonaniu o absolutnej niemożności zawarcia ważnego małżeństwa. Pośrednio również potwierdza to także kan. 1081 § 2, gdzie w podanej definicji zgody małżeńskiej nie ma wzmianki o tym, że przedmiotem zgody miałyby być pragnienie kontrahentów, by zawierany przez nich związek był uznany za ważne małżeństwo przez Boga i Kościół. Ostatecznie więc należy stwierdzić, że nawet absolutne i niewzruszone przekonanie kontrahentów o istnieniu przeszkody zrywającej nie wyklucza możliwości powzięcia ważnej zgody małżeńskiej. Kontrahenci bowiem decydują jedynie o tym, czy chcą utworzyć związek, w którym będą prowadzili małżeński sposób życia. Natomiast to, czy jest on ważnym małżeństwem (tzn. zgodnym z normami prawa Bożego i kościelnego), zależy nie od nich, lecz od treści tych norm; od tego, czy istniejący związek jest małżeństwem w obliczu Boga i Kościoła.

III. ZGODA POWZIĘTA BEZ UŚWIADOMIENIA NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

Kiedy kontrahenci nie wiedzą o istnieniu przeszkody zrywającej, wtedy psychologiczny mechanizm powstawania zgody małżeńskiej jest taki sam, jak u ludzi rzeczywiście nie związanych żadną przeszkodą. Zapewne dlatego większość kanonistów nie podważa wartości samego aktu woli powziętego „in bona fide“, lecz co najwyżej usiłuje wykazać, że akt ten jest nieważny na forum prawnym. Bardziej problematyczna jest wartość zgody wyrażonej przy konwalidacji małżeństwa, gdy kontrahent wyraża wolę dożgonnego życia małżeńskiego, lecz nie wie o dotychczasowej nieważności swego małżeństwa i potrzebie jego konwalidowania. Sytuacja taka mogła zaistnieć wtedy, kiedy powiadomienie kontrahenta o nieważności małżeństwa narażało drugą stronę na zniesławienie (gdy jej przestępstwo było powodem nieważności) albo istniała obawa, że kontrahent nie zechce odnowić zgody i zerwie dotychczasowy związek, powodując w ten sposób krzywdę narodzonego już potomstwa i drugiej strony. W takich wypadkach kanoniści uważali, że nie należy powiadać o nieważności, lecz w inny sposób „wydobyć“ zgodę małżeńską. Proponowali więc następujące sposoby zapytania o zgodę: „Gdybyśmy nie byli małżeństwem, czy chciałabyś i chcesz mnie wziąć za męża?“⁷⁷; „Podejrzewam, że nasze małżeństwo jest nieważne. Czy wyrażasz zgodę na jego uważnienie?“⁷⁸

⁷⁷ H. Busenbaum, dz. cyt., lib. VI, tr. VI, c. III, dub. III; H. Henriquez, *Summa Theologiae Moralis*, Venetiis 1698, lib. XI, c. III, n. 6; F. Castro Palao, dz. cyt. pars V, disput. III, punct. VII, § II, n. 4; L. Engel, dz. cyt., pars III, c. V, § VII, n. 4; F. Sannig, *Schola Canonica seu Universum Ius Canonicum*, Praegae 1892, t. II, tit. VI, c. I, n. 12; A. Natalis, *Theologia dogmatico-moralis*, t. II, tr. I, c. II, a. I, resp. XIII; F. Schmalzgrueber, *Sponsalia et Matrimonium*, tit. XVI, § VIII, n. 284; T. Schmitz, dz. cyt., lib. IV, tit. I, q. VI; A. Holtzmann, dz. cyt., pars VI, tr. II, disput. IV, c. II, n. 697; V. Pichler, *Summa Iurisprudentiae Sacrae seu Ius Canonicum*, lib. IV, tit. XVI, n. 55; R. Maschat, dz. cyt., lib. IV, *Tractatus de Dispensationibus matrimonialibus*, § V, q. I, n. 55; C. Billuart, dz. cyt., t. IX, *Tractatus de Matrimonio*, dissert. III, a. VII; C. Piselli, *Theologiae Moralis Summa*, Venetiis 1762, pars II, tr. VIII, c. VI; A. Liguori, *Theologia Moralis*, Ferrariae 1799, t. II, lib. VI, tr. VI, c. VII, q. 2 n. 105; A. Hackhoffer, *Compendium Alphabeticum — Scotisticum Tractatum Theologico — Polemicarum*, Lincii 1739, pars II, v. Matrimonium.

⁷⁸ M. Bonacina, dz. cyt., *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, q. 2, punct. IX, n. VII; G. Hurtadus, dz. cyt., t. III, disput. III, diff. X, n. 32; P. Layman,

wać, gdy z ujawnienia nieważności wypłynęłyby poważne szkody⁸⁵. Na wniosek biskupów niemieckich zgłoszony na I Soborze Watykańskim Penitencjaria złagodziła klauzulę dodając: „...et quatenus haec certioratio absque gravi periculo fieri nequeat, renovato consensu iuxta regulas a probatis auctoribus traditas”⁸⁶. Ze złagodzenia klauzuli nie można jednak wysnuwać wniosku, że Penitencjaria dopuszcza tym samym możliwość zawarcia małżeństwa „de novo” bez świadomości, że dotychczasowy związek jest nieważny. Można bowiem dopatrzeć się tu swego rodzaju niepełnego uzdrowienia małżeństwa w związku, a więc uważnienia małżeństwa w ogóle bez odnawiania zgody⁸⁷. Wypada więc stwierdzić, że z omawianej klauzuli nie wynika ani potwierdzenie, ani negacja możliwości powzięcia zgody małżeńskiej bez świadomości nieważności małżeństwa. Podobnie należy ocenić żądanie Klemensa VIII, aby w celu konwalidacji małżeństwa nieważnego z powodu pozornej zgody kobiety dokonano powiadomienia męża i obustronnego odnowienia zgody⁸⁸.

Kodeks Prawa Kanonicznego w kanonie 1134 zawiera wyraźny przepis nakazujący odnowienie zgody z pełną świadomością, że dotychczasowe małżeństwo jest nieważne: „Renovatio consensus debet esse novus voluntatis actus in matrimonium quod constet ab initio nullum fuisse”. Nie wynika jednak z tego przepisu, czy świadomość nieważności jest konieczna z natury rzeczy, czy jest tylko wymogiem prawa pozytywnego. Wątpliwość tę pogłębia fakt, że kanon 1136 dotyczący konwalidacji małżeństw nieważnych „ex defectu consensus” nie zawiera wyraźnego wymagania, by kontrahent uzupełniający zgodę wiedział o nieważności małżeństwa. Stąd jedni autorzy uważają, że wymagania takiego nie ma; inni, że wymaganie to wynika z natury rzeczy i norma zawarta w kanonie 1134 odnosi się również do sytuacji przewidzianej w kan. 1136⁸⁹. Także przepisy prawa wschodniego nie rozstrzygają wątpliwości, czy wymaganie uświadomienia sobie przez kontrahenta nieważności małżeństwa wynika z przepisu prawa pozytywnego, czy „ex natura rei”⁹⁰.

Canonicum, lib. IV, tit. XVI, n. 53; R. Maschat, dz. cyt., lib. IV, *Tractatus de Dispensationibus matrimonialibus*, § V, q. I, n. 53; Benedykt XIV, dz. cyt., inst. LXXXVII, n. 68; J. D. Mansi, dz. cyt., v. *Matrimonium*; A. Liguori, dz. cyt., t. II, lib. VI, tr. VI, c. VII, q. 2, n. 105; L. Ferraris, *Bibliotheca canonica iuridica moralis theologica nec non ascetica polemica rubricistica historica*, Romae 1889, t. V, 360. Również instrukcja wikariusza generalnego ds. duchownych w diecezji kolońskiej z 7 lutego 1862 wymaga wypełnienia klauzuli pod sankcją nieważności dyspensy (por. F. Dumont, *Sammlung kirchlicher Erlasse, Verordnungen und Bekanntmachungen für die Erzdiozese Köln*, Köln 1891, 163).

⁸⁵ M. Bonacina, dz. cyt., *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, q. 2, punct. IX, n. 7; F. Krimer, *Quaestiones Canonicae in Quinque Libros Decretalium*, Augustae Vindelicorum 1702, t. IV, lib. IV, pars II, a. V, § 3, n. 549; J. Kugler, dz. c. III, q. VI, resp. 3.

⁸⁶ C. Martin, *Omnium Concilii Vaticani quae ad doctrinam et disciplinam pertinent documentorum collectio*, Paderborn 1830, 170.

⁸⁷ E. Génicot — J. Salsmans, dz. cyt., 555; J. Laurentius, *Institutiones Iuris Ecclesiastici*, Friburgii Brisgoviae 1914, 561.

⁸⁸ Por. B. Böckhn, dz. cyt., t. III, lib. IV, tit. III, § III, n. 43.

⁸⁹ Za brakiem omawianego wymagania opowiadają się: A. De Smet, dz. cyt., 619; F. Capello, dz. cyt., t. III, 845 nn.; F. Galtier, dz. cyt., 378; J. Khoury, *La Jurisprudence de la Sacrée Rote Romaine dans les Causes des Eglises Orientales*, Romae 1972, t. I, 154—155. Istnienie wymagania uznają: F. Wernz, dz. cyt., t. II, pars II, 54; F. Wernz — P. Vidal, dz. cyt., t. V, 789; A. Crnica, dz. cyt., t. II, 285; E. F. Regatillo, dz. cyt., 862; H. Jone, dz. cyt., 373; S. Biskupski, dz. cyt., 441—442; S. Biskupski — M. Żurowski, dz. cyt., cz. II, 207—208; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, Katowice 1976, 416 nn.; A. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, 304—305.

⁹⁰ Por. F. Galtier, dz. cyt., 378.

Natomiast wyroki sądowe Kongregacji Świętego Oficjum⁸¹ i Roty Rzymskiej⁸² wydają się traktować wymóg, o którym mowa, jako wypływający z natury rzeczy. W wyrokach tych stwierdzono, że czynnikiem decydującym o tym, że — mimo wieloletniego czasem zgodnego pożycia małżeńskiego — nie nastąpiło uważnienie małżeństwa był właśnie fakt, że kontrahenci nie wiedzieli o zachodzącej nieważności małżeństwa. Jeden z wyroków⁸³ podaje nawet, że niewierzący mężczyzna nie mógł powziąć zgody małżeńskiej przy zawieraniu małżeństwa w formie kanonicznej, gdyż sądził, że jest z tą samą osobą związany małżeństwem zawartym w formie świeckiej, a ślub kościelny stanowi nic nie znaczącą ceremonię. Większość wyroków nie uzasadnia żadnymi przepisami swoich opinii dotyczących omawianego tematu, ani nie podaje w ogóle żadnych racji, lecz zdaje się traktować swe zapatrywania jako rzecz oczywistą.

Podobny pogląd zdają się uznawać członkowie Papieskiej Komisji do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego. Odrzucając sugestie, aby wprowadzić do nowego prawa tzw. konwalidację automatyczną, następującą po odpowiednio długim czasie zgodnego współżycia małżeńskiego, członkowie komisji stanęli na stanowisku, że intencja odnowienia zgody małżeńskiej jest zawsze konieczna do uważnienia małżeństwa⁸⁴. Powyższe stanowisko nie jest jednak szerzej umotywowane i nie znalazło odzwierciedlenia w projekcie kanonów, gdzie odpowiedniki kanonów 1134 i 1136 nie zawierają w interesującym nas zagadnieniu istotnych zmian⁸⁵. Rozstrzygnięcia zatem wątpliwości należy poszukiwać na drodze analizy psychologicznej i filozoficznej aktu zgody małżeńskiej.

2. ANALIZA AKTU ZGODY MAŁŻEŃSKIEJ

Jednym z najczęściej powtarzanych argumentów za niewystarczalnością do konwalidacji małżeństwa takich aktów woli, które kontrahenci podejmują bez świadomości nieważności małżeństwa, było stwierdzenie, że każdy taki akt woli jest jedynie potwierdzeniem pierwotnej, nieważnej zgody⁸⁶. Argument ten jest jednak słuszny tylko wtedy, gdy przez nieważność zgody rozumie się jej nieskuteczność wynikającą z przepisu prawa pozytywnego⁸⁷. Natomiast tam, gdzie nie było „consensus naturaliter sufficiens sed iuridice inefficax“, rozważamy możliwość uważnienia małżeństwa przy oczywistym założeniu, że nowy akt woli różni się od poprzedniego, który nie był zgodą na związek w całej pełni małżeński. Skoro więc pierwotna zgoda była wadliwa, a obecnie kontrahent — chociaż nie wie o nieważności małżeństwa — zgadza się nie wykluczać żadnego istotnego przymiotu małżeństwa, to trudno mówić tu jedynie o „confirmatio prioris consensus invalidi“.

⁸¹ Por. C. Gennari, *Consultations de morale, de droit canonique et de liturgie*, Paris 1907, 1-er partie, t. II, 286; E. Génicot — J. Salsmans, dz. cyt., 533.

⁸² Np. *coram Francisco Heiner, Osnabrugem., nullitatis matrimonii, 11 Ianuarii 1912* (SRRD IV, 24—25); *coram Petro Mattioli, nullitatis matrimonii, 25 maii 1955* (SRRD XLVII, 450).

⁸³ *Coram Boleslao Filipiak, Monasterien., nullitatis matrimonii, 14 iunii 1957* (SRRD XLIX, 493—494).

⁸⁴ Por. ComCan 5 (1973) 90.

⁸⁵ *Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici recognoscendo, Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur*, Romae 1975, 93 (can. 353).

⁸⁶ M. Vlaming, *Praelectiones Iuris Matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, Bussum in Hollandia 1921, t. II, 360; H. Jone, dz. cyt., 375; C. Holböck, dz. cyt., 260.

⁸⁷ W tym znaczeniu używają go np.: S. Biskupski, dz. cyt., 441—442; S. Biskupski — M. Zurowski, dz. cyt., cz. II, 220.

Drugi argument za koniecznością konwalidowania małżeństwa ze świadomością dotychczasowej jego nieważności, zawarty jest w stwierdzeniu, że nie można zawrzeć małżeństwa, nie wiedząc, że się je zawiera⁹⁸. Argument ten jest tylko pozornie słuszny. Kan. 1085 i instytucja uzdrowienia w związku dowodzą, że może zaistnieć ważny związek małżeński bez wiedzy kontrahentów. Raczej należałoby więc mówić, że nie można zaciągnąć zobowiązań małżeńskich, nie mając świadomości, że się je zaciąga. Zaciągając zaś zobowiązania małżeńskie, niekoniecznie trzeba wiedzieć, że dotychczasowy związek nie był ważnym małżeństwem. Można w ten sposób odwołać „*conditio contra prolem*”⁹⁹; można powziąć postanowienie pozostania do śmierci z partnerem, do poślubienia którego ktoś został wcześniej zmuszony¹⁰⁰.

Trzeci argument przeciwników możliwości powzięcia ważnej zgody małżeńskiej „*sine scientia nullitatis*” dowodzi, że zgoda na wypełnienie obowiązków — o których ktoś błędnie sądzi, że na nim ciąży — nie może być uznana za ich dobrowolne przyjęcie. Jone posługuje się tu przykładem osoby, która oddaje swoją rzecz drugiej osobie, błędnie sądząc, że tamta jest jej właścicielem. Takiego przekazania rzeczy nie można uznać za przekazanie prawa własności¹⁰¹. Jest rzeczą oczywistą, że wypełnianie jakichś obowiązków nie dowodzi, że się je dobrowolnie na siebie przyjęło. Z drugiej jednak strony poczucie, że wykonanie jakiejś czynności jest obowiązkiem moralnym, nie wyklucza podjęcia dobrowolnej decyzji wykonania tej czynności. Może ktoś powiedzieć: „Chociaż tego nie chcę, to jednak będę prowadził małżeński sposób życia, bo tak chce Bóg”; może też powiedzieć: „Będę prowadził małżeński sposób życia nie tylko dlatego, że tak chce Bóg, lecz i dlatego, że sam się do tego zobowiązuję”. Podobnie respektowanie mniemanego prawa własności nie wyklucza dobrowolnego zobowiązania się do uznawania kogoś za właściciela danej rzeczy. Istota dobrowolności zobowiązania się polega na tym, że człowiek — mając poczucie, że może danego obowiązku wewnątrznie nie zaakceptować — jednak go akceptuje. Drugorzędną natomiast jest sprawą, dlaczego to czyni: czy dla posłuszeństwa prawu, czy dla osiągnięcia korzyści, czy dla innego jakiegokolwiek motywu.

Prawdą jest, że kontrahent, który nie wie o nieważności swego małżeństwa, tkwi w błędzie. Czy jednak błąd tego rodzaju wyklucza świadomą decyzję prowadzenia małżeńskiego sposobu życia? Świadomość decyzji polega na tym, że człowiek wie, do czego się zobowiązuje. Jeżeli zaś w wyniku błędnej oceny rzeczywistości podejmuje decyzję, która nie doprowadzi go do osiągnięcia zamierzonego celu, decyzja przez to samo nie przestaje być świadomą. Gdyby bowiem świadomość decyzji zależała od trafnego przewidywania skutków, wówczas żadna decyzja w momencie jej podejmowania nie mogłaby zostać uznana za świadomą, lecz stawałaby się taką w momencie zaistnienia przewidywanego skutku. Dlatego trzeba rozróżnić, że czym innym jest decyzja świadoma, a czym innym decyzja słuszna. Jeżeli ktoś powziął skutek błędnej oceny rzeczywistości decyzję niesłuszną, można by zastanawiać się nad możliwością jej odwołania, ale nie zmienia to faktu, że taką decyzję podjął.

Ostatecznie więc wypada stwierdzić, że kontrahent przekonany o waż-

⁹⁸ Rota Rzymska *coram Michaële Lega*, *nullitatis matrimonii*, 21 decembris 1912 (SRRD IV, 476).

⁹⁹ F. Galtier, dz. cyt., 376.

¹⁰⁰ A. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, 304—305.

¹⁰¹ H. Jone, dz. cyt., 373.

ności dotychczasowego związku może powziąć zobowiązanie prowadzenia małżeńskiego sposobu życia. Jeżeli wie, do czego się zobowiązuje, decyzja jego jest świadoma; jeżeli ma poczucie, że to on sam wewnątrznie akceptuje zobowiązanie, którego — gdyby chciał — mógłby nie akceptować, wtedy jego decyzja jest dobrowolna. Wniosek powyższy potwierdzają pośrednio kanony 1083 i 1084, gdzie wyraźnie powiedziano, że nie każda błędna ocena rzeczywistości powoduje nieważność małżeństwa. Także kanon 1087 nie wyklucza dobrowolności zgody małżeńskiej, którą kontrahent wyraził nie widząc innego sposobu uchronienia się od grożącego zła (byleby nie zachodził przypadek *vis et metus gravis ab extrinseco et iniuste incussus*). Należy jednak podkreślić, że możliwość powzięcia zgody małżeńskiej bez świadomości nieważności dotychczasowego związku jest tylko możliwością. W praktyce bowiem bez dodatkowego motywu — którym może być np. chęć zlikwidowania poważnych i długotrwałych niesnasek między małżonkami — kontrahent nie będzie widział potrzeby publicznego, czy przynajmniej zewnętrznego manifestowania swojej woli podjęcia lub kontynuowania małżeńskiego sposobu życia.

ZAKOŃCZENIE

Przedstawione wyżej trudności związane z oceną zgody małżeńskiej powziętej w obliczu przeszkody zrywającej dowodzą braku precyzyjnego określenia niektórych pojęć z dziedziny prawa małżeńskiego. Jednym z nich jest pojęcie „ważności“ zgody małżeńskiej i samego małżeństwa. Spróbujmy sprecyzować to pojęcie.

Cecha ważności odnosi się do relacji między czynnością człowieka a normami porządku prawno-moralnego. Jeżeli czynność jest zgodna z tymi normami, to powiadamy o niej, że jest ważna. Czyn człowieka — zarówno zgodny z normami prawnymi, jak i niezgodny — jest jednak realnym faktem, którego istnienia normy prawne nie są w stanie unicestwić. Kiedy człowiek świadomym i dobrowolnym aktem swej woli postanawia zainicjować i prowadzić taki sposób życia, jaki prowadzą ludzie w prawdziwym i ważnym małżeństwie, prawo nie jest w stanie przeszkodzić człowiekowi w podejmowaniu takiego postanowienia. Również związek utworzony przez dwoje ludzi takim obustronnym aktem woli jest realnym faktem, którego wyłącznym źródłem jest wola ludzka. Jeżeli istnienie tego związku jest naruszeniem porządku prawno-moralnego, to nie jest on małżeństwem, lecz związkiem zewnętrznym tylko podobnym do małżeństwa. Brak mu bowiem cechy ważności, czyli relacji zgodności z normami prawno-moralnymi. Nie jest małżeństwem nie tylko wobec prawa kościelnego, lecz i wobec prawa naturalnego. Porządek prawno-moralny jest bowiem — według nauki Kościoła — tylko jeden, współtworzony przez prawo naturalne, prawo Boże objawione i prawo Kościoła (prawo społeczności świeckich nie może stanowić norm uzależniających ważność małżeństwa ludzi ochrzczonych). Dlatego dany związek, w którym ludzie żyją na sposób małżeński, albo jest małżeństwem, albo w ogóle małżeństwem nie jest. Inaczej natomiast ma się rzecz ze zgodą małżeńską. Można wprawdzie mówić o zgodzie małżeńskiej, której istnienie jest niezgodne z normami prawno-moralnymi (gdy zgoda została powzięta przez osobę, której prawo wprost tego zabrania), jednakże nawet taka nieważna zgoda powoduje zaistnienie między kontrahentami realnego związku, w którym prowadzą sposób życia właściwy ludziom związanym małżeństwem. Dlatego nie jest celowe stosowanie do aktu

zgody małżeńskiej kwantyfikatora „ważny-nieważny“, lecz raczej należy ujmować tę zgodę w kategoriach „istniejąca“ i „nieistniejąca“. Tak też czyni Kodeks Prawa Kanonicznego, który operuje pojęciem „matrimonium validum“ i „consensus naturaliter sufficiens“.

Innym pojęciem, nie dość jasno sprecyzowanym, jest przedmiot zgody małżeńskiej. Niektórzy kanoniści uważają, że kontrahenci muszą mieć nie tylko intencję utworzenia związku, w którym będą prowadzili małżeński sposób życia, lecz muszą jednocześnie pragnąć, by prawo uznało ich za małżeństwo; by ich związek był zaakceptowany przez Boga i Kościół. W świetle przepisów Kodeksu Prawa Kanonicznego żądania tego nie da się jednak już uzasadnić.

Nieco trudniej natomiast jest określić, czy można powziąć zgodę małżeńską nie wiedząc o dotychczasowej nieważności małżeństwa. Osobiście uważam — w oparciu o racje wyżej przytoczone — że teoretycznie jest to możliwe. Nie można jednak wskazać rozstrzygnięcia prawodawcy, które potwierdzałoby tę możliwość. Przeciwnie, możliwość ta jest przepisem prawa pozytywnego — w przypadku nieważności małżeństw spowodowanej przeszkodą zrywającą — wyraźnie ograniczona. Należałoby też życzyć, by nowe prawo wyraźnie rozciągnęło to ograniczenie na małżeństwa nieważne „ex defectu consensus“. Tym niemniej w praktyce sądowej nie należy mechanicznie wyciągać wniosku, że brak uświadomienia sobie przez kontrahenta, iż małżeństwo jest nieważne, dowodzi niemożności powzięcia ważnej zgody małżeńskiej.