

UWAGI I REFLEKSJE NAD NOWYM PRAWEM MAŁŻEŃSKIM

Treść: I. Kościelno-prawny pogląd na małżeństwo w nowym kodeksie. II. Przeszkody małżeńskie i zakazy błogosławienia ślubu. III. Zgoda małżeńska. IV. Kanoniczna forma zawarcia małżeństwa. V. Prawne skutki małżeństwa.

Powołana do życia przez Jana XXIII w 1963 r. Komisja ds. Reformy Kodeksu Prawa Kanonicznego¹, której zakres działania został dokładnie sprecyzowany przez Pawła VI w 1965 r., przedłożyła na początku 1975 r. pierwszy schemat dotyczący prawa małżeńskiego². Szkic ten, obejmujący 120 kanonów, został poddany pod ocenę Konferencji Biskupów i Katolickich Uniwersytetów. W 1980 r. wymieniona Papieska Komisja opublikowała ogólny schemat nowego kodeksu³, którego część dotycząca prawa małżeńskiego zawierała 111 kanonów. Również i ten szkic był szczegółowo badany w terenie, w wyniku czego w r. 1981 Komisja sporządziła obszernie sprawozdanie (*Relatio*), ustosunkowując się przy tym do otrzymanych opinii i propozycji dotyczących różnych zmian w nowym kodeksie⁴.

Wreszcie w uroczystości Nawrócenia Św. Pawła Ojciec Święty Jan Paweł II, trzeci następca inicjatora kodyfikacji, podpisał konstytucję apostolską *Sacrae disciplinae leges*⁵, promulgującą nowy kodeks prawa kanonicznego, wchodzący w życie z pierwszą niedzielą adwentu 1983 r. Tutaj od razu znacząca uwaga, a mianowicie: zgodnie z kan. 1 nowego prawa oraz wyraźnym stwierdzeniem konstytucji *Sacrae disciplinae leges* nowy kodeks dotyczy wyłącznie Kościoła obrządku łacińskiego. Nie obowiązuje on zatem katolików Kościołów wschodnich. Prace Komisji ds. Reformy Kodeksu Wschodniego Prawa Kanonicznego są jeszcze w toku⁶. Prawo małżeńskie w nowym kodeksie zawiera ją kano-

¹ AAS 55/1963, s. 363 n.; *Communicationes* 1/1969, s. 35; por. H. Schmitz: Reform des kirchlichen Gesetzbuches. Codex Iuris Canonici 1963-1978. Trier 1979, s. 9.

² Był to projekt prawa dotyczący wszystkich sakramentów, przy czym prawo małżeńskie obejmowało kan. 242-361 (Schema canonum quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur. Typis Polyglottis Vaticanis. 1975).

³ Schema Codicis Iuris Canonici. Typis Polyglottis Vaticanis. 1980 (prawu małżeńskiemu poświęcono kanony 1008-1119).

⁴ *Relatio completens syntheses animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*. Typis Polyglottis Vaticanis. 1981.

⁵ Codex Iuris Canonici auctoritate Joannis Paulii PP. II promulgatus. Libreria Editrice Vaticana. 1983; łącznie z konstytucją *Sacrae disciplinae leges* (tamże, s. VII-XIV).

⁶ Dla dokonania reformy prawa wschodniego papież Paweł VI powołał ją 10 VI 1972 r. (*Nuntia*, 1975 nr 1, s. 11; AAS 65/1973, s. 512-521); oficjalne otwarcie prac komisji nastąpiło w Kaplicy Sykstyńskiej 18 III 1974 (AAS 66/1974, s. 243 n.; *Nuntia* 1, 1975, s. 4 n.); por. P. Pałka: Prace nad Kodeksem Prawa Kanonicznego dla Katolickich Kościołów

ny 1055-1165. Liczba kanonów w dziale prawa małżeńskiego zmalała więc ze 132 do 111. Oceniając ogólnie nowe prawo małżeńskie należy stwierdzić, że komisja przeprowadziła gruntowną przebudowę istniejących dotąd norm prawa małżeńskiego w duchu nauki Soboru Watykańskiego II, wykorzystując przy tym wszystkie osiągnięcia nauki prawa i jursprudencki oraz odpowiedzi Papieskiej Komisji Interpretacyjnej.

I. KOŚCIELNO-PRAWNY POGLĄD NA MAŁŻEŃSTWO W NOWYM KODEKSIE

Zanim przedstawione zostaną najważniejsze szczegóły i rozwiązania nowego prawa małżeńskiego, interesujące wydaje się spojrzenie na ogólną i duchową koncepcję tegoż prawa. Stary kodeks włączył prawo małżeńskie do prawa rzeczowego traktując zresztą wszystkie sakramenty jako rzeczy święte (*res sacra*). Na pierwszym planie spraw chronionych przez stary kodeks znajdowało się więc małżeństwo jako instytucja, natomiast sprawy osób żyjących w tym małżeństwie ustępowały niekiedy na dalszy plan. Co więcej, dawny kodeks, w tym co dotyczy kryteriów podziału na poszczególne księgi, wzorował się na prawie rzymskim według klasycznego schematu: *personae, res, actiones*. Nowo promulgowany kodeks (25 I 83) kieruje się zupełnie innymi kryteriami podziału, skutkiem czego prawo małżeńskie znalazło się w części zatytułowanej „Uświęcające zadanie Kościoła” (*De Ecclesiae munere sanctificandi*)⁷. Choćby już z tego jednego faktu sądząc, widać wyraźnie, iż przy wszelkim uzasadnionym zachowaniu prawnej ochrony instytucji małżeństwa, osobowe związki ludzi żyjących w małżeństwie w silniejszym stopniu zwróciły na siebie uwagę ustawodawcy.

W nowym kodeksie wypowiedzi na temat prawa małżeńskiego rozpoczynają się od podania w kan. 1055 § 1 definicji małżeństwa. I tak po raz pierwszy w prawie kanonicznym jawi się oficjalna definicja małżeństwa. Nie ma jej bowiem w poprzednim kodeksie, który w kan. 1081 podawał jedynie definicję zgody małżeńskiej oraz określenie przyczyny sprawczej małżeństwa. Była to więc poważna luka. Jest to tym bardziej dziwne, że już w prawie rzymskim, na którym w dużej mierze wzrosło prawo kanoniczne, istniało kilka definicji małżeństwa, a najbardziej znana jest definicja podana przez Modestyna. Zestawiając ją z definicją wprowadzoną do nowego kodeksu można stwierdzić, że występuje w nich duża zbieżność istotnych elementów. Wynika to stąd, że małżeństwo jest najpierw instytucją prawa naturalnego. *Consortium totius vitae* kobiety i mężczyzny jest tym głównym czynnikiem, który utożsamia obie definicje. Istnieje jednak różnica pomiędzy małżeństwem naturalnym a małżeństwem chrześcijańskim, które — oprócz wartości naturalnych — posiada jeszcze wartości nadprzyrodzone z racji sakramentu. W definicji kładzie się również mocny nacisk na personalny aspekt zawierania małżeństwa. Wyakcentowano tu wreszcie biblijny

Wschodnich. *Częstochowskie Studia Teologiczne* 4/1976, s. 303-311; E. Przekop: Kanoniczne aspekty dekretu *Ecclesiarum Orientalium*, a bieżąca reforma kanonicznego prawa wschodniego. *Prawo Kanoniczne* 20/1977, nr 1-2, s. 295-306.

⁷ Jest to oficjalna nazwa czwartej księgi nowego kodeksu, na którą składają się kanony prawa sakramentalnego i kultu Bożego oraz miejsca i czasy święte (kan. 834-1253).

termin „przymierze” (*foedus*)⁸ jako odbicie przymierza Boga z ludem wybranym.

W istocie rzeczy termin *foedus* będący przyczyną sprawczą każdego małżeństwa tak naturalnego, jak i sakramentalnego, oznacza nieodwołalną zgodę osobistą (*irrevocabilis consensus matrimonialis*). Poprzednie poglądy i terminologia niezupełnie jednak zanikły; określenie *contractus matrimonialis* (umowa małżeńska) jest użyte, obok *foedus*, w kan. 1055 § 2, ale jedynie dlatego, by podkreślić, iż pomiędzy umową małżeńską a sakramentem małżeństwa u ochrzczonych nie ma żadnej różnicy⁹.

Podczas gdy kodeks z 1917 r. wypowiada się o celach małżeństwa stwierdzając, iż pierwszorzędym celem małżeństwa jest zrodzenie i wychowanie potomstwa¹⁰, nowe prawo formułuje tylko, iż małżeństwo, zgodnie ze swoją naturą (*indole sua naturali*), nastawione jest (*ordinatum*) na dobro małżonków oraz na zrodzenie i wychowanie potomstwa¹¹. Niewątpliwie zostały tu wprowadzone nowe akcenty, podkreślone zresztą w wypowiedziach prawa kanonicznego na temat samej zgody małżeńskiej. Gdy stary kodeks określał konsens małżeński jako wzajemne przekazywanie oraz przyjmowanie trwałego i wyłącznego prawa do aktów *de se aptos ad prolis generationem* (kan. 1081 § 2)¹², to w nowym ujęciu traktuje się zgodę małżeńską jako akt woli, poprzez który mężczyzna i niewiasta przekazują sobie nawzajem w nierozdzielalnym przymierzu¹³. Nie akcentuje się już więcej *ius in corpus*, choć jest ono w definicji *implicite* nadal utrzymane, ponieważ w równej mierze do istotnych elementów zgody małżeńskiej zalicza się prawo do wspólnoty życia małżeńskiego i wszystkie inne cele małżeństwa. Podkreślić należy jeszcze raz słowa: „we wspólnym i nieodwołalnym przymierzu”. Znaczący to, że konsens małżeński — na wzór przymierza — raz jeden wyrażony, nigdy nie może być odwołany. Innymi słowy mówiąc, węzeł mał-

⁸ Pełna definicja małżeństwa z kan. 1055 §1 brzmi następująco: „Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est”; por. B. P r i m e t s h o f e r: Bemerkungen zum Ehe recht des künftigen Codex Iuris Canonici. *Theologisch-praktische Quartalschrift* 130/1982, nr 4, s. 341 n.

⁹ „Quare inter baptizatos nequit matrimonialis contractus validus consistere, quin sit eo ipso sacramentum”.

¹⁰ Por. kan. 1013 §1, który dzieli cele małżeńskie na cel pierwszorzędny (zrodzenie i wychowanie potomstwa) i na cele drugorzędne (wzajemna pomoc małżonków i godziwe zaspokojenie potrzeb ciała).

¹¹ Komisja po długich dyskusjach postanowiła zarzucić w nowym kodeksie dotychczasowy podział istotnych celów na pierwszorzędny i drugorzędne (zresztą imienne wyliczenie tych celów w starym kodeksie i tak nie było ani pełne, ani wyczerpujące), a w to miejsce wstawiła definicję małżeństwa. Została ona jednak sformułowana w ten sposób, że wszystkie istotne cele małżeństwa są w niej zawarte *implicite*, bez wyrażania każdego z osobna.

¹² Silnie akcentowane *ius in corpus*, w sensie wyłącznym, było powodem zarzutów wobec prawa kanonicznego jakoby uważało ono małżeństwo za „towarzystwo kopolacyjne”; por. w tej materii: P. A. B o n n e t: L'essenza del matrimonio canonico. *Contributo allo studio dell'amore coniugale. Il momento costitutivo del matrimonio*. Padova 1976, s. 195; P. A. d' A v a c k: Per una riforma giuridica del matrimonio, *Il diritto ecclesiastico* 85/1974, nr 1, s. 6; B. P r i m e t s h o f e r, art. cyt., s. 341.

¹³ Stanowi o tym kan. 1057 §2: „Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium”.

żeński nie przestaje istnieć nawet wtedy, gdy wola małżonków trwania we wspólnocie życia przestaje istnieć.

Godny uwagi w duchowości nowego ustawodawstwa małżeńskiego jest z kolei rozdział mówiący o należyтым przygotowaniu nupturientów do małżeństwa sakramentalnego. Podczas gdy kodeks z 1917 r. w rozdziale *De iis quae ad matrimonii celebrationi praemitti debent et praesertim de publicationibus matrimonialibus* (kan. 1019-1034) rozpoczynał od stwierdzenia, że zanim małżeństwo zostanie zawarte, należy się upewnić, czy nic nie stoi na przeszkodzie do godziwego i ważnego ślubu, nowe prawo tymczasem mówi o duszpasterskiej trosce i o tym, co powinno poprzedzać zawarcie chrześcijańskiego małżeństwa (*De cura pastoralis et de iis quae matrimonii celebrationi praemitti debent*)¹⁴. Początek tego rozdziału to stwierdzenie prawa, że duszpasterze są zobowiązani zatroszczyć się o to, by społeczność kościelna użyczyła wiernym takiej pomocy, która pozwoli im zachować w małżeństwie ducha chrześcijańskiego i posłuży ku ich udoskonaleniu. Troska ta jest następnie dokładnie skonkretyzowana. Obok kazań i katechezy oraz wszelkich innych środków społecznego przekazu, mówi się jeszcze o indywidualnym przygotowaniu do małżeństwa oraz należyтым przygotowaniu samej ceremonii ślubnej.

Na zupełnie inne drogi wszedł nowy kodeks, gdy idzie o adresatów nowego prawa małżeńskiego. O ile bowiem dotychczasowe prawo wychodziło z założenia, że katolickie prawo kanoniczne wiąże zasadniczo wszystkich ochrzczonych, chyba że ochrzczeni akatolicy zostali wyraźnie spod jego postanowień wyjęci (kan. 12), to nowe prawo głosi, że prawo Kościoła katolickiego obowiązuje tylko tych, którzy zostali w nim ochrzczeni lub do niego nawróceni¹⁵. Z tych ogólnych zasad ustawodawca małżeński wyciągnął odpowiednie konsekwencje. Z kan. 1059 wynika bowiem wyraźnie, że tylko małżeństwa samych katolików podlegają obecnie przepisom prawa kanonicznego¹⁶. Oznacza to, że małżeństwa chrześcijan należących do Kościoła lub społeczności akatolickiej należy oceniać według prawa tejże społeczności kościelnej¹⁷. Chociaż ten ekumeniczny gest prawodawcy należy powitać z pełnym uznaniem, niemniej stosowanie prawa w praktyce napotka nieraz na

¹⁴ Rozdział ten obejmuje kanony 1063-1072.

¹⁵ W kan. 11 nowego kodeksu czytamy: „Legibus mere ecclesiasticis tenentur baptizati in Ecclesia catholica vel in eandem recepti [...]”.

¹⁶ „Matrimonium catholicorum, etsi una tantum pars sit baptizata, regitur iure non solum divino, sed etiam canonico, salva competentia civilis potestatis circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus”.

¹⁷ Taka regulacja prawna w odniesieniu do wschodnich wspólnot akatolickich (prawosławnych) nie jest bynajmniej czymś nowym. Już soborowy dekret *De oecumenismo* (n.16) uznał je nie tylko za prawdziwe części Kościoła powszechnego, ale także wprost stwierdził, że mają one kierować się własną dyscypliną i własnymi zwyczajami. Stąd w wyroku rotalnym *coram J. Pallazzini* z 24 X 1967 (*Ephemerides iuris canonici* 23/1967, s. 332) w części *in iure* czytamy: „Verumtamen acatholici tenentur legibus propriae Ecclesiae et valor matrimonii eorum sive ratione formae sive ratione impedimentorum pendet a competentia eorumdem legislatione, rite pendenda in singulis casibus”; por. interesujący artykuł w tej kwestii audytora Roty Rzymskiej I.A. A b b y: *De impedimento mixtae religionis canone 72 Trullanae Synodi sancito atque de forma a Graecis servanda in matrimonio ineundo. Periodica de re morali, canonica, liturgica* 58/1969, s. 595-612; także E. P r z e k o p: *Prawosławie wobec władzy stanowienia własnego prawa małżeńskiego. Ateneum Kapłańskie* 70/1977. T. 89, z. 3, s. 337-347.

niełatwe problemy. Wobec braku bowiem własnego prawa małżeńskiego w niektórych społecznościach niekatolickich lub też nieprecyzyjnego sformułowania, niełatwo będzie rozstrzygnąć, jakie prawo w konkretnym wypadku należy zastosować¹⁸.

W ramach dotychczasowego Kodeksu Prawa Kanonicznego znany jest przepis kan. 1014 głoszący zasadę, że małżeństwo cieszy się względami prawa *favor iuris*, zwany dość często *favor matrimonii*. Sformułowanie nowego kan. 1060 jest identyczne. Dlatego w wypadku wątpliwości należy zawsze z domniemania prawa uważać małżeństwo za ważne zawarte, dopóki nie stwierdzi się z całą pewnością jego nieważności¹⁹. Podstawą działania domniemania prawa jest tutaj sam fakt zawarcia małżeństwa. I chociaż zasada ta jest od dawna powszechnie znana i stosowana w prawie kanonicznym, otwarte pozostaje pytanie, czy w obliczu coraz trudniejszej sytuacji małżeństwa, przy pojawiającej się również w chrześcijańskich kołach sekularyzacji pojęcia małżeństwa, nieco uproszczona wypowiedź o przywilejach prawnych każdego małżeństwa odpowiada dostatecznie rzeczywistej sytuacji. Pożądana byłaby bardziej elastyczna norma, wnikająca w każdorazowo różną od strony psychologicznej sytuację oraz w wolitywne nastawienie nupturientów.

W dotychczasowym kan. 1015, który ustala pojęcia i nazwy dla różnych kategorii ważnych i nieważnych związków małżeńskich, dokonano pewnych zmian. Postanowiono najpierw w ogóle skreślić w nowym prawie nazwę i pojęcie *matrimonium legitimum*, którym określano dotąd małżeństwa niewiernych. Następnie wprowadzono do pojęcia *matrimonium consummatum* słowa *humano modo* dla podkreślenia, że akt konsumacji małżeństwa (*actus coniugalis*) wyraża się nie tylko przez akt fizycznego pożycia, ale z konieczności suponuje pełne zaangażowanie umysłu i woli, a więc z wykluczeniem przymusu, gwałtu, nieświadomości itd. Ma to być *actus humanus*, poprzez który małżonkowie stają się *una caro*²⁰. Trudność zaś sądowego stwierdzenia braku odpowiedniej świadomości czy wolności nie jest kwestią prawa, lecz tylko sprawą faktu. Będzie zatem rzeczą jurysprudencej i nauki prawa wypracować odpowiednie środki dowodowe dla przewyciężenia nasuwających się tutaj wątpliwości²¹.

Kolejna zmiana w nowym kodeksie dotyczy prawnego zaszeregowania małżeństwa cywilnego. Dotąd kontrowersyjna była sprawa, czy

¹⁸ Por. B. Primetshofer, art. cyt., s. 343.

¹⁹ „*Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur*”. Wysuwano wprawdzie na komisji zarzut, że domniemanie prawne z reguły powinno służyć człowiekowi w sensie ochrony jego uprawnień, nie zaś instytucjom. Ostatecznie utrzymano tę zasadę także w nowym kodeksie bez zmian, gdyż spełnia ona dwie ważne funkcje: przecina stany niepewności w wypadku wątpliwości, czy małżeństwo było ważne zawarte oraz zmierza wprost do ochrony prawa Bożego w zakresie istotnych cech małżeństwa, jakimi są jedność i nierozzerwalność.

²⁰ Mówi o tym nowy kan. 1061 §1: „[...] ratum et consummatum, si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad proles generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro”; por. B. Primetshofer, art. cyt., s. 334, przyp. 17.

²¹ W tej kwestii por. J.T. Finnegan: When is a Marriage Indissoluble? Reflections on a Contemporary Understanding of a Ratified and Consummated Marriage. *The Jurist* 28/1968, s. 309 nn.; J. Bernhardt: Reinterpretation (existentielle et dans la fois) de la législation concernant l'indissolubilité du mariage chrétien. *Revue de droit canonique* 21/1971, s. 269.

małżeństwo cywilne (*matrimonium civile*) osób podlegających kanonicznej formie zawarcia małżeństwa należy uważać za małżeństwo nieważne *ex defectu formae* (*matrimonium invalidum*), czy za małżeństwo w ogóle niebyłe²². Kontrowersyjność tej sprawy w nauce prawa²³ nie została wprawdzie w nowym kodeksie definitywnie rozwiązana, jednakże nie może to mieć żadnego wpływu na kościelną praktykę sądową, według której zarówno małżeństwo cywilne, jak też małżeństwo nieważne (z innych powodów) może być uzdrawiane od podstaw.

II. PRZESZKODY MAŁŻEŃSKIE I ZAKAZY BŁOGOSŁAWIENIA ŚLUBU

PRZESZKODY MAŁŻEŃSKIE W OGÓLNOŚCI

Wydaje się, że najważniejsza różnica w stosunku do dotychczasowego prawa polega na tym, że w nowym prawie zniknęło całkowicie rozróżnienie przeszkód wzbraniających i rozrywających. Stało się tak dlatego, że komisja reformująca kodeks opowiedziała się za wykreśleniem z kodeksu przeszkód wzbraniających, pozostawiając jedynie zakaz zawierania małżeństwa w określonych okolicznościach i po spełnieniu określonych warunków. Tym samym termin przeszkoda małżeńska w nowym prawie oznacza jedynie taką okoliczność, której istnienie sprowadza nieważność małżeństwa. Dotychczasowe przeszkody wzbraniające po części zniknęły zupełnie, jak na przykład przeszkoda ślubu zwykłego (publicznego), istniejąca tylko w zakonie, podczas gdy już sam fakt należenia do zakonu sprzeciwia się zawieraniu małżeństwa, czyli że przeszkoda sama z siebie nie dawała tu nic nowego. *Cognatio legalis*, która jako *lex canonizata* była uzależniona od prawa świeckiego (por. kan. 1059 i 1080), znalazła się w nowym prawie w dziale przeszkód zrywających²⁴. Najważniejsza z dotychczasowych przeszkód wzbraniających, mianowicie odmienne wyznanie (*mixta religio*), przestała już być przeszkodą małżeńską. W nowym kodeksie zamieszczono odrębny rozdział *De matrimoniis mixtis*, w którym stwierdza się, iż w dalszym ciągu zabrania się zawierania małżeństw wyznaniowo mieszanych, nie mówi się natomiast ani słowem o przeszkodzie jako takiej.

Gdy chodzi o kompetencję ustalania przeszkód małżeńskich, które są tylko zrywające, w dalszym ciągu należy ona do Stolicy Apostolskiej²⁵. Schemat prawa małżeńskiego z 1975 r. przewidywał taką władzę

²² Pojęcie „małżeństwo nieistniejące” jest samo w sobie obce prawu kanonicznemu. Na przykład w austriackim prawie świeckim rozumie się pod tym pojęciem (*Nichtehe*) związek mężczyzny i kobiety, który z braku wszelkiej obowiązującej formy (zgodnie z paragrafem 15 ustawy o małżeństwie) nie posiada żadnego pozoru małżeństwa. Por. na ten temat H. Koziol — R. Welser: *Grundriss des bürgerlichen Rechts*. T. II. Wien 1979⁵, s. 157; *Primetshofer*, art. cyt., s. 345, przyp. 20.

²³ Por. H. Heimerl: *Um eine neue Wertung der nicht katholisch geschlossenen Ehen von Katholiken*. W: *Verheiratet und doch nicht verheiratet?* Wien 1970, s. 157 n.; E. Lalaguna: *El matrimonio civil ante derecho canonico*. *Ius Canonicum* 2/1962, s. 273 n.; B. *Primetshofer*: *Die Eheschliessung*. W: *Grundriss des nachkonziliaren Kirchenrechts*. Regensburg 1980, s. 582.

²⁴ Kan. 1094: „*Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognatione legali ex adoptione orta, in linea recta aut in secundo gradu lineae collateralis, coniuncti sunt*”.

²⁵ Kan. 1075 §2 nowego kodeksu postanawia: „*Uni quoque supremae auctoritati ius est alia impedimenta pro baptizatis constituere*”.

Konferencji Biskupów w swym kan. 262 § 3 dla obu rodzajów przeszkód. Ponieważ — jak się wydaje — sami biskupi byli niezbyt uradowani tego rodzaju poszerzeniem kompetencji na gruncie prawa partykularnego²⁶, projekt nowego kodeksu z 1980 r. odszedł od takiej możliwości. Milczy o niej także nowe prawo małżeńskie.

Władza dyspensowania od przeszkód małżeńskich z dotychczasowego kan. 1040 została gruntownie przepracowana, zgodnie z ustaleniami zawartymi w motu proprio *De Episcoporum muneribus* (5 VI 1966)²⁷. Nowy kan. 1078 § 1 stawia zasadę, że ordynariusz miejsca może dyspensować własnych poddanych, gdziekolwiek się znajdują, jak również wszystkich, którzy przebywają na jego terenie. Zakres dyspensowania obejmuje wszystkie przeszkody z prawa kościelnego, z wyjątkiem tych, które zarezerwowała sobie *Stolica Apostolska*²⁸.

Znaczne zmiany nastąpiły we władzy dyspensowania w zagrażającym niebezpieczeństwie śmierci oraz w wypadku nagłym. Nowe prawo utrzymuje obie sytuacje konfliktowe, choć w treści normatywnej kanonów są odnotowane ważne zmiany. W wypadku grożącego niebezpieczeństwa śmierci (*urgente mortis periculo*) nowe prawo pomija dotychczasowe przyczyny kanoniczne, które uzasadniały korzystanie z władzy dyspensowania (schemat z 1975 r. jeszcze je utrzymywał). Były nimi mianowicie: zabezpieczenie spokoju sumienia oraz — jeśli zachodziła potrzeba — legitymacja potomstwa pozamałżeńskiego (kan. 1043). Co się tyczy natomiast dokładnego ustalenia przedmiotu dyspensy, zaistniały poważne wątpliwości, czy należy nadal utrzymywać w mocy oba rezerwy papieskie: przeszkodę wynikającą ze święceń kapłańskich oraz przeszkodę powinowactwa w linii prostej z dopełnionego małżeństwa. W sprawie tej ostatniej nauka prawa już od dawna nie umiała znaleźć wyczerpującego uzasadnienia dla rezerwy papieskiego. Toteż bez żadnych oporów zdecydowano się wykreślić go z nowego prawa. Co do przeszkody wynikającej ze święceń kapłańskich, sprawy były o wiele trudniejsze, ponieważ dyspensacja od tej przeszkody wyraźnie podważa prawo celibatu, zwłaszcza gdy w niebezpieczeństwie śmierci znajduje się niewiasta. Ostatecznie komisja nie rozstrzygnęła sama tej kwestii, lecz przekazała ją papieżowi, dołączając poglądy konsultorów z pełną argumentacją. W schemacie z 1975 r. oraz w projekcie kodeksu z 1980 r. nie przewidywano żadnych rezerwatów papieskich. Argumentowano tym, że w zagrażającym niebezpieczeństwie śmierci, kiedy w grę wchodzi bezpośrednio sprawa zabezpieczenia zbawienia (*salus animarum*), norma prawna — bez względu na jej wewnętrzną powagę — musi ustąpić. Ostatecznie papież podjął odmienną decyzję, skoro w nowo ogłoszonym kodeksie utrzymano dotychczasowy rezerwat wobec przeszkody wynikającej ze święceń prezbiteratu²⁹.

Pewne istotne zmiany przewiduje nowy kodeks w określeniu osób,

²⁶ Por. *Communicationes*, 9/1977, s. 135 i 10/1978, s. 126.

²⁷ AAS 58/1966, s. 467-472; por. E. Sztafrowski: *Prawo kanoniczne w okresie odnowy soborowej*. T. I, Warszawa 1976, s. 158-161.

²⁸ Rezerwacją według kan. 1078 §2 są objęte: przeszkoda, która wynika ze święceń (diakonat, prezbiterat) lub z publicznego ślubu dozgonnej czystości, złożonego w zakonie na prawie papieskim oraz przeszkoda występku wynikająca z małżonkobójstwa.

²⁹ Kan. 1079 §1: „*Urgente mortis periculo, loci Ordinarius potest [...] super omnibus et singulis impedimentis iuris ecclesiastici [...] dispensare [...], excepto impedimento orto ex sacro ordine presbyteratus*”.

które — poza ordynariuszem miejsca — korzystają z szerokich uprawnień przy udzielaniu dyspens w grożącym niebezpieczeństwie śmierci. Stare prawo wyliczało następujące osoby: proboszcz, kapłan asystujący przy zawieraniu małżeństwa według formy nadzwyczajnej, spowiednik w zakresie wewnętrznym w trakcie spowiedzi sakramentalnej. Nowe prawo włącza do grona wymienionych osób jeszcze kapłana i diakona, którzy asystują przy małżeństwie na podstawie władzy delegowanej³⁰, władzę spowiednika zaś rozciągnięto nadto na forum wewnętrzne pozasakramentalne³¹. Korzystanie z tej władzy — przez wyżej wyliczone osoby — jest dopuszczalne tylko wtedy, kiedy nie można odnieść się do ordynariusza miejsca, przy czym zastosowanie w tym celu telefonu lub telegrafu zostało potraktowane przez nowe prawo jako środek nadzwyczajny, do użycia którego nikt nie jest prawnie zobowiązany³².

Wypadek naglący ma miejsce wówczas, kiedy przeszkoda wychodzi na jaw lub dociera do wiadomości ordynariusza albo proboszcza, gdy już wszystko jest przygotowane do ślubu i bez prawdopodobnego niebezpieczeństwa większej szkody nie można odłożyć ślubu do czasu, zanim nadejdzie dyspensa od kompetentnej władzy. Władza dyspensowania w wypadku *cum omnia parata ad nuptias* rozciąga się na wszystkie przeszkody z prawa kościelnego, z wyjątkiem przeszkody płynącej ze święceń kapłańskich albo ze ślubu publicznego dozgonnej czystości, złożonego w instytucie zakonnym na prawie papieskim. Z władzy tej korzystać mogą wszystkie te same osoby, co *urgente mortis periculo*, z tym iż władza tych osób jest zawężona — jak w prawie dotychczasowym — do wypadków tajnych³³ (klauzula ta nie dotyczy tylko ordynariusza miejsca), przy czym wypadek tajny jest ujęty nieco szerzej aniżeli tajna przeszkoda, gdyż obejmuje również wypadki możliwe do udowodnienia, ale dotąd jeszcze nie rozgłoszone.

Udzielenie dyspensy obejmuje również wypadki, w których idzie nie o zawarcie małżeństwa, lecz o konwalidację nieważnie zawartego małżeństwa³⁴. Po udzieleniu dyspensy należy natychmiast powiadomić (*statim*) o tym ordynariusza miejscowego i wnieść stosowną adnotację do księgi zawartych małżeństw³⁵. Nie ulega wątpliwości, że nałożony obowiązek powiadomienia ordynariusza o fakcie udzielenia dyspensy ma na celu roztoczenie kontroli nad sposobem udzielania dyspensy w takiej nadzwyczajnej sytuacji i stwierdzenie, czy zostały dokładnie zachowane wszystkie istotne klauzule kanonów, które warunkują ważność udzielonej dyspensy.

PRZESZKODY MAŁŻEŃSKIE W SZCZEGÓLNOŚCI

Jeżeli chodzi o szczegóły dotyczące zrywających przeszkód małżeńskich, nowe prawo — ogólnie rzecz ujmując — stoi na gruncie dawnego kodeksu, chociaż dokładniej obejmuje poszczególne fakty, a cechy tych

³⁰ Kan. 1079 §2: „[...] eadem dispensandi potestate pollet tum parochus, tum minister sacer rite delegatus, tum sacerdos vel diaconus qui matrimonio, ad normam can. 1116 §2, assistit”.

³¹ Kan. 1079 §3: „In periculo mortis confessarius gaudet potestate dispensandi ab impedimentis occultis pro foro interno sive intra sive extra actum sacramentalis confessionis”.

³² Por. kan. 1079 §4.

³³ Por. kan. 1080 §1.

³⁴ Por. kan. 1080 §2.

³⁵ Por. kan. 1081.

faktów precyzyjniej dookreśla. W kilku przypadkach dają się też zauważyć znaczne zmiany w stosunku do starego prawa.

Przeszkoda wieku pozostała w nowym prawie w całości i bez zmian: szesnaście lat dla mężczyzny, czternaście lat dla niewiasty. Nowe prawo upoważnia jednak konferencje biskupów do podniesienia granicy wymaganego prawem powszechnym wieku, zapewne stosownie do potrzeb własnego regionu, ale tylko do godziwości³⁶.

Dokonano pewnych zmian w kanonie traktującym o impotencji, wykorzystując osiągnięcia nauki prawa i orzecznictwa sądowego. Nowy kodeks podaje dokładną definicję impotencji, która stanowi przeszkodę rozrywającą. Jest nią *impotentia coeundi* (niemoc płciowa), a nie *impotentia generandi* (niepłodność)³⁷. I chociaż niepłodność sama w sobie nie stanowi przeszkody małżeńskiej, dodano w nowym prawie ważne stwierdzenie, że jeżeli w sprawie niepłodności zaistnieje wypadek podstępnego wprowadzenia w błąd drugiej osoby, można wówczas wystąpić o stwierdzenie nieważności małżeństwa z tytułu podstępnego wprowadzenia w błąd³⁸. Prawo podtrzymuje zasadę, że w wypadku niemocy płciowej wątpliwej nie można zabronić zawarcia małżeństwa. Nowy kodeks ponadto dodaje, że nie można później z tego tytułu wnosić sprawy o orzeczenie nieważności małżeństwa (z racji impotencji wątpliwej)³⁹. Na komisji zaistniała wątpliwość, czy użyć w nowym kanonie sformułowania, że w wypadku niemocy płciowej małżeństwo jest nieważne z prawa naturalnego, czy raczej skorzystać ze sformułowania, że nieważność pochodzi z samej natury małżeństwa. Ponieważ impotent w akcie zgody małżeńskiej nie jest zdolny przekazać swemu partnerowi tego, co stanowi przedmiot zgody (nie może dać drugiej osobie tego, czego sam nie posiada), uwzględniono postulat większości i w przeszkodzie niemocy płciowej użyto sformułowania *ex ipsa natura matrimonii*, a nie *ipso iure naturae*.

Przeszkoda istniejącego węzła małżeńskiego została w nowym kodeksie utrzymana bez zmian⁴⁰.

Podobnie utrzymano w nowym prawie przeszkodę różnicy religii (*disparitas cultus*), kiedy to katolik zawiera małżeństwo z osobą nieochrzczoneą. Zgodnie z wcześniej przyjętą zasadą, iż normy prawa kanonicznego wiążą tylko członków Kościoła łacińskiego, przeszkoda ta w odniesieniu do swych adresatów doznała ograniczenia. Od wejścia w życie nowego kodeksu przeszkoda *disparitatis cultus* wiązać będzie osobę ochrzczoneą w Kościele katolickim lub doń przyjętą z innych Kościołów chrześcijańskich tak długo, jak długo będą one pozostawać w Kościele katolickim; przestanie je wiązać z chwilą, gdy aktem formalnym wystąpią z Kościoła (*nec actu formali ab ea defecerit*)⁴¹. Przy dys-

³⁶ Kan. 1083 §2: „Integrum est Episcoporum conferentiae aetatem superiorem ad licitum matrimonii celebrationem statuere”.

³⁷ Kan. 1084 §1: „Impotentia coeundi [...] matrimonium ex ipsa eius natura dirimit”.

³⁸ Tamże, §3: „Sterilitas matrimonium nec prohibet nec dirimit, firmo praescripto can. 1098”.

³⁹ Por. kan. 1084 §2.

⁴⁰ Kan. 1085 §1: „Invalidae matrimonium attentat qui vinculo tenetur prioris matrimonii, quamquam non consummati”.

⁴¹ Por. nowy kan. 1086 §1.

pensowaniu od tej przeszkody obowiązują rękojmie i w ogóle cała procedura przewidziana dla małżeństw wyznaniowo mieszanych⁴².

W dotychczasowym kan. 1072, mówiącym o przeszkodzie wyższych święceń, wprowadzono zmianę dotyczącą samej nazwy święceń. Ponieważ wyłączono już subdiakoniat z wyższych święceń, niższe zaś święcenia w ogóle zniesiono (utrzymując niektóre z nich w charakterze posług), w pojęciu święceń — bez określenia terminem „wyższe” — utrzymano tylko diakonat i prezbiterat. Stąd nieważnie zawiera małżeństwo ten, kto posiada święcenia⁴³.

Nowy kan. 1088, ustalający zrywającą przeszkodę, dla której podstawą były dawniej uroczyste śluby zakonne, został dostosowany do przyjętego podziału ślubów publicznych na czasowe i wieczyste. Obecnie więc przeszkoda ta przyjmuje brzmienie: nieważnie usiłuje zawrzeć małżeństwo osoba, która złożyła publiczny i wieczysty ślub czystości w zakonie⁴⁴.

Pomimo różnych krytycznych uwag utrzymano dalej w mocy przeszkodę porwania niewiasty, aczkolwiek w ujęciu dotychczasowego prawa kanonicznego przeszkoda ta niezbyt odpowiada współczesnym warunkom życia. Na decyzję pozostawienia jej w nowym kodeksie wpłynęła okoliczność, że również i w czasach obecnych nie należą do rzadkości wypadki, w których młode niewiasty, uprowadzone wbrew swej woli, wyrażają zgodę na małżeństwo pozostając w stanie zależności od porywacza. W krótszej i inaczej zrehabilitowanej formie nowy kodeks utrzymuje wszystkie dotychczasowe istotne elementy tej przeszkody⁴⁵.

Daleko posuniętej reformie uległa przeszkoda występku z kan. 1075. W starym prawie przeszkoda ta posiada trzy postaci: 1) cudzołóstwo z przyrzeczeniem lub usiłowaniem zawarcia małżeństwa, choćby tylko przez kontrakt cywilny; 2) cudzołóstwo połączone z małżonkobójstwem, dokonany przez jedną ze stron; 3) samo małżonkobójstwo przez współdziałanie dwojga osób z zamiarem zawarcia między sobą małżeństwa. W nowym prawie wyłączono z pojęcia tej przeszkody następujące istotne elementy: cudzołóstwo, przyrzeczenie małżeństwa, usiłowanie zawarcia małżeństwa. Pozostaje natomiast jako element istotny jedynie małżonkobójstwo. Wobec tego sformułowanie nowego kanonu jest następujące: nieważnie zawiera małżeństwo, kto z intencją zawarcia małżeństwa z określoną osobą zadaje śmierć własnemu lub jej współmałżonkowi⁴⁶. Tak samo nieważnie zawierają małżeństwo ci, którzy zadają śmierć współmałżonkowi współdziałając razem fizycznie bądź moralnie (*mutua opera physica vel morali mortem coniugi intulerunt*)⁴⁷.

⁴² Tamże, §2: „Ab hoc impedimento ne dispensetur, nisi impletis condicionibus de quibus in cann. 1125 et 1126”; szczegółowiej na temat małżeństw mieszanych por. mój artykuł: *Matrimonia mixta* w schematach nowego prawa małżeńskiego. *Ateneum Kupańskie* 75/1983. T. 100, z. 2 (444), s. 236-249.

⁴³ Kan. 1078: „Invalide matrimonium attentant qui in sacris ordinibus sunt constituti”.

⁴⁴ Kan. 1088: „Invalide matrimonium attentant qui voto publico perpetuo castitatis in instituto religioso adstricti sunt”; por. B. P r i m e t s h o f e r, art. cyt., s. 349.

⁴⁵ Kan. 1089: „Inter virum et mulierem abductam vel saltem retentam intuitu matrimonii cum ea contrahendi, nullum matrimonium consistere potest, nisi postea mulier a raptoe separata et in loco tuto ac libero constituta, matrimonium sponte eligat”.

⁴⁶ Por. kan. 1090 §1.

⁴⁷ Tamże, §2; por. B. P r i m e t s h o f e r, art. cyt., s. 349.

W przeszkodzie pokrewieństwa z kan. 1076 pozostały bez zmiany pierwszy i trzeci paragraf. W paragrafie drugim treściowo również nic się nie zmieniło, z wyjątkiem wprowadzenia rzymskiej komputacji obliczania stopni pokrewieństwa w linii bocznej. Jak wiadomo, od XI stulecia do tej pory stosowano w prawie kanonicznym komputację germańską, choć komputacją rzymską posługiwały się przez cały czas Kościoły wschodnie⁴⁸ oraz prawie powszechnie kodeksy świeckie. Tak więc według komputacji rzymskiej, przy równoczesnym ograniczeniu zasięgu przeszkody o jeden stopień w linii bocznej, przeszkoda pokrewieństwa sięga obecnie w linii bocznej do czwartego stopnia⁴⁹, co w dotychczasowej komputacji germańskiej oznaczało drugi stopień (równy) w tej samej linii. Brat i siostra są więc teraz krewnymi w drugim stopniu linii bocznej; wuj i siostrzenica w trzecim stopniu itd. Nie trzeba natomiast podkreślać, że w linii prostej nie nastąpiła w stosunku do starego kodeksu żadna zmiana⁵⁰. Wprowadzono nowy paragraf, który, w przeciwieństwie do dotychczasowego prawa, znosi uwielokrotnienie przeszkody pokrewieństwa⁵¹.

Przeszkoda powinowactwa z kan. 1077 pozostaje już tylko w linii prostej i obejmuje — podobnie jak pokrewieństwo — wszystkie stopnie⁵². W schemacie z 1975 r. była jeszcze propozycja, by utrzymać powinowactwo również w linii bocznej, ale tylko do drugiego stopnia, co dla komputacji germańskiej oznaczałoby stopień pierwszy. Przeszkodę *affinitatis in linea collateralali* zniesiono dlatego, że najczęściej małżeństwo w takiej sytuacji bywa najlepszym wyjściem ze względu na pozostałe potomstwo.

Przeszkoda przyzwoitości publicznej, o czym jest mowa w dotychczasowym kan. 1078, jeśli idzie o jej źródło pochodzenia, została utrzymana bez zmian. W nowym prawie również wywodzi się ona z nieważnego małżeństwa bądź z publicznego konkubinatu. Zaznacza się jednak w nowym kanonie, czego nie było dotąd, że przeszkoda ta w pierwszym wypadku powstaje dopiero w momencie podjęcia wspólnoty życia małżeńskiego (*post instauratam vitam communem*). Zasięg przeszkody ograniczono o jeden stopień, będzie więc ona obejmować tylko pierwszy stopień linii prostej (pomiędzy mężem a krewnymi żony i *vice versa*)⁵³.

Całkowitemu zniesieniu uległa przeszkoda pokrewieństwa duchowego z dotychczasowego kan. 1079, zgodnie zresztą z powziętą zasadą, że ulegają zniesieniu wszystkie przeszkody zrywające niższego rzędu.

Pozostała natomiast przeszkoda pokrewieństwa ustawowego (*cognatio legalis*), choć przyjęto dla niej nowe sformułowanie⁵⁴. Obecnie nie bierze się pod uwagę tego, czy prawo świeckie ustanawia tę przeszkodę. Sam fakt adopcji powoduje, że w prawie kanonicznym uchodzi ona za zrywającą przeszkodę małżeńską. Jej zasięg rozciąga się na wszystkie stopnie linii prostej i na drugi stopień w linii bocznej (według rzymskiego liczenia).

⁴⁸ Por. P r z e k o p: Sakramenty w prawie Kościołów wschodnich, s. 107.

⁴⁹ Kan. 1091 §2: „In linea collateralali irritum est usque ad quartum gradum inclusive”.

⁵⁰ Tamże, §1.

⁵¹ Tamże, §3: „Impedimentum consanguinitatis non multiplicatur”.

⁵² Kan. 1092: „Affinitas in linea recta dirimit matrimonium in quolibet gradu”.

⁵³ Por. kan. 1093.

⁵⁴ Kan. 1094: „Matrimonium inter se valide contrahere nequeunt qui cognatione legali ex adoptione orta, in linea recta sut in secundo gradu lineae collateralali, coniuncti sunt”.

ZAKAZY MAŁŻEŃSTWA

Zakazy te skierowane są do duchownych asystujących przy ślubie zawierającym według formy kanonicznej. Po części wywodzą się one z tych samych co dotychczas okoliczności; po części doszły nowe. Zdecydowano się zebrać w jednym kanonie⁵⁵ wszystkie wypadki, w których prawo domaga się zezwolenia ordynariusza miejscowego (*licentia Ordinarii loci*) na asystowanie przy zawieraniu małżeństwa. Są nimi: 1) małżeństwo włoścogów; 2) małżeństwo, które nie może być zawarte lub uznane przez prawo świeckie; 3) małżeństwo, w którym ktoś ma naturalne zobowiązania materialne wobec strony i dzieci z poprzedniego związku; 4) małżeństwo osoby, która notorycznie porzuciła wiarę katolicką; 5) małżeństwo osób, które są w cenzurach kościelnych; 6) małżeństwo małoletnich, którzy je zawierają *in scius aut rationabiliter invititis parentibus*; 7) małżeństwo zawierane przez prokuratora.

W wypadku pod numerem trzecim prawodawca ma przede wszystkim na uwadze małżeństwa cywilne (po rozwodzie) lub też zobowiązania powstałe z tzw. związków wolnych, z pominięciem nawet cywilnej formy zawarcia związku. Dotychczasowe prawo nie poświęcało uwagi tym okolicznościom, prawdopodobnie ze względu na ich niewielką aktualność. Z uwagi na systematycznie postępujący wzrost rozwodów, prawodawca kościelny zmuszony był również zwrócić na ten fakt uwagę. Nie trzeba też zbyt podkreślać, że ordynariusz miejscowy, wydając pozwolenie na zawarcie małżeństwa z osobą notorycznie odpadłą od wiary, *congrua congruis referendo*, zażąda zagwarantowania dla strony katolickiej wolności w spełnianiu praktyk religijnych, a zwłaszcza tego, by potomstwo było ochrzczone i wychowane w religii katolickiej.

III. ZGODA MAŁŻEŃSKA

W rozdziale *de consensu matrimoniali* napotykamy chyba najbardziej radykalne zmiany. Z jednej strony wiążą się one z tym, co można nazwać duchem nowego ustawodawstwa małżeńskiego, z drugiej — odnoszą się do materialnej treści poszczególnych kanonów.

Zmiany w kwestii zgody małżeńskiej dotyczą zarówno samego przedmiotu zgody, jak i wadliwości tejże zgody z racji wykluczenia istotnych elementów przedmiotu konsensu. Pojęcie zgody małżeńskiej jako właściwej przyczyny sprawczej małżeństwa, przeniesione obecnie z rozdziału *de consensu matrimoniali* do kanonów wstępnych, brzmi następująco: zgoda małżeńska jest aktem woli, przez który mężczyzna i niewiasta w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie przekazują sobie w celu utworzenia małżeństwa⁵⁶. W prawie dotychczasowym w definicji zgody (kan. 1081 § 2) było wyłącznie akceptowane *ius in corpus in ordine ad actus de se aptos ad prolis generationem*. W nowym ujęciu

⁵⁵ Chodzi tu o kan. 1071, zaczynający się od słów: „Excepto casu necessitatis, sine licentia Ordinarii loci ne quis assistat”, po czym następuje wyliczenie siedmiu wypadków wyżej wymienionych.

⁵⁶ Dosłowna definicja zgody małżeńskiej z kan. 1057 §2: „Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium”; B. P r i m e t s h o f e r, art. cyt., s. 351.

element biologiczny nie został tak dobitnie uwypuklony, gdyż w równej mierze do istotnych elementów konsensu zalicza się prawo do wspólnoty życia małżeńskiego i wszystkie inne cele małżeństwa, a nie tylko *ius in corpus*.

W dotychczasowym prawie kodeksowym zasady niezdolności osób do powzięcia ważnej i wystarczającej zgody małżeńskiej były w wielu wypadkach ujęte raczej *implicite*, to znaczy wypływały one z ogólnej zasady, że nie może powziąć takiej zgody osoba, która nie ma używania rozumu co do istotnych cech małżeństwa. Nowy prawodawca postanowił więc wyrazić te niezdolności w osobnym kanonie, ustalając trzy typy braków konsensu małżeńskiego. Nie są zdolne do wyrażenia właściwej zgody małżeńskiej: 1) osoby pozbawione wystarczającego używania rozumu; 2) osoby cierpiące na poważny brak właściwego rozeznania praw i obowiązków małżeńskich, które mają być sobie nawzajem przekazane; 3) osoby niezdolne do powzięcia zobowiązań małżeńskich z racji przyczyn natury psychicznej⁵⁷.

W ocenie trzech podstawowych tytułów nieważności należy podkreślić, że dwa pierwsze tytuły wskazują na sytuację, w której akt woli jest wadliwy sam w sobie, ponieważ strona albo pozbawiona jest używania rozumu, albo nie posiada wystarczającego rozeznania rzeczy istotnych w małżeństwie. Natomiast trzeci tytuł dotyczy sytuacji, w której nupturient od strony umysłu ujmuje wszystko poprawnie, ale nie jest zdolny do podjęcia prawdziwego zobowiązania w kwestii praw i obowiązków małżeńskich. Dobrze się też stało, że prawodawca nie sprecyzował bliżej, z jakiego źródła pochodzi tego rodzaju niezdolność. W schemacie z 1975 r. było wyraźnie zaznaczone, że niezdolność osoby do powzięcia zobowiązań małżeńskich miała pochodzić z poważnej anomalii psychoseksualnej; projekt kodeksu z 1980 r. mówił już tylko o poważnej anomalii psychicznej (*ob gravem anomaliam psychicam*)⁵⁸. Nowa norma jest zatem szerzej ujęta i w pełni uzasadniona, gdyż obejmuje teraz wszystkie możliwe w życiu ludzkim źródła powstania zaburzeń psychicznych. Niektórzy kanoniści chcą nazywać ten całkiem nowy tytuł nieważności przeszkodą impotencji psychicznej (*psychica seu moralis*), o którą od dłuższego czasu walczyła nauka prawa kanonicznego⁵⁹. Nowe prawo daje tym samym instrumenty do ręki istotnie ulepszone, które pozwolą objąć bardziej kompleksowo rzeczywistość współczesnego małżeństwa, zwłaszcza w orzecznictwie sądowym.

W kan. 1096 §1 nowe prawo ustala minimum koniecznej wiedzy o małżeństwie u kontrahenta, aby mógł on wyrazić wystarczającą zgo-

⁵⁷ Stanowi o tym kan. 1095; por. szerzej J. R y b c z y k: Alternatywne propozycje rozwiązań w projekcie nowego prawa małżeńskiego. *Roczniki Teologiczno-Kanoniczne* 24/1977, z. 5, s. 29-31.

⁵⁸ Por. Schema Codicis Iuris Canonici, can. 1049: „Sunt incapaces matrimonii contrahendi qui ob gravem anomaliam psychicam obligationes matrimonii essentielles assumere nequeunt”; por. R y b c z y k, art. cyt., s. 30.

⁵⁹ Por. na ten temat: A. D o r d e t t: Eheschliessung und Geisteskrankheit. Eine Darstellung nach der Rechtsprechung der S. Romana Rota. Wien-Freiburg-Basel 1977; K. L ü d i c k e: Psychisch bedingte Eheunfähigkeit. Frankfurt/M. — Bern-Las Vegas 1978; P. W i r t h: Die bisherige Rechtsprechung der Römischen Rota zur Frage der psychischen Eheunfähigkeit. *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 147/1978, s. 71-98; M. W e g a n: L'incapacité d'assumer les obligations du mariage dans la jurisprudence récente du tribunal de la Rote. *Revue de droit canonique* 28/1978, s. 134-157.

dę małżeńską. Nowy kan. 1096 §1 nie odbiega zasadniczo od ustaleń dotychczasowych (por. kan. 1082), formułuje natomiast bardziej precyzyjnie wyliczone tam elementy. Wymaga się więc, by nupturienci wiedzieli przynajmniej tyle, że małżeństwo jest trwałą wspólnotą życia (*consortium permanens*) mężczyzny i kobiety, ukierunkowaną na potomstwo. Muszą też następnie wiedzieć, że do zrodzenia potomstwa dochodzi poprzez współdziałanie seksualne⁶⁰.

Poważnej reformie uległ dotychczasowy kan. 1083 mówiący o wpływie błędu na niewystarczalność zgody małżeńskiej. Pozostawiając bez zmian błąd co do tożsamości osoby (*circa personam*) oraz co do przymiotu, który indywidualizuje osobę (*redundans in errorem personae*)⁶¹, wykreślono z nowego kodeksu małżeńskiego błąd co do niewolniczego stanu współmałżonka. Przepis ten ma bowiem znaczenie tylko historyczne i wszedł do prawa kanonicznego z prawa rzymskiego i germańskiego jako wytwór ówczesnych stosunków społeczno-ekonomicznych w okresie niewolnictwa⁶².

Najradykałniejszą natomiast zmianę w materii błędu przynosi kan. 1098, wprowadzający do kanonistyki nowy tytuł nieważności małżeństwa z powodu podstępnego wprowadzenia w błąd (*consensus ex dolosa deceptione*). Podstępne działanie, czyli podstępne wprowadzenie w błąd, musi jednak odpowiadać pewnym uwarunkowaniom określonym przez nowe prawo: podstęp ma być zastosowany w celu wyłudzenia od drugiej osoby zgody na małżeństwo; powinien on dotyczyć osoby drugiego kontrahenta i to takiej jego cechy, która poważnie utrudnia wspólnotę życia małżeńskiego⁶³. Podstęp może być dokonany zarówno przez zainteresowanego kontrahenta, jak też przez osobę trzecią. Dalej, podstępne działanie może być negatywne, gdy strona milczy i ukrywa cechę, do której nie chce się przyznać lub może być pozytywne, gdy strona wyraźnie zaprzecza, że takiej cechy nie posiada. Wreszcie będzie rzeczą nauki prawa i jurysprudencki wypracowanie kryteriów oceny poważnych cech, które — jako wypływające z podstępnego wprowadzenia w błąd — będą traktowane w prawie za uzasadniony tytuł nieważności małżeństwa. W jednym wypadku — jak już wzmiankowano — sam prawodawca wskazał, że istnieje taki wystarczający tytuł. Wystąpiło to przy omawianiu niemocy płciowej i niepłodności. Sam prawodawca stwierdził, że chociaż niepłodność sama w sobie nie powoduje nieważności małżeństwa, to jednak gdy strona zostanie podstępnie wprowadzona przez drugą stronę w błąd co do tej właśnie cechy, istnieje wówczas podstawa do orzeczenia nieważności małżeństwa *ex dolosa deceptione*⁶⁴. Tym samym długoletnie starania H. Flatteny w kierunku

⁶⁰ Wyrażenie „cooperatione aliqué sexuali” po raz pierwszy znalazło się w relacji z 1981 r.; w schemacie z 1975 r. i w projekcie kodeksu z 1980 r. była jeszcze mowa „de cooperatione aliqua corporali”.

⁶¹ Wypowiada się na ten temat kan. 1097 §§ 1-2.

⁶² Por. E. P r z e k o p: Geneza małżeńskiej przeszkody z błędu co do niewolniczego stanu współmałżonka w prawie rzymskim i germańskim. *Prawo Kanoniczne*, 15/1972, nr 1-2, s. 37-70.

⁶³ W kan. 1098 czytamy: „Qui matrimonium inquit deceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa aliquam alterius patris qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest, invalide contrahit”; por. B. P r i m e t s h o f e r, art. cyt., s. 352 n.

⁶⁴ Por. s. 10 tego artykułu.

wyposażenia w nowym prawie *error dolose causatus* w walor zrywający małżeństwo zostały wreszcie uwieńczone powodzeniem⁶⁵.

Ostatnim zagadnieniem z dziedziny zgody małżeńskiej, w której nastąpiły zmiany, jest małżeństwo zawierane pod warunkiem. Dotychczasowy kan. 1092 uznaje trzy rodzaje warunków: 1) dotyczący przyszłości (*de futuro*); 2) dotyczący terażniejszości (*de praesenti*); 3) dotyczący przeszłości (*de praeterito*). Jedyne warunek dotyczący przyszłości jest warunkiem w ścisłym znaczeniu. Istotną jego cechą jest to, że zgoda sama w sobie wprawdzie istnieje, ale pozostaje prawnie nieskuteczna, to znaczy zawieszona w działaniu⁶⁶, czyli nie wywołuje swoich naturalnych skutków. Staje się skuteczna dopiero od momentu, gdy założony warunek urzeczywistnia się. Inna jest natomiast sytuacja przy warunkach odnoszących się do terażniejszości i przeszłości. Tutaj nie ma zawieszenia skuteczności zgody małżeńskiej. W chwili zawierania małżeństwa założony warunek już się realizuje lub nie i dlatego małżeństwo od razu jest ważne lub nieważne. W odniesieniu do warunku *de futuro* tylko w jednym wypadku nie następuje zawieszenie zgody, małżeństwo zaś z miejsca jest nieważne, mianowicie, gdy treść założonego warunku jest sprzeczna z istotą małżeństwa⁶⁷. Biorąc to wszystko pod uwagę, a zwłaszcza różne niedogodności i komplikacje, jakie niewątpliwie stwarza zawieranie małżeństw warunkowych, nowy prawodawca wprowadza stwierdzenie: nie można zawrzeć ważnie małżeństwa z warunkiem dotyczącym przyszłości⁶⁸. Ponieważ prawodawca nie czyni żadnych rozróżnień, klauzula nieważności dotyczy więc wszystkich warunków *de futuro*, nie tylko tych, których treść przeciwstawia się istocie małżeństwa, ale nawet warunków godziwych. Zatem w nowym prawie każdy warunek *de futuro* sprowadza nieważność małżeństwa. Natomiast warunki co do terażniejszości i przeszłości są nadal w kodeksie utrzymane⁶⁹, z tym że przy ich zakładaniu należy uzyskać zezwolenie ordynariusza miejscowego i to na piśmie (*nisi cum licentia Ordinarii loci scripto data*)⁷⁰. Wymóg ten obowiązuje jednak tylko do godziwości aktu.

IV. KANONICZNA FORMA ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA

Istotą kanonicznej formy małżeństwa jest ujawnienie zgody małżeńskiej *in foro externo*, co odbywa się z reguły wobec urzędowego świadka oraz dwóch świadków zwykłych. W roli świadka urzędowego występuje proboszcz lub miejscowy ordynariusz bądź osoba przez jednego

⁶⁵ Irrtum und Täuschung bei der Eheschliessung nach kanonischem Recht, Paderborn 1957; tenże: Quomodo matrimonium contrahentes contra dolum tutandi sint. Köln 1961.

⁶⁶ Por. M. Al. Żurowski: Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego. Katowice 1976, s. 286-297.

⁶⁷ Żurowski, dz. cyt., s. 295.

⁶⁸ Kan. 1102 §1: „Matrimonium sub condicione de futuro valide contrahi nequit”.

⁶⁹ Tamże, §2: „Matrimonium sub condicione de praeterito vel de praesenti initum est validum vel non, prout id quod condicioni subest, existit vel non”. Np. zawieram z tobą małżeństwo pod warunkiem, że jesteś dziewicą. Warunek od razu się realizuje, gdyż dziewictwo albo istnieje, albo nie.

⁷⁰ Por. kan. 1102 §3.

z nich delegowana (uprawniona), z tym że w nowym prawie można władzę asystowania przekazać nie tylko kapłanowi, ale również diakonowi⁷¹. Ponieważ *Stolica Apostolska* w ostatnich czasach zwykła coraz częściej zezwalać — z uwagi na brak osób duchownych — na występowanie w charakterze świadka urzędowego osobom świeckim, wprowadzono do nowego kodeksu specjalny kanon w tej sprawie: *Ubi desunt sacerdotes et diaconi, potest Episcopus dioecesanus, praevio voto favorabili Episcoporum conferentiae et obtenta licentia Sanctae Sedis, delegare laicos, qui matrimoniis assistant*⁷². Z brzmienia kanonu wynika, że zanim biskup diecezjalny skorzysta z przysługującego mu uprawnienia, winna pozytywnie wypowiedzieć się w tej materii konferencja biskupów; wymaga się nadto zezwolenia na taką delegację ze strony Stolicy Świętej. Warte jest też podkreślenia, iż nowe prawo nie mówi, aby *facultas assistendi* mogła być przekazywana tylko świeckim mężczyznom. Paragraf drugi kan. 1112 wymaga jedynie wyboru takiej osoby świeckiej, która będzie w stanie udzielić nupturientom stosownych pouczeń oraz potrafi dokonać ceremonii ślubnej zgodnie z przepisami⁷³. Nowe prawo określa też, że akt asystencji przy małżeństwie polega na tym, że świadek urzędowy zapytuje strony o konsens i odbiera go w imieniu Kościoła⁷⁴.

Ważną asystencję proboszcza bądź ordynariusza miejscowego uzależnia nowe prawo od tego, czy — przynajmniej jeden z kontrahentów — należy do obrządku łacińskiego⁷⁵. Pojawił się też w nowym kodeksie kanon w odniesieniu do proboszcza i ordynariusza personalnego, którzy tylko wtedy ważnie asystują (*vi officii*) przy małżeństwach, jeśli choć jedna ze stron jest ich poddanym i jeśli asystują w ramach *suae ditionis* (swojej parafii lub diecezji personalnej)⁷⁶.

Zmienia się dotychczasową zasadę kodeksową, która wymagała, by delegacja do błogosławienia małżeństw była szczegółowa, czyli *ad determinatum matrimonium*, z wyjątkiem wikariusza współpracownika dla parafii, w której był zatrudniony. Nowe prawo stawia teraz zasadę, że delegacja może być zawsze ogólna, ale jak każda delegacja musi być dana wyraźnie (*expresse*) i określonej osobie (*determinatis personis*) oraz na piśmie (*scripto est concendenda*)⁷⁷. Są to warunki wymagane *ad validitatem delegationis generalis*. Delegacja szczegółowa może być dana nawet ustnie, byleby dotyczyła konkretnego małżeństwa (*determinatum matrimonium*). Nie trzeba też zbyt przypominać, że dele-

⁷¹ Por. kan. 1108 §1; schemat prawa małżeńskiego dla katolickich Kościołów wschodnich nie przewiduje możliwości przekazania uprawnienia do błogosławienia małżeństw diakonowi (por. *Denua cognitio dello schema dei canoni sul culto divino e sacramenti, Nuntia* 15/1982, s. 81, kan. 163).

⁷² Stanowi to treść nowego kan. 1112, §1.

⁷³ Tamże, §2.

⁷⁴ Kan. 1108 §2: „Assistens matrimonio intellegitur tantum qui praesens exquirat manifestationem contrahentium consensus eamque nomine Ecclesiae recipit”.

⁷⁵ Mówi o tym kan. 1109: „[...] dummodo eorum alteruter sit ritus latini”; por. E. P r z e k o p: *Forma prawna zawarcia małżeństwa ze względu na obrządek. Częstocho-wskie Studia Teologiczne*, 5/1977, s. 249-269.

⁷⁶ Por. kan. 1110.

⁷⁷ Warunki te podaje kan. 1111 §2: „Ut valida sit delegatio facultatis assistendi matrimoniis, determinatis personis expresse dari debet; si agitur de delegatione speciali, ad determinatum matrimonium danda est; si vero agitur de delegatione generali, scripto est concedenda”.

gacji szczegółowej powinno się udzielać dopiero po stwierdzeniu wolnego stanu nupturientów⁷⁸.

Po wprowadzeniu zasady o możliwości udzielenia delegacji generalnej⁷⁹ niewątpliwie zmniejszy się liczba nieważnych małżeństw *ex capite defectus formae*. Niemniej jednak ilość nieważnych małżeństw będzie jeszcze spora. Szukając środków zaradczych, konsultorzy nowelizujący prawo małżeńskie mieli do wyboru dwie możliwości. Pierwsza propozycja zaradcza zmierzała do stwierdzenia, by nieważne z tytułu wadliwej asystencji małżeństwo podlegało od razu (*ipso iure*) uzdrowieniu w zawiązku (*sanatio in radice*). Drugi środek zaradczy: w takim wypadku następuje uzupełnienie władzy kapłana z samego prawa (*Ecclesia supplet*), jeśli zaistniał błąd powszechny lub pozytywna wątpliwość. Komisja — po długich dyskusjach — jako że oba środki zaradcze mają za sobą poważne racje, wybrała drugi środek: *Ecclesia supplet facultatem assistendi in errore communi et in dubio positivo et probabili, sive iuris sive facti*. Zaproponowana norma była jeszcze umieszczona w schemacie kodeksu z 1980 r.⁸⁰ W nowym kodeksie zabrakło tej normy w rozdziale *De forma celebrationis matrimonii*, co nie znaczy bynajmniej, że prawodawca zrezygnował z niej zupełnie. W normach ogólnych nowego kodeksu zamieszczony jest bowiem kanon o władzy uzupełnionej przez Kościół⁸¹, którego przepis — z wyraźnej woli prawodawcy powszechnego — ma być stosowany również do asystencji przy zawieraniu małżeństw⁸². Uzupełnienie władzy błogosławienia małżeństw przez Kościół z samego prawa ma tę dodatnią stronę, że zdąża do ograniczenia liczby nieważnych małżeństw. Ujemna strona polega na tym, że asystujący przy ślubie, będąc świadomi tego, że Kościół zaradzi z góry ich uchybieniem, mogą podchodzić do sprawy starania się o władzę asystowania mniej sumiennie. Istota jednak zagadnienia zawiera się w tym, że prawodawcy chodzi o rzecz pierwszorzędnej wagi — zapobieganie za wszelką cenę nieważnie zawieranych małżeństw, nupturientom zaś — będącym z reguły w dobrej wierze — zapewnienie udziału w łasce sakramentalnej.

W nowym prawie utrzymuje się dotychczasową zasadę, że małżeństwo zawiera się w parafii, w której nupturienti mają stałe zamieszkanie lub tymczasowe albo przynajmniej miesięczny pobyt; jeśli chcą oni zawrzeć małżeństwo gdzie indziej (w innej parafii), *ad liceitatem* wymaga się uzyskania zezwolenia tegoż proboszcza lub ordynariusza miejsca: przy małżeństwie włoścogów władza asystowania należy do proboszcza ich aktualnego miejsca pobytu⁸³. Znosi się natomiast dotychczasowy przepis, że proboszcz narzeczonej ma pierwszeństwo do asystowania przy ślubie. Wybór proboszcza (narzeczonej lub narzeczonego) należy więc obecnie do samych nupturientów; chodzi jedynie o to, by wszystkie sprawy związane z zawarciem małżeństwa były załatwione wobec pro-

⁷⁸ Przypomina o tym kan. 1113.

⁷⁹ Można jej obecnie udzielić, o czym już wspomniano, nie tylko kapłanom, ale również diakonom (por. kan. 1111 §1).

⁸⁰ Por. kan. 1068.

⁸¹ Chodzi tu o kan. 144 §1: „In errore communi de facto aut de iure, itemque in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti, supplet Ecclesia, pro foro tam externo quam interno, potestatem regiminis exsecutivam”.

⁸² Stanowi o tym wyraźnie paragraf drugi tegoż kanonu: „Eadem norma applicatur facultatibus de quibus in cann. 883, 966 et 1111 §1”.

⁸³ Por. kan. 1115.

boszcza, na którego terenie nupturient ma zamieszkanie stałe, tymczasowe lub miesięczny pobyt.

Co do miejsca zawarcia małżeństwa, nowy kodeks podaje następujące ustalenia: miejscem tym dla katolików lub gdy zawierają oni małżeństwo mieszane z akatolikami — jest z reguły kościół parafialny; w innym kościele lub oratorium (kaplicy) małżeństwo może być zawarte za zgodą ordynariusza miejscowego bądź proboszcza. Zawarcie małżeństwa w domu prywatnym lub w jakimś innym miejscu przyzwoitym wymaga zawsze zezwolenia ordynariusza miejscowego. Wreszcie małżeństwo między katolikiem i akatolikiem w ogóle nie ochrzczonym można celebrować albo w kościele, albo w innym przyzwoitym miejscu, bez jakiegokolwiek zezwolenia ordynariusza⁸⁴. Ekumeniczny akcent w stosunku do dotychczasowego prawa jest tutaj bezsporny.

W kwestii dokumentacji dotyczącej zawartego małżeństwa nie zaistniały zmiany godne większej uwagi. Z uwagi jednak na praktyczny wydzźwięk tego zagadnienia, pożyteczne będzie je tylko przypomnieć, tym bardziej że wysuwano tutaj różne wątpliwości na komisji konsultorów. W prawie dotychczasowym fungowała zasada: *ubi actus, ibi factus*. To znaczy, że adnotacja następuje w miejscu zawierania małżeństwa. Konsultorzy rozważali propozycję, by adnotacji dokonywano w różnych miejscach wobec wielkiej fluktuacji ludności w dzisiejszych czasach. Ostatecznie postanowiono utrzymać w mocy dotychczasową zasadę. A więc adnotacji, czyli zapisu, dokonuje proboszcz miejsca zawarcia małżeństwa — z zachowaniem wskazówek podanych w tej materii przez konferencję episkopatu bądź biskupa diecezjalnego⁸⁵. Przy zawieraniu małżeństwa w formie nadzwyczajnej kapłan przygodny lub diakon, jeśli był obecny, a inaczej świadkowie wraz z kontrahentami mają obowiązek niezwłocznego powiadomienia właściwego proboszcza lub ordynariusza miejsca o zawartym małżeństwie⁸⁶. Przy małżeństwie zawieranym z dyspensą od formy kanonicznej, odnośny kan. 1121 §3 postanawia następująco: ordynariusz miejsca, który udzielił dyspensy od formy kanonicznej, zatroszczy się, by dyspensy i celebrycja były odnotowane w księdze małżeństw tak w kurii, jak i w parafii strony katolickiej przez proboszcza, który prowadził badanie stanu wolnego. Strona katolicka ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia tegoż proboszcza i ordynariusza o miejscu i formie zawartego małżeństwa.

Wzmiankę, czyli adnotację o zawartym małżeństwie, należy również wnieść do księgi ochrzczonych. Stąd proboszcz po spisaniu aktu zawarcia małżeństwa ma obowiązek powiadomić urzędowo proboszcza, u którego jest księga chrztów, by wniósł na marginesie aktu chrztu nupturienta adnotację o zawartym małżeństwie⁸⁷. Podobnie należy wnieść adnotację do księgi zawartych małżeństw i księgi chrztów o każdej zmianie, na przykład o fakcie konwalidacji nieważnego małżeństwa, o wyroku stwierdzającym nieważność małżeństwa, o dyspensie od małżeństwa ważnego i niedopełnionego⁸⁸.

⁸⁴ Por. kan. 1118 §§1-3.

⁸⁵ Por. kan. 1121 §1.

⁸⁶ Tamże, §2.

⁸⁷ Kan. 1122 §§1-2.

⁸⁸ Kan. 1123.

Zawarcie małżeństwa tajnego, czyli sekretnego (*matrimonium conscientiae*), wywołało wśród konsultorów dyskusję. Powstało pytanie, czy w ogóle utrzymywać tę instytucję. Istnieją bowiem dziś racje przemawiające za jej likwidacją. Inaczej było w przeszłości, gdy istniały ogromne przedziały między stanami. Najczęściej uciekano się do tej formy zawarcia małżeństwa, by ominąć z różnych powodów małżeństwo cywilne. Racją przemawiającą także za zniesieniem tej formy celebracji jest to, że małżeństwo stanowi fakt publiczny i społeczny. Zasada ta jest akcentowana zwłaszcza w prawie świeckim. Wielokrotnie też prawo państwowe ustanawiało karę na kapłana, który sekretnie celebrował małżeństwo religijne. Na forum kanonicznym najczęściej celebruje się takie małżeństwo *ad consulendum conscientiae*. Prawo kanoniczne musi zatem uwzględniać ten moment w swoich normach dalej, ponieważ sprawa ta zahacza o *bonum animarum*. Dla tych właśnie racji utrzymano możliwość zawierania małżeństwa sekretnego. Zamiast jednak dotychczasowego określenia *matrimonium conscientiae* wprowadzono nową nazwę *matrimonium secreto celebrandum*⁸⁹. Małżeństwo zawarte tajnie wiąże przecież człowieka *in utroque foro*, a nie tylko *in foro interno*, ponieważ jedynie sam fakt zawarcia małżeństwa jest utrzymywany w tajemnicy. Zatem jest to małżeństwo publiczne, nie zaś tajne, różniące się od innych małżeństw tylko tym, że jest sekretnie zawierane.

Według dotychczasowego prawa (kan. 1104) do zawarcia małżeństwa sekretnego (bez głoszenia zapowiedzi) wymagano bardzo ważnego i naglącego powodu, którego istnienie oceniał, a tym samym i zezwalał na potajemne jego zawarcie, miejscowy ordynariusz, z wykluczeniem wikariusza generalnego, jeżeli nie miał na to specjalnego mandatu. Zgodnie z nowym prawem, na takie małżeństwo może obecnie zezwolić również wikariusz generalny⁹⁰. Pozostałe postanowienia dotyczące tego, rzadko spotykanego, sposobu zawierania małżeństwa nie różnią się istotnie od przepisów dotychczasowego kodeksu. Przypomnieć należy, że aby małżeństwo pozostało sekretnie zawarte, zapisuje się je nie w zwykłych księgach małżeństw i chrztów, lecz w osobnej księdze tajnego archiwum biskupiego⁹¹.

Co do formy nadzwyczajnej, o której mowa w starym prawie w kan. 1098, postanowiono utrzymać w mocy dotychczasowy przepis, to znaczy, że w przewidzianych prawem wypadkach konieczności zezwala się na ważne i godziwe zawarcie małżeństwa wobec samych tylko zwykłych świadków, a więc bez udziału świadka urzędowego. Nowy kanon wprowadza jednak poważną zmianę. Zmiana ta nie dotyczy okoliczności i sytuacji zawierania takiego małżeństwa. Cały kanon pod tym względem pozostaje bez zmian (niebezpieczeństwo śmierci i poza nim, jeżeli przewiduje się, iż niemożliwość dotarcia do świadka urzędowego będzie trwała co najmniej miesiąc). Nowum zaś polega na tym, że przepis prawa nie będzie działał w tych dwóch okolicznościach automatycznie,

⁸⁹ Por. kan. 1130-1133.

⁹⁰ Wniosek taki wyprowadza się z treści kan. 1130, gdzie mówi się ogólnie o ordynariuszu miejscowym i pomija się dawną klauzulę: „*ecluso vicario generali sine speciali mandato*” (por. kan. 1104).

⁹¹ Mówi o tym wyraźnie nowy kan. 1133.

lecz tylko wtedy, gdy kontrahenci mają zamiar zawierać prawdziwe małżeństwo w formie nadzwyczajnej. Wskazują na to wyraźnie słowa kan. 1116 §1: *qui intendunt verum matrimonium inire*. Jest to więc dana przez prawo możliwość do wykorzystania (*in periculo mortis et extra mortis periculum*), natomiast fakt, czy małżeństwo jest w danym wypadku zawarte na podstawie formy nadzwyczajnej, zależy od tego, czy nupturienti chcą z takiej możliwości skorzystać. Jest to bardzo ważne zastrzeżenie, gdyż na przykład zawarcie małżeństwa cywilnego w wypadku braku świadka urzędowego (*si haberi vel adiri nequeat*) niekoniecznie stwarza samo przez się sytuację, w której wyniku realizuje się forma nadzwyczajna. Do tej pory tak bywało, co stwarzało szereg trudnych problemów, a nawet niezrozumiałych, gdyż wbrew woli kontrahentów „chwyciła” ich w określonych sytuacjach forma nadzwyczajna i trzeba było dowodzić nieważności małżeństwa dopiero na drodze sądowej z tytułu braku odpowiedniej zgody; formę bowiem w takich warunkach uważano za wystarczającą; nadto zachodziła presumpcja ważności z dotychczasowego kan. 1014.

Gdy chodzi wreszcie o krąg osób podlegających kanonicznej formie zawierania małżeństwa, został on znacznie zawężony w stosunku do dotychczasowego prawa (kan. 1099). Utrzymuje się wprawdzie nadal zasadę, że do zachowania katolickiej formy są zobowiązani ci, którzy zostali ochrzczeni w Kościele katolickim lub do niego przyjęci z innych wspólnot chrześcijańskich, jednakże z chwilą, gdy katolik opuszcza Kościół katolicki aktem formalnym (*actu formali ab ea defecerit*), nie jest już obowiązany do zachowania formy katolickiej przy zawieraniu małżeństwa⁹². Idzie bowiem o to, by nie mnożyć nieważnych małżeństw z tytułu pominięcia przepisanej formy, skoro i tak każdy człowiek ma prawo do zawarcia małżeństwa. Gwoli uzupełnienia należy przypomnieć, że jeżeli katolik pragnie zawrzeć małżeństwo z akatolikiem, ordynariusz ma obecnie prawo udzielenia dyspensy od kanonicznej formy; oczywiście wtedy, gdy zaistnieją ku temu poważne przyczyny i pod warunkiem, że przy zawieraniu tego małżeństwa (poza Kościołem) jest zachowana publiczna forma (nawet cywilna). Konferencja biskupów zobligowana jest do ustalenia dla swego regionu szczegółowych przepisów dotyczących udzielania takiej dyspensy⁹³. Przypomnijmy też, że kiedy katolik obrządku łacińskiego zawiera małżeństwo z akatolikiem wschodnim (prawosławnym), katolicka forma obowiązuje ich w takim wypadku tylko *ad liceitatem*. Do ważności małżeństwa wystarczą obecność świętego ministra, nie wyłączając zatem duchownego prawosławnego⁹⁴. Tak wygląda sprawa zawierania małżeństw mieszanych od strony przepisów Kościoła łacińskiego. Tymczasem w myśl zasad przy-

⁹² W kan. 1117 czytamy: „Statuta superius forma servanda est, si saltem alterutra pars matrimonium contrahentium in Ecclesia catholica baptizata vel in eandem recepta sit neque actu formali ab ea defecerit, salvis praescriptis can. 1127 §2”, gdzie się mówi, że ordynariusz miejscowy może od kanonicznej formy małżeństwa dyspensować in singulis casibus, jednak przy zachowaniu jakiegokolwiek innej formy publicznej, jeśli małżeństwo będzie zawierane poza Kościołem katolickim.

⁹³ Kan. 1127 §2: „[...] Episcoporum conferentiae est normas statuere, quibus praedicta dispensatio concordati ratione concedatur”.

⁹⁴ Tamże, §1: „[...] si tamen pars catholica matrimonium contrahit cum parte non catholica ritus orientalis, forma canonica celebrationis servanda est ad liceitatem tantum [...]”.

jętych w Kościele prawosławnym małżeństwa mieszane mają być zawierane z reguły wobec kapłana prawosławnego⁹⁵, zawarte wobec innego kapłana, w tym także wobec kapłana katolickiego, uchodzą za nieważne⁹⁶. Dopiero w ostatnich czasach niektóre Kościoły prawosławne zaczęły łagodzić w tym względzie swoje stanowisko. Jest to wynikiem apelu Stolicy Apostolskiej, skierowanego w r. 1967 do lokalnych Kościołów prawosławnych⁹⁷, aby małżeństwa mieszane katolików z prawosławnymi były wzajemnie uznawane za ważne, bez względu na to, czy będą zawierane wobec kapłana katolickiego, czy w obecności kapłana prawosławnego. W związku z listem przewodniczącego Sekretariatu ds. Jedności Chrześcijan, jaki został skierowany w tej sprawie do prawosławnego metropolity warszawskiego Stefana⁹⁸ autokefaliczny Kościół prawosławny w Polsce 13 maja 1967 r. wydał oświadczenie następującej treści: „1. Święty Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny, pełniący swą misję w kraju, gdzie wyznawcy Kościoła Rzymskokatolickiego stanowią większość w stosunku do Kościoła Prawosławnego z zadowoleniem przyjął wiadomość o dążeniu Stolicy Apostolskiej do likwidacji nieporozumień, mających miejsce przy udzielaniu sakramentu małżeństwa osobom wyznania prawosławnego i rzymsko-katolickiego. Mamy nadzieję, że nieporozumienia te między katolikami i prawosławnymi nie będą miały miejsca w przyszłości. 2. Święty Polski Autokefaliczny Kościół Prawosławny uznaje za legalny sakrament małżeństwa zawartego między prawosławnymi i rzymsko-katolikami, którego udzielił kapłan rzymsko-katolicki tylko w tych wypadkach, kiedy ten sakrament odbył się za pozwoleniem i zgodą biskupa prawosławnego”. Z tego wynika, że Kościół prawosławny w Polsce pozostaje w kwestii małżeństw obrządkowo mieszanych na pozycji bardziej rygorystycznej niż Kościół łaciński. Można tylko żywić nadzieję, że właściwie rozumiany duch ekumenizmu w Kościele Chrystusowym doprowadzi do uregulowania i tej sprawy na zasadzie równopartnerstwa i wzajemności.

V. PRAWNE SKUTKI MAŁŻEŃSTWA

Sporo zmian wprowadza nowe prawo w dziedzinę skutków małżeństwa, zwłaszcza w odniesieniu do legitymacji potomstwa. Dawny kan. 1110 jest obecnie tak sformułowany, że z jednej strony podkreśla się wyraźnie, że z każdego ważnego małżeństwa powstaje pomiędzy małżonkami trwały związek małżeński, który z natury swej jest wyłączny i trwały, a z drugiej — opierając się na konstytucji duszpasterskiej o Kościele w świecie współczesnym⁹⁹ — że ważne małżeństwo między

⁹⁵ Por. na ten temat artykuł E. P r z e k o p a: Zawieranie małżeństw przez prawosławnych poza cerkwią jako problem duszpasterski dla katolików. *Colloquium salutis (Wrocławskie Studia Teologiczne)* 8/1976, s. 265-284.

⁹⁶ Por. P. P a ł k a: Zasadnicze różnice między prawem małżeńskim Kościoła katolickiego obrządku łacińskiego a prawem Kościoła prawosławnego. *Kościół i Prawo* 1/1981, s. 168.

⁹⁷ Do prawosławnego Kościoła w Polsce pismo takie skierował na ręce metropolity Stefana w dn. 22 II 1967 r. przewodniczący Sekretariatu ds. Jedności Chrześcijan, kard. A. B e a. Tekst pisma zamieszcza *Cerkiewny Wiestnik* (Organ Polskiego Kościoła Prawosławnego) 13/1967, nr 6, s. 1 n.

⁹⁸ Tamże, s. 2.

⁹⁹ Sob. Wat. II. Konst. *Gaudium et spes*, nr 48.

ochrzczonymi rodzi łaskę sakramentalną, która umacnia i jakby konsekruje małżonków do obowiązków i godności ich stanu¹⁰⁰. W przeciwieństwie do dotychczasowego kan. 1111, według którego przysługiwało każdemu z małżonków równe prawo i ten sam obowiązek w odniesieniu *ad actus proprios coniugalis vitae*, w nowym kan. 1135 stwierdza się, że każdy małżonek ma równe prawa i obowiązki w odniesieniu *ad consortium vitae coniugalis*. Utrzymuje się w mocy stwierdzenie dotychczasowego kan. 1113, że na rodzicach spoczywa obowiązek wychowania religijnego, moralnego i obywatelskiego ich potomstwa¹⁰¹. Wprawdzie nie jest to właściwie skutek małżeństwa, lecz obowiązek ten wynika z faktu zrodzenia potomstwa (rodzice bowiem spoza małżeństwa również mają ten sam obowiązek), gdyż *legitima procreatio* występuje tylko w małżeństwie i dlatego prawodawca zasadę tę podtrzymuje.

Sprawa legitymacji potomstwa wywołała wśród konsultorów długotrwałą dyskusję. Do tej pory prawo kanoniczne dzieliło potomstwo na dzieci prawego łoża (*proles legitima*) i dzieci nieprawego łoża (*proles illegitima*). Dzieci nieprawego łoża (nieprawego pochodzenia zwane dziećmi pozamażeńskimi) były z reguły pozbawione przez dotychczasowe prawo kanoniczne niektórych skutków prawnych: nie mogły na przykład otrzymywać określonych prawem urzędów i godności kościelnych, prawo odsuwało je od święceń. Dla nadania tym dzieciom w większym lub mniejszym stopniu utraconych uprawnień, utworzono prawny środek zaradczy, zwany legitymacją potomstwa. Główne zręby tej instytucji sięgają jeszcze prawa rzymskiego. Fakt legitymacji nie zmienia jednak faktu nieprawego pochodzenia, lecz nadaje dzieciom utracone skutki kanoniczne w różnym zakresie, w zależności od rodzaju legitymacji. Prawo dotychczasowe znało cztery postacie legitymacji, a ich hierarchiczny układ jest następujący: 1) legitymacja wynikająca *ipso iure* z faktu uzdrowienia w związku (*sanatio in radice*); 2) legitymacja przez następne małżeństwo rodziców; 3) legitymacja mocą udzielonej dyspensy od przeszkody małżeńskiej, uzyskanej przez rodziców w celu zawarcia małżeństwa; 4) wreszcie legitymacja z reskryptu papieskiego, o której dotychczasowy kodeks wprawdzie nie wspominał ani słowem, ale która rzeczywiście mieści się w uprawnieniach papieża i z której papież istotnie korzysta.

Wobec konsultorów stanęły do rozstrzygnięcia dwa zagadnienia: 1) czy utrzymać w ogóle w nowym prawie rozróżnienie na dzieci prawego i nieprawego łoża; 2) czy utrzymać w nowym prawie w obecnej postaci różne ograniczenia skutków kanonicznych w stosunku do dzieci nieprawego łoża. Co do pierwszego zagadnienia, komisja stanęła na stanowisku, że nie powinno się znosić samego rozróżnienia między dziećmi prawego i nieprawego łoża, gdyż jest to fakt niewątpliwy i nieodwracalny, którego zmienić nie można. W drugiej kwestii wyrażono zdanie, że jeżeli ograniczenie skutków kanonicznych ma być w ogóle w prawie utrzymane, to jedynie w pomniejszonym zakresie. Ważne natomiast wydają się być ustalenia redaktorów nowego kodeksu dotyczą-

¹⁰⁰ Kan. 1134: „[...] in matrimonio praeterea christiano coniuges ad sui status officia et dignitatem peculiari sacramento roborantur et veluti consecrantur”.

¹⁰¹ Kan. 1136.

ce samego pojęcia potomstwa prawnego łoża oraz pojęcia legitymacji nieprawego potomstwa.

Pamiętamy, że według dotychczasowego prawa (kan. 1114) do potomstwa prawnego pochodzenia zaliczały się dzieci poczęte lub urodzone w małżeństwie ważnym lub mniemanym (inaczej nieważnym, w którym przynajmniej jedna ze stron jest w dobrej wierze, że zawarła ważne małżeństwo), chyba że w czasie poczęcia rodzicom z racji uroczystej profesji zakonnej bądź wyższych święceń było zabronione używanie małżeństwa przedtem zawartego. W nowym kan. 1137 opuszczono uwarunkowania dotyczące profesji zakonnej i wyższych święceń. To znaczy, że w nowym prawie za potomstwo prawnego łoża należy uważać dzieci poczęte lub urodzone z ważnego lub mniemanego małżeństwa¹⁰². Co do stwierdzenia ojcostwa, utrzymuje się dotychczasowy przepis prawa, że ojcem dziecka jest ten, na kogo wskazuje prawnie zawarty związek małżeński, chyba że oczywiste racje wskazują na kogoś innego¹⁰³. Z zagadnieniem prawnego pochodzenia potomstwa wiąże prawodawca zagadnienie ojcostwa dlatego, iż dziecko, jakkolwiek zostało poczęte lub urodzone w czasie trwania małżeństwa i w oczach prawa powinno uchodzić za dziecko prawnego łoża, w rzeczywistości nim nie jest, gdyż zostało poczęte nie przez męża matki dziecka, lecz przez innego mężczyznę. Stąd ustalenie ojcostwa ważne jest również dla stwierdzenia prawnego pochodzenia potomstwa. W tej delikatnej materii prawo kanoniczne ustanawia domniemanie prawne co do ojcostwa postanawiając, że za ojcostwem przemawia fakt, że dziecko rodzi się przed upływem 6 miesięcy od momentu zawarcia małżeństwa i nie po upływie 10 miesięcy od rozwiązania małżeństwa (kan. 1115 §2). Jest to zwykle domniemanie prawa, które dopuszcza dowody przeciwne. Nowy kodeks utrzymuje to domniemanie zmieniając tylko miesiące na dni (a więc 180 i 300 dni)¹⁰⁴. Przykładowo: jeżeli dziecko rodzi się wkrótce po zawarciu małżeństwa, a więc przed upływem 180 dni, ojciec zaś nie kwestionuje swego ojcostwa, dziecko jest na pewno dzieckiem prawnego łoża.

Co do legitymowania nieprawego potomstwa, nowe prawo małżeńskie odnotowuje daleko posuniętą reformę. Przede wszystkim wychodzi z założenia że głównym środkiem legitymacji potomstwa jest fakt zawarcia małżeństwa przez rodziców. Stąd zniesiono legitymację przez fakt uzyskania dyspensy od przeszkody małżeńskiej (dotychczasowy kan. 1051), gdyż właściwie nie sam fakt uzyskania dyspensy powinien dawać legitymację, lecz dopiero zawarcie małżeństwa przez rodziców po uzyskaniu dyspensy od przeszkody. Co do legitymacji na podstawie następnego małżeństwa rodziców (*per subsequens matrimonium parentum*), skasowano dotychczasowe zastrzeżenia, że spod legitymacji wyklucza się potomstwo cudzołożne i świętokradzkie. Drugim sposobem legitymowania w nowym prawie jest reskrypt papieski. Dzieci nieslubne, które nie mają szansy uzyskania legitymacji przez małżeństwo swoich rodziców, gdyż rodzice na przykład nie chcą lub nie mogą zawrzeć ze sobą małżeństwa, mogą uzyskać legitymację z reskryptu papieskie-

¹⁰² Kan. 1137: „Legitimi sunt filii concepti aut nati ex matrimonio valido vel putativo”.

¹⁰³ Por. kan. 1138 §1.

¹⁰⁴ Tamże, §2.

go. Taka forma legitymacji była stosowana w Kościele od dawna, choć prawo kodeksowe o niej milczało. Do nowego prawa kanonicznego weszła jako zwyczajny środek legitymowania potomstwa. Nie ma ona żadnych uwarunkowań, toteż jedynie od woli papieża zależy, jakie nieślubne potomstwo zostanie tą legitymacją objęte oraz jakie skutki kanoniczne będą mu przyznane.

Reasumując powyższe można stwierdzić, że w nowym prawie będą tylko dwa środki legitymacji potomstwa: następne małżeństwo rodziców i reskrypt papieski¹⁰⁵. Jest to więc znaczne uproszczenie i ułatwienie legitymacji, co jest też sporym osiągnięciem nowego prawodawcy małżeńskiego.

Pozostaje jeszcze do omówienia ostatnia sprawa z tej dziedziny, a mianowicie: do tej pory prawo kanoniczne znało trzy kategorie dzieci: ślubne, nieślubne i legitymowane. Już w samej nazwie „potomstwo legitymowane” zawierało się wyraźne stwierdzenie, że jest to dziecko nieślubne, które osobnym aktem prawnym uzyskało legitymację. Przyjęto więc w nowym prawie zasadę, że dziecko nieślubne przez akt legitymacji staje się dzieckiem prawego łoża (*fit legitima*). Nowe prawo uznaje więc tylko dwie kategorie dzieci: dzieci prawego łoża i nieprawego łoża. Konsekwentnie doszło do pełnego zrównania co do skutków prawnych dzieci legitymowanych z dziećmi prawego łoża, chyba że jakiś przepis prawa postanawiać będzie w tej materii coś innego¹⁰⁶. Okazuje się jednak, że nowe prawo osobowe (w księdze *De populo Dei*) takich ograniczeń już nie przewiduje, i na przykład z grona kandydatów do biskupstwa nie wyklucza osób legitymowanych¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Kan. 1139: „Fili illegitimi legitimantur per subsequens matrimonium parentum sive validum sive putativum, vel per rescriptum Sanctae Sedis”.

¹⁰⁶ Kan. 1140: „Fili legitimi, ad effectus canonicos quod attinet, in omnibus aequiparantur legitimis, nisi aliud expresse iure cautum fuerit”; por. B. P r i m e t s h o f e r, art. cyt., s. 356.

¹⁰⁷ Por. kan. 378 §1.